

sessionis agere. Nam olim $\dagger$ possessor hodie possessor presumitur. gl. Bart. & DD. in l. *sue possessionis*. C. de probat. Notant Panorm. in c. *accidentibus*. de privileg. Ant. Abb. & alij in c. *cum ad sedem*. de restit. spoliar. Rota in nouis 120. Alex. conf. 133. col. 2. lib. 1. Bart. in l. *Celsus*. ff. de usufructu. Et in ibi Balb. in 4. part. q. 1. quorum opinio communis est, ut constat ex Ripa in c. *cum Ecclesia*. de caus. poss. & propriet. n. 23. & Alciat. de presumpt. regul. 2. presumpt. 21. Et probatur ex eo quod amissio possessionis semel acquisita consistat in animo: animi verò mutatio numquam presumitur. cap. maiores. §. vlt. de baptismo. l. *sancimus*. C. de testam. quamvis Dynus in reg. semel malus. de regul. iur. in 6. ad fin. multis rationibus probare conetur olim possessorem non presumi nunc possidere. Sed & communis sententia probatur in c. *olim*. in 3. de restit. spoliar. quem ad hoc commendat Panorm. ibi. & in c. *olim*. in 1. col. 5. eod. tit. & in c. *cum Ecclesia*. de caus. poss. & propriet. col. 4. Est tamen ea opinio intelligenda, modo præsens etiam possessio allegata fuerit: alioqui presumptionis locus non est, secundum Bart. & alios modo citatos, qui huic limitationi accessere, ea ratione quod presumptio iuris procedens à facto proprio allegari debeat omnino. l. *si adulterium cum incestu*. §. *idem Pollioni*. ff. de adult. Bart. n. 14. in l. *cum quid*. & ibi Doctores ff. *si cert. petat*. Abb. & Felin. in cap. *asserere*. de presumptione. qua ratione, & aliis auctoribus nuncupatim adductis hanc limitationem, quæ itidem frequentiori Doctorum calculo recepta est, examinavi in cap. *Raynuius*. §. 11. de test. col. 3. quo in loco ea, qua potui diligentia, expendi Regiam l. 10. tit. 14. part. 3. quæ in hac materia singularis est. tandem communis opinio Doctorum in praxi admittenda erit: tamen si Alexand. confil. 133. lib. 1. & Burgenfis in c. *peruenit*. col. 2. de empt. & vend. tenuerint, non esse necessariam allegationem præsentis possessionis. Præmissa tamen communi sententia, si allegatio præsentis possessionis prætermissa fuerit, tunc probatur continua possessio eo ipso quod præsentis temporis & antiqui probatur possessio. Nam probata possessione temporis extremorum, initij quidem & finis, præsumitur ipsa possessio medio tempore continua. gl. in c. *volumus*. l. 6. q. 4. & in c. *cum Ecclesia*. de caus. poss. & propriet. Felin. in proemio Gregoriano. col. vlt. Abb. in d. cap. *cum ad sedem*. de restit. spoliar. Balb. in d. l. *Celsus*. 4. part. q. 1. Alciat. in d. reg. 2. presumpt. 22. post Bart. in eadem l. *Celsus*. col. penult. eundem in l. *sicut*. ff. quib. mod. pign. vel hypot. solua. idem adnotauit gloss. in Clem. 1. de iureiur. in verb. *inmediatus*. quorum sententia communis est, si quidem probatis extremis, inter dia præsumuntur. & inter dilectos. & in ibi Abb. & Felin. de fide instrum. c. *accedens*. vbi gloss. de consens. coniugat. gl. pen. in verb. *sine speciali*. & ibi Imol. in cap. *ex parte*. in 3. de rescript. l. *itali scriptura*. vbi Bald. ff. de legat. 1. Ceterum possessio $\dagger$ præsens, modo allegata sit, præsumitur, non tantum, quando per veram probationem constat allegantem olim possedisse: sed & vbi ex aduersarij confessione apparet hæc antiqua possessio: textus singularis in cap. *prætere*. in 2. de transact. vbi si monachi confiteantur se olim fuisse subditos, condemnantur tamquam si de præsentis confessi essent. gloss. ad idem in l. *certum*. §. 1. ff. de confess. quæ asseruerat, præsumi tunc hodie actoris esse, si reus confiteatur eum olim actoris fuisse, nisi reus probet eundem fundum modo actoris non esse: quam glossam ita intellexere Dynus, Albert. Cumanus ibi. Baldus in d. c. *prætere*. Alciatus in reg. 2. de presumpt. presumpt. 12. Quamvis Ant. & Imola in 2. de lib. oblat. Felin. in cap. *scribam*. de presumpt. col. vltim. distinguere velint assertionem factam in libello ab ea, quæ sit confessione, ut tandem in assertionem libelli obtineat prædicta presumptio, non in confessione, quæ strictè est accipienda, nec extensionem patitur in præiudicium, vel damnum ipsius confitentis: vti sentit decisio Rotæ in nouis 325. Etenim hæc restrictio falsa est, nam textus in d. c. *prætere*. in confessione loquitur. Imò & si quis confiteatur actorem olim dominum fuisse, ac neget hodie dominum esse: minimè videtur fateri actoris intentionem, nec damnabitur ut confessus, sed interim, dum non probauerit actorem hodie dominum non esse, habet actor presumptionem iuris ex veteri dominio per eum concessio: quod expressim Baldus eleganter adnotauit in l. *unica*. C. de confess. n. 89. tenet idem in l. *si quidem*. C. de transact. sentere Dynus, Albericus, & Cuman. in d. l. *certum*. §. 1. sic intelligentes glossam ibi. idem obiter docuit Alciatus in d. presumpt. 12. n. 2. vers. *possent concordari*. gloss. enim dicit. l. *certum*. dum contrariam sententiam quibuldam probare videtur, tantum afferit non posse reum confitentem dominium præteriti temporis condemnari, ut confessum: non tamen negat ex ea confessione deduci presumptionem iuris ad dominium præsentis temporis, nisi contrarium probetur. Hæc verò, quæ diximus de probatione possessionis $\dagger$ continet ad prescriptionem

per presumptionem præteritæ possessionis, procedunt quoad decennij tempus, eiusque prescriptionem: nam ad probandum prescriptionem viginti, vel triginta annorum, oportet probari extremitatem, & initium cuiuslibet decennij, quemadmodum visum est Matthesilano, notab. 117. Cui accessere Felin. in c. *inter dilectos*. de fide instrum. 2. col. Francisc. Balb. in d. l. *Celsus*. 4. part. quest. 1. Ripa in d. c. *cum Ecclesia*. n. 23. Quibus ea suffragatur ratio, quod animus, quo possessio retinetur, non presumitur durare ultra decennium. l. *furtum*. & l. *fundi*. ff. de usufructu. l. *peregrè*. ff. de acquir. poss. sess. vnde ultra decennium progredi non debet presumptio continuæ possessionis, quæ procedit à presumptione animi adhuc durantis: sicut dictum est in princip. huius §. Ad idem facit quod ciuilis possessio, à qua prescriptio procedit, non presumitur ultra decem annos durare, & continuari segregata quidem à naturali. dicit. l. *peregrè*. quod gloss. in specie voluit in l. 1. C. de seru. fugit. quam dixit singul. Franc. in d. reg. *sine possessione*. notant Bart. in dict. leg. *Celsus*. col. 3. & ibi Balb. idem in tract. de rescript. in vlt. part. 3. part. princ. Felin. in c. *vigilanti*. de rescript. n. 6. & 7. Alciat. in dict. presumpt. 12. n. 12. l. *sancimus*. C. de testam. idem in l. *clam possidere*. §. qui ad nudinas. n. 19. ff. de acquir. poss. Bart. in l. *si de co*. §. si forte. ff. de acquir. poss. idem Bart. Bald. & Salicet. in d. l. 1. & Dynus in regula. *sine possessione*. col. vlt. de regul. iur. optimè Curt. Senior conf. 24. vnde apparet veram esse opinionem Matthesilani, ut quidam opinantur. Andr. tamen Alciatus in d. reg. 2. presumpt. 22. aduersus Matthesilani indistinctè censet priorem sententiam veram esse: & præsumi olim possessorem, & hodie possidere, etiam post decem aut viginti annos: & prætere probata possessione extremorum per idem tempus continuationem possessionis præsumi. ad cuius opinionis & quæstionis resolutionem ego arbitror sententiam Matthesilani magis communem esse. deinde censeo contrariam defendi posse, & forsan esse veriorum. Nam vbi possessio ciuilis sola per aliquem retinetur absque naturali, eadem possessio non durat ultra decennium, quia ad id usque tempus, animus, quo solo hæc possessio ciuilis retinetur, durare præsumitur: atque ita hæc in specie Dynus, Accurs. Bart. & alij loquuntur: nempe vbi constat, quod olim ciuilem solum habuisse naturali amissa: etenim eo casu olim possessor, hodie possessor præsumitur, modo tempus non transierit trius, longiusve decennio: tamen per quod tempus præsumatur obliuio, iudicis arbitrio relinquendum sit, iuxta gloss. in d. l. *furtum*. ff. de usufructu. Cuius opinio communis est, secundum Socin. conf. 2. lib. 3. col. 3. At si constet, olim quemdam possedisse naturaliter, & ciuilitè, præsumendum erit, eandem possessionem ciuilem quidem & naturalem per eum continuo tempore obtentam fuisse, & ita modo possidere ciuilitè, & naturaliter. Et idè in hac specie cum non tractemus de ea tantum possessione, quæ solo animo retinetur; nihil refert transierint decem, an viginti anni, cum præsumatur naturaliter & ciuilitè continuo possedisse eum, qui olim, ut constat, naturalem & ciuilem possessionem habuit, nec apparet naturalem retenta ciuili amisisse: quod, etsi breuiter, satis sentit Alciat. in d. presumpt. 22.

Ex his demum inferitur quid dicendum sit hac in quæstione quoad interdictum vnde vi. $\dagger$ Etenim apertissimi iuris est, ut locum obtineat interdictum, vnde vi. & spoliatus sit ante omnia restituendus, necessarium esse quod agens eo interdicto probet se possedisse, & spoliatum fuisse tunc cum possideret. text. celebris in l. 1. §. *interdictum autem*. ff. de vi & vi arma. & in c. *suborta*. de re iud. gl. & communis in cap. *olim*. in 1. de restit. spol. in verbo, *restitutionem*. gl. in c. *cum ad sedem*. eod. tit. Dec. optimè in conf. 125. text. in c. *consultationibus*. de offic. deleg. Sufficit tamen allegare hanc possessionem illius quidem temporis, quo spoliolum contingit; & probare spoliolum olim possedisse: nam ex eo præsumitur & tempore spoliationis adhuc possessionem habuisse secundum communem opinionem, quam in hoc §. adnotauimus: sed in specie ita responderunt Abb. & Imol. in d. c. *cum ad sedem*. Rota in nouis 124. Abb. in c. *olim*. in 3. de restit. spol. per text. in ibi, qui hoc expressim probat. idem Abb. in c. *cum Ecclesia*. col. 4. de caus. poss. idem in d. cap. *suborta*. qui censet in eodem capite hanc opinionem probari: quam esse communem fatetur, eam secutus Alciat. in d. reg. 2. presumpt. 21. ad fin. Idem asserunt Imola in d. c. *cum ad sedem*. & Ripa in d. c. *cum Ecclesia*. n. 23. quæ quidem sententia satis probari videtur in d. cap. *olim*. vbi est huius opinionis auctoritas probabilissima, & in d. cap. *suborta*. Etiam si text. in d. l. 1. §. *interdictum autem*. ibi tunc maximè refragetur: ex quo Oldrad. conf. 1. col. 1. gl. in d. cap. *cum ad sedem*. Curt. Senior conf. 70. col. 2. adnotant fore necessariam probationem possessionis illius temporis, quo spoliatio contigerit.

Quibus responderi poterit, satis hanc possessionem probari præsumptione iuris ex eo, quod probata fuerit præteriti temporis possessio, nec probatum fuerit contrarium: sicuti paulò ante explicuimus.

Sed expressum quòd ad interdictum, *vnde vi*, non sufficiat hæc iuris præsumptio, imò sit necessaria probatio possessionis eo tempore, quo spoliatio contigerit, tenent Innoc. in c. qualiter. in 2. de accusat. Lapis allegat. 52. Aretin. in §. quadrupli. de actionib. n. 26. Ripa in d. c. illi Ecclesia. per text. inibi, n. 32. Ant. Ruben. conf. vlt. col. 2. Mihi sane communis opinio potior videtur obieci auctoritatem: & quia spoliandi facillimum erit hanc iuris præsumptionem eludere per contrariam probationem, si verè spoliatus agens interdicto, *vnde vi*, non possidebat tempore spoliationis. Non obstat text. in d. c. cum Ecclesia. cum ibi non probetur esse necessarium quòd proximis, & ultimis electionibus quis interfuerit, ut sit in quali possessione eligendi. Nam etsi gloss. id asserere videatur, nec ad quasi possessionem acquirendam iuris eligendi requiruntur tres electiones, quod est maximè obseruandum. Nec oportet probari, quòd quis ultimæ electioni affuerit: siquidem præsumitur continua quasi possessio ex eo, quòd prioribus præsens fuerit: modò non constet ultimæ electioni, cum commodè posset, non interfuisse: quod est maximè obseruandum. Quin & in interdicto, *vt possidetis*, vera est communis opinio, ita quidem, ut olim possessor præsumatur hodie possessor: quod notat Bald. in l. 1. num. 12. C. vt possidet. Paul. Cast. in l. non ignorabit. C. ad exhib. Alex. conf. 38. n. 3. & n. 30. lib. 5. nec obicit text. in §. quorum. Instit. de interdict. vbi probatur in interdicto retinendæ necessitatem esse probationem possessionis tempore litis contestationis: quasi necessaria sit eius temporis possessio. nam is textus vel eum intellectum habet, vt ex probatione præteritæ possessionis, & allegatione possessionis obtentæ litis contestationis tempore possessio præsumatur iuxta communem sententiam: vel est intelligendus Iustinianus locus in rebus corporalibus, non in incorporalibus, in quibus latet probare possessionem certi temporis & proximi, ante litem motam: vt explicat Ioan. Faber in §. retinenda. n. 23. Instit. de interdict. Etenim laterit hæc probatio, vt actor obtineat in hoc interdicto, *vt possidetis*. idq; forsan alibi opportunius tractabitur. Et sane Matth. de Afflict. decis. 394. scribit, Regij prætorij iudicio communem sententiam in controuersia, *vt possidetis*, etiam in rebus corporalibus receptam fuisse, vbi aduersarius non probaret se medio tempore possedisse, vt tandem satis sit sufficiens probatio possessionis temporeurbationis: præsumitur enim ex eo possessio tempore contestationis litis.

Verum, etsi ad præscriptionem possessio necessaria sit, nec sufficiat detentatio: tamen secundum materiam subiectam testium responsa interpretanda sunt. Nam si testis de conductore agens responderit, eum possedisse: hæc responsio non ad veram possessionem, sed ad detentationem referenda est. At si extra istum casum testis responderit Titium rem detinuisse: ea detentatio ad possessionem erit referenda: gloss. opt. inc. Pontificis. 7. q. 1. Abb. inc. cum ad sedem. de restit. spolia. n. 21. Imol. in l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. possess. Alex. post alios in l. stipulatio ista. §. hac quoque. de verb. oblig. vnde oportet aduerte omni ad testium responsa, vt ea intelligantur inspecta testis persona, eiusque qualitate, & communi verborum significatione, quæ in ea prouincia obtinuit.

De possessione ¶ ficta, & quæ legis tantum humanæ vim & auctoritatem habet, dubium est, an sufficiat & sit conueniens initium præscriptionis. Rom. etenim in sing. 410. tenet eam non sufficere. idem probant Felin. in c. illud. col. vlt. de præscript. Balbus in tract. de præscript. 3. part. princ. in fine. sed gl. in cap. contingit. de dolo & contum. quam ibi DD. communiter sequuntur, tenet, possessionem, cuius text. ille meminit, sufficere ad præscriptionem, si possessor bonam fidem habeat, nec definit ea, quæ ad præscriptionem alioqui necessaria sunt. Quod probatur ex eo, quia possessio acquisita ministerio tantum legis civilis, vel canonice, aut consuetudinis absque actu corporeo, vera tamen possessio est, nec quoad effectus differt à vera possessione naturali quidem, & ciuili: sicuti à nobis traditum est lib. 3. variar. resolut. cap. 5. & probat text. elegans in d. cap. contingit. Quo fit, vt nisi aliud humana lege statutum fuerit, planè dicendum sit, fictam possessionem, id est, actu ficto acquisitam ministerio legis tantum, ad vscapionem vel præscriptionem sufficere, modò ad sint alia adminicula, quæ iure ad perfectam præscriptionem requiruntur. Atque ita apud me dubia est Romani sententia: verior quæ contraria opinio apparet ex his quæ modò diximus. Imò à iure ciuili multa statuta sunt circa possessionem, quæ ad præscriptionem requiruntur, ex

quibus apparet non semper propriam, & veram possessionem requiri. Cuius rei testimonium nobis exhibet l. 1. §. Scauola. ff. si quis test. libe. esse ius. iur. quia responsum est hereditatem iacentem non possidere. Et ramen hereditas iacens quoad effectum præscriptionis censetur possessionem à defuncto capram continuare, & obtinere. l. capta. & l. numquam. §. vacuum. & l. iusto. §. nondum adita. ff. de vscap. nec ista possessio in heredem transit secundum Bartol. & alios in l. cum heredes. in princ. ff. de acquir. possess. Hæc verò possessio, quæ à iure constituitur apud hereditatem iacentem, hunc præter alios effectum habet; tamen si impropria sit latus, nec ficta dici valeat, cum sit impossibilis possessionis continuatio per hereditatem iacentem, quæ animo & corpore caret: quod explicat Zalius lib. 2. singularium responsio. cap. 27. vnde mirum non erit, quandoque fictam & impropriam possessionem ad præscriptionem sufficere: atque ita heres accipiens hereditatem, & possessionem rerum eiusdem, præscriptionem continuatione quadam possessionis perficit, & pericere potest: modò possessio illa per alium medio tempore capta non fuerit: sicuti ab omnibus adnotatum extat.

Eadem ferè ratione licet tignum domui coniunctum verè non possideatur à domino domus. l. eum qui. ff. de vscap. & l. qui vniuersus. in princ. ff. de vscap. tamen tignum istud vscapitur, si tempore, quo domui, vel ædificio additum fuerit, pauci dies ad vscapionem perficiendam defecerint. l. rerum mixtura. ff. de vscap. cuius responsi rationem eam esse Dyn. in d. reg. si possessione. col. 2. Barr. & DD. in d. l. rerum mixtura. censent, quòd pauci dies vscapionem deficiant tempore, quo possessionis continuatio cessat. Fortassis verior est ratio ad responsum Iuriconsulti, in d. l. rerum mixtura. §. Labeo. quòd licet propriè, & verè non possideatur tignum illud separatim: tamen cum ipsa domo, vel ædificio, cui adiunctum est, simul videtur possideri: vt explicant Cuman. in l. 3. §. Labeo. ff. de acquir. possess. idem in l. qui fundum. §. 1. ff. pro empt. Imol. & Beatus in l. si quis pro emptore. ff. de vscap. Balb. in tract. de præscript. 3. part. 6. part. princ. quæst. 1. limitat. 3. quamuis Iasoni in d. l. si quis pro emptore. num. 54. displiceat hæc interpretatio ad Iuriconsulti responsum in d. l. rerum mixtura.

Postremò illud obseruandum est quòd possessio ¶ quandoque habet plurimum facti, nempe quando in ea acquirenda principaliter factum intercedit: quippe quæ corpore ipsius possidentis acquiratur. Et hæc aliquid iuris habet: quia ius non relinquit, nec eam reprobat, vnde tacitè habet iuris approbationem; & quia ministerio iuris per abentem retinetur. l. clam possidere. §. qui ad nudinas. l. 3. §. Nerva filius. ff. de acquir. poss. quandoque possessio habet plurimum iuris, parum autem facti: quia principaliter in ea operatur iuris dispositio, qualis ea est possessio, quæ acquiritur alteri per seruum, vel per filium ex causa peculiari abique actu possidentis: & hæc dicitur habere plurimum iuris, quia nobis etiam ignorantibus acquiratur. l. Labeo. ff. de vscap. Etenim dum Dynus in d. reg. sine possessione, scribit etiam ignorantem possidere per seruum, vel per filium, atque item vscapere; est intelligendus in his quæ acquirantur ex causa peculiari, non ex alia: nam licet ex alia possessio acquiratur ignorantem, non tamen est ea possessio sufficiens ad vscapionem, gloss. communiter recepta in l. 1. §. item acquirimus. ff. de acquir. possess. quo in loco Iac. n. 39, fatetur hanc opinionem communem esse: idem asseuerat eam secutus Ioan. Crot. in dict. l. si quis pro emptore. colum. 22. text. ad id optimus in l. quod seruus. & in l. si me in vacuum. §. vlt. ff. de acquir. possess. tamen si Iac. in d. §. item acquirimus, aduersus communem negauerit, possessionem ignorantibus acquiri per seruum, vel filium in his, quæ ex re non peculiari habentur. Sed tamen communis sententia per Crot. defenditur per text. in dict. §. vltim. & in dict. l. quod seruus. Habet verò hæc possessio aliquid facti, ex eo quòd factum in ea acquirenda contigerit serui quidem vel filij possessionem capiens. Est & possessio, quæ plurimum iuris simul & facti habet, in qua iuris dispositio simul & factum operantur, & concurrent. Qualis est, quæ per procuratorem, vel per filium, aut seruum ex causa non peculiari quaeritur. Nam hæc quoad vscapionem ignorantem non quaeritur, licet quoad alios iuris effectus quaerita sit etiam ignorantibus: quod modò adnotauimus. Alia est possessio, quæ omnino, & in totum iuris auctoritatem, & vim habet, nec quidquam à facto consequitur: nempe ea, quam Doctores ciuillissimam appellant: atque hæc distinctio omnium ferè consensus traditur, & constat ex gloss. Cardin. & Abb. in c. cum nostris. de concess. præben. & in d. reg. sine possessione. Barr. in l. si quis pro emptore. ff. de vscap. n. 10. & Iac. col. 2. & Crot. col. 1.

Hinc planè deducitur, caprum ab hostibus præscribere & vscap-

vsucapere, quæ tempore captiuitatis possidebat per seruū, vel filium ex causa peculiari: quia illa possessio plus iuris quàm facti habet: ea verò quæ possidebat per se, vel procuratorem, filium, aut seruū, ex causa tamen non peculiari, minimè vsucapit dum est in captiuitate. *l. si quis pro emptore. ff. de vsucap.* quia priori casu possessio habens plurimum iuris, sufficiens est iure postliminij ad vsucapionem. *l. iusto. §. vlt. ff. de vsucap.* At in posteriori casu possessio habet plurimum facti, & in factis fictio postliminij parum aut nihil operatur: quia solum ea restituit quæ iuris sunt. *l. postliminij. ff. de capti.* non ea quæ sunt facti. *l. in bello. §. facta. ff. de capti. l. denique. ff. ex quib. caus. maior.* quemadmodum adnotauerunt gloss. Bart. lafon n. 36. & 11. lo. Crotus col. 5. 7. & 8. in d. l. si quis pro emptore, quo in loco hæc est communis omnium consensu resolutio, vt fatentur lafon & Crot. idem tradidere gloss. Dyn. n. 10. & alij in d. reg. sine præscriptione. Sic sanè sunt accipienda quæ tradi solent de captiuis, an hi possint vsucapere ex ea possessione, quam ante captiuitatem per se vel per alios obtinebant.

Possessio autem, quam diximus ignoranti acquiri quoad alios iuris effectus, non quoad vsucapionem, etiam quoad vsucapionem prodest, & sufficiens est per scientiam illius, cui est per alium quæsitā. *l. 1. & inibi eius interpretes. C. de acquir. possess.*

§. S E C V N D V S.

De præscriptione aduersus Ecclesiam vel fiscum.

S V M M A R I A.

- 1 Iure veteri Ecclesia contra Ecclesiam præscribebat triginta annorum spatium. Et inibi intellectus. *C. sicut. 16. q. 3.*
- 2 Interpretatio text. in c. quicumque. 16. q. 3.
- 3 Quadragenaria præscriptio aduersus Ecclesiam est necessaria.
- 4 Privilegio an possit quis uti aduersus habentem simile privilegium.
- 5 Vsucapio triennalis, & similes præscriptiones aduersus Ecclesiam admittuntur.
- 6 Centenaria præscriptio necessaria est contra Romanam Ecclesiam.
- 7 Quo tempore præscribantur res ad fiscum sacularem pertinentes.
- 8 Fiscalibus Principis quomodo præscribatur.
- 9 Libertas, seu immunitas à soluendis indictionibus, & collectis, quo tempore præscribatur.
- 10 Appellandi iuri ad superiorem non potest præscribi à subdito aduersus superiorem.
- 11 Regalibus quo tempore præscribatur.
- 12 Dignitati Principis qua debentur, quomodo eis præscribatur.
- 13 Imperio vero quo tempore præscribatur.
- 14 Principis bona quædam habet propria, quæ illius sunt ut Principis, non ut priuati: quædam etiam habet, quæ illius sunt ut priuati. & quomodo de his præscribatur. & n. 16.
- 15 Intellectus *l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. an centenaria præscriptio sit necessaria contra Principem sacularem.*
- 16 Priuati Principum & aliorum rebus, id est, iis quas ante principatum vel alia privilegia habuerunt præscribitur ut reliquis priuatis iuribus.

* **C**ETERVM ad vsucapionem, vel præscriptionem non tantum sufficit possessio, sed oportet eam possessionem certo tempore legibus quidem, vel Canonibus definito, continuo habitam & retentam à præscribente fuisse: quod probatur in *l. 3. ff. de vsucapionibus*. Et regulariter inter priuatos, vel ad vsucapiendam rem priuatorum sufficiens est decem inter presentes, 20. annorum inter abentes præscriptio: ac quandoque necessaria est triginta annorum possessio iuxta distinctionem Imperatoris sub tit. *C. de præscript. longi temporis, 10. vel 20. annor. maxime in l. vlt. & in rub. C. de præscript. 30. vel 40. ann. text. singularis iure Regio in l. 19. 20. ac 21. tit. 29. part. 3.* In præscribendis autem seruitutibus quod tempus à iure exigatur tradit gloss. in *l. seruitutes. in 4. ff. de seruitut. C. epolla in tract. de seruit. urban. prædio. c. 19 & seq. Balb. de præscript. 2. part. 4. part. princ. DD. in d. l. vlt. qua de re iple aliquot adnotauit, præsertim de vsucapione seruitutis discontinuæ, vsufuctus, iuris pascendi: & de amittenda seruitute, lib. 1. *variatur. resolut. c. 17. num. 10.* quo in loco examinari, an laici præscribere valeant exemptionem, & immunitatem à soluendis decimis, quas Ecclesie soluere tenentur. His adde constitutionem Iustiniani, *C. de vsucapionibus transform. in derogationem legis duodecim Tabularum, quæ noua est apud Balduinum in Iustiniano.**

1 Olim sanè Canonibus statutum est, quod Ecclesia contra Ecclesiam præscriberet triginta annorum possessione: cuius quidem assertionis auctor est Gratianus in *c. placuit. vers. in canonibus. 16. quest. 3.* idem testatur Constantinus Harmenopolus in *Epitome iura ciuili, lib. 1. tit. 3.* etiam in lafon in *authent. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles. col. 3.* parum diligenter considerans vetera Conci-

liorum & Canonum decreta, Gratiani auctoritatem in hoc refellat, atque despiciat. Pro ipso Gratiano est text. in *c. illud. de præscript. qui refert, Canones quosdam tricennalem præscriptionem aduersus Ecclesias, earumque res admisisse. idem apparet in c. 1. & 2. 16. quest. 3.* vbi Canonibus antiquis statutum fuisse constat, posse Ecclesiam contra Ecclesiam vi præscriptione triginta annorum. Hoc ipsum constat & ex variis Canonibus, quorum meminit Burchardus Wormatiensis Episcopus, lib. 3. *Decret. c. 146. & seq.* idem probat text. in *c. sicut. eadem causa & quæst.* cuius Canonis littera obiter est expendenda ex eo, quod difficilis censetur eius intellectus. *Sicut, inquit, diocesim alienam tricennalis possessio tollit: ita territorij possessio conuentum non admittit.* Hæc tenus ille Canon. ex quo iuris Canonici interpretes frequentissimè adnotarunt quod præscribens Episcopus locum ad alterius diocesim pertinentem, illum censetur præscripsisse quoad proprietatem solum, non quoad iura Episcopalia, nec quoad iurisdictionem, sensu Barthol. Brixientis hunc intellectum non omnino germanum illius Canonis sensum significare, dum doctissimus ille vir hac præmissa interpretatione de huius capitis sensu dubitat. Et profectò communis intellectus iuxta litteram vulgaram defendi non potest. Nam si tricennalis possessio tollit diocesim alienam, cur territorij possessio iurisdictionem non auferat, & præscribenti acquirat itidem Episcopalia iura, nulla ratione congrua probari iure valet: siquidem territorij possessio iurisdictionis possessionem saltem præmittit. *l. pupillus. §. territorium. ff. de verbor. signific.* Extant hæc de re pulchra verba Hygini lib. 2. *de limit. constitut.* Hoc quoque, inquit, aspicendum erit, quod cum aliquibus locis inuenimus ex alieno territorio sumpsisse agros, quos assignaret proprietatem quidem dari, sicut et cui assignabat: sed territorij intra quod assignabat, ius non auferri. Quibus accedit quod nos scripsimus in *reg. peccatum. 2. §. 9. n. 8.*

Quamobrem illius Canonis littera integra, & sincera petenda est ab ipso Concilio Toletano 4. cap. 34. *Sicut tricennalis, inquit, possessio diocesim alienam tollit: ita territorij conuentum non admittit.* Hæc sanè lectio ex Concilio restituta probat, hanc tricennalem possessionem simplicem quidem esse: ita quidem, ut territorij conuentum non comprehendat: nam si præscribens eum possederet, dubio procul acquireret territorij conuentum; & eum possessio tricennalis tolleretur, sicut diocesim. Etenim cum in præscriptionibus possessio, vel quali necessaria sit ad acquisitionem; si tricennalis possessio non tantum locum alterius diocesis obtinuit, sed & in eo iurisdictionem, iuraque Episcopalia exercuit: tollitur per præscriptionem possessio, & ius Episcopale. Quod si præscribens iurisdictionem non exercuit, nec iura Episcopalia, sed tantum locum simpliciter obtinuit, dubio procul communis Doctorum sensus obtineret: cui tamen non conuenit Canonis littera quæ præmittit, possessionem tricennalem alienam diocesim tollere: atque ita iurisdictionem, & iura Episcopalia: cum hæc propria sint, & conueniant diocesi: iuxta sacrorum Canonum decreta. At si dixeris iuxta priorem litteram, & eius communem interpretationem, esse maximum discrimen inter possessionem diocesis, & possessionem territorij; quali prior possessio exercitum habeat iurium Episcopatum; & iurisdictionis; posterior verò non habeat, nec habuerit iurisdictionis usum: hoc planè refragatur propriæ diocesis significationi, secundum quam possessio territorij præmittit in dubio iurisdictionis usum. *d. l. pupillus.* quia in dubio iurdictio territorij eam habenti adheret. Bart. in *l. inter eas ff. de acquir. rer. domin. Anchar. in reg. Accessorium. colum. 32. Alex. conf. 35. col. 2. lib. 4. & in l. 1. ff. de iurisd. omn. iud. col. vlt. quamuis secundum Bart. ibi nu. 16. quandoque detur iurdictio sine territorio, & territorium sine iurisdictione. quod explicant Dec. conf. 483. col. 2. & conf. 528. col. vlt. Bald. in *l. data opera, col. 10. in prædicamento situs. C. qui accus. non poss. Carol. Molin. in consuet. Parisienf. §. 1. gl. 5. n. 44.**

Igitur sensus iuxta Conciliorum authenticorum lectionem hic est: quod si Episcopus alienæ diocesis partem per triginta annos possederit, eam præscribit eo quidem modo quo possederit. Nam si possessio, vel quasi, iurisdictionis exercitum habuit, & iurium Episcopatum administrationem omnino acquirat, præscribens partem illam diocesis quoad iurisdictionem, & Episcopalia iura exercenda in illis Ecclesiis iam constructis, in quibus possessor præscribens ea exercuit. Non tamen præscribit etiam in ea parte, quam possedit, territorij conuentum, id est, iurisdictionem in abstracto, & in habitu, quam numquam exercuit, quæ tamen competit ad Ecclesias ædificandas, templaque construenda. Hæc etenim adhuc post præscriptionem perti-

pertinebit ad Episcopum, cuius ante præscriptionem ea pars diæcesis erat: siquidem ex Bart. in d. l. i. constat, iurisdictionem posse dari in genere, & in abstracto. Hic verò intellectus apertissime probatur in eodem Concilio Tolitano c. 34. quo in loco post verba & decisionem *cap. sicut*, apponitur velut exemplum alter Canon à Gratiano relatus 16. *quæst. 5. possessio territorij*. non rectè, ni fallor, distinctus. quod Lector facillimè iudicabit, si animaduertit apud Concilium ipsum Tolitanum c. 34. in hunc modum integrè absque vlla diuisione legi: *Sicut tricennalis possessio diæcesim alienam tollit: ita territorij conuentum non adimit. ideoq. non a basilica qua condita fuerint, adeum proculdubio pertinebunt Episcopum, cuius conuentus esse consisterit.* Hactenus integrè Tolitanæ Synodi decretum: quod & in hunc modum retulit Burchardus Wormatiensis Episcopus lib. 3. *Decretorum*, cap. 147. centum ferme annis Gratiano antiquior. Hoc ipsum, quod de tricennali præscriptione adnotauimus ex Gratiano, palàm statuitur apud idem Tolitanum Concilium *cap. 32.* cuius mentio fit 16. *quæst. 3. cap. quicumque*. Quod ita vulgò legitur: *Quicumque Episcopus alterius Episcopi diæcesim per triginta annos sine aliqua interpellatione possederit: quamuis secundum ius legi eius non videatur esse diæcesis, admittenda tamen non est contra eum actio reposcendi.* Ad cuius canonis præterpationem libenter quaesierim, cur diæcesis non videatur esse illius, qui per triginta annos eam possederit: cum aliis Canonibus eiusdem Concilij definitum sit tricennale præscriptionem tollere aliquam diæcesim. deinde si illius, qui possidet per triginta annos, diæcesis non est, cur per eundem Canonem apud ipsum possidentem manet, nec ab eo reposci potest per priorem dominum? Et præterea, si verè tollitur per tricennale possessionem diæcesis aliena, quod satis expressim cõstat, cuius obsecro fit? certe ipsius, qui per triginta annos possedit, & præscripsit: non alterius. Quæ ratio à prædicto Canone tollenda est dictio, *non*: & loco, *quamuis*, legendum est, *quia*: & deinde expungi debet dictio, *tamen*: ita quidem: *quia secundum ius legis eius videtur esse diæcesis, admittenda non est actio reposcendi.* Quæ quidem lectio sic restituenda est ex Codice Conciliorum apud Germanos nuper typis excusis, & ex vetustissimo Conciliorum Tolitanorum libro manuscripto. quod ipse testor, quippe qui eum librū legere Toloni apud D. Francisci cœnobium, titulo sancti Ioannis, à Catholicis Hispaniarum Regibus erectum. Quin & doctissimus vir Barthol. à Miranda in Epitome Conciliorum eiusdem Canonem in hunc modum legit: *Quicumque Episcopus alterius Episcopi diæcesim per triginta annos sine aliqua interpellatione possederit: admittenda non est contra eum actio reposcendi.* Burchardus verò lib. 1. *decretorum*, cap. 67. ex Concilio Auernensi c. 33. hunc Canonem ita adducit, vt planè non differat ab eo, quem ex emendatis Tolitanæ Synodi Canonibus nos retulimus: nisi quòd loco dictionis, *quia*, vicitur dictio, *quamuis*. Quibus tandem fit, vt satis compertum sit Canonibus antiquis tricennale præscriptionem sufficere fuisse Priuilegiis, & Ecclesiis ad acquirendas res alterius Ecclesiæ, vel Episcopatus. eandem sententiam probat text. in c. *sanctorum*, de *prescript.* qui ad Canonum antiquorum sanctiones referendus omnino est, dum censet tricennale præscriptionem sufficere, vt Ecclesia rem alterius Ecclesiæ præscribat.

Verum hi canones antiquati sunt per Romanos Pontifices, qui quadragenariam præscriptionem necessariam esse censent aduersus Ecclesias, earumque res, siue præscriptio procedat à priuato, siue ab altera Ecclesia. text. insignis in c. *de quarta*, de *prescript.* gloss. in d. c. *sanctorum*. Et vbique iuris Canonici interpretes. text. in c. *illud*, & c. *ad aures*, eod. tit. *auth. quas actiones*, C. de *sacro sanct.* Eccles. cui conuenit Regia l. 26. tit. 29. part. 3. latius ceteris tradit Francisc. Balb. de *prescript.* §. *part. princip. in princ.* Et idem erit, si Ecclesia velit præscribere rem alicuius monasterij: etenim non potest minori spatio quadraginta annorum eam vscapere, sicut notat gloss. communiter recepta in d. c. *quarta*, text. optim. in dict. *auth. quas actiones*. vnde quod Gratianus scribit in d. c. *placuit*, vers. in canonib. 16 q. 3. teniens Ecclesiam aduersus monasterium posse præscribere spatio triginta annorum, monasterium verò contra Ecclesiam vti non posse minori tempore quadraginta annorum; procedit inspectis canonibus antiquis: nempe c. l. 16. qu. 3. quo id statum fuisse apparet: hodie verò ea constitutio sublata est secundum communem omnium interpretationem.

Imò & hæc quadragenaria præscriptio necessariò exigitur ad præscribenda legata pauperibus relicta, & res ad eadem legata pertinentes, text. in *auth. de Eccl. tit. §. pro temporalib.* Panormitanus, & Doctores in d. c. *de quarta*. Abb. & Fel. in c. *sanctorum*, eod. tit. Bald. & Iaf. col. 1. in *auth. quas actiones*, C. de *sacro sanct.* Ecclesiis.

quibus etiam suffragatur Balbus de *prescript.* §. *part. princip. in princip.* Ex quibus falsa videtur Antonij & Imolæ sententia in cap. *nihil de prescriptionibus*, existimantium, nullam præscriptionem procedere contra pauperes in rebus eis legatis. horum ratio ea est, quòd pauperes, cum sint incerti, agere non possunt: agere autem non valenti minimè currit præscriptio. l. i. C. de *annali* except. hæc autem ratio facillimè tollitur: nam et si pauperes agere non possunt ad legata, potest tamen ea petere Episcopus, qui curam habet pauperum, sicut manifestum est. Et præterea simillima sunt, pari que iure censentur legata relicta Ecclesiis, & ea quæ pauperibus relinquuntur. l. vii. C. de *sacro sanct.* Ecclesiis. ideoque legata pauperibus relicta præscribi poterunt eo modo, quo res legatæ Ecclesiis vscapiuntur.

Quod verò diximus, Ecclesiam res alterius Ecclesiæ non posse præscribere minori tempore quàm quadraginta annorum, eam difficultatem habet, quòd priuilegium habens non vicitur eo contra habentem idem priuilegium: quemadmodum notatur in *authent. de sanctissimis Episcopis*. §. *sed hæc present.* & in l. *verum*, §. *vt cum l. sequent.* ff. de *minorib.* igitur priuilegium quod canones concesserunt Ecclesiis, vt possint excludere præscriptionem minorem quadragenaria, obici non debet aduersus Ecclesiam præscribentem, quæ simile priuilegium habet. Sed & ista ratio cessat prorsus, si diligenter & verè regulam supràscriptam examinemus. Etenim ubi duo idem habentes priuilegium contendunt de aliqua re: is quidem præfertur alteri, qui priuilegium actu habet & practicè in ea re, & specie de qua agitur, text. & ibi Bartolus in l. vii. ff. ex quib. *causis maior*. quo in loco Bartolus hoc adnotauit. Nam qui Reipublicæ causa abfuerit, etiam aduersus eum, qui pariter Reipub. causa abfuerit, restituendus est, si aliquid damni patiat: utque etenim priuilegium habet, ex quo restitutionem, si læsus fuerit, petere potest: & tamen qui modò indiget auxilio restitutionis ad reparationem damni, priuilegium habet in specie, de qua agitur, & in exercitio, quia læditur: alter verò cum læsus in eadem causa non fuerit, in præsentiarum id priuilegium minimè obtinet. ad idem l. *verum*, §. *penult.* idem notauit Bart. in d. *authent. quas actiones*. Abb. in cap. *ad aures*, de *prescript.* idem Abb. in cap. *super spoliatione*, de *ordin. cognit.* & in c. *in præsentia*. Et ibi Felin. n. 29. de *probat.* Bald. in dict. l. fin. ff. ex quib. *caus. maior.* Iafon in §. *rursus*, Instit. de *actionibus* n. 56. Panorm. notab. pen. in c. *audius*, de *integ. restitut.* Sic sanè in specie præscriptionis Ecclesiæ, quæ rem alterius Ecclesiæ præscribit, non habet in præscribenda illa re, nec in præscribendis rebus alienis priuilegium aliquod: Ecclesia verò contra quam præscribitur priuilegium habet, vt minori spatio quadraginta annorum eius bona, & res minime vscapiantur: vnde hic non datur priuilegiolorum concursus, quia tantum vnus Ecclesiæ priuilegium huic negotio conuenit. Ceterum Philip. Dec. in d. c. *in præsentia*, n. 51. aduersus hanc communem DD. resolutionem expendit text. in dict. *authent. de sanctissimis Episcopis*. §. *sed hæc present.* quo probatur, habentem priuilegium in specie & re, de qua agitur, non posse vti eodem priuilegio contra eum, qui simile in genere priuilegium iure obtinebit. Ecclesia etenim monasterij excludit substitutum ex priuilegio, quod iure habet in specie, quod est institutus eiusdem monasterij habitum, & religionem adsumpsit; & nihilominus si religioso, qui fuit institutus, substituitur altera Ecclesia, hæc à monasterio non excluditur: quia habet in genere simile priuilegium: tamen in specie, de qua controuertitur, tantum agatur de priuilegio monasterij, cuius religionem institutus professus est, non de alterius Ecclesiæ substitutæ simili priuilegio. Quamobrem ipse Dec. aliam adsumit in hac quæstione conclusionem, existimans in vniuersum rem istam ita definiendâ fore, vt habens priuilegium possit eo vti aduersus eum qui simile priuilegium obtinet, quando potentius est priuilegium eius, qui eo vti vult: vel ex eo quòd is agat de damno euitando, alter de lucro captando: quod Bartol. admonet in dict. *authent. quas actiones*. Bald. in *auth. perpetua*, C. de *sacro sanct.* Ecclesiis. Anchar. conf. 36. Abb. in dict. c. *in præsentia*, super gloss. vlt. text. optimus in dict. l. *verum*, §. *pen.* vbi Bart. vel ex eo quòd causa concedendi priuilegium fauorabilior est, text. in dict. l. *verum*, §. *vt*. & ibi Bald. cum l. *seq.* idem Bart. in dict. *auth. quas actiones*. vnde Philip. Dec. ob interpretationem minimè conuenientem, §. *sed hæc present.* hanc posteriorem conclusionem sufficere censet ad huius quæstionis resolutionem. Ego quidem vtramque conclusionem admitterem ad faciliorem rei cognitionem, cum vtraque omnium consensu probetur: tamen sciam in dict. §. *sed hæc present.* responsum esse ab Imperatore non satis iuxta hanc resolutionem: quia nec ex conclusione priori, nec

posteriori

posteriori congrua ratio eius responso constituitur. Arque ideo dici forsan poterit, in ea specie monasterium, quod habet priuilegium excludendi substitutionem, non excludere Ecclesiam, nec piam causam: non quidem ex eo quod par sit in eadem re vtriusque priuilegium; sed propter præsumptam voluntatem testatoris, quæ consideranda omnino est ad decisionem text. in dict. c. in præsentia. & in authent. nisi rogati. C. ad Trebellianum. quod nos latius probauimus lib. 1. variar. resolut. cap. 19. n. 6. & seq. Ex quibus apparet, sitne verum quod scribit Abb. in d. c. in præsentia. de probat. n. 37. quem ibi sequitur Dec. nu. 52. asseruerans Ecclesiam heredem institutam posse Falcidiam detrahere ex legato alteri Ecclesie relicto, idem tenent Angel. in d. §. sed hæc præsentia. Salic. in auth. qui rem. C. de sacrosanct. Ecclesie. Cuman. & Imol. in l. 1. §. ad municipium. ff. ad leg. Falcid. vbi Alex. asserit, non esse ab hac opinione recedendum in praxi: eandem sententiam tenet Abb. in cap. cum causam. de probat. Quorum sententia eam rationem habet, quod priuilegium habens, eo non potest vti aduersus idem priuilegium habentem, l. asiduis. ad finem. C. qui pot. in pign. hab. atque ita hanc opinionem communem esse fateatur Dec. in d. c. in præsentia, n. 52. & Vincent. Hercula. in d. §. si ad municipium. col. 4. & §. idque sentit Salic. in d. auth. qui rem. contrariam opinionem tenuerunt Roman. in auth. similiter. C. ad leg. Falcidiam. 40. specialis vltimarum voluntatum. idem Romanus & Alex. in l. Marcellus. 4. col. ff. ad Trebellianum. Alexander. & Vincentius in d. §. si ad municipium. Quibus suffragatur, quod in hac specie solum Ecclesia legataria priuilegium habet: & de eo agendum est. nec Ecclesia heres instituta aliquod in præsentiarum circa deductionem Falcidie priuilegium obtinet: vnde secundum Bartolum communiter receptum in d. auth. quas actiones. Ecclesia legataria priuilegio vti iure optimo poterit aduersus Ecclesiam heredem institutam, ex quo cessat ratio prioris sententiae: quæ tamen communis est. & licet eius ratio, quia ipsius auctores vtruntque, tolli facillime valeat, proferendo prior & verior iure videtur, ex voluntate testatoris, ac mente ipsius legis. Quid enim obsecro magis consonum testatoris & legis intentioni esse potest, quam quod Ecclesia heres instituta Falcidiam à legato omnibus etiam piis deducat? denique non video præter hanc legem & testatoris mentem, rationem congruam, quæ communem sententiam fulciat: quandoquidem ea, quæ de pari priuilegio adducuntur, non satis conueniunt huic dubitationi. Nam Ecclesia legataria in specie proposita priuilegium habet: non Ecclesia heres instituta: quemadmodum ex Bart. ostendimus. Nec vlla hacum Ecclesiarum potentius priuilegium habet: nec agit de damno vitando: cum vtraque de lucro captando tractet: atque ideo posterior resolutio, quam Decius elegit, minimè vrgeret contra communem, si Bart. ratio tolleretur, quæ verè tollitur inspecta mente legis & testatoris, qui sicut potest integrum legatum loco pio, & Ecclesie relinquere, ita iubere poterit quod ex legato piis Falcidia per heredem deducatur casu, quo legata dodrantem hereditatis exceleserint. Neque enim inficiari possumus liberè potuisse testatorem pœnitere, & legatum locis piis relicto omnino reuocare.

Hinc etiam deducitur vera ratio eius quod Bald. tradidit in l. si quis. ff. de pact. quem sequuntur Felin. in c. dilecti. colum. 4. de except. Hippolyt. in sing. 99. ad intellectum l. non tantum. ff. de re iudic. & l. ex diuerso. ff. soluto matrim. Quibus responsis apparet, maritum ab vxore dotis ratione non posse conueniri vltra quam is facere possit, deductis inquam alimentis sibi necessariis. Etenim hoc à Baldo intelligitur eo casu, quo mulier inops & pauper non sit, alioqui si mulier pauper sit, cum ipsa agat de damno vitando, dotem poterit à marito citian egeno exigere, vt ex ea percipiat sibi alimenta.

Ceterum, vt ad propositam præscriptionis questionem redeamus, ex his constitutissimum sit, aduersus Ecclesiam necessariam esse quadraginta annorum præscriptionem; quod tamen non omnino seruandum est. Nam procedit quoties agitur de præscribendis rebus immobilibus: siquidem res Ecclesie mobiles & vsu capiantur triennio. text. in dict. authent. quas actiones. & ibi gloss. communiter recepta in verbo, durantiis. Specul. in tit. ff. de resit. in integr. §. 2. vers. vt autem. Cardin. in Clementi. 1. notab. 8. de sequest. poss. gloss. in cap. de redditibus. 12. q. 2. Panor. in cap. cum causam. de empt. & venditio. n. 10. Innoc. Cardin. & communiter alij secundum Abb. col. 3. c. 1. de in integr. resit. idem notat Ang. Arct. in §. res sit. Instituit. de vsu cap. Felin. & Balb. statim citandi. Sic & in actionibus personalibus, aduersus Ecclesiam sufficere iuris civilis præscriptionem, quæ aduersus priuatos sufficiens est: & hoc quidem in omnibus his actionibus, quæ seruetur, biennio, vel

quadriennio tolluntur. probat text. in d. auth. quas actiones. & ibi gloss. in verbo, durantiis. gl. similis in dict. c. cum causam. Ex quibus deducitur, in actionibus, quæ minori tempore decennij iure ciuili tolluntur, vel præscribuntur, par ius esse priuatis, & Ecclesie; quia sicuti & per tempus iure ciuili statutum excluduntur priuati, ita Ecclesie: cuius rei exempla obuia sunt in actionibus, quanto minoris, redhibitoria, & his similibus. Notant Abb. in d. cap. cum causam. n. 10. & ibi Burgenlis col. penult. lat. in d. auth. quas actiones. n. 4. §. 5. & col. pen. Felin. in d. c. de quarta. col. ult. Franc. Balb. de præscript. 5. part. princ. fallen. 3. quorum opinio communis est, & in dict. auth. quas actiones. expressim probatur. vnde fit vt actiones personales, quæ iure ciuili spatio triginta annorum præscribuntur, non minori tempore quam annorum quadraginta tollantur, cum Ecclesie competunt, iureque dantur, quod video passim ab omnibus receptum esse.

Hosteniens tamen in d. c. 1. de in integr. resit. aduersus communem opinionem censet, non obstante iuris ciuilis constitutione, triennale vsucapionem in rebus mobilibus Ecclesie minimè procedere: cuius opinionem Panor. in d. c. 1. n. 13. scribit æquiorum esse, tamenli prior, vt iam meminimus, magis recepta sit: quam & Dyn. in reg. possessor. n. 18. probat.

Et hæc de Ecclesiis inferioribus: nam contra Romanam Ecclesiam necessaria est centum annorum præscriptio: quod probatur in d. auth. quas actiones. & in c. ad audientiam. cap. cum nobis. de præscript. c. nemo. 16. q. 3. modò in præscriptione principale damnum & præiudicium fiat Romanæ Ecclesie: alioqui si principale damnum inferiori fiat, licet quodammodo ex hoc & Romanæ Ecclesie præiudicetur, præscriptio ordinaria sufficit: sicuti innuit ipse Romanus Pontifex in d. c. ad audientiam. ibi. principaliter. quo in loco gloss. sentit, quod possit quis tempore ordinario præscribere ius vile rei aduersus obtinentem illud à Romana Ecclesia, quæ directum habet, cuique in ipso directo non præiudicatur. Eandem opinionem sequuntur Cardin. Imol. Abb. & Felin. col. pen. in d. c. ad audientiam. Roman. consil. 169. col. penult. Balb. de præscript. 5. part. princ. col. 6. vers. secunda limitat. & esse communem opinionem fatetur Socin. consil. 266. lib. 2. col. 19. tamenli Hostiens. Ioan. Andr. & Anton. in d. c. ad audientiam. existimant adhuc in hac specie requiri centum annorum præscriptionem ipso domino directo ignorante: nam eo sciente, ipse Hostiens. sentit sufficere triginta annorum præscriptionem. text. in c. 1. §. si quis per triginta. si de fundo fuer. contro. quod & Panor. atque Imol. concedunt, Hostiens. distinctionem secuti: in quo aduertendum est, quia si dominus directus receperit à feudatario seruicia aliaque directi dominij iura per triginta annos, nullam poterit allegare ignorantiam, & ideo quoad vile dominium præscriptio triginta annorum sufficit, iuxta gloss. & communem: quam etiam sequuntur Iason in l. 1. col. pen. C. de seru. fugit. Idem lat. in l. ult. C. de sacrosanct. Ecclesie col. 6. Angel. & Imol. in l. vsucapionem. ff. de vsuc. Abb. consil. 18. & consil. 62. lib. 2. col. ult. & Aymon. Saul. in tract. de antiqu. temp. 4. part. §. absolutus. num. 27. & 28. Quod si contigerit vera ignorantia domini directi, non sufficit hæc præscriptio: quia ipse valeat contradicere, & hunc præscribentem vili dominio priuare: cum non cogatur dominus directus nouum feudatarium iniuriis admittere, quemadmodum Hostiens. Ioan. Andr. Antonius, Abb. & Imol. in d. c. ad audientiam. & Socin. in d. consil. 266. significare & asserere videntur.

Eadem ratione res Ecclesie, quæ exempta est, & immediatè subiecta Romanæ Ecclesie, possunt præscribi tempore ordinario: nec est necessaria centum annorum præscriptio, gloss. singularis in cap. volumus. 61. q. 4. Abb. num. 12. & Felin. col. pen. in dict. cap. ad audientiam. vbi Imola scribit, hanc opinionem communem esse. idem tenent Panor. in cap. cum dilecta. col. 1. de confirm. vtili vel inutili. Bart. in l. cum sponsus. §. in vestigialibus. ff. de publ. Franc. Balb. in d. 5. part. princ. col. 6. vers. 2. limitat. qui latius expendit, & examinat regulam istam, qua definitum est, aduersus Ecclesiam Romanam necessariam esse centum annorum præscriptionem. Quod ius Imperator Iustinianus eidem tribuerat Nouella constitutione decima: qua & idem concessum est aliis Ecclesiis quibudam. Eam verò legem idem Iustinianus simpliciter reuocauit constitutione 111. quæ inter eiusdem Iustiniani edicta quintum locum obtinet: ita quidem, vt mihi minimè videatur ius, quod Romanæ Ecclesie tribuerat, abrogasse: cum eiusdem Romanæ Ecclesie non meminerit. Quamobrem non temerè exceptionem illam centenariæ præscriptionis aduersus Ecclesiam Romanam addiderit is, qui authent. quas actiones. Codicis tit. adiecerit. Etiam si Balduin. in prolegomenis, id vitio verat ac tribuat.

tribuat. Cui adde Iacob. Cuiac. & Græcum auctorem de præscrip. post Suidam in dictione, *priscus*. eundem Cuiacium lib. 5. obser. c. 5.

Hac verò in parte opportunè quaeritur, quod tempus sit necessarium ad præscribendas res Principis sæcularis. Cuius quaestioni examini præmittendum est, res Principis posse multifariam considerari. Aut enim sunt res fisco ꝛ Principis delatæ, vel acquisitæ: aut res ad Principem in recognitionem supremæ potestatis pertinentes: aut in signum dignitatis principalis eidem Principi præseruatæ: aut sunt eiusdem Principis, vt Principis propriæ: sunt item alia, quæ Principis sunt, non tamen vt Principis, sed vt priuati: nempe ipsius Principis patrimonium: quod segregatum est, & distinctum ab his rebus, quæ sunt propriæ principatus & regni, vel Imperij. His denique quinque modis distinctione præuia adnotatis, erit facillima huius controuersie resolutio.

8 Res quidem ꝛ fisco Principis delatæ, vel iam ex delatione acquisitæ, præscribuntur eo modo, quem ipse adnotauit in Epitome quartæ Decretalium, 2. part. cap. 6. §. 8. num. 21. quo in loco probauit, quo tempore præscribantur res delatæ fisco ex crimine hæresis, vel ex commissi causa ob non solum vectigal. Item quo tempore res iam ex quacumque causa fisco acquisitæ, bona vel mala fide vsucapiantur. Etenim inibi probauimus, res delatas fisco sæculari ex causa hæresis, vel ex causa commissi ob non solum vectigal, vsucapi etiam mala fide per quinquennium: & eadem in bonis fisco delatis ob crimen læsæ maiestatis humanæ. l. 2. C. de vi litig. & commiss. Bart. in l. 2. C. de apostat. gloss. in l. Manicheos C. de hæreticis. tamen si in his Hispaniarum regnis adhuc in præscribendis rebus fisco sæculari delatis ob crimen hæresis, seruanda sit constitutio text. in c. 2. de præscrip. in 6. quæ latius explicauimus in d. §. 8. num. 16. Quod si res ex his causis fisco non fuerit delata, sed ex aliis, vsucapitur nondum facta denuntiatione, per viginti annos, bona tamen fide. *Lin omnib. ff. de diuers. & tempor. præscrip.* sed si ad sit titulus aliquis, decem anni sufficiunt. *L. quamuis. ff. de vsucap. facta tamen denuntiatione sufficit quadriennium. l. 1. C. de quadrienn. præscrip.* quemadmodum Bart. resoluit in d. l. in omnibus. Imol. in d. l. quamuis. Angel. in §. rescripti. Institut. de vsucap. Abb. in c. cum nobis. col. pen. de præscrip. & Boer. q. 264. n. 20. & seq. explicat Dynus in hac nostra reg. poss. ff. n. 16. Balb. item de præscrip. 2. part. §. part. principalis. quorum distinctio magis communis est. Ea verò bona, quæ fisco ob quodcumque crimen fuerit non tantum delata, sed & per sententiam tradita, non minori quadraginta annorum spatio & bona fide præscribuntur. *l. omnes. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Bart. Imol. & Angel. Aretin. in locis paulò antè citatis.

Secunda rerum species eam legem & conditionem habet, vt in eis locus non sit vili præscriptioni: siquidem ea, quæ Principi debentur in signum, & recognitionem supremæ potestatis, & subiectionis, præscribi non possunt. vnde tributa, & census, qui Principibus solui debent, non possunt præscribi: nec vlla præscriptione ab eorum solutione quis excusari poterit. *l. competit.* iuxta Baldi adnotationem, *C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* notant Abb. in cap. cum nobis. & c. ad audientiam. de præscrip. Balb. in tract. de præscrip. 2. part. q. 1. Regia l. vlt. tit. 13. lib. 3. ordinat. vnde potest illa quaestio examinari, an subditi ꝛ alicui Principi possint præscribere immunitatem à soluendis non quidem tributis, & censibus, sed indictionibus, & superindictionibus: quæ non soluuntur in recognitionem potestatis supremæ, & subiectionis, sed pro expensis alicuius belli imminenti, aut pro aliis ipsius Principis subleuandis necessitatibus? Sunt tamen in hac adnotanda duo: primum, hic non esse tractandum de præscribenda nobilitate, ex qua iure Regio cõpetit immunitas ab his oneribus soluendis, sicut & competunt alia priuilegia: sed tantum agendum esse, an possit quis etiam in ceteris plebeiis præscribere libertatem à solutione harum indictionum, & onerum. Secundò aduertendum est quaestione istam examinatâ fuisse per Aymon. Saullian. conf. 111. qui censet, hanc libertatem præscribi posse aduersus ciuitates, & vniuersitates, quæ habent ius hæc onera indicendi: cuius sententia auctores sunt Panorm. conf. 94. lib. 1. & conf. 26. col. 2. lib. 2. Paul. de Cast. conf. 313. lib. 1. Corne. conf. 43. col. 1. lib. 2. & conf. 20. col. 5. lib. 3. & conf. 152. eod. lib. colum. penult. quibus in locis Corn. existimat, sufficere tempus quadraginta annorum, quo quidem tempore à præscribente non fuerint soluta onera publica ipsius ciuitatis, quæ ab aliis soluta sint. idem tenuerunt Bal. conf. 112. eod. lib. vltim. lib. 2. idem conf. 257. eod. lib. Curt. lun. conf. 42. col. pen. & conf. 177. col. 4. ad fin. quos ipse Aymon sequitur in dist. conf. 111. num. 12. qui n. 21. & seq. contendit in præscriptione huius libertatis non esse necessarium probare, quòd præscribens

fuerit interpellatus ad horum munerum præstationem, & eam negauerit, ac deinde tempus legitimum ab hac negatione transierit: contra Alexand. in conf. 136. n. 19. lib. 2. vbi expressim contendit, ad præscriptionem huius libertatis, & immunitatis esse necessariò præmittendam interpellationem, & eius contradictionem adduxit Alexand. l. cum scimus. & ibi Barr. C. de agric. & censu. lib. 11. & Barr. in l. in filiis. C. de decurionibus. lib. 10. eamde opinionem Alexandri secuti sunt Currius Iunior conf. 60. col. penult. Anton. Rub. conf. 21. col. 2. à quibus & ab Alexand. rursus discedit idem Aymon Saull. in tract. de antiq. tempor. 4. part. cap. circa premiffa. n. 36. & §. 3. responderetque in d. conf. 111. n. 21. ad l. cum scimus. dicens inibi tantum requiri, ad præscribendam libertatem seruitutis ex non vsu, quòd eueniret casus, quo potuit ea seruitus in vsu deduci, & non fuerit deducta. l. Artulcius ff. de seruitut. rustic. prædiorum. l. si partem. §. si per fundum. ff. quemadmodum seruitur. amitt. Imol. & Alexand. Imolenus in conf. 30. lib. 5. n. 12. scribit, satis esse ad præscribendam immunitatem istam à solutione onerum & indictionum, quòd quadraginta anni transierint, quibus onera ista non sunt à præscribente soluta: cum tamen eodem tempore fuerint publicè ciuibus indicta: quod quidem Alex. responsum Iason sequitur in conf. 210. lib. 2. col. vlt. & conf. 25. lib. 3. colum. 2. & conf. 101. lib. 4. vnde apparet, aduersus ciuitates posse præscribi hanc immunitatem à solutione munerum, & indictionum per quadraginta annos.

Quid igitur dicendum de hac præscribenda immunitate aduersus Regem & Principem, pro quo adest iuxta huius regni pragmaticas sanctiones in hisce muneribus & indictionibus ab omnibus in vniuersum soluendis præsumptio, eaque resistit volenti se ab his oneribus eximere? Huius sanè quaestioni dissolutio constabit ex his, quæ statim dicentur. Nam Regia l. 6. tit. 29. part. 3. in specie responderet in his, & aliis, quæ iure redditus Regi præstantur, non esse admittendam præscriptionem.

Ex his verò, quæ in hac secunda specie diximus, constat, non posse per subditum aduersus Principem præscribi summam illam, & supremam iurisdictionem, quæ in eo versatur, quòd ab omnibus inferioribus iudicibus ad Principem ꝛ appelletur. 10 Hæc enim Principi competit in signum supremæ iurisdictionis, potestatis, & subiectionis recognitionem, secundum Bald. in authent. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles. num. 14. Qua de re extat apud nos pulchra Regia l. 6. tit. 13. l. 3. ordin. quæ expressim vetat nullus supremæ iurisdictionis præscriptionem: ita quidem, vt nullus Dux, Comes, aut Marchio possit præscriptione acquirere, ne ab eo ad Regem appelletur. Non me latet frequentiori Doctorem calculo probari posse, subditum alicuius Principis sæcularis exemptionem præscribere, eo quidem sensu, ꝛ nulli subiectus sit, neminemque, nec Imperatorem ipsum, eiusve potestatem recognoscere: quod ipse tradidi in reg. peccatum. de reg. iur. in 6. part. 2. §. 9. n. 9. Et tamen id obtrinet: quia hic gerit libertatis & exemptionis negotium, nec se cuiusquam subditum esse profiteatur. At si quis professus sit, ac denique non inficietur, se alteri Principi subditum esse, hic nullo modo potest præscriptione aliqua acquirere, quòd ab eo ad supremum Principem non appelletur: nec potest summam illam, quam verè agnoscit, iurisdictionem effigere: esset etenim hoc absurdum, quemadmodum docet Oldrad. conf. 172. colum. 1. & idem 244. col. 2. & conf. 154. col. 1.

Tertia species constituitur ex his, quæ non debentur Principi in signum ꝛ supremæ potestatis, & subiectionis recognitionem: sed tamen Principi ratione dignitatis ꝛ præseruantur & 11 competunt ita, vt nullus ea præter Principem expedire possit, vt Tabellionum institutio, Vectigalium inductio, Illegitimorum legitimatio, & his similia, quorum mentio fit in c. super quibusdam. §. præterea. de verbor. signific. & per DD. inibi. & in cap. 1. qua sint regalia. lib. Eudorum. Hæc quidem acquiruntur per inferiorum à Principe præscriptione tanti temporis, cuius initium memoriam hominum excedat. text. in d. c. super quibusdam. §. præterea. ex quo id passim Doctores adnotarunt, præsertim Panormitan. in cap. cum nobis. col. 1. de præscrip. Bartol. in l. si publicanus. §. vltim. ff. de public. Abb. in cap. cum contingat. colum. 5. de foro compet. Alexand. in l. more ff. de acquirend. heredit. colum. 2. Aretin. conf. 30. dub. 3. Dec. conf. 341. col. penult. & conf. 496. col. 2. latissime Balb. in tract. de præscrip. 2. part. §. part. princ. quaest. 3. Ex quibus tandem constat, hanc opinionem communem esse: atque ita fatetur præter alios Iason in l. imperium. n. 20. ff. de iurisdic. omn. iudic. vbi meri imperij, quod Principi tantum competit, mentionem agens, scribit, posse id acquiri per præscriptionem eius temporis, cuius initij memoria humana

humana non est. Nec minoris temporis præscriptio sufficit ad hæc acquirenda: cum in his præscriptio sit pro ipso Principe, & contra præscribentem vehemens quidem, & resistens horum iurium absque Principis mandato executioni: ideoque vel est necessaria præscriptio eius temporis, quod memoriam hominum excedat: vel quadraginta annorum cum titulo, iuxta decisionem text. in cap. 1. de præscript. in 6. cuius ipse mentionem feci, & intellectum examinaui lib. 1. variat. resolut. c. 17. Sed dubitatur à plerisque, si tunc ad hanc præscriptionem immemoriam necessariam ipsius Principis scientia & patientia: qua de re oportet memoria repetere, quæ diximus §. precedenti. & præsertim in principio huius 2. part. num. 8. & seq. Nam iuxta opinionem eorum, qui præscriptionem immemoriam admittunt in iuribus corporalibus absque scientia & patientia, itidem dicendum erit in hac questione, quam modo tractamus, non esse necessariam scientiam Principis, nec patientiam. At si è diuerso contrariam opinionem recipiamus, dubio procul erit necessaria Principis scientia & patientia. Sic sanè, vt in d. n. 8. ad fin. adnotauimus, in his erit necessaria præter tempus immemoriam scientia & patientia Principis: idque præmittit Abb. in c. cum nobis. col. 2. vers. circa hanc particulam. & colum. pen. vers. quædam sunt iura. de præscript. quem sequitur Aymon in tract. de antiquit. tempor. 4. part. c. absolutus. n. 1. Ex quo falsum esse videtur, quod adnotauit Bald. conf. 242. lib. 2. & sensus Alexand. conf. 24. lib. 5. col. 5. vers. benefacit. quibus in locis vterque tenet, in his, quæ Principis dignitati reſeruata sunt, quæque alius præter Principem agere nequit, sufficere præscriptionem quadraginta annorum, modo accesserit huic præscriptioni scientia & patientia Principis. Etenim hoc falsum est. Nam si scientia est necessaria ad acquirendam quasi possessionem, sine qua præscriptio non procedit, hæc omnino exigitur, siue sit tempus, cuius initium memoriam hominum excedat, siue minus. At si præscriptio contingat in his, in quibus contra præscribentem est vehemens & constituta iuris præsumptio, non sufficit nec quasi possessio, nec minus tempus, quàm sit illud, quod hominum excedit memoriam: nisi titulus præscriptioni causam dederit: vt probatur in d. c. 1. de præscript. in 6. Multo magis hæc in re non est

13 ¶ admittenda Iasonis sententia in Imperium ff. de iuris d. omni. iudic. n. 22. qui censet sufficere triginta annorum præscriptionem ad acquirendum merum imperium: vbi accesserit præscriptioni scientia patientiaque ipsius Principis. Merum enim imperium plura continet, iuxta communem Doctorum interpretationem, quæ Principis dignitati reſeruantur: ideoque non erit sufficiens præscriptio triginta annorum ad eius acquisitionem. Præsertim tempus istud minimè sufficiens erit, si præmittamus in his ferè rebus acquirèdis dari quasi possessionem discontinuam, quæ requirit regulariter tempus, cuius memoria penes homines non sit, hoc iure §. ductus aqua. ff. de aqua quod. & aliis. tamen hæc ratio possit tolli ex his, quæ ipse tradidit in lib. 1. variat. resolut. c. 17. n. 10. & seqq. cum ex inibi adnotatis appareat, pleraque ex his, quæ dignitati Principis competunt, non habere causam discontinuam, sed potius continuam: & præterea non omnino verum esse, quod in præscribendis seruutibus habentibus causam vel possessionem discontinuam, sit necessarium tempus illud, cuius initium memoriam hominum excedit.

14 Quarta species ea comprehendit bona, quæ ¶ Principis, vt Principis sunt: vt pote, quæ Regiæ coronæ competunt, & eius propria sunt: & tamen possent esse iure communi alicuius priuati: qualia sunt prata pascuorum, saltus ferarum, viuaria, prædia rustica & vrbana: quæ quidem non sũt Principis fisco propter aliquod crimen delata, nec tradita. horum verborum & eorum quæ sub quinta specie traduntur, videtur meminisse Regia l. 1. tit. 17. part. 2. In his quidem rebus sub hac quarta specie contentis quidam censent, non esse admittendam præscriptionem minorem centenaria: huius opinionis auctores sunt gloss. in authent. de non alienand. aut permutand. §. vt autem lex. in verb. nec multum. Angel. & Bald. in l. 2. C. commun. de vsucap. Bald. in l. 1. colum. 2. C. de annali except. idem Bald. l. sicut. de præscript. 30. annor. colum. vlt. Alexand. consil. 24. lib. 5. num. 14. Felin. in cap. ad audientiam. num. 22. de præscript. Alexand. consil. 84. num. 2. lib. 1. Matth. de Afflict. in consiliis. Neapolitan. lib. 3. rubr. 31. constitutione, Quadragenalem. num. 4. & 5. Ilermia in rubr. de prohib. feud. alienat. per Freder. §. præterea num. 17.

Verum Nicol. Boer. quæst. 264. n. 25. expressim asseuerat, contrariam sententiam communem & veriorē esse, adiciens, præscriptionem illam, cuius meminit l. vlt. C. de sacrosanct. Ecclesi. ad quadragenariam omnino iure nouo redactam fuisse: idque

Didaci Conar. Tom. I.

scribit communi omnium consensu receptum esse. In hoc tamen ultimo improbat Boerij sententiam Aymon Sauillian. in tract. de antiquit. tempor. 4. part. cap. absolutus. num. 37. quāobrem in huius quæstionis examine aliquot discriminatum, & distinctè adnotanda sunt.

Primum, quod ¶ lex vlt. C. de sacrosanct. Ecclesi. statuens nullam 15 præscriptionem centenaria minorem admittendam esse aduersus ciuitates, Ecclesias, hospitalia, causasque pias in his rebus, quæ vel testamento relictæ, vel venditæ, vel donatæ fuerint, tantum sit correctæ quoad Ecclesias, monasteria, hospitalia, & similia; non tamen quoad ciuitates: quæ quidem sententia probatur in authent. quas actiones. per quam correctio inducitur, & tamen ea constitutio solum de Ecclesiis, non de ciuitatibus tractat: atque ita isthæc interpretatio cōmunis est, sicuti testatur Iason in d. authent. quas actiones. num. 21. Aymon in d. num. 37. idem latius in princ. 4. part. n. 99. & seq. Quo fit, vt manifestum fuerit lapsus Boerij hac in re, dum contrariam sententiam exilimari communē esse.

Secundò illud, ni fallor, certissimi iuris est, in illis casibus specialibus, quos Imperator in d. l. vlt. tradit, aduersus Principem necessariam esse centenariam præscriptionem, nec minorem sufficere: quo in sensu accipiendū est gl. in d. §. vt autem lex. cum his auctoribus, quorum paulò antè posteam memini. etenim si ciuitati in illis casibus ius hoc datum est, maiori aut saltem eadem ratione, idem Principi datum esse censendum erit. Et præter Angel. & alios modò citatos, hanc sententiam tenuerunt Bart. in l. in omnibus. ff. de diuers. & tempor. præscr. Alber. & Imol. in l. quamuis. ff. de vsucap. Abb. in c. cum nobis. col. pen. de præscript. Angel. in §. res fisci. institut. de vsucap. Socin. in consil. 86. col. vlt. vers. Quinto hæc conclusio. lib. 1. Aym. in d. 4. part. c. absolutus. n. 40.

Tertiò in his rebus & bonis, quæ fisco Principis, vel ratione criminis, aut ob vctigal non solum, similive causa deferuntur, opinor non esse necessariam centenariam præscriptionem: sed eam sufficere, quæ in prima specie à nobis superius tradita fuit. Quod ex Bartol. in d. l. in omnibus. & his, quorum modò meminimus, palam deducitur. Qui denique in hoc tractatu de præscriptionibus expressim distinguunt casus in d. l. vlt. nominatos, ab his rebus, quæ Principis fisco ex lege deferuntur.

Quartò, ex præmissis deducitur, extra casus in d. l. vlt. ab Imperatore nominatos, Principem eiusque fiscum minimè gaude re centenaria præscriptione: sed tempus quadraginta annorum regulariter ad præscribendum aduersus Principem sufficere, l. omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor. nisi aliud lege Regiæ, aliave constitutione speciatim cautum fuerit. Quod colligitur ab his, quæ in hac vltima quatuor assertionibus distincta resolutione adnotabimus: & probat optimè Aymon in d. c. absolutus. n. 40. & sequentibus. quem legito ad interpretationem d. l. vltimæ. Sic extra casus in d. l. vlt. nominatos aduersus ciuitates quadragenaria præscriptio sufficit, & necessaria est, ex d. l. omnes. idque adnotarunt Alexand. consil. 16. n. 24. lib. 5. Aretin. consil. 154. col. vlt. Balb. de præscript. 3. part. 5. part. principalis. quæst. 1. Regia l. 7. tit. 29. part. 3. cui adde l. 4. & 5. tit. 28. ead. part. atque omnino legito Roderic. Zuarez allegat. 15. Quamuis gloss. Angel. Bald. & alij in vniuersum responderint, aduersus Principem sæcularem non esse admittendam præscriptionem minorem centenaria: sicuti nec contra Romanam Ecclesiam. quam opinionem reprobant Henric. in cap. si diligenti. de præscript. & Guid. Pap. quæst. 416. qui post Henr. col. vlt. extra casus d. l. vlt. quadragenariam præscriptionem aduersus Principem regulariter exigit.

Vltima species de his rebus agit, quæ Principis ¶ propriæ 16 sunt: non tamen ea Princeps habet iure principatus; sed vt priuatus: quippe qui ea habuerit, priusquam Princeps esset, vel ea iure priuato acquireret. Et certè in his rebus aduersus Principem admittitur præscriptio ea, quæ aduersus priuatum iure est admittenda, secundum Bald. in l. 2. in princ. C. communia de vsucap. cuius opinionem pluribus comprobat Aym. in d. 4. part. de antiquit. tempor. cap. absolutus. n. 33. & 34. præsertim ex gloss. in c. possessiones. 16. quæst. 4. quæ voluit, res patrimoniales clericorum præscribi eo tempore, quo res laicorum præscribuntur: cum non gaudeant priuilegio rerum Ecclesiarum: cuius gloss. opinionem frequentissimo interpretum suffragio probatam sequitur Roman. iung. 451. Salic. & Ial. in d. authent. quas actiones. ad fin. eiusque & nos meminimus lib. 1. variat. resolut. cap. 4. num. 3. tamen Guid. Pap. in d. q. 416. in his rebus præscribendis, quæ Princeps vt priuatus obtinet, necessariam esse asseuerat quadraginta annorum præscriptionem, post Henric. in d. c. diligenti. col. vlt. ex d. l. omnes. Horum verò sententia omnino referenda est ad ea bona, quæ per Principi-

Mm

Principem iure & titulo principatus possidentur : licet ea non sint Principibus propria iure supremæ dignitatis, cum possint & à quolibet privato possideri, & acquiri: sicuti superius distinximus penultima specie.

§. T E R T I V S.

De iurisdictionis præscriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Iurisdicção & mixtum imperium præscriptione possunt acquiri.
- 2 Consuetudo & præscriptio differunt.
- 3 Iurisdicção, merum & mixtum imperium in præiudicium Principis non acquiruntur minori tempore, quam eo, cuius initium memoriam hominum excedit.
- 4 Regia constitutio ultima, tit. 13. lib. 3. ord. de præscriptione iurisdictionis examinatur.
- 5 Iurisdicção in præiudicium inferioris à Principe præscribitur tempore ordinario.
- 6 Latè discutitur differentia inter præscriptionem immemorialem, & centenariam.
- 7 Quo pacto probatur immemorialis præscriptio.
- 8 Testes in probatione præscriptionis immemoriales quales esse debeant. Et inibi intellectus Taurine constitutionis.
- 9 Quomodo probetur centenaria, quod immemorialis legitime probetur.
- 10 An sit satis ad probationem centenaria, quod immemorialis legitime probetur.

DE iurisdictione autem, an ea possit acquiri præscriptione, frequentissimè controuertitur: ac tandem omnium consensu receptum est, & merum, mixtum imperium, iurisdictionem criminalem & civilem præscriptione acquiri posse. Hanc opinionem probauerunt Bart. in l. 1. §. denique. ff. de aqua quotidiana & asiliua. atque inibi Imol. & Roman. Bald. in l. 1. C. de emancip. lib. Panorm. col. 4. & ibi omnes, in c. cum contingat. de foro compet. Bart. Alberic. & alij, in l. imperium. ff. de iurisdic. omn. iudic. ubi Iason præ ceteris num. 20. fateatur, hanc opinionem communem esse: idem affueat Balb. de præscript. 5. part. princ. 2. part. quæst. 3. Nam in citandis huiusce partis auctoribus minimè inmorabor: quippe qui videam ab aliis id negotium diligenter expeditum esse: & deinde, quia dubio procul certissimum esse opinor, hanc opinionem communem esse: cuius item meminit Ioan. Lup. in cap. per vestras. 2. notab. §. 1. n. 27. ex antiquioribus Oldrad. conf. 254. Iac. à Bello visu in auth. de defensorib. ciuit. §. nullam.

Pro huius opinionis probatione adducitur text. in c. irrefragabili. §. excessus de offic. ordm. & in c. cum contingat. de foro compet. & in l. viros. C. de diuers. offic. lib. 11. ibi tamen de consuetudine mentio fit, non de præscriptione. Etenim consuetudo iurisdictionem dare potest. gloss. in cap. quanto. de offic. ordin. l. vlt. C. de emancipat. liber. gloss. in c. conquestus. 9. quæst. 3. gloss. Bartol. & DD. maximè Iason n. 43. in l. morem. ff. de iurisdic. omn. iud. idem Iac. in l. 3. n. 34. ff. de acquirend. possess. text. & ibi latè Felin. in c. auditu. de præscript. Balb. in tract. de præscript. 2. part. col. 7. Rochus Curt. in cap. vlt. de consuetud. folio paruo 17. colum. 4. non ex hoc necessariò deducitur, idem dicendum esse de præscriptione: cum multifariam consuetudo

2 & præscriptio differant, quemadmodum tradidit gloss. Panorm. & alij communiter, præsertim Rochus fol. 44. in d. cap. vlt. de consuetud. Francisc. Balb. de præscript. 1. part. quæst. 10. Abb. & DD. in cap. cum Ecclesia. de caus. possess. & propriet. omnium latissimè Aymon. Saul. de antiquit. tempor. 4. part. in princ. Potissimum verò discrimen est, quod consuetudo ex communi & promiscuo vsu ius cõstituit, & acquirit omnibus eius regionis aut populi ciuib. nec alicui specialiter prodest, nec nocet. vnde nec certus est aliquis, qui præscribat, nec contra quem præscribitur. At præscriptio certum vsum habet illius, qui præscribit, ei que utilitatem & ius priuatum acquirit: & deinde contra quemdam priuatum instituitur, & dirigitur ad eius priuatum incommodum: sicuti eleganter explicant Abbas & Cardin. quæst. 8. in d. cap. vltim. Corne. confil. 268. colum. 5. lib. 4. Aymon in dict. 4. part. de antiquit. tempor. 7. differentia. num. 21. Dec. confil. 134. col. fin. vnde si quis priuatus aduersus aliquam vniuersitatem quidquam vsu temporis quæsierit, hæc erit vera præscriptio. Sic vbi vniuersitas è contrario quid per vsum induxerit contra priuatum, eadem ratione præscriptio dicitur. Item si vniuersitas aduersus aliam vniuersitatem ius pascendi intra illius limites acquirere tentat, erit præscriptio propria. Quod si vsu promiscuo duarum vrbium vicinarum inductum fuerit, vt absque vlla distinctione vtriusque oppidi agri sint compascui, & communis pascua vicinis & oppidanis: hæc verè consuetudo dicitur. Hinc ipse infero, probari

omnino iurisdictionem acquiri posse præscriptione in locis paulò antè citatis. Nam etsi inibi fiat mentio consuetudinis: professò illa consuetudo proprius & aptius præscriptio dicitur. Sed præter hæc communis sententia Doctorum in d. l. imperium. planè deducitur ex ea resolutione, quam tradidi proximo §. vltima eius parte. Etenim vtrumque iurisdicção, merum & mixtum imperium ad Principem pertineant, ea præscriptione acquiri posse, satis manifestum fecimus. ommissa illa suprema recognitione, quæ per subditum præscribi non potest. Igitur constitutissimum sit, iurisdictionem civilem & criminalem, merum ac mixtum imperium, sicut & alia, quæ Principis propria sunt, & ad Principem pertinent, præscriptione acquiri posse. An verò sit necessaria Principis scientia, id constabit ex his, quæ adnotauimus in hac 2. part. in princ. n. 8. & seq. Et hæc vera sunt, tametsi l. 6. tit. 29. part. 3. expressim voluerit, iurisdictione præscriptione acquiri non posse. Ea etenim constitutio erit interpretanda iuxta eam resolutionem, quæ paulò post tradetur.

De tempore autem ad iurisdictionis præscriptionem, vel ad meri & mixti imperij acquisitionem satis controuertitur inter vtriusque Iuris interpretes. Ego verò id conabor efficere, vt huius quæstionis & nodi expedita sit dissolutio. Et in primis illud erit obseruandum, quod iam semel in proximo §. adnotauimus, iurisdictionis & meri & mixti imperij, similitudine iurium quasi possessionem potius habere causam continuam, quam discontinuam, iuxta Bart. sententiam, in l. iusto. §. non mutat. ff. de vsucap. quæ communiter recepta est. Quia hæc iura personis ipsis competentia retinentur continuo animo: ideoque hac in parte tractandum non est de tempore, cuius initium memoriam hominum excedat, ea ratione, quod quasi possessio discontinua sit, & tempus hoc requiritur, secundum gloss. & communem, in l. seruatur. in 4. ff. de seruit. cum hic detur quasi possessio continua, sicuti in specie adnotarunt Bald. in l. 1. C. de emancip. liber. num. 20. & in d. l. imperium in rep. num. 13. & in conf. 439. lib. 3. Anchor. confil. 142. num. 21. & alij plerique frequentissimè. His denique prænotatis sit prima conclusio:

Merum imperium, aut iurisdicção, cum aduersus Principem præscribenda est, inque præiudicium Principis, cui iure competit, non minori tempore acquiritur, quam eo, cuius initium memoriam hominum excedat, vel quadragenario, titulo tamen præmisso. Hæc assertio duas habet partes, quarum prior probatur ex eo, quod merum imperium plura contineat, quod ad supernam Principis dignitatem speciali quodam iure pertinet. Quorum acquisitio necessaria exigit tempus illud, cuius initium memoriam hominum excedit. c. super quibusdam. §. præterea de verbor. signific. vel quadraginta annorum, præmisso titulo: sicuti tradidimus §. præced. n. 8. vers. tertia species. reliqua verò, quæ ad iurisdictionem causarum criminalium, & civilium attinent, ita propria Principis sunt, vt nemini conueniant, nec competere, præterquam ipsi Principi valeant: in quibus præsumptio Principi suffragatur, ac ceteris aduersatur omnino. Nam iurisdicção tota ipsius Principis est, nec sine ipsius mandato per aliquem exerceri potest. l. 1. ff. de confil. Princip. notant DD. in l. 1. ad fin. ff. de iurisdic. omn. iudic. Andr. de Ilern. in proæmio constitutionum Neapolit. & ibi Mach. de Afflic. quæst. 3. Regia l. 1. & 2. tit. 1. lib. 3. ordin. vnde iure ordinario, & iuris maxima præsumptione intra totius regni limites iurisdicção Regis est: ita quidem, vt ciuitatibus, ac populis, nobilibusque quacumque dignitate præditis obster hæc iuris præsumptio, quæ Regi patrocinatur: atque idè in præscribenda iurisdictione, ea que acquirenda obseruanda est constitutio text. in c. 1. de præscr. lib. 6. cuius lib. 1. variat. resolut. c. 17. n. 7. mentionem fecimus. Ex quibus & posteriori cõclusionis pars satis est confirmata: ac denique sententia eorum probata, qui existimant, merum imperium aduersus Principem non posse præscribi aliter, quam per tempus, cuius initium memoriam hominum excedat. Quod Paul. Castr. adnotauit in d. l. imperium. col. vlt. & alij passim item obseruauerunt. Qui tamè hoc intelligit circa ea, quæ Principi reseruata sunt in priuilegiū dignitatis: quod nemini dubium esse potest: per c. super quibusdam. verb. sign. cuius nos sæpissimè meminimus. Sed ipse latiorè cõstitui assertione: ex qua opinor ad præscribendam quacumque iurisdictione aduersus Principem, eius quasi possessore, necessaria fore tempora, quæ continentur expressim in c. 1. de præscript. in 6. ea quidè ratione, quod iure cõmuni & Regio præsumptio sit maxima, quæ dicit iurisdictione Principis esse, nec ad alium absque Principis permissione posse pertinere. vnde præsumptio, quod iam satis adnotui, Principi suffragatur, ceteris verò contraria est. idemque sensu Ioan. Lup. in

6. per vestras. de donat. 2. notab. §. 1. num. 43. est & pulchra l. 4. tit. 1. lib. 2. (hodie l. 2. tit. 1. lib. 4.) & l. 8. tit. 1. 4. lib. 3. ordinat. quæ expressum asserit, quoad iurisdictionem civilem & criminalem iuris communis, præsumptionem Regi patrocinari: ceteris autem contrariam esse.

4 Hinc denique examinanda est Regia constitutio ab Alphonso Rege Compluti condita, Æra Cæsaris 1386. tit. 27. l. 2. quæ refertur l. 3. ordin. tit. 13. l. vlt. (hodie l. 1. tit. 15. l. 4.) cuius tres ipse constituam partes. Prima etenim satis euidenter probat, iurisdictionem civilem & criminalem posse acquiri per nobiles, aliosque eam proprio nomine exercentes per tempus, cuius initium hominum memoriam excedat, etiam si titulus aliquis huius iurisdictionis & vltus minimè probatus fuerit: qua in parte Regia lex dicitur, quod nos modò asseuerauimus, iurisdictionem civilem vel criminalem non posse acquiri minori tempore, quàm sit illud, cuius initium memoriam hominum excedit. Igitur fat ex ea lege constare, id statutum fuisse propter præsumptionem iuris communis, quæ Regi propitia est, aliis verò refragatur: id eoque tanti temporis vltus necessarius est: cui quidem constitutioni ad stipulatur hæc prima conclusio: & præterea Paul. Castr. theoria in d. l. imperium. col. vlt. quæ habet, non posse minori tempore, quàm eo, cuius initium memoriam hominum excedit, præscribi ea, quæ absque Principis concessionem exerceri nõ possunt. l. hoc iure. §. ductus aqua. ff. de aqua quotid. & estua. Sic & Bald. in d. l. imperium. in repet. n. 13. asserit, merum vel mixtum imperium non posse acquiri contra Principem in eius præiudicium, aliter quàm per tempus, quod appellant inmemoriale. Idem post Guliel. de Cuneo tenet ibi Alberic. n. 40. arque ita hanc opinionem, quæ eadem est cum prima conclusione, asserit communem esse Gaspar Lusitan. in d. l. imperium. col. 38. Imò in specie Curt. Iun. conf. 1. 47. n. 26. ostendit, communem esse opinionem, quòd nec mixtum imperium, nec simplex iurisdictionis præscribat minor tempore, quàm eo, cuius initium memoriam hominum excedit. Eadem tamen ratione in specie constitutionis Regiæ sufficeret loco inmemoriale præscriptionis quadraginta annorum vltus cum titulo eius, qui concedere eum vltum poterat. text. in d. c. 1. de præscript. in 6. Secunda pars Regiæ legis probat, iurisdictionem criminalem posse præscribi etiam contra Principem, & in eius præiudicium centenaria præscriptione, non minori. Hæc verò decisio deduci potuit à Nouella Iustiniani in authent. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles. qua sancitum est, non esse admittendam contra Romanam Ecclesiam præscriptionem minorem centenaria, quam & ad præscriptionem iurisdictionis Bald. inducit in l. 2. C. de seruit. & aqua. q. 6. n. 25. idemque priuilegium habere Principem secularem adnotarunt quidam: quorum opinio fuit examinata in §. præcedenti. n. 9. Tertia legis Regiæ pars statuit, præscribi posse iurisdictionem civilem aduersus Regem quadraginta annorum vsu: & hoc quidem forsan deductum est à l. omnes. C. de præscript. 30. vel 40. ann. superest tamen explicare, quænam sit differentia inter primam & vltimas legis Regiæ partes: siquidem prima ad præscriptionem iurisdictionis civilis & criminalem simul exigit tempus, cuius initium memoriam hominum excedat. Sed verè, ni ego fallor, prima pars tractat de iurisdictione ante illius legis constitutionem per nobiles aliosque priuatos obienta in aliquot ciuitatibus & villis, atque oppidis, quæ possederant. Vltima verò pars, quæ de centenaria & quadragenaria præscriptionibus agit, tàm loquitur de iurisdictione post eam legem acquirenda, statuens, quoniam tempore in posterum iurisdictionis acquiratur: atque hic sensus constare videtur ex verbis d. l. vlt. & euidentius ex d. l. 2. tit. 27. apud veteres Alphonsi leges. Quòd si discrimen istud non placuerit Lectori, oportebit profectò inquirere, an in præscriptionibus illis centenaria & quadragenaria sit necessarius titulus, saltem vt is allegetur: sicuti Ioan. Lup. sentit in d. §. 1. n. 43. Quali ea sit porissima differentia, quòd in priori legis parte sufficiat inmemoriale præscriptio, in posteriori verò loco huius inmemoriale sit necessaria centum vel quadraginta annorum præscriptio, titulo saltem allegato: qui alioqui probandus est in quadragenaria præscriptione, quæ iure communi inmemoriale defectum supplet, iuxta c. 1. de præscript. in 6. sed hæc expediuntur inferius, cum materiam tituli, & differentias inter centenariam atque inmemorialem præscriptiones tractabimus. Quibus adde omnino l. 2. tit. 9. lib. 5. ordin. 5 (hodie l. 3. tit. 10. lib. 5.) vlt. secunda conclusio. Iurdictio in præiudicium alicuius priuati, ac contra priuatum, non contra Principem tempore ordinario, quo alia iura præscribuntur, acquiritur. Hæc verò conclusio satis manifesta est, cum nulla detur

ratio, quæ maius tempus exigat in præscribenda iurisdictione aduersus priuatum, quàm quod exigitur in præscribendis ceteris iuribus incorporalibus. sic sanè video ferè apud omnes, præsertim iuniores, hanc assertionem certam esse, in dict. l. imperium. Eademque sequuntur & probant Bald. conf. 439. lib. 3. idem in l. 1. n. 18. C. de emancip. liber. Anchar. conf. 142. num. 12. Alex. conf. 16. n. 27. lib. 5. qui hanc opinionem fatetur communem esse, idem asseuerat eam secutus Balb. de præscript. 5. part. princ. 2. part. vers. circa primam quæst. quibus item accedit Auet. in conf. 154. col. vlt.

Ex his primùm infero, falsum esse, quod Ias. in dict. l. imperium. scribit, num. 22. existimans, merum, mixtum imperium, & iurisdictionem aduersus Principem præscribi tempore ordinario decem annorum, data scientia ipsius Principis: eo verò ignorante, esse necessarium tempus id, cuius initium memoriam hominum excedit: additque Ias. hanc sententiam magis communem esse: & Ias. sequitur Balb. in d. vers. circa primam. Etenim etiã sciente Principe ad præscribendam iurisdictionem ei competentem, necessarium est tempus inmemoriale, vel 40. ann. cum titulo, sicuti paulò antè ostendimus: vnde Iasonem expressim caput Curt. Iun. conf. 174. n. 38.

Secundò hinc apparet Iasonem errasse, dum opinatur, quasi possessionem iurisdictionis esse discontinuam. Nam verè causam continuam habet, vt superius probatum est.

Tertiò, dum Iason fatetur, ex gloss. in l. seruitutes. ff. de seruit. ad * præscriptionem seruitutis discontinuæ sufficere 30. ann. cursum, adhuc fallitur: siquidem ex gloss. supradicta communi omnium suffragio recepta constat, requiri tempus, cuius initium memoriam hominum excedat. De quo alibi ipse disputauit. & in specie Ias. sententiam in hoc improbarunt Lusitan. ibi, col. 38. & Curt. Iun. in d. conf. 147. n. 8.

Superest modò expendere, quod discrimen sit inter præscriptionem centum annorum, & eam, quæ vulgò inmemoriale appellatur, ac constat ex eo tempore, cuius initium memoriam hominum excedit. Cardin. etenim in cap. si diligenti. ad fin. de præscript. in ea est sententia, vt censetur, præscriptionem in immemorialem maiorem esse centenaria. Huic subscripsit Felin. ibi in fin. idem Felin. in cap. ad audientiam. colum. vlt. & in cap. cum nobis. col. 2. eod. tit. & Gaspar Lusitan. in dict. l. imperium. col. 39. Quorum ratio est, quòd præscriptio inmemoriale titulum non requirit: centenaria verò absque titulo non procedat: textus optimus in d. c. si diligenti. ad fin. quo in loco expressim hoc probatur. Contrariam conclusionem tenet gloss. in d. cap. cum nobis. quæ censet, non esse satis ad probationem centenariæ præscriptionis, quòd probeatur inmemoriale præscriptio: cuius gloss. auctoritate, & aliis propositis rationibus aduersus Cardin. omnino tenet contrariam sententiam Aymon in tract. de antiquit. tempor. 4. part. cap. absolutus. in princip. Ego verò aliter existimò rem hanc definiendam fore: siquidem illud certissimum est, inmemorialem præscriptionem à centenaria differre: & ideo quandoque maior censetur altera, vt ob maius priuilegiū, vel ob altam causam: quandoque minor ob faciliorem eius probationem. Vnde discrimina vtriusque proponam: non quidem omnia, sed ea, quæ huic negotio aptius seruire possint, vt huius quæstionis solutio facilius colligatur.

Prima quidem differentia ea est secundum Cardin. & Felin. ac Lusitan. quòd præscriptio centenaria contra Romanam Ecclesiam titulum requirit præter tempus, & bonam fidem. Idem Aymon concedit in d. c. absolutus. num. 8. dicens, idem esse in præscriptione quadraginta annorum, contra quamlibet Ecclesiam: sicut notat Bellamera conf. 3. colum. 3. ex cap. si diligenti. de præscript. idem & Bellamera in cap. cum nobis. de præscript. num. 7. in quadragenaria contra Ecclesias inferiores, & in centenaria contra Ecclesiam Romanam, titulum esse necessarium, probare conatur. Sed isthæc tituli ratio minimè exigitur in ea præscriptione, quæ constat tempore, cuius initium memoriam hominum excedit, quod receptissimum est. Et sanè mihi hæc differentia omnino non placet: nam nec iure canonico, nec civili titulus requiritur in præscriptione quadraginta annorum contra Ecclesias inferiores, nec in præscriptione centum annorum aduersus Ecclesiam Romanam: nulla etenim in materia tituli requisiti ad præscribendum est differentia inter ius canonicum & civile: quemadmodum diximus lib. 1. variar. resolut. cap. 17. num. 7. & resoluuit Balb. de præscript. 2. part. 3. p. princ. qu. 6. & idem 2. part. 3. part. princ. quæst. 2. colum. 3. vnde vtroque iure in præscriptione decem vel viginti annorum necessarium est, quòd titulus allegetur, & probeatur: at in præscriptione triginta vel quadraginta annorum,

M in 2

vel

Didaci Couar. Tom. I.

vel centenaria, etiam contra Ecclesiam Romanam, titulus necessarius non est: nisi præsumptio iuris communis sit contra præscribentem. *text. in c. 1. de præscript. in 6. Dyn. in reg. possessor. de regul. iur. in 6. num. 27. DD. communiter ita intelligentes text. ibi, in d. c. si diligenti. præsertim Egidius à Bellam. num. 28. & col. ult. qui post alios, dum Roman. Pontif. in eiusdem Decretalis responso aduersus Ecclesias inferiores, & Romanam ipsam, requirit titulum ad præscriptionem, eam decisionem interpretatur, ubi sit iuris communis præsumptio contra præscribentem: quali aliqui titulus necessarius non sit nec in centenaria, nec in quadragenaria præscriptione. Quam opinionem ipse arbitror frequentiori calculo receptam esse, ex his, quæ Balb. adducit. Quo fit, ut ratione huius primæ differentie immerito Cardin. Felin. & Lufitanus existimauerint, potius esse præscriptionem eius temporis, quod memoriam hominum excedit, ea quæ centenaria est, cum nec in hac titulus sit necessarius. Fortassis discrimen hoc inter has duas præscriptiones optimè procedit iuxta hunc sensum, ut planè constituitur in eo casu, quo præsumptio iuris communis est contra præscribentem: tunc in quadragenaria & centenaria titulus requiritur: non tamen in immemoriali. Nam & in hunc sensum decisionem Cardinalis accepere Felin. in d. cap. ad audientiam. & March. de Afflic. in consuet. Neapol. rubric. 7. in cap. 1. notab. 6. tamen si Bellamer. & alij subobscurè loquantur. Secunda, & potissima differentia in probatione versatur: atque ideo hic agendum erit de probatione præscriptionis immemorialis, qua fit de re tractat gloss. in cap. 1. de præscript. in 6. quam Doctores inibi sequuntur, & in cap. quid per nouale. præsertim Anton. de verb. significat. Speculat. in tit. de probat. vers. vltimò quaritur. Aretin. in cap. licet ex quadam. colum. 1. de testib. Oldrad. consil. 172. colum. 34. Alexand. consil. 16. colum. 3. lib. 5. Corn. consil. 268. colum. 8. lib. 4. & est communis opinio, secundum Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princ. quest. 6. colum. 7. ex quibus apparet, immemorialem præscriptionem probari per testes asserentes, se vidisse semper ita fieri, & nunquam vidisse contrarium actum fuisse: & à senioribus ac maioribus audiuisse id ita factum fuisse, nec unquam audiuisse contrarium actum esse: atque huiusce rei publicam esse famam & opinionem apud eos, qui rei cognitionem habent. Hæc enim est sufficiens testium responsio, ut tandem ipsi testes expressim testificentur de eorum visu, & de auditu: ac item de publica voce & fama apud eos, quibus res cognita est, vel esse potuit: ac deinde quòd nunquam nec viderunt, nec audierunt contrarium.*

8 Testes tamen verò, qui hac de re testificantur sunt, eius ætatis esse debent, ut possint memores esse, & exponere, quid actum fuerit quadraginta annis: sicuti eleganter scribit Lapis in cap. 1. de præscript. in 6. & ibi Domin. ac Francus, Paulus item Parisius consil. 27. n. 98. Aymon Sauli. in tract. de antiquit. tempor. 4. c. absolutu. num. 3. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 1. §. 2. vers. aduerte. num. 8. idem in rubr. 13. §. 2. ad fin. Regia verò Taurina l. 41. (l. 1. tit. 7. lib. 5. Recopilat.) eandem opinionem Lapi probat, ac legis auctoritate confirmat: & præterea lex ipsa requirit, quòd testes hi non tantum testificentur de auditu, asserentes, se ita factum esse audisse à maioribus & senioribus: sed oportere, quòd asserant, audisse ab illis maioribus, eos ita eorum ætate vidisse, & audisse factum fuisse, nec unquam vidisse, nec audisse contrarium. idem probat l. ult. tit. 13. lib. 3. ordin. Hoc autem vltimum, etiam gloss. in dict. cap. 1. expressim non fuerit requisitum: at tamen ab eius mente & sensu deducitur, sicque Doctores aliquot ex his, qui gloss. sequuntur, idem explicare videntur. facit ad hoc pulcher text. in l. si arbitri. ff. de probat. In praxi tamen, non obstantibus Regis constitutionibus, adhuc admittitur expressim opinio gloss. communiter receptæ, in d. cap. 1. cum interpretatione Lapi, & sequacium.

Hinc falsum esse apparet, quòd Guido Papæ scripsit, questione 573. quò in loco existimat, ad probationem huius præscriptionis immemorialis esse necessariam probationem centum annorum. idem eo non citato tenuit Curt. lun. consil. 90. colum. ult. Nam hæc probatio necessaria non est, secundum opinionem frequentiori suffragio receptam, modò testes de auditu & communi ac publica fama testificentur. Forasan nec sufficeret ad probationem immemorialis probatio centum annorum utcumque legitima: imò necesse est, quòd probetur possessio, vel quasi possessio eius temporis, cuius initium memoriam hominum excedit, cuiusque iurij certi & constituti, nulla detur hominum memoria, quemadmodum Alexand. in consil. 16. num. 16. lib. 5. opinatur. Quamvis secundum Anton. in d. cap. quid per noua-

le. num. 15. post Innocent. ibi, qui aduersus immemorialem probare velit, debet omnino & euidenter ostendere saltem per famam, similemve probationis speciem, contrarium actum fuisse citra centum annos ante litis motæ contestationem. Etenim, ut Alexandr. opinatur, hoc pacto probatur memoriam hominum extare, non tamen per centum annorū quali possessionem probaretur præscriptio temporis, cuius initium memoriam hominum excedat. vnde, ni fallor, centenaria quali possessio sufficiens non erit ad probationem huius præscriptionis, quam immemorialem appellamus. Alioqui necessariò dicendum esset, parem fore centenariam præscriptionem huic immemoriali; quòd falsum est, & constat ex his, quæ prænotauimus, præsertim ex cap. 1. de præscript. in 6. à quo deducitur, immemorialem præscriptionem procedere, & obtinere absque titulo, imò eam tituli vim habere, ita quidem, ut nec allegatio tituli sit necessaria, secundum communem in d. c. 1. gloss. & DD. in verb. non extat. in c. super quibusdam. de verborum signific. Frederic. consil. 237. l. 1. in l. si cerui an. nis. col. ult. C. de pact. quorum opinio communis est, & vera, quoties præscriptionis iure tempus hoc in iudicium deducitur, quemadmodum explicat post alios Aymon in 4. part. de antiquit. tempor. cap. absolutissimum. 49. idemque ipse adnotauit lib. 1. variar. resolut. cap. 17. n. 5. At præscriptio centenaria titulum requirit, ubi præsumptio iuris communis est contra præscribentem: in qua quidem specie immemorialis præscriptio sola absque tituli allegatione sufficiens est, sicuti in d. cap. 1. probatur. Quò fit, ut si aduersus probationem huius immemorialis præscriptionis probetur certum quali possessionis initium, idque vitiosum, etiam ultra centum annos à die motæ litis, exclusa sit præscriptionis immemorialis vis, quòd sensu Ioan. Andr. in cap. 1. ad fin. de præscript. in 6. Et hæc quidem vera esse censéo, etiam si Cynus in l. 2. C. de seru. & aqua. quest. 10. & Bald. ibi. C. pol. de seru. vrb. præd. cap. 19. Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princip. quest. 6. col. 6. & Carol. in consuetud. Paris. §. 5. n. 63. teneant, tempus immemoriale esse idem, quòd centum annorum. quo in loco addit Carol. hanc sententiam communem esse, contra Card. & Felin.

Præscriptio autem centenaria probatur variis modis, etiam si difficillima sit eius probatio. Etenim tibi probari poterit per instrumenta, ut Abb. in d. c. cum nobis. de præscr. 2. col. scribit: siquidem possessio per instrumentum quandoque probatur, nempe si de traditione rei sit confecta scriptura, l. 2. & ibi gloss. C. de acquir. possess. notant Alexand. & alij in l. præd. ff. eod. tit. Sic & de constitutione constat per scripturam, sicuti adnotatur ab omnibus in l. quod meo. ff. de acquir. possess. item potest probatio possessionis ad perpetuam rei memoriam fieri, & in scripta redigi, cap. quoniam frequenter. ut lit. non contest.

Imò & testibus probari poterit centum annorum quasi possessio, atque ita præscriptio, cum testis testificari iure valeat de his, quæ ante pubertatem viderit. Etenim valet eius testimonium, cum eo tempore, quo iustificatur, iam pubes sit, licet actus, cuius testimonium perhibet, ante pubertatem eius contigerit. quòd tenent gloss. in cap. relatum. 37. dist. 1. gloss. in l. 3. §. de ego. l. 1. ff. de testam. & in l. ad testam. §. 1. ff. de testam. alia in §. testes. Insuper de testam. Quæ in hunc sensum communi omnium Doctorum sententia & iudicio accipiuntur in d. §. vbi Aretin. Felin. in cap. ult. de sentent. excommunicat. Dec. in l. 2. §. ult. ff. de regul. iur. hanc opinionem fatentur communem esse. Quæ licet à Decio improbetur, habet maximam auctoritatem, & probationem à textu in l. notionem. §. instrumentorum. ff. de verborum signific. ubi seruus factus liber, testimonium perhibet de his, quæ cum esset seruus, vidit. lex item Regia 9. tit. 16. part. 3. expressim hanc communem opinionem veram esse probat: cui accedit, quòd cum dicto & testimonio solius Romani Pontificis credendum sit, cap. cum à nobis. de testib. id verum est etiam in his, quæ Romanus Pontifex vidit ante summum Pontificatum. gloss. in cap. 1. de renuntiat. & in cap. ad Apostolica. in verb. promississent. de re iudic. in 6. Roman. singul. 126. Felin. in cap. sicut. de sent. excommun. Aretin. in d. c. cum à nobis. 2. col. & inibi Felin. quibus suffragatur text. in e. querelam. de elict. c. cum olim. in princ. de præuileg. & in clem. 1. de reliq. & vener. Sanct. Cardin. in clem. 1. de probat.

Non obstat text. in §. testes. Insuper de testam. quò probatur, in testamento non admitti testes impuberes. tempore testamenti, tamen testimonium perhibet tempore, quo post testamentum puberes facti sunt. Etenim id procedit in casibus specialibus, in quibus ob specialem rationem, & actus qualitate iure requiritur, quòd testes puberes sint tempore actus, de quo testificantur sunt.

Quæritur tamen, an centenaria præscriptio probata sit ex eo, quòd quali possessio eius temporis, cuius initium memoriam hominum excedit, probata in iudicio fuerit? Et sanè gloss. in d. cap. cum à nobis, in specis censet, non sufficere ad centenariam præscriptionem, quòd probetur immemorialis præscriptio. Quasi à iure necessario exigatur centum annorum possessio, cuiusque manifesta probatio: saltem eo modo, quo melius iure probari potest. huic opinioni Bernardi accessere Hostiens. Belamer. num. 13. Abb. num. 5. Card. Imol. & Anton. in dist. cap. cum à nobis. & Aymon Siuillanus in tract. de antiq. tempor. 4. part. cap. absolutus. num. 2. & cap. materia ista. num. 43. quorum opinio communis est. ab ea tamen ipse omnino dissentendum esse opinor, sequentibus rationibus.

Primum quidem seculis faciliiori vel difficiliiori probatione utriusque præscriptionis, illud apud me constat, maius privilegium iure concedi præscriptioni immemoriali, quàm centenariæ, ex eo, quòd centenaria, ubi præsumptio sit contra præscribentem, titulum requirat; non sic immemorialis, quæ vim habet tituli, & eius defectum supplet, quod paulò antè probauimus. Igitur quoties præscriptio centenariæ cum titulo statuitur, fortiori ratione standum erit præscriptioni immemoriali.

Secundò satis est certum ex Anton. in d. cap. quid per nouale. n. 15. Alexand. consil. 16. lib. 5. n. 16. immemorialem præscriptionem saltem excludi, si ex aduerso probatum sit, contrarium actum esse citra centum annos ante litis contestationem, vel litem motam, idque nemo doctus negabit. Ergo præsumptione quadam appareat, præscriptionem istam immemorialem saltem præmittere quasi possessionem continuam centum annis ante litem motam. Quæ quidem præsumptio cum sufficiens sit ad obtinendum iure præscriptionis immemorialis, quæ requirit, contrarium actum non fuisse citra centum annos, sufficit profectò ob difficillimam probationem in antiquis, ad obtinendum iure centenariæ præscriptionis, argum. text. in l. si seruus seruum. §. inquit lex. ff. ad leg. Aquil. l. census & monumenta. ff. de probat. cap. cum olim. de censib. c. cum causam. de probationibus.

Tertiò, fortius uiget in huius partis fauorem communis omnium Doctorum sententia, in cap. cum Apostolica. de hiis que sunt à Prælat. cuius ipse mentionem feci in lib. 1. variarum resolutionum, cap. 17. n. 5. quæ dicitur, quasi possessionem immemorialem sufficientem esse probationem, quòd is, qui decimas possedit, eas habuerit ante Concilium Lateranense. Igitur quasi possessio constat ex probatione immemorialis præscriptionis multò maior, quàm sit ea, quæ per centum annos obtenta fuerit.

Quartò, si tractatus iste præscriptionis immemorialis ad amissum examinetur, illud certo certius ex eo apparebit, quòd ubi præscriptioni locus sit, resque possit per præscriptionem acquiri, siue aduersus priuatos, siue contra Ecclesias inferiores, vel Principem, aut denique ipsam Ecclesiam Romanam, nec aliqua ordinaria præscriptio sufficiens censetur, nec ipsa quidem centenaria sine titulo propter iuris communis præsumptionem, quæ præscribenti refragatur, tunc sanè immemorialis præscriptio sufficiens iure censetur, quod probatur in cap. 1. iam sapissime citato, de præscript. in 6. & in cap. super quibusdam. de verborum significat. Etenim nemo inficiabitur ea iura, quorum mentio sit inibi, minimè posse præscribi etiam per centum annos absque titulo, & tamen præscribuntur per tempus, cuius initium memoriam hominum excedit, sicuti in §. præterea. eiusdem cap. decumum est. Fit igitur, ut maiorem vim obtineat immemorialis præscriptio, quàm centenaria; tamen si quandoque difficillimè probari possit immemorialis, ex his, quæ superius fuere prænotata.

Hinc deducitur, præscriptionem immemorialem à centenaria potissimum distingui, cum in modo probationis, tum in eius effectibus, atque ideò Cardin. opinionem in d. c. si diligenti, veriore esse.

Secundò inferitur ex præmissis interpretatio l. ult. tit. 13. lib. 3. ordin. cuius examen hoc in §. subiicimus. Nam secunda illius constitutionis pars à prima distinguitur in eo, quòd præscriptio immemorialis sufficiens est ad iurisdictionis acquisitionem absque aliquo titulo, ut in prima parte statutum est. At si hæc immemorialis præscriptio desit, necessaria erit centum annorum quasi possessio cum titulo. Et hoc secunda ipsius legis pars palam statuit quoad iurisdictionem criminalem, quoad civilem verò quadraginta annorum tantum usum cum titulo requirit, quemadmodum paulò antè explicabam.

Tertiò deducitur, Aymonem Sauillianum in d. cap. absolutus. Didaci Conar. Tom. I.

num. 6. grauitè errasse, dum is argumentatione quadam ostendere conatur, admissa Cardin. opinione maius priuilegium Ecclesiis inferioribus iure concedi, quàm Romanæ, atque ideò ne hoc sequatur, existimat opinionem Cardin. falsam esse. Etenim censet, quoties præsumptio iuris est contra præscribentem, necessariam esse immemorialem præscriptionem etiam aduersus inferiorem Ecclesiam, etiam contra priuatum: hæc verò immemorialis secundum Cardin. est maior centenaria, quæ contra Romanam Ecclesiam sufficiens est: igitur maior præscriptio requiritur contra Ecclesiam inferiorem, & denique contra priuatum, ubi præsumptio iuris communis est contra præscribentem, quàm aduersus Romanam Ecclesiam. Hæc sanè est argumentatio, qua doctissimus ille vir utitur ad improbandam Cardin. sententiam. Ego sanè vel non percipio hanc argumentationem, vel ipsa minùs congruè colligitur. Fateor quidem, etiam aduersus inferiorem Ecclesiam necessariam esse immemorialem præscriptionem, ubi præsumptio iuris communis sit contra præscribentem: & eandem præscriptionem admittere in eadem specie aduersus Romanam Ecclesiam. Ex hoc tamen tantum potuisset colligi, parem esse conditionem Romanæ Ecclesiæ, & inferioris, non autem esse maius priuilegium Ecclesiæ inferioris, quàm sit Romanæ Ecclesiæ, aduersus quam icidem necessaria est præscriptio immemorialis, quoties titulus præscribenti deficit, & iuris communis præsumptio ei aduersatur. Ostendam adhuc maius esse priuilegium Romanæ Ecclesiæ, quàm inferioris: idque luce clariùs apparet, si animaduertamus, aduersus Ecclesiam inferiorem sufficere quadraginta annorum præscriptionem, etiam ubi iuris communis præsumptio contraria sit præscribenti, modò is titulum habeat; contra Ecclesiam verò Romanam hoc tempore non sufficere, sed in hac specie necessariam fore centenariam præscriptionem cum titulo. quod satis probatur in d. c. 1. de præscript. in 6. & in cap. si diligenti. eod. tit. unde apertissimi iuris est, non tantum ius Ecclesiæ inferioris non esse maius, quàm sit in hoc tractatu ius Ecclesiæ Romanæ, sed nec par, licet Cardin. opinionem admittamus.

Quartò ex his deducitur eiusdem Aymonis error, qui in d. c. absolutus, num. 8. censet, in præscriptione immemoriali non exigere tempus centum annorum, quod ad præscriptionem centenariam requiritur, sed sufficere immemorialem probari eo modo, qui communi omnium iudicio & sententia traditur in cap. 1. de præscript. in 6. Etenim fallitur Aymon in huius communis sententiæ interpretatione: siquidem licet modus ille probandi sufficiens sit, nec expressum contineat centum annorum probationem, certè dubio procul præsumptione quadam saltem centum annorum quasi possessionem præmittit, cuiusque probationem includit iuxta omnium intellectum, & sensum, quem paulò antè explicuimus.

Hæc diximus de differentia præscriptionis immemorialis & centenariæ, ad earum cognitionem, quæ præscriptioni iurisdictionis admodum seruit. De viribus autem immemorialis sequenti §. aliqua trademus, præter ea, quæ in præcedentibus explicata fuere.

§. Q V A R T V S.

De annua præstatione, & aliis impositionibus.

S V M M A R I A.

1. Examinatur Regia constitutio de vasallorum oneribus, qua impositiones appellantur. & n. 5.
2. Annua præstatio, & uniformis, an longo tempore inducat tituli & causæ præsumptionem.
3. Annua præstatio uniformis, iure annui redditus triginta annis soluta, inducit acquisitionem redditus perpetui.
4. Annua præstatio contingens tempore immemoriali absque ullius causæ allegatione, inducit annui redditus acquisitionem.
5. Annua præstatio facta à vasallo domini, non acquirit ipsi ius redditum illum exigendi.
6. Dominus qualiter possit acquirere ius cogendi subditos, ut ad eius molendina deferant tritum molendum.
7. An possit fieri statutum, quòd subditi pro molendo tritico ad alia quàm ipsius Reipublicæ molendina accedere non valeant.
8. Statutum istud, etsi validum sit, an molendinis Ecclesiarum præiudicet.

DE præscriptione eius temporis, cuius initium memoriam hominum excedit, plura tradidit iuris utriusque Doctorum

res passim, quorū & nos quandoque meminimus lib. 1. *variart. resolut. cap. 10. & c. 17.* ac denique in hac ipsa relectione, §. 2. & 3. Nunc tamen obiter (nam & tractatur de præscriptionibus conuenit) examinabimus, quā vim habeat hæc præscriptio circa ea onera, quæ Duces, Marchiones, Comites, & nobiles quotidie à clientibus, quos vassallos appellamus, exigunt & percipiunt, eaq; impositiones vulgari sermone dicuntur. Etenim Regia constitutio à Carolo I. Hispaniarum Rege, quintoque Romanorum Cæsare statuta in Madritio Conuentu, anno 1528. *cap. 20.* distinguit ius possessionis à iure proprietatis. Nam quoad possessionem, ne ea priuentur nobiles, vtque in ea defendantur, sufficit, & necessaria est quasi possessio continua quadraginta annorum: at quoad proprietatem, & verum titulum huius iuris sufficiens censetur, & omnino exiguitur immemoralis præscriptio. de possessione hoc in loco agendum non est. Sed quantum ad proprietatem, satis cognita omnibus est sententia Ioan. Andr. Hostiens. Henr. Panor. & DD. in *reg. quod latenter. de reg. iur.* qua definitum est, sufficere ad hæc onera vassalli imposita percipiendi, atque acquirendi, & necessariam esse immemorialem præscriptionem, modò probatum sit ab ipsis dominis, quòd subditi sponte, & non per vim ea onera exhibuerint, & soluerint; cum alioqui eis suffragetur præsumptio iuris dictantis, potiùs in his præstationibus vim & coactionem præsumi, quàm subditorum liberalitatem, titulumve spontaneum ac iustum, l. 1. *C. ne liceat potest. l. 1. & l. 3. ff. de alien. iud. l. in principalibus. & l. sequenti. ff. si cert. per.* notat Alexand. *confil. 1. n. 12. lib. 4.* ideoque licet probetur immemoralis præstatio vassalli erga dominum præter ea iura, quæ lege domino debentur à vassallis, præsumitur coacta vassallorum voluntas, eorumque oppressio potiùs, quàm libera cum ipso domino pactio, quæ iustum titulum exhiberet: atque ita colligitur ex communi omnium resolutione, in *d. cap. quod latenter.* cui Regia constitutio refragatur, dum in specie lanxit, sufficere hanc immemorialem præscriptionem, eamque iustum esse titulum ad hæc iura acquirenda contra vassallos, & præmittit ex ea præscriptione iustum titulum potiùs, quàm vim & oppressionem præsumi. Quamobrem ad huius quæstionis perfectam examinationem, ego prænotandum esse censeo, posse à nobilibus aduersus vassallos plura præscriptione acquiri. Etenim aut agitur de acquirendis his, quæ iure communi Principis propria sunt, eique specialis quodam summi principatus priuilegio competunt: & in hac specie necessaria est immemoralis præscriptio, aut quadragenaria cum titulo, vel centenaria, iuxta distinctionem à nobis traditam §. 2. *huius 2. part.* cum ex hac præscriptione fiat præiudicium Principi summo. Qua ratione, quoties dominus erga vassallos vsu temporis vult acquirere ea, quæ ad Principem pertinent, tunc sanè præscriptio ista tendit in damnum Principis: & ideo in ea obseruanda sunt, quæ de præscriptione aduersus Principem in proximo §. 5. adnotauimus. Nec locus erit in hoc casu Regiæ constitutioni, quoad secundam eius partem, quod deducitur ex his, quæ ipse tradidi lib. 1. *variart. resolut. cap. 17. num. 6.*

Aut domini contendunt aduersus vassallos de iure alicuius annuæ præstationis, quam Seruitium dicimus; aut de alio simili iure, quo vassalli tenentur domino quolibet anno soluere certam quantitatem ratione officij, vel artificij: variè etenim hæc impositiones, hæcve iura solent per dominos à vassallis exigi. In his quidem præstationibus, & similibus oneribus verè Regia constitutio versatur, cuius interpretationi præmittenda est interpretatio communis Iurisconsulti in l. *cum de in rem verso. ff. de vsu fructu.* ab ea quidem colligitur conclusio prima: Annuæ & vniformis præstatio cuiuslibet redditus facta ex causa expressa decem annis continuis inducit præsumptionem veræ causæ & tituli. Sic denique Iurisconsulti responsum intellexere Barr. *ad fin. Salic. col. 3. & col. 5. quest. 3. in d. l. cum de in rem verso.* Bald. *col. 2.* Salic. *col. vltim.* Alexand. *col. 3. in l. si certus annus. C. de pact. Anton. in cap. peruenit. col. 9. de censu.* Francisc. Balb. *de præscript. 3. part. princip. part. 1. quest. 10.* Alexand. *confil. 113. col. 2. & confil. 108. lib. 2. & confil. 75. lib. 4.* Carol. Molin. optime in *tract. de contrahib. q. 20. text.* optimus in l. *litibus. C. de agricol. & censu. lib. 11.* quorum optimo communis est.

Ex qua inferitur, quòd si appareat quolibet anno, etiam per decennium præstationem factam fuisse Sempronio, non tamen consistet ex eisdem præstationibus, qua ratione & causa fiderit facta, nou ex hoc præsumitur obligatio ad finem agendi pro tempore futuro, quamuis creditor certam causam & titulum allegauerit, quod deducitur ex mente Bartol. & aliorum, quos

modò citavi. Præsertim id in specie tenent post Salic. Balb. in *d. q. 10. vers. secundò limita. & Carol. Molin. in d. q. 20.*

Secundò ab eadem conclusione deducitur, admittendam esse probationem in contrarium, nempe aduersus hanc præsumptionem iuris, vt tandem constet, nullum titulum ab initio his præstationibus accessisse, secundum Cyn. in *dist. l. si certus annus, quest. 10.* & ibi *la. col. vlt. Alex. confil. 113. col. fin. lib. 1.* Francisc. Balb. in *d. quest. 10. col. 9. vers. tertio limita.* idem tenet Paul. Cast. in *d. l. si certus annus.*

Tertiò probatur ex his, eandem conclusionem veram esse etiam in rusticis. nam præstatio annua vniformis à rustico facta ex causa & titulo, inducit præsumptionem, quòd illa causa sit vera, cuius opinionis auctor est Bartol. in *d. l. litibus.* & idem in *d. l. cum de in rem verso. col. 3.* Bald. *col. pen.* & ibi *la. num. 14. in d. l. si certus annus.* Paul. Cast. in *confil. 51. col. vlt. lib. 2.* Alexand. *confil. 124. col. 1. lib. 4. la. in §. prauiduales. de actionib. num. 56.* Carol. Molin. in *consuetud. Paris. §. 7. n. 17.* Balb. in *d. q. 10. col. 11. vers. & an illa lex, cum de in rem verso.* quo in loco asseuerat, hanc opinionem communem esse contra Cynum in *d. l. si certus annus, quest. 5.* & Alexand. *confil. 50. lib. 5. ad fin.* qui aduersus rusticos triginta annorum præstationes requirit.

Secunda conclusio: Annuæ & præstatio iure redditus, & perpetui continuis triginta annis facta, non tantum inducit tituli præsumptionem, sed veram redditus perpetui acquisitionem per præscriptionem. Hæc probatur, quia hoc tempore abique tituli probatione procedit præscriptio, etiam in rebus maximi præiudicij. Bald. in *l. male agitur. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Barr. in l. soluit. §. 1. ad fin. ff. de offic. proconsul. tradit Balb. de præscript. 4. part. 4. part. princip. quest. 9.* notat in specie hanc conclusionem Carol. in *d. q. 20. col. 2. idem in consuetud. Paris. tit. 1. §. 7. num. 21. text.* optimus in *l. si certus annus. & in l. cum notissimi. C. de præscript. 30. vel 40. ann. §. potest. 16. q. 3. cap. sancto.* ea ratione qua conitar ad præscriptionem triginta annorum non esse necessarium titulum, nec eius probationem, qua de re statim actui sumus. Vide mihi hæc asseritio secunda iure probatissima videtur: nec deficit præteribentis ius, licet ex aduerso probetur de defectu principij, sicuti Carol. docet *d. q. 20.*

Tertia conclusio: Annuæ & præstatio vniformis, & contingens per tempus, cuius initium memoriam hominum excedit, titulum iustum & sufficientem inducit, etiam si probationes non fuerint factæ ex causa illa, quam præscribens allegat, imò nullius causæ specialis allegatio est necessaria. Hæc enim est vis immemoralis præscriptionis, vt in his, quæ abique titulo acquiri tempore non possunt, immemoriali præscriptione quærantur. *cap. 1. de præscript. in 6. l. hoc iure. §. ductus aqua. ff. de aqua quotidiana & estiuua.* Hanc denique conclusionem ipse colligo à Cyn. *quest. penult. Angelo, Paulo, & Iafone, col. vlt. in d. l. si certus annus.* Bartol. in *d. l. cum de in rem verso. col. 2.* Panor. *confil. 94. lib. 1. cap. 1. & in cap. vlt. col. 2. de caus. possess. & propriis.* Felin. in *cap. causam qua. col. 3. de præscript. vers. sed aduerte.* Balb. in *d. q. 10. col. 9. limit. 2.*

His tandem præmissis, vt ad institutum redeamus, apparet quoad annuas præstationes, quas vassalli & subditi dominis consueuere annuatim exhibere, immemorialem præscriptionem solum necessariam in eo casu, quo titulus aliquis non allegatur, nec apparet, qua ratione quolibet anno facta fuerit præstatio, id est, vbi præstationes factæ fuerint nulla causa expressa. Alioqui si annuæ & præstatio à vassallis domino facta fuerit causa ipsius expressa, nempe iure constituti in recognitionem subiectionis, aliave iusta ratione, etiam per decennium tantum, poterunt cogi, & cogendi sunt vassalli pro futuro tempore eadem domino præstare, modò is causam allegauerit annuæ præstationis, & ex ea potiùs, quàm ex continuis præstationibus ius proprium in iudicium deduxerit, nec vassalli aduersus titulum præsumptum defectum initij probauerint, quod inferitur ex præmissa resolutione, idque expressim respondit Alexand. *confil. 124. lib. 4.* Imò annuæ hæc præstatio iure perpetui redditus per triginta contingens annos, absque tituli probatione sufficeret ad veram annui redditus acquisitionem, cui non obesser probatio deficientis ab initio tituli, sicuti paulò ante subnotabam. Quæ quidem resolutio quoad dominos contra vassallos, maximam dubitationem habet, cum propter communem omnium adnotationem in *dist. regul. quod latenter.* cum ob legem Regiam, ex quibus immemoralis præscriptio necessaria est. Ego iustissimam esse opinor legem Regiam, eamque à receptissima Doctorum sententiâ deduci. Nam quoties aduersus præscribentem adest iuris communis non quidem leuis, sed vehemens præsumptio,

sumptio, ei plurimum resistens, necessaria est præscriptio immemorialis, vel saltè quadragenaria, iusto probato & allegato titulo. *cap. 1. de præscript. in 6.* At in hoc casu, quo tractamus de præscribendis à domino contra vasallos annuis præstationibus, & aliis quidem iuribus, quæ iure communi à vasallis domino minimè debentur, non tantum est præsumptio aduersus dominum simplex pro subditorum libertate, sed vehemens valde, quod eas præstationes per extorsionem, violentiam, & tyrannidem à subditis dominus extorserit. *l. ult. §. si iusto. ff. quod met. causa.* idque expressim adnotarunt Innocent. in *cap. bona. in secundo. de postula. prelat.* idem & ibi Doct. in *cap. si diligenti. de præscriptio.* ubi Agidius Bellamer. *column. ult.* Ioan. Faber in *§. aquè si agat. de actionibus. 3. quest. princip. ad fin.* Bald. in *cap. 1. §. pactiones. de pace. Constitutio.* Accitin. *consil. 14. column. 11.* Guido Papæ *consil. 1. nu. 7. & consil. 65. nu. 2.* Vnde palam deducitur, necessariam esse immemorialem præscriptionem, quemadmodum lege Regia statutum est, & frequentissima omnium sententia probatum, in *d. regul. quod latenter.* Quibus duo adiciere decreui, quæ forsan vera sunt, & iure admitti possunt. Primum quidem, Quadragenariam præscriptionem titulo probato, & allegato, sufficere loco immemorialis præscriptionis in hac causa, quam examinamus, atque ita interpretandam fore Regiam constitutionem, vt vel immemorialis sufficiat etiam quoad proprietatem, vel quadragenaria cum titulo, eiusque probatione & allegatione, text. singularis in *d. cap. 1. de præscript. in 6.* Secundò est considerandum, probata immemoriali præscriptione aduersus subditos & vasallos, non esse præsumendam vim, nec extorsionem. Etenim tanti temporis vsus præscriptio ve præsumptionem violentiæ & oppressionis excludit, sicuti probatur ex Regia constitutione, & ex his auctoribus, quorum modò meminimus, præsertim ex Guidone *consil. 65. in princ. & consil. 1. nu. 10. & l. Regia 2. tit. 11. lib. 4. ordinat. l. 2. tit. 3. lib. 6. Recopilat.* Fit tandem ex his, vt tractetur lis inter dominum & vasallos super exactionibus & iuribus, quæ iure communi domino à vasallis minimè debentur, semper necessaria sit, & sufficiens præscriptio eius temporis, cuius initium memoriam hominum excedit. Vnde hinc poterit respoñsio adsumi & exhiberi pluribus quæstionibus, quæ solent in iudicium deduci circa has exactiones, & iura, quæ domini à vasallis exigere conantur. Sed de operis à vasallis domino præstandis ad domus & castri custodiam, traditæ Boëtius *decisione 212. n. 9.* & de excubiis præstandis Iason in *l. diuortio. §. impendi. ff. solut. matrimo.* Angel. in *l. turres. C. de operib. public.* Lucas de Penna in *l. cum fecimus. col. 2. C. de agric. & censu. lib. 11.* Alberic. in *l. si usufructuarius. versicul. si ex prædictis. ff. quibus modis vsusfruct. amitt.* Iacobin. in *tract. de roidis. 1. col.* Massuerius in *titul. de tallis & collectis, ac excubiis.*

Præ ceteris frequentissimè ad suprema huius regni tribunalia defectur querela vasallorum, qui coguntur per dominos ad eorum propria molendina & furnos, triticum molendum, & panes coquendos ducere, soluta ordinaria mercede, & prohibentur alios furnos & molendina habere, ad aliæ huius officij causa omnino accedere. Etenim nisi legitimè probata fuerit hac in re præscriptio immemorialis, absoluntur ab his oneribus subditi, damnanturque domini vt subditi liberè permittant priuata & propria molendina ac furnos habere, ad eam accedere huius muneris causa, prout ipsis subditis libitum fuerit, quod sæpissimè fit.

Quibusdam forsan videbitur adhuc nec immemoriam præscriptionem sufficere in hac specie ob eam regulam, quæ dictat, minimè posse præscriptionem acquiri ea, quæ à mera voluntate procedere solent: cum ex actibus merè voluntariis quasi possessio acquiri non possit, *l. Proculus. ff. de damn. infect. l. 1. §. denique Marcell.* & *l. si in meo fundo. ff. de aqua pluui. arcend. l. 2. ff. de via public.* Etenim is, qui amicum longissimo etiam tempore hospitio acceperit, non poterit inuitas cogi idem hospitium amico exhibere, quod speciatim responderunt Innocent. in *cap. cum Ecclesia. de de caus. possess. & propriet.* Cyn. in *l. 1. & 2. C. de seruit. & aqua.* Panorm. in *cap. significante. de appellat. Dec. consil. 8. col. 3. & consil. 175. column. 6.* quorum opinio communis est. textus optimus in *l. qui iure familiaritatis. ubi Bartol. Paulus, Imola, & Alexand. ff. de acquir. possess. l. 1. & habet. §. hospites. ff. de precar. l. si mulier. ff. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Panormit. in *d. cap. cum Ecclesia. idem in cap. Abbate sancti Syluani. de verbor. signif.* Paul. Cast. in *consil. 179. col. 3. lib. 2.* quo in loco ex hac regula infert, quæstiones publicas, qui vnius Ecclesiæ, aut Sancti nomine in aliqua ciuitate vel provincia elemosynas exegerunt, etiam longissimo tempore, non posse prohibere alios quæstiones elemosynarum exactionibus. Atque ideò vasalli,

qui longissimo tempore panem & triticum coquendum, & molendum in furnos, & molendina domini detulerunt, non poterunt cogi & nunc ad eadem molendina, & furnos huius officij causa omnino ire, & itidem prohiberi, ne ad alia molendina aut furnos accedant. quod in hoc casu respondit Signorolus inter consil. Bald. *consil. 71. lib. 1. text. insignis in l. 18. titul. 32. part. 3.* quamobrem ambiguum est, an & tempore immemoriali hoc ius possit per dominum contra vasallos acquiri.

Huic sanè obiectioni duplex respoñsio aptari poterit. Prior quidem, vt ius istud, de quo modò tractauimus, tempore quærat domino aduersus vasallos, quoties vasalli volentes ad alios furnos, vel alia molendina accedere prohibiti fuerint, & huic prohibitioni consentientes ad domini molendina accesserint. Sic sanè hæc præscriptio non aliter procedit, quod gloss. aduertit in *l. qui luminibus. ff. de seruit. vrb. præd. & in l. 1. C. de seruit. & aqua.* Bart. Ang. Flor. in *d. l. qui hominibus.* Panorm. per text. ibi, in *cap. significante. de appell. & in d. cap. Abbate sancti Syluani. l. 1. in l. quo minus. ff. de flumin. num. 27. & ibi Ripa n. 132.* Guid. Pap. *qu. 298. idem Ripa in d. cap. cum Ecclesia. n. 50. Dec. in consil. 8. & consil. 197. col. 2.* Cyn. & Bal. in *l. 1. C. de seruit. & aqua. latissimè Balb. de præscript. in 4. part. 5. part. principal. qu. 5. & 6. l. 1. in §. aquè si agat. de actio. num. 41. post Fabr. ibi, & Aymon. consil. 111. nu. 22. idem in tract. de antiquit. temp. 4. part. cap. materia ista. n. 99.* Carol. Molin. in *consuetud. Paris. §. 1. gl. 4. nu. 11. & Iacob. in tract. de feudis. in verb. & cum molendinu. nu. 4.* Boët. *qu. 125. col. 2.* quorum opinio dubio procul communis est, & probatur in *l. hac autem. ff. de seruit. vrb. præd. vnde fit, vt si probatum sit à domino aduersus vasallos, quod fuerint vasalli volentes ad alia molendina deferre triticum molendum, hoc facere prohibiti, & accesserint huic prohibitioni consentientes ad furnos & molendina domini, ex hoc probata sit quasi possessio huius iuris; & ea ratione præscriptio, quæ à die prohibitionis incipit, & procedit.*

Posterior respoñsio ab ea ratione deducitur, qua quibusdam placuit, probata præscriptione immemoriali, & sic probato vsu tanti temporis, cuius initium memoriam hominū excedit, non esse necessarium probari, quod vasalli prohibiti ad alia molendina accedere, huicque prohibitioni consentientes ad domini furnos & molendina triticum molendum, & panes coquendos detulerint. quod colligitur ex *Dec. consil. 271. nu. 14. & 15.* Aymon. in *d. consil. 111. col. pen.* Hoc verò ita est accipiendum, vt ex hoc tempore præsumatur quasi possessio acquisita eo modo & forma, quæ iure necessaria est, iuxta opinionem, cuius modò meminimus. Alioqui immemorialis vsus in vim præscriptionis parum prodesset, quia nisi quasi possessionem legitimè obtentam præsumamus, præscriptio etiam huius temporis deficit, *reg. sine possessione. de reg. iur. in 6.* Sic denique quod ista præsumptio adsumenda sit ex tanti temporis vsu, sensit Salic. in *l. auctoritatem. C. vnde vi. cui & alij suffragantur:* sicuti in hac 2. huius relectionis parte obiter tetigimus in *princ. num. 8. ad fin.* Hæc ipsa conclusio, quod immemorialis præscriptio, aut immemorialis vsus sit sufficiens in his, quæ iure familiaritatis solent exhiberi, & voluntaria sunt, placuit Felin. in *cap. cum M. Ferrariensis. num. 7. de consil. & probatur ex his, quæ diximus superius, vers. Secunda conclusio.* Ego sanè hanc præsumptionem prohibitionis ad acquirendam quasi possessionem tunc præsumerem, quando immemorialis temporis vsus probatur simul cum aliquot prohibitionibus in ipsis temporis tractu contingentibus: licet non probetur prohibitio ita antiqua, vt ipsa immemorialis quasi possessio ab ea processerit, sed sufficere probatio prohibitionum aliquot, quæ motam licet triginta, quadraginta, aut quinquaginta annis præcesserint: etenim præsumam ex hoc, immemoriam quasi possessionem à prohibitione processisse. Alioqui nulla probata prohibitionem, minimè admittere, quod ex *Dec. Aymon. & aliis modò adnotaui.*

Poterit etiam immemorialis hic vsus allegari, & in iudicium deduci, non in vim præscriptionis, sed ad probationem tituli, quem actor assuecit se ipsum habere ad hoc ius percipiendum: probatur etenim titulus ex hoc immemorialis temporis vsu, qui vim habet constituti, & priuilegij, *l. hoc iure. §. ductus aqua. ff. de aqua quotid. & astina. cap. super quibusdam. de verborum significat. cap. 1. de præscript. in 6.* cum his, quæ nos adnotauius lib. 1. *variari. resolut. cap. 17. nu. 5.* atque ita videtur respondendum fore in hac specie, tametsi Petrus Iacob. in *tract. libello, de furno.* Barthol. Cæpol. *de seruit. vrb. præd. cap. 50.* Ripa in *d. cap. cum Ecclesia Suerina. num. 68.* Aymon. in *d. tract. de antiquit. tempor. 4. part. cap. materia ista. nu. 98.* & Boët. *quest. 125. col. 2.* expressim assueverunt non sufficere quoad hæc iura molendinorum & furnorum, quæ modò exami-

namus, vsum tanti temporis, cuius initium memoriam hominum excedat, nisi à die prohibitionis legitima præscriptio processerit, quæ quidem controuersia rem dubiam satis efficit. Et idem etiam si prior opinio admittenda sit, posterior tamen, ni fallor, obtinebit, quoties actum sit de acquirendo iure merè & simpliciter negatiuo; tunc enim, nisi probetur prohibitio, acquiri non potest ius negatiuum, etiam tempore immemoriali, cuius rei exemplum sit in *d. l. qui luminibus*. vbi Accursus. Nam si meus vicinus domum habens, aut aream propriam per centum annos, aut denique mille, altius eam non ædificauerit, minime ego possum asserere, mihi acquisitum esse ius seruitutis altius non tollendi contra vicinum; imò ipse poterit liberè altius tollere. Qua de re oportet exactè cogitare, quoties quæstio in praxim incidit, legendique sunt diligenter præcitati auctores, maxime Cæpola, & Ripa in *d. l. quo minus*. nu. 131. qui aliquot quæstiones aliis nominatim auctoribus adductis tractauerunt. Et in specie, quando certus vsum implicet contrarium vsum, tradit diligenter Carolus Molinæus in *d. l. §. 1. gloss. 4. num. 12.*

- 7 Illud omittendum non est, dominos habentes iurisdictionem, Principem tamen superiorem recognoscere, nequaquam posse subditos cogere iure communi, quod ad domini molendina triticum molendum deferant, & non ad alia: is enim actus merè voluntatis est, vt patet, & ideo permittenda non est, nec iure permittitur domino hæc violentia: adeò quidem, vt nec per statutum ipsius domini aut populi id fieri possit, cum id tendat in graue subditorum præiudicium, præsertim eorum, qui alia in eadem vrbe, eiusque territorio molendina construxerint, & ædificauerint, aut construxerint velint. Huius sententiæ auctores sunt Bartholom. Socin. *consil. 272. lib. 2.* Ioan. Baptist. de sancto Seuerino in *repetit. l. omnes populi. ff. de iust. & iur. col. 36.* Signorol. inter *consilia Baldi, consil. 56. lib. 3.* & inibi Bald. *consil. 57.* Anchar. in *cap. canonum statuta. de consil. qu. 11.* Ripa *lib. 1. responsorum, cap. 11.* Nicol. Boër. *decis. 125.* idque maxime obtinet, quando Statutum istud fiat ad priuati ipsius domini vtilitatem, quod fatetur Bald. in *consil. 410. lib. 5.* & Iacob. in *tract. de feudis. verb. & cum molendini. q. 1.* Aymon in *4. part. de antiq. temp. cap. circa præmissa num. 4.* Quali tres hi posteriores auctores velint, & probare conentur, hoc statutum fieri posse ad ipsius vniuersitatis vtilitatem, quoties lucrum inde acquirendum in totius communis vtilitatem expendendum est. Ego verò priorem sententiam, quæ communis est, sequor absque vlla distinctione, idque video sentire DD. quos ad eius comprobationem citavi: non enim satis est, quod lucrum ex molendinis ipsius Reipublicæ futurum sit, vt à populo superiore habente statutum istud fiat in præiudicium ita graue subditorum, & in damnum libertatis illius, quæ iure communi cuique concessa est. Quamobrem veluti iniquum est recedendum. nam & ab eo appellari potest, *l. 1. §. solet. ff. quando appell. sit. l. qui se grauatos. C. de censib.* Non inficior posse contingere aliam publicam vtilitatem, cui statutum istud innitatur, ex qua iustificari valeat. Quod ex tempore, loco, & aliis iudex discretus arbitrabitur: tantum enim illud hic admonemus, aduersus Bald. & Iacob. non esse rationem iustam huius statuti, quod lucrum acquirendum ipsius communis necessitatibus distribuendum sit in publicam vtilitatem; siquidem hæc non est sufficiens causa, vt iniqua lex fiat, cum possit aliunde publicis oneribus & expensis subueniri. Hinc planè deducitur, huiusmodi statutum minime ratione fortiori admittendum esse in præiudicium furnorum, & molendinorum Ecclesiarum. Nam etsi præmittatur hoc statutum validum esse, quod modò negauimus, id tamen aduersus Ecclesias quoad earum furnos, & molendina, non obtinebit, secundum Calderin. inter Anchar. *consilia, consil. 12.* & Anchar. *consil. 13.* quo in loco refertur hac de re collegij Bononiensis responsio. idem Anchar. *consil. 155.* Boër. in *d. qu. 125.* Ripa *lib. 1. respon. cap. 11.* Socin. in *d. consil. 172. lib. 2. col. 3.* Iaf. in *l. ciuitas. col. 4. ff. si ceres. per. Bapt. in d. l. omnes. col. 36. ff. de iust. & iur.* Anchar. in *cap. canonum statuta. q. 11. de consil.* Alexand. *consil. 211. lib. 2. nu. 10.* Iaf. optime in *d. l. quo minus. ff. de sum. quest. 25.* vbi num. 156. scribit, hanc opinionem communem esse, quam item sequuntur Pannormit. in *repetit. cap. Ecclesia S. Maria. de consil. num. 31.* Quibus suffragatur text. in *cap. vlt. de immunit. Eccles. in 6.* quo excommunicantur laici statuentes & prohibentes contractus emptionis & venditionis inter subditos eorum iurisdictioni, & personas Ecclesiasticas. Ex qua constitutione probatur, statutum illud dici contrarium libertati Ecclesiasticæ, quo aufertur & tollitur ab Ecclesiis, vel clericis id, quod iure communi omnibus est liberè concessum, quemadmodum adnotarunt Anton. Inol. & alij,

præsertim Felin. num. 29. & Dec. col. 2. in *cap. Ecclesia. de consil.* Rochus in *cap. vlt. de consuet. folio paruo 47. col. 2.* vnde constat, Aymonem Sauill. in *d. tract. de antiqua. tempor. 4. part. cap. circa præmissa num. 17.* non rectè aduertisse, quid in hac specie in *d. cap. vlt.* statutum fuerit. Nam probare conatus, statutum istud de molendinis non esse contra libertatem Ecclesiasticam, respondit idem verum id esse, quia iure communi non habet Ecclesia priuilegiū cogendi quemquam ad eius molendina triticum molendum adducere, sed liberum esse cuique eum accessum: & ea ratione potius secundum eum tollitur statuto libertas laicis, quam Ecclesiæ. Etenim quantum valeat hæc responsio, palam ostendit ipsa Romani Pontificis constitutio, quæ censet, libertatem Ecclesiasticam tolli ac diminui, si laici prohibeantur cum clericis contrahere, commercia, & permutationes inire, & tamen liberum erat laicis hæc commercia cum clericis tractare, qua ratione non satis est responsum decisioni prædictæ constitutionis vltim. *de immunit. Eccles. in 6.* His etiam accedit præter alia, quæ in *d. cap. Ecclesia.* per Fel. & Dec. tradunt, elegans Thomæ Grammatici testimonium in *decis. 100.* refert enim is, & iustissimè id factum esse cõtendit, apud Regium Neapolitanum pratorium definitum esse, mora controuersia inter Salerni ciuitatem, & Abbatem sancti Benedicti, Statutum illius ciuitatis, quo prohibitum extat, in eam vrbem adduci vinum extra ipsius fines & territorium collectum, minime comprehendere vina, quæ ex Ecclesiarum vineis colliguntur: atque addit ipse, non obstante hoc statuto, clericos posse vinum aliunde, quam ex territorio collectum in ciuitatem adducere. Quo quidem in loco Thomas hanc decisionem communem de molendinis Ecclesiarum probat & sequitur, num. 14. oportet tamen in hac, & similibus contentionibus aduertere ad immemorabilem præscriptionem, & consuetudinem promiscuam laicorum & clericorum cõsensu probatam saltem tacito, item ad Regias constitutiones, quæ generaliter in vtilitatem Reipublicæ statuta, nihilque contrarium sacris Canonibus instituentes, solent & clericos & Ecclesiarum res cõplecti: de quo alibi opportunè disputabitur.

Ceterum in hac specie, quam tractamus, Calder. Anchar. & aliorum responsis, ex aduerso refragatur idem Cald. *rit. de consil. consil. 21.* expressim contrarium respondens. Bal. item *consil. 11.* inter consilia Anchar. & Aymon. Sauill. in *d. c. circa præmissa. num. 8.* qui aliorum rationes adducit, parum huic negotio conuenientes, idcirco ipse opinor, duo vel tria esse hac in parte adnotanda ad huius difficultatis resolutionem.

Primum non posse statuto domini aut populi, subditos prohiberi, quod non deferant triticum molendum ad alia, quam publica molendina, siue id fiat ad vtilitatem domini, siue vt lucrum inde communitati ex molendini redditu maius accedat. atque hanc esse communem sententiam, ex prænotatis constat.

Secundo, hinc manifestum est, tale statutum, & similia maiori ratione nequaquam molendinis Ecclesiarum obesse, neque hanc statuti prohibitionem ad ea extendi, sicuti frequentissimo omnium consensu definitum extat.

Tertium est, quod maximam contentionem habet. Nam si iuxta temporis & publici status conditionem regimini publico, & ipsi communitati, cuius pars est ipse clerus, maxime conueniat hoc statutum, sicque non omnibus laicis quidem & clericis vtile, non propter redditus maiores ipsius cõmunitatis, sed aliam ob causam, quæ vniuersum hominum illius societatis cõmune spectat, fortassis hoc statutum admittendum erit, etiam in præiudicium Ecclesiarum habentium molendina: cum conueniat ita fieri, ne illa ciuitas graue detrimentum omnibus in vniuersum nocens, patiat. quod probati poterit ex decisione Bart. in *l. cunctos populos. §. q. C. de summa. Trinit.* quæ licet communiter improbat sit, in hoc tamen casu ob promiscuam, & totius Reipublicæ vtilitatem defendi commodè potest. tradit latè Felin. in *d. cap. Ecclesia. num. 81.* Hoc ipsum fulcitur ex eo, quod licet statutum prohibens bona in eum, qui subditus non sit, alienari, minime comprehendat Ecclesias, secundum Bartol. in *l. filiusfamilias. §. diui. ff. de legat. 1.* cuius opinionem latè expendunt inibi Doctores, præsertim Iafon, qui num. 72. in prima lectione statetur, eam communem esse; tamen si ob statum Reipublicæ, communitati conueniat, maxime ad eius vel tutelam, vel regimen, quæ res quædam in Ecclesiam, aut clericos minime transferatur, tunc statutum id validum erit, & aduersus Ecclesias obtinebit, secundum Cardin. in *consil. 144. Ioan. Croce. in d. §. diui. colum. 24.* & ibi Ferdinand. Loazes num. 424. idemque sentit Fried. *consil. 35. incip. statuto ciuitatis.*

Hinc

Hinc denique infero, non omnino falsum esse, quod inter consilia Anchar. Bald. respondit, & Calder. in d. consil. 21. tit. de consil. licet idem Calderinus, cui ceteri Doctores in specie accesserunt, contrarium scripserit: in his etenim Calderin. & Bal. responsis non agitur de statuto directe prohibente, ne quis triticum deferat molendum ad alia, quam ipsius communis, & Reipub. molendina: nam hoc inualidum esse, maxime in præiudicium Ecclesiarum, ipse fateor. Sed actum est de municipali lege, qua tempore publicæ inopiæ, cum Respublica gravatur annonæ penuria, ne triticum ipsius civitatis ad externos deferatur, veritum fuerit, ne quis triticum molendum extra urbem deferat, nisi duodecima pars tritici, quæ molendi ratione dari solet, in ipsius civitatis exitu portarum custodibus solvatur, nomine communis recipientibus id pro molendinis, quæ extra urbem Respublica habet, ad quæ deferendum est triticum, ut inibi molatur. Nam etsi ex hoc statuto sequatur damnum Ecclesiis, quoad earum redditus, qui ex molendinis Ecclesiarum extra urbem existentibus percipiebantur; tamen ne Respublica tota gravissimum detrimentum pariat, cui quidem damno aliter obuiam iri non potest, admittendum est statutum, quod non sit ob augendos redditus ipsius universitatis. Hoc verò diximus obiter ad perfectiorem eius questionis, quam examinavimus, cognitionem. Quibus addere libet in ea dubitatione, an laici possint edicto aut statuto ad tempus vel perpetuò prohibere clericos uti pascuis communibus ipsi Respublicæ, omnibusque civibus, legendos esse Oldrad. consil. 32. Anton. in cap. noverim. de sentent. excomm. Abb. consil. 6. lib. 1. Felin. in cap. Ecclesia. de consil. num. 104. & Luc. de Penna in l. iubemus. C. de nauticulariis non excusandis. lib. 11.

Hactenus de tempore ad præscribendum requisito tractavimus, deque immemoriali præscriptione, de centenaria, ac de earum differentiis, atque itidem de possessione: nunc breviter de titulo agemus, cum & is sit necessarius ad vscupationem & præscriptionem.

§. QUINTVS.

De titulo præscriptionis.

S V M M A R I A.

- 1 Titulus in hac materia præscriptionis quid sit.
- 2 Titulus quando in præscriptione sit necessarius, quinque conclusionibus expeditur.
- 3 Filius suus heres præscribere non potest titulo pro herede, etiam iure Novellarum. & inibi traditur de ciso l. nihil. C. de vscup. pro hered.
- 4 Sui & emancipati differentia, an in totum sublata.
- 5 Filius suus heres veniens ex capite, unde agnati præscribit titulo pro herede.
- 6 Filius suus heres repudians hereditatem simpliciter, an possit postea eam accipere ex capite, unde agnati.

TITULVM ad præscriptionem iure requiri, satis probatur in c. si diligenti. de præscript. in l. Celsus. ff. de vscup. & alibi passim apud Ius Canonicum & Civile, sicuti in d. l. Celsus. Bartol. Franc. Balb. & alij tradiderunt post Dyn. in regul. possessor. de regul. iur. ex quorum Commentariis nos hoc in loco aliquot assertiones exponemus pro huius materie compendio.

- 1 Illud verò est præmittendum, quòd titulus ꝑ est causa ex se habilis ad translationem domini: etenim in hunc sensum accipitur à iure, præsertim in hoc tract. de vscup. & præscriptio. secundum Cynum in l. cogi. C. de pet. hered. Paul. Castren. in l. Celsus. proximè citata. Balb. in tract. de præscript. i. part. 3. part. princip. quæst. 2. tamen si frequentissimè ex titulo isto sufficienti ad translationem domini non transferatur dominium ipsum, sed tantum vscupandi conditio: idque variis ex causis contingit, maxime ex eo, quòd is, à quo titulus habetur, dominium non habebat, nec poterat illud transferre in alterum, cui titulum concessit.
- 2 Prima igitur conclusio sit: In præscriptione ꝑ decem vel viginti annorum, quæ ordinaria est, tituli allegatio & probatio iure exigitur, & idem in vscupatione triennali, d. l. Celsus. l. nullo. C. de reivend. vbi Bart. & Doct. hoc ipsum adnotarunt. Et procedit hæc conclusio iure Canonico & Civili: nam in materia tituli nullum est inter ius Cæsareum & Pontificium discrimen, optimus text. in cap. placuit. §. potest. 16. quæst. 3. siquidem Balbus late 2. part. 3. part. princip. quæst. 6. & 2. part. 4. part. princip. quæst. 2. col. 3. ex aliis resolvit quoad materiam tituli, nullam esse differentiam inter Ius Canonicum & Civile, quod & nos obiter probavi-

mus lib. 1. variar. resolut. capit. 17. numer. 7.

Hinc colligitur secundum Gratianum in d. §. potest. Dynum in d. reg. possessor. num. 25. & seq. graviter errasse, dum exilitat, iure Pontificio in præscribendis his rebus, quæ possunt possideri, & præscriptione acquiri, & in quibus non est præsumptio contra præscribentem, non requiri titulum, sed sufficere bonam fidem, etiam in præscriptionibus decem vel viginti annorum. Etenim hoc falsum est. Nam in longi temporis præscriptionibus adhuc iure Pontificio præter bonam fidem titulus est necessarius.

Secunda conclusio: In præscriptione viginti vel quadraginta annorum, nec iure Pontificio, nec Cæsareo titulus requiritur, sed sufficit bona fides, l. omnes. C. de præscript. 30. ann. c. placuit. §. potest. 16. quæst. 5. & est communis opinio in d. cap. si diligenti. & in d. cap. sanctorum. de præscript. vnde si privatus præscribat contra Ecclesiam aliquam rem, etiam si requiratur tempus quadraginta annorum, titulus tamen non est necessarius, nec fuit unquam iure veteri, secundum Panorm. in cap. de quarta. num. 14. & 26. & Balb. in d. quæst. 6. & quæst. 2. 4. part. col. 3.

Tertia conclusio: Præscriptio immemorialis, etiam vbi aduersus præscribentem adest iuris communis præsumptio, titulum, nec eius allegationem, nec probationem exigit. Sicuti probatur in d. cap. 1. de præscript. in 6. & nos tradidimus §. 3. huius 2. part. num. 7.

Quarta conclusio: Centenaria præscriptio, quæ regulariter aduersus Romanam Ecclesiam necessaria est, iure ordinario titulum non requirit, nec eius probationem, nec allegationem. Hanc conclusionem hic repetimus, eam etenim probavimus in d. §. 3. num. 6.

Quinta conclusio: Quoties præsumptio iuris communis est contra præscribentem, siue in præscriptione aduersus Ecclesiam Romanam, quæ centenaria est, siue in quadragenaria contra inferiorem Ecclesiam, semper tituli allegatio & eius probatio necessaria est; vel oportet loco harum præscriptionum immemorialis temporis quasi possessionem probare, text. in l. in 6. in d. cap. 1. de præscript. in 6. Dynus num. 27. in hac reg. gloss. communiter recepta in d. cap. si diligenti. Quam quidem conclusionem & nos examinavimus lib. 1. variar. resolut. cap. 17. nu. 7. quo in loco attigimus, & explicuimus, quæ præsumptio iuris sit ista.

Verum in hac materia tituli, extat Cæsarium pulchra constitutio, C. de vsc. pro herede. in hac quidem verba: Nihil ꝑ pro herede de posse vscupi, suis heredibus existentibus, obtinuit. Ex qua Bald. Salic. & alij communi omnium consensu adnotarunt, titulum pro herede alioqui in extraneis satis sufficientem ad præscribendum, minimè sufficere ad hoc, ut sui heredes, & necessarii præscribant, text. optimus in l. 2. §. vlr. ff. pro herede. Huius decisionis ea est ratio, quòd in suis nulla datur propria hereditas, sed tantum domini continuatio. neque enim videntur filij sui heredes, & necessarii post parentis mortem patris hereditatem percipere, novo saltem titulo, l. in suis. ff. de liber. & posthum. vbi Bart. Alexand. & alij opinantur, hanc esse veram rationem dictæ constitutionis Imperatoris, in d. l. nihil. Quæ procedit etiam iure nouo, quo in successionebus censetur sublata ꝑ differentia emancipationis, & patriæ potestatis, quantum ad suitatatem, l. meminimus. C. de suis & legitim. heredib. & in auth. de hered. quæ ab intest. defer. §. nullam. Nam hæc differentia non est in uniuersum sublata, sed tantum quoad succedendum: siquidem succedit emancipatus pariter cum suo, & æqualiter, uti successisset, si suus foret; nec tamen sublata est differentia emancipationis & suitatatis, quantum ad modum succedendi. Etenim suus succedit ut suus, emancipatus ut emancipatus, quemadmodum notat Aretin. in l. cum quidam. §. suum. ff. de acquirend. heredit. idem Aretin. in l. ventre. num. 9. ff. de acquirend. heredit. qui ex hoc scribit, emancipatum etiam iure nouo ex potentia suitatatis non transmittere hereditatem non agnitam: & addit, hanc esse communem opinionem. idem asseuerat eam secutus Alexand. in l. si fratru. C. de iure deliber. & in l. si emancipati. C. de collat. col. 5. notat optimè Fortun. in l. Gallus. §. & quid sit tantum. col. 107. ff. de liber. & posthum. Sic & hodie adhuc extat differentia emancipationis, & patriæ potestatis, quoties agitur de infringendis parentum testamentis: nam suus habet ius dicendi nullum patris testamentum, in quo præteritis fuerit; emancipatus verò habet tantum bonorum possessionem contra tabulas, præsertim cum præteritis contigerit causa incerta & expressa in ipso testamento. gloss. in authent. de hered. & Falcid. §. exheredatos. gloss. in l. si emancipati. C. de collat. & in authent. ex causa. C. de liber. præteritis. & exheredatis. quarum resolutionem explicuimus in cap. Raynuitius. de testam. in princip. nu. 3. & 4. Quibus addenda sunt, quæ de hac

continuacione dominij parentis in filium tradit Andr. Tiraquel. in l. si vniquam. C. de reuocand. donat. in princip. num. 19. vnde comprobata est responsio Celsarum in d. l. nihil. Cuius interpretationem aduersus communem aliter explicat Stephanus in *Necromantia Iuris. dialogo 36.* cum legitur, & Viglium in §. sui. Instit. de heredu quilibet. & differet. qui Celsarum constitutionem in hunc sensum accipiunt, vt extranei non possint vsucapere titulo pro herede, quādiu superstites sunt sui heredes, qua ratione communis sensus admodum abhorret à sententia legis. Bald. tamen in rubr. de prescript. existimat, hanc decisionem veram esse, vbi filius allegat, se vscupisse, aut prescriptisse titulo filij heredis ex capite filiationis, & suaratis, habetis hereditatē, quasi secundum Bal. aliud dicendū sit, quoties filius allegauerit, se possedisse & habuisse hereditatē titulo agnationis, ex capite, inquam, agnatorū, omisso capite suaratis & filiationis: tunc etenim procedit prescriptio titulo heredis ex hoc agnationis iure. Eam conclusionem censet mirabilem esse Alexand. in l. in suis. col. 3. ff. de liber. & posthum. quem sequitur Balb. in repet. l. Celsus. ff. de vsucap. 1. part. princ. colum. penult.

Huius verò sententiæ examinationi præmittendum est, an filius in potestate, tempore vel repudiatione priuatus, & exclusus à capite, vnde liberi, admittatur ex capite, vnde agnati: Qua de re adest text. optimus in l. 1. §. sed videndum. ff. de success. edict. quo responsum est, filium in potestate, tempore aut repudiatione, exclusum à capite, vnde liberi, admitti ex capite, vnde agnati, cui decisioni non obstat, quod Accursius ibi notauit, scribens, simpliciter repudiationem ab omni capite repudiante excludere. quam quidem conclusionem dici singulare probat Alex. in l. si creditore. ff. de legat. 1. Paul. Castr. in l. vnic. C. quando non petent. part. idem Paul. & Iaf. in l. 3. C. de iur. & fact. ignorant. id enim intelligendum est, vbi plura capita & iura simul eodem tempore competunt repudiari. Nam eo casu simpliciter repudians renuntiare videtur cuicumque iuri, & capiti, ex quo bona & hereditas, quibus simpliciter renuntiat, eidem competunt. At in hac specie, quam modò examinamus ex capite, vnde agnati, non cōpetit, priusquam caput, vnde liberi, exclusum fuerit. Ergo si filius, cui hereditas primo loco defertur, ex capite tantum, vnde liberi, hereditatem repudiauerit, solum censetur repudiasse eam ex capite, vnde liberi, non ex capite, vnde agnati: & ideo adhuc post simplicem repudiationem habet caput, vnde agnati, cui non renuntiauit, cum nondum tempore renuntiationis competeret, nec esset ei delatum, l. si potest. ff. de acquir. hered. l. quamdiu. ff. eod. tit. l. si ita scriptum. §. si sub conditione. ff. de legat. 2. atque ita esse intelligendam opinionem gloss. in d. §. sed videndum. notat Dec. in l. quoties duplici iure. ff. de reg. iur. quo in loco priorem conclusionem gloss. in d. §. sed videndum. intelligit, vbi renuntiat simpliciter hereditati; tunc enim omnibus iuribus, ex quibus hereditas delata fuerit, renuntiatum esse censetur. Bart. in l. nec is. §. 1. ff. de acquir. hered. per l. si duo. §. idem Iulian. & §. si quis iurauerit. ff. de iur. iur. & est communis opinio, secundum Iaf. in d. l. nec is. §. 1. colum. 3. tamen si inibi disputet aduersus Bartol. & alios, qui hanc communem secuti sunt.

His denique prænotatis, satis explicita est sententia Bald. in d. rubr. de prescript. quam & Alexand. sequitur in l. qui se patris. C. vnde liberi. 4. colum. idem in l. filius qui patri. ff. de vulg. & pupill. colum. vlt. vbi Socin. num. 16. & Curt. lun. in l. si emancipati. C. de collatio. num. 30. sententia, maximam esse Bald. auctoritatem, & ex ea plurimum tribui huic opinioni; eam tamen dubiam esse vterque existimat. Tandem Iaf. in l. suis. colum. 2. ff. de liber. & posthum. reprobat sententiam Baldi, atque allegat contra ipsum l. de bonis. ff. de Carbon. edict. quem text. inquit singularem esse. Ex eo etenim probatur, filium emancipatum, qui omisso capite, vnde liberi, ex capite, vnde agnati, patris hereditatem accepit, adhuc suum dici. Huic autem edicto, inquit Paulus, locus est, etiam si ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tamen si ex inferioribus partibus petant, qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt, vel ex illa qua cognatis datur. Hactenus Iurisconsultus. Sed poterit huic loco responderi, filium in potestate venientem ex capite, vnde agnati, suum quidem dici, non quod verè suus sit, sed quia loco sui heredis à prætore vocatur, vt probatur in principio, & in §. sunt autem. Instit. de bonor. possess. Nam & suus non capit, nisi primum gradum, l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legitim. hered. Igitur suus filius repudiando primum gradum definit esse suus, quoad effectum saltem, licet nudum nomen retineat, argumento sumpto à l. si tibi homo. §. cum seruus. ff. de legat. 1. Nec vlla iusta ratio defendi potest, quod filius omisso capite, vnde liberi, accipiens paternam hereditatem ex capite, vnde agnati, habeat iura suaratis, & omnino ea pri-

uilegia, quæ iure filiis suis conceduntur. vnde Baldi interpretatio ad l. nihil. C. de vsucap. pro herede. admittenda videtur.

§. SEXTVS.

De bona fide in prescriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Bona fides figmentum quodlibet & dolum excludit.
- 2 Bona fides plerumque significat quod æquum & bonum sit.
- 3 Æquitas & rigor, qualiter distinguantur, & de summo atque stricto iure.
- 4 Bona fidei contractus, vnde hanc appellationem habuerint, late tradiuntur.
- 5 Bona fidei contractus, an iure Canonico ab stricti iuris conventionibus distinguantur.
- 6 Bona fidei contractus quamobrem ipso iure nulli dicantur dolo dante causam contractui, non sic stricti iuris.
- 7 In matrimonio consensus liber esse debet, si tamen quis falsis per iurisdictionem inducatur, non propterea contractus irritatur.
- 8 Si doli contractus causam det, sine sit bona fidei, siue stricti iuris, in foro conscientia omnino nullus est.

SUPEREST nunc de bona fide, quæ ad prescriptionem necessaria est, quædam examinare; non equidem à nostris intacta, sed quæ non ita, vt par est, fuere per eos disculsa. Illud enim uerò sciendum est, iuris vtriusque conditores bonam fidem plerumque exigere in eum quidem sensum, vt actus fiat & tractetur in citra vllum figmentum & dolum, simpliciter quidem, l. si seruus communis. §. quod si sciens. ff. de furt. l. ab emptio. ff. de pact. l. 3. C. de peri. rei vendit. explicat Budæus in l. emptorem. ff. de action. empti. Sic apud Plautum in *Aulularia*, Euclio senex Liconidem adolescentem allocutus, actu 4. scena 6. inquit: Dic bona fide, tu id aurum non surripisti? Apud Terentium in *Heaut.* actu 4. scena 5. Chremes Syrum interrogans, inquit, Bonæ fide? In summa denique bonam fidem ipse interpretor iudicium illud priuatum, quo quisque de rebus propriis diiudicat secum: particulariter quidem de omnibus propriis actibus moralibus. Nam & fides iudicium quoddam est, quo credimus aliquid: item & illud, quo proprios nostros actus morales iudicamus. quamobrem in hac parte fides pro conscientia adsumitur, & conscientia credulitas quædam est, & præterea iudicium examinans actiones nostras. Ideoque à Paulo ad *Roman.* cap. 14. fides appellatur, dum inquit: Omne, quod non est ex fide, peccatum est: ex fide, inquam, id est, ex conscientia, auctore Ambrosio in *Commentariis Epist. ad Roman.* cap. vlt. de prescript. cap. querat aliquis, de penitent. distinct. 3. qua ratione quoties quis actum agit contra conscientiam, & aduersus id, quod priuatum eius iudicium dicat, dolo quidem, non bona fide vitur: vnde ad discernendum alicuius bonam vel malam fidem, respicienda est vniuersiuique propria, non alterius conscientia vel opinio, l. 1. §. Iulianus scribit ff. de itin. actus. priua. Quo fit, vt is dicatur bona fide possidere, bona fide contrahere, qui credit, se id iuste facere, & vt dicitur, nullum habens in corde figmentum, nec dolum, l. qui à quolibet. ff. de contrahen. empt. l. bona fidei empti. ff. de verb. signific. Is verò, qui corde aliud credit, quam quod dicatur, is, inquam, mala fide possidet, & contrahit, l. res bona. ff. de contrahen. empt. l. bonam fidem. C. de actio. Etenim secundum Cicet. lib. 1. de Offic. fides inde dicta est, quod fiat id, quod dicitur, & iustitiæ est fundamentum. Idcirco in omnibus negotiis ratio bonæ fidei habenda est, cum ei aduerseretur mala fides & dolum, qui in Republica inimicis est tolerandus; imò à quocumque negotio summis viribus exterminandus. Hinc sanè queritur, quamobrem iure ciuili actiones quædam, & contractus eo distinguantur, quod quidam sint bonæ fidei, reliqui verò stricti iuris, §. actionem autem. Instit. de actionib. l. in actionib. de in litem iur. text. in cap. cum venerabilis. de exceptio. & inibi gloss. Panormitan. & alij. Nam cum in omni actione bona fides, & eadem in omnibus contractibus considerari debeat, l. si mandato. §. 1. ff. mandat. l. bonam fidem. C. de actio. & oblig. mirum quibusdam, qui iuris ciuilibus disciplinam summis, quod aiunt, digitis terigere, videbitur, cur contractus quidam speciali titulo bonæ fidei censentur.

Verum apud iuris ciuilibus responsa interdum verbum hoc, bona fides, non tam sinceram illam voluntatem, & animum dolo contrarium, quam æquitatem quamdam, & iustitiam ipsam à rigore quodam summo segregatam, & puram significat, l. bona fides. ff. de positi. l. si quis. §. hac actio. ff. de relig. & sumpt. funer. l. si mandauero. §. Iulian. ff. mand. l. 2. §. vlt. ff. de precar. Rursus strictum ius apud Iurisconsultos appellatur ius præduri, exactum, & rigoris plenum: quod quidem æquitati, bono & æquo opponitur.

tur, l. 2. §. item *ff. de aqua plu. arcen. l. placuit. C. de iud. l. in his ff. de confit. & demonstrat.* tradit eleganter Budæus in l. 1. col. 2. ff. de iust. & iur. ac de æquitate quidem multa Oldendorpius in tract. de Formula inuestiganda actionis. cap. quid sit æquitas. & idem in forensi disputatione de æquitate. Celsus lib. 4. l. et antiqu. cap. 22. ex quibus illud satis constat, strictum ius esse, quod strictè & propriè ad corticem literæ absque vlla benignitate & humanitate est intelligendum atque interpretandum, & idè opponitur æquitati, ac bono & æquo, à quo benigna & humana deducitur interpretatio, l. Pannoni. in princip. ff. de acquir. hered. l. si ita scriptum. in princip. ff. de liber. & posthum. l. 1. §. qui operas. ff. ad Tertull. l. Thas. §. libertatem. in fin. ff. de fideicom. liber. si debitor. §. 1. l. inter eos. §. 1. ff. de fideiussor. omnium latissimè Andr. Tiracquell. lib. 1. de retract. §. 35. gloss. 1. in princip.

Hinc denique æquitas rigori, & stricto iuri opposita; est enim mitigatio † & interpretatio legis scriptæ ex aliqua circumstantia personarum, rerum, aut temporum, quemadmodum ab Aristotele deducitur lib. 5. Ethicor. cap. 10. ex nostris præter alios id adnotant Fort. & Budæ. in l. 1. 4. notab. ff. de iust. & iur. cuius rei & auctor est Iurisconsultus in d. l. bona fides. ff. de positi. qui exempla huic conclusioni suppedirant. Sic & Quintil. lib. 7. Institut. cap. 7. eo exemplo vitur, quo & Michaël Ephesius super Aristot. in d. cap. 10. de Lege statuente, quod peregrinus muros ascendens occidatur, cuius legis verbis, & rigori stricto subest peregrinus, qui muros ascendens, hostes urbem inuadentes eiecit, & fugauit: adest ramen æquitas, quæ legem superscriptam interpretatur, & dicitur, hunc peregrinum occidendū non esse. Sic constat, æquitatem esse admirabile quoddam temperamentum, quod ex perfecta ratione omnia moderatur, l. Diuus. ff. de integ. restit. l. si seruo fideicommissaria ff. de hered. instit. explicat & Ioan. Coraf. lib. 2. Miscell. cap. 18. Hæc verò moderatio ab æquitate deducta, ius ipsum non violat, si legislatoris mentem inspicimus, sicuti manifestum est, imò iustitiam æquitas ista præ se fert, auctore Iurisconsulto, in l. 1. ff. de iust. & iur. quo in loco scriptum est, ius esse artem boni & æqui. Hinc apud Aristot. illud *ἐπιεικὲς*, & *ἐπιεικεία*, quibus strictum ius plerumque moderatur, quemadmodum & de hac *ἐπιεικεία*, sunt Iurisconsultorum testimonia plura, potissimum in Laut. facta. ff. de penis. & in d. l. bona fides. optimus text. in l. nulla. ff. de legib. quæ duriore interpretationem scriptæ legis reprobat. Quali æquitas, quæ moderatrix est, à iure non differat. Nam & Cicero ad Herennium, lib. 3. iustitia, inquit, est æquitas, ius vnicuique tribuens pro dignitate cuiusque. Idem Cicero lib. 3. Officiorum inquit: In primis operam dabit, ut iuris & iudiciorum æquitas suum quisque teneat. probat idem textus in l. cum nec patronos. C. de iniur. quod si quando æquitas apud auctores à iure vel à iusto distingui videatur; tunc ea distinctio vel referenda est ad ius strictum, & ad iustum, quod ab scripta lege descendit, vel ad æquitatem, quæ remissio potius benigna sit, & ad indulgentiam quamdam atque humanitatem, quam ad ius ipsum spectet.

Ex quibus deducitur, ius strictum id dici, quod prædurum sit & asperum, à quo non liceat neclatur vnguem discedere, cuique nihil addi, nec detrahi possit, nisi quod scriptura loquitur, l. si alij. ff. de usufruct. leg. l. contract. C. de fide instrum. hocque ius æquitati opponitur, idemque appellatur ius subtile, l. si ita scriptum. in princip. ff. de liber. & posthum. l. in bello. §. codicilli. ff. de capt. l. si quis ita scripserit. §. 1. ff. de manumiss. testam. l. si tibi. ff. de donatio. l. filio præterito. ff. de iniust. rupt. l. per fundum. ff. de seruit. rustic. prædi. quibus Iurisconsultorum responsis ius strictum, quod nullam admittit interpretationem, subtile appellatur, & benigna ac humanæ interpretationi æquitati que opponitur. ad idem l. generaliter: §. si quis seruo. ff. de fideicommiss. liberi. Hac ratione ius istud strictum, quod nullam interpretationem admittit, sed præduræ leges & constitutiones iuxta litteram intelligit, à veteribus auctoribus dictum est summum ius, demque summa iniuria censetur, cum nimis seuerè & durè absque nullo temperamento ex eo leges accipiantur, alioquin in maximam Reipublicæ utilitatem ex variis causis interpretandæ ac moderandæ. Etenim summum ius appellatur, quoties de verbis tantum legis contenditur, nec spectatur, quid senserit, qui scripsit, aut qui locutus est: quo in genere plerumque sub auctoritate iuris perniciosè erratur, l. si seruum. §. sequitur ff. de verbor. obligat. Hinc Terentius in Heaut. dixit: Summum ius sæpe summa iniuria. Cicero item lib. 1. Offic. Existunt, inquit, etiam sæpe iniuria calumnia quadam, & nimis callida iuris interpretatione, ex quo illud, Summum ius summa iniuria factum est iam tritum sermone prouerbum. Hæc tamen Cicero, qui & in Orat. pro Cæcina eleganter scribit: Ceteri tum ad istam hortationem decurrunt;

cum se in causa putant habere æquum & bonum, quod defendant: si contra verbum & litteram, & ut dicitur, summo iure contenditur, solent eiusmodi iniquitati & boni & æqui nomen dignitatemque, opponere. Meminere & huius prouerbij Columella lib. 1. reust. cap. 7. & Valerius Maximus lib. 8. cap. 2.

Igitur ex his apparet ratio, quare contractus quidam bonæ fidei dicantur, reliqui verò stricti iuris. Nam bonæ fidei contractus † idè quidam censentur, quod in his alter alteri arbitrio & officio æquissimo iudicis teneatur de eo, quod ex bono & æquo præstari oportet, etiam si in conuentione id dictum non sit. habet etenim iudex potestatem in his actionibus iudicandi, quod sibi bonum æquumque visum fuerit: quamquam nihil à contrahentibus dictum sit. quod sensere Iuris vtriusque interpretes, præsertim in §. actionum. de actio. gloss. & Panorm. nu. 20. in cap. cum venerabilis. de except. qui contractus stricti iuris idè dici arbitrantur, quod in his nihil veniat, nec quidquam posset iudex, nisi quatenus nominatim à partibus conuentum sit: cum omnium censetur, quod palam verbis expressum non sit, l. quidquid asringenda. l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. ff. de verb. oblig. atque ita hanc esse huius discriminis rationem, nos testantur existimant. & his suffragatur, quod modò latè deduximus, nempe bonam fidem quamdam æquitatem esse, benignamque ex bono & æquo interpretationem. His accedit Triphon Iurisconsultus in l. bona fides. ff. de positi. Bona fides, inquit, quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderat. Sic Caius in l. ex maleficiis. ff. de action. & oblig. His actionibus, ait, inuicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide præstare oportet. ad idem text. insignis in l. quaro. in princip. ff. locat. Nam & tantum in his actionibus bonæ fidei valet officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, l. item si. in fin. cum l. seq. ff. de negot. gest. l. mora. §. in bona fide ff. de usur. l. Lucius. ad fin. ff. de positi. Cicero lib. 3. de Offic. Quintum Scauolam refert, exultantem, in his iudiciis & actionibus bonæ fidei, summam vim esse quoad iudicis arbitrium, & fidei bonæ nomen manare latissimè, idque versari in tutelis, societatibus, pignoribus, deposito, mandato, emptione, venditione, conductione, & locatione: siquidè, eo auctore, in his magni est iudicis statuere, præsertim cum in plerisque sint iudicia contraria, quid quemque cuique præstare oporteat.

Sed adhuc controuertitur, vnde hi contractus & actiones denominationem istam acceperint, cum sint in iure Cæsareo alia multa, in quibus benigna & æqua est adsumenda interpretatio: & in quibus iudicis arbitrium plurimum possit, nec adhærendum mordicus sit verbis, & scripto: sicuti passim apparet. Huic profectò quæstioni, tametsi sufficiens responsio detur ex paulò antè prænotatis, ob exuberantem æquitatem, quæ in his iudiciis examinandis versatur, adhuc pro huius rei perfecta cognitione adnotandum est, quod olim prætores Romæ multis impediti negotiis priuatas causas non iudicabant, sed litigatoribus tantum petentibus iudices dare solebant. optimus text. in l. placeat. C. de pedane. iudicib. Prætor verò statuta die vocatis ad se litigatoribus, eisque summam auditis, formulam quamdam ex proposita causa concipiebat, quam ad pedaneum iudicem deferret litigatores, quamque formulam in quibusdam iudiciis strictè in ea ferè verba, quibus contrahentes vti fuissent, aut in alia ex natura rei ita includebat, ut iudici fas non esset ab eius præscripto discedere, etiam si fortè id æquum esse censeret. Ita enim eam concipiebat formulam: Si pater Titium Seio centum mutua dare oportere, Caius condemnato: extra quam si pactum conuentum, ne ea pecunia mutua peteretur, factum sit. Cuius quidem vsus, & prætorij instituti meminerit passim veteres, præsertim Cicero lib. 2. de Inuent. Theophil. in princip. Instit. de interd. l. 1. in princip. ff. de summis. l. 1. ff. de doli exceptio. & hæc formula stricti iuris idè dicta est, quod iudici priuato recedere non liceret à prætoris præscripto, sed omnis eius potestas intra formulæ terminos, & fines concludebatur. quod & Seneca lib. 6. de benefec. cap. 5. & 6. significat. In quibusdam verò contractibus, his videlicet, qui à Iurisconsultis bonæ fidei dicuntur, prætor, cum iudices dabat, addere solebat illa verba, ex bona fide. Ex qua prætorij formula liberam iudicandi facultatem Iudex habebat, iuxta id, quod sibi æquum visum fuisset, nec tenebatur ad strictam prætoris delegationem, nec ad contractus præduram verborum conceptionem: quod probatur auctoritate Pauli Iurisconsulti, in d. l. quaro. ff. locat. Vnde, inquit, in bona fidei iudiciis non tam ex obligatione proficiscitur, quam ex officio iudicis applicantur. & rursum inibi fidei iudicis formula ad hos contractus ita concipitur: In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubet: Cicero item hoc ipsum palam testatur:

ita enim libro 3. de Offic. inquit: Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis; & circumscriptio adolescentium, lege Latoria; & sine lege, iudicii, in quibus, Ex bona fide, additur. Idem Cicero statim: Quidem Scævola Pontifex Maximus, ait, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, Ex fide bona. quo in loco meminit omnium ferè actionum bonæ fidei. Idem paulò antè scripserat: Itaque Calphurnius cum demolitus esset ades, cognossetq; Claudium ades postea proscriptisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, ad arbitrium illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret, ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, & pronuntiavit, emptori damnum præstari oportere. Hæc Cicero, qui elegantius rem istam explicuit lib. 6. Topico. ad Trebatium, dum inquit: In his omnibus igitur iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, plurimus earum usus est. quo in loco Boetius eius interpretes ait: In his igitur iudiciis, in quibus additur, ut ex bona fide iudicetur, id est, ubi iudices dantur, ut non stricte inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quarant, plurimus causarum usus est. Hactenus doctissimus ille Ciceronis interpretes. Sed & ipse Cicero lib. 3. de Natura Deorum, inquit: Inde tot iudicia de fide mala, tutela, mandati, pro socio, fiducia, reliqua, que ex empto, aut vendito, aut cōducto, aut locato contra fidem fiunt. Inde iudicium publicum rei privatae lege Latoria. Inde euerriculum militiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit, quem dolum idem Aquilius cum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum. Hæc Tullius. Ex quibus constat, quæ sit vera & propria ratio, ob quam contractus quidam, actiones quædam dictæ sint stricti iuris, quædam bonæ fidei. Etenim lege duodecim Tabularum sancitum fuerat his quidem verbis: In contractibus ea præstantiora, quæ lingua nuncupata sunt, sicuti meminit Cicero lib. 3. de Offic. Hanc verò legem prætor obseruandam esse censuit in contractibus stricti iuris, ideoque secundum eam formulam concipiebat: non ita in contractibus bonæ fidei, in quorum iudicio exhibebat liberam formulam, addens, ut iudex condemnaret iuxta id, quod ex bona fide præstari oporteret.

Quæram sanè adhuc libenter, cur prætor potius his iudiciis & actionibus addere solebat verba illa, Ex bona fide, quam aliis? Et profectò id in causa fuit, quòd hi contractus, qui nominati à Iurisconsultis bonæ fidei censentur, magis quam alij essent ad humanum conuictum & societatem necessarij: sine quibus humana societas consistere nequit. cuius quidem rationis testis inregerimus est ipsemet Cicero lib. 3. de Offic. Fideique bonæ nomen, inquit Scævola, existimabat manare latissime: idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur. facit ad hæc text. in lex hoc iure. ff. de iustit. & iure. & l. iurifigentium. in princ. ff. de pact.

Ex præmissis primò inferitur, manifestam esse rationem discriminis inter contractus bonæ fidei, & contractus stricti iuris: & quamobrem eam appellationem habuerint: & in summa in contractibus, & actionibus bonæ fidei officium iudicis plurimum posse: non sic in contractibus stricti iuris: sicut probatur in §. bona fidei. de actio. l. quæro. in princ. ff. locat. l. bona fides. ff. deposit. cum multis aliis, quæ modò præcitata fuerunt, & statim expressum adnotabuntur. Etenim hanc rationem veteres utriusque iuris professores in d. cap. cum venerabilis. & in d. §. actiones. de actio. non omnino ignorarunt, tamen si originis cognitionem minimè nacti fuerint.

Secundò, ex his ipse potissimum ambigo, sitne verum quod hac in re Zasius vir doctissimus scripsit in l. qui autem. colum. 3. ff. quæ in frau. credit. & in rub. ff. de legat. 1. ubi existimat, contractus istos quos bonæ fidei nomen habere diximus, idèd sic nuncupatos, quòd olim apud Romanos hi contractus iurifigentium celebrarentur in templo Fidei, nemine præsentem, nisi ipsa dea Fide: citat huius antiquitatis auctorem Dionysium Halicarnasæum, cui tamen hac in re ipse opinor minimè credendum esse. etenim præterquam quod reliqui Latini auctores hoc subtruerunt, minimè subtrahendum, non est verosimile in Republica ita bene instituta, contractus istos, quibus humanum commercium innitur, adeò secretè celebrari, ut nullus testis esset conventionis, licet, contempta diuina religione, quod frequentissimè contingit, negaretur: ideoque hanc Zasij rationem reiiciendam esse censio: potissimè, quia ex variis auctorum locis apparet, apud Romanos contractus istos testibus & arbitris celebrari solere. Eteo præsertim, quòd non meminerim apud Dionysium Halicarnasæum, ne legisse quod Zasius ex eodem auctore retulit. Nam locus ex Dionys. lib. 2. de antiquitat. qui forsan Zasium fefellit, nihil ad hanc rem pertinet, etià de dea Fide, atque de cōtrahen-

tium cōventionibus tractauerit illic auctor ille cerebrauissimus.

Tertiò, hinc apparet, adhuc iure Romanorum, & nouellarum constitutionum ætate Iustiniani, & hisce quidem temporibus manere discrimen maximum inter actiones bonæ fidei & stricti iuris: tamen si solemnitas illa prætoris, qua formulas & concipiebat, & dabat, sublata sit. l. 1. C. de formulis. & ibi DD. tradit Ias. in princ. de actio. num. 27. ac notatur in l. edita. C. de edendo. & explicat Alciat. lib. 3. dispunct. cap. vlt.

Quartò subsequitur, ex præcedentibus falsam esse opinionem Bald. qui in cap. 1. de plus petit. in fine. scribit iure canonico contractus & omnes bonæ fidei censeri etiam eos, qui iure ciuili stricti iuris nominantur: atque idcirco iure Pontificio sublata esse distinctionem contractuum stricti iuris à contractibus bonæ fidei. huic sententiæ Bald. securus subscripsit Ias. in §. actionum. num. 4. & in §. quadrupli. ad fin. de actio. item Lancel. Galiau. in l. 4. §. Cato. colum. 18. ff. de verb. oblig. etenim hæc conclusio falsa est, nec iure Pontificio alicubi hæc actionum distinctio reprobata fuit. vnde cum ea iure ciuili admissa sit, existimandum est in dubio tacitè à iure ipso Pontificio admitti. cap. 1. de noui oper. nuntiat. inòd expressum isthæc iuris Cæsarei distinctio probata videtur in cap. cum venerabilis. de except. qua ratione à Bal. dissentit Ias. in l. cum postea. nu. 3. C. de pact. idem in l. quod te mihi. nu. 34. ff. si cert. petat. Anton. Burgenf. in cap. cum dilecti. de empt. & vend. n. 54. & Ludou. Gomez. in d. §. actionum. num. 4. posset fortassis Baldi adnotatio procedere, ubi versatur causa pia, vel quid simile ex mente ipsorum Canonum.

Quintò, hinc explicari poterit discrimen illud, quod communi omnium consensu constitutum est inter contractus bonæ fidei, & contractus stricti iuris. Nam licet dolus & dans causam contractui bonæ fidei, efficiat contractum illum nullum ipso iure. l. & eleganter. ubi gloss. & Bart. ff. de dolo. l. 3. §. vlt. ff. pro socio. l. in cause. ff. de minor. gloss. in l. 2. C. de rescinden. ven. l. 57. tit. 5. part. 5. tamen dolus etiam dans causam contractui stricti iuris, non reddit contractum nullum ipso iure, sed rescindendus is contractus est. l. dolo vel metu. C. de inutilibus stipulat. d. l. & eleganter. §. non solum. Quæ quidem differentia traditur per gloss. in cap. cum dilecti. de emptio. & vendit. Bart. in d. l. & eleganter. communique Doctorum suffragio recipitur, secundum Imol. col. 3. & Ant. Burgenf. nu. 45. in d. cap. cum dilecti. Ias. in d. §. actionum. num. 28. ubi gloss. eandem distinctionem probat. Fateretur item eam esse cōmunem Nicellus de concordia glossarum. cap. 13. aduersus quam communem post Petrum à Bellapertica, & Fabrum in d. §. actionum. disputat latissime Ioan. Igneus in l. contractus. ff. de reg. iur. num. 150. contendens contractus bonæ fidei etiam ipso iure nullos non esse, inòd validos censeri, licet dolus eisdem causam dederit: sicuti & validi ipso sunt contractus stricti iuris, quibus dolus causam dedit.

Quid autem referat, contractum esse nullum ipso iure, aut rescindendum, tradidère multi, sed præsertim Andr. Tiraquell. in l. si uinquam. C. de reuocant. dona. in verbo, reuertatur. num. 119. & sequent. hoc tamen in loco non omitam referre, quæ Franciscus Duarenus in l. in actionibus. ff. de in litem iuran. num. 15. scribit de his contractibus bonæ fidei, & stricti iuris, quibus dolus causam dedit. Nam præmittit, apud veteres, Prætorum, qui iuris ciuilis custos dicebatur, ius non habuisse tollendi aut abrogandi fuisse emendationem, ac interpretationem iuris quæ ex bono & equo fit. l. 1. ff. de feriis. l. ius autem. ff. de iustit. & iure. Quod igitur Prætor ad emendationem, & interpretationem iuris ciuilis statuebat, licet ius diceretur, attamen quia ius ciuile primarium erat, & superius, non ita simpliciter nomen iuris obtinuit: ideoque ius illud ciuile exprimere volentes Iurisconsulti per excellentiam, & quia prætorium ius ad illius interpretationem, & moderamen statuebatur, ipsum, ius appellarunt. testis est Vlpia. in l. 1. §. vlt. ff. de superficie. Seruitutes, inquit, prætorio quoque iure constituuntur, & ipsa ad exemplum earum, quæ ipso iure constituta sunt, vtilibus actionibus præstuntur. idem in l. 1. ff. quod falso tutore. ait: Si prætor decreuerit tutorem se habiturum id, quod his auctoribus gestum est, tunc valebit per prætorum tuitionem, non ipso iure. Ad hæc est & singularis text. in l. 1. ff. quibus mod. usus fructus. amitt. Parus, inquit Iurisconsultus, refert, virum iure sit constitutus usus fructus, an tuitione prætorij. Hoc ipsum probatur in l. si usus fructus. ff. de usus fructus. quemadmodum caue. Illud, ait, sciendum sine ipso iure quis usus fructum habeat, siue per tuitionem prætorij: nihilominus cogendum esse fructuarium cauere, aut actiones suscipere. Hinc sanè pactum iure ciuili, per pactum non tollitur: sed per tuitionem prætoris. l. si vnus. §. pactus. ff. de pact. Nam et si legibus Romanis

caurum

cautum sit stipulationem per stipulationem tolli, & elidi, non sic eodem iure civili de pactis statutum est: & idem qui iure ipso, id est, iure civili, obligatur, per prætoris tuitionem defenditur ab obligatione. Prætor enim æquitate motus pacta quædam tueretur, temperans rigorem iuris civilis, ex quo vim nullam obtinuerant. His Cicero ad stipulatorem lib. 2. de inuent. 10. & lib. secund. ad Herennium, ita scribens: Sunt enim pacta, quæ legibus seruanda sunt. Sunt item pacta, quæ sine legibus obseruantur ex conuentu, quæ iuri præstare dicuntur. Iuri verò dicuntur præstare: quia cum prætor exceptione data eum, qui iure civili obligatus est, tueretur, constat, actionem iure civili competentem inefficacem remanere. §. 1. Instit. de except. l. nihil interest. ff. de regul. iur. l. quod si maritus. ff. de constitut. pecun. Prætoris siquidem formula hæc erat: Si patet Titium Sempronio stipulanti centum promississe, Maius iudex esto, extra quam si dolo inductus, aut metu coactus promiserit. Vel ita concipiebatur exceptio pacti de non petendo, Extra quam si pactum conuentum, ne ea pecunia peteretur factum sit, argum. l. exceptio. ff. de exceptionibus. Atque hæc ideo prænotata fuere, ut hinc constet apud veteres Iurisconsultos verba isthæc, ipso iure, idem significare quod illa, iure civili: ad differentiam iuris prætorij, eiusque æquitatis, ac moderationis. Qua ratione postea iure Pontificio, & constitutionibus nouellis hæc verba in eum sensum accipiuntur, ut significet ab initio statim vel actum nullum esse, vel valere iure Pontificio, Cæsareo, quocumque uero alio, de quo tractetur, ad exemplum quidem veteris significationis, iuxta quam omnino iure civili actus vel erat nullus, vel validus: licet prætoriam æquitatem rescinderetur quandoque, & plerumque tuitione quadam defenderetur.

His denique præcognitis illud est obseruandum, quòd olim apud Romanos contractus dolo initus efficax erat, doli quæ nulla ratio apud iudicem habebatur, nisi in bonæ fidei iudiciis, aut nisi minor dolo esset circumscriptus: donec prætores ius civile moderantes vel doli actionem, vel exceptionem litigatoris concedebant, secuti, & in iudiciis constituendis admittentes formulas quasdam cuius Aquilius Iurisconsultus aduersus dolosos ediderat. Quas rei testimonia sunt apud ipsum Ciceronem lib. 3. de Offic. is inquam ait: Atque iste dolo malus, etiam legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabularum, & circumscripto adolescentium lege Lætoris, & sine lege iudicij, in quibus, Ex bona fide additur. Idem Cicero eod. lib. Stomachari, inquit, Cannius. Sed quid faceret: nondum enim Aquilius collega, & familiarum meum protulerat de dolo malo formulas. Item & Ipse Tullius lib. 3. de Natura Deorum. Inde tot iudicia de fide mala, tutela, mandati, pro socio, fiducia: reliqua quæ ex empto, aut vendito, aut conducto, aut locato contra fidem sunt. Inde iudicium publicum rei priuata lege Lætoris, inde euerriculum malitiarum omnium, iudicium, de dolo malo, quod Caius Aquilius familiaris noster protulit. Idem lib. 1. de Offic. Iam illi promissus non standum esse, quoniam non videt, quæ coactus metu, aut dolo deceptus quis promiserit: quæ quidem pleraque iure prætorio liberantur, nonnulla legibus. Hactenus Cicero. Ex quibus apparet, dolum iure ipso, id est, civili in bonæ fidei iudiciis vindicari: in ceteris iure tantum prætorio per actionem ad exceptionem doli: quo item fit, ut iudiciis bonæ fidei nusquam oportuerit à prætore dante iudicem addi exceptionem doli: ea enim iplis iudiciis huiusmodi inest. l. huiusmodi. §. qui seruum. ff. de legat. 1. l. sed et si. ff. solut. matrim. l. 3. C. de resc. vendit.

Sextò ab huius quæstionis definitione infertur plurima cessare, quæ per Petrum, Cynum, & alios adducuntur aduersus communem sententiam, qua definitum est, contractus bonæ fidei quibus dolo causam dederit, nullos esse ipso iure: non sic contractus stricti iuris. Nam ius civile irritum esse censet contractum bonæ fidei ab ipso quidem initio, & nullum omnino ratione doli, qui causam contractui dederat: atque idem ipsum ius civile actionem dat, & exceptionem ad illum dolum vindicandum, ex quibus contractus rescissio ad expeditiorem effectum peti vel obici poterit. eaque actio de dolo ipsi contractui videretur inesse, sicut & exceptio doli, quemadmodum superius probatum: quidquid aliter hac de re Doctores nostri scripserint.

Septimò hinc & illud constat, non satis Petrum à Bellapertica remissam intellexisse, dum aduersus rationem communis opinionis argumentatur contractum stricti iuris, cui dolo causam dederit, nullum esse ipso iure, etsi contractus bonæ fidei ex hoc nullus sit. Nam ipse scribit ita in contractibus stricti iuris, ut in bonæ fidei ex dolo dante causam contractui deficere consensum, quem dolo omnino impedit, & sic substantiam obligationis & contractus: ideoque si contractus bonæ fidei nullus

censeatur ipso iure ex eo, quòd substantia, quæ à consensu pendet, deficiat, eadem ratione & contractus stricti iuris censeri debet ipso iure nullus ratione doli dantis causam contractui. Etenim utcumque sit, etiam si consensus delit in contractibus stricti iuris, quia dolo dat contractui causam. l. qui cum tutoribus. §. qui per fallaciam. ff. de transact. l. si per errorem. ff. de iuris. omn. iud. l. si quis cum aliter. ff. de verbor. obligat. tamen lex civilis Roma quæ à iure prætorio distinguitur, noluit dari actionem ad vindicandum istum dolum, nec eum vindicare in contractibus stricti iuris, tamen in contractibus bonæ fidei dolum istum non tantum improbet, sed & legibus vindicandum esse censet. vnde Conrad. in sumario totius operis de contractibus. ad quæstio. 57. distinkt. 3. post 14. dictum. Petrum in hac argumentatione reprehendit, ex eo quòd ius civile voluerit contractum bonæ fidei, cui dolo causam dederit, nullum esse: nec tamen idem voluerit de contractu stricti iuris, etiam quoad consensus defectum omnino pari; nempe quia dolo contractui causam dederit. vnde secundum eum, etiam si ex natura rei ob deficientem consensum hi contractus bonæ fidei & stricti iuris pares sint; tamen quoad iuris civilis remedia, & dispositionem liberam impares censentur, & censendi sunt. Cum liberum legi fuerit hoc vni concedere, & alteri negare variis ex causis. Non tamen omnino est admittenda ratio supra scripta, qua diximus dolum dantem causam contractui consensum impedire, quatenus consensus substantia contractus est. l. consensu. ff. de actio. & obligatio. nam si hæc fuisset principalis ratio, ex qua ius civile voluit, & statuit nullum esse contractum bonæ fidei; profecto eadem ratione idem foret in contractibus stricti iuris dicendum: cum & in eis substantia, id est, consensus deficeret. quod fateatur Bart. in d. l. & eleganter. col. 3. Sed quamuis dolo det causam contractui bonæ fidei, vel stricti iuris; non ex hoc sequitur consensum substantialem contractus defecisse: etenim verè contrahens consensit. Quòd si dixeris, hic non consensisset nisi dolo inductus foret ad consentiendum: fateor quidem: & tamen illud constat, quòd nihilominus verè consensit contractui, licet in causa inducente ad consensum errauit, & deceptus fuerit: sicut Bartol. in d. l. & eleganter. adnotauit, idemque probatur efficaci exemplo. Ad contractum enim matrimonij consensus, & is liber omnino pro eius substantia necessarius est. cap. cum locum. de sponsalib. & tamen si quis dolo inductus fuerit falsis persuasionibus & causis, ut Mariam uxorem accipiat, in eamque uxorem accipiendam consentiat, alioqui dubio procul non consensurus, si certus esset causas sibi expressim significatas falsas esse, profecto hic matrimonij contractus validus est, non alia ratione quàm quòd substantialem consensum habeat, qui ad coniugiū necessarius est: quemadmodum in hac specie ipse probaui in Epitome ad 4. lib. Decret. 2. part. cap. 3. §. 7. num. 3. quo in loco, & de matrimonio per errorem contracto tractaui.

Octauò infertur, non esse propriam nec veram rationem, quam tradit Curt. Iun. in l. actionib. ff. de in lit. iur. n. 4. huius quidem distinctionis contractuum bonæ fidei à contractibus stricti iuris. Is inquam existimat, bonæ fidei actiones ideo dictas esse, quòd licet dolo ab omni contractu abesse ac bona fides ubique adesse debeat; tamen in his contractibus, qui bonæ fidei sunt, magis necessaria sit, & ad eorum substantiam pertineat: cum contractus bonæ fidei nullus sit ipso iure, si dolo ei dederit causam: quod modò explicuimus. Etenim iuxta præmissam à nobis traditionem, non ideo contractus bonæ fidei ex dolo dante causam contractui nullus est ipso iure, quòd bona fides ad eius substantiam requiratur. Et propterea libenter quæram à Curtio cur magis in his contractibus bona fides ad eorum substantiam pertineat quàm in aliis, qui stricti iuris nominantur: vnde sufficiens non est ratio Curtij, præsertim quòd priuilegia & iura, quæ his contractibus bonæ fidei lege dantur, ac competunt, etiam ad eos pertinent, in quibus contrahentium dolo minime contigerit, l. bona fides. ff. de positi. l. 1. §. actionem. ff. eod. titul. & constat ex differentiis, quas inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris explicat gloss. in dict. cap. cum venerabili. vbi Panor. de except. Doctor. in d. §. actionem. vbi Ludou. Gomez tradit num. 24. sex differentias inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris: aliam ponit gloss. in cap. cum dilecti. de empt. & vend. Deinde ratio Curtij ex eo deficit, quòd bonæ fidei vocabulum in hoc tractatu non tantum pertinet ad id, quòd à dolo, fraude, & calliditate alienum est, sed & ad illud quòd bonum, & æquum censetur, iuxta d. l. bona fides. & ea, quæ ex Cicerone paulò antè commemorauimus.

8 Nonò deducitur ab his, † in animæ iudicio minimè considerandam esse hanc differentiam contractus bonæ fidei, & stricti iuris, quoties dolus dederit causam contractui. Nam siue contractus, cui dolus causam dederit, sit bonæ fidei, siue stricti iuris, omnino nullus erit, nec dolosus eo uti poterit etiam nulla rescissione præmissa, nec dolum passus ex eo tenetur ante rescissionem: siquidem in eo foro non tractatur de subtilitatibus his, & distinctionibus iuris civilis à prætorio, sed tantum agitur de natura rei secundum quam non differt contractus stricti iuris quantum ad hoc à contractu bonæ fidei: cum etsi lex civilis omiserit actionem dare aduersus dolosum, non ex hoc eum liberat ab eo iure naturali, quo teneturis dolo abstinere, proximique non decipere: atque ita visum est Conrado in tract. de contractibus, in summario totius operis ad quest. 57. distinct. 3. post decimum quartum dictum. idemque potest colligi ex his, quæ nos explicauimus in reg. peccatum. de reg. iur. 2. part. §. 3. num. 7. Hæc sanè de bona fide quantum attinet ad contractus, qui à Iurisconsultis bonæ fidei dicuntur.

§. SEPTIMVS.

De errante & dubitante in præscriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Bonæ fidei possessor quis dicatur.
- 2 Inter bonam & malam fidem an possit dari medium. & inibi qualiter contrariorum eadem sit disciplina.
- 3 Dubitans an res sit sua vel aliena, an habeat bonam fidem, & an possit eam rem vsucapere?
- 4 Intellect. cap. si virgo. 34. quest. 2.
- 5 Præscriptio bonæ fidei cepta non interruptitur dubitatione possessoris, quod ibi in utramque partem disputatur.
- 6 Errans in iure nec assentiens, nec resistenti an habeat malam fidem: & ibi de iuris errore numeris seq.
- 7 Examinatur sententia Bartoli in l. sed si lege. §. scire. ff. de petitione heredit.
- 8 Ignorantia iuris humani an habeat culpam.
- 9 Culpæ accipitur aliter apud Theologos, aliter apud Iurisconsultos.
- 10 Consilium in actibus agendis semper petendum ut liberemur à culpa ignorantis.
- 11 Error iuris an in anima iudicio præscriptionem impediatur.
- 12 Error iuris maximè dubi, & perplexi, non impedit præscriptionem.
- 13 Error iuris simul cum errore facti contingens, an impediatur præscriptionem.

SUPEREST nunc examinare bonæ fidei significationem quoad vsucapionis tractatum: cum in eo sæpius requiratur exacta huius dictionis elucidatio, maximè agendum erit quis dicatur habere † bonam fidem: item quis dicatur bonæ fidei possessor. Et sanè bonæ fidei possessor is est, qui iuste credit, rem quam possidet, ad se pertinere, l. bonæ fidei. ff. de verb. rum significat. vbi bonæ fidei emptor dicitur, qui credit venditorem tradentem esse dominum: ac subinde credit rem venditam titulo emptionis in eius dominium transiisse. Sic & is, qui scit rem venditam non esse venditoris, potest habere bonam fidem, si eam emerit, existimans venditorem habuisse à vero domino vendendi licentiam: quod probat Dynus in hac regula, in princip. ad hæc facit text. optimus in cap. si virgo. 34. quest. 2. Etenim si mala fides est credulitas rei alienæ, à contrario bona fides erit iusta credulitas rei propriæ. text. ad idem in l. si existimans. ff. pro solut. l. si fundum. ff. de acquirend. poss. l. vltim. Cod. vnde vi. tradidere Bart. in l. furtum. §. fundi. ff. de vsucap. Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princip. in princip. Doct. in cap. vltim. de præscript. & in hac reg. possessor.

Primò hinc deducitur quæstio non inelegans, qua controvertitur, possitne dari medium inter bonam & malam fidem, ita quidem ut quis in eo sit statu constitutus, quòd in repet. eum possessa, nec habeat bonam nec malam fidem? Et Dynus in huius reg. commentariis in principio, existimat, bonam † & malam fidem contraria esse: atque ideò si quis sit malæ fidei possessor, statim apparere, eum non esse bonæ fidei possessorem: & præterea inquit, quòd habita cognitione bonæ fidei, cognoscitur & mala fides: quia si contrarium eius, quod posuimus ad bonam fidem, constituamus, id pertinebit ad malam fidem. Sic denique contrariorum eadem est disciplina: id est, eadem est ratio cognoscendi contraria: cum per intelligentiam vnus contrariorum, & alterius vis cognita sit. Etenim ut Aristoteles ait, lib. 2. Rhetoric. contrariorum eadem est disciplina, sed contraria vis. idem repetit Aristot. in Topicis. idcirco quidem contrariorum eadem est disciplina, quia ea-

dem est ratio cognoscendi contraria, cum altero eorum cognito, vtriusque proprietas cognita sit: sed tamen contraria vis est contrariorum: nam cōtrarium eius, quod in vno constitutum, in altero est statuendum. quæ de re latius Alexand. Zalius, & alij in rubric. ff. de acquirend. poss. Euerard. in locis legalibus. cap. 75. Tithemannus in Dialect. cap. 22. lib. 5. & alij plerique, quorum exempla modò missa facimus: hoc tantum ad intellectum Dyni, qui eadem vtriusque argumentatione, adnotantes. Ex quibus & illa procedit argumentatio: ad remotionem vnus contrariorum sequitur positio alterius: & illa ad positionem vnus contrariorum sequitur alterius remotio, secundum Arist. lib. 2. Topic. l. hæc verba ille. ff. de verb. signif. l. sed si pupillus. §. si instituta. ff. de instituta. l. 1. C. de furtis. cap. cum renuntiat. 32. quest. 1. cap. quicumque ab origine. de penit. distinct. 2. igitur qui bonam fidem non habet, is necessariò in mala fide est: & qui malam fidem non habet, eadem ratione bonam fidem habere dicitur: vnde consequitur, non esse dare medium inter bonam & malam fidem.

Verum argumentationem istam oportet planius intelligere. Nam vbi inter duo contraria nullum constitui potest medium, valet prædicta argumentatio affirmatiuè, & negatiuè in hunc modum: Est contractus bonæ fidei: ergo non est contractus stricti iuris. item; Non est contractus bonæ fidei: ergo est contractus stricti iuris. Quòd si duo sint contraria mediare, quia inter ea medium constituitur, valida est argumentatio affirmatiuè, non negatiuè: est hæc res alba, ergo non est nigra. non tamen rectè sequitur; hæc res non est alba, igitur est nigra. Sunt etenim & alij colores medij inter album & nigrum, atque ideò ad negationem vnus coloris non sequitur positio alterius contrarij. textus optimus in l. si inter me & te. vbi Paulus de Castro. ff. de except. rei iudic. gloss. in l. 1. §. scientiam. ff. de tribus. cui & alia est in hoc similis in l. sed si lege. §. scire. ff. de petiti. hered. & ibi Paulus de Castro. notant in specie Euerardus in dict. cap. 75. ad finem. Andreas Gammarius libro 2. Topic. cap. de loco à contrarietate. Claudius Cantiuncula in loco à contrariis, & Hegendorphinus lib. 4. vbi de loco à contrariis agit. Ad propolitam ergo quæstionem manifestè deducitur, non posse argumentationem negatiuè procedere: hic non est bonæ fidei possessor, igitur mala fide possidet. Sic nec illud sequitur; hic non est malæ fidei possessor, ergo bona fide possidet; tamen si optime sequatur, hic est bonæ fidei possessor, ergo non possidet mala fide. Item, hic possidet mala fide, igitur non est bonæ fidei possessor. Est equidem medium inter bonam & malam fidem. l. 1. §. scientiam. proximè allegata. Hoc autem medium constituitur in eo, qui dubiana habet, † & dubitat, an res per eum possessa sit sua, vel aliena. hic sanè non habet bonam fidem, nec item malam: non enim habet bonam, quia non credit rem ab eo possessam esse suam: non habet malam, quia non scit rem ipsam alienam esse: quamobrem, dubitantem, non habere nec bonam, nec malam fidem, adnotauit gloss. in l. 1. C. de acquirend. poss. gloss. in l. 2. ff. pro solut. gloss. item in l. 3. §. generaliter. ff. de acquir. poss. communiter inibi recepta secundum Alexand. & Iason. & hinc distinctio singularis exponitur quoad præscriptionem, ut dubitans non possit incipere vsucapionem, nec præscriptionem, & dubitatio impedit initium præscriptionis, non tamen eius cursum, si ab initio præscribens bonam fidem habuit, licet postea priusquam præscriptio fuerit perfecta, superueniat dubitatio, quemadmodum explicant Bart. in l. naturaliter. 2. col. ff. de vsucap. Panorm. in cap. vltim. de præscript. num. 39. Imol. in verb. bona fides. Felin. ibi. num. 9. Syluest. in verb. præscriptio. 1. & §. 3. Francisc. Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princip. quest. 2. & hæc est communis resolutio, ut statentur Panorm. Felin. & Balb. in d. locis. idem asseuerat Ioan. Hannibal in repetitione d. l. naturaliter. num. 117. quo in loco latissimè de hac distinctione disputat, pluraque adducit in comprobationem & improbationem huius communis sententiæ.

Ceterum Panorm. in d. cap. vlt. num. 39. in hac quæstione. rationem quandam comminiscitur, quam & ipse commendat, scribens, quòd is dicitur habere bonam fidem, † qui ignorat rem, quæ possidet esse alienam: vel qui non habet scientiam rei alienæ. cap. si virgo. 34. quest. 2. is autem qui dubitat non habet scientiam rei alienæ: igitur secundum eum dubitans bonam fidem habet: quod etiam adnotauit gloss. in c. si diligenti. de præscript. Hæc verò Panorm. ratio satis falsa est, nec potest vlla ratione defendi. Primùm etenim si ea vera esset, posset præscriptio à dubitante incipere, & deinde dubitans bonam fidem haberet, vtrumque quidem communis omnium sententia, quam & ipse Abb. sequitur, omnino negat. nec obstat text. in d. c. si virgo. dum dicit:

Et si bona fidei possessor, quamdiu se possidere ignorat alienum. Nam verbum illud, *ignorat*, accipitur de illa ignorantia positiua, qua quis errat credens rem, quam possidet propriam esse, cum sit aliena; nec intelligitur de ignorantia negatiua, qua quis dubitat, rem quam possidet esse suam. hic enim intellectus patet ex similitudine, qua videtur ille textus prioris casus ad sequentem, de illo, qui rem carnalem habuit cum ea, quam ignorat ante cum alio matrimonium contraxisse. Nam si posterior hic casus de dubitante esset intelligendus, procul dubio mortale adulterij crimen esset hæc fornicatio: quod ille text. negat: unde utrumque casus non de dubitante accipiendus est, sed de ignorante, vera quidem & positiua ignorantia: quam obrem parum ille text. urget pro Panormitan. sicut aduertunt Adrian. quodlibet. 2. vers. ad secundam. idem in 4. sentent. cap. de præscript. & Ioan. à Medina, de restitut. quest. 10. & 17. locus autem alter à gloss. ex Iuriconsultis adducitur in l. qui sit. §. bona fidei. ff. de vfusu. Cuius auctoritate gloss. existimat dubitantem habere bonam fidem. Enimvero Iuriconsulti inibi loquuntur de eo, qui postquam semel rem habuit bona fide, ante completam vfucapionem habuit scientiam rei alienæ: & sic non agit ille text. de dubitante; atque ita si locus ille probaret, dubitantem bonam fidem habere, idem profecto expressim probasset, scientem rem alienam esse bonam fidem habere: quod falsum est. Porissimum locus ille Iuriconsulti huic proposito minimè conuenit: quia tractat de fructibus perceptis ab eo, qui rem bona fide acquisiuit, postea tamen quam habuit scientiam rei alienæ, & bona fides cessauit, malaque accessit: idque peculiaribus quibusdam rationibus obtinuit: de quibus ipse disputaui lib. 1. variat. resolut. cap. 3. num. 7. ubi diligentius Iuriconsulti locum examinaui.

Antonius autem à Butrio in d. c. ult. aduersus opinionem communem insurgit, existimans præscriptionem præceptam à bonæ fidei possessore minimè continuari, imò interrumpi ex eo quod præscribens dubiū habeat, siue res quam possidet sua vel aliena, huic sententiæ & alij ex nostris accessere: sed & ex Theologis Adrian. in 4. sententiarum. in tract. de restitutione. c. de præscriptione. idem probat duobus præsertim rationibus, quarum prior inde procedit, quod mortaliter peccet qui dubius an res, quam possidet, aliena sit, eam detineat, nec restituat. Nam is, qui dubius appareat sibi absque mortali crimine quidquam agere, id nihilominus agit, exponit se periculo peccandi mortaliter, ideoque mortaliter peccat, iuxta illud: *Qui amat periculum, peribit in illo.* Ecclesiast. 1. c. 3. litteras. de restitut. spolia. c. in præsentia de sponsal. Igitur qui dubius est, an possit absque mortali peccato tē, quam possidet, detinere, quia dubitat an aliena sit, eamque detineat, nec statim eam restituat, mortaliter peccat: ob idque malam fidem omnino habet, nec præscribere poterit, etiam si isthæc dubitatio contingerit postea quam bona fide fuerat olim incepta præscriptio: siquidem mala fides ex hac dubitatione deducta, quandoque præscriptionem interrumpit. Posterior autem ratio, quæ aduersus communem proponitur, præmittit ad præscriptionem necessariam fore bonam fidem continuam toto præscriptionis tempore. cap. vltim. de præscript. cum similibus. quæ quidem bona fides palam deficit eo ipso, quod possessor dubitare incipit, & dubitat, rem quam possidet esse suam. ergo præscriptio bona fide incepta, propter dubitationem contingentem durante præscriptione cessat, & interrumpitur. His vero rationibus pro communi sententia respondetur: & quidem priori satisfieri poterit, si præmittamus, dubium esse duplex, speculatiuum scilicet, & practicum, Speculatiuum contingit, quoties quis mente & animo dubitat de aliqua re, quoad eius qualitatem & conditionem: item dubitat de facto, & eius veritate sola quidem speculatione. Dubium autem practicum est, & accidit, ubi quis non tantum dubitat in genere, & sic de conditione rei vel de facti veritate, sed etiam dubitat, an ei modò licitum sit agere eum actum, de quo ratione dubitationis citra eius qualitatem, & conditionem, ac facti veritatem contingentis, speculatione quadam etiam dubitauit. Agere enim contra dubium speculatiuum tantum, peccatum non est, modò non agatur contra dubium practicum: quod ipse probaui in Epitome de sponsalibus, & matrimonio. 2. part. cap. 7. §. 2. nu. 10. Sic qui possidet aliquam rem titulo domini, licet dubitet, eam rem suam esse, & ad eum pertinere: tamen non est dubius practice: quippe qui existimet in hoc dubio posse iustissimè eam rem per eum possideri titulo domini: nec interim donec appareat quod aliena sit, teneri ad restitutionem: quemadmodum & idem Adrian. in dict. quodlibet. 2. versicul. ad primam confirmationem. scribit, posse quempiam absque peccato mortali

Didaci Couar. Tom. I.

rem, quam dubitat esse suam, iustis ex causis detinere: nec teneri ad eius restitutionem. Unde consequitur, dubitantem rem esse suam non contrahere malam fidem, nec eam habere, etiam si rem iure domini retineat: quod & Ioan. à Medina probat in lib. de restitut. quest. 17. Potest enim contingere, meipsum dubitare, an res, quam possideo, sit mea, dubio quidem speculatiuo, & tamen practice non dubitare, quin mihi stante hoc speculatiuo dubio liceat rem ipsam habere iure domini: imò certus verè sum me non teneri ad eiusdem rei restitutionem. ex quibus apparet communem Doctorum distinctionem veram esse: nec posse improbari ex hac ratione, quam Adrian. & alij traderunt.

Altera ratio tollitur ex eo, quod iure canonico & civili ad initium præscriptionis bona fides necessaria est. leg. 1. C. de vsu. cap. transforman. gloss. in l. 1. C. de acquir. possess. Et hæc secundum communem distinctionem ab initio requiritur. Præscriptio verò bona fide incepta non interrumpitur, nisi ex mala fide, vt in hac reg. & in d. cap. vlt. probatur. & cap. vigilanti. eod. tit. idcirco falsum est quod quidam aduersus communem vt verum præmittunt, existimantes iure requiri, & exigi ad præscriptionem continuationem bonæ fidei toto præscriptionis tempore. Etenim contrarium verius est, satisque probatur in d. cap. vlt. ubi Romanus Pontifex postquam scripserat, præscriptionem nullam absque bona fide procedere, inuit corollarium quoddam in hæc verba: *Vnde oportet vt qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam aliena.* Ex quibus verbis deducitur primùm, præscriptionem cum mala fide non posse procedere. item constat, quod est necessaria bona fides ad initium præscriptionis: deinde nihil aliud, quantum attinet ad bonæ fidei materiam, præscriptionem semel inceptam vitare, quam scientia rei alienæ, quæ peccatum mortale præ se ferat: igitur non idem erit in dubitatione rei alienæ.

Est & alter casus, in quo potest constitui medium inter bonam & malam fidem: nempe cum quis errat in iure, quod nec assit, nec resistit, vt cenlet Bart. in l. sed si lege. §. si re. ff. de pet. hered. qui asseuerat, errantem huius iuris errore, nec habere malam, nec bonam fidem. Sed tamen ad huius sententiæ veram cognitionem expedit aliud expendere, an ex iuris errore quoad vfucapionem, vel præscriptionem procedere possit bona fides? qua in controuersia sit prima conclusio: Error iuris non producit bonam fidem sufficientem ad præscribendum, quoties titulus est huic præscriptioni necessarius. l. numquam. ff. de vsu. cap. 1. si fur. §. 1. ff. eod. tit. l. iuris ignorantia. ff. de iuris & facti ignor. optima glossa in cap. Apostolica. de donat. & in cap. dudum. de deci. text. in cap. 2. §. contractus. de reb. Eccles. in 6. cap. qui contra iura mercas. de reg. iur. in 6. l. quædammodum. C. de agric. & censu. lib. 11. Etenim cum titulus iustus ad præscriptionem iure requiratur, non potest titulus iniustus iuris errore, qui minimè suffragatur cuiquam in acquiritendis, & simul causam dare vfucapioni, & bonam fidem producere. huius conclusionis auctor est Dynus in hac reg. nu. 40. & omnes idem probant, quorum statim ad secundam conclusionem mentionem faciemus. Etenim ius non censet titulum istum, iuris errore constitutum, sufficientem fore ad præscribendum, nec item bonam fidem ab hoc errore iuris deductam.

Secunda conclusio: Error iuris bonam fidem inducit sufficientem ad eam præscriptionem, quæ titulum minimè requirit: sed sola bona fide procedit. Hæc conclusio probatur ea ratione, quia si præscriptio tantum bonam fidem exigit, & bona fides verè detur, etiam præmissio iuris errore, palam consequitur, hanc bonam fidem sufficere. deinde idem probatur in c. peruenit. de empt. & vend. ubi Anton. & Imol. idem Imol. in cap. de quarta de præscript. & in cap. vlt. eod. tit. col. 4. Paul. de Castr. in conf. 4. 4. col. pen. lib. 2. idem Paul. in d. l. Celsus. col. 2. ubi Bart. pen. col. hoc ipsum tenet Alex. conf. 125. col. 3. lib. 4. Felin. in cap. cum contingat. de rescript. colum. 3. l. 1. in l. si quis id quod notab. 8. & ibi Dec. col. 5. ff. de iurisdic. omn. iudic. & Anton. Rub. conf. 75. qui hanc opinionem fatetur communem esse. idemque constat ex traditis per Felin. in d. cap. de quarta. num. 34. & Balbum in repetitione l. Celsus. ff. de vsu. cap. 4. notab. atque in hunc sanè modum iuxta duas has conclusiones intelligendæ sunt variae glossarum auctoritates, quæ in hac controuersia nunc vnum, nunc contrarium responderunt.

Præsertim ex his constat, non rectè ad hanc secundam conclusionem adduci gloss. in d. c. de quarta. ubi tenuit iuris errorem producere bonam fidem sufficientem ad præscribendum: nam si ea gloss. in hoc sensu accipienda sit, falsa erit eius opinio, quia ea præscriptio, quæ ibi tractatur, titulum exigit & requirit.

N n 2

Quidam

Quidam enim illius gloss. sententiam intellexere quoad errorem iuris, cum quis habuit Episcopi concessionem absque consensu capituli, & alia Canonica solemnitate, credens eum titulum iure sufficientem esse. Alij verò rectius gloss. opinionem interpretantur, ita quidem, ut præscribens in iure non errauerit, sed in facto: quippe qui cum haberet solius Episcopi concessionem, opinatus est & capituli consensum, & alias iuris Pontificij solemnitatis concessionem accessisse: & in hoc sensu verum est, quod præscriptio iuste procedat secundum Abb. *col. 3.* & Felin. *num. 25. in d. cap. de quarta. Domin. in d. cap. 2. §. contractus.* & Balbum in *d. l. Celsus. 4. notab. vers. quarto limitatur.* vnde subinfertur intellectus ad text. in *d. §. contractus.* quo probatur, quod is qui rem Ecclesiæ emerit ab ipso prælato tantum, absque consensu Capituli, non potest eam rem præscribere, etiam si credat iure Canonico consensum, & auctoritatem prælati, quam ipse habuit, sufficere absque alia iuris solemnitate. Is namque errat in iure, & ideo non poterit præscribere, quoties ad præscriptionem bona fides, & titulus necessaria sint, iuxta præmissas conclusiones. sic & gloss. in *d. §. contractus.* non satis diligenter rem hanc examinauit, dum opinatur esse casum specialem in eo capite, quod titulus inualidus non tribuat causam præscribendi. Nam ubi titulus est inualidus ex iuris constitutionibus, & titulus requiritur ad præscribendum, tunc generale quidem est, quod titulus inualidus non det causam præscribendi.

Hæc autem secunda conclusio tunc obtinet, cum error contigerit in iure nec assistente, nec resistente: cuius rei exempla traduntur in *l. non dubium. C. de legib. vbi Bald. col. penult. Barr. in l. cum lex. ff. de fideiusso. col. pen. & in l. si quis pro eo. nu. 12. eo. tit.* Nam si error sit iuris resistentis, profectò is non sufficit ad inducendam bonam fidem, etiam quoad præscriptionem longissimi temporis, quæ titulum non requirit: quemadmodum resoluit Francisc. Balb. in *d. l. Celsus. 4. notab. vers. quarto limitatur.* qui ad hoc citat Panorm. & Doctores in *d. cap. de quarta. col. 2.* cui declarationi suffragatur opinio Barr. in *l. sed si lege. §. si re. ff. de petit. hered. vbi existimat bonam fidem inductam errore iuris resistentis non sufficere, etiam ad fructuum acquisitionem: tamen si alioqui bona fides à iuris errore procedens, nec sufficiens ad præscriptionem, sufficiat ad fructuum acquisitionem, text. in *dict. §. si re.* quam opinionem ipse latius examinauit *lib. 1. variar. resolut. cap. 3. num. 8.* tandem hæc interpretatio huius secundæ conclusionis probatur à Felino in *d. cap. de quarta. num. 26.* Paulo Castrensi in *l. l. Celsus. Cardin. in Clemen. 1. §. si quis. quest. 11. de rebus Ecclesie.* sensit & hoc Barr. in *l. quemadmodum. C. de agric. & censu. lib. 11.* atque ita ipse admitterem secundam conclusionem hac limitatione temperatam, etsi non desint auctores non contemnendæ auctoritatis, qui expressim probare contendunt, errorem iuris, & ab eo inductam bonam fidem non sufficere ad longissimi temporis præscriptionem, quæ titulum non requirit; horum enim opinio procedit iuxta ea, quæ adnotauimus in errore iuris resistentis. Quod est animaduertendum ad disputationem Felini, qui in *d. cap. de quarta. num. 25.* plures retulit tenentes aduersus secundam conclusionem, quibus & ipse accedere videtur, tandem poterit optimè secundum hanc declarationem procedere text. in *d. §. contractus.**

Adhuc tamen obiicitur secundæ conclusioni Barr. sententia: is etenim in *d. §. si re.* scribit & errantem in iure nec assistentem, nec resistentem, non habere bonam nec malam fidem, sed esse in hoc medio constitutum, ut nec sit bonæ, nec malæ fidei possessor. Quod si hæc Barr. opinio vera est, profectò stare nequit secunda conclusio, quæ dicitur bonam fidem errore iuris inductam sufficere ad longissimi temporis præscriptionem. Nam cum ad initium præscriptionis sit necessaria bona fides, nec sit satis malam fidem abesse, & ex errore iuris constituatur medium inter bonam, & malam fidem, manifestè consequitur, errantem in iure etiam nec assistentem, nec resistentem bonam fidem non habere, & ideo non posse incipere præscriptionem. Quamobrem ad huius difficultatis enucleationem ipse opinor aliquot esse consideranda.

Primum etenim illud constitutissimum sit, malam vel bonam fidem ad factum pertinere: ipsius autem usucapionis, & præscriptionis vim ad ius ipsum, *l. bone fidei. ff. de acquir. rer. dom.* vnde licet ad ius pertinere, hanc vel illam præscriptionem admittere, aut reicere: quod tamen is, vel ille habeat bonam fidem, facti, non iuris est. Nam si ego verè scio rem à me possessam alienam esse, ius non poterit me bonæ fidei possessorè efficere, tamen si possit à me tollere iuris effectus, quos malæ fidei possessor pati debet.

Rursus si ego verè opinor rem à me possessam meam esse, utrumque sit, etiam si ego iuris errore deceptus id existimem, non potest ius efficere quod ego sciam, rem hanc à me possessam alienam esse, & ideo ex hac causa sim malæ fidei possessor, quamuis ius ipsum possit me ob hunc iuris errorem excludere ab his, quæ bonæ fidei possessoribus iure consequi solent, & similiter afficere his quæ aduersus malæ fidei possessoribus statuta sunt.

Secundò adnotandum est, ignorantiam, & errorem iuris quandoque contingere absque ignorantis culpa: quandoque, & frequenter culpam & quidem præmittere ipsius ignorantis: quæ sanè culpa vel erit veniale, aut mortale crimen, & aliquando nullius peccati labem habebit. Nec enim sequitur; Hic propter ignorantiam iuris punitur amissione propriæ rei, vel auerfione lucri propter culpam, quam ex ignorantia contraxit: ergo peccat. Nam culpa & apud iuris utriusque professores, non accipitur semper eo modo, quo apud Theologos. Apud nos culpa dicitur quæcumque negligentia circa bonum particulare, quæ in rebus priuatis nullum peccatum habet; à Theologis autem dicitur culpa, ubi peccatū interuenit, & committitur. Qua ratione quamuis propter iuris ignorantiam ego vel prius propriæ rei, vel impediatur alienam adsequi, aut lucrum habere: non ex hoc sequitur, me peccatum mortale, aut veniale commississe. Si quidem culpa leuissima, quæ à iure sæpissimè punitur, negligentia quædam est satis à crimine libera: sicuti deducitur ex his quæ traduntur in *l. contractus. ff. de reg. iur. in l. magna negligentia. ff. de verb. signif. l. quod Nerua. ff. de pos. Sic denique sit, ut ignorantia iuris, etiam ea, quæ non tantum negationis & nescientiæ sit, sed & errorem ac deceptionem intellectus inducat, possit absque peccato mortali & veniali contingere: quod Adrian. explicat quodlibet. 4. art. 1. præmittit Abb. & Doct. in *cap. 2. de consit. per text. ibi. & in cap. 2. eo. tit. in 6. l. ult. ff. de decret. ab ord. sac. cap. Apost. de cleric. excom. l. ult. ff. de leg. 1. tradit Rom. cons. 473.* & eruditissimè, ac eleganter Alphons. à Castro *lib. 3. de potest. l. pæn. cap. 14.* Quandoque ignorantia & iuris error culpam habet, ac peccatum veniale vel mortale, iuxta materiæ qualitatem: nec tamen questionem istam modò ad amissum examinabimus: tantum enim adnotabimus obiter quoad nostrum institutum, ut videamus, an possit mala fides ex errore iuris deprehendi. Et profectò ignorantia iuris tunc peccatum & malitiam habet, cum quis ignorat ea, quæ scire tenetur secundum statum particularem, & officium quod exercet: tenetur enim quis scire omnino ea, quæ pertinent ad officium, & statum quem habet, aut actum, quem gerere vult, argum. *l. culpa est. ff. de regul. iur. l. lata culpa. ff. de verb. signif.* Notant in hac specie D. Thom. 1. 2. q. 76. art. 2. Adrian. in *dict. art. 1.* Almain. in *moralibus. cap. 4.* Syluest. in *verb. ignorantia. §. 7.* Alphons. à Castro in *d. c. 14.* ex quorum rationibus & illud constat, quod in *d. l. lata culpa.* expressum est, latam scilicet culpam esse, & ex ea peccatum quidem argui, si quis ignoret ea, quæ homines eius conditionis, & status communiter scire solent, & communi adhibita diligentia percipiuntur. His accedit, quoad huius doctrinæ principalis probationem, text. in *l. si mens. fals. mod. dixit. l. illicitas. §. si uti. ff. de offic. præscript. cap. non puniend. §. ult. l. 1. ff. quod quisque iur. cap. non est sine culpa. de regul. iur. lib. 6.* quibus in locis latè explicatur quam grauiter delinquit, qui ea ignorat, quæ ratione status, vel officij scire tenetur: & qui eorum, quæ ad officium necessaria sunt, ignarus & inciscius immiscet se rei ad se non pertinenti. De his etiam Bartolus in *l. 1. si quis testament. lib. esse iussuerit.**

Tertium huic negotio potissimè conuenit, & id ex prænotatis deducitur, nempe & quod agens aliquem actum, contractum vel conuentionem aliquam paciscens, tenetur omnino priusquam id faciat & peragat, scire & inquirere leges eas, quæ de re illa, aut pactione disponunt, quarumque obseruatio necessaria est ad iustitiam illius actus. Etenim vel tenetur ab eo actu abstinere, vel diligenter seipsum, aliòve peritos consulere quid leges ad iustitiam illius actus requirant: alioqui temerè actum ageret, & exponeret se ratione ignorantie & erroris periculo rem alienam obtinendi aduersus iustissimas Reipublicæ sanctiones, vel actum illum iniuste agendi, quod peccatum est, & quidem grauissimum; siquidem obligatur quis ratione naturali scire illam humanam legem, cuius obseruatio est necessaria ad iuste agendum id, quod facere aggreditur. Idcirco in hac specie iuris error, iurive ignorantia peccatum est, & sæpissimè mortale, habetque culpam malitiæ, argum. text. in *l. leges sacratissimæ. C. de legibus.* Hoc verò peccatum non simpliciter procedit ab errore iuris, eiusque ignorantia, sed negligentia illi coniun-

Etia: & sic à voluntate, quæ non voluit adhibere diligentiam, ut sciret, quod sciretenebatur: alioqui sola ignorantia cum sit in intellectu, ut scientia, cui illa opponitur, non potest esse peccatum: quia peccatum non est in intellectu: sed in voluntate, in qua etiam est meritum. Atque ita ignorantia, quatenus peccatum est, non solum dicitur scientiæ privationem aut errorem intellectus, sed etiam negligentiam ad scientiam, quæ actui necessaria est, acquirendam. Ille etenim solus ignorando peccat, qui obligatur scire quod ignorat, quemadmodum hæc deducuntur ex traditis à S. Bonaventura in 2. sentent. dist. 20. art. 2. questio. 1. ad 4. docetque eleganter Alphonsus à Castro in dict. lib. 2. de potest. leg. pena. cap. 14. vers. ignorantia solùm scit.

Ex his patet, quando iuris ignorantia culpam præmittat quoad mortalis aut venialis peccati labem. Item constat, potuisse iura humana quoad lucrum, & quoad bonorum acquisitionem, iuris ignorantiam, licet ea contigerit absque peccato, punire, minimè permittendo quod ignorans, erransve in iure possit ea ex causa lucri quidquam consequi, tamen si lex ipsa noluerit damno afficere istam iuris ignorantiam habentes: sicuti decusum extat in l. iuris ignorantia. 1. & 2. error. 1. reg. ff. de iuris & fact. ignoran. quibus in locis explicatur quando iuris ignorantia damno & pœna afficiatur.

Secundò ab his deducitur, errorem iuris resistentis actui, vel contractui, quoad factum verè non inducere malam fidem quatenus ea est scientia rei alienæ. Attamen quoad iuris effectus error hic iuris resistentis, ob gravissimam culpam, qua errans afficitur, minimè bonam fidem producit, ac fortassis quandoque potius mala quam bona fides ex hoc errore præsumetur, & constituenda erit ea ex parte, qua censetur mala fides peccatū illud quod ab errante committitur, dum non adhibet eam diligentiam, quam adhibere tenetur in inquirendis legibus, quæ ad illius actus, quem gerit, iustitiam pertinent.

Tertiò hinc patet, errorem iuris resistentis non inducere bonam fidem sufficientem ad præscriptionem, etiam longissimi temporis, quæ titulum non requirit. Est etenim semper necessaria bona fides ad initium saltem cuiuscumque præscriptionis. Hæc verò non adest, ubi est error iuris resistentis: quamvis possit dici, quod absit mala fides, quod non sufficit ad præscriptionem. Imò non tantum abest bona fides, sed & ratione suaderi potest, hunc errorem iuris resistentis malam fidem aliqua ex parte habere propter satis culpam negligentiam; unde fit, satis veram esse interpretationem illam, quam secundæ conclusioni ex Bart. & aliis adscripsimus.

Quartò inferitur, errorem iuris nec assistentis nec resistentis bonam fidem inducere. hoc probatur non tantum ex ea parte, qua bona fides est credulitas, quod res est propria, hæc etenim habetur non obstante hoc iuris errore. Sed & probatur hoc corollarium ex eo quod nullam culpam, nec mortalem, nec venialem, errans in hoc iure contraxerit, quippe qui id non tenebatur scire, tamquam ius minimè pertinens ad iustitiam actus, cum actus nec reprobetur iure nec fomentum actionis à iure recipiat, sed maneat in ea iustitia, quam ex iure naturali, cuius ignorantia non datur, nec iuste dari potest, actus ipse consequitur, ideoque agens actum iure humano minimè reprobatur, nullam negligentiam commisit, quamvis non indagaverit, an is actus fomentum à iure positivo recipiat; liquidem nemini ex hac ignorantia damnum intulerit ignorans præterquam sibi ipsi, qui nullo iuvabitur auxilio legis humanæ ad illius actus acquisitionem. Tandem in summa satis est, quod ius actui non resistat, ut is iustus censei debeat, etiam iuris ignorantia gestus, saltem ea iustitia, quæ naturali iure actui convenit, tamen si iuris humani approbationem, aut fomentum non habeat. Quamobrem Bart. opinio in d. l. sed si lege §. si re. dum is existimat, errantem in iure, nec assistentem, nec resistentem non habere bonam fidem, nec item malam, vel est falsa vel non ita simpliciter intelligenda; nam hic bonâ fidem habet re ipsa, & quantum ad factum: atque item quoad iuris effectum, id est, præscriptionem, quæ tantum exigit bonam fidem. At ubi præscriptio non tantum requirit bonam fidem, sed & titulum iustum legeque humana probatum, & cui lex ipsa adiungit: tunc sufficiens non est bona fides procedens à iuris nec assistentis nec resistentis errore: cum lex humana ad vscupationem requirit titulum iustum de eo titulo sit intelligenda, qui per eandem legem humanam iustus censetur, & ex ea fomentum, ac probationem habet. Ex quibus postremò manifestum est, etiam si præmittamus, errantem in iure quantum ad factum bonam fidem habere, potuisse legem civilem huic bonæ fidei effectum

Didaci Couat. Tom. I.

vscupationis & præscriptionis negare, sicuti & ipsa lex posset vscupationem & præscriptionem iure humano inductas tollere.

Hinc expendendum erit, quod Ioan. à Medina vir doctissimus in tract. de contract. quest. 17. adnotavit, scribens, eam conclusionem qua iuris utriusque professores communiter asseverant, bonam fidem & inductam iuris errore non sufficere ad præscriptionem quæ titulum requirit, procedere in foro iudiciali propter præsumptionem malæ fidei. at in conscientiæ iudicio existimat errorem iuris bonam fidem verè producentem, si error ipse invincibilis sit, sufficere ad præscriptionem quamcumque, etiam si ea titulum requirat, cum in eo foro de veritate, non de præsumptione agendum sit.

Ego sanè, iuxta ea quæ modò prænotauimus, illud certissimum esse opinor, legem humanam, quæ præscriptionem induxit, posse bonæ fidei utriusque probatissimæ, etiam quæ ab errore iuris invincibili producit, negare vscupationis, & præscriptionis effectum, nec in hoc quidquam dubito. Deinde video quod error iuris nec assistentis, nec resistentis, qui absque vlla culpa contigerit, non sufficit ad præscriptionem, quæ titulum requirit, sicuti modò tradidimus; unde fit, ut maxime dubia sit Ioan. Medinæ opinio. Etenim cum tractemus de re aliena acquirenda per legis humanæ constitutiones, non aliter eius acquisitio datur, quam servatis his quæ per ipsam humanam legem requiruntur: & præterea non arbitror ius civile iuris errorem ab vscupatione repellere propter malæ fidei præsumptionem. Nam etsi de bona fide constet in foro exteriori, vel interiori, si tamen possessor in iure erraverit, adhuc præscribere non poterit re possessoriam secundum conclusiones suprascriptas: licet non negaverim iura humana quandoque ex iuris errore præsumere bonam fidem, nempe quoad fructuum acquisitionem: aut saltem non præsumere ad illum effectum malam fidem: vel iuris errori hunc effectum acquirendi fructus tribuisse, eo quod non sit omnino manifesta mala fides, quæ iuris quadam ignorantia occulta videtur. Sed quantum ad præscriptionem, iuris error excluditur, nec ex eo præscriptio procedit: quia ista culpa & negligentia in iuris errore, & in non inquirendo diligenter, quid leges humanæ de illo actu ad eius iustitiam statuerint, efficit, ut ad effectum præscribendi iuris error vel mala fides iudicetur, vel eius vicem habeat, ex reg. qui contr. iur. de reg. iur. quo fit ut si contingat errorem iuris etiam resistentis invincibilem esse, tunc præscriptio in animæ iudicio obtrinebit, atque ita defendi poterit Ioan. Medinæ opinio. Imò & ea sic intellecta apud iudicem exteriorē admittenda est, sicuti apertissime probatur in tertia conclusione, quam statim exponemus. Sed si error iuris vincibilis sit, culpamque præ se ferat, etiam si quoad pactum in animæ iudicio possessor bonam fidem habuerit, quippe qui existimaverit rem à se possessoriam propriam esse, tunc humanæ leges servandæ sunt, nec locus erit præscriptioni. Quid igitur dicemus ad obiectionem, quæ fieri potest? Nam iuris nec assistentis, nec resistentis error nullam culpam habet, & tamen non prodest ad præscriptionem, quæ titulum requirit, ideoque videbitur quibusdam non excludi iuris errorem quoad præscriptionem, ea ratione, quod is culpam gravem præmittat, cum in hac specie exclusus sit error iuris absque vlla culpa contingens à causa iusta præscribendi. Et quidem observandum est, errorem iuris non resistentis, nec assistentis simpliciter inculpatum esse, quoties illius iuris scientia necessaria non est, & sic quoties agitur de præscriptione, quæ solum bonam fidem requirit, nec exigit, quod præscribens iusto titulo possideat. at ubi præscriptio titulum iustum requirit, oportet ad hunc vscupationis actum quod possessor titulo iusto possideat, & idcirco teneatur ad hunc effectum scire, an leges humanæ titulum illum probaverint, & fomentum, ac vim illi contractui præstiterint: hoc etenim necessarium est ad iustitiam illius actus quoad vscupationem & præscriptionem, quæ iure humano instituta non aliter admittuntur quam iusto ex titulo, qui quidem abest dum possessor iuris errore in hoc decipitur. Cum oporteat præscriptionem saltem in initio bonam fidem habere procedentem à iusto titulo, qua ratione ad præscriptionem requiritur titulum non sufficit iuris error, nec assistentis, nec resistentis: quia præscribens quoad hunc effectum culpam contraxit, non requirendo, an ille titulus iustus esset, id est, à iure probatus, quod ratione actus scire tenebatur.

Verum quod diximus à iure distingui iuris errorem quoad fructus acquirendos, & quoad præscribendum, si opiniones communis Doctorum consensu receptas admittamus, planè constabit discrimen istud non omnino procedere. Siquidem error

iuris resistentis, qui ad præscribendum longo, aut longissimo tempore non prodest, is nec ad fructus acquirendos sufficit: sicuti ex quadam communi sententia retulimus lib. 1. *Variar. resolut. cap. 3. num. 8.*

Tertia conclusio: Error iuris ¶ maximè dubij, eaque ratione probabilis, iustam præbet præscriptioni causam, etiam ubi titulus requiritur. Huic conclusioni suffragatur quòd hic error sit inuincibilis, quem homo faciendo quod potest, vincere non valet, ob perplexas iuris decisiones, variasque interpretum sententias. Ideoque de re ita dubia qui consuluit viros iuris peritissimos, eorumque responsum habuit, fecit id quod agere tenebatur ad expellendum errorem iuris eiusque scientiam acquirendam. Is igitur iuxta responsum Iuris peritorum errans inuincibilem habet ignorantiam; quæ iusta est, atque idcirco iustam præbet præscriptioni causam: cum ius civile idè repellat ab usufructu iuris errore, quia eum iniustum esse censet ob negligentiam & culpam ignorantis, seu errantis, qui non fecit quod agere tenebatur ad eum errorem effugiendum: sicuti paulò antè dicebam. Eadem conclusio probatur auctoritate text. in cap. cum dilectus. de consuet. quem ita interpretantur Abb. & Imola ibi. idem Abb. in cap. de quarta. de præscriptionib. colum. 3. & Felin. ibi. idem Felin. in principio Decretorum colum. 2. Francus in cap. sap. col. 3. de appellationib. Balb. in dict. l. Celsus. notab. 4. Curt. Iunior in col. 6. num. 22. col. penult. ac finali. idem Curt. conf. 28. colum. 3. post Anton. in dict. cap. cum dilectus. quibus adtipulatur quod Bart. & alij scripsere in l. ambiguo. ff. de rebus dubijs.

Quarta conclusio: Error facti ¶ simul contingens cum errore iuris, bonam fidem inducit sufficientem ad præscriptionem, etiam si ea titulum exigat: text. apud Iuriconsultum in l. si vir. ff. de usufructu pro dona. Si vir, inquit Pomponius, uxori, vel vxor viro donauerit si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat: si pauperior u, qui donasset, non fieret, usufructum possidenti procedere. Ex quo responso hanc conclusionem adnotant gloss. Bartol. & Doctores in d. l. si vir. Dynus in hac regula, Possessor. num. 40. Bald. in l. 4. C. pro emptore. num. 4. Felin. in dict. cap. de quarta. num. 36. limitatione §. Balb. in dict. 4. notab. pers. sexto limitatur. Nam quidquid sit de iuris errore, facti error planè bonam fidem inducit contingentem absque vlla culpa errantis in iure: qui etsi ius omnino cognitum habuisset, nihilominus ob ignorantiam facti bonam fidem haberet: & hæc ad præscriptionem sufficiens esse videtur. Huic tamen conclusioni obstat text. in l. numquam. in princ. ff. de usufructu. qui iuxta intellectum Paul. Cast. & aliorum probat, ementem rem alienà à pupillo non adhibita ea solemnitate, quæ iure necessaria est, minimè præscribere eam rem aduersus eius verum dominum propter iuris errorem; tamen si habeat errorem facti, existimans, rem emptam à pupillo venditoris esse: igitur hic error facti, iuris errori admittitur nequaquàm bonam fidem producit ad præscriptionem sufficientem. Præterea quid obsecro prodest, ob ignorantiam facti bonam fidem habere, id est, existimare rem emptam ipsius venditoris fuisse, & esse tempore contractus, si contractus is fiat iure resistente? Nōne idem esset quoad bonam fidem, quòd verè resempta ipsius foret venditoris? profeudò tunc esset ementis cōscientia, quippe rem propriam venditoris, non alienam emeret: & tamen ob errorem iuris resistentis contractus non posset emptor hic usufructu nec præscribere secundum apertissimam & planam omnium iuris vtriusque traditionem. fortiori ratione igitur non usufructu emptor rem quæ venditoris non est, si venditio iure resistente facta fuerit; cum maiori iure præscribatur aduersus eum, à quo possessor titulum qualemcūque habuit, quàm contra eum à quo nullum titulum habet. Hinc denique Paul. Castren. in dict. l. numquam. & in dict. l. si vir. reprobatur opinionem gloss. & Doctor. in dict. l. si vir uxori. respondens Iuriconsulto ibidem, quòd in ea specie contingit error iuris in causa: non tamen in valore contractus, quia donatarius credebat valere donationem generaliter, & tamen errabat in iure, ex quo donatio inter virum & uxorem regulariter valida non est, tamen in casu d. l. si vir. donatio valida erat, ex eo quòd donator non efficiebatur pauperior: & sic non aderat error iuris circa illum contractum, qui verè in specie valebat. Quòd si contractus in specie nullus est, aut inualidus iure resistente, etiam si possessor existimet bona fide rem acquisitam ex eo contractu, tradentis fuisse, error tamen iuris præscriptionem impedit secundum Iuriconsultum in dict. leg. numquam. in hoc etenim casu datur ea mala fides, quam ius civile ob culpam errantis, & ignorantis constituendam esse censuit. hunc denique intellectum ad dict. leg. si vir. ipse colligo ex Azone in Summa.

Cod. de iur. & fact. ignor. colum. 2. quem nemo ex præcatis retulit: sensit tamen idem Felin. in dict. capit. de quarta. numer. 36. hoc ipsum senserat gloss. in dict. l. si vir. optimè Bellamera in cap. vigilanti. de præscript. numer. 47.

Ex his apparet Accursium in l. Pomponius. §. si iussu. ff. de acquir. possess. perperam intellexisse text. in dict. l. si vir. dum scripsit, regulam illam iuris quæ dicitur, dominum trāsferre per traditionem dominium, quoties non dominus transfert usufructuendi conditionem, fallere in donatione inter virum & uxorem, per dict. leg. si vir. quam prauè intellexit: nam in eius specie tradens rem alienam, transfert usufructu conditionem; tradens verò propriam, dominium transmittit: quia donatio iure valida est.

§. OCTAVVS.

De bona & mala fide in præscriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Bona fides etiam absque titulo dari potest.
- 2 Ignorantia facti proprii esse potest ex temporis antiquitate.
- 3 Bona fides in dubio præsumitur, etiam si nullus titulus probetur.
- 4 Præsumptio mala fidei an tollatur spatio triginta annorum. Et quando mala fides præsumatur.
- 5 Immemorialis præscriptio, mala fide non procedit, imò requirit bonam fidem.
- 6 Usufructus præscribi potest sine titulo, si adsit bona fides.
- 7 Mala fides respectu vnius, an impediat præscriptionem respectu alterius.
- 8 Usufructus si possideatur bona fide, & proprietatis mala fide, vel contra, quomodo his iuribus præscribatur, prolixè disputatur.

H A C T E N V S probatum est non semper ad præscriptionem titulum requiri, & tamen semper necessariam esse bonam fidem: nunc verò illud quaeritur, quo pacto possit dari bona fides ¶ absque titulo: siquidem vana credulitas esse videtur cum quis existimat rem ab eo possessam esse propriam, nec scit, qua ex causa, aut quo titulo rem habuerit. Nam Innocent. & Bald. in cap. per tuas. de testibus. in ea sunt opinione, vt existiment, non posse præsumi bonam fidem ubi desit titulus. Sed de præsumenda bona fide statim agetur: modò illud erit adnotandum, posse dari bonam fidem absque titulo, & posse præscribentem bonam fidem habere sine titulo, quod probatur in l. si quis emptio. §. 1. iuncta gloss. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. idem ratione constat, quia si præscriptio quandoque absque titulo procedit, sola quidem bonam fidem, vt est iure satis manifestum, & apparet speciali argumento in capitul. 1. de præscript. in 6. gloss. & omnibus in capitul. si diligenti. eodem titul. consequitur necessariò posse absque titulo bonam fidem præscribentem habere: cum alioqui nulla daretur præscriptio, quæ sola tantum bona fide absque titulo procederet. quod iure Canonico, & civili falsum est.

Primum autem huius conclusionis exemplum sit in eo qui aliquam rem possedit triginta, & quadraginta annis, & verè existimat suam esse: immemor tamen est tituli, & causæ, ex quibus ad eum peruenerit propter longum tempus: facillimè quidem etiam in facto ¶ proprio contingit obliuio ex temporis antiquitate. l. 2. peregrè ff. de acquir. poss. ff. Bartol. in l. si quis deleg. ff. de nouatio. Vnde in hoc casu titulus probari non potest: sed tantum bona fides, quæ sufficiens est ad præscriptionem.

Secundò, bona fides absque titulo habetur ab eo, qui rem aliquam habuit titulo inualido, id est, cui ius non adfuit, nec momentum præbet, nec tandem resistit. hic, inquam, non præscribit ex prædicto titulo, ubi ad præscribendum titulus est necessarius; quia is titulus non est sufficiens, sed præscribit hic possessor ratione bonæ fidei, quam habet ex errore iuris assistentis, nec resistentis, secundum ea quæ in proximo §. explicata fuere, & quæ deducuntur à Bart. in l. si §. scire. ff. de petitione hereditarij. quæ in re ad exempla oportet potissimum aduertere, quæ diligenter omnino sunt examinanda.

Tertiò, exemplum huius conclusionis proponitur in eo, qui rem aliquam habuit ab eo, qui bona fide inceperat illam præscribere. Et quamuis nouus hic possessor titulum habeat, eaque ex causa bonam fidem, non tamen præscribit ex proprio titulo, sed præscriptionem ab alio cæptā prosequitur. De titulo etenim præscriptionis hic non apparet, licet bona fides modò possidentis, & eius qui prius præscribere inceperat, constet saltem per præsumptionem. Vnde hoc in casu datur bona fides in præscribente absque titulo.

Quartum

Quartum huic rei facillimè applicatur exemplum, ubi quis rem aliquam possideat credens eam sibi à vero domino legatam, vel donatam, quæ tamen nusquam donata, vel legata fuerit possidenti: etenim in hac specie nullus titulus probari poterit, quippe qui nusquam contigerit; præscribitur tamen ipsa res sola bona fide, ea præscriptione, quæ titulum non requirit: cum bona fides manifestè ex hac credulitate deducatur. *l. si existimans. ff. pro soluto*. His ergo casibus optimè procedit præscriptio absque titulo cum sola bona fide.

Quintò, bona fides absque titulo haberi potest, si quis rem aliquam possideat, existimans fuisse propriam parentum, quibus iure hereditario succedit, credique alicui viro fide digno id asseueranti. Nam est hæc iusta credulitas secundum glossam in *l. Titio fundus. ff. de condition. & demonstrat.* cuius meminere maxime eam commendantes Angel. in *leg. 2. ff. de eo, per quem factum erit*. Bald. in *l. iudicia. colum. pen. C. de rei vendic.* Ioan. Lup. in rubr. *de donat. inter virum & uxorem*. §. 9. num. 15. Francisc. Balb. in *dict. l. Celsus. ff. de vscap. num. 45.*

Ceterum bona fides, quæ omnino ad præscriptionem iure requiritur, præsumitur in dubio, nisi contrarium probetur. gloss. & communis in *cap. si diligenti. & in cap. sanctorum*. Item & in *c. vlt. de præscriptionibus. & in l. penult. C. de eundem*. Bartol. & alij in *dict. l. Celsus*. præsertim Balb. in *ibi 3. part. Curt. Sen. in conf. 71. colum. 4.* Idem in *confil. 82. col. 2.* Alexand. *confil. 200. col. 1. lib. 2. & confil. 75. lib. 4. col. penult. lafon in §. sed ista. nu. 99. de actionib.* Curt. Iunior in *conf. 28. 2. col.* Andr. Alciat. *de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 5.* quorum opinio communis est, quemadmodum ipsi Iuniores fatentur, & constat ex his, qui ab eis nuncupatim citantur. Et procedit etiam si possessor lucrativam causam habeat, & de sola longi temporis possessione agatur. text. gloss. & omnes in *l. super longi. C. de præscript. longi temporis*.

Huic verò præsumptioni locus est, etiam si nullus titulus probetur. nam bona fides in dubio præsumitur in eo qui absque titulo possidet: auctore Bart. in *d. l. Celsus. num. 17.* cui conveniunt DD. ibi. & in *cap. si diligenti*. paulò antè citato: idque communi omnium sententia probatè est secundum Alciat. in *d. præsumpt. 5.* quibus ea ratio suffragatur, quòd bona fides possit contingere absque aliquo titulo, quemadmodum superius ostendimus. atque ita tenendum est; quamvis Innoc. & Bald. in *cap. per tuas. de testibus*. Imol. in *repet. cap. vlt. de præscript. colum. 5.* & Bartol. in *l. vlt. C. vnde vi. n. 15.* existimant, nunquam fore præsumendam bonam fidem, nisi detur titulus. Nec obstat *l. vlt. C. vnde vi.* ex qua hanc conclusionem hi auctores deducere videntur: quia illa constitutio procedit in eo, qui scit rem ab eo occupatam suam non esse: tunc enim tenetur scire quòd ea sit alterius. At in eo, qui credit rem ab eo possessam propriam esse, protectò mala fides non debet præsumi, imò bona, cum deficiat ratio prædictæ constitutionis, quæ in hunc sensum omnino accipienda est.

Illud tamen non est prætermittendū, malam fidem præsumi, si quis à principio rem aliquam etiam vacantem propria auctoritate apprehenderit. text. opt. in *dict. l. vlt. C. vnde vi.* quod in loco Bartol. scribit hanc præsumptionem malæ fidei tolli, & purgari possessione triginta annorum. idem tenuerunt Dec. *confil. 267.* Alexand. *confil. 6. colum. 1. lib. 1.* idem Alex. *confil. 151. lib. 2. n. 6.* Curt. Senior *confil. 82. col. 3.* Matthæus de Afflic. *decis. Neapol. 40. num. 12.* Iaf. in *§. sed ista. n. 10. de actionib.* idem Iaf. in *confil. 57. col. vlt. & conf. 72. col. 2. lib. 1.* Dec. iterum in *conf. 558. in fin. & conf. 266. col. vlt.* Curt. Iunior in *conf. 52. n. 11.* Ant. Rub. *conf. 75. n. 3.* etià si apparet olim eiusdem rei alium fuisse antiquiorem possessorem, & possedisse tempore quo præscribens eandem rem fuerit ingressus propria auctoritate: etenim in hac specie Bartol. & Doctores modò citati loquuntur, & sentit Salycet. in *dict. l. vlt.* atque expressim tradit Balb. in *d. l. Celsus 3. part. col. 6.* ex cuius examine constat, hanc opinionem communem esse. Nam ipse Balbus ibi fatetur eam communem. idem asserit Claudius in *eadem l. Celsus. n. 31.* quam & Panormit. commendat in *d. c. si diligenti. col. 3.* & Dec. idem repetit *conf. 558. col. vlt.* ramentis possit aduersus hanc præsumptionem probari mala fides possidentis: quod visum est Philip. Corneus *conf. 207. lib. 3.* de quo in seq. quest. tractabitur.

Verum Imol. in *d. l. Celsus. col. vlt. & in repet. cap. vlt. de præscript. col. 5.* aduersus Bartol. & communem, probare nititur, & censet præsumptionem malæ fidei, quæ procedit ab occupatione rei propria auctoritate apprehensæ, minimè tolli spatio triginta annorum, quoties constat de antiquiori alterius possessione. idem latè asseuerat Hieronymus Tortus inter *confil. Alexandri. confil. 192. lib. 2.* sensus idem Corneus in *d. confil. 207.* Cui accedit

Aymon in *confil. 146. col. vlt.* His primùm ad stipulatur *d. l. vltima*, quæ probat malam fidem præsumi, si quis propria auctoritate rem aliquam occupauerit. Nec obstat eiusdem constitutionis pars vltima quæ de triginta annis loquitur: quia ea constitutio procedit quoad effectum illius legis tollendum: nempe, ut antiquior possessor elapsis triginta annis non possit agere remedio illius legis: quemadmodum Imola, Corneus, & alij opinantur. Secundo aduersus communem facit, quòd heres non potest præscribere rem mala fide possessam à defuncto etiam triginta annis, licet ipse velit incipere præscriptionem, sicuti communi sententia definitum est: & quidem ea ratione, quòd heres sit in mala fide præsumpta. Igitur mala fides præsumpta non tollitur spatio triginta annorum. Qua argumentatione vitur Aymon in *d. confil. 146. col. vlt.* eandem sententiam contra Bart. tenet Romanus in *d. l. Celsus*. Sed pro Bartoli opinione adest singularis decisio Innocentij in *cap. 2. de in integrum restit. n. 8. vers. item nota*. cui Ioannes ab Imola, & alij inibi accesserunt. Assevit enim Innoc. bonam fidem præsumi vel ex iusto titulo, vel longi temporis possessione: & subdit hac in re longum tempus definiendum esse arbitrio iudicis. Et quia Bart. opinio communis est, eaque in praxi tutior esse videtur, oportet respondere his, quæ in contrarium adducta sunt. Nam *dict. l. vlt. C. vnde vi.* parum refragatur: quia de præsumpta mala fide tractat ea constitutio, nec dicit hanc præsumptionem etiam post longum tempus validam esse: imò potius, eam debilem videri post triginta annos expressim insinuat. Ratio verò, quam Aymon ex aliorum mente deducit, mihi non placet; siquidem heres non impeditur præscribere rem mala fide possessam à defuncto ea tantum ratione, quòd ipse heres sit constitutus in præsumpta mala fide: sed quia ipsius defuncti personam in ea re omnino repræsentet: de quo paulò post tractabitur.

Quæritur præterea in hoc tractatu, quo examinatur bona fides ad vscapationem requisita, quid dicendum sit de præscriptione immemorialis temporis, an ea possit procedere cum mala fide? Et sanè non defuit qui existimant, posse malæ fidei possessorem rem aliquam tempore immemoriali præscribere mala fide: quasi tanti temporis vis malæ fidei vitium remittat: quod ita iure verum esse censet Salycet. in *l. 2. num. 8. C. de feruit. & aqua. Dec. conf. 496. n. 5.* idem *conf. 638. colum. 1.* Nicol. Boëtius *decis. 39. num. 7.* Dec. in *l. traditionibus. col. 3. C. de pactis*. quibus fauere videtur sententia Bartol. in *dict. l. vlt. C. vnde vi.* cuius modò mentionem fecimus. Etenim si post triginta annos vitium malæ fidei excluditur, omninoque tollitur, fortiori iure post tempus immemoriale mala fides remissa censenda est. Sed opinio hæc Salyceti prorsus est improbanda, quippe quæ falsa sit. Nam præscriptio mala fide nullo vmquam tempore procedit. text. in *cap. vltim. de præscript. & in hac regul. & in cap. vigilanti. cod. tit.* nec vlla ratio, quæ verè rationis nomine digna sit, adduci poterit vmquam, ut ex ea permissum cuiquam sit, rem alienam sibi tempore acquirere, si is malitiam, & culpam in eius possessione habuerit. Alioqui humana lex tyrannidi, & crimini fomentum daret, quod ab ea alienum ita oportet esse, ut potius malæ fidei possessores puniat, quam defendat. Nec quidquam decisio Bartol. patrocinatur, quia etsi vera sit, planè obtinet in præsumpta mala fide; siquidem præscriptio malæ fidei tollitur possessione triginta annorum: attamen si probatum sit, possessorem verè malam fidem habuisse, nusquam vitium istud remittitur à possessione: nec locus erit in hoc casu Bartoli opinioni, quæ verè de præsumpta mala fide agit, non de vera, quod notat Aretin. *conf. 153. col. vltim.* Aymon *confil. 146. colum. fin.* idem optimè in *tra. de antiq. temp. 4. part. versic. materia ista. num. 20.* & ferè omnes, qui Bartol. sequuntur. potissimum Bartol. ipse. Sit igitur certa & constitutissima conclusio, Præscriptionem etiam temporis immemorialis nullam habere vim, nec iure procedere, si malam fidem possessor habuerit: cuius assertionis auctores sunt gloss. in *cap. 1. in verb. nisi. de præscript. in 6.* & inibi Francus *col. vlt.* Angel. Aretin. in *§. fortius. Institut. de vscap. in princ.* Anton. Rubens in *conf. 13. n. 14.* Aymon *confil. 146. & in dict. c. materia ista. num. 19.* Franc. Balb. *de præscript. 2. part. 3. part. princ. q. 6. col. 5.* Matth. de Afflic. *decis. 368. n. 10.* Capycius *Neapol. decis. 4. colum. 7.* quorum opinio communis est, secundum Alexand. in *l. cum aliqui. C. de iure deliberan.* hoc ipsum tenet Dynus in hac regula, dum n. 5. ita inquit, *Primus dicit, quòd ille, qui habuit malam fidem tempore possessionis inchoata, & continuata, nullo temporis tractu, seu temporis continuatione præscribit, etiam si centum annu, vel ultra possessionem continuaret.* Eandem sententiam probant Panorm. in *c. vlt. nos ab. 1. de constit. Domin. in c. sacro sancta. 22.*

distinct. Felin. in cap. cum nobis. colum. 1. de prescript. qui bonam fidem exigunt ad præscribendam exemptionem à suprema iurisdictione Imperatoris, vel Principis superioris, casu quo præscribit ea possit, & tamen in ea specie immemorabile tempus necessarium est: ipsique Doctores absque bona fide nullius temporis quasi possessionem admittendam esse censent. Nec oberunt verba Dyni in huius regulæ commentariis, dum num. 35. de prescriptione 6 vñus fructus tractans scribit: *Vñus fructus præscribi potest, etiam sine titulo, dum tamen bona fides accedat, vt in præalleg. c. 1. de prescript. in 6. vel transcursum temporis, à quo memoria non extet.* Hactenus Dynus. Qui iuxta hanc litteram videtur loco bonæ fidei exigere tempus immemorabile: quasi id sit absque bona fide sufficiens. Etenim hæc Dyni sententia in codicibus diligentius excusis aliter legitur; siclanè: *Vñus fructus præscribi potest, etiam sine titulo, dum tamen bona fides accedat, vt in præalleg. cap. 1. de prescript. lib. 6. vel verius, transcursum temporis à quo memoria non extet.* Vult equidem Dynus non sufficere bonam fidem absque titulo ad prescriptionem vñus fructus, sed requiri tempus immemorabile, quod & gloss. asseruit, sicuti Bartol. ibi eam intellexit in l. iusto. §. non mutat. ff. de vñus cap. quæ denique opinio etsi falsa sit, quod alibi explicuimus; à Dyno tamen probata insinuat, eum intellexisse prescriptionem immemorialis temporis etiam cum bona fide necessaria esse ad vñus fructum tempore acquirendum, nec sufficere minoris temporis cursum absque titulo, quamuis & ei bona fides accesserit: vnde non poterit ex Dyno colligi, quod præscriptio immemorialis procedat & obineat etiam cum mala fide. Ex quibus Aymon Saul. in dict. tract. de antiquit. temp. 4. part. capit. absolutis. num. 59. probare vult, immemorabile tempus non inducere iusti tituli probationem, si constet de titulo vitioso, & iniusto. citat ad hoc Paulum Castren. consilio 424 lib. 2. columna secunda, vers. in contrarium facit. Quia secundum eundem Aymon in cap. materia ista. num. 3. ex hoc vitioso titulo & iniusto mala fides apparet. atque ideò immemorialis præscriptio vim propriam amittit propter malæ fidei vitium. Ego equidem vbi de prescriptione immemoriali iure præscriptionis agitur, si de mala fide præscribentis appareat, existimo inutilem, & inualidam esse præscriptionem: sicuti superius probatum est. Idem dicendum censeo, quoties de initio, & primo titulo constat: nam eo casu non de prescriptione immemoriali, sed de titulo eiusque viribus, quas habuit, vel ex cursu tãti tẽporis habere iure potest, agendum est. Quod si tempus immemorabile non in vim præscriptionis, sed in vim priuilegij, & iusti tituli, ad eiusque probationem allegatur, tunc si de titulo iniusto appareat, de eius viribus tractandum est, & potissimum an extanti temporis vñus, & quasi possessione vitium tituli probati remissum censeatur: & an titulus ille præsumatur iustus & solemnus. Quod latius erit pro causâ & controuersis qualitatibus examinandum.

Alia deinde questio hac in parte opportunè ad materiam bonæ fidei examinanda erit: qua solet controuerti, an mala fides respectu vñus impediatur præscriptionem respectu alterius? Et Bartol. in l. naturaliter. num. 11. ff. de vñus cap. sensum hoc tractare videtur. Nam ab eius decisione quidam adnotarunt, malam fidem 7 vñus causa non impedire præscriptionem quoad alterum, in hunc quidem sensum, vt si possideam fundum, quem opinor esse Titij, possim illum vñus capere aduersus Sempronium, cuius verè fundus erat: cum ratione Sempronij, & quoad ipsum ego bona fide possideam. Hoc ipsum probatur secundum eos in l. si quis fundum. vbi gloss. ff. de acquirend. possessi. gloss. in l. si quis. C. de prescript. 30. vel 40. ann. text. in l. qui balneum. in fin. ff. qui portio in pign. habent. Sic enim ex Bartol. deduxerunt hanc sententiâ Egidius à Bellamera in cap. vigilantium. num. 35. Imol. in cap. vltim. num. 25. de prescript. Anton. colum. vlt. Felin. col. 1. in c. illud. eod. tit. atque eandem opinionem fatentur esse communem Barthol. Socin. consil. 47. col. vlt. lib. 3. Balb. de prescript. 3. part. 6. part. princ. q. 3. & Ioan. Hannibal. in repetit. dict. l. naturaliter. n. 156. Ipse verò non inficior Bartol. conclusionem veram & communem esse in eo sensu, qui verè Bartol. tribuendus est, absque aliqua tanti viri omniumq; præceptoris iniuria: & tamen omnino nego supràscriptam conclusionem ex Bart. deduci, item veram & communem esse. Nam etiam si pro opinione præmissa in eo sensu, quem significauimus, citentur Imol. in dict. l. si quis fundum. Anchar. in cap. 1. de prescript. in 6. Salycet. in l. cum notissimis. §. imò. C. de prescript. 30. vel 40. annor. hi quidem simpliciter Bart. verba referunt, ea minimè mutant, nec ex eis præfatam falsam conclusionem colligentes. Et quamuis ipse Bartol. in dict. l. naturaliter. num. 14. videatur sentire conclusionem, quam modo improbamus, dum scribit, quod de-

fectus bonæ fidei quoad vñus non impediatur præscriptionem quoad alium, sed defectus possessionis impediatur præscriptionem quoad omnes: quia possessio vna est, & vniformiter omnes respicit: bona autem fides, vel titulus possunt variari, respectu plurium. in his tamen præcatis verbis Bartol. non probat, quod ei quidam adscribere conantur. Is enim qui non possidet, nec præscribit contra vñus fructuarium, nec præscribit contra proprietarium. Is verò qui possidet, habet tamen bonam fidem respectu proprietarij, malam tamen respectu vñus fructuarij. præscribit planè aduersus proprietarium, non tamen contra vñus fructuarium: sic & qui habet malam fidem ratione hypothecæ, bonam verò fidem quoad rei proprietatem, præscribit omnino proprietatem, non hypothecam. atque hic est verus, proprius, & germanus sensus Bart. Ex quo & locis ab eo citatis id tantum deducitur, quòd mala fides respectu vñus iuris, non impedit præscriptionem respectu alterius: vt pote mala fides quoad vñus fructum rei non impedit præscriptionem quoad proprietatem: quem sensum è Bartol. verbis deduxerunt Aretin. in dict. l. 1. §. item acquirimus. num. 56. & inibi Vincentius de Heculanis num. 24. idem Aretin. in l. 3. §. Neratius. colum. vlt. idem in l. Pomponius. §. ex facto. ff. de acquirend. possessi. idem Aretin. in consil. 17. col. 9. quamobrem ipse Aretinus vbiq; asserit malam fidem circa idem ius, nempe circa dominium, etiam si ea cõtingit respectu vñus, impedire præscriptionem respectu omnium: quod & Cuman. tenere videtur in d. l. naturaliter. probatur autem hæc sententia ratione profecto euidenti. Nam hic possessor habet scientiam rei alienæ, vt constat in l. aut qui aliter. §. si quis dum putat. ff. quod vi aut clam. & ideò malæ fidei possessor est, qui nullo pacto præscribere rem possessam potest, text. in cap. vlt. de prescript. & hac in reg. possessor. Quin & Panorm. in dict. cap. illud. n. 8. posteriorem hanc sententiam probat, ab Antonio discedens. Idem sequuntur, & iure admittendum esse censent in effectu Francisc. Balb. in dict. quasi. 3. Ioan. Hannibal. num. 160. Claud. in dict. l. naturaliter. colum. 3. & Socin. in dict. §. item acquirimus. imò & Egid. à Bellamera in d. cap. vigilantium. num. 35. licet ex Bartol. anteriorem opinionem deduxerit, hanc posteriorem post alios probat: horum sententiam non tantum veriore, sed & magis communem esse ipse opinor. cui ad stipulatur text. in l. 1. §. sed per eum. ff. de acquir. possessi. quo in loco respondetur, hominis verè liberi possessorem non acquirere per ministerium huius, quem existimabat bona fide seruum esse: sed tamen mala fide credebat alterius eum seruum esse. Hic enim vides, possessorem hominis liberi bonam fidem habere: quia existimat eum seruum esse, & ratione seruitutis cõtingit bona fides: habet tamen hic possessor malam fidem respectu alterius, quem censet dominum esse huius hominis: atque ita mala fides huius respectu possessionem totam vitio afficit, vt eadem in totum dicatur malæ fidei possessor. quem text. ad hæc præter alios Socin. perpendit in dict. §. item acquirimus. in princ. Verum quinque aut sex in hac controuersia constitutam casus, quibus prior opinio satis vel defendi, vel explicari poterit.

Primus, quoties mala fides contigerit ratione diuersorum iurium eiusdem rei, & bona fides eidem admista sit: ea ex parte, qua bona fides obtinetur, procedit præscriptio: alia verò ex parte, qua mala fides viget, minime locus erit præscriptioni. Cuius rei exemplum sit in vñus fructu & proprietate eiusdem rei. Nam 8 potest possessor habere bonam fidem quoad proprietatem, malam autem quoad vñus fructum: idcirco præscriptioni locus erit quantum ad proprietatem, non quantum ad vñus fructum: quod ex Bartol. rectè intellecto colligitur. atque item ex Egid. in d. n. 35. & ab his, qui rectè verba Bartoli interpretantur.

Secundò, vbi mala fides adest possessori ratione vñus iuris, quod potest distinctum esse numero, adhuc præscriptio admittenda erit cõtra eum, cuius respectu bona fides possessoris adest, etiam si eiusdem iuris causâ possessor malam fidem quoad alium habuerit. Nempe si quis possideat rem aliquam absque dubio bona fide quoad proprietatem, sed tamen mala fide quoad vñus fructum respectu vñus, quia existimat illum ad Sempronium pertinere: bona verò fide respectu alterius, Titij videlicet, ad quem verè vñus fructus pertinebat: etenim in hac specie præscribit possessor vñus fructum aduersus Titium ex bona fide, quam eius respectu habet. Hoc tamen exemplum pendet ab ea questione, an possint plures esse vñus fructus eiusdem rei, qui quidem vñus fructus numero distinguantur. & quia quibuscumq; videbitur, vñus, & eiusdem rei vnicum tantum vñus fructum constitui posse: sit exemplum aptius, & verius in pluribus hypo-

thecæ

theis: quæ dubio procul possunt circa eandem rem constitui. Nam si possessor habeat bonam fidem quoad vnam hypothecam, aduersus eam præscribit: si verò habeat malam fidem respectu alterius hypothecæ, minimè aduersus illam procedet præscriptio. quod in specie adnotat Claudius in *dist. l. naturaliter. col. 3. & Balb. 2. part. 3. part. princip. quest. 4.* optimus text. in *l. si balneum. ff. qui pot. in pign. habeant.*

Tertio verissimè constat, malam fidem respectu vnius partis fundi non impedire præscriptionem respectu alterius partis, in qua possessor habet bonam fidem. Sicuti probatur in *dist. l. si quis fundum. ff. de acquir. possess.* Et notat in specie post alios Balb. in *dist. quest. 4.*

Quarto, si quis malam fidem habeat respectu eius à quo causam habuit, quia credit, illum dominium non habuisse, nec potuisse transferre dominium in possessorem: simul tamen opinatur, & existimat ex alia causa rem ad se pertinere, profectò hic possessor præscribere iuste poterit, quippe qui verè bonam fidem habeat.

Quintus casus hac in questione constitui potest in eo, qui rem alienam possidens, in iudicium ab eo, qui nec dominium, nec ius habet, adducitur. Is etenim cum aliqui bona fide possideret, si lite contestata per eum aduersus iniquum actorem non contraxerit vitium malæ fidei, quia non obstante ea contestatione adhuc opinatur rem ab eo possessam propriam esse, vscupationem continuabit, nec ea censetur interrupta per dictam litis contestationem: quemadmodum Socin. respondet in *dist. conf. 47. lib. 3.* ad hoc inducens Bartol. opinionem in *d. l. naturaliter ff. de vscupatione.*

Sextò eiusdem Bartoli sententia vera est, & obrinet in alium sensum, in hunc videlicet, ut possessor malæ fidei respectu Sempronij, qui verus dominus non est, bonæ fidei tamen quoad Titium, qui verum rei dominum habet, si iustam habeat causam litigandi super eadem re cum Titio eius vero domino ipsam vendicante, nequaquam tenebitur ad eiusdem rei interitum, qui pendente lite contigerit absque possessoris culpa, eo quidem modo, quo res ipsa apud verum dominum esset peritura: quod Bartol. visum est in *l. item si verberatum. §. vlt. ff. de rei vindicatio.*

S. NONVS.

An mala fides successori noceat in præscriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Successor vniuersalis non potest præscribere rem à defuncto mala fide possessam.
- 2 Heres tenetur ex persona defuncti, & quatenus.
- 3 Fructuarij heres an vscupare possit. & ibid. intellet. leg. neque fructuarius. C. de vscupatio.
- 4 Heres eius, qui precario possidet, an intelligatur domino possidere.
- 5 Mala fides defuncti non obstat heredi bona fide præscribenti annis triginta.
- 6 Quid de herede conscientie inuentum aritum.
- 7 Mala fides præsumpta vel ficta ipsius defuncti, non nocet heredi.
- 8 Successori singulari an noceat mala fides auctoris.
- 9 Missus in possessionem ex causa noxali, vel damni infecti, an præscribat mala fide: Et inibi intelletus leg. & generaliter ff. de noxalib.

His denique quoad ipsius possessoris & præscribentis bonam fidem prænotatis subinde quæritur, vtrum mala fides auctoris noceat successori: Quam quæstionem breuiter absolueri conabor: siquidem ea passim ab aliis non indiligenter tractatur: idcirco duas tantum exponam pro eius resolutione conclusiones.

1 Prima conclusio: † Successor vniuersalis iure hereditario, non potest rem à defuncto mala fide possessam etiam triginta annorum tempore præscribere, quamuis bona fidem habeat, velique à seipso initium præscriptionis adsumere, nulla temporis accessione vltus. Hæc constat: quia heres personam defuncti repræsentat, & ideo mala fides defuncti in heredem, & vniuersalem successorem transmittitur. textus opt. apud Iuriconsultum in *l. cum heres ff. de iur. & tempor. præscript. l. vlt. C. commun. de vscup.* Quæ quidem conclusio etiam iure Pontificio procedit secundum Abb. Anton. & Felin. *col. 8. in cap. si diligenti. de præscript.* eundem Abb. in *cap. 2. col. 2. eod. tit.* & plures alios, quos Iuniores citant, hanc opinionem communem esse asseuerantes, præsertim Balb. de *præscript. 2. part. 3. part. princip. quest. 12. in 2. membro.* Alexand. Vincen. Herculanum *col. pen. lason. n. 22.* & Ioan.

Crot. *fol. penult. in l. Pomponius. §. cum quis. ff. de acquir. possess.* tametsi Dynus in hac regula *num. 42. ad fin. & Bartol. in d. l. cum heres. Agidius à Bellameta in cap. vigilanti. n. 32. in præscript.* & quidam alij opinentur, iure canonico posse heredem præscribere rem mala fide à defuncto possessam, modò ipse heres nolit vti accessione possessionis ipsius defuncti. Quorū opinio in eo, quod constituere vult differentiam inter ius Canonicum & civile, prorsus est falsa, nec vlla congrua ratione defenditur. Etenim sicut iure civili heres repræsentat defuncti personam, *l. cum à matre. C. de rei vend. l. 2. §. ex h. ff. de verb. oblig. & in authent. de iureiur. à mori. præst. ita & iure Pontificio: nec hoc quisquam inficiabitur.* vnde si iure civili heres præscribere non potest rem à defuncto mala fide possessam, quia eius personam repræsentat: idem iure Canonico dicendum est, eadem inspecta ratione. illud profectò posset à Dyno, Bartol. & aliis iustius considerari, quod fortassis hæc prima conclusio, nec iure civili obrineat. Nam etsi verum sit, quod heres non possit præscribere rem à defuncto mala fide possessam, cum velit vti accessione possessionis obtentæ ab ipso defuncto, *d. l. Pomponius. §. cum quis.* tamen si heres velit incipere præscriptionem nulla vltus accessione temporis, quo defunctus possessionem habuit, præscribat habens bonam fidem: nam *dist. l. cum heres.* non omnino hanc præscriptionem excludit: quod apertius apparebit, si Iuriconsulti contextum referamus. Cum heres, inquit Vlpianus, in ius omne defuncti succedit, ignorantia sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum ille vel vicario possidet. Quamuis enim precarium heredem ignorantem non tenet, nec interdicto rectè conueniatur: tamen vscupare non poterit, quod defunctus non potuit. Idem iuris est, cum de longa possessione queritur: nec enim rectè defendetur, cum exordium rei bona fidei ratio non tueatur. Hæc Iuriconsultus, qui non tractat expressim de herede à seipso incipiente præscriptionem: imò in his vltimis verbis insinuat exordium præscriptionis adsumi à tempore defuncti, cum hoc exordium ad malam fidem referat: quæ tamen mala fides tunc, id est, à defuncto initium habuit, non ab herede, qui bona fide possidet. Ratio autem, qua tenentes communem sententiam vtuntur de repræsentatione personæ defuncti, fortiter vrget in fauorem communis assertionis: nam & ea Iuriconsultus ipse in *d. l. cum heres.* vitur in eiusdem responsi principio: procedit tamen † quoad actiones, & obligationes personales, ex quibus heres tenetur ex persona defuncti, non tamen quoad vitia personalia ipsius defuncti, quæ in heredem non transeunt, nec ei nocent in his, quæ heres ipse agere velit ex sua persona: etenim in his, quæ heres expedire & peragere vult vltus defuncti possessione, vel contractu, necesse est, ut & particeps sit vitijs personalium ipsius defuncti, cuius personam repræsentat. Quamobrem etiam si heres teneatur quandoque ex delicto vel mala fide, vitio & crimine defuncti: non ex hoc sequitur, quod ipsum vitium in heredem transeat ut personam heredis inficiat. Quod palam probabitur, si ostenderimus, malam fidem defuncti non transire in personam heredis, in eum sensum, ut eam vitio personali afficiat. Hoc verò constat argumento sumpto ab absurdis euitandis. Nam si ratione repræsentationis mala fides defuncti transiret & in heredem, & eius personam afficeret, saltem per fictionem quoad effectum præscribendi: profectò sequeretur nullo vnquam tempore, nullo vnquam casu posse heredem præscribere rem mala fide possessam à defuncto, nec spatio longi, nec longissimi temporis, etiam vbi titulus ad præscriptionem necessarius non sit: quod perquam durum & asperum videtur his, quorum opiniones statim explicabimus: cum mala fides, etsi facta sit apud heredem, præscriptionem impediat ob repræsentationem, attenta generali communis assertionis ratione: nec enim fictio semel à iure inducta absque contraria iuris decisione deficere potest, quippe quæ veluti certa res sit iure statuta. Deinde si verum est, quod Doctores pro communi adnotarunt, malam fidem defuncti in heredem transire ob repræsentationem, sequitur planè, quod si defunctus debitor sit alicuius quantitatis, & ratione huius obligationis sit in mala fide constitutus: eius heres bonam fidem habens non poterit vel statuto, vel lege municipali, quæ dicitur actionem personalem decem annis præscribi, hanc actionem præscriptione temporis excludere ob malam fidem, sicuti nec defunctus posset: quod ipse falsum esse censeo. Denique ut hæc breuiter absoluam, ni fallor, minimè procedit argumentatio ista: Defunctus non poterat rem istam præscribere ob malam fidem quam habebat; ergo nec poterit eius heres, qui personam defuncti repræsentat. Heres equidem bonam fidem habens plerumque præscribere valet res, quæ à defuncto vscu-

capi non poterant, mala fide impediende: sicuti DD. in aliquot casibus fatentur: cum tamen representatio semper adit, omnibusque casibus conueniat. Igitur qui aduersus communem tenere velit, is necessarius intelligit representationem, cuius meminit d. l. cum heres. in eo casu, quo heres uti vult accessione, & sic iure heredis.

Sed & communi opinioni adhuc ad stipulatur text. in l. neque fructuarium. §. C. de usufruct. cuius hic est contextus: Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usufructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex causa tenentes præscriptio munit. quo in loco Paulus de Castro scribit: quod si is, qui possidebat precario nomine, mortuus est, & heredes eius per triginta annos, & ultra etiam precarium ignorantes, possederunt proprio nomine, non propterea rem ipsam præscriperunt, ea ratione, quod cum defunctus nomine precario tenuerit rem, eius heredes censentur eodem modo tenuisse, licet tenebant ut domini: quia non superueniente noua causa non interuertuntur possessionem: sicuti nec defunctus potuisset mutare causam possessionis. l. nemo. C. de acquir. possess. Hæc Paul. Castrensis opinio etiam probatur in d. l. cum heres. & sequuntur Paulum Balb. de præscript. 4. part. 4. part. princip. quest. 11. col. 2. & Andr. Tiraquel, in lib. de constitut. 2. part. ampliat. 13. num. 5. & sequent. facit optimus textus in l. cum in plures. in fine princip. ff. loca. ubi apparet heredem coloni, quamuis colonus non sit, nihilominus domino possidere: unde et si heres bonam fidem habeat, non potest præscribere, licet velit ipse præscriptionem incipere: quia non potest mutare causam possessionis, qua defunctus possidebat. Hic tamen adnotandum est communem sententiam duabus rationibus defendi ab his, qui eam sequuntur. Prima quidem ratio deducitur à mala fide defuncti: quasi heres non possit mutare illam malam fidem defuncti, nec vitium illud refarcire: & hæc ratio constat in dict. l. cum heres. si diligenter eius verba pensitentur. Altera ratio in eo versatur, quod si defunctus ex aliqua causa possidebat, quæ non poterat esse sufficiens ad præscriptionem, cum nomine alterius possideret, eius heres ex eadem causa intelligitur possidere: & ideo usufructu non potest deficiente ea possessione, quæ ad præscriptionem requiritur. Prior ratio tollitur ex his, quæ modo explicuimus in responsione, & intellectu dict. l. cum heres. quasi heres ipse incipiens à se præscriptionem minime vsus accessione defuncti, ac bonam fidem habens nequaquam impediatur præscribere: quippe qui non vtratur in hac præscriptione iure hereditario. Posterior ratio tunc deficit, cum probatum fuerit possessionem interuentam esse ab herede, amissamque à vero rei domino: quod poterit iure resolui ex his, quæ in hac Relectione par. ista. §. 1. tradita fuere, num. 3. Et præterea si consideremus textum in l. si de eo. §. si forte. ubi Bartol. & Aretin. ff. de acquir. possess. cuius auctoritate dabitur fortasse insignis intellectus ad dict. l. cum in plures. ff. loca. in fine princip. atque in vniuersum, quoties quis nomine alterius possideat ex eo contractu qui t ad eius heredem non transit, eo quidem mortuo, possessionemque apprehensa per heredem titulum domini, si verus dominus eam neglexerit repetere, ac habere, perdit sane possessionem, ab eoque tempore heres proprio nomine possidere intelligitur. Hinc denique si post mortem constituentis fe præcario alterius nomine possidere, heres rem occupauerit, diuque steterit prior possessor absque eo quod apprehenderit possessionem, eamque neglexerit recipere, profectò possessionem amittit, & heres proprio nomine incipit possidere, sicuti in specie voluerunt Anchar. in cap. cum venissent. de resitut. spoliis. §. notab. Corn. consilio 280. lib. 3. colum. ult. Carolus Ruinus consilio 127. colum. 5. lib. 5. quibus accedit Tiraquel. in dict. ampliat. 13. num. 7. cum precarium in heredem constituentis non transeat. l. cum precario. §. precarij. ff. de precar. cap. ult. de precar. Etenim is, cuius nomine res possidetur precario, si mortuo constituyente sciat ab alio rem occupatam, eamque neglexerit repetere per modicum tempus, amittit possessionem, quam habebat. l. quamuis. l. quod meo. in fine. ff. de acquir. possess. Si verò ignorat rem ab alio occupatam, vel scit vacantem esse, tunc non perdit possessionem civilem, nisi ex eo tempore, quo obliuio inducitur. l. si id quod in princ. ff. de acquir. possess. l. furtum. §. 1. ff. de usufruct. Quia distinctione vtuntur Bart. in dict. l. si de eo. §. si forte. Panorm. in d. cap. cum venissent. col. penult. & ult. Paul. Castrensis consilio 10. col. 2. lib. 1. Matth. de Afflicis decis. 40. colum. penult. vers. præterea ex negligentia. Andr. Tiraquel. in 3. part. de constitut. limitat. 21. num. 8. Quo fit, vt minime impediatur præscriptio, ex ratione Paul. Castrensis in dict. l. neque fructuarium. saltem ex eo tempore, quo heres proprio nomine incepit possidere. idcirco communis sententia dubia videtur adhuc. Nam & opinione Dynii in hac regula, præter su-

præcitatos sequuntur Alexand. in cons. 110. num. 7. & ibi Carol. lib. 1. idem Alex. in cons. 39. n. 2. lib. 2. & alij per Balbum relati. licet idem Alex. in alijs responsis communem fuerit secutus. Imò nullam esse interius Canonice & Civile hæc in re differentiam asserit Carolus Molinæ in dict. cons. 4. col. 1. sentiens etià iure civili admittendam fore opinionem Dynii. Tandem ex hac disputatione sunt aliquot explicanda, quæ ab omnibus ad examen huius questionis adducuntur.

Primum, an heres incipiens ab eius possessione præscriptionem possit rem à defuncto mala fide t possellam præscribere, triginta annorum præscriptione? Si quidem hanc præscriptionem iure procedere, non obstat mala fide ipsius defuncti, asserit gloss. in regul. cum quis. de regulis iur. in 6. quam sequuntur Bald. in l. nihil. C. de usufruct. Aretin. & Crott. in d. l. Pomponius. §. cum quis. Paulus Castrensis in l. 2. C. de fruct. & liti. expens. idem Paulus in cons. 81. num. 12. & consil. 258. lib. 2. ea ratione quod hæc præscriptio triginta annorum titulum non requirit, sed tantum bonam fidem, quæ vero adest heredi toto præscriptionis tempore: titulus autem heredis, qui vitium habet ratione malæ fidei defuncti, minime nocet: cum sine eo præscriptio procedat. Hæc tamen opinio falsa quibuscumque videtur, & præsertim Panorm. in cap. si diligenti. col. 8. de præscript. Alexandr. Vincent. & Iason in d. §. cum quis. & Balb. in dict. quest. 12. nam hi opinionem communem sequuntur omissa Baldi distinctione. Francus item in dict. reg. cum quis. gloss. ibi reprobat. Et profectò si vera est opinio communis ratione representationis, quia heres repræsentat personam defuncti, & ideo ex hac repræsentatione fictam habet malam fidem: non video qua ratione hæc repræsentatio & fictio à iure inducta cesset in vlucapione, & præscriptione triginta annorum. Etenim quod præsumpta mala fides cesset ex tempore triginta annorum, mirum non est: tamen quod mala fides ficta ex repræsentatione heredis, extincta sit ob annorum triginta possessionem, mirum videtur, cum etiam post quinquaginta annos repræsentatio, à qua fictio procedit, obtineat. At si dixeris, Iurisconsultum in dict. l. cum heres. tantum agere de præscriptione decem, vel viginti annorum: si quidem triginta annorum præscriptio iure Digestorum nondum erat cognita. gl. in l. Iulianus. ff. ex quibus caus. maior. & in l. qui occiderit. ff. ad legem Aquiliam. Bartol. in l. tutor qui reperiatur. in fine. ff. de administ. tutor. atque ideo communem sententiam, quæ in dict. l. cum heres. fundamentum habet, solum obtinere in præscriptione decem, vel viginti annorum; non autem in præscriptione triginta annorum respondere fortassis, rationem dictæ l. cum heres. ita procedere in præscriptione triginta annorum, sicuti in ordinaria præscriptione decem vel viginti annorum, cum mala fides ita impediatur vnam sicuti alteram, præsertim iure Canonico. Adhuc tamen illud non incongruè in defensionem gloss. in dict. reg. cum quis. & Bald. adduci potest, quod iure civili mala fides non impediatur præscriptionem triginta annorum: quæmadmodum iure satis comperit esse. nec item iure Canonico in hac specie, in qua non de vera, sed de ficta mala fide tractatur. Ficta verò mala fides, quæ in herede ob veram defuncti malam fidem constituitur, nullum peccatum heredis præferibit habet. idcirco iure Pontificio heres ipse bonam fidem habens usufructu poterit: quod & alibi hac in Relectione disputabitur. Igitur in ea præscriptione, quæ iure civili bonam fidem non requirit, nec ob malam fidem impeditur, ea mala fides quæ iure Pontificio minime improbat, quippe quæ ficta sit, nihil oberit vlucapioni, nec obtinebit Iurisconsulti responsum in d. l. heres.

Secundò ex supralcripta disputatione apparet, an verum sit quod Alexand. in dict. §. cum quis. opinatur, scribens, heredem defuncti posse præscribere rem à defuncto mala fide t possellam, si nolit uti accessione possessionis defuncti, & inuentarium fecerit, ac præscriptio sit tricennalis, quæ titulum non requirit. ita sane Alexand. in dict. §. cum quis. num. 12. cui Iason inibi, Felin. in d. cap. si diligenti. num. 6. & Balb. in d. quest. 12. accedere videntur. Etenim præmissa communi sententia, quam ipse Alexand. veram esse censet, ego non video quid referat heredem inuentarium fecisse, vt liber ex hoc sit à vitio personali ipsius defuncti: cum heres rem ipsam habuerit ab eo, qui malam fidem habuit, titulo heredis eum repræsentantis. Imò inuentarium ad hoc heredi nocet: si quidem heredis conficiens, proficetur, rem illam titulo heredis velle obtinere. Et præterea constat, rem illam hereditariam fuisse. Quo fit, vt minime probati possit hæc Alexandri sententia. Præsertim quod restrictio ad tricennalem præscriptionem non omnino congrua est. Nam titulus heredis summ-

cians,

ciens, & iustus est ad præscribendum. l. 3. *in similibus ff. pro herede*. vnde responsio text. in dict. leg. cum heredes. non habet rationem à defectu tituli: sed à vitio personali, & sic à mala fide defuncti, quem heres repræsentat. Quod probatur: nam titulus alioqui iustus ad præscribendum non ideò repellitur, quòd malam fidem habeat is, qui titulum eum dedit, & à quo titulus processit: sicuti passim in hoc tractatu adnotatum à nostris est. Et ideò nec in hac conclusione, nec in præcedenti agendum est de titulo, nec de eius effectu: sed tantum de mala fide defuncti, quem heres repræsentat. Quamobrem si vitium istud malæ fidei per inuentarium solemniter confectum remissum foret, titulus heredis sufficiens esset ad præscribendum etiam spatio longi temporis, decem vel viginti annorum. Sic sanè deficiat proorsus isthæc Alexandri adnotatio.

Tertium, hac in controuersia illud constat, heredem vniuersalem, etiam si velit incipere à seipso præscriptionem, non posse præscribere rem à defuncto mala fide possessam, etiam si defunctus titulum habuerit, qui seclusa mala fide sufficeret ad præscriptionem: heres etenim nec ex eo titulo præscribere poterit, tamen si nolit ad hanc præscriptionem uti titulo pro herede. Eadem enim ratio, quæ iuxta communem sententiam excludit heredem ob malam fidem defuncti à præscriptione, titulo pro herede incepta, excludit item & ab ea præscriptione, quæ procedit omisso titulo pro herede, à titulo quæ defunctus habuit: sicuti adnotauit Ioan. Crot. in d. l. Pomponius. §. cum quis. idem voluit Paul. Castr. in conf. 81. n. 12. lib. 2. & conf. 208. eod. lib. licet idem Paul. contrarium responderit in conf. 158. eod. lib. Cuius opinio ex eo falsa in hoc ultimo responso videtur, quòd heres vsus eo titulo, quem defunctus habuit, debet eo uti simul cum vitiis, quæ titulus ille ratione malæ fidei habebat. l. 3. cum quis. atque ideò verior est prior sententia, quam idem Paul. & Crot. veram esse censent.

Quartum, ex his aperte deducitur, heredem posse rem à defuncto mala fide possessam omnino præscribere, si aliunde quam à defuncto titulum iustum habuerit, ex quo præscribere cœperit. text. optimus in l. an viui. §. vlt. ff. de diuers. & temp. præscr. quem adhuc censet singularem esse Arct. in d. §. cum quis. quo in loco idem tenent qui post Arct. ibidem scribere commentaria, præcipue Ias. col. 4. Alex. conf. 181. lib. 1. & Balb. in d. q. 12. ad fin.

Quintum, ab his deriuatur ratio eius quod Accursius asseruerat in l. tutor rerum ff. de administ. tutor. scribens, heredem non posse præscribere rem à defuncto mala fide possessam, ubi mala defuncti fides fuerit vera: secus si fuerit præsumpta, aut ficta mala fides: quia in eo casu poterit eius heres à seipso incipiens præscriptionem bona fide vsucapere. Hanc opinionem Accursij sequuntur Paul. Castr. in l. numquam ff. de vsucap. in princ. Alexand. in d. l. Pomponius. §. cum quis. colum. 7. & ibi alij Doctores. Etenim cum sola mala fides defuncti præster impedimentum præscriptioni heredis ob repræsentationem, quæ fictione quadam à lege inducitur: profecto æquum est, quòd hæc fictio repræsentationis locum habeat in vera mala fide defuncti: non in ficta, nec præsumpta: ne demus in herede quoad vnam & eandem rem ex vno & eodem capite, nempe quia heres, duas fictiones aduersus omnem æquitatem, quam lex civilis in his fictionibus præ oculis habuit. l. postliminium. in princ. ff. de capitis. l. sciendum. ff. ex quibus caus. maior. Bart. in l. si quis pro emptore ff. de vsucap. col. 3. & ibi Ias. n. 72. atque ideò duæ fictiones in vno & eodem negotio, ex vna causa nequaquam constituuntur. l. 1. C. de dot. promiss. tradit Bart. in d. l. si quis pro emptore. q. vlt.

Sexto subinfertur, heredem heredis præscribere posse rem à defuncto mala fide possessam. licet heres prius eam præscribere non posset propter malam fidem veram ipsius defuncti. Quia primus heres, si quam malam fidem habuit, non equidem veram, sed fictam malam fidem habuisse videtur: eaque ratione eius heres non obstante hac ficta mala fide præscribere poterit: quod satis dubius explicat Ioan. Crot. in d. §. cum quis. ad fin. dicens se nullibi legisse huius quæstionis decisionem. Nam quod Alexand. notat in d. conf. 181. lib. 1. col. 2. & Felin. in c. si diligenti. n. 6. de præscript. non pertinet ad heredem heredis, sed ad successorem singularem successoris singularis: de quibus in hac prima conclusione agendum non est, sed in sequenti ad intellectum text. in authent. mala fidei. C. de præscript. long. temp. 10. vel 20. annorum.

Septimò apparet, si præmissa diligenter obseruentur, successorem in dignitate, vel officio, qui personam defuncti, aut antecessoris, minimè repræsentat, posse iure optimo præscribere rem à defuncto, vel antecessore mala fide possessam, modò non vratur accessione possessionis ipsius, cui successit: quod commu-

ni omnium sententia receptum est auctoritate gloss. in cap. cura. de iure patron. & in cap. de quarta. de præscript. & in c. in primis. 2. quæst. 1. in verb. quia leuior. Quæ etsi præscriptionem istam simpliciter permittant, in hunc tamen sensum accipiendæ sunt secundum Abb. & Felin. in d. cap. de quarta. num. 23. Alexand. Vincent. Ias. & Crot. in d. l. Pomponius. §. 1. Francisc. Balb. in d. 2. part. 3. part. princip. quæst. 12. num. 60.

Secunda hac in quæstione principalis conclusio: Mala fides auctoris, & singulari successori nocet, etiam si is aliqua successione ne uti nolit, quoad præscriptionem decem vel viginti annorum, vero rei domino ignorante. text. opt. in dict. authent. mala fidei. C. de longi temporis præscript. Cuius intellectum hic minimè expendam: cum eum latissime & diligenter tradiderint gloss. Panormit. & Felin. in cap. si diligenti. de præscript. Bartol. Alexand. colum. 4. & alij, in dict. l. Pomponius. §. 1. ff. de acquirend. possess. Oldrad. conf. 19. Ias. in §. sed ista. num. 80. de actionibus. Franc. Balb. in dict. quæst. 12. num. 6. Angel. Arctin. in §. furina. Institut. de vsucap. optimus textus in l. 19. tit. 27. part. 3.

Verum his, quæ longè lateque hætenus examinauimus, vt constitueremus, nullam præscriptionem posse mala fide procedere, obstat responsum Iuriconsulti in l. & generaliter ff. de noxalibus. quo in loco Africanus respondit, seruum datum propter noxa ex decreto iudicis præscribi iuste posse, etiam ab eo qui scit seruum illum alienum esse, & non illius, qui eum pro noxa conueniens noxali actione dederat. à quo quidem text. adnotatur quidam, missum in possessionem decreto iudicis ob rei conuenienti contumaciam alicuius rei, quam ipse missus scit non esse illius contumacis, sed alterius, posse eam præscribere, non obstante hac mala fide: quam opinionem Paul. Castr. reprobatur in l. pratorum in princip. ff. de damn. infect. Et sanè meritissimè, cum mala fides huius præscriptoris minimè remittatur decreto iudicis, qui rem contumacis tradere voluit, non autem alienam. idem adnotatur Rom. in l. si per errorem ff. de vsucap. Imol. in cap. vlt. de præscript. colum. 19. in reperit. idem in l. sequitur. §. si viam ff. de vsucap. num. 26. Alexand. in l. si finita. §. si de vestigalibus ff. de damn. infect. num. 11. & ibi Paul. Castr. text. opt. in l. qui fundum. §. qui bona ff. pro emptore. ad finem. cuius meminere Paul. in l. iuste possidet. & Bart. in l. Pomponius. §. si iussu ff. de acquirend. possess. Denique hi Doctores conueniunt in hoc quòd missus in possessionem ex causa noxali vel damni infecti, non possit rem præscribere mala fide iure Canonico. Nam in aliis causis omnium consensu absque vlla controuersia receptum est, iudicis decretum, & auctoritatem minimè defendere præscriptentem mala fide, nec iure Canonico, nec ciuili: ex d. §. qui bona. vnde præscriptioni locus non erit, si quis missus in possessionem, etiam ex secundo decreto malam fidem habeat: quippe qui possideat rem, sciens eam alienam esse. Sed missus in possessionem ex causa damni infecti, vel noxali posse rem mala fide præscribere, etiam si sciat alienam esse, non illius, aduersus quem missio facta fuerit, asserunt gloss. in hac regula, possessor. gloss. item in d. c. si diligenti. & ibi Anton. n. 12. Panor. n. 28. Imol. n. 12. Bald. in d. l. & generaliter. 1. & 2. lect. gl. & Bart. col. 1. & in d. §. si de vestigalibus. Bald. in l. 2. ff. de noxal. caus. aga. num. 10. idem Bald. in authent. ei qui iurat colum. pen. & ibi Sal. q. 9. C. de bonis. auct. iud. poss. Spec. tit. de 2. decret. §. iuxta. n. 8. quorum opinio etiam quoad ius Pontificium communis est, vt testantur Alex. in d. §. si de vestigalibus. n. 11. & Imol. in d. c. vlt. col. 19. quasi speciale sit in causa damni infecti, per ea, quæ notantur in d. l. pratorum. & in noxali causa: quia res ipsa cuiuscunque sit ad illud onus damni infecti, & noxæ tenetur: qua ratione missus in possessionem videtur causam habere à vero domino: quia si veller propriam rem petere & consequi, teneretur æstimationem damni soluere, vel de damno infecto cauere. Adhuc tamen prior sententia mihi verior apparet. Nam etsi verus dominus his actionibus omnino teneatur, non ex hoc sequitur, missum in possessionem, qui scit rem non esse possidentis, præscribere posse rem alienam mala fide: cum hic maximam culpam contraxerit, qui verum dominum in iudicium non vocauerit, vt rem defenderet: nec ab eo petierit noxæ æstimationem, nec damni infecti cautionem. Etenim res inter alios acta, aliis non nocet, secundum vtriusque iuris constitutiones. Fit igitur, vt missus in possessionem ex causa noxali, vel damni infecti, quoties ante perfectam vsucapionem sciuerit rem, in cuius possessionem missus fuerit, alienam esse, non illius, quem in iudicium vocauerat, teneatur ipsum dominum interpellare pro æstimatione noxæ, vel pro ipsa damni infecti causa: dominusque tenebitur ex his causis promisso satisfacere.

§. DECIMVS.

De iuris patronatus & præsentandi præscriptione.

S V M M A R I A.

- 1 Ius patronatus quomodo à laicis vel clericis possit præscribi sine consensu Episcopi. & ibid. intellexit. &c. cura. de iure patronatus.
- 2 Ius patronatus in Ecclesia libera, præscriptione à laicis acquiri non potest.
- 3 Parochiani possunt præscribere ius præsentandi rectorem, in Ecclesia libera.
- 4 Patronus etiam præscriptione potest acquirere ius præsentandi rectorem in Ecclesia collegiali.
- 5 Catholici Hispaniarum Reges quo iure possint Episcopos nominare, & eligere. & ibi de Galliarum Regis iure circa nominationem Episcoporum.
- 6 Expenditur Canon in c. cum longe. 63. distinct.
- 7 Præscriptio iuris patronatus quantum temporis requiratur?
- 8 Ius patronatus præscribi à laicis potest in Ecclesia, qua patronum habet, & olim habuit, atque inibi tractatur de tempore præscriptioni necessario.
- 9 Titulus beneficii canonicus, an possit præscriptione acquiri: & an teneatur quæ Episcopo exigenti illud ostendere?
- 10 Examinatur breuiter regula Cancellaria de triennali possessore.

HVI c. præterea regulæ iuris Pontificij, qua de finitum extat nullam præscriptionem mala fide posse obtinere, obstat responso summi Pontificis in c. cura. de iur. patr. Etenim tunc ex iuris errore mala fides præsumatur, sicuti hac in Relectione iam satis probauimus, nec possit ius patronatus Ecclesiasticum à laicis in alteram Ecclesiam, vel in personam Ecclesiasticam, vel in laicos transferri, absque licentia & consensu Episcopi: responsum est à Romano Pontifice, posse laicos vel clericos ius patronatus Ecclesiastici præscriptione temporis obtinere titulo translationis, licet consensus Episcopi minimè accesserit ad eiusdem translationis auctoritatem: igitur præscriptio cum mala fide adhuc iure Canonico admittitur. Cui obiectio gl. & DD. in d. c. cura. respondere conantur variis modis, quibus constat, ad illius capituli decisionem omnino aduertendum esse, eam præscriptionem admitti non aliàs, quam si eidem bona fides accesserit, vel quia quasi possidentes ius patronatus, existimarunt consensum Episcopi translationi auctoritatem de disside: vel in ea specie, & casu, de quo actum fuit iure non fuisse necessarium consensum Episcopi: eaque opinio iure satis probari poterat ob varias interpretum sententias, ex quibus dubium erat, & ambiguum, an esset in eo casu Episcopi consensus necessarius, iuxta ea, quæ de errore iuris superius à nobis adnotata fuere: vnde constat bonam fidem in specie d. c. cura. necessariam esse ad præscriptionem, & ideo præmittendum est, eam in ea præscriptione contigisse vel ex errore facti, vel ex ignorantia iuris, quæ quandoque bonam fidem inducit.

Superest tamen ad illius responsi interpretationem explicare an in acquirendis Ecclesiis quoad ius patronatus, vel quoad beneficii & sacerdotij titulum, præscriptioni locus sit? Nam & huic tractatui maximè hæc disputatio conuenit: qua de reali-quot constituam conclusiones, ex quibus huius quæstionis resolutio constabit compendio quodam, cum apud alios longa, lataque sit ad veramque partem disputatio.

Prima conclusio: In Ecclesia, quæ olim libera fuit, ius patronatus † Ecclesiastici præscriptione acquiri non potest à laicis. Huius conclusionis auctores sunt Archid. in c. hortamur. 71. distinct. Cardin. in Clem. 2. q. 5. de iure patronatus. Panor. in c. querelam de elect. col. 3. super gloss. in verb. consuetudine. Cardin. item ibi huic opinioni subscribit. idem Alex. conf. 75. lib. 4. Panorm. in disp. incipienti, Augerio col. 6. ver. & ex his sequor Archid. Idem Abb. & Fel. in cap. caus. 3. col. de præscript. Ioan. Andr. in reg. quod alicui de reg. iur. in 6. iuxta intellectum, quem ex illo refert, & sequitur Rochus Curt. de iure patronatus in verb. ipse, vel in q. 36. atque eundem sensum applicuerunt Ioan. Andr. in ultimis verbis huius disputationis. Abb. in d. cap. querelam. n. 9. & ferè omnes, qui post eum scripsere, quorum statim mentionem faciemus. vnde cum eiusdem Ioan. Andr. opinio communis sit secundum Abb. in d. num. 9. & in aliis locis paulò antè citatis, Rochum in d. quæst. 36. Dec. in c. cum venerabilis. de except. n. 36. Felin. in tract. quoad litem Apost. noceant patronatus. col. vltim. Franc. & Balb. de præscript. 1. part. §. part. principii quæst. 9. Dec. consil. 12. 4. & consil. 117. & consil. 134. constat & hanc primam conclusionem communem esse, & absque vlla controuersia tenendam fore: sicuti latissimè probat Lambert. de iur. patronatus. 1. lib. 1. part. q. 10. art. 5.

Ego sanè, ramentum videam frequentiori DD. consensu receptum esse, quod præscriptio iuris præsentandi non admittatur

in Ecclesia libera, ut ius istud à laicis præscriptione obtineri valeat: scio tamen Ioan. Andr. in dict. reg. quod alicui ad fin. hanc opinionem non ita indistinctè asseuerare: sed eam intelligere quoad Ecclesiam, quæ verè apparet libera, & quam constat nec à laicis constructam, nec dotatam fuisse: quod si res ista in dubio sit, inquit Ioan. Andr. Ecclesiam præsumi à parochianis constructam: atque ideo posse præscribi ius præsentandi per ipsos parochianos. Ex contrario Archid. quique eum sequuntur, distinctè probare nituntur, & asseuerant, in Ecclesia libera ius præsentandi non posse à laicis præscriptione acquiri, præsertim Card. in dict. Clem. 2. q. 5. arbitrat, in eo dubio, an Ecclesia sit libera, vel fuerit à parochianis constructa, vel dotata, idem esse, ut præscriptioni locus non sit, nisi ea fuerit immemorialis. Qua de re latissimè disputat Lambert. in dicto articulo §. cuius quidem omnia disputatione, quæ Lectori facillimè obuia erit, illud expeditum est apud me, conclusionem hanc, quam primo loco constituimus, magis communem esse; siquidem & qui contentionem istam Archid. & Ioan. Andr. post eos examinare conati fuerunt, in hanc primam assertionem conuenisse videntur: idcirco in praxi non mediocrem auctoritatem, sed sanè maximam obtinebit, non obstantibus his quæ variè vtriusque adduci solent.

Possent tamen is, qui habet quasi possessionem præsentandi ex tempore immemoriali, titulum huius iuris, & Ecclesiastici patronatus allegare, ad eiusque probationem inducere tanti temporis quasi possessionem: quemadmodum Felin. tradit in d. cap. causam. col. 3. de præscript. Sic enim temporis immemorialis quasi possessio non habet auctoritatem iure præscriptionis, sed tituli probati, vel præsumpti: ex c. super quibusdam. de verb. signific. l. hoc iure. §. ductus aqua. ff. de aqua quot. & aestua.

Ceterum auctore Panorm. in dict. disp. Augerio. potissima ratio, cui Archidiaconi sententia innititur, ea est, quod ius patronatus est spiritualibus annexum, & quasi spirituale: atque ideo laici sunt incapaces eiusdem iuris, nec id possidere possint, nisi ex priuilegio speciali, vel iuris communis: nempe constitutionis, aut dotationis alicuius Ecclesiæ ratione, cap. quanto de iudic. c. 3. de iure patron. vnde præscribere laici non possunt ius istud, quod nec possidere valent, eiusdem possessionis incapaces iure communis: cum præscriptio absque possessione minimè procedat. c. sine possessione. de reg. iur. in 6. Etenim ex multis, quæ pro Archid. traduntur, hoc est, ni fallor, præcipuum fundamentum.

Hæc autem ratio profectò parum vrget. Nam utcumque sit, siue ex gratia iuris communis causa dotationis, aut constructionis Ecclesiarum, laici capaces sunt huius quasi possessionis iuris patronatus Ecclesiastici. cap. consultationis. de iure patronatus. cap. pia mentis. 16. q. 7. quod satis est ad quasi possessionem istam obtinendam. Nec refert dicere, quod illi tantum laici sint capaces, qui construxerint, aut dotauerint Ecclesias. cap. 3. de iure patron. id enim non negat, imò cōcedit absolute, laicos esse capaces huius iuris: nec inde rectè deducitur, laicos, eo quod laici sint, huius quasi possessionis fore incapaces. Hoc ipsum constat perpena frequentissima Doctorum sententia, dum ipsi opinantur, laicos posse acquirere præscriptione ius patronatus in Ecclesia patronum habente: ita ut præscriptio procedat aduersus alium patronum: non enim hæc præscriptio procederet, si laici, qui Ecclesiam nec construxerint, nec dotauerint, incapax foret huius iuris, eiusque quasi possessionis. Quamobrem fortassis iure verius est, quod ius præsentandi possit præscribi per laicos, etiam in Ecclesia libera, quod probatur in c. Generali. de election. in 6. & in cap. querelam. eod. tit. vbi Ioan. Andr. & auctor. indistinctè id teneant. Imò Doctores ipsi, qui Ioan. Andr. sequuntur simpliciter, & adhuc illi, qui eius sententiam ita temperant, ut ad hanc primam conclusionem eam deduxerint, planè fatentur, & fateri coguntur, laicos capaces esse quasi possessionis huius iuris patronatus, de quo disputamus, præsertim Freder. conf. 234. Dec. consil. 117. & 134. Nam & Panorm. hoc inficiari non poterit, dum admittit iuris patronatus præscriptionem in Ecclesia non libera, & quæ olim patronos habuerit.

Utrumque sit, licet opinione Archid. admittamus iuxta hanc primam conclusionem intellectam, quia communis sit: tamen opinio contraria etiam in praxi recipienda est omnino in duobus casibus.

Primus quidem in parochianis † præscribentibus ius præsentandi in Ecclesia parochiali, saltem vbi non appareat Ecclesiam ab aliis quam parochianis constructam esse: sed sumus in dubio. tunc sanè propter obsequia, quæ parochiani Ecclesiæ impendunt, & alia onera, quæ ad eius utilitatem præstare quotidie solent,

solent, admittenda est præscriptio iuris præsentandi. Hoc expressim constat auctoritate Ioan. Andr. in d. reg. quod alicui. quem in hac specie sequuntur Panorm. in conf. 76. lib. 2. Bal. in d. c. querelam. 4. colum. Dec. in d. conf. 117. & conf. 134. ubi respondens in hoc casu faceret opinionem Ioan. Andr. communem esse. eandem opinionem sequitur Brunellus in tract. de legat. q. 23. vers. secunda est opinio. nec ipse dubito hanc sententiam magis communem esse. Alter casus, in quo admittenda est præscriptio iuris præsentandi à laicis obrita, quoad Ecclesiam liberam, cuius præsentationem nullus antea habuerat, præmittit & requirit illius quæstionis decisionem, an laicus construens, vel dorans Ecclesiam collegialem, acquirat ius præsentandi clericos ad eius ministerium, sicuti acquiritur, si Ecclesia collegialis non foret? & iure Pontificio expeditum est, patronum Ecclesiæ collegialis non habere ex constructione, vel dotatione ius præsentandi rectorem, vel Prælatum. text. est in c. nobis. de iure patron. cap. cum terra. c. sacrosancta. de election. Etenim eo ipso, quod Ecclesia collegialis constituitur, datur, & competit ipsi collegio ius eligendi sibi Prælatus. c. 1. de elect. Patronus igitur Ecclesiæ collegialem instituens sibi imputet: nam legem illam recipere tenetur, quæ ipsi à iure inest. Erit ideo licet in Ecclesia collegiali locus sit iuri patronatus quoad honores, & similia, non tamen quoad præsentationem Rectoris: sicuti explicat Abb. & alij in d. c. nobis. Cardin. in c. suggestum. eod. tit. Alexand. conf. 74. lib. 4. Rochus Curt. in tract. de iure patronat. in verb. in Ecclesia. q. 2. Cæsar Lambert. de iure patronat. 1. part. 2. lib. 5. quest. principal. text. ling. in l. 1. tit. 15. part. 1. ex quibus & illud constat, ad alia beneficia eiusdem Ecclesiæ collegialis, patronum habere ius præsentationis: quod in specie notat Abb. in cum Ecclesia Viterbana. 3. col. de elect. idem in c. quod sicut. col. 3. & in cap. sacrosancta eod. tit. & est communis opinio secundum imol. in c. vlt. de concess. præb. vlt. notat. Rochum in d. q. 2. & Lambert. dict. q. 5. art. 3. Quæ quidem adeo vera sunt, vt nec consuetudine aut præscriptione possit patronus laicus, ius eligendi Rectorem ad collegialem Ecclesiam acquirere. gl. in d. c. nobis. & in d. c. quod sicut. quas DD. communi omnium consensu probant. quemadmodum Lambert. & Rochus tradiderunt: ac lastimè Ioan. Selua de benef. 2. part. q. 23. Est etenim necessarium privilegium Romani Pontificis, vt hoc ius laicis possit competere: quod & Regia lex 1. tit. 15. part. 1. insinuat. Ius autem præsentandi Prælatus ad ipsam Ecclesiam collegiam patronus laicus habere potest, si tempore constructionis Ecclesiæ, aut dotationis id ius ex consensu Episcopi exceperit sibi, secundum Cardin. in Clem. plures. §. vlt. ad fin. de iure patron. Roch. Curt. in dict. verb. in Ecclesia. q. 2. Lambert. in d. q. 5. in princ. col. vlt. text. opt. in d. c. nobis. ibi, nisi ex sua iurisdictione.

Item, vt propositam controuersiam expediamus, poterit patronus laicus habere ius præsentandi Prælatus in Ecclesia collegiali ex præscriptione. Nam in hac specie admittendam esse opinio Ioan. Andr. opinionem, quæ communis est. Cum hæc Ecclesia collegialis patronum habeat laicum, qui eam erexit, dotauit, & construxit, in cuius obsequij, & muneris remunerationem mirum non est, quod ius præsentandi Prælatus legitimo tempore patronus laicus acquirere possit: sicuti in parochianis, quorum impensis & opera Ecclesia constructa fuerit. Io. Andr. censuit in d. reg. quod alicui. & nos paulo ante adnotauimus. Eritque ex hoc optimus applicandus intellectus ad text. in d. c. nobis. ibi, nisi ex sua iurisdictione.

Ex quo inferitur, Catholicos Hispaniarum Reges, etiam si nullum privilegium à Romanis Pontificibus habuerint ad præsentationem Episcoporum, qui Ecclesiis cathedralibus præsint, posse iure optimo vt Ecclesiarum patronos ius istud ex præscriptione obtinere, licet Ecclesiæ, quarum patroni sunt, Collegiales, vel Cathedrales existant. Hoc enim corollarium deducitur ab his, quæ proximè probata fuere: siquidem Hispaniarum Reges patronatus ius obtinent in Ecclesiis cathedralibus, cum eas erexerint, construxerint, & amplius patrimoniis dotauerint. Quod satis constat ex veterum Historicorum monumentis: atque ex l. 18. tit. 5. part. 1. l. 3. tit. 3. lib. 1. ord. (l. 1. tit. 6. lib. 1. Recopil.) Imò & iure communi Reges sunt patroni maiorum Ecclesiarum sui principatus: quod notant Archid. in c. lectu. 63. dist. Bald. in cap. quanto. de iudic. col. vlt. & in proæmio, Rex pacificus. col. 2. Anton. Corlet. in tract. de excellent. Regis. q. 34.

Hoc idem ius possunt & Reges defendere, iureque tutari, allegato privilegio Romanorum Pontificum, quod probare poterunt immemorialis temporis quasi possessione, etiam si expeditum esset hac in re præscriptioni locum non esse: iuxta ea, quæ paulo ante tradidimus.

Didaci Couar. Tom. I.

Tertiò idem ius, etiam si Reges Hispaniarum patroni Ecclesiarum Episcopaliū minimè forent, probaretur auctoritate eius opinionis, quam ex Ioan. Andr. superius defendimus, asserentes ius patronatus adhuc in Ecclesia libera posse à laicis præscriptione adquiri, ex eo, quod laici sint huius iuris, eiusque quasi possessionis capaces. Vnde Hispaniarum Reges poruerunt præscriptione hoc ius præsentandi acquirere, secundum Ioan. Lup. in tract. de benef. vacan. in curis. §. 10.

Olim apud Hispanos consuetudo obtinuit, vt Canonicoꝝ Collegium, cui munus eligendi Episcopum iure incumbit, statim mortuo pastore, Regi eius obitum nuntiaret, ab eoque peteret licentiam & facultatem eligendi Episcopum, qua per Regem concessa, ipsi Canonici eligebant Prælatus, quem ante missionem in possessionem Regi exhibebant, vt ab ipso honore administrationem obtineret. Regia lex 18. tit. 5. part. 1. & d. l. 2. tit. 3. lib. 1. ordina. cuius rei testimonium peti solet à c. cum longè. 63. dist. Nam & iure æquum est, & honestati conueniens, quod in Ecclesia Cathedrali, vel Collegiali Prælatus electus ante institutionem, patrono ipsi cuiusque, etiam priuato exhibendus sit, vt ipse patronus videat sime conueniens, & idoneus Ecclesiæ administrationi. cap. nobis. & ibi Doctores de iure patron. text. optimus in c. lectu. 63. dist. quo definitum est Episcopos electos non esse à Romano Pontifice instituendos, nisi epistolam approbationis ab Imperatore obtinuerint. Etenim & Regis interest nosse, qui sint qui Ecclesias intra eius prouinciam sunt administraturi: sicuti colligitur ex his, quæ adnotant Innoc. & Abb. in cap. super his. de accusation. Idem Abb. in c. ex parte. 4. de testib. & in c. quod sicut. de elect. gloss. in c. 1. 62. dist. Corlet. in tract. de excellent. Regis. quest. 11. text. ling. in Pragm. sanct. tit. de elect. cap. licet. §. verumtamen. & ibi Chosmas Guimier. Io. à Selua in tract. de benef. 2. par. q. vlt. Gul. Bened. in c. Raynuitius. in verb. Et uxorem nomine Adelafiam. num. 367. de testib. Io. Ign. in repet. l. necessarios. §. non alias. num. 331. & seq. ff. ad Syllan. Io. Ferrald. in tract. de insignib. peculiar. reg. Franc. 9. iure. Carol. Degraffal. lib. 2. Regalium Francia. iure 3. Chassan. in catalog. gloria mundi. part. 5. considerat. 24. num. 294. qui diligenter examinarunt ius hoc Regibus ad præsentationem Episcoporum pertinens: præsertim Gallici auctores multis auctoritatibus probarunt, Regem Gallorum eam habere auctoritatem, vt absque eius nominatione, & consensu nullus Ecclesiæ Cathedrali præficiendus sit. Idem plerique ex his fatentur de Hispaniarum Rege: ac ferè omnes hi auctores id adnotant ex cap. cum longè. 63. dist.

Ceterum absque vlla controuersia Hispaniarum Reges ius, & quasi possessionem habent ab eo tempore, cuius initium memoriam hominum excedit, eligendi & nominandi eos, qui à Romano Pontifice Episcopatus sunt præficiendi, ita quidem, vt nisi à Rege nominatus nemo possit his dignitatibus insigniri. Hoc verò ius, & exclusa præscriptione, semoto item Romanorum Pontificum privilegio deducitur à Concilio Toletano 12. cap. 6. Etenim sub Agathone, aut Leone Secundo Romano Pontifice, anno primo Heruigij Gotthorū Regis, qui Hispanias obtinebat, Natiuitatis Domini Iesu Christi anno 685, auctore Roderico Archiepiscopo Toletano lib. 3. cap. 12. qui ex Æra Cæsaris annum computauit septingentesimum vigesimum tertium, Toleti celebratum est Concilium Toletanum duodecimum, quo decretum est, quod Rex ad Episcopalem dignitatem promouendos eligeret: ipse verò Toletanus Antistes præuia morum examinatione instrueret. Huius canonis Gratianus meminit in dict. c. cum longè. 63. dist. vnde constat ius istud vetustissimis canonum decretis, moribusque Hispanorū obtinuisse. temporis item rationem huius Concilij Toletani obseruauit Alphonsus à Carthagine Episcopus Burgensis in Anacephalocosi Regum Hispaniarum cap. 40. quo in loco annum primum Heruigij Regis, salutis humanæ commemorat sexcentisimum octuagesimum quintum, in quo conuenit computationi Roderici, si obseruemus Æram Cæsaris, Christi Natale triginta octo annis præcessisse: quod alibi à nobis adnotatū est. Nec controuersum est, hanc synodum celebratam fuisse anno primo Heruigij mense Ianuario: quia id ex ipsius Concilij actis manifestum extat. Quod verò quidā Concilium hoc conditum, & celebratum fuisse sub Agathone, aut Leone Secundo Romanis Pontificibus scripserunt, non admodum rationi temporum congruit: siquidem ipse Alphonsus Burgensis Benedictum Secundū Apostolicā sedem eo tempore tenuisse meminit: atque idē mihi magis arridet, cum ex Matthæo Palmerio in Eusebij Chronico Benedictus Secundus annis octuagesimo quarto, & octuagesimo quinto supra sexcentisimum

à Natiuitate Christi, nondum duodecim mensibus summum Pontificatum obtinuerit. Igitur Conc. Toletanum anno octuagesimo quinto institutum, tempori, & regimini Benedicti Secundi conuenit, quod uerolimilius est: aut salte Ioanni Quinto, qui eodem anno 85. electus est in summum Ecclesiæ Catholicæ præfulem. Nisi quis existimet primū annum Heruigij fuisse 681. & eodem celebratum Toletanū hoc Concilium: sicuti doctissimus ac diligentissimus Ioannes Vassus priori parte Chronico- rum Hispaniæ deducit. Id uerò palam constat exactis Concilij Toletani 13. & 14. Etenim iuxta hanc rationē Synodus ista Agathonis summi Pontificis temporis aptius cōueniet. Nam & Platina etfi diligenter Romanorum Pontificum uitas scripserit, non satis tamen exactē rationem temporum habuit.

Nos uerò non temerē hæc expendimus: sed ut quibusdam obuiam iremus, æquo quidem animo ob eorum insignem eruditionem, & in perscrutandis uariisq; iuris sanctionibus non inutilem diligentiam, quam tamen aliquando parum propitio in Hispanos animo iniuiolis profectō uerbis, à quibus abstinere omnino debent uiri doctrina præsertim insignes, & deinde commentis quibusdam non omnino gratam lectoribus studiosis fecerit. Ioan. etenim Igneus in dict. §. non alius num. 336. ita inquit: *Non etiam gloriari debent Hispani propter dict. cap. cum longē. ead. 63. distinct. quoniam Hispani Reges ex concessione Carolo facta obtinere, qui postquam Adrianum huius nominis primum Pontificem à tyrannide Desiderij Longobardorum Regis liberauerat, Hispani. si Mahumetica prauitate imbutus Christiani. si fuit: potius eis Hispania Rex insinuat est: eo medio ius istud Regali consecuti sunt.* Hæc uenit Ioan. Igneus: cuius sententiam ante eum probare conatus est Ioan. Ferrald. in trañ. de insign. reg. Franc. §. iur. à quo Carolus Degraffalius, & ipse Gallici nominis dissentit, minime citato Igneo, lib. 3. Regal. Franc. iure 3. uerum quàm fœdē lapsi fuerint Ioan. Ferrald. & Ioan. Igneus hac in re, satis apparet ex ipso Concilio Toletano, à quo ius istud Reges Hispaniarum obtinuerunt. Quod denique Concilium Caroli Magni natiuitatem ferē sexaginta annis, eius autem principatum plusquam octuaginta præcessit: quemadmodum ex ratione temporum, quam Gaguinus tradit, palam constat. Fit igitur, ut falsissimum sit Reges Hispaniarum ius eligendi & nominandi Episcopos habuisse ratione concessionis, quæ Carolo Magno facta fuerit: cum ante ipsum, & ante Arabin Hispanias expeditionem Gothorum Reges id obtinuerint. Deinde ut par est, Carolum Magnum Regem & Cæsarem Christianæ religionis fide, ac pietate, armis & potentia militum instructissimum, in Saracenos, qui tunc Hispanias occupabant, Gallias finitimos, incursionales aliquot fecisse: ita uerolimile non est, ipsum tot bellis in Italia, & Germania imminuentibus deditum, cum exercitu in interiora Hispaniarum penetrasse, prouincias, & vrbes insignes ab Arabum tyrannide liberasse. Nam & Gaguinus huius est sententiæ, ut hæc minime uerolimilia esse censet. Nec rem istam auctores fidei sinceræ tacuissent: potissimum historici Hispani, qui continua serie rerum gestarum, speciatim meminere Regum Hispanorum, qui post cladem illam Hispaniæ paulatim singulas vrbes, & oppida Saracenis fugatis & expulsi in pristinum Christianorum dominium vindicauerint: tamen non desunt auctores, & hi non contempnendæ inter historicos fidei, qui scripserint, Carolum Magnum cum exercitu Nauarram, Aragoniam, Cathaloniam, & adhuc, quod omnino à uero abhorret, ad Galliciæ usque per Mediterraneam Hispaniarum penetrasse, easq; prouincias à Saracenis bello abstulisse. Nam & à Gratiano 11. q. 1. in c. volumus. adducitur Caroli Magni decretum, ubi ipse Carolus asserit Hispanos sibi subditos esse. id uerò decretum est omnino intelligendum de Hispanis Gallias finitimos, Pyrenæum, & loca illi propinqua habitantibus: atque hoc uerum esse ex Historicis opinamur, cum nondum Caroli Magni capitularia legerimus, ex quibus Gratianus decretum prædictum adducit: tamen Carol. Molin. ad edictum Henrici Regis Franciæ, eadem capitularia diligenter perlegisse uideatur: & eorumdem meminerint Balduin. in prolegomenis, Rhenanus ad Tertullianum lib. de corona militis, & Ioan. Trithemius de scriptoribus Ecclesiasticis in Angelfo. Sed & Iue Carnorensis, 4. part. cap. 17. 4. eorumdem capitularium meminisse constat: quæ ex eo, illa auctoritate Apostolica edita fuisse, simul & Regia ipsius Caroli Magni. atque ideo existimamus apud Gallos ea olim recepta, plurimum ad disciplinæ Ecclesiasticæ institutionem contulisse. Id uerò ferē apud omnes receptum est, & Hispani Historiographi testantur, eundem Cæsare à Saracenis in ipsis Pyrenæis saltibus magna cum iactu-

ra, & clade fugatum, fufumque fuisse; id enim & quæ Gallis, exterisque eius uitam monumentis tradidere, planē fatentur: ac nostri, eam uictoriam militibus Alphonfi Castellæ Regis, qui cum Saracenis pacem inierat, tribuendam esse censent. Sed & Paulus Æmilius scribit, huic prælio interfuisse Bernardum Carpiensem, qui Dux erat Bardulort; hi enim Castellani sunt. Etiam si Gaguinus, aliiq; exteri Chronographi, Arabum tantum, & Saracenorum in eo cōstitū meminerint. Hæc aliis examinanda dimittimus: illud quidem hinc deducentes, Carolum Magnum Hispaniarum prouincias minime obtinuisse bello, nec eas Catholicis Hispaniarum tradidisse Regibus, qui auxilio diuini nominis post illam Roderici Gothorum Regis cladem, maximis laboribus, deuictis Saracenis strenuē Christianæ Religionis Hispanias restituerint. Quo fit, Reges Hispaniarum ius nominandi & eligendi Episcopos nequaquam habuisse ex concessione, & privilegio Carolo Magno concessio. Id enim & Car. Molin. ad edictum Henrici Regis part. ult. n. 31. & seq. planē fatetur scribens, & ante Carolum Magnum idem ius Gallorum Reges habuisse. [Quod latē tradit Rhenanus Choppinus lib. 2. de Dominio. tit. 10.]

Hæc uenit de præscriptione iuris patronatus, præsentandique rectorē in Ecclesia libera. Nam hæc præscriptio procedit quandoque sicuti superius adnotauimus. Est uerò necessaria præscriptio quadraginta annorum, cum titulo, hac immemorialis. Quod probatur ea ratione: siquidem in hac specie uehementius iuris communis præsumptio est aduersus præscribentem: cum omnes Ecclesiæ præsumantur liberæ, & in omnibus Ecclesiis iuris communis præsumptione collatio libera beneficiorum, & ministrorum institutio ad Episcopum pertineat. c. omnes basilica. 16. q. 7. c. ex frequentibus. de instit. c. cum venerabilis. de except. Idcirco inspecta decisione text. in c. 1. omnino respondendum erit, fore necessariam quasi possessionem quadraginta annorum cum titulo, vel temporis immemorialis ad acquirendum ius patronatus aduersus ipsam Ecclesiā, quæ libera olim fuerit. missas enim facio aliorum hac in controuersia rationes: huic tantum ego subscripserim, quod in hac præscriptione præsumptio iuris, & quidem grauis, ac specialis sit contra præscribentē. Sic hanc opinionem tenuerunt Panor. in cons. 106. 2. col. lib. 2. Alex. cons. 75. col. 3. lib. 4. Balb. de præscript. 1. part. 5. part. princ. q. 9. vers. tertia conclusio. & Domin. cons. 123. col. 2. quorum sententiam ipse ueram esse censeo in hoc casu, cum tractetur de præscribendo iure patronatus in Ecclesia, quæ olim fuerit libera. Nec quidquam refert quod Fred. cons. 23. 4. Corn. cons. 47. lib. 3. colum. 2. & Dec. cons. 134. col. 3. asseuerent in hac præscriptione titulum minime fore necessarium: quia ius commune non resistit quasi possessioni præscribentis: cum ius patronatus obtineri à laicis possit. Iam enim semel ad noui ad intellectum constitutionis d. c. 1. de præscript. in 6. aliud esse ius commune resistere quasi possessioni, aut possessioni alicuius rei: aliud iuris communis præsumptionem illius rei, quæ possideri non potest per eum, qui præscriptionem allegat: tamen possit is titulum legitimum allegare, & ad eius probationem inducere tempus immemoriale. At in secundo casu licet præscriptioni locus sit, & præscribens quasi possessionis illius iuris capax censeatur, attamen propter iuris contrariam præsumptionem, quæ grauis, & ugens constituitur, necessaria est quadraginta annorum possessio cum titulo, aut eo deficiente immemorialis temporis usus: iuxta elegantem responsionem Rom. Pontificis in d. cap. 1. cuius rationem, & interpretationem ipse examinaui lib. 1. variar. Resol. c. 17. quo in loco trañ. quoniam iure decimæ à Christianis debeantur.

Secunda conclusio: In Ecclesia quæ libera non est, nec olim fuerit, sed patronos habuit, ius patronatus etiam à laicis potest præscriptione acquiri aduersus priorem, & uerum patronum. Hanc opinionem constat asseruisse, & probasse omnes auctores, vno dempto Archidiacono: quorum mentionem feci ad probationem, & auctoritatem primæ conclusionis: atque ideo eam esse communem, omniumque consensu receptam opinor. & probatur in d. cap. cura. de iure patron. aliiq; rationibus, quas commemorat Cæsar Lambert. de iure patron. 2. part. 1. lib. 11. quest. art. 1. quamuis Archid. sententiam uelit defendere Panor. in d. c. querelam de elect. col. 3.

Verum in specie huius conclusionis quoties agitur de præscribendo iure patronatus à laico aduersus alium patronum, non contra

contra ipsam Ecclesiam liberam, adhuc requiri annos quadraginta & titulum, vel immemorabile tempus, respondet Dom. in d. conf. 122. col. 2. cuius opinio profecto dum titulum requirit, non omnino iure probatur: cum in hoc casu nulla sit presumptio iuris aduersus prescribentem pro libertate Ecclesie: siquidem Ecclesia patronos habuit ab eius initio, & habere iure debet. Vnde Rochus Curt. in tract. iur. patron. in verb. ipse vel u. q. 36. n. 86. ex aduerso censet, hoc ius patronatus aduersus patronum laicum prescribi 10. ann. inter presentes, & 20. inter absentes. Idem sentiunt Flori. in l. seruitutes pradiorum rusticorum. ff. de seruit. 10. Andr. & Dom. in cap. vnico, ad fin. de iure patron. in 6. Goffred. in q. 18. quorum opinio minimè placet: quia etsi aduersus laicum patronum prescriptio procedat, interest tamen ipsius Ecclesie non mutare patronos. quamobrem ob præiudicium Ecclesie verius est ac tutius, quod ad hanc prescriptionem exigatur 40. ann. quali possessio, absque titulo tamen: secundum Fred. conf. 234. Corn. in conf. 47. lib. 3. Dec. conf. 134. Lambert. de iure patron. 1. lib. 1. part. q. 11. art. 5. Paul. à Citadinis in tract. iur. patron. in 6. part. 3. art. q. 17. Alex. conf. 25. lib. 4. in vltimo eiusdem responsi verbus. Idem sentit Bald. in l. 2. col. 2. C. de seruit. & aqua.

9 Tertia conclusio: Quamuis ad sacerdotia, & ÷ Ecclesiastica beneficia titulus prescriptione acquiri non possit, legitima tamen prescriptio ipsum possidentem aduersus eum, qui etiam legitimo titulo beneficium petierit, iure defendit. Prior conclusionis pars probatur in cap. ex frequentibus. de institut. & in reg. 1. de reg. iur. in 6. vbi gloss. communiter recepta hoc ipsum asserit. Idem faciunt omnes auctores statim citandi, ea ratione, quod Ecclesiastica beneficia aliter quam canonica institutione obtineri nequeant. Posterior pars constat auctoritate gl. in c. contingit. de dolo & cont. in gl. magna. quam sequuntur inibi DD. præsertim Panor. & idem in d. c. cura. de iure patron. & in c. capitulum. col. vlt. de rescript. colligense ex ea, quod possessor beneficij Ecclesiastici bonam fidem, & titulum, vt aiunt, coloratum habens 10. ann. inter presentes, & 20. inter absentes poterit seipsum defendere aduersus alium, qui ad idem sacerdotium, & beneficium in iudicio agere iure canonici tituli velit. Idem tradunt Felin. in c. sicut. de re iudic. nu. 30. & Franc. Balb. de prescript. 1. part. 5. part. princ. q. 10. Ioan. de Selua in tract. de benef. 3. part. q. 21. ad fin. Prescriptionem igitur legitimam hic appello eam, quæ ex tempore lege definita, bona fide, & titulo colorato processerit.

Hinc illa solemnitas questio definiri poterit: an quis teneatur Episcopo exigenti titulum beneficij, quod possidet, ostendere & exhibere? Nam etsi verum sit, in rebus temporalibus neminem cogi posse, vt ostendat titulum suæ possessionis, l. cogi. C. de per. hered. quam præter Barr. Bald. & alios ibi examinat Matth. de Afflict. in rubr. de contr. inuest. n. 79. tamen in Ecclesiasticis beneficiis Episcopus, vel iudex ordinarius inquirere optimè potest, quo iure, & titulo quisque ea possideat: atque ideò poterit exigere à possessoribus titulos, quos ad obtinenda beneficia habuerint, c. graue. de prob. c. 1. vt Eccl. benef. cap. ordinar. de offic. ord. in 6. text. ex Conc. Basilien. in Prag. sanct. tit. de pacific. possess. §. ordinarij. gl. & DD. in reg. 1. de reg. iur. in 6. & in d. c. contingat. Igitur dubium est, an possessor beneficij possit ab hac exhibitione tituli excusari longi temporis possessione. Et in hac dubitatione vtar ea distinctione, quæ receptior est. Nam si possessio est brevis temporis, teneat possessor titulum prælati inquirenti ostendere, nili Prælati eius possessionem iam expressè vel tacitè approbauerit. Quippe qui titulum examinauerit ad tradendam possessionem, aut possessorem sacri ordinis munere ad eius beneficij titulum donauerit, arg. sumpto ex cap. dilect. de prob. & cap. ex ore. de his, qui sunt à maior. par. Cap. not. Innoc. in c. veniens. de fil. presbyt. 10. Andr. Anchar. & Franc. in d. reg. 1. & alij statim nominatim citandi. Quod si possessio continua fuerit longi temporis, satis erit proprio iuramento titulum probare: nec opus erit illud exhibere, arg. l. si arbitet. ff. de probat. hanc denique distinctionem deduximus à gloss. in Prag. sanct. tit. de pacific. possess. §. ordinarij. in verb. inquirant. ad fin. Fel. post alios in c. illud. col. pen. de presumpt. & in cap. licet Heli. n. 7. de simonia. Selu. de benef. 2. part. q. 25. Dom. in d. c. ordin. de offic. ord. in 6. verum in 2. dist. part. DD. controuertunt quoad definitionem longi temporis. Etenim Anania in d. c. licet Heli. triennium exigit ad hunc effectum: Felin. verò ibidem decenniū requirit. idem in d. c. illud. nunc triennium, nunc decennium necessarium esse censet. Ego hanc questionem opinor arbitrio iudicis definiendam fore, non ignarus quid regula Cancellariæ 33. de triennali possess. statuerit. Nam ea institutum est, quod qui per triennium pacificè absque vlla lite quodcumque beneficium Ecclesiasticum & sine simo-

Didaci Couar. Tom. I.

niaco ingressu possederit, nequeat super eodem beneficio molestia vlla imperi; modò titulum coloratum habuerit: nempe à Rom. Pontifice, vel ab eo, ad quem cuiusmodi beneficij collatio pertineat: nec sit in idem beneficium aduersus reservationem aliquam iuris communis intrusus. Eadem triennalis possessio eodem privilegio munitur in Concilio Basil. de quo in Prag. sanct. tit. de pacific. possess. ad cuius interpretationem, quia frequentissimè in praxi ius istud triennalis possessionis adducitur, eandem materiam prosecutus aliquot adiiciam conclusiones.

Quarta conclusio: Possessio triennalis iuxta regulam Cancellariæ ÷ obtenta, tam quoad proprietatem, quam possessio- 10 nem, defendit possessorem, ei que tribuit aduersus agentem exceptionem tantum. Huius assertionis auctores sunt Felin. in d. c. sicut. de re iudic. num. 31. Castador. in regul. de triennal. decis. 7. & 8. & Lud. Gomez in eadem reg. q. 58. & 60. ac probatur hæc sententia in dict. Prag. sanct. tit. de pacific. possess. & est hæc interpretatio ad regulam Cancellariæ omnium consensu recepta: vt testantur Castador. & Gomez. Nec quoad hanc defensionem est necessaria bona fides possidentis: sicut ex Rotæ decreto asserit Ludou. Gomez. in q. 42. dictæ regule.

Quinta conclusio: Possessio triennalis non defendit possessorem contra quem agitur de spolio: siue spolum per violentiam, siue absque ea contigerit. Probatur hæc conclusio in spoliatore violento, in d. Concil. Basilien. quo in loco hac de re est textus satis apertus. in vtroque verò hanc assertionem latè defendit Lud. Gomez in d. reg. q. 11. eum legito.

Sexta conclusio: Possessio triennalis, etiam bona fide obtenta, minimè dat canonicum titulum possidenti. gloss. insignis in c. contingit. de dolo & contu. in gl. mag. in specie Chosin. in Prag. sanct. tit. de pacific. poss. in verb. molestari. & in verb. triennio. Fel. Castador. & Lud. Gomez. paulò antè citati ad quartam conclusionem. Idem notat Io. de Selua 3. part. de benef. q. 21. ad fin. Atque ita González à Villadiego ex consensu Auditorum iudicauit, quem admodum refert gl. in d. reg. Cancell. 33. tamen si eadem gl. & Rebuff. in tract. de pacific. possess. n. 7. & seq. contrarium defendere conentur.

Septima conclusio: Triennalis possessio etiam bona fide obtenta, & titulo colorato, non reddit possessorem tutum in animæ iudicio: imò tenebitur is beneficium dimittere, quoties sciuerit sibi Canonicum titulum ad id obtinendum deficere.

Hanc conclusionem ex proxima deducimus: nam & illius auctores hanc veram esse opinantur: licet huic contrariam elegerint Rebuff. in d. tract. de pacific. poss. & Probus in scholiis ad gloss. pragmat. sanctionis, in verb. coloratum. n. 13.

Octaua conclusio: Triennalis possessio etiam titulo colorato, & bona fide procedens, ac continuata, minimè impedit Episcopum, nec Ordinarium, quin possint titulum beneficij exigere, & de eo inquirere. text. optimus in d. prag. sanct. tit. de pacific. poss. §. ordinarij. vbi gl. in verb. Triennio. in priori illius tituli parte. & ibi Probus n. 4. Felin. in d. c. sicut. Gomez in d. q. 58. Castador. decis. 8. n. 9. super regulas Cancell. idem que ex prænotatis assertionibus colligitur, quamuis Rebuff. in tract. de pacific. poss. n. 20. contrarium adnotauerit. Hæc sanè de prescriptione iuris patronatus, & beneficiorum Ecclesiasticorum breuiter explicuimus: vltima ex parte tractatui, eiusque materiæ subsequere: obiterque reg. Cancellariæ de triennali possessore perpendimus, eius diligentior examinationem omitteutes, quam Lector poterit petere à Castadoro, Gomez. Rebuffo, Felin. & Chosina in d. prag. sanct. Paulo Parilio consil. 81. lib. 4. Boëtio decis. 24. Ripa lib. 1. respons. c. 17. rursus Castador. decis. 2. 3. & 4. tit. de caus. possess. & proprietat. qui aliquot quæstiones in praxi sæpissimè obuias tractauere: præsertim maxima cura & sollicitudine negotium istud expediu- 10 uit Lud. Gomez. in commentariis ad eandem regulam.

Igitur prescriptio potissimum iure Pontificio, non obstante decisione prædicti c. cura. de iur. patron. mala fide procedere non potest: imò ad eius vim necessariò bonam fidem requirit. de legibus autem secularibus statim tractabitur.

§. V N D E C I M V S.

Mala fides in prescriptione an excuset in foro conscientie.

S V M M A R I A.

1 Altit personalis quo tempore prescribitur. & ibidem Regia lex 3. & 4. tit. 13. lib. 3. ordinat. explicatur.

O o 1

2 Exem.

- 2 Executionis summarie ius quo tempore præscribitur, & quo hypotheca ius. & ibidem Regia lex 63. Tauri examinatur.
- 3 Mercedi famulorum cum servitiis defierint quo tempore præscribitur.
- 4 Leges civiles præscriptionem inducentes cum mala fide an possint procedere iure Pontificio: & quid de actionibus personalibus.
- 5 Leges civiles præscriptionem cum mala fide inducentes, ac permittentes, an & in foro Pontificio exclusæ, saltem in foro seculari obtineant.
- 6 Litium finendarum causæ statuta facta an servanda sint, licet rigida aliquatenus.
- 7 Actiones redhibitorie, & quanto minoris, an tempore legibus definito excludantur etiam in foro Pontificio.
- 8 Actio penalis præscribitur cum mala fide.
- 9 Heres præscribit adversus legatarium etiam si habeat scientiam legati.
- 10 Mala fides non purgatur per statutum.
- 11 Publiciana etiam iure Pontificio admissa censetur.
- 12 Intellect. l. 1. tit. 13. lib. 3. ordinat.
- 13 Directis præscriptio quo tempore fiat. & ibidem intellect. ad ext. in cap. 1. de præscripto. & in c. placuit quicumque Episcopi. 10. q. 3.
- 14 Tributarium prædium Reipub. si negligatur præscribitur biennio à nouo cultore.

PRÆTER alia, quæ huic regulæ bonam fidem ad præscriptionem omnino exigenti, obiciuntur, maximè adduci solent ex iure Cæsareo, constitutiones, quæ statuerunt præscriptionem triginta vel quadraginta annorum, etiam cum mala fide procedere, & vim præscriptionis obtinere. I. si quis emptio. §. 1. & l. cum notissimis. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 21. tit. 29. part. 3. quæ in personilibus & realibus actionibus loquuntur. Huc pertinere videntur Regiæ quædam constitutiones, quæ de actionibus personalibus præscriptione temporis excludendis tractauerunt: præsertim l. 3. & 4. tit. 13. lib. 3. ord. Regiæ litem. 63. Tauri. [l. 6. tit. 15. lib. 4. Recopil.] tamen hæc posteriores constitutiones palam malæ fidei præscriptionem nec admittant nec refellant. Sed tamen priusquam aggrediamur harum legum quoad bonæ fidei causam examinationem, oportet expendere sensum earum, quas ex iure Regio adduximus. Nam in d. l. 3. statutum est, quod actio personalis præscriptione decem annorum tollatur: cui statim adheret l. 4. quæ definiuit, post illos decem annos non posse fieri executionem actionis personalis: sed tamen posse iudicio ordinario debitam pecuniam peti actione quidem personali. Etenim si actio personalis primo decennio sublata fuit, non videtur, quod possit pecunia debita personali actione rursus in iudicio exigi. Idcirco Regia l. 4. apparet vel contraria, vel inutilis, aut sanè perplexa nimis. Roderic. Zuarez in repet. l. post rem. ff. de re iudic. sexta limitatione ad legem Regiam, ita conciliat has leges, ut existimet legem quartam esse intelligendam eo casu, quo ob aliquod impedimentum iuris, vel facti, actio personalis 10. ann. tolli, & extinguì non potuit: eo enim casu ius exequendi contractum summario iudicio ipso decennio sublatum est. Erit igitur sensus l. 4. quod ius executionis paratæ tollatur primo decennio à tempore contractus, etiam si actio personalis eo decennio extincta ob aliquod impedimentum non sit, & addit, ac testatur ipse Roderic. ita in praxi seruari, & intelligi prædictas leges Regiæ.

Ego verò non video, qua ratione hic sensus possit convenire dictis constitutionibus. Nam l. 4. inquit saluum esse ius actionis personalis quoad iudicium ordinarium post decennium, præscripto iam iure agendi ex contractu iuxta formam legis proximæ. & tamen in l. 3. quæ proxima est, expressim constat, decennio actionem quamcumque personalem, & ius exequendi ita sublatum esse, ut creditor ipse audiendus nullo pacto sit nec iure executionis summarie, nec iure actionis personalis, & iudicij ordinarij. Quamobrem conveniens non est hæc Roderici interpretatio.

Vnde ad planiorem intellectum harum constitutionum oportet præmittere, quandoque ex aliqua obligatione oriri actionem personalem simplicem, quandoque actionem personalem simul, & ius summarie quæ executionis, vel hypothecæ. Item & illud observandum est, iure Regio ius executionis tolli prius præscriptione temporis, manente adhuc obligatione, & actione personali: quod probatur in l. 2. tit. 9. in Ordinationibus institutis à Rege Alphonsi Compluti, anno ab Æra Cæsaris 1386. qua decisum extat, ius exequendi contractum à Christiano in favorem Iudæi conveniunt, extinguì, & tolli sex annorum præscriptione. Quo quidem anno in eisdem Comitibus Compluti habitis, statuta fuit d. l. 3. tit. 13. lib. 3. ord. ex quibus verosimile est ius executionis summarie ex aliquo contractu competens Christiano adversus Iudæum, vel alterum Christianum, decem annis tolli: sicuti quod Iudæo adversus Christianum competebat, sex annorum spatio tollebatur. Demum his præmissis constitutionibus Henricus II.

Burgis Æra Cæsaris 1411. l. 9. mentionem faciens supradictæ l. 2. Alphonsi Regis, eiusdem Henrici patris, in specie statuit præscripto iure summarie executionis adhuc manere saluam actionem personalem quoad iudicium ordinarium. Hinc sanè fit, ut licet primo decennio sublatum sit ius summarie executionis, tamen iudicio ordinario actio personalis possit adversus debitorem per creditorem in iudicium deduci: sic lex 3. intelligenda erit quoad ius executionis summarie. lex verò 4. quoad actionem personalem, quæ adhuc salua manet, etiam si ius executionis tempore 10. annorū perierit. Sed & hæc interpretatio non omnino dissolvit nodum difficultatis: quia dicta lex 3. satis in specie definierit etiam primo decennio actionem personalem sublata fuisse. Nam tractat eadem constitutio de actione personali, quæ abque contractu publici instrumenti competit: & item de ea, quæ simul deducitur & oritur cum iure executionis ex vi instrumenti publici.

Erit denique alia quærenda interpretatio, quæ cōtrouersiam istam distinguat. Etenim potest responderi, actionem personalem simplicem abque iure executionis summarie competentem, decennio extingui, & tolli: at si ius executionis simul adiunctum sit actioni personali, ipsum ius executionis primis decem annis tollitur; eo verò extincto, manet actio personalis salua in aliud decennium. Ergo lex 3. dum respondet primo decennio actionem personalem, & ius executionis tolli, ita est accipienda, ut actio personalis simplex abque iure executionis competens, decem primis annis tollatur; non sic actio personalis simul cum iure summarie executionis contingens. Nam in hac vltima specie primo decennio tollitur ius executionis per legem 3. decisionem manet tamen adhuc salua in aliud decennium actio personalis: quemadmodum in l. 4. probatur. Alioqui si quis dixerit indistinctè tolli actionem personalem primis decem annis, profectò eodem tempore tolleretur actio personalis, cui adheret ius summarie executionis, quo ipsa actio personalis simplex. quod apparet contrarium menti legislatoris in d. l. 4. & in d. l. 2. tit. 9. ex legibus Alphonsi Regis. His accedit ex veteribus monumentis, quod auctore Dione Cassio, & interprete Georgio Merula Adrianus Imperator decennium præscripserit, à quo tempore debere quis desineret, nec postea debiturus esset.

Superest modò inquirere verum sensum constitutionis Taurinæ 63. qua sancitum est, quod ius executionis summarie ex actione personali procedens, præscriptione 10. ann. tollatur, & in hac parte prima convenit cum veteribus huius regni constitutionibus. Deinde eadem lege est in secunda eius parte statutum, quod actio personalis, & executionis decretum super ea datum tollatur 20. annis, non quidem minori spatio temporis. Quod videtur refragari aliquantulum Regiis ordinationibus, quarum modò mentionem fecimus. Quia ratione quibusdā visum est, hæc Taurina constitutio correctam & antiquatā esse dictam legem 3. qua ex parte inibi cautum fuit, actionem personalem simplicem tolli, & extinguì 10. proximis annis. Existimant enim quidā lege Taurina statutum esse, quod actio personalis etiam simplex non tollatur minori quàm 20. annorū tempore. Quibus & illud omnino placebit, quod actio personalis tollatur 20. annis, quoties mota lite super ea, secutaque condemnatione, sit datū mandatum & decretum executionis. Quod planè absurdū esse ex eo constat, quod æquali tempore tollatur actio simplex personalis, & ea item, quæ semel deducta in iudicium, decretum executionis iudicialis habuerit, cum tamen actio etiam simplex, & quæ aliqui decennio tolleretur, semel deducta in iudicium, perpetua efficiatur per litis contestationem, sicuti in materia interruptionis examinabitur. & in specie adnotavit Iaf. in §. penales. de off. n. 113. deinde ex hoc intellectu sequeretur eodem tempore tolli actionem personalem, habentem ius executionis, quo tollitur actio personalis simplex: cum actio personalis habens ius executionis maiorem vim habeat quoad præscriptionem. Fortassis eadē Taurina constitutio condita fuit ad interpretationem legū antiquarū in hunc sensum, quod ius summarie executionis cōpetens actioni personali tollatur 10. annis, manente adhuc salua personali actione in aliud decennium. idque cōstitutū est in d. l. 3. & 4. tit. 13. lib. 3. ord. & in d. l. Taurina, in princ. At si actio personalis habeat ius summarie executionis ex his, quæ modò diximus, utrumque tollitur viginti annorū præscriptione. Subdit nunc secunda Taurinæ legis pars actionem personalem in iudicium deductam, & executionis iudicialis literas habentem, non tolli minori viginti annorum tempore, quoad utrumque, id est, quoad ius exequendi ex decreto iudiciali personalem actionem, & quoad ipsammet actionem personalem, sicuti constat ex d. l. 63. Tauri in 2. parte. nisi dixeris per hanc legem

Didaci Couar. Tom. I.

Q o 3

tantum loquitur, scribens actionem personalem posse à debitorē sciente præscribi, quoties nulla ipse fuerit in mora, quia non tenebatur pecuniam debitam offerre: & ea nusquam tempore præscriptionis fuit petita. Etenim ex sola negligentia creditoris tunc præscriptio vim assumit, quam rationem pro sententia Hostiensis & Bartol. superius expressius adduximus. Et eandem tenent ipse Panorm. in c. Ecclesia sancta Maria. num. 36. de constit. idem in c. quod clericus de foro compet. num. 44. Corne. conf. 176. col. 3. l. 1. & conf. 277 lib. 4. Soc. conf. 203. col. 2. lib. 2. And. Tiraq. in l. si vnuquam. C. de reuoc. donat. in gl. reuertatur. n. 310.

Sed ipse hanc rationē indistinctē intellectam falsam esse censeo, & subinde Adriani & Panorm. sententiam opinor non esse admittendam. Nam apud me certissimi iuris est, non posse constitui præscriptionem, nec procedere cum scientia rei alienæ, etiam si possessor nullum crimen, nec culpam mortalem contraxerit ex eo, quod non restituit rem, & differre possit eius restitutionem. Sic & debitor, sciens pecuniam debitam esse creditori, quamvis non teneatur statim restituere, nec eam offerre, præscribere non potest, cum scientia rei alienæ impediat præscriptionem: item & scientia pecuniæ debitæ. textus optimus in d. c. vlt. de quo ipse aliqua adnotauit lib. 1. variar. Resolut. cap. 9. num. 5. vnde rationem Panorm. qua & Adrian. vitur, reprobant Imol. colum. 21. & Felin. n. 3. in d. c. vlt. de præscript.

Rursus idem Adrian. quodlib. 6. art. 3. aliter Cæsareas, & sæculares leges intellexit, scribens, eas constitutiones in foro tantum sæculari seruandas in hunc sensum, ut ille, contra quem præscriptum fuerit, minimè audiatur in iudicio à sæculari iudice: imò ei denegetur actio, & ius nequaquam reddatur. Etenim ad Reipublicæ utilitatem possunt humanæ leges negare actionem & ius ad petendum id, quod iuste, & lege iustitiæ debetur: & id quidem ob vitandas lites, & ob vitandam hominum vecordiam, ac negligentiam. Sic deceptus intra iusti pretij dimidiam, apud iudicem exteriorem nullam actionem habet ad petendum id, quod ratione deceptionis illius, re ipsa contingentis verè, & recto iustitiæ tramite sibi debetur. Si quidem eidem à legibus humanis actio negatur ob effugiendam litium multitudinē, quemadmodum ipse probauit lib. 2. variarum Resolut. cap. 4. n. 11. Eadem ratione leges humanæ pacto nudo actionem ad obtinendum, & exigendum in iudicio pecuniam promissam negarunt, & tamen promittens lege iustitiæ, & sub reatu mortalis criminis tenetur promissum seruare. cap. 1. de pactis. quod & nos adnotauimus in c. cum in officis num. 10. de testament. sunt & plura ex legibus humanis his similia. Igitur præscribens mala fide secundum Adrian. post ipsam præscriptionem non potest in iudicium adduci, nec ab eo res præscripta peti: manet tamen adhuc in conscientiæ iudicio, atque in foro Canonico verè debitor, & tenetur rem omnino restituere: quæ quidem sententia conuenit primæ opinionioni, quam retulit gloss. in dict. cap. vlt. de præscript. Hæc verò concordia latissimè improbat ad Fortunio in dict. tract. de vltim. fine. illatione 2. sunt enim dissimilia, quæ paulò antè de legibus humanis tradidimus. Aliud siquidem est, actionem negari à lege humana ob aliquam causam, quæ absque vilo dolo contigerit; vel ob defectum solemnium stipulationis à legibus requisitæ ad promissionis cautionem: aliud, fomentum à lege exhiberi ad occupandas res alienas cum mala fide, & maxima conscientiæ læsione: item ad detinendum id, quod quis scit verè alteri se debere: & iuxta legum humanarum sanctiones reddere tenetur. Quorum prius etiam ad utilitatem Reipublicæ permitti possit: posterius tamen nulla ratio patitur, quod id in Christiana Republica tolleretur. Quamobrem illud opinor certissimum esse, & ita quidem in praxi seruandum fore in utroque foro, quod nulla præscriptio nec in realibus, nec in personalibus cum mala fide admittatur: ex quo plura deducuntur simul & ex vera legum sæcularium interpretatione.

Primum leges ciuiles, & sæculares permittentes præscriptionem cum mala fide, vel actionum realium, vel personalium iure Pontificio antiquatas, & correctas esse: ita quidem, ut nec in foro sæculari seruandæ sint.

Secundò ex præmissis deducitur, per leges hæc sæculares, etiam si forent admittendæ, debitores, aut rerum alienarum possessores, minimè tunc, aut ius aliquod consequi, quibus ex ratione rectæ iustitiæ liberentur à restitutione eius, quod vel alienum est, vel alteri debetur. Etenim quamuis lex humana hac in specie iudiciali ex actionem prohibeat, & repellat: nequaquam tamen ius tribuit possessori, nec debitori ad rei alienæ acquisitionem.

Tertiò infertur, harum legum sæcularium decisiones præscribentibus ac possidentibus prodesse, ut in dubio non probata ab actore eorum mala fide, præsumatur in iudiciali foro bona fides; ea quidem præsumptione, quæ sit iuris, & de iure, nec vllam admittat contrariam probationem præter eam, quæ ex confessione aduersarij deducatur: iuxta communes omnium traditiones in materia præsumptionum. Sic sanè non probata mala fide ipsius rei ad iudicium vocari per ipsum actorem, in dubio præsumetur bona fides: probari autè mala fides non poterit aliter, quam ex confessione præscribentis, sicut sensere Roman. in conf. 102. colum. 3. Felin. in dict. cap. vlt. num. 7. Hieron. Gratus in conf. 41. colum. 3. qui quidem effectus maximus erit; cum etiam si velit creditor aliter probare malam fidem, quam per confessionem debitoris, admittenda non sit probatio huiusmodi. Scio non ita expressim colligi hanc opinionem à Romano, & alijs, & præterea satis dubiam esse: licet ex eorum mente deducatur. Quia licet præsumptio sit pro præscribente actionem personalem, quod bonam fidem habuerit; non tamen ita expeditum est quod contrarium aliter quam per confessionem præscribentis probari non possit: maximè in præscriptione breuioris temporis, quam 30. annorum. Etenim Roman. Felin. & Grat. loquuntur de statuto secundum quod non censetur præscripta actio personalis omnino: sed tantum sancitum fuerit, quod elapso decennio, stetur super solutione debitæ pecuniæ iuramento debitoris: nam in eo casu existimant Roman. & alij, posse contrarium probari per confessionem debitoris, aliòve legitimo modo. Adhuc tamen quantum ad hanc illationem attingit, arbitror post completam legalem præscriptionem actionis etiam personalis, præsumi bonam fidem præscribentis, ex ea quæ præscriptis. Deinde constat, posse probari malam fidem præscribentis confessione. Quod autem possit aliter probari, dubium est, & fortassis ob auctoritatem legum sæcularium quibusdam pars negatiua verior videbitur: mihi tamen tutius apparet, posse malam fidem probari alijs legitimis probationibus præter præscribentis confessionem.

Quartò, si post finitam præscriptionem legalem ipse præscribens fateatur pecuniam solutam non fuisse, vel rem possessam alienam esse, semota præscriptionis vi: licet non fateatur se tempore præscriptionis iactam habuisse conscientiam; nihilominus præsumendum erit, ipsum malam fidem habuisse: nisi ab eo bona fides probata fuerit, vel saltem aliqua iusta & vrgenti præsumptione bonæ fidei, contrariam malæ fidei coniecturam euerterit.

Quintò, illud est adnotandum, etiam in præscribendis actionibus personalibus, facilius bonam fidem præsumi in herede debitoris, cum is iustam habeat ignorantiam causam, an debitum sit solum: atque idè heres debitoris in dubio allegans præscriptionem actionis personalis, absolvendus erit à petitione actoris iuxta leges sæculares, secundum Phil. Corne. in conf. 277. lib. 4. col. 3. Quo quidem casu bona fides præsumpta præscribentem defendit.

Sextò, leges sæculares procedere poterunt, etiam data mala fide præscribentis actionem personalem: non quidem quoad ipsam actionem, sed quantum ad ius executionis paratæ, & summariæ ipsi actioni cohærens: hoc enim ius tollitur tempore à legibus definito, manetque actio personalis, licet debitor malam fidem habuerit. Nam ex hoc creditor non amittit pecuniam creditam: sed tantum ius illud summariæ executionis datum à legibus, quibus & id tolli potest: sicuti adnotauit Francisc. Balb. in 2. part. 3. part. princ. quæst. 14.

Septimò, ferè eadem ratione præscriptio actionum personalium iure optimo procedit quoad utrumque forū, Pontificium scilicet, & sæculare, etiam cum mala fide præscribentis: quoties agitur de actionibus à lege ciuili inductis, & ab initio per eandem legem certo tempore definitione quadam restrictis. Si quidem eadem lex ciuilis ad illud tempus eas actiones concessit, ac restrinxit, etiam si reus malam fidem habuerit: quod ita visum est Paulo Castre. in l. sequitur. §. si viam. ff. de vlt. cap. Panorm. col. 3. & Felin. col. 2. Francisc. Balb. in 2. part. 3. part. princ. q. 13. Ioan. Crott. in l. omnes populi. conclus. 11. ff. de iust. & iur. & in l. nemo potest. sol. antep. ff. de legat. 1. Nec tamen ex hoc excluditur actio de dolo, si is, qui actionem temporariam præscripsit, eo usus fuerit, sicuti sensere Panorm. & alij. Et præterea extincta actione temporaria, qualis est redhibitoria, quanto minoris, & similis, adhuc manet obligatio in animæ iudicio ad damni compensationem: iuxta dysfunctionem S. Thom. 2. 2. q. 77. art. 3. Io. Maior. in 4. sem. dist. 19. quæst.

quæst. 40. art. 3. Syluest. in verb. Emptio. quæst. 19. & 20. Contrad. de contract. quæst. 54. Caietan. in d. art. 3. Ioan. à Medina de restit. quæst. 24. quibus adde Cicer. l. 3. de Offic. & Valer. Maxi. l. 8. c. 2. in princ. Nam & hi tractauerunt, an teneatur venditor detegere vitia rei, quam vendit. Apud Iurifconsultos idem tradiderunt, l. Iulianus. in princ. ff. de actio. empt. l. qui sciens. ff. comm. Regia lex 64. tit. 5. part. 5. Abb. in cap. iniustum. de rer. permitt. l. 1. §. si intelligitur. ff. de edil. edict. l. penult. tit. 5. part. 5. Cynus in l. 1. C. de edil. actio. Abb. in cap. cum conringat num. 24. de iureiur. Ang. & Roman. in l. si quis cum aliter. n. 28. ff. de verb. obligat. optimus text. in l. quero. ff. de actio. empt. Spec. in tit. de empt. §. nunc videndum. vers. quid si venditor. Ex quibus hac in re deducitur congrua & iuridica resolutio: illud enim satis sit modo

7 dō adnotasse, actiones istas ꝑ quanto minoris, & redhibitorias, competere etiam contra eum, qui bona fide contractum fecerit. l. tenetur. ff. de actio. empt. atque item tolli & extinguī tempore legibus definito, etiam aduersus eum, qui malam fidem habuerit, secundum communem.

Datur autem actio redhibitoria, quando emptor si sciuiſſet rei venditæ vitium, eam nullo pacto emisſet: idē agit is intra sex menses ad redhibitionem, vt venditio rescindatur omnino. l. redhibere. ff. de edil. edict. l. 2. C. de edil. actio. l. sciendum. §. tempus. ff. eod. tit. l. 65. tit. 5. part. 5. Quod si emptor empturus nihilominus foret, sed non tanti, agit quanto minoris intra annum. quod in præcatis locis probatur. Quinimō si quis egerit redhibitoria, & succubuerit, agat deinde intra annum, quanto minoris. Bal. in l. pen. 2. col. C. de edil. actio. Cremenſis ſing. 164. & Catell. Corta in memorabilib. in dictione, actio redhibitoria.

Octauō, si rationem æquitatis obseruamus, illud verum esse constabit, præscriptionem actionis realis, vel personalis optimè procedere, etiam cum mala fide præſcribentis, quoties aduersus

8 pœnalem legem ꝑ præſcriptio tendit. quam conclusionem ipſe tradidi in Epitome ad 4. libr. Decr. 2. part. cap. 6. §. 8. num. 17.

Nonō, legum ciuiliū, & ſæcularium decifio, quæ approbat præſcriptionem cum mala fide procedentem ſecundū quorundam opinionem, obtinet aduersus legatarium in fauorem

9 heredis. Nam etſi heres ꝑ ſcientiam habeat legatī, poterit nihilominus aduersus legatarium non petentem rem legatam præſcribere tempore legibus definito, non obſtāte mala fide, quemadmodum voluit Anch. in reg. ſine poſſeſſione. fol. 3. col. 2. vers. item intelligas. cuius ſententiam & nos poſt alios examinauimus lib. 1. variar. Reſol. cap. 9. num. 5. Tandem iuxta resolutionem iſtam expendi poterunt leges ſæculares, quibus admiſſa fuit mala fides in præſcribendis actionibus realis, & personalibus.

Decimō, ex prænotatis deduci poterit, falſam eſſe Baldi opinionem. Is enim in d. cap. ult. de præſcript. exiſtimat poſſe præſcriptionem admitti, etiam ſi præſcribēs malam fidem habuerit: modo ſiat lex, qua ſtatuat, leges omnes præſcriptionem aliquam inducentes habere vicem, & vim conſenſus ipſorū priuatorum, qui legumlatoribus ſubiiciuntur; quia in hac ſpecie non datur mala fides propter conſenſum illius, contra quem præſcribitur. Hæc namque opinio procedere iure non poteſt: liquidem lex non poteſt conſenſum alicuius priuati inducere, vbiſ abſit, ac deficiat; nec poteſt humana conſtitutio ex hac fictione purgare

10 ſcientiam ꝑ malæ fidei poſſeſſoris, cum ſincera fides, non ſimulata, requiratur. Vnde hæc opinio Bald. merum commentum eſt, ac denique impoſtura quædam minimè admittenda, contra ius naturale, & diuinum. Sic Ioann. Oldendorp. in lib. 2. variar. lect. tit. de præſcript. ad fin. Bald. eiufque nouum inuentum iniquitatis inſimulat.

Vndecimō, quoad leges ſæculares prætermittendum non eſt, an Publiciana ꝑ actio iure Pontificio ſit admittēda: & quidem vt Publiciana competat, exigitur etiam iure ciuili bona fides emptoris, & agentis eadem actione, tempore ſaltem traditionis: ita quodd crediderit tradētē dominum eſſe, vel habuiſſe ius tranſferendi dominium: quamuiſ ipſe venditor, qui tradidit, malam fidem eo tempore habuerit. l. eum qui. §. Prætor. ff. de Publica. gl. in cap. Abbate ſanè. in princ. de re iudic. in 6. alia in §. ſed iſta. Inſtit. de actio. Sed ſi emptor tempore traditionis non haberet bonam fidem, nec malam, imō dubius eſſet, minimè competit ei Publiciana ſecundū Bartol. in d. §. Prætor. eundem in l. Pomponius. §. ſi iuſſu. ff. de acq. poſſ. Nam cum bona fides à lege exigatur, conſtat dubitationem non ſufficere: quod probauimus ſuperius in hac 2. part. §. 7. num. 3.

Hæc autem Publiciana, quæ iure ciuili datur, non obſtante mala fide tradentis, minimè tollitur ex conſtitutione & Authent. mala fidei. C. de præſcript. long. temp. 10. vel 20. annor. quia illa decifio

ex mala fide auctoris non tollit præſcriptionem, ſed eam in longius tempus producit: ita quidem, vt maiori ſpatio temporis ſit peragenda. Igitur cum Publiciana tunc obtineat, & admittenda ſit, cum præſcriptio continuo tramite procedit, conſtat non obſeſſe Publicianæ malam fidem auctoris tradentis gloſſ. in d. cap. Abbate ſanè. Cuius opinionem Doctores inibi ſequuntur, & fatetur eam cōmunem eſſe, & veram, Alex. in d. §. ſi iuſſu. col. pen. Balb. de præſcript. 2. part. 3. part. princ. quæſt. 12. Anton. Burgen. in Rub. de empt. & vend. col. 3. laſ. in d. §. ſed iſta. num. 79. & ibi Gomez. nu. 41. Quorum item ea eſt reſolutio concors, atque vnanimis, quod Publiciana iure Pōtificio admiſſa, & recepta ſit: idque probatur in d. cap. Abbate ſanè. vbi gloſſ. in verſ. doming vel quafi. ea etenim ratione defenditur, quia agens Publiciana, non debet, nec tenetur in bello aſſerere, quod credit ſe tunc non eſſe dominum illius rei, ſecundū Fabrum & communem. imō id omittre omnino debet, quidquid dixerit laſ. in d. §. ſed iſta. num. 82. Quamobrem ſicuti agenti Publiciana non obſtat dubitatio, an res tradentis fuerit, an aliena; ſiquidem præſcriptio ſemel bona fide incepta, non interrumpitur dubitatione, ſed adhuc procedit, & cōtinuatur, quod ad Publicianam ſatis eſt: ita ſcientia rei alienæ iplam actionem Publicianam impedit, iure Canonico, & ciuili, ex eo, quia tunc non datur quaſi dominium; cum nec præſcriptio procedat, habeatque Publiciana fundamentum ab ipſo quaſi domino, quemadmodum deducitur ex traditis per Gomez. in diſt. §. ſed iſta. ad fin. licet Bal. in l. ancilla. C. de ſur. 1. col. & Balb. de præſcript. 2. part. 3. part. princ. quæſt. 8. falſo exiſtiment, malam fidem ſuperuenientem etiam iure Pontificio non impedire Publicianam.

Ceterū in hac materia eſt inter Regias cōſtitutiones, ꝑ l. 1. 12. tit. 13. l. 3. ordin. quæ ſtatuit, rem immobilem poſſeſſam ab aliquo, titulo quidem & bona fide, inter præſentes omnino præſcribi: nec poſſe in iudicio ad eiufdem rei reſtitutionem poſſeſſorem conueniri. Vidi proſectō ſæpè controuerti de illius legis viribus, & quæri, cur ea in praxi recepta non ſit. Et ſanè ea lex deducta fuit à l. 1. tit. 9. ordinationum, & legum, quas tulit Rex Alphonſus Æra milleſima trecentefima octuagelima ſexta: ſicuti apparet ex ſupraſcriptione diſt. l. 1. tit. 13. Rex verō Alphonſus non tulit legem in eum ſenſum, quod res poſſeſſa per annum & diem, titulo & bona fide inter præſentes præſcribatur: nec hanc decifionem induxit: ſed præmiſit, aliquor in ciuitatibus, moribus, & forenſi vſu inductum eſſe, vt poſſeſſor rei etiam immobilis inter præſentes per annum & diem pacificus, non poſſet poſtea in iudicio conueniri; nec conuentus teneretur reſpondere: imō ſe defenderet præſcriptione. Et tandem hac lege fori præmiſſa, quæ quidem habetur l. ſecunda, tit. 1. lib. 2. fori. ad eius interpretationem, Rex Alphonſus ſtatuit, non aliter legem illam forenſem procedere, quā ſi poſſeſſor titulum & bonam fidem habuerit. Ecce qualiter Rex Alphonſus noluit inducere legem nouam, nec eam ſtatueret, ſed fori leges interpretari. Idem, ni fallor, fecerunt Catholici Reges, qui ordinationum Regiarum libros compilari iuſſerunt, & eiſdem ordinationibus legum auctoritatem dedere; alioqui mirum eſt, quod vnica lege non quidem nouiter ſtatuta, ſed ab ordinationibus Alphonſi Regis deducta, præter mentem veritatis legiſlatoris, qui nihil tale cogitauit, voluerint tot leges Partitarum & aliarum ordinationum de præſcriptione tractantes tollere, & antiquare. Lex autem ſtyli 242. refert forenſis praxis vſum circa diſt. l. interpretationem. ac primū quidem exigit, quod ille, contra quem præſcribitur, in eodem oppido, vbi res eſt, habitationem habeat, vel aſſiduū commercium. Deinde hanc præſcriptionem admittit, etiā quoad proprietatem, ſi poſſeſſor titulum habuerit. Quod ſi titulum non habuerit, refert, vſu obtentum eſſe, quod præſcriptio anni, & vnus diei proſit quoad poſſeſſionem: ſalua tamen maneat proprietas apud antiquum dominum, qui eam in iudicio petere poterit. Hæc ſanè ad intellectum diſt. l. tradidimus. Etenim ſatis conſtat minimè in iudicio admitti præſcriptionem anni, & diei, etiam cum bona fide, & titulo: nec in rebus mobilibus, nec in immobilibus.

Postremō aduersus hanc regulam iuris, quæ præſcriptionem cum mala fide reiiciendam eſſe ſtatuit, adducitur ꝑ text. in cap. 1. de præſcript. ex quo Episcopopus parte alienæ diœceſis triennio præſcribit, ſciens eam alienam eſſe. Nam ea præſcriptio in qua videtur, præſertim inter Prælatos, quibus maior recti, & iuſti cura incumbit. Sed ad huius obiectionis ſolutionem erit omnino prænotandum, olim in Concilio Mileuitano cap. 24. ſtatutum fuiſſe, quod ſi quis Episcopopus loca ad eius diœceſim, & curam pertinentia, quæ à Catholica fide defeſcerant, ad mōnitus à vicinis

nis Episcopis, per sex menses ab admonitione, in Catholica fidei unitatem reducere neglexerit, vicinus Episcopus, qui potuerit ea ad Catholicam fidem inducere, & induxerit, sibi ea loca acquirat: nec possit ab Episcopo, cuius ea loca prius fuerant, impeti. Idem repetitum fuit in Concilio Carthagenensi septimo, quod Gratianus appellat Aphricanum nonum. Cum tamen in eo Concilio Carthagenensi septimo fuerint ferè omnes recitati, & renouati Canones diuersorum Conciliorum Prouinciæ Aphricæ: vnde Antonius Demochares in diligentissima illa ad omnia Gratiani decreta inscriptione, tribuit *c. placuit, vt quicumque Episcopi. 16. questio. 3.* Mileuitano Concilio. Et potuisset, quod Gratianus insinuat, Aphricano tribuere *cap. 83.* quo in loco eadem refertur constitutio, quæ in dicto *cap. placuit. & cap. 24.* Mileuitani Concilij continentur. Rursus & illud constat, in eodem Concilio Aphricano *cap. 86.* fancitum fuisse decretum aliud in hæc verba: Item placuit, vt etiam si quisquam post leges aliquem locum ad Catholicam unitatem conuerterit, si eum per triennium nemine repetente retinuit, ulterius ab eo non repetatur. Quam quidem constitutionem Gregor. IX. ex Aphricano Concilio retulit in dicto *c. 1. de prescriptionib.* ex quibus manifestum est, iuxta litteralem sensum repugnantia in prædictis Canonibus statuta fuisse. Nam in dicto *cap. 1.* triennium requiritur. Et tamen in dicto *capit. placuit. 16. questio. 3.* sex menses sufficere, decusum extat. Ego etsi viderem Hostiens. & Doctor. in dicto *cap. 1.* non satis exactè rem istam perpendisse, opinor tamen hunc esse verum prædictorum Canonum sensum, vt Episcopus, qui voluerit locum ad alterius diocesis pertinentem, & à fide Catholica segregatum, ad Ecclesiæ unitatem reducere, prius admoneat verum illius loci Episcopum, vt eum locum religioni restituat; si verò is id facere, aut curare intra sex menses ab admonitione neglexerit, alter, qui eum mouit, poterit operam dare, vt locus ille ad unitatem Ecclesiæ redigatur: atque ita restitutum, si eundem per triennium à die conuersionis pacificè non repetente proprio Episcopo possiderit, postea locus repetitioni non datur: imò locus hic Catholica fidei restitutus manet penes restituentem. Sic sanè Canones hi conciliantur; nam sex menses à Concilio Mileuitano præfiniti, à die admonitionis currere incipiunt, & dantur ad hoc, vt constituatur verus, & proprius Episcopus in mora, ac negligentia, ex quibus alteri liberum sit, illius loci ad Catholicam fidem reductionem procurare. Triennium verò, cuius meminit text. in dicto *cap. 1.* à die reductionis incipit, & datur Episcopo vero illius loci patrono ad ipsius repetitionem. Hunc sensum colligo ex gloss. Hostiens. & aliis in dicto *cap. 1.* tametsi quædam ipsi addiderint, quæ mihi non probantur, idem intellectus deducitur ex eodem Concilio Aphricano *cap. 86.* dum inibi dicitur, *Placuit vt quicumque post leges, locum ad Catholicam fidem, &c.* Hæc enim verba, post leges, etiam si omissa fuerint à Gregor. IX. ego sic interpretor, id est, post leges admonitionis seruatas, vel, post leges admonitionis, & post conuentionem, & admonitionem factam Episcopo, ad quem locus ille pertinebat, quemadmodum legibus eiusdem Concilij, & Mileuitani decretum fuerat. Fortassis text. in dicto *cap. 1. de prescript. & in cap. 86.* Concil. Aphrican. planè procedunt, vbi Episcopus vicinus locum alienæ diocesis à fide Catholica alienatum, non requisito proprio Episcopo, ad unitatem Ecclesiæ reducere curauerit, & reduxerit: hoc enim casu triennium sufficit ad præscriptionem illius loci. At si monitio præcesserit, tunc sufficiunt sex menses ad constituendum in mora proprium Episcopum: ita quidem, vt si eum locum alienus pastor ad unitatem Ecclesiæ reduxerit, non repeatur Episcopo, ad quem prius pertinebat, restituere. Hinc verum esse opinor, quod modo adnotabam: nempe sex menses incipere à die monitionis: triennium autem à die conuersionis: etiam si gloss. in dicto *cap. 1.* hæc aliquantulum obscure explicuerit, sentiens triennium incipere à die admonitionis.

Hanc verò præscriptionem horum Canonum interpretes cum scientia rei alienæ, & sic eum quadam mala fide ex eo procedere censent, quòd de fauore fidei hic tractetur: vnde vt qui semel Catholicam fidem dimiserit, eidem diligenter, & sedulo restituantur, obtinuit prædicta præscriptio, quæ verè malam fidem non habet, quamuis ad sit rei alienæ scientia: quia legibus canonicis ex causa iustissima permittitur loca ad alium pertinentia occupare, & retinere.

Verum horum Canonum decisio iustificatur maxime ex eo, quòd Episcopus negligens restituere Christianæ religioni loca ad eius diocesim pertinentia, & quæ à fide Catholica discesserunt, videtur ea deserere, aut habere quasi derelicta: atque ideo

mirum non est, si acquirantur alteri Episcopo, qui sedulo conuersioni operam dederit, iuxta notata in l. 1. & seq. ff. pro derelict. His accedit textus singularis in l. locor. C. de omni agro deserto. l. 11. & in l. qui agros. eo. tit. Quibus responsum est, quòd si quis prædium + tributarium Reipublice excolere neglexerit, nouusque cultor, & agricola id colere curauerit, post biennium sibi acquirit nouus hic cultor veteri excluso, cui biennium istud datur à lege ad repetendum prædium, quod videtur quasi dereliquisse. Nec quidquam oberit scientia noui cultoris, qui alienum prædium occupauerit: quia cum id prædium sit Reipublicæ tributarium, deseruit quæ fuerit à cultore veteri, præsumitur quasi derelictum: & in fauorem Reipubl. permittitur cuilibet idem prædium colere: qua ratione bonam fidem habet nouus colonus auctoritate dicta l. qui agros. cuius vltra Bart. ibi meminit las. in §. omnium, de alio. num. 72. Eamque Cæsaream responsum ferè omnes intelligunt in prædiis tributariis Principi supremo, vel Reipublicæ habenti ius supremi principatus: sicuti notant Angel. & Aretin. in l. si de eo. §. si forte. ad fin. ff. de acqu. possess. quidquid Bart. ibi dixerit, atque hæc quidem adnotantur ex dicto l. qui agros. quam & Corlet. commendat in sing. verb. occupatio, ex l. autem locorum, deducitur intellectus ad l. qui agros. vt ea procedat nulla præmissa admonitione: etenim tunc requiritur biennium. Quòd si admonitio præmissa fuerit, sex tantum menses habet verus colonus ad colendum, & repetendum prædium, quod inculum dimiserat. text. singularis in dicto l. locorum, à cuius responso potest maximam rationem habere interpretatio secunda, quam superius exposuimus ad text. in dicto *cap. 1. de prescript. cum aliis canonib. similibus.* In summa illud est obseruandum, quòd mala fides minimè datur, nec admittitur in præcatis canonibus, nec admittitur etiam fauore fidei, quæ ita à summo, piissimoque Iesu instituta est, vt nulla ex parte opus sit, peccatum & crimine admittere, nec permittendum sit ad eius defensionem. Quæ enim obsecro, utilitas fidei, aut religionis Christianæ tractari potest, si Deo eius institutori offensa fiat? profectò nulla. Vnde dicendum est, in dictis canonibus præscriptionem admitti cum mala fide fauore Catholica fidei, & religionis Christianæ. Nam etsi præscribens habeat scientiam rei alienæ, non omnino ex hoc malam fidem habere videtur: modò rem alienam legis auctoritate iustis ex causis capiat, vt quæ à domino desertam, vel quasi derelictam sibi acquirat.

§. D V O D E C I M V S.

De præscriptionis interruptione.

S V M M A R I A.

- 1 Interruptio præscriptionis, qualiter distinguatur ab aliis ferè similibus terminis.
- 2 Mala fides quocumque tempore ante perfectam præscriptionem contingens interruptit præscriptionem.
- 3 Bona fides, quo tempore sit necessaria ad præscribendum: & inibi locus Dyni insigniter vtiq; emendatur.
- 4 Civilis interruptio, quæ sit Et ibi eius vires explicantur.
- 5 Præscriptio contra Romanam Ecclesiam non interruptitur per excommunicationem à Rom. Pontifice latam die Iouis sancti.
- 6 Altit temporalis, qualiter perpetua fiat.
- 7 Præscriptio semel interrupta, cessante interruptione, iterum noua potest institui, & continuari.
- 8 Regia Taurina l. 65. examinatur.

OMNIbus his, quæ ad præscriptionem iam præmissimus fore necessaria, examinatis, illud est expediendum, quod ad interruptionem præscriptionis spectat. Sunt etenim hæc iure, quæ distinctam habent cognitionem: & ea quidem ita prænotantur à iuris vtriusque interpretibus, vt sciatur, quandoque præscriptionem non currere, nec procedere; quandoque eam cessare, ac dormire; quandoque interrumpi. Non procedit, nec currit præscriptio, quoties ob malam fidem, similemve causam non incipit, nec incipere potest. Dormit, & cessat, quoties semel incepta præscriptio aliquo tempore intermititur: vt in ea, quæ contra Ecclesiam ante vacationem, & pastoris obitum procedebat: siquidem vacante Ecclesia, & ea Prælato destituta, cessat quidem præscriptio: ac demum electo Prælato, quæ prius inceperat, continuatur: sic sanè tempus vacationis Ecclesiæ subdeducitur. Interrumpitur autem præscriptio, cum omnino extinguatur aliqua causa: licet iam cœpisset procedere. Hæc colliguntur ex gloss. in l. cum notissimi. §. sed & si quis. verb. innouatur.

C. de præscript. 30. vel 40. ann. & in cap. illud. & in cap. extransmissa. de præscript. De interruptione quædam hic breui compendio tractabimus, tantum ad quamdam nostri instituti maiorem enucleationem.

Interruptio præscriptionis quædam est naturalis, quædam ciuilib. Naturalis interruptio contingit, cum deficit aliquid ex his, quæ necessarii ad præscriptionem requiruntur. Nempe vel possessio, vel bona fides, vel titulus. Ciuilis verò interruptio fit, quando actus aliquis acciderit, qui ex lege ciuili interruptionem inducat. patet isthæc distinctio in dict. cap. illud. vbi gloss. & in dict. §. sed etsi quis. in verbo, immouatur.

Bona fides adeo ad præscriptionem est necessaria, quod minime sufficiat præscriptionem bona fide cæptam esse, nisi & ea toto præscriptionis tempore à præscribente habeatur; sicuti ex regula ista colligunt Dyn. & Doct. Bart. in l. naturaliter. 2. col. ff. de vsucap. Abb. & alij in cap. vlt. de præscript. Bal. de præscript. 2. part. 3. par. princ. qu. 7. idcirco l. 1. C. de vsucap. transform. quæ ab initio tantum præscriptionis bonam fidem exigit, nec eam accedente mala fide periclitari statuit, iure Pontificio antiquata censetur, idemque dicendum est d. l. sequi. §. de illo ff. de vsucap. l. bona fidei. ff. de acq. rer. domi. Regia l. 12. tit. 29. part. 3. tamen si iuris ciuilib. in hoc meminerit gloss. in hac regul. Dubitari tamen solet, an semel cæpta præscriptio à bonæ fidei possessore, mala fides postea contingens ita præscriptionem interrumpat, vt etiam recedente hac mala fide, possit possessor bonam fidem iterum habens præscriptionem cæptam continuare; vel omnino cæpta præscriptio interrupta sit? Et quibusdam videtur, malam fidem post cæptam præscriptionem cõtingentem, non interrompere præscriptionem: sed eam durante eo vitio suspendere, vt tandem si vitium id cessauerit, præscriptio cæpta continuetur, vt utique præscribens accessione prioris temporis. huius opinionis auctores sunt gloss. vlt. in 2. quæstio. Innocent. & larè Felin. colum. penult. in dict. cap. vlt. de præscript. vbi Imol. eamdem probat sententiam, quam sequitur asseuerans eam communem esse Balb. 3. part. 6. part. princip. quæst. 4. idem admittere videtur Adrian. quodlib. 2. vers. ad primam confirmationem. Quin & ipse Dynus in hac reg. num. 13. non dicit malam fidem interrompere præscriptionem, sed eam impedire, vnde illud fortasse sensit, quod interim durante mala fide præscriptio dormiat, & cesset, vt tandem bona fide accedente continuetur. Ego sanè hanc opinionem falsam esse censeo, atque iure verius esse opinor, malam fidem interrompere omnino præscriptionem, eamque extinguere: ideoque cessante mala fide, bonaque accedente, necessarium erit iterum ab initio præscriptionem incipere: nec erit locus accessioni prioris temporis, cum id mala fide accedente omnino extrinsectum sit. Huius sententiæ veritas constat, quia mala fides verè & naturaliter interruptit præscriptionem: interruptio autem inducit necessitatem incipiendi nouam vsucapionem, iuxta cõmunem omnium traditionem in dict. cap. illud. atque ideo malam fidem post inceptam præscriptionem cõtingentem, non tantum præscriptionem impedire, sed & extinguere omnino, ita, vt etiam accedente bona fide non possit prior præscriptio continuari, sed sit opus noua, & integra præscriptio. asserunt Hostien. Bal. Ioan. Andre. Card. Ancon. & Abb. in dict. cap. vlt. Syluest. in verbo, præscript. l. 1. §. 3. ad fin. idem tenet Claudius in dict. l. natural. num. 11. & inibi Ioan. Haannib. num. 148. nam & hi Doctores expressim tenent Hostien. opinionem, vbi præscribens post cæptam bona fide præscriptionem habet rei alienæ scientiam eo modo, quo in mala fide constituitur. Quasi opinio prior procedere possit, quoties scientia rei alienæ ita leuis est, quod malam fidem non inducat: quod in controuersiam minime incidit: siquidem tantum hic tractamus de mala fide: idcirco si mala fides non accesserit, nulla est hac de re disputatio. firigitur posteriore sententiam verior em esse: nec iple certum habeo, quod prior sit magis communis.

3 Ceterum si bona fides secundum iuris ciuilib. responsa tempore traditionis regulariter necessaria est. l. si aliena rer. in princ. ff. de vsucap. l. si is pro emptore. §. vltim. l. sequitur. §. de illo. eo. tit. l. 2. ff. pro empto. l. exisistans. ff. pro solut. Quibus in locis communi omnium consensu excipitur à regula contractus emptionis, in quo vt ab eo procedat præscriptio, bona fides exigitur tempore contractus & tempore traditionis. Eamdem resolutionem tradidere gloss. & Doct. in l. Celsus. ff. de vsucapionib. Bart. & Doct. in d. l. 2. ff. pro empt. Regia l. 2. tit. 29. part. 3. Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princ. quæst. 7. Dynus in hac reg. num. 36. cuius ideo mentionem fecimus, quod existimemus non satis explicuisse, quid in hoc arti-

culo iure Pontificio dicendum sit. ita enim scribit: Sed de iure canonico non requiritur bona fides tempore contractus in his, quæ de iure communi possunt possideri, cum sine titulo præscribantur, vt dictum est: sed tempore traditionis, & continuata possessione vsque in finem completa præscriptio: vt patet per verba regula. Hactenus Dynus, sentiens præmissam iuris ciuilib. distinctionem, quam & ipse probauit, minime procedere iure canonico in his, quæ iure communi possideri possunt: quasi titulus necessarius non sit ad præscriptionem, & præterea ius ciuile requirat bonam fidem tempore contractus in his tantum casibus, quibus titulus ad præscriptionem exigitur. Hæc verò à Dyno subintellecta ego non ita certa fore censeo, sicuti Dynus sensit. Nam vt alibi ostendimus, inter ius canonicum, & ciuile, quoad præscriptionis titulum, nulla potest vera ratio differentie constitui: nec item vllum adest inter hæc iura discrimen; quo fita iure Pontificio, vt ciuili, titulum ad præscriptionem requiri. Deinde ius ciuile non semper requirit bonam fidem tempore contractus, etiam si titulum exigit. Et enim in alijs titulis, præter emptionem ac venditionem satis esse statuit, quod tempore traditionis bona fides adsit: tamen si ius idem ciuile voluerit, in titulo emptionis bonam fidem adesse tempore contractus, tunc quidem, cum ad præscriptionem titulus necessarius sit. Quamobrem quidquid scripserit Dyn. existimo distinctionem prænotatam in hoc vers. ceterum. adhuc iure Pontificio admittendam esse: & ea ex causa distinguendum esse titulum emptionis à reliquis titulis, secundum ea, quæ à Iurisconsultis responsa sunt. Subdit & ipse Dynus: In his verò, quæ non possunt de iure communi possideri, in quibus præscribendis requiritur titulus, dicendum foret, quod bona fides non requiratur tempore contractus, & tempore traditionis & continuata possessionis in titulo emptionis: in ceteris verò requiritur tempore contractus, & tempore traditionis, & continuata possessionis: nisi post tempus contractus mala fide celebrati error facti probabili interueniat, qui mala fidei præcedens suspicionem remoueat. Hactenus Dynus. Cuius commentaria hac in parte maximo impreforum vitio læsa fuisse censeo: iure siquidem ciuili & canonico quoties titulus ad præscribendum est necessarius, in emptionis titulo est item necessaria bona fides tempore contractus, & traditionis, quemadmodum iure Cæsareo, quod in hoc casu iure Pontificio admittendum esse expeditur extrat: & à Canonibus additur tempus præscriptionis totius, donec ea perfecta sit. Quo igitur pacto fieri potest, quod vbi titulus est ad præscriptionem necessarius iure ciuili & canonico, non sit item necessaria bona fides tempore contractus venditionis? Et præterea si iure ciuili in ceteris contractibus non requiritur bona fides tempore contractus, sed sufficiat quod ea detur tempore traditionis, ac iure canonico tantum adicitur tempus continuæ præscriptionis; cur obsecro Dynus in his titulis requirit bonam fidem tempore contractus, & traditionis, & continuatæ præscriptionis?

Quibus ex causis apud Dynum ita legendum esse opinor: In his verò, quæ iure communi non possunt possideri, in quibus præscribendis requiritur titulus, dicendum foret, quod bona fides requiratur tempore contractus, & tempore traditionis, & continuata possessionis in titulo emptionis. In ceteris verò requiritur tempore traditionis, & continuata possessionis: atque etiam tempore contractus; nisi post tempus contractus mala fide celebrati error facti probabili interueniat, qui mala fidei præcedens suspicionem remoueat. Hæc Dynus. Et hoc vltimum iure etiam ciuili est necessarium, nempe quod mala fides cesset, nouaque adsit tempore traditionis, cum alioqui præscriptioni locus non sit.

Atque hæc dicta sint de mala fide, quæ præscriptionem interruptit. Sic & possessio, quæ omnino exigitur ad præscriptionem, quemadmodum in hac Relektione tradidimus, si ea deficiat quocumque tempore ante completam & perfectam præscriptionem, vsucapio interruptitur: quæ de re hic parum immorabimur; cum eam quætionem latissimè examinauerint Doctores in dict. l. naturaliter. & Balb. in 3. part. 6. part. princip. in tractat. de præscript.

Fit item præscriptionis interruptio, si titulus deficiat. quod satis manifestum est, & traditur à Bart. in d. l. naturaliter. colum. 2. Panor. in d. cap. illud. Franc. Balb. in cod. tractat. de præscript. 3. part. 6. part. princ. vers. tertio principaliter quæro.

Nunc de ciuili interruptioe agendum est, atque ad eiusdem articuli resolutionem præmittendum, præscriptionem quædam esse in odium tantum negligentis inductam, vt est ea, quæ mala fide iure Cæsarium admittitur ex triginta annorum tempore; quædam verò esse merè fauorabilem, nempe inductam à iure in fauorem tantum possidentis, qualis est vsucapio triennalis, quæ omnino fauorabilis est: aliam autem esse præ-

scriptio-

scriptionem mixtam, id est, iure institutam in odium negligentis, simul & in fauorem possidentis. Et hæc præscriptio decem, vel viginti annorum: quæ cum titulo, & bona fide procedit, sicuti explicat text. in cap. placuit. §. potest. 1. 6. quæst. 3. cuius meminit in hac specie Iason in §. penales. Inst. de actio. num. 126. post alios, præsertim Abb. & Doct. in dict. cap. illud. Est item mixta præscriptio ea, quæ absque titulo, bona tamen fide procedit ex tempore triginta annorum secundum Dynum, qui hæc optimè tradit in hac regul. num. 8.

Prima tamen de interruptione ciuili sit conclusio: Præscriptio triennis, quæ à Doct. vscapio dicitur, non interruptitur, etiam litis contestatione; imò procedit, & perficitur durante lite: in qua possessore condemnato, fit rei restitutio. l. 2. §. vltim. ff. de vscapio. pro empt. l. Iulianus. §. quantum. ff. ad exhib. l. si post acceptum. ff. de rei vend. ex quibus vnanimi omnium suffragio hæc opinio constituta est, in dict. l. naturaliter. & in dict. cap. illud.

Secunda conclusio: Præscriptio decem, vel viginti annorum, quæ partim est fauorabilis, partim odiosa, interruptitur litis contestatione. l. mora litis. C. de rei vend. §. potest. in d. c. placuit. Bart. & alij communiter in d. l. naturaliter. col. pen. Abb. & alij in d. cap. illud. vbi Felin. & Balb. in 3. part. 6. part. princ. Ioan. Hannib. in d. l. naturaliter. num. 344. plura hac in re tradidere. Præsertim est adnotandum, hanc conclusionem tunc obtinere, cum litis contestatio fiat apud iudicem competentem, & habentem causæ & litis eiusdem cognitionem, sicuti visum est gloss. in d. cap. illud. & in d. cap. placuit. §. potest. vers. interrupta. & in cap. de debitis. de appellation. quibus est & similis in penultim. C. ne de stat. defunct. quarum opinio sequuntur Doctores, præsertim Felin. in d. cap. illud. & Balb. in d. 3. part. Ioan. Lup. in cap. per vestras. 4. notab. num. 28. per text. in d. l. pen. Hanc item secundam conclusionem quidam veram esse opinantur, modò ipse agens in causa non succubuerit: eo enim succumbente, non interruptitur præscriptio per litis contestationem, quæ ea vim, quam semel habuit, amiserit actore victo. sic sanè adnotarunt Felin. & Balb. post alios probat text. optimus in l. euidenter. ff. de excep. rei iud. idem asserit Socin. cons. 47. lib. 3. ad fin. Tertiò eandem conclusionem ita intelligendam esse opinantur Abb. & quidam alij in d. cap. illud. vt procedat, quoties litis contestatio facta fuerit animo prosequendi litem. Nam litis contestatio alioqui hunc effectum interrumpendi non habet, si actor nullum habens impedimentum licem omiserit, & eam desertam dimittat. gloss. in dict. §. potest. vers. interrupta. quam sequuntur Roma. in l. si verò. §. de viro. 34. fallent. ff. solut. matrim. Capic. decisio. Neapolit. 11. ex argumento sensus contrarij. l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. quo in loco gloss. prima tenet contrarium, quam sequuntur Doctores communiter: sicuti eam approbans asseuerat Franc. Balb. in d. 3. part. 6. part. princ. Quæ quidem sententia verior apparet, tamen Felin. in d. cap. illud. num. 10. mentionem fecerit gloss. in dict. §. potest. dicens, eam esse auream. Qui tamen dubitat, an ea vera sit.

Tertia conclusio: Præscriptio 30. annorum, aut 40. bona tamen fide procedens, non aliter interruptitur, quam litis contestatione. Hæc enim præscriptio propter bonam fidem similis censetur præscriptioni decem, vel viginti annorum: & mixta iudicatur: quemadmodum constat ex d. §. potest. cuius auctoritate hanc conclusionem tenuerunt Abb. & Felin. col. 2. in d. cap. illud. Balb. in d. 3. part. 6. part. princ. quæst. 1. secunda speciei. licet contrarium placuerit Anton. in d. cap. illud.

Quarta conclusio: Præscriptio merè odiosa, quæ mala fide procedit ob segnitiam, ac negligentiam alterius, sola citatione interruptitur. Hanc conclusionem latè probant Bart. & DD. in d. l. naturaliter. & in d. cap. illud. Balb. in d. quæst. 1. Ias. in l. vlt. ff. de eo. per quem factū erit. text. optimus in d. §. potest. & in l. cum notissim. §. imò. & in princ. C. de præscript. 30. annor. atque idem erit in quacumque alia præscriptione, quæ mala fide possit procedere, cuiuscumque temporis sit.

His adiiciendum est, quod Felin. scribit in cap. cum non liceat de 5 præscript. col. vlt. existimans, aduersus ↑ Roman. Ecclesiam nullam procedere præscriptionem: quippe quæ quolibet anno interruptatur per excommunicationem à Romano Pōtifice die Iouis sancti ex Bulla Cœnæ pronuntiatam aduersus occupantes, & detinentes res Ecclesiæ Romanæ. Quod satis est singulare, si iure defendi possit. Ego hanc sententiam falsam esse opinor. Nam etiam si illa excommunicatio interrumpere posset præscriptionem, id obtrineret quoad malæ fidei possessores, quos Romanus Pontifex sententia excommunicationis notat. liquidem bonæ fidei possessores, qui etsi rem Ecclesiæ Romanæ possi-

deant, iustè tamen opinantur, eam propriam esse, minimè prædictis censuris afficiuntur. Quòd si dixeris Felin. securus, admonitionem Roman. Pontificis, etiam extraiudicalem, ita interrumpere præscriptionem, sicuti eam litis contestatio interrumpit: cum ipse Roman. Pontifex sit iudex omnium maximus, nec habeat iudicem, coram quo agere, aut alterum conuenire debeat: quemadmodum in hac specie ex illo text. deduxerunt Innoc. Ioan. Andr. Abb. col. 3. Felin. col. pen. in c. nihil cum scandalo. de præscript. Acet. in l. si seruū. §. sequitur. col. 2. ff. de verb. oblig. Petr. Perus. in rep. cap. si diligenti. de præscript. n. 35. id procedit in speciali monitione ipsius Romani Pontificis, qui speciali quadam requisitione, ac nominatim possessores admonuerit, vt res occupatas Ecclesiæ Romanæ restituant: cum ex hac admonitione censeantur possessores in mala fide constituti. non sic erit dicendum in monitione illa generali, quæ fit per excommunicationem Romani Pontificis. Vnde opinio Felin. in dicto capitulo. cum non liceat. dubia est, & mihi falsa videtur. Eamque reprobatur Carolus Ruinus in consilio 37. num. 12. & 17. lib. 4.

Superest modò effectum interruptionis tradere: & quidem in ↑ actionibus temporibus, quæ vel sex mensibus, vt redhibitoria: vel anno, vt quanto minoris, & aliis, de quibus in l. sciendum. in fin. & l. cum sex ff. de adl. edit. l. 65. tit. 5. part. 5. & in l. honorariū. ff. de act. & oblig. atque in omnibus actionibus, quæ triennali præscriptione tolluntur, per litis contestationem fit earum perpetuatio ad quadraginta annorum tempus, l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. idem traditur in l. vlt. in princ. ff. de eo per quem factū erit. maximè per Iasonem inibi, & eundem in §. penales. de actio. num. 113. & Alex. in l. nam & postea. §. si is, qui temporali. ff. de iureiur. atque hoc ita receptum est iure perpetuationis. Quid igitur respondendum erit, quoties præscriptio interrupta exiit, an possit iterum cessante interruptione procedere, nouo quidem initio, siue sit interruptio ciuilis, siue naturalis? Bernardus enim in dict. cap. illud. hanc 16. quæstionem omisit, alia hac in materia tradens. gloss. verò in c. 1. q. 3. & in regul. sine possessione. de reg. iur. in 6. & Anton. in d. cap. illud. existimant, post ciuilem interruptionem non posse iterum ab initio ↑ præscriptionem procedere, nec incipi, vt tandem noua & integra instituat. Quia mala fides inducta ex hac interruptione minimè patitur, quòd præscriptio procedat. quæ de re tractauerunt gloss. Bartol. & Salyc. in l. 2. C. de fruct. & lit. expens. etiam quoad alios effectus. hanc opinionem gloss. in d. cap. 1. asserit communem esse Panorm. in dict. cap. illud. nu. 20. Sed hæc opinio tunc vera erit, quoties ex hac interruptione mala fides adhuc perseuerat apud præscribentem: hæc autem quæstio, quam modò tractamus, proponitur in eo casu, quo bonam fidem habet, qui vult præscribere post interruptam præscriptionem noua, & integra præscriptione. tandem in naturali interruptione constitutissimum est, quòd iterum possit noua & integra constitui, & continuari præscriptio: nempe possessione semel amissa, iterum accedente. idem de titulo, idem de bona fide dicendum erit secundum communem in dict. cap. illud. textus optimus in l. penul. tit. 29. part. 3. At in interruptione ciuili frequentiori interpretum suffragio receptum est, quòd in realibus, & personalibus actionibus semel interrupta præscriptio non possit iterum ab initio procedere, nisi tempore quadraginta annorum perfecta fuerit. l. vlt. C. de præscript. triginta vel quadraginta annorum. vbi gloss. & Cyn. gloss. in l. 1. Cod. de long. tempor. præscript. Abbas & Felin. in dict. c. illud. col. 5. textus optimus in l. 1. §. 1. C. de annal. exceptio. tradit Balb. in dict. 3. part. 6. part. princip. quæstio. 4. atque esse hanc opinionem communem fatetur Ioan. Hannib. in dict. l. naturaliter. ff. de vscapio. num. 370. verum Salycet. in dict. l. vlt. & in l. cum notissim. §. imò. column. vltim. C. de præscript. triginta vel quadraginta annor. aduersus communem sententiam existimat, interrupta ciuilitate præscriptione in realibus actionibus, tantum requiri ad nouam præscriptionem decem annos ultraeos, qui ab initio iure ordinario, si nulla contigisset interruptio, forent necessarii, cuius sententia admitti poterit. Imò fortassis illud iure probari poterit, in actionibus realibus, & in rebus præscribendis semel interrupta præscriptione etiam ciuili interruptione, possit iterum ea interruptione cessante, nouam præscriptionem institui, & continuari bona fide & possessione, aliisque accedentibus circumstantiis, quæ iure ad legitimam præscriptionem requiruntur per id tantum tempus, quod nulla data interruptione, sufficeret ad præscribendum. Nam leges in contrarium pro communi allegatæ, intelligendæ sunt, quoties mala fides maneat apud possidentem, vel præscribentem: tunc enim necessaria est noua quadraginta annorum præscriptio, secundum iura ciuilia, quæ

T E R T I Æ P A R T I S
R E L E C T I O N I S
I N I T I V M.

De præscriptionis iustitia & effectu.

S V M M A R I A.

- 1 *Vsucapio & præscriptio, an sint ratione iusta legis humana introductæ?*
- 2 *An ex præscriptione acquiratur dominium utile vel directum, latissime disputatur.*
- 3 *Vsucapionem triennalem à longi temporis præscriptione perperam distingui quoad dominij directi, vel utrius acquisitionem.*
- 4 *Intellect. ad text. in l. si duo patroni. §. Iulianus. ff. de iureiur.*
- 5 *An per vsucapionem, vel præscriptionem, etiam si ex eis transferatur dominium directum, fiat iniuria, aut degeretur iuri naturali.*
- 6 *Dominium utile acquisitum præscriptione maximè effectus habet.*

HVI V S operis initio enuntiata partitio nos iam admonet, ut vsucapionis vim & effectum exponamus. Cuius rei controuersia necessariò deducitur ab ea questione, qua disputari solet, Sine iusta lex, quæ vsucapionem instituerit in Republica? cum ex ea dominia ab vno in alium absque consensu prioris domini, sola humanæ legis auctoritate transferantur. Hic tamen de præscriptione, quæ mala fide procedit, minimè tractabitur, saltem in specie: sed in genere de vsucapione, cuiusque iustitia agendum erit. Idcirco hanc proponimus conclusionem.

Potuit lex humana iustissimè dominium priuatum ab vno in alterum transferre ꝑ vsucapionis, aut præscriptionis ratione. 1. Hæc probatur. Etenim humana lex potest ob utilitatem publicam dominium priuatum ab vno tollere, & in alium transferre. Lex verò id agens ex causa vsucapionis maximam Reipublicæ utilitatem affert, ac semper attulit: igitur constat quod in hac assertionem constituimus. Atque huius argumentationis vltima pars, quæ ex prioribus rem deducit, manifesta est. Maior verò propositionis pars ex eo apparet, quòd lex humana eo tempore, quo res omnes erant communes ante particularem rerum occupationem, potuit eius sola auctoritate priuatis dominia rerum concedere & tradere: quod apertissimè probatur à Conrado *de contrah. quest. 9. & 11.* Ergo eadem lex post illam diuisionem rerum priuatis factam itidem poterit ex iusta causa dominium vnus, eique acquiritum ab eo tollere, & in alterum transferre: quia non minor est legis potestas ad tollendum dominia præmissa causa utilitatis publicæ, nunc post rerum cõmunium particularem domini acquisitionem, quàm fuerit tunc cùm omnia erant communia, & indiuisa: atque auctoritate legis facta fuere priuata. Habuit enim tunc lex auctoritatem cõcedendi aliquot ex rebus communibus ob iustam causam aliquibus, reliquis ab earum vsu exclusis. Eadem ergo habet & nunc potestatem eadem res ab his, qui earum dominium habent, ratione publicæ utilitatis tollere, & aliis adiacere. Deinde lex humana, quæ iusta sit, inter subditos vim habet ex eo, quòd subditi consenserunt in imperium & administrationem legislatoris: eademque ratione subditi consenserunt in legem iustæ à Principe latam, quod satis manifestum est: idcirco lex iusta, quæ vsucapioni vim dederit, eamque induxerit, consensum habet tacitum omnium subditorum: qui quidem consensus tacitus sufficiens est, ut virtute legis iustæ dominium ab vno in alterum absque consensu expresso transferatur. Minor huius argumentationis pars tangit iustitiam legis inducentis præscriptionem: nempe utrùm iustam habuerit legislator causam transferendi dominium ab vno in alterum ratione temporis? Et quidem hæc iustitia constat ab utilitate Reipublicæ, cui conuenit dominia rerum non esse incerta: item quòd lites, quæ aliqui frequentissimè contingerent, aliqua ex parte à Republ. exterminentur. Item euidentius ostenditur, si paulò alitè rem istam repetamus. Nam vsucapio in primis videtur refragari naturali æquitati, cui conuenit, quòd nemo cum alterius iactura fiat locupletior. 1. nam hoc natura. ff. de cond. indeb. l. iure natura. ff. de reg. iur. Tamen ex aduerso obicitur, eam æquitatem quandoque incommodam, & sanè perniciosam esse communi hominum societati, cui lege naturali omnes inferuire tenemur, cuiusque ratione, vtea conferueret, passim leges humanæ instituuntur: quarum finis non alius est, quàm humani conuictus, & humanæ, communisque societatis conseruatio.

quæ iure Pontificio in hoc sublata censetur. Vnde fortassis in actionibus personalibus, si verè præscribens habeat bonam fidem; mala enim præsumitur ex ciuili interruptione, idem erit. Super quo maturius cogitandum esse censeo.

8 Est præterea in hoc tractatu ꝑ Regia l. 65. Tauri. (l. 7. tit. 15. l. 4. Recopil.) quæ palàm statuit, interruptionem præscriptionis factam quoad possessionem censeri itidem habere effectum, ac factam fuisse quoad proprietatem, & econtrariò: cùm tamen interruptio præscriptionis ratione vnus actus, non habeat effectum quoad alium, cap. auditus. ad fin. & inibi Panorm. & DD. de præscrip. Nihilominus Regia constitutio elegans est, nec loquitur de naturali interruptione, sed de ciuili: habetque hunc sensum, quòd mora lite quoad iudicium possessorium, non tantùm fiat interruptio præscriptionis quoad possessionem, super qua controuertitur, sed & quoad proprietatem, quæ in iudicio deducta non est. Sic sanè ex hoc interruptitur præscriptio, qua tolli poterat, & excludi remedium possessorium: item & ea præscriptio, quæ actionem ad proprietatem tempore posset extinguere. Ex contrario si aduersus præscribentem actum sit ad proprietatem, non tantùm interruptitur præscriptio, quæ tolleretur actionem realem ad proprietatem auctori competentem, sed & ea præscriptio, qua interdicta possessoria, quibus actor agere posset, extinguerentur. Hoc etenim conueniens est ex eo, quòd in hac potissimum materia de præscriptionibus maximè cõiuncta sit possessionis causa proprietati: cùm absque possessione proprietas præscriptionis titulo acquiri non possit.

Illud verò non est prætermittendum, quòd si quis præscribentem in iudicium traxerit agens possessorio, & præscribens victus fuerit; certissimè iuris est, etiam quoad proprietatem præscriptionem interrupti: cùm possessio à præscribente auferatur: atque idè is continuare non possit præscriptionem absque possessione, reg. sine possessione. de reg. iur. in 6. nisi victus agens postea de proprietate rei allegauerit præscriptionem, & velit ad eius perfectionem vti eo tempore, quo pendente lite possedit: tunc equidem præscriptio planè illi iustissimè obicitur. Sed si agens possessorio aduersus præscribentem in eo iudicio victus fuerit, ac succubuerit, & denique proprietatem in iudicio deduxerit, quæritur, an reus possit præscriptionis iure se defendere, atque eamque præscriptionem vti eo tempore, quo possedit post motam litem super possessorio: Et videtur non esse locum in hac specie Regiæ constitutioni: siquidem ex litis contestatione non fit interruptio præscriptionis, cùm actor succubuit: quemadmodum superius in hoc ipso §. probauimus. & tamen vidi frequenter, nisi immemoralis præscriptio proberetur, non admitti ad continuationem præscriptionis tempus, quo reus possederit post motam litem super possessorio iudicio, latamque in eo sententiam: quasi id sit consonum Regiæ, & Taurinæ constitutioni. Quod apud me dubium est. Hæc quidem de ciuili interruptione: nam naturalem interruptionem diximus non omnino pertinere ad Tauri legem. Id verò probatur planè de interruptione procedente à defectu possessionis: ea etenim dubio procul & ad possessionem & proprietatem pertinet: nec illa constitutio huic aptari potest. At interruptio procedens à defectu tituli, vel bonæ fidei, etsi naturalis sit, fortassis conueniet prædictæ legi. Interruptitur enim præscriptio proprietatis ob malam fidem: item ob deficientem titulum: & tamen interdicta possessoria, quæ lege, vel statuto temporalia sunt, ac tempore tolluntur, hac in specie præscriptione huius temporis absque titulo & bona fide, & denique mala, iure ciuili hac in parte minimè antiquato, extinguuntur: sicuti diximus de iure summariæ executionis. Igitur iuxta legem Regiam interruptio præscriptionis, quoad proprietatem ex defectu tituli, aut ex mala fide, cùm alioqui minimè præscriptionem aduersus interdicta possessoria interrupteret, ad hæc interdicta extenditur: atque idè horum interdictorum præscriptionem interruptit. Quæ de re adhuc oportet maturius perpendere, ac diligentius cogitare.

seruatio. In hoc denique vsucapio instituta legibus humanis est, vt Reipublicæ, communicare hominum societati, consultum sit. Ea etenim cessante, incertus semper esset possessor, an res, quam ab alto emit, aliòve citulo habuit, sua sit, necne. Quod minimè Reipubl. commodum est, imò damnum infert. l. 1. ff. de vsucap. quòd si nullo tempore certa sint rerum dominia, hominum còmercia facilè intermitterentur: atque inculti iacebunt agri, quorum cultura Reipubl. utilis omnino censetur: timens namque possessor ne quando dominus verus fundi, cum sibi auferat, illius curam abiiciat, & incultum manere sinet, quemadmodum scribit Theoph. in princip. Inst. de vsucap. Et præterea vsucapionis lex alia ratione iustificatur à l. C. in l. vltim. ff. pro suo. Ergo, inquit Neratius, vsucapio rerum constituta est, vt aliquis litium finis esset. Sic & Cicero pro Cecin. vsucapionè inquit esse finem sollicitudinis, ac periculi litium. His tandem rationibus introducta vsucapio minimè infringit regulam illam iuris naturalis, quæ cum alieno detrimento nos locupletari vetat: sed eam potius moderatrice ratione interpretatur, ne ab alia lege, quæ conseruationem, & quietem communis societatis iniunxit, discederetur. Sic legibus duodecim Tabularum, fundi & agri biennio vsucapiebantur, ceteræ autem res anno tantum. cuius legis meminere Iust. in l. 1. Cod. de vsucapio. transform. Cicero lib. 2. Topic. Idem in oratione pro Ceurina. Plato item lib. 12. de legibus. ad eius Reipublicæ, quam ipse instituebat, regimen statuit, rem mobilem palàm & publicè possessam, anno vsucapi: si clàm possideatur ea res, triennio quidem, & id in vrbe. At in agro palàm, quinquennio: occultè verò, decennio vsucapi. Laudat Cicero de Offic. lib. 2. Aratum Cicyonium, quòd is, cum patriam sua tyrannide multis annis oppressam liberaffet, exulesque reduxisset, possessiones iustas triginta iam & quadraginta annis obtentas mouere, atque exulibus restituere, idè iniquum esse censuit, quòd tam longo spatio multa hereditatibus, multa emptionibus, multa dotibus tenebantur sine iniuria. Hinc sanè fit, vt nulla Christiana Respublica sit, quæ propriis statutis legibus vsucapionem mobilium, & immobilium rerum non probauerit: ealque leges iustas esse ostendit Scorus in 4. sentent. dist. 15. & præter eum Conrad. de contract. quest. 15. conclus. 2. & sequens. Thom. in quodlib. 12. quest. 24. quorum opinio communis est apud Theologos: sicuti eam secutus alferit Adrian. in 4. sentent. tract. de resit. eo capitul. quo de præscriptionibus agit. Ex hac vsucapionis iustitia plura possent deduci: quorum aliquot, quia maiorem hæcenus habuerunt controuersiam, breui quadam resolutione subiiciam.

Primum hinc facillimè, ni fallor, expendi poterit ea quaestio, ² qua dubitari solet, an ex præscriptione acquiratur dominium directum, vel utile? Nam frequentiori nostratum sententia illud obtentum est, quòd ex triennali vsucapione transferatur dominium directum, at ex præscriptione decem, viginti, vel triginta annorum tantum translatum sit in præscribentem dominium utile, directum verò maneat penes illum aduersus quem præscriptum fuerit. Hanc opinionem veram esse censent gloss. in Auth. nisi tricennalis. C. de bonis maternis. gloss. in l. traditionibus. C. de pact. & in princip. Inst. de vsuc. quas secuti sunt Barr. & DD. in d. Auth. nisi tricennalis. & in præcitat. locis. Panor. in Rubric. de præscript. Idem in cap. ceterum. de iudic. num. 20. & Dec. ibi nu. 17. Eandem sententiam fatentur còmunem esse passim vtriusque iuris interpretes, præsertim Ias. in d. l. traditionibus. Felin. & Alciat. in d. Rubr. de præscript. Francif. Balb. in tractat. de præscript. 2. part. princip. 2. questio. Atetin. in princip. Institut. de vsucapio. Ioannes Hannibal. in Rubric. ff. de vsucapion. num. 113. & probatur in l. si duo patroni. §. Iulianus ff. de iureiurando. vbi velis actio datur præscribenti. Idem in l. 1. ad finem. ff. de aqua pluuiar. arcend. deinde præscribenti competit exceptio: ergo priori domino competit actio. l. super longi. Cod. de longi tempor. præscript. l. si quis emptio. Cod. de præscript. triginta vel quadraginta annor. Quibus & alia ratio accedit, quòd dominium iure naturali quaesitum, quòdque directum est, non potest humana, & ciuili lege tolli. l. eas obligationes. ff. de cap. dimin. ergo per præscriptionem lege humana inductam non potest dominium istud directum tolli. his sanè auctoritatibus, & rationibus potissimum hæc opinio comprobatur: & item auctoritate Iuriconsulti in l. si quis diuturno. in princip. ff. quemadm. seruuit. vend. vbi l. C. acquisita seruitude inquit, vtilem actionem præscribentem habere ad ius seruitutis.

Ceterum contrariam sententiam, imò quòd vsucapione decem, vel viginti annorum dominium directum transferatur auctoritate legis humanæ ex vsu, probare conantur Martinus, Petrus à Bellapertica, & Iacob. Butri. in d. Auth. nisi tricennalis. gloss.

in summa. 16. q. 3. Faber & Portius in princip. Inst. de vsucapi. Alciat. in Rub. de præscript. num. 33. & in l. vi sunt ff. de verbo sign. Dec. in l. vlt. C. de edict. Diui Adrian. tollen. col. 1. Ioan. Igneus in l. 1. §. dominia. et l. ff. ad Syllan. idem latius in l. contract. ff. de reg. iur. num. 130 cuius rationes aduersus Dec. defendit Rog. de Mota. in l. traditionibus. C. de pact. num. 94. Eandem opinionem fatentur veriores esse, & tenent Eguinarius Baro Institut. de vsucap. col. 2. Ioan. Coraf. in l. seruuit. in 4. nu. 13. ff. de seruuit. idem Coraf. l. 6. Miscell. cap. 20. & Conrad. de contract. q. 15. conclus. 3. Quæ quidem opinio probatur ex eo, quòd plurium Iuriconsultorum testimonio constet, vsucapione, & præscriptione dominium acquiri præscribenti. l. 3. ff. de vsuc. l. acquiritur. §. non solū ff. de acq. rer. domi. l. traditionibus. C. de pact. Auth. nisi tricennale. C. de bonis mat. dominij autem verbo directum est in dubio intelligendum. l. 1. §. qui in perpetuum. ff. si ager vendit. cum potentior sit adlumen significatio in dubio. l. quaritur. ff. de statu homi. l. domum. ff. de contrah. empt. cap. penult. de sent. excom.

Secundo loco huic sententiæ adtipulatur ratio satis congrua. Lex etenim humana ex iusta causa habet potestatem transferendi dominium ab vno in alterum, sicuti modò probauimus, non tantum utile, sed & directum. quod negari non potest; alioquin dominium, quod in poenam criminis transfertur ab vno in alterum, directum non esset, sed tantum utile. quod omnino falsum est. Igitur certum fit, humanam legem posse causa vsucapionis transferre dominium directum in præscribentem. Huius autem dominij directi translationem fecisse legem inducentem vsucapionem, & præscriptionem, satis apparet ex locis proxima ratione citatis. & præterea, quia manifestius est, auctoritate legis præscriptionis causa dominium in præscribentem transferri: nec distinctio alicubi in ea specie fit dominij directi ab utili, quod lex minimè indistinctum dimitteret, si voluisset tantum dominium utile in præscribentem transferri.

Tertiò eadem sententia habet auctoritatem à lege duodecim Tabularum, item à Iustiniano Cæsare in princip. & §. 1. de vsucapion. quibus in locis pariter statuitur acquisitio dominij ratione præscriptionis rerum mobilium & immobilium, additque Iustinianus ex præscriptione rerum dominium acquiri, cum mentionem fecisset rerum mobilium & immobilium: ergo vt par sit vtriusque præscriptionis conditio, ob eandem legis parem, vnamque vtriusque determinationem, l. nam hoc iure. ff. de vulg. par est, quòd dominium directum rerum etiam immobilium in præscribentem transferatur. Hæc eadem argumentatio fieri potest ex l. traditionibus. C. de pactis, vbi paria censentur, quòd dominium transferatur traditione, & vsucapione, & tamen palàm est traditionibus dominium directum, non tantum utile transferri.

Quartò aduersus communem opinionem vrget textus in cap. inter memoratos. 16. quest. 3. quo in loco dominium acquisitū præscriptione, appellatur clericum. ead. quest. dominium hoc proprietas dicitur. vnde coniectare licet, & deducere, directum dominium præscriptione acquiri.

Quintò, vt partem istam iustiorē esse ostendam, aut saltem minimè conuinci auctoritate tot doctissimorum virorum, qui contrariam magno conatu admittendam esse opinantur, libenter quaeram, quo iure hi Doctores, & vsucapionem triennem distinxerint à longi temporis præscriptione, censentes ex trienniali directum dominium acquiri, non ita ex præscriptione longi temporis? Etenim si responderint in vsucapione Iuriscōsultum hanc conclusionem palàm probare in leg. 3. ff. de vsucap. vt Dynus in hac regula censet, num. 10. profectò mirabor maxime, viros eruditione insignes hac auctoritate sententiam istam probasse. Nam Iuriscōsultus in d. l. 3. non tantum tractat de vsucapione rerum mobilium, sed & de immobilium præscriptione. nam & hæc vsucapio dicitur l. 4. §. si vi. l. super errore. ff. eod. tit. Nec vllibi in tract. de vsucap. Iuriscōsultus, quorum responsa in Pandectas Iustinianus retulit, hanc distinctionem fecere. Imò ab eis rerum immobilium & mobilium præscriptio, dicitur vsucapio, & à Cicerone, & aliis veteribus Latinæ linguæ auctoribus, quorum dictiones in his, quæ ad vsucapionem pertinent, non aliz sunt, quam hæ, quibus & Iuriscōsultus vtuntur, nusquam mentio fit rei immobilis præscriptionis sub alio nomine, & citulo, quam vsucapionis. Præterea licet non desint rationes, quibus moti legumlatores potuissent inducere, quod directum dominium ex vsucapione rerum mobilium acquiratur, utile verò tantum ex præscriptione rerum immobilium, nempe ob vilem & abiectam rerum mobilium possessionem. l. peregre in princip. & l. si rem mobilem. ff. de acq. possess. & quia facilius, ac firmitus res mobiles acquirantur. l. 3. §. Nerua filius ff. de acq. possess. tamen legislator ex his, &

aliis rationibus statuit, minus tempus sufficere ad vsucapiendum res mobiles, quàm immobiles, nec in qualitate dominij & distinctione directi, ab vili quidquam definitur: imò pariter, cum vsucapio tam de mobilibus quàm immobilibus sit necessaria ad accipiendam, ex ea generaliter acquiri dominium censuit in d. leg. 3. tamen si iam lege duodecim Tabularum sancitum esset, minori tempore acquiri mobilia, quàm immobilia. Nec distinctionem istam ita vilem, & maximi effectus tacuissent Iuriconsulti, si ea lege civilis Romanorum alicubi facta fuisset.

Non obertur huic opinioni ea quæ contrariæ sententiæ auctores adducunt. Et primo I. si duo patroni. §. Iulianus ff. de iur. iur. Cuius hic est contextus litterarum: Iulianus ait, eum qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem, etiam vilem actionem habere debere. Hæc Iuriconsultus. Qui variè à Doct. intelligitur. Nam quidam arbitrantur, longi temporis præscriptionem in ea specie allegari ab eo, contra quem iuratum est. Vnde qui semel iuravit ex aduersarij delatione fundum suum esse, habet ex iuramento actionem vilem, non obstante quòd aduersarius post hoc iuramentum longo tempore fundum possederit. Quasi tunc non sufficiat longi temporis præscriptio, sed sit necessaria maior præscriptio perpetua actione per delationem iuramenti: arque non tantum habet qui iuravit actionem realem, quam priusquam iurasset habebat, quæ perpetua fuerit per litem contestationem, sed etiam actionem vilem ex iuramento; quæ quidem actio perpetua est usque ad quadraginta annos. l. nam & postea. §. si in quit temporalis. ff. de iur. iur. de quo tractat Regia l. 14. tit. 11. Partita tertia. Hippol. in sing. 141. Rod. Zuarez in rep. l. post rem. ff. de rei iud. vers. considera vltimo & singulariter. & secundum gl. & Alex. in d. §. Iulianus. ac Rodericum in d. vers. considera. locus hic Iuriconsulti tractat de præscriptione iam cæpta tempore dilationis iuramenti, vel de vsucapione post iam delatum iuramentum incipiendam. quem sensum Regia lex admittit, arque post alios Ias. in d. §. Iulianus. Potest aliter locus Iuriconsulti adsumi in eum sensum, ut interpretemur, post ipsam vsucapionem finitam, possessor in iudicium vocatū opposita exceptio, ac præscriptio longi temporis, iuramentum auctori detulisse, eumque ex delatione iurasse. Habet enim tantam vim iuramentum ex delatione præstitum, quòd & aduersus longi temporis præscriptionem actionem vilem iuranti acquirit: nec tantum extinguit ius præscriptionis, quo extincto auctor habet pristinam actionem directam iure dominij, sed & vilem ex iuramento vi acquirit ipsi iuranti. Hæc quidem interpretatio, licet Iasoni non admodum placeat, cum is existimet non conuenire textui, deducitur à gloss. ibi in princip. & Bartol. in §. si quis iurauerit eiusdem l. si duo patroni. Tādum iuxta has interpretationes minimè obstat Iuliani responsum opinioni, quam vltimo loco aduersus communem probauimus, nec communi sententiæ suffragatur. Quòd si dixerit quis Iuliani sententiam procedere in præscriptione eius, qui iuravit, ut sit sensus, quòd is, qui iuravit ex delatione alterius fundum suum esse, si postea præscripserit rem ipsam longo tempore, habere eum etiam vilem actionem, quemadmodum eum textum intellexere Iacob. Butrig. Richar. Alb. Bartol. & Ias. Tunc ipse respondet actionem illam vilem dari ex iuramento, non ex præscriptione. nam de viribus iuramenti agitur in eo titulo, non de viribus præscriptionis: idcirco inibi responsum est, post iuramentum habere iuramentum, quæ etiam ratione tituli iuramenti præscripserit fundum bona fide, actionem vilem ex iuramento sibi delato, non tantum actionem directam ex præscriptione. huiusque responsi non est levis effectus, sicut Iason post alios ibidem tradidit. Quamobrem potius probatur in dicto responso posterior opinio, quàm prior. Mihi sanè potius placet, quòd in d. §. Iulianus. præscriptio allegatur ab eo, qui iuramentum detulerat. Id enim magis consonum est Iuriconsulti menti, quàm quòd ab eo, qui iuravit, eadem non ita vtiliter proponatur: & iuxta hunc intellectum, si intellexerimus iuramentum præstitum fuisse post præscriptionem perfectam, oportet comma, & duo puncta post dictionem illam, Præscriptionem, apponere.

Item non obest textus in l. 1. ad fin. ff. de aqua pluuiæ. arc. & in l. si quis diuturno. in princip. ff. quemadmodum seruit. amitt. nam in prædictis locis tantum tractatur de vili actione pro vili seruitute, aut quasi seruitute, non de vili dominio; quæ quidè distinctam habent rationem ex eo, quòd in seruitutibus agatur de re incorporali, quæ verè & propriè non possidetur, sed quasi possidetur. l. seruis. §. incorporales. ff. de acq. rer. dom. l. sequitur. §. si viam. ff. de vsuca. Idcirco mirum non est, quòd seruitus acquisita præscriptione, differat ab ea, quæ consensu domini constituta conuentione

Didaci Conar. Tom. I.

sit, & appelletur quasi seruitus, vilemque actionem habeat. Illa etenim, quæ pacto & conuentione sit constituta, propriè seruitus dicitur; at ea, quæ vili temporis sit acquisita, quasi seruitus appellatur; quippe quæ non sit continuata propria, & vera possessione.

Deinde leges omnes, quæ præscribenti exceptionem competere assueverant, non probant actionem eum non habere directam, nec ex eis constat, illum contra quem præscriptum est, habere adhuc post præscriptionem, actionem directam. loquuntur enim de exceptione intentionis & facti, cuius meminit gloss. in l. qui se debere. ff. de cond. caus. dat. de qua & nos disputauimus in princip. huius relectionis.

Vltima verò ratio prorsus est fragilis, licet ea vtantur Abb. in c. ceterum. de iudic. num. 20. & Dec. ibi num. 17. ex l. eas obligationes. ff. de cap. dimin. dicentes, legem humanam non posse per vsucapionem transmutare dominium directum à priori domino tollere, & transferre in vsucapiantem, quia dominium directum competit iure naturali, cui lex civilis humana derogare non potest. Profecto satis esset viris doctis præstantibus his rationibus abstinere, quàm ita leuiter argumentari. Quid obsecro refert, quoad iuris naturalis rationem, quòd per vsucapionem dominium directum, vel vile potius acquiratur? cum etiam vile tantum dominium sit sufficiens, vt iuste vsus ipsius rei, vtilitas & commodum liberè in vsucapiantem sint translata. Deinde si lege humana non potest ab aliquo dominium directum auferri, non poterit nec in poenam delicti rerum dominium directum à delinquente in Principem lege humana transmutari. quod falsum est & manifestè erroneum. Sic denique aduersus ipsam Panormitanum, & communem, nec per triennalem vsucapionem dominium directum lege humana posse acquiri, & tamen dubio procul id acquiritur. Nec video rationem congruam, qua probari possit, dominium vile non ita esse penes alicuius rei verum dominum iure naturali, sicut directum: quo fit, vt si directum sit iuris naturalis, ita erit & vile. Maximè quòd etsi fateamur dominium verum alicuius rei habere ius in ea, ac dominium naturali ratione & iure; id planè procedit, in modò intelligamus dominium, sicut & libertatem ipsius hominis, quæ iure naturali competit cuique, subditum esse Reipubl. & eius administratoribus, qui ad vile regimen subditorum possunt legibus statutis de dominio rerum, & de ipsorum subditorum personis disporre. In hoc enim palam consensere hi, qui se Reipublicæ, & Principibus subdidere. Hinc etenim deducitur, ius illud naturale, quòd dominij propriè rei quis habet, quòdque dicitur, dominium hoc à nemine auferendum fore, habere, & assumere interpretationem ab alia eiusdem iuris naturalis ratione, qua obtentum est, homines ipsos, eorumque res subditos esse Reipubl. eiusque Principibus, vt vtilitati communis subseruiant: arque ita in his, quæ ad eiusdem communis vtilitatem necessaria sunt, parere debent subditi, nec recusare possunt legum, vel Principum imperia. Leges verò vsucapionem inducentes iusta ex causa, in totius communis vtilitate statuta sunt, idcirco in controuersiam iniquitatis trahi non debent. & præterea possit dici dominia rerum non omnino esse distincta iure naturali, sed humano per particularem earundem rerum communium applicationem, de quo in reg. peccatum. tractantes de venatione, disputauimus: quamuis iuris naturalis principium sit, nemini facienda esse iniuria: nemini nocendum esse. & ea ratione res propria alicuius non est ab eius dominio cum iniuria auferenda; sic etenim dominium per vsucapionem in aliquem translatum, iure potius quàm iniuria auferitur à priori domino. Ex quibus patet responso ad argumentationem. Nam etsi dominia rerum sint iuris naturalis, & ea quæ sunt iuris naturalis humana lege non possint auferri, non sequitur ex hoc, præscriptione, aut vsucapione, dominia auferri contra ius naturale, nec ex hoc ius naturale violari, quia id potius interpretationem adsumit à ratione moderatrice, quæ & ipsius iuris naturalis pars est.

Igitur, quidquid nostrates velint, ego constitutissimum esse propono, præscriptione quacumque, quæ iusta lege probata, & instituta sit, dominium directum vsucapiantem acquiri, nec penes priorem dominum id manere; arque idè non solum præscribenti vile dominium competere, sed & directum.

Verum prior sententia, quæ frequentiori suffragio recepta fuit, plures habet interpretationes, ac restrictiones, quibus eiusdem auctores eam perstringunt, & limitant. eas tradidere Felin. in Rub. de præscrip. Iason. & alij in d. l. traditionibus. idem §. omnium. de action. num. 72. Ioan. Hannib. in d. l. naturaliter. in repetit. Rubr. de vsucapion. nu. 84. & sequentibus. Igneus in d. §. domini. l. 1. ff. ad Sylla-

P P

nian.

nian. Præter hæc illud est adnotandum, quòd dominium directum non potest esse penes duos in solidum, & idèd iuxta communem sententiam dominium directum manet adhuc post præscriptionem penes ipsum priorem dominum; dominium autem utile acquiritur præscribenti. At secundum opinionem communem contrariam, dominium directum acquiritur præscribenti, nulloque manet apud priorem dominum ex ratione *l. si vi certo. §. si duobus. ff. commod.* Vnde si alicubi scriptum sit, eum contra quem præscriptum fuerit, dominum directum esse, id intelligendum est, olim, scilicet ante perfectam præscriptionem. utcumque sit, etiam si obtineat ea sententia, quæ habet, dominum tantum utile acquiri præscribenti; hoc tamen dominium vsucapione acquisitum verum dominium est, ac directo præfertur. gloss. in *l. si ades. in princip. ff. de servitut. urban. præd. & in leg. 3. §. ex pluribus. ff. de acquir. poss. Bartol. in leg. 1. & ibi Iason num. 57. ff. eod. titul.* Sic & qui agit rei vindicatione, obtinere debet in ea actione, si probaverit se rem illam, quam petit, legitimè præscripsisse, secundum Specul. titul. de loca. §. nunc aliqua. versicul. quinquagesimo sexto queritur. Bartol. in *l. minor. §. 1. columna penult. ff. de euction. Innoc. in cap. ceterum. de iudic. colum. penult. Felin. in Rubric. de præscript. colum. 3. Abbas in cap. cum contingat. notab. 1. de decimis. Alexand. consilio 90. libro secundo, colum. 3. Paulus Paris. conf. 104. lib. 31. num. 39. Bald. & Paul. Castren. in *l. cum res. Cod. de probation. Panormitan. in d. cap. ceterum. colum. penultima. Balb. de præscript. secunda parte princ. col. 3. Quorum opinio communis est. Quamobrem illud sit absque controuersia, hoc dominium utile sufficiens esse ad agendum & obtinendum rei vindicatione, item & ad excludendum veterem dominum agentem ex directo, sicuti & Alexand. explicat in dicto §. ex pluribus. colum. 3.**

§. PRIMVS.

Effectus dominij vtilis vel directi, &c.

S V M M A R I A.

1. Præscriptio bona fide, & titulo procedens tribuit præscribenti actionem ad vendicandum rem ab ipso veteri domino. & an idem sit in præscriptione bona fide absque titulo tamen procedenti.
2. Præscriptio an det ius proprietatis præscribenti. & an ipse habeat rei proprietatem.
3. Vetus dominus rei præscriptæ ratione dominij directi poterit agere contra tertium possessorem, qui non habet causam à præscribente.
4. Præscriptio per in integrum restitutionem extincta, an sit nativa, vel data a iustitia quæ veteri domino competit.
5. Dominium acquisitum per præscriptionem an possit tolli per Principem.
6. Dominus directus an possit impedire conscriptionem rei præscriptæ ob delictum præscribentis? Huc etiam adduntur alij effectus à domino directo procedentes.

S A T is in initio huius tertie partis exposuimus contrarias Doctorum sententias in ea quæstione, qua solet discuti, an dominium directum acquiratur præscribenti; ac tandem ostendimus frequentiori auctorum consensu in eam itum esse opinionem, quòd dominium directum maneat penes veterem possessorem, utile tantum præscribenti acquiratur. Idcirco oportet expendere, quid operetur illud dominium directum, manens apud veterem possessorem, & quid referat vsucapienti acquiri dominium tantum utile, non directum. subiiciam enim aliquot huius disputationis utilitates.

Primum quidem, licet verum sit, & saltem crebriori Doctorum sententia receptum, eum qui rem aliquam bona fide, & titulo decem, aut viginti annis vsuceperit, habere & actionem realem ad vendicandam eamdem rem à veteri domino, contra quem præscripsit, quique eam rem demum finita præscriptione possidet. *l. quis emptionis. in princ. C. de præscr. 30. vel 40. ann. iuncta gloss. ibi.* quæ huius opinionis auctores citauit Ioan. & Bulgarus, quorum sententiam fateantur communem esse Salyc. ibi, & Balb. de præscr. 2. part. 3. part. princ. q. 6. col. 1. Attamen qui vsuceperit rem alterius 30. annis absque titulo, bona quidè fide, habet actionem adterius quemcumque possessorè ad rei vindicationem, modò non sit prior rei dominus. Nam ab hoc non poterit rem istam vendicare, id quod procedit propter dominium directum, quod manet apud ipsum priorem dominum, contra quem præscriptio processerat. text. optimus in *l. si quis emptionis. §. 1. iuxta opinionem gloss.* quam sequitur Iac. Buttri. Balb. Ang. & Salyc. Quorum opinio communis est, sicuti Salyc. ibi & Balbus in d. q. 6. expressim fateantur, eandemque sententiam probat textus in specie in *l. 21. tit. 29.*

part. 3. Ego sanè, nisi Regia lex hanc opinionem probaret, contrariam potius eligerem, veramque esse censerem, secutus Placentin. & Alberic. in d. §. 1. ea præsertim ratione, quòd præscriptio hæc tricennalis bona fide perfecta, eamdem vim habet, quam præscriptio decem, vel viginti annorum, quæ cum titulo, & bona fide processerit. text. singularis in cap. placuit. §. potest. 16. quest. 3. Dynus in hac regul. num. 9. Abb. in cap. illud. de præscript. col. 3. Balb. in secunda part. princip. quest. 2. Idemque apparet in dicta *l. si quis emptionis. §. 1.* vbi simile prædidum inquit Imperator dari huic præscriptioni ei, quod dederat in initio *d. l. si quis empti.* præscriptioni decem vel viginti annorum cum titulo, & bona fide. Nec obstat textus in d. §. 1. versic. ita tamen. quia referendus est ad præscriptionem triginta annorum mala fide continuatam, quæ tantum acquiri præscribenti exceptionem iure ciuili. Hanc item opinionem Placentini securi sunt Petrus, & Rainerius in dicto §. primo. quorum meminit Alex. in cons. 238. lib. 6. col. 1. vltimo loco referens hanc sententiam, dubius tamen. sed & eam sequitur Corneus in cons. 14. col. 6. lib. 3. Ex quibus non ita est auctoritate DD. hæc posterior opinio destituta, quòd omnino videatur improbara.

Secundò, etsi verum sit, quòd habens dominium utile, & agens rei vindicatione, possit in libello dicere, se dominum esse rei petite, ac defendi possit ea libelli asseueratio, intelligendo de vtili dominio secundum Bartol. & communem in *l. sed si possessori. §. item si iurauero. ff. de iur. iuran. Abb. in cap. ceterum. de iudic. nu. 20.* tamen si habens dominium utile, dixerit in libello se habere proprietatem, talis libellus non procedit, nec admittendus est, nec defendi potest, quia verbum, *Proprietas*, nusquam accipitur oblique, vt de quali proprietate intelligatur, auctore Bald. in *l. cum res ad finem. Cod. de probat.* cuius opinio communiter recepta videtur ex traditis ab Alexand. in *l. si quis vi. §. differentia. ff. de acquir. poss. colum. penultima.* defenditurque à Decio in dict. cap. ceterum. nu. 17. aduersus Iasonem, qui in d. §. item si iurauero. nu. 27. à Baldo discedit, leui profecto ratione. Errat enim Iason, dum probare vult, emphyteutæ libellum, quo se asserit proprietarium esse, defendi posse, si intelligamus ratione vtilis dominij proprietarium esse. Quod falsum est; habet siquidem emphyteuta, utile dominium debilius profecto, quam acquisitum per præscriptionem: nam illud non vincit directum, istud verò directo præfertur. nec emphyteuta dici potest quasi proprietarius, quum quali proprietate dicatur in rebus incorporalibus, cap. vlt. de iud. quamobrem falsam esse censeo Iasonis opinionem. & tamen itidem falsa est Baldi, se quacumque decisio, dum ipsi existunt, non posse procedere libellum, quo is, qui præscripsit, agens rei vindicatione, asserit se proprietarium esse; siquidem iure optimo is libellus defenditur. Est etenim text. in cap. clerici. 26. q. 3. vbi dominium acquisitum per præscriptionem, proprietate appellatur: vnde obiter, si Bald. opinio admittenda sit, cum censet dictionem istam, *Proprietas*, non accipi oblique, nec posse intelligi de dominio vtili, sed omnino intelligendâ esse de directo dominio; infero ex dict. cap. clerici. manifestè reprobari communem sententiam, quæ existimatione auctorum definit, præscriptione dominium utile tantum acquiri. At nihilominus ipse opinor dictionem istam oblique adsumi quandoque pro quali proprietate, quemadmodum constat in Rubr. de caus. poss. & propriet. sub qua in ipsius tit. tractatu, de quali proprietate agitur.

Tertiò ab ipsa communi sententia deducitur, quòd si verus possessor dominus directus rei vsucapit, & præscriptæ, ratione dominij directi penes ipsum remanens poterit agere contra eum, qui non præscripsit, nec ius habet à præscribente, obtinet tamen, & possidet rem præscriptam: nec hic ea cõuentus actione poterit excipere de iure præscribentis, sicuti respondent Dynus in hac regul. num. 21. Petrus in dict. Authent. nisi tricennale, quem ibi sequuntur alij. & Balb. de præscript. secunda part. princ. 2. quest. Quorum opinio cõmunis est secundum Alciatum in Rubr. de præscript. num. 30. qui censet hanc sententiam procedere, etiam si teneamus per præscriptionem acquiri dominium directum præscribenti, quia non inconuenit, quòd dominium directum sit apud duos: apud vnum auctoritate legis, apud alium naturalis cuiusdam traditionis iure. Idem reperit ipse Alciatus in *l. traditionibus. C. de pactis.* quod apud me dubium est. scio etenim idem dominium non posse penes duos in solidum esse, *d. l. si vi certo. §. si duobus. ff. commod.* Nisi dixerit quispiam dominium directum acquiri præscribenti ad effectum, vt is possit rem ipsam defendere etiam à veteri domino, & possessore, & eam vendicare ab eodem, & ab alio quocumque. Hoc autem ius dominij directi non est penes alium,

alium, qui nullam habet causam à præscribente: idcirco conuen-
tus is in iudicio actione reali ab eo qui probat eiusdem rei do-
minium, non potest allegare dominium illud extinctum esse
præscriptione, cum reus iste nec præscripserit, nec ius habuerit à
præscribente. Nec inficior adhuc difficillimè posse hanc opinio-
nem defendi, si vera est conclusio, quam aduersus communem
probauimus, asseuerantes, dominium directum præscribenti ac-
quiri; non enim habet vllum ius agendi antiquis possessor, cui
non suffragatur *l. si quis empt. §. 1. de præscript. 30. vel 40. annor.* quia
is text. procedit in præscriptione mala fide continuata. Fortassis
poterit obtinere hæc opinio Petri, & aliorum, inspecta quadam
æquitate, quæ dicitur, veterem dominum, & possessorem agen-
tem rei vendicatione, minimè posse excludi ab alio quàm à præ-
scribente, vel habente ab eo ius, & causam.

Quartò hinc colligitur interpretatio receptæ cuiusdam sen-
tentia, qua obtentum est, actionem datiuam minimè transire
ad heredes, quamuis natua bene transeat. gloss. celebris in *l. cum
precario. ff. de precar.* quam dicit peregrinam esse Ias. in *l. iurisgen-
tium. colum. 2. ff. de pact. ramentis* eam esse falsam probare conatur
Fortun. in *dist. l. iurisgentium.* ex eo, quòd cum à lege detur actio,
nulla ratio dicitur, quin & ea ad heredes transeat. *l. à Titio. ff. de
verb. oblig.* Et præterea actio, cuius meminit *l. quoties. Cod. de donat.
quæ sub modo.* ad heredes transit, quod inibi apparet, & tamen
datiuam est, secundum Bartol. *l. 1. ff. de act. & oblig.* probatur, igitur
4 actionem & datiuam ad heredes transire, contra prædictæ gloss.
conclusionem. quæ verò præmissa infertur, actionem competi-
torem illi, aduersus quem fuerit vsucapum & præscriptum, con-
cessa contra vsucapionem restitutione in integrum, ad heredes
eius transire, quia natua sit, propter dominium directum, quo
nondum per præscriptionem fuerat priuatum antiquis posses-
sor. quod in specie declarat Bart. in *l. vlt. Cod. ex quibus caus. maior.*
quem inibi DD. sequuntur, & Ias. in *§. rursus, de action. num. 80.*

Hinc subinfertur, propter actionem istam natiuam, quæ per
restitutionem competit, fructus etiam restitui ei, cui conceditur
in integrum restitutio: quod minimè obtineret, si actio foret
datiuæ; tunc enim fructus non restituerentur, cum actio noua
modò detur, sicuti Salyc. adnotauit in *l. vlt. col. pen. C. ex quibus caus.
maior.* cuius opinio quoad præteritum vltimam mihi dubia videtur;
ex ea enim sequeretur, quòd si actio omnino sublata per restituti-
onem in integrum restituatur, nequaquam fructus erunt resti-
tuendi. quod est contra Iurisconsultum in *l. quod si minor. §. resti-
tutio. ff. de min.* à quo satis aperte colligitur, concessa in integrum
restitutione, non tantum rem ipsam, aut actionem restitui, sed &
fructus. deducitur enim qui restituitur ad illum statum, quem
habuit ante læsionem perfectam. Nec refert actionem omnino
iam extinctam à lege dari beneficio restitutionis, vel natiuam res-
titui. hoc manifestè patet. Nam per contractum, & spontaneam
traditionem titulo venditionis transfertur dominium directum,
nec apud venditorem manet; & tamen si venditor aduersus cõ-
tractum restituatur, is habebit actionem ad rem ipsam, & ad
fructus, cum ante restitutionem nec directam, nec vtilem actionem
haberet. Quin & contra Salycer. vrget, quòd si quis nactus
sit restitutionis beneficium aduersus vsucapionem triennalem,
quæ directum dominium transtulit in vsucapientem, nullo qui-
dem iure actionis, nec dominij manente apud veterem domi-
num, & possessorem, restitutionis ratione res ipsa cum fructibus
redditur: his ergo constat opinionem Salycer. dubiam esse. Illud
tamen ex hac disputatione deducitur, maximum esse discrimen,
an rescissoria actio per prætoris restitutionem data, ac restituta,
sublata præscriptione, detur, & competat domino directo,
qui ante restitutionem directum habebat dominium, an nullum
habenti rei dominium; quia priori casu datur actio directa, pos-
teriori vtiles: nec par ius est vtiusque, imò dissimilimum, vt
constat ex notatis per Bart. in *l. 1. ff. de action. & oblig. col. 3. Ias. in l.
cum fundus. §. seruum tuum. num. 15 ff. si cer. pee. quo in loco tractat,
vtilem actionem non habere priuilegia directa.*

Quintò hinc etiam patet, illum contra quem sit præscriptum
absque restitutione in integrum habere actionem rescissoriam,
si verum est, quòd is habet directum dominium; nã si non retinet
dominium illud directum, restitutio necessaria est, vt actio res-
cissoria competat, iuxta resolutionem Bart. in *l. in honorariis. ff.
de act. & oblig. Salyc. in l. vlt. C. quibus ex caus. maior. 2. col. Ang. in d. §.
rursus, de act.* Sed hæc illatio non procedit ex eo, quia communis
opinio Bart. distinctionem reprobatur, sicuti fatetur Ias. cum se-
cutus in d. §. rursus num. 32.

Sextò, ex his quibusdam placet, dominium acquisitum per
Didaci Couar. Tom. 1.

præscriptionem & tolli posse per Principem sine causa. quia vri-
le est, non directum. Sic Bal. censuit in *l. vlt. col. 2. C. sent. rescind.
non poss.* quem sequitur Dec. in cap. qua in Ecclesiis. de const. nu. 26.
verum Felin. ibi, num. 49. tenet contrariam sententiam. Etenim;
quamuis modus acquirendi dominium hoc, sit de iure humano,
& illum modum Princeps possit tollere, dominium tamen ex
hoc iure acquisitum, iustum censetur, nec illud poterit Princeps
sine causa tollere. nam maximam irrogaret iniuriam ei, qui rem
acquisiuit lege humana, & iusta permittente. quod Felin. probat
alios allegans, cui etiam patrocinatur, quæ eleganter tradit For-
tun. in *l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. colum. 132.*

Septimò non inutiliter infertur, quòd licet aliqui legatum
rei propria ipsius legatarij non teneat tamquam inuile. *l. 1. Cod.
commun. de leg. & in §. si rem. Institut. delegat.* tamen si legatarius
rem præscripserat aduersus legantem, tenet legatum, ac valet,
vtileque censetur propter directum dominium, quod mansit
penes ipsum testatorem, & propter alia quæ superius commemo-
rauimus.

Octauò, eadem ferè ratione hinc datur, & constituitur in-
tellectus ad communem Iurisconsultorum conclusionem, qua
traditum est, quòd testator legando rem alienam, etiam si ea sit
heredis, non transfert in legatarium dominium, secundum ea
quæ adnotantur in *l. 1. Cod. commun. de legat.* nos item explicui-
mus in cap. Raynaldus. de testam. §. 1. in princ. Nam si rem legatam
heres aduersus testatorem præscriptione adquisierat, transfer-
tur in legatarium dominium illud directum, quod testator ha-
bebat: cui non præfertur dominium vtile heredis, quia ipse te-
netur ad legatum.

Nonò ab eadem radice constat, non esse inutile legatum et-
iam si extraneus ante aditam hereditatem legatam rem vlucapi-
erit per præscriptionem. potest enim esse vtile ratione directi do-
minij, secundum Bald. in *l. 1. C. commun. de leg. num. 23.*

Decimò eodem iure defenditur, quod adnotauit Ripa in *l.
nemo potest. num. 103. ff. de leg. 1.* qui exprellim, & in specie scribit,
veterem dominum, & antiquum possessorem, contra quem est
res iusta præscriptione acquisita vsucapientem, posse eandem rem
absque peccato, & iustissimè retinere, si post perfectam vsuca-
pionem ad eum deuenierit. Hanc tamen opinionem ipse dubiam
esse opinor. Etenim videtur, quòd teneatur hic, qui modò rem
possidet, eam restituere vsucapientem, si verum est ipsum ex hu-
mana & iusta lege dominium eiusdem rei adhuc vtile tantum
acquisisse. Nam si hoc dominium eius proprium est, etiam in
animæ iudicio, sicuti §. seq. probabitur, nulla ex causa iusta po-
terit id eo inuito alter retinere.

Vndecimò ex superscripta DD. resolutione probati potest,
dominium directum, aduersus quem est vsucapum ex longo
tempore, posse impedire & confiscationem rei præscriptæ, ne ea
fiat ob delictum præscribentis, sicuti posset illam rem iam vsu-
captam ratione directi dominij à tertio possessore vendicare:
quod in specie ita visum est Ioan. de Platea in *l. vlt. 2. q. Cod. de bo-
nis vac. lib. 10.* cuius opinio mihi dubia semper visa fuit. Nam licet
dominus hic directus, cuius res præscriptione longi temporis
acquisita fuit præscribenti, possit illam à tertio possessore, qui
nec præscripsit, nec ius habet à præscribente vendicare; Fictus ta-
men causam habet à præscribente, & succedit in ius præscriben-
tis: idcirco non poterit impediri ratione directi dominij con-
fiscatio. Deinde alia ratione iustissimè refellitur Plateæ senten-
tia. is enim qui præscripsit, poterat rem illam liberè alienare, sic-
uti iuris est apertissimi: confiscatio verò non impeditur, nisi eo
casu, quo non poterat criminis reus alienare liberè bona, quo-
rum confiscatio tractatur. Bartol. communiter receptus in *l. si si-
nita. §. si de re iugalibus. ff. de damn. infect. nu. 12.* quibus rationibus
existimo non posse Plateæ opinionem veram esse.

Duodecimò ex distinctione communi omnium consensu re-
cepta deducitur, triennali vsucapione actionem tolli ipso iure,
ita quidem, quòd priori domino nulla competit actio ipso iure,
secundum Fel. in *c. ad aures. de præscript. nu. 4.* tamen si longi tem-
poris præscriptione actio ipso iure non tollatur, sed ope exceptio-
nis. textus optim. in *d. c. ad aures.* Et est communis opinio, vt testa-
tur Balb. de præscript. part. 1. qu. 8. qui, & Fel. in *d. c. ad aures.* in specie
asserunt, posse nihilominus iudicem agentem ex officio repe-
lere, argumento deducto ex gloss. in *l. vbi pactum. C. de transact.*

Decimotertiò hinc poterit perpendi pulchra decisio Baldi
in cap. 1. §. si quis per triginta. si de feudo fuerit controu. colum. vlt. qui au-
thoritate Gul. de Cuneo in *l. si quis emptio. C. de præscript. 30. vel 40.
annor. q. 2.* scribit, dominum directum, aduersus quem res est præ-

scripta, posse ratione directi dominij eandem rem præscribere titulo pro suo, absque alio speciali titulo, si possessionem rei bona fide obtinuerit. quam sententiam Balbus sequitur *de præscript. 3. part. quæst. 12.* atque hic dubio procul est huius controuersie insignis effectus.

Decimoquarto ab hoc directo dominio, quod secundum opinionem cõmunem manet apud veterem dominum & possessorum, inferitur, quod si quis rem ab alio primò præscriptam demum tempore legibus definito præscripserit, & res illa ad tertium quemdam possessorum non habentem causam ab ultimo præscribente peruenierit, ac simul aduersus eum actionem ad iudicium deduxerit antiquus eiusdem rei dominus, & possessor, item is qui rem primò præscripserat: præfertur dominus directus ratione dominij directi, quod nondum amisit, quemadmodum voluit Petrus à Bellapertica in d. l. si quis emptio. 2. colum. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Hæc sanè tractauimus, vt planè ostenderemus plurimum referre, quod præscribēs, dominium directum, an vtile vsucapione acquisierit; siquidem dominium directum manens penes veterem possessorum, contra quem præscriptio processit, maximam habet, atque affert vtilitatem. tamen si, quod ingenuè fateor, veriore esse censeam opinionem illam, quæ dicat, etiam dominium directum acquiri præscribenti.

§. SECVNDVS.

Præscriptionis ciuilis effectus in foro conscientie.

SVMARIA.

- 1 Præscriptio iuxta leges humanas perfecta, etiam in anima iudicio præscribentem defendit, quamuis ipse post completam præscriptionem habeat scientiam rei alienæ.
- 2 Ratio legis inducentis præscriptionem, an in anima iudicio cesset?
- 3 Quid de præscriptione aduersus eum, qui nullam negligentiam culpam habuit.
- 4 Præscriptio exceptio etiam ab arbitratore admittenda est.

PRÆTER ea, quæ de viribus præscriptionis tractata fuere in proximis paragraphis, illud non infrequenter quæritur, an in animæ iudicio qui rem aliquam præscripsit titulo, & bona fide, ac tempore legibus definito, teneatur eandem rem restituere, si post perfectam præscriptionem habeat scientiam, & sciuerit, rem illam alienam fuisse, vel an possit eam rem tutè quoad Deum possidere, & retinere? Etenim Anton. in cap. vigilant. de præscript. Bart. in extr. suag. ad reprimendum. in verbo, denuntiationem. Ioan. Andr. in hac reg. possessor. Alciat. in l. quinque pedum. in princip. C. finium regundo. Summa Rosella in verb. præscript. in ea sunt sententia, vt existimant, non posse iustè in animæ iudicio retinere rem legitimo tempore, & bona fide præscriptam, si is, qui præscripsit, post perfectam iure præscriptionem, sciuerit rem illam alienam fuisse ante præscriptionem. Quasi in conscientie iudicio illud obtineat, quod nemo cum aliena iactura locuples efficiatur, reg. locupletari. de reg. iur. in 6. Et præterea, quia humana lex vsucapionem, & præscriptionem inducens, eam tantum induxit quoad hoc, vt præscribens in iudicio exteriori eo titulo præscriptionis sit munitus, nec tamen per hoc quidquam iuris lex tribuit præscribenti.

Ceterum contrariam sententiam possumus non admodum difficili probatione veram esse ostendere: quomobrem in hac quæstione vnica constituiamus conclusionem. Qui rem alienam iuxta legis humanæ constitutiones vsuceperit, aut præscripserit, potest iustissimè eam possidere in animæ iudicio, nec tenetur eam veteri domino restituere, etiam si sciat rem alienam fuisse. Hæc assertio præmittit ad eius veritatem præscriptionem iure humano perfectam titulo, bona fide, & tempore legibus definito, & deinde quod scientia rei alienæ habita sit post iam perfectam præscriptionem. Probatur conclusio ex eo, quod lex iusta in animæ iudicio vim obtinet, ac seruanda est, gloss. communi omnium consensu recepta in c. qua in Ecclesiarum. de consuet. S. Thomas 1. 2. q. 96. artic. 4. lex verò inducens præscriptionem, iusta est, sicuti iam probauimus: & ea transfert dominium in vsucipientem; igitur hæc dominij translatio & in animæ iudicio seruari, & rata haberi debet. Deinde si vera foret prior opinio, sequeretur comperta veritate rei posse iudicem interioris fori, & iudicem exteriorem contraria pronuntiare.

& vtrumque iustè; quod adeò absurdum est, vt quiuis medio-cri præditus eruditione hoc minimè posse contingere palam testetur. Siquidem vterque iudex tenetur ius suum vniciue reddere, ac iustitiam in pronuntiando amplecti, vt iudicium æquum sit. Idcirco impossibile iure censetur, contrarias sententias ex iustitia ferri in eadem re, & iuxta eandem cognitionem: vnde vel altera necesse est quod sit iniqua, vel parem vtrique habere debet definitionem. At si is, qui præscripsit rem aliquam bona fide, & titulo, eam in iudicio petierit ab eo, qui olim fuerat illius rei dominus, iustissimè per iudicem damnatur possessor olim dominus ad restitutionem rei petita, eaque res adiudicatur præscribenti, qui iudicis, & legis auctoritate potest eam obtinere. Mihi profectò, vt liberè quid in hac quæstione, & similibus sentio, expressim, & ingenuè fatear, satis certum est, eum, qui habet auctoritatem legis humanæ, & iustæ, minimè procedentis ob præsumptionem, sed ad rationem illius veritatis, quæ & in animæ iudicio cognita est, tutum esse quoad Deum, nec teneri ad restitutionem, quod in cap. cum esset. de testam. itidem in simili controuersia probare conatus sum. Denique hanc principalem conclusionem, quam in hoc articulo exposuimus, veram esse censent gloss. Pañorm. Collectati. Egidijs, & alij in dist. cap. vigilant. Innocent. in cap. cura. de iure patronat. Bald. in consil. 315. libr. 3. Thomas quodlib. 12. art. 24. Conrad. de contract. quæst. 15. conclusio 3. & 4. Scotus, Palud. & Maior. in 4. sentent. distinct. 15. quæst. 11. Adrian. in tract. de restitutione. cap. de prescriptione. Ioan. à Medina de restitut. quæst. 18. Dom. Soto lib. 4. de iustit. & iure. quæstione 5. art. 4. Dec. in cap. 1. de consuet. nu. 18. Francisc. Balbus de præscript. 2. part. 3. part. princ. quæst. 9. quam opinionem communem esse fatentur eam secuti Floren. 2. part. tit. 1. cap. 15. §. vlt. & Syluest. in verb. præscript. prim. §. 13. Non obeit huic opinioni, quod Alciat. comminiscitur, ex quibus, in animæ iudicio cessare potissimum rationem, ex qua præscriptio iure humano instituta est: scilicet, vt lites exterminentur, quæ alioqui forent in Republ. frequentissimæ, nisi lex vsucapionis, & præscriptionis introducta foret. Nam si licet hæc ratio in animæ iudicio non obtineat, sed tantum in foro exteriori quoad Reipublicæ administrationem, id tamen sufficit ad iustitiæ legis humanæ: quæ quidem iustitia efficit, vt lex quæcumque non solum in foro iudicij exterioris, sed & in foro conscientie seruanda sit, cum vtroque iustitia legis obtineat. Quod secus esset, quando in animæ iudicio cessaret iustitia legis humanæ, quæ apud exteriorem iudicem vigorem habet, sicuti constitutissimum est de lege humana procedente à præsumptione. ea enim lex iusta est in foro exteriori, & interiori propter præsumptionem, & tamen si de veritate cõstet, ubique deficit, sed frequentissimè in foro animæ, vbi veritas semper est tractanda, nec locus est præsumptionibus. Et adhuc in hac specie non est lex iniusta, nec eo nomine censetur, sed ab ea receditur, quia deficit ratio, ex qua iustitia legis deducitur. Quomobrem satis est ad iustitiam humanæ legis aliquid vt certum statuens, eius rationem foro exteriori, & Reipublicæ conuenire, vt ipsa lex iusta vtroque, & in foro animæ censenda sit, tamen si in animæ iudicio pletumque seruari lex non debeat ob varias causas, præsertim ob materiam subiectam, ex qua legislatoris mens constat, quæ eò dirigitur, vt in interiori foro minimè ad praxim eius lex admittatur. Sic sanè lex humana agens de præsumptionibus, vel poenam delinquentibus statuens, & his similes, iustæ quidem leges sunt in vtroque foro, & apud Deum, & apud homines, non tamen sunt omnino seruandæ in iudicio interiori propter subiectam materiam, secundum quam humani, & diuini legislatoris intentio in id tendit, vt in eo iudicio leges istæ minimè seruentur. Quo fit, vt lex humana etiam in foro animæ admittenda sit, quamuis ratio, ex qua originem habuit, propria sit fori exterioris, nec foro interiori conueniat. etenim tunc deficiente ratione legis, deficit & ipsa lex, quando deficiente ratione legis, deficit & ipsius legis iustitia. Hoc verò longius repetam ad huiusmodi examen, ne quis statim in quamcumque argumentatione impingat. lex equidem præscriptionem & vsucapionem inducens, varias rationes ad eius iustitiam habuit, quæ in id tendunt, vt Reipubl. tranquillitas statuatur. Nam vsucapio introducta est, vt certa sint rerum dominia, vt lites, & contentiones in Republ. effugiantur, vique negligentia dominorum, qui res proprias tanto tempore repetere non curant, aliqua ex parte puniatur, quod diligentior quisque sit, videns sibi nocere negligentiam. Hic est finis à lege humana prætenus in vniuersum. Nec tamen statim cessabit

les,

lex, si aliquo tempore, aut aliquot casibus hæ rationes deficient, nisi in vniuersum defecerint. Ratio siquidem legis, quæ vniuersalis est, & in finem vniuersalem tendit, legem ipsam integram & omnino inuiolatam turatur, nisi in vniuersum cessauerit, etiam si aliquot casibus, aliqua ex parte defecerit. vnde leges humane vscupationem statuentes minimè deficient, quamvis earum rationes aliquando defecerint, nisi in vniuersum deficient, quia ratio vera huius legis, eiusque finis vniuersalis est. Sic etiam si in animæ iudicio non sit locus litibus, nec dominiorum incertitudinibus, attamen adhuc manet lex vscupationis inconcussa, cum eius ratio non cessauerit in vniuersum. quod semper est hac in re considerandum, maximè, quia iustitia legis adhuc defenditur, & perpetua est quoad forum exterius, idcirco & perpetua esse debet, quoad animæ iudicium, quidquid Alciatus excogitauerit.

Ex his primò constat, opinionem gloss. Imol. & Panorm. veram esse etiam in eo casu, quo t antiquus rei possessor, & dominus nullam negligentie culpam contraxerit. etenim & in hac specie præscriptio lege humana perfecta tutum reddit in animæ iudicio eum, qui præscripsit, quam sententiam probant Innoc. in cap. quia plerique. de immunit. Eccl. & Syluest. in verb. præscript. l. 1. q. 1. 4. dum tenent, eum qui rem aliquam præscripsit, tutum esse in animæ iudicio, etiam si possit dari aduersus præscriptionem restitutio in integrum, interim donec præscriptio per restitutionem in integrum rescindatur, & tamen aduersus præscriptionem tunc restitutioni locus est, cum ipse dominus, aduersus quem præscriptio procedit, nullam culpam habuit, nec ullam negligentiam contraxit, quemadmodum statim explicabimus, præsertim si dominus maior sit viginti quinque annis. nam minoribus propria negligentia non nocet, quia eius restitutio concedatur ad læsionem vitandam. Sed & hoc corollarium probatur aduersus Maiorem, & Adrian. alia ratione, qua constat, rationem illam vscupationis, vt negligentes puniantur, non esse principalem, nec vnicam introducendæ præscriptionis, vt constat. Imò et si esset vnica, cum sit vniuersalis, vt cesset lex, deberet & ipsa ratio in vniuersum cessare.

Sententiam contra Adrianum defendit, & probat Dom. Soto lib. 4. de iust. & iur. q. 5. art. 4.

Secundò inferitur, legem humanam, quæ præscriptionem induxit, non esse poenalem, nec conditionem legis poenalis habere. quod patet, quia, etsi inter alias huius legis rationes ea vna sit, vt puniatur negligentia, quam habuit dominus in repetendo & negligendo rem suam, eamque procurando: adsunt tamen huius legis potiores rationes, nempe, vt dominia rerum certa sint, licetque à Republica exterminentur: quamobrem non fuit principaliter statuta vscupatio in poenam negligentie. Nam & vscupatio, præscriptioque aduersus ignorantem, & eum, qui nullam commiserit negligentiam, inòd fuerit diligentissimus in procurando propriam rem, procedit, & vires obtinet. text. optimus in dist. cap. vigilanti. l. vltim. Cod. de longi temp. præscript. Regia l. 18. tit. 29. part. 52. siue hæc ignorantia sit circa ipsam præscriptionem, quia dominus ignorat possidentem præscribere: siue circa ius, & titulum ipsius rei, quia ignorat se ius in re per alium possessa habere; siue ignoret factum, ex quo competit ius in re illa, quam alius, qui præscribit, possidet, sicuti probatur in dist. leg. vltim. & gloss. in d. cap. vigilanti. in verb. latentiibus. vbi Felin. colum. 4. & Balb. de præscript. 4. part. 4. part. princip. quest. 28. Soc. in l. cum filius. §. in hac. colum. 5. ff. de verb. obligat. qui expressum improbant, & falsum esse ostendunt, quod in hac re tradit Petrus Perusinus in tract. de quarta Episcopali. cap. 2. ad finem. scribens præscriptionem procedere aduersus ignorantem, quando is ignorat alterum præscribere, scit tamen se ius in re habere, sed minimè procedere contra eum, qui ignorat ius in re habere, vel etsi sciat se ius habere, ignorat tamen factum & initium, ex quo ius illud sibi competat. Etenim hæc distinctio Petri falsa est, nec potest subsistere propter generalem decisionem text. in dist. l. vlt. C. de longi tempor. præscript.

* Tertiò ab eadem radice colligitur, non esse admittendam denuntiationem Euangelicam contra illum, qui rem alienam bona fide, & iuxta legis humane conditiones præscriptione acquisiuit, cum is nequaquam peccatum committat rem illam detinendo, etiam si habuerit scientiam rei alienæ post perfectam præscriptionem. quod late tradunt DD. in cap. Nouit. de iud. vbi Dec. optimè num. 11. & Balb. de præscript. 2. part. 3. part. princip. quest. 10.

Quartò hinc deducitur, falsam esse opinionem Ioan. Andr. in hac reg. possessor. quem Collectarius sequitur in c. vlt. de præscript.

dum vterque existimat eum, qui præscripsit rem aliquam bona fide & titulo, aliis legis humane seruatis conditionibus, non posse absque animæ læsione eam contra priorem dominum defendere. Etenim si iuxta receptam sententiam potest illam rem in animæ iudicio possidere, nec tenetur ad eius restitutionem, profectò dubio procul constat, eandem posse iustissimè ab exactione prioris domini defendere.

Quintò subdeducitur ex his, priorem dominum, contra quem res est iuste præscripta, minimè posse absque læsione conscientie, & peccato, rem hanc furto, aut alio modo clàm ab illo, qui præscripsit, rapere, nec vti aliqua compensatione. Nam lex iusta dominium ab eo transtulit in præscribentem, & idè rem alienam auferret à vero domino, quod in specie admonet Alphonsus à Castr. lib. 2. de potest. leg. poen. cap. 5. tamen si verus dominus possit propriam rem ab alio iniquè detentam, quam alio modo non potest consequi, furto, vel rapina, aut compensatione sibi habere, gloss. in cap. ius gentium. 1. dist. cuius nos mentionem fecimus in cap. 2. l. 1. variat. resolut.

Sextò, hinc perpendi poterit decisio Ang. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. ann. quo in loco existimat non esse admittendam t exceptionem præscriptionis, etiam iustè coram arbitratore, qui procedere tenetur de æquitate vt bonus vir. idem tenet Bald. in dist. l. 1. vers. item si causa. Hæc equidem sententia falsa est, cum arbitrium boni viri debeat instrui à iuris vtriusque constitutionibus, iuxta notata per Alexand. in l. si sic legatū. in princ. ff. de legatis 1. Felin. in cap. 1. col. 2. de constitut. Et prætereà iustissima est præscriptionis exceptio, & maximè utilis Reipublicæ, sicuti superius explicuimus: igitur ab arbitratore admittenda omnino est. atque ita Bartol. notat in Extrau. ad reprimendum. in verbo, videbitur. in fine. Imol. & Doctor. in d. l. si sic legatum. Matthesil. notab. 14. Aretin. in cap. dilecti filij. col. 2. de iudic. Ioan. Crott. in l. nemo potest. fol. pen. col. 1. ff. de legat. 1. Catellian. Cotta in memorabilibus, dictione, præscriptio. Romanus in Rubrica, de arbit. col. 1. Felin. in d. c. dilecti. col. 2. & in d. cap. 1. de constitut. col. penult. quorum opinio communis est. Neccidem refragantur omnino Bald. & Angel. in dist. l. 2. quippe qui de præscriptione iniqua, quæ ex mala fide procedit, tractasse videantur: quod ab aliis diligenter obseruatum fuisse video, tamen iudex quilibet, nedum arbitet & hanc reuocare teneatur: atque idè de qualibet præscriptione præcitatos auctores locutos fuisse, quibusdam & ante nos visum fuit. Est ergo hoc in tractatu potissimum obseruandum, vscupationem & præscriptionem iustitiae atque æquitatis rationem habere, ex qua præscribens etiam apud diuinum tribunal ius illud habere valeat.

§. T E R T I V S.

De restitutione in integrum aduersus præscriptionem.

S V M M A R I A.

- 1 Maioribus ætate aduersus præscriptionem datur in integrum restitutio ex causa iusta & probabilis ignorantia.
- 2 Quid de præscriptione quadragenaria, centenaria & tricennali.
- 3 Quadriennium ad petendam in integrum restitutionem non currit ignorantia.
- 4 Ecclesia, & minor, restituiuntur aduersus præscriptionem, etiam quadragenariam.
- 5 Alienari prohibita à testatore, an ab herede ita præscribi possint, vt alienari possint, per partes disputatur.
- 6 Restitutioni subiecta iure fideicommissi primogenij, aut maioratus, an iure præscriptionis possint alienari.
- 7 Maioratus rerum possessor cum verè dominus sit, quare alienare non possit.

OBITER ad probationem eius conclusionis, quam in proximo §. probauimus, itidem explicuimus, præscriptionem aduersus ignorantem optimè procedere secundum frequentissimam Doctorum sententiam: atque idè agendum est de ea questione, qua quærit solet, an detur contra præscriptionem restitutio in integrum maioribus ætate ob clausulam generalem, si qua iusta causa videatur, ex capite iustæ ignorantie? Qua de re conclusionem vnicam exponam, aliquot declarationibus itidem adiunctis.

¶ Maioribus ætate t aduersus præscriptionem datur in integrum restitutio ex causa iusta & probabilis ignorantie. Hæc conclusio probatur in l. 1. §. vlt. ff. ex quib. caus. maior. text. item in l. 1. §. si quis autem. ff. de itinere actus prius. vbi Bartol. hanc conclusionem tenet. idem gloss. in l. si partem. §. 1. in verb. non vtendo. ff. quemadmodum seruit. amitt. Abb. & Fel. in c. vigilanti. de præscr. lat. in §. rursum.

ius. Inst. de act. n. 59. quorum opinio communis est secundum Ias. in l. 2. nu. 185. C. de iure emphyt. Dec. in conf. 29. Balb. de pres. 4. part. 4. part. princ. q. 29. & Soc. lun. in conf. 70. nu. 21. l. 1. Horum omnium ea est vnanimis sententia, vt conclusio suprascripta obtineat quoad prescriptionem decem, vel viginti annorum. At in prescriptione quadraginta annorum plerique dubitarunt, an restitutio sit concedenda contra istam prescriptionem ex capite probabilis ignorantie. Etenim quibusdam visum est et etiam aduersus quadragenariam prescriptionem concedendam fore in integram restitutionem, ob eandem causas, nempe, ob ignorantiam iustam & probabilem. Sic sane censent iure respondendum esse, Inol. in cap. vlt. fol. pen. de pres. Alex. conf. 71. n. 3. & conf. 84. nu. 3. lib. 1. Soc. in l. cum filiusfamil. §. in hac. col. vlt. ff. de ver. oblig. quam opinio nem fatentur, eam securi, communem esse Felin. in d. c. vigilanti. 2. col. Balb. in d. q. 29. Nic. Boer. in q. 39. n. 6. & Alex. in conf. 169. l. 2. n. 15. quibus obstat text. in l. omnes. C. de pres. 30. vel 40. ann. & in l. vlt. C. de fund. patr. lib. 11. vbi expresse probatur, prescriptionem quadragenariam plenissimam inducere securitatem. Et tamen quoties plenissima inducitur securitas, locus non est restitutioni in integrum. gloss. in l. ait prator. §. permittitur. in verb. imputandum. ff. de minor. Huic rationi accedit gloss. in Clem. 1. in verbo, lapsus. de in integr. restit. quæ assueuerat, non esse dandam in integrum restitutionem aduersus tempora 40. annorū. vnde Bart. opinio in quadragenaria prescriptione minimè erit admittenda, imò in integrum restitutio neganda est maioribus, qui iustam habuerunt ignorantiam, quemadmodum tenuerunt Alexand. in conf. 151. l. 2. col. vlt. idem Alex. in l. 3. §. Labeo. ff. de acquir. poss. in fine. & Aret. conf. 103. l. 1. & 2. col. idem in l. qui vniuersas. §. vlt. ff. de acquir. poss. Dec. in dist. conf. 29. idemmet conf. 154. & in l. 2. c. qui admittit. Curt. Sen. conf. 82. col. 4. Barbat. conf. 41. n. 18. in vol. 1. Carol. Molin. in d. Alexand. conf. 151. col. vlt. eandem opinionem sequuntur, dicentes communem esse Soc. conf. 2. col. pen. l. 3. Anton. Rube. conf. 56. Soc. Iunior. conf. 4. lib. 1. & conf. 76. n. 102. lib. eod. & conf. 145. n. 76. eiusdem volum. Vnde manifestè constat rem hanc dubiam esse admodum, tam quoad conclusionis veritatem, quam quoad auctorum catalogum, ex quo possit deduci, quæ sit in hac cōtrouersia magis communis opinio. Nihilominus ego censo posteriorem sententiam iure viorem esse, in praxi potiore, inspectis his, quæ de iustitia prescriptionum paulò antè tradita fuere.

Ceterum quoad prescriptionem centenariam, & eam, quæ immemoralis sit, quidquid de quadragenaria fuerit cōtrouersum, expeditissimum est, non admitti in integrum restitutionem aduersus hæc prescriptiones, sicuti adnotarunt Barb. in d. conf. 41. l. 1. nu. 18. Ias. conf. 209. l. 2. Soc. lun. in d. conf. 76. nu. 102. & seq. Paul. Paris. conf. 23. nu. 22. l. 1. penes quos res ista videtur nullam habere dubitationem. Adhuc tamen non desunt, qui quantum ad centenariam prescriptionem, contrarium probauerint, assueuerantes, aduersus eam restitutionem in integrum concedendam esse. Etenim de immemoriali prescriptione non potest iustè controuerti, ob difficillimam probabilis & iustæ ignorantie probationem. Sed indistinctè aduersus quamlibet prescriptionem, etiam centenariam, restitutionem concedendam esse maioribus ex capite iustæ ignorantie, probare conatur Aymon Saull. in tract. de antiq. temp. 4. par. cap. materia ista. nu. 44. quo in loco num. 56. defendit opinionem illam, quam paulò antè retulimus, quaque assertum à quibusdam est, etiam aduersus quadragenariam prescriptionem dari restitutionem in integrum maioribus ætate ex causa iustæ ignorantie, atque vititur ratione quadam, quam ipse censet fortissimam esse.

¶ Scribit sane Bald. in l. falsam. C. si ex falsis instrumentis. et quòd quadriennium datum à lege ad petendam restitutionem in integrum, vtile est ab initio, nec currit ignorantie, licet petita non fuerit restitutio centum annis. Idem adnotarunt Alex. conf. 89. l. 2. nu. 10. & conf. 150. l. 7. col. 2. Ias. in Auth. quas actiones. C. de sacros. Eccles. col. 9. Dec. in conf. 36. col. vlt. Card. in Clem. 1. de in integr. restit. 25. quaest. Paul. de Cast. in l. vlt. C. de dolo. optimus text. in l. vlt. C. de temp. in integr. restituit. Petr. Boer. in d. decis. 39. n. 4. Iason & alij, quorum meminit hanc opinionem securus Aymon in d. c. materia ista. n. 45. ex quibus & alijs, quorum latissimè mentionè fecit Tiraq. lib. 1. de retract. §. 35. gloss. 4. n. 43. apparet Bald. sententiam communem esse, eamque probauerunt Panorm. in cap. 1. de prescript. col. vlt. & inibi Felin. hac denique opinione præmissa vrget Aymon aduersus posteriorem sententiam, dicens, non posse villo pacto probari, quòd prescriptio quadragenaria excludat restitutionis in integrum auxilium. Nam illud compertum est, aduersus 30. annorū prescriptionem hanc restitutionem cōcedi, vt faten-

tur hi, qui de quadragenaria prescriptione hoc ipsum negarunt. Ergo & ea concedi debet contra prescriptionem quadraginta annorū, cum ratione quadriennij dari ad petendam restitutionem in integrum, ius petendi eam, illud, & saluum sit post triginta annos ad alios triginta, ac quadraginta, ex ignorantia læsionis, iuxta Baldi sententiam. Fit igitur, si verum est quod Bald. adnotauit, hanc argumentationem fortissimam esse, ad probandam priorem sententiam, quæ assueueranter probauit, aduersus prescriptionem quadraginta annorum restitutionem in integrum concedendam esse, postetque Aymon admissa Baldi opinione non solum à prescriptione 30. annorū argumentari, sed etiam à prescriptione decem vel viginti annorū, quod satis manifestum est. Ad huius tamen questionis examen, quia ea difficillimè habet resolutionem, aliquot distinctè, ac separatim exponam.

Primum illud est considerandum, restitutionem istam, quæ maioribus ex capite ignorantie probabilis & iustæ, secundum Bart. opinionem concedenda est, tunc locum habere, cum ante perfectam prescriptionem dominus rei nullam habuit scientiæ huius prescriptionis & læsionis, quæ ex ea ei imminerebat, ita quidem quòd non potuit prescriptionem istam impedire. alioqui si habuit huius prescriptionis, & læsionis sibi imminenti scientiæ eo tempore, quo iure ordinario agere potuit, & prescriptionem interrompere, opinor non esse locum restitutioni in integrum, idque probatur; quia ea causa, cui hanc restitutionem maioribus ætate iura concesserunt, cessat quidem cum isthæc restitutio petatur ex clausula generali, si qua mihi iusta causa videtur; & tamen satis constat deficere iustam causam ex eo, quòd dominus rei per alium possessæ scientiam habuit prescriptionis eo tempore, quo iure ordinario potuisset rem illam vèdicare, aut prescriptionem interrompere. text. ad hoc insignis in l. ab hostibus. §. sed quod simpliciter. & in l. sequens ff. ex quib. caus. maior. etenim quidquid gloss. & Doct. inibi scripserint de contentione Martini & aliorum, atque item Ias. in §. rursus. nu. 57. de act. illud obtinebit quoad absentes Reipublicæ causa aliæ similis. nam quoad ignorantes, mihi non omnino placet, non esse locum restitutioni ex ea causa, si ignorantia cessauerit eo tempore, quo commodè dominus agere potuisset, ac prescriptionem interrompere. atque ita opinor sensisse omnes, qui aduersus prescriptionem ex capite iustæ ignorantie restitutionem admittant. vnde tempus quadriennij à tempore scientie computandum erit.

Secundò aduertendum erit, in Ecclesia, & in minoribus aliud fore obseruandum. nam his conceditur restitutio ex causa minoris ætatis & ordinaria; idcirco licet his scientibus prescriptio perfecta sit, & scientiam habuerint prescriptionis ante eius perfectionem, nihilominus restitutio eis iure æquissimo concedenda erit, etiam si potuissent agere, & prescriptionem interrompere, quia hæc restitutio tantum læsionem ob facilitatem ætatis, & non ita diligentem rerum administrationem respicit, non aliam iustæ & probabilis ignorantie causam, quod planè deducitur ex his, quæ statim adducentur.

Tertiò est obseruandum et Ecclesiæ & minoribus ætate dari auxilium istud restitutionis in integrum aduersus prescriptionem etiam quadragenariam. gloss. Bart. & Doct. in Auth. quas actiones. C. de sacros. Eccles. in verb. excluduntur. Card. Imol. & Abb. in Clem. 1. de in integr. rest. contra gloss. ibi. rursus idem Abb. in c. 1. de prescript. & est communis opinio secundum Abb. in cap. auditus. de prescript. & Dec. conf. 29. col. 2. quæ probant in l. pen. tit. vlt. part. 6. & l. 7. tit. 29. part. 3. tamen tunc contrarium responderit gloss. in d. cap. auditus. Quadriennium autem ad petendum hanc restitutionem in integrum à tempore finitæ prescriptionis currit, iuxta communem horum auctorum sententiam.

Quartò adnotandum erit, omnes auctores, quorum mentionem fecimus ad probandum quòd aduersus prescriptionem quadragenariam nulla concedi debeat in integrum restitutio maioribus ætate ob ignorantiam probabilem, & iustam; eam item sequi opinionem quæ dicitur, aduersus triginta annorum prescriptionem restitutionem in integrum dari maioribus ætate ex causa iustæ ac probabilis ignorantie, sicuti constat ex Bart. in d. l. 1. §. si quis autem. ff. de iure actus, priuato. Dec. in dist. conf. 29. Andr. Tiraq. in d. §. 35. gloss. 4. n. 37. licet non desint, qui idem probare conati fuerint de prescriptione triginta annorū ob eandem rationem, quæ ex longissimo tempore deducitur, & quia officium iudicis triginta annorū tempore tollitur. gloss. singularis in l. sicut. in verb. persecutione. C. de prescript. 30. vel 40. ann. quam DD. ibi probant, & sequuntur Bar. in l. prator ait. §. vlt. vbi Imol. Rom. & Ias. ff. de noui oper. nunt. Oldr. conf. 106. Affl. & in decis. Neap. 245. ad fin.

fin. Dec. conf. 267. col. 3. Huic verò rationi obuiam itur, si consideremus, hanc temporis exceptionem, quæ officio iudicis opponenda est, tunc demum procedere, cum officium iudicis iam ortum fuerit, & sic à tempore finitæ præscriptionis, sicuti ratione manifesta apparet; quidem præscriptio aduersus officium iudicis, quod datur ad petendam in integrum restitutionem, non potest prius incipere quàm ipsum officium iudicis potuerit in iudicium deduci, & sic à tempore læsionis & perfectæ, finitæque principalis præscriptionis; cuius causa restitutio in integrum petenda est. Quamobrem etiam si verum sit, officium iudicis competens ad petendam in integrum restitutionem, excludi 30. annorum tempore, tamen hi 30. anni computandi forent ab ipso die, quo læsio contingerit, & sic à die perfectæ & finitæ præscriptionis: igitur non omnino conuincit hæc ratio pro ea opinione, quæ dicitur aduersus præscriptionem 30. ann. non esse admittendam in integrum restitutionem; etiam si Socin. in d. l. cum filius. §. in hac col. ult. scripserit aliquibus eam placuisse.

Quintò, quidquid sit de sententia Bald. in d. l. falsam. quæ communi omnium consensu probatur, id verum est, quod ea est intelligenda intra annos triginta. Nam annis triginta tollitur officium hoc, quod competit ad petendam in integrum restitutionem, licet is, qui id habet, fuerit ignorans. Etenim sciens quadriennio excluditur; atque ita est intelligenda Baldi opinio, alioqui in praxi profectò nusquam ei locus erit. Sic sanè And. Tirac. in d. §. 3. gl. 4. n. 43. postquam Bald. & sequaces retulit, scribit, vix eam decisionem recipi in praxi, ne tamdiu maneat rerum incertitudo, nullaque sit securitas bonæ fidei possessoribus.

Sextò constat, si vera sunt, quæ præmisimus, satis vrgete argumentationem Aymonis pro ea sententia, quæ habet aduersus quadragenariam præscriptionem etiam maioribus ætate dari restitutionem in integrum ex causa iustæ ignorantie. Nam si aduersus tricennale præscriptionem locus est restitutioni, & Bald. opinio in d. l. falsam. admittenda est, dubio procul manifestè deducitur, etiam aduersus quadragenariam præscriptionem dandam esse restitutionem ex capite iustæ ignorantie, cum nondum post tricennale præscriptionem verè lapsam sit quadriennium propter probabilem, & iustam ignorantiam.

Septimò, mihi potius placet ea sententia, qua obtentum est, aduersus quadragenariam præscriptionem non dari in integrum restitutionem maioribus ætate causa iustæ ignorantie, atque in hoc sequor Alex. & alios, quos paulò antè nuncupatim auctores huius opinionis citavi. Nec oberit ratio Aymonis, si consideremus ea quæ statim exponam. Etenim & Tirac. in d. gl. 4. n. 37. pluribus relatis hanc sententiam probare videtur, licet Regia l. pen. tit. ult. part. 6. contrarium prober, sed tamen ea constitutio de minoribus tractat.

Octauò, idem respondendum esse arbitror de præscriptione triginta annorum. Nam aduersus eam non erit in integrum restitutio concedenda maioribus ætate etiam ex causa iustæ ignorantie: non enim video congruam rationem discriminis inter hanc & quadragenariam præscriptionem; quidquid alij dixerint: probaturque optimè hæc opinio in l. ult. C. de longi temp. præscript. 30. vel 20. annor. quamuis & illa constitutio non solum de tricenniali præscriptione tractet, sed & de ordinaria, decem vel viginti annorum. Adhuc tamen ob Doctorem auctoritatem inconcussam dimittamus eorum opinionem quoad præscriptionem decem vel viginti annorum, & quoad tricennale adducatur text. in l. sicut. C. de præscript. 30. vel 40. ann. qui satis vrget pro hac opinione, ex qua assueuerant defendimus, negandam esse maioribus ætate restitutionem ex causa iustæ ignorantie aduersus tricennale præscriptionem.

Nonò, fortiori ratione restitutio ista neganda erit aduersus centenariam præscriptionem, quæ nullo pacto etiam ex causa iustæ ignorantie rescindetur beneficio restitutionis in integrum maioribus ætate ex clausula generali competenti.

Decimò & vltimò potissimum est animaduertendum, quod etiam si aduersus præscriptionem maioribus sit concedenda restitutio ex causa iustæ ignorantie, tamen quadriennium in hac specie à die finitæ præscriptionis computandum est. hoc ex eo verum esse constat, quod maxima sit auctoritas præscriptionis, quæ & aduersus ignorantes procedit, vti superius notatum est; Ideoque satis erit, quadriennium hoc à die finitæ præscriptionis computari, vti tandem post finitam præscriptionem iustæ ignorantie causa detur intra quatuor annos restitutio, alioqui profectò plurimum detrahitur auctoritati præscriptionis: nec in hoc casu admittenda erit sententia Bald. in d. l. falsam, imò à die

finitæ præscriptionis etiam ignoranti quadriennium currit, ex quo tollitur Aymonis argumentatio. Ignorantia verò in hoc tractatu plenissimè erit probanda, nec sufficit iuramentum ignorantis, cum sit aduersus eum maxima iuris præsumptio ex longi temporis præscriptione, quemadmodum ipse Aymon adducit in d. tract. de antiq. temp. 4. part. cap. materia ista, n. 62. ex his quæ notantur in c. proposuisti. de probat. & per Bart. in l. inter omnes. §. restit. ff. de iure.

Ceterum hoc in tractatu solet quæstio quædam examinari, quæ dubio procul difficilis est, tamen apud Regia tribunalia frequentissima, propter frequentem primogeniorum institutionem. In ea etenim controuertitur, an sit admittenda præscriptio temporis, aut vfucapio in rebus à testatore expressè vel tacitè alienari prohibitis, agnationis, familieque fauore, institutoque ex eisdem rebus solempni primogenio, aut maioratu. Et ne videar quæstionem aded vtilem silentio prætermisisse, paucis eam assertionibus absoluiam, receptam ab alijs vbiq. sententiam secutus, vbi videro eam iure defendi posse.

Prima conclusio: Res ꝑ subiecta restitutioni iure fideicommissi, aut primogenij, atque ideò alienari prohibita, etiam si hæc prohibitio à testatore, vel maioratu institutore expressè scripta non fuerit, ordinaria longi temporis decem aut viginti annorum præscriptione acquiri non potest. Quod apertissimè probatur in l. vltim. §. fin. autem auaritia. C. communia. delegat. cuius auctoritate hanc opinionem omnes ferè iuris vtriusque interpretes quæstionem istam tractantes, veram esse opinantur. præsertim Paul. col. 1. & 3. Iaf. in d. l. ult. §. sed quia. Ang. Imol. Iaf. prima lect. n. 114. Crot. n. 140. Ripa n. 113. & Loazes n. 506 in l. filiusfamilias. §. Diui. ff. de leg. 1. Soc. conf. 47. n. 16. lib. 3. Corn. conf. 38 num. 10. lib. 1. & conf. 117. eod. lib. & conf. 294. lib. 3. col. penult. & alibi sæpè. ac Roder. Zuarez allegat. 3. & Gregorius Lopez in l. 10. tit. 26. par. 4. quorum opinio communis est.

Huic opinioni primò suffragatur, quod præscriptio ordinaria præter bonam fidem, etiam titulum exigit, & tamen in re prohibita iure fideicommissi alienari titulus dari non potest: quia licet facta fuerit alienatio, ille titulus nullus est, & à lege irritus censetur, vti nec tituli conditionem habeat d. §. Diui. & in d. l. ult. §. sed quia nostra. Deinde qui alienat rem alienari prohibitam, malam fidem habet; scit etenim, rem illam alienari non posse. Mala verò fides venditoris impedit emptorem præscriptione vti longi temporis, & ordinaria. Auth. mala fidei. C. de præscript. longi temp. igitur constat, præscriptionem ordinariam non esse hac in parte admittendam.

Ex quo illud obseruandum est, hanc primam conclusionem in eo procedere, qui titulum, & causam habet à prohibito alienare; nam & is habuit malam fidem: non tamè in eo, qui aliunde rem consecutus est, & eam propriam esse existimat. Is etenim poterit rem istam præscriptione ordinaria decem vel viginti annorum acquirere, quod expressim voluere Bald. in l. 2. in princip. C. de vfucap. pro empt. Paul. in d. §. sed quia nostra. col. 3. & Iaf. lib. Balb. de præscript. 5. part. princ. q. 5. Crotus in d. §. Diui. n. 143. atque illic Ripa nu. 15. Paulus Parisius conf. 31. n. 44. l. 2. quam opinionem communem esse eam secutus fatetur Loazes in d. §. Diui. optimis text. in l. 3. C. quod metus caus. & in l. planè ff. de minoribus. his itidem obseruatis, quæ ipse scripsi lib. 1. resolut. c. 6. num. 7. in hoc etenim casu cessant rationes, quibus hæc prima conclusio innititur, præsertim ratio quæ ex Authent. mala fidei. colligitur, vti illic notat Paulus Castrensis, & alij communiter obseruant circa illius constitutionis interpretationem. Nam & ante Iustinianum fortassis non sic facile hæc conclusio prima iure defendi posset, cum eadem plurimum refragetur Iurisconsultis in l. Stycho. ff. de vfusu. legat. qua de re diligenter tractat Arius Pinellus Lusitanus in Authent. nisi tricennales. C. de bonis matern. num. 26. Etenim restacitè prohibita iure fideicommissi alienari decem vel viginti annorum spatio, vfucapitur titulo legari relictæ ab eo, qui eadem in re vfumfructum tantum habuit ex eodem testamento, quo post vfumfructuarij vitam res illa iure fideicommissi alteri relinquitur, vti præsumendum non sit, vfumfructuarium legantem ignorasse testatoris tantum prohibitionem, nec deinde legis, quæ vfumfructuarium prohibet alienare dominium rei, cuius vfumfructum habuit. qua ratione verè dici non poterit in d. l. Stycho. legantem bonam fidem habuisse, vel non fuisse prohibitum alienare. quo fit, vt & iure negari posset prior ratio còmunis opinionis, scilicet iure veteri ante Iustinianum: siquidem ex eo tantum, quod prohibeatur à testatore alienatio, titulus non est aded irritus, vti pro titulo non habeatur, quoad effectum vfucapiendi. quod & alij

ante nos obseruauerunt defendentes Bartoli opinionem in dict. §. Diui. col. ult. quamvis Iustinianus quoad alienare prohibitum irritum efficiat titulum etiam ad effectum vsucapiendi. Illud tamen adnotandum erit in d. l. Strycho. nempe, prescriptionem incepisse, ac procedere à die euenientis conditionis, vel ab eo tempore, quo illi aduersus quos vsucapitur, agere poterant. Deinde illic de prescriptione longi temporis tractari, cum sit illa veterum Iurisconsultorum responsio, apud quos nulla sit mentio prescriptionis triginta annorum.

Secunda conclusio: Res alienari prohibita iure fideicommissi aut primogenij, etiam si expressum prohibitio alienationis fuerit scripta, poterit triginta annorum vsucapione legitime adquiri. Hæc probatur his auctoritatibus, quæ prescriptionem triginta annorum frequentissime admittunt, & ex eo, quod rationes primæ assertionis planè in hac specie, & casu deficient. Siquidem ad prescriptionem triginta annorum titulus necessarius non est, sicuti constat, & hoc in opere ipse adnotaui: nec impeditur hæc eadem prescriptio quoad eius effectum ex mala fide venditoris, aut eius qui rem alienari prohibitam alienat. quod probatur in d. Authent. male fidei. Fit igitur, hanc opinionem veram esse cessantibus his rationibus, quibus proximè probare conati sumus, hæc in re prescriptionem non fore admittendam. Sed & quia id apud nos plurimum valet, hanc sententiam probant & sequuntur Paul. Castr. col. 1. & 3. in dict. l. ult. §. sed quia. & illic Iason: quia Iustinianus ibi non omnem prescriptionem hoc in casu excludit, sed tantum illam, quæ ex longo tempore procedit. idem Iason consil. 57. colum. penult. lib. 1. Balb. de prescriptionibus. 3. part. 5. part. princ. quest. 4. num. 4. Ioan. Crotus, Ripa, & Loazes in dict. §. Diui. Corneus consil. 38. l. 1. num. 10. idem consil. 117. lib. 1. & consil. 294. lib. 3. Zuarez alleg. 4. & Gregorius Lopez in dict. l. 10. & hæc est communis opinio, ut fatentur Corneus in dict. consil. 117. & Gregor. in d. l. 10. eandem opinionem & alij sequuntur, præsertim Alexand. consil. 59. lib. 3. num. 2. Anton. Rubens consil. 98.

Tertia conclusio: Prescriptio contra possessorem maioratus, seu primogenij perfecta ex triginta annorum tempore, licet illi præiudicet, non erit admittenda contra eius successorem, qui post eius obitum ex institutione vocatus est. & idem erit in re iure fideicommissi restitutioni subiecta: non enim nocet prescriptio illi, cui restituenda res erat post illius obitum, aduersus quem legitimo tempore prescriptum fuerit. Hanc opinionem esse ueram, iure viorem esse in feudis, Ilermia & Afflict. in c. 1. §. quid ergo. num. 20. de inuest. dere aliena fact. Balb. de prescript. 4. part. 4. part. princ. quest. 12. in fine. in fideicommissis, ac rebus restitutioni subiectis. Ioannes Crotus num. 146. Ripa num. 116. & Loazes num. 512. in dict. §. Diui. Zuarez allegat. 3. Gregorius Lopez in dict. l. 10. & præter hos Curtius Iunior consil. 181. num. 5. Decius consil. 445. nu. 47. Anton. Rub. consil. 84. n. 6. Aluarot. in c. 1. §. quoque. num. 6. de success. feud. & ibi Præpos. Paulus Parisius consil. 23. lib. 1. n. 199. qui & alios allegat: atque ideò eum & Ruben semper legito. idem tenuerunt Iacobin. in l. ult. ad finem. C. qui admittit. & Sigismund. Lof. in c. 10. num. 22. ex quibus opinor posse verè dici hanc opinionem communem esse: cui ut paulò diligentius quæstionem istam absoluiam, iustifigantur ea, quæ ipse hoc loco potui ab alijs adnotare.

Primum, quod prohibita alienatione censeatur itidem & vsucapio prohibita, & eadem ratione prescriptio. quod satis controuertitur in d. §. Diui. & in l. vii. lex. ff. de vsucap. & in l. 2. C. de vsucap. pro emptore. Quæ tamen controuersia parum potuit hanc opinionem iuuare: cum sit ab omnibus receptum, vsucapionem 30. ann. in his rebus admitti, & procedere: licet longi temporis prescriptio minimè sit admittenda, & ideò cum recepta sit 30. ann. prescriptio, non est cur tractemus, res istas restitutioni subiectas non posse prescriptione acquiri. De hoc etenim minimè dubitatur: siquidem 30. annorum vsucapione bona ista acquiri possunt, ex his quæ proxima conclusione probauimus. quæ ratione nec decisio l. ult. §. si in autem avaritia. C. com. de leg. ad probationem huius assertionis pertinebit, quippe quæ de longi temporis prescriptione, non de 30. annorum vsucapione tractauerit.

Secunda huius opinionis ratio inde sumitur, quod successores futuri dubio procul ignorauerint alienationem factam, & prescriptionem ex ea, vel alioqui procedentem: & tamen absque eorum consensu expresso, vel tacito prescriptio nequit procedere: ergo eis minimè præiudicabit. Est enim necessarius consensus illorum omnium ad alienationem rei subiectæ restitutioni, qui ad illam vocati fuerunt, l. nihil. §. omnib. ff. de legat. 1. Sic igitur

et ad prescriptionem erit tacitus saltem consensus necessarius, qui ex scientia & patientia constet: ex l. C. responsio in l. alienationis verbo. ff. de verb. sign. quæ ratione vti videtur Curt. l. un. in Authent. res qua. C. com. de leg. col. 2. qui tamen hac eadem ratione obseruata fatetur planè non esse admittendam sententiam Bald. in d. l. 2. C. de vsucap. pro empt. quam superius in prima conclusione probauimus frequentissime recepram esse. Rursus idem Curt. l. un. eadem ratione improbat secundam conclusionem, quoad eum, qui ignarus fuerit prescriptionis aduersus eum procedentis ex possessione rei alienari prohibita. Quod satis alienum est à communi omnium DD. sensu. Sed hæc ratio admodum est infirma, quod vel ex eo constat, quod ad prescriptionem non est vllò vmquam pacto necessaria scientia illius aduersus quem prescribitur. imò ea procedit iuris auctoritate contra illum, qui verè & iuste ignarus est vsucapionis, & possessionis illius, ex qua vsucapio ipsa procedit: quemadmodum nos probauimus in hac relectione. 3. part. §. 2. unde licet alioqui res, de quibus agimus, possent alienari ex consensu illorum, qui ad eas vocati fuere, & hic consensus foret sufficiens: tamen in alienatione, quæ iuris auctoritate per vsucapionem fit, non est necessarius consensus nec tacitus nec expressus. Nam etsi verum foret, illum videri rem alienare, qui patitur illam vsucapi: quod l. C. vix concedit, & quodammodo, ut verè non dicatur cōsentire alienationi gloss. in l. 2. C. quæ sit longa. consuet. Alb. in l. si pupillus. ff. de adm. tut. Aciñ. in l. Clodius. col. 2. ff. de acq. her. qui hunc consensum fictum appellant, & non temerè ex eodem Iurisconsulto, qui in d. l. alienationis. inquit, vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur vsucapi: imò hunc vllò modo consentire negant. gl. ult. in l. 1. §. ult. ff. de dolo. Bal. in l. cum quis. num. 10. C. de iur. & fact. ign. Tiraq. de retract. part. 1. §. 1. gloss. 9. n. 250. nihilominus hæc alienatio, cum non fiat propriè ex illius consensu, sed ex legis auctoritate; non pertinet ad verum consensum illius, contra quem vsucapitur, sed potius ad improprium & fictum, quem lex obleruat, ad notandam illius negligentiam in inuestigandis rebus & iuribus ad eum pertinentibus. Præter hæc Crotus & Loazes in d. §. Diui. n. 511. planè fatentur prescriptionem currere, ac procedere in his rebus aduersus ignorantem, licet possit peti restitutio in integrum ex clausula generali, si qua mihi iusta causa videbitur. quod nos explicamus generaliter, etiam quoad alias prescriptioes in hoc §. ult. huius relectionis. Fit igitur, hanc secundam rationem minimè probare conclusionem istam.

Tertium, quod secundum omnes eidem opinioni plurimum ad stipulatur, ex eo sumitur, quod impedito agere non currat prescriptio. l. 1. C. de annali excep. Auth. nisi tricennali. C. de bon. mat. sed successores, & qui tempore vsucapionis nondum erant nati, agere non poterant: igitur eis minimè illius temporis prescriptio nocet. Verum huic rationi mihi videtur eleganter satisfecisse Corn. consil. 304. lib. 3. col. antep. prescriptio etenim prædicta non currit aduersus non valentem agere, sed aduersus illum, qui agere poterat. eo siquidem tempore cepit, procedit & finitur, quo illi agere poterant, aduersus quos prescribitur. Nempe possessores primogenij, vel maioratus, aut vocati ad rem, quæ vsucapitur. Atque ideò planè cessat impedimentum hoc, quod ex d. l. 1. adducitur. nam prescriptionis ius cōtinua possessione produciatur contra illum, vel illos, qui agere poterant, vel saltem vsucapionem interrompere cōmodè potuerunt. Quod si dixeris hanc responsonem procedere contra illum, aduersus quem eo tempore prescribitur, non contra successores: illud planè erit omnino aduertendum, scilicet quoad successores, superesse quæstionem: An eis liceat perfecta prescriptio aduersus antecessores, præcessoresve: non tamen, an prescriptio fuerit inualida ex eo, quod non procedat contra non valentem agere. Esset enim tunc quæstio inutilis, & quæ cōmodè non potest in controuersiam incidere: cum nascitur non possent agere tempore prescriptionis ex eo, quia nati nondum erant, non autem ex eo, quod aliquo impedimento essent agere impediti; agere inquam ad eam rem quæ illis quoad ius aliquod competebar, quod de nascituris dici verè non potest. Et quod hæc ratio ab auctoribus huius opinionis adducta non sit sufficiens, ex eisdem profectò constat. Nam Aluar. in c. 1. §. hoc quoque. num. 6. de success. feud. & Balb. in tract. de prescript. 4. part. 4. part. princ. q. 12. existimant prescriptionem illam 10. vel 20. ann. quam ex Bald. in 1. conclus. probauimus, etiam futuris successoribus, & iam nondum natis nocere. & hanc esse veram Bal. interpretationem, planè fatentur Rod. Zuarez alleg. 3. Greg. Lopez in d. l. 10. tit. 26. part. 4. & Curt. l. un. in d. Authent. res qua. licet hi tres auctores de Bal. opin. dubitauerint.

rint, ex eo quòd ipsis visum fuerit à iure alienū, illam præscriptionem successoribus præiudicare. Nihilominus Baldi opinio communis est, & probatur. Quia licet actio hypothecaria à debitore, aut eius herede aduersus creditorem non nisi 30. aut 40. ann. præscriptione collatur, & elidatur, & sit in rem. *l. cum notissimi. C. de præscr. 30. aut 40. ann.* tamen ab extraneo, emptore vel donatario possidente, & qui titulum habuit à debitore, tollitur 10. vel 20. ann. præscriptione. *l. 1. & 2. C. si aduers. credit.* & ibi gl. Specul. de præscr. §. 1. vers. sed de hypothecaria. tradit And. Tiraq. de retract. part. 1. §. 1. gl. 10. n. 2. ergo licet prohibitio alienationis facta tacite vel expresse à testatore rem afficiat, quia res ipsa prohibetur alienari prohibitione in ipsam rem directa, ex Cyno in *l. vlt. 6. oppositio. C. in quib. caus. in integ. restituit. non est necess.* post Petrum ibi. sicut & hypotheca rem ipsam itidem afficit, & cum eo onere tranfit res ad quemcumque. *l. si conuenit ut nomen. §. si simul. ff. de pignor. act. l. si debitor. C. de distract. pignor.* non tamen tranfit cum ea causa, ut præscriptio ordinaria non admittatur. admittitur etenim, quemadmodum modò probauimus. Qua ratione Baldi opinio etiam erit admittenda in eo, qui titulum habuit ab eo, qui rem à prohibito consecutus fuerat, modò secunda alienatio facta non fuerit nomine prohibiti, nec ab eius vniuersali hereditario iure successore. quod Bald. sentire mihi visum est, & eodem modo qui eum sequuntur, quamuis Cynos in *dist. l. vlt. 6. oppositio.* senserit, rem alienari prohibitam verbis prohibitionis in rem ipsam directis non posse vlucapi præscriptione ordinaria, etiamsi possessor eam habuerit titulo ab eo obtento, qui non fuerat alienare prohibitus, quod iure dubium est, & profectò falsum, cum vlucapio non censeatur omnino prohibita, etsi alienatio fuerit interdicta, quemadmodum paulò antè admonuimus.

Quartò ferè omnes huius opinionis auctores ea ratione vtuntur, qua constat, in fideicommissis, & maioratibus successorem minimè habere ius ab eo, cui succedit modò, sed à primo primogenij institutore, à quo omnes successores ita vocati censentur, vt quilibet dominium rerum habeat in eius vita ad mortem vsque, atque eo mortuo alius succedat ex prima institutione, non in ius vltimi possessoris aut in eius dominium, quod illius obitu extinctum fuit, sed in dominium proprium & ius peculiare, quod successores ex voluntate primi institutoris habet. *l. peto. §. fratre. l. cum pater. §. libertis. l. cum ita. §. in fideicom. l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2. l. pronuntiatio. §. familia. ff. de verb. signific. text. optimus in c. vnic. vbi Bald. & Ilermia de feud. Marchia. c. vnic. de grad. success. cap. vnic. de natura success. feud.* quod & nos adnotauimus in Rub. de test. 3. part. n. 26. ergo præscriptio procedens contra Titium, qui nunc obtinet ius primogenituræ, non nocebit eius successori, qui ab eo nullam causam habet. Sed & hæc ipsa ratio rursus comprobatur ex eo, quòd instituto maioratu ac primogenio, cuiuslibet successori datum videretur rerum dominium ad tempus vitæ illius: ac tot censentur donationes, aut fideicommissa & legata, quot sunt ex illo iure successiones. quod apparet ex inductione *l. vlt. C. de leg. l. donationis. §. species. ff. de donat.* adnotarunt Paul. Castr. in *l. si pecuniam. col. 3. ff. de cond. ob caus. Rod. Zuares in l. quoniam in prioribus super leg. Regiam. q. 8. C. de inoffic. test.* sit igitur vt licet præscriptum sit ius & dominium Titij, non censetur ex hac præscriptione sublatum ius successoris.

Ceterum hac in re illud erit summe obseruandum, quòd possessor rerum † maioratus, qui & illum iure optimo vocationis obtinet, licet res illas alienare non possit, dominus tamen illarum rerum verè dicitur. non enim est de substantia dominij, quòd res à domino alienari possit. *l. 2. C. de bon. mater. l. vlt. §. filius. C. de bon. que li. l. non idè minus. ff. de rei vend. l. vlt. C. com. de leg. l. species. ff. de auro & argent. leg. l. vlt. ff. de vsucap. earum rerum.*

Deinde illud est memoria repetendum, per præscriptionem dominium acquiri illius rei, quæ legitimo tempore, & bona fide possidetur. imò & dominium hoc esse verum & directum hac in relectione probauimus, vt opinamur, satis validis rationibus & auctoritatibus. Quibus constat, possessorem rei, quæ vinculo primogenij continetur, per legitimam præscriptionem dominium illius, etiam directum acquirere: nec potest hoc dominium aliud esse quàm illud, quod erat penes primogenij possessorem, aut illum, qui ad id fideicommissum vocatus fuit, & ius habet rem istam rei vindicandi.

Dices forsan, hoc dominium apud præscribentem, & ab eo acquisitum esse temporale, cum & apud illum, contra quem præscribitur, temporale fuerit. Verum hac in ratione illud respondebo: nempe, possessorem maioratus, & primogenij dominium

rerum ad maioratum pertinentium ad vitam tantum obtinere, & sic temporale: quia eo modo vocatus est ad illud dominium à primo institutore: at ille, qui præscripsit rem legitimè, à lege vocatur ad illius rei dominium simpliciter, ac perpetuò, sic quidem vt absque eius consensu vel legis auctoritate dominium illud ab eo auferri nequeat: quemadmodum præscriptionis natura dicitur: nec video quo pacto possit hoc negari. Quòd si vtigeas dominium hoc in casu acquisitum præscriptione, fuisse illud, quod obtinebat eo tempore vocatus ad primogenium: ergo erit temporale sicut illud: concedam primum, & negabo vltimum, propter rationem differentiarum, qua modò vsus sum ex auctoritate legis, & vocatione testatoris. idem enim dominium est vtriusque quoad substantiam, qualitate tamen distinguitur, quæ mutatur ex modo acquirendi. Poterit enim quis dominium eiusdem rei dare Titio ad eius vitam, & post eam Sempronio in perpetuum. idem siquidem est dominium, & tamen qualitate distinguitur ex modo acquirendi. Vnde cessant, quæ in hac quarta ratione adducebamur: nam vocatus ad rem post alium, licet non succedat iure vltimi possessoris, nec ex eius voluntate aut institutione; succedit tamen in dominium illud, quod ille habebat, licet temporale. Et idè si illud fuerit legis auctoritate extinctum, non est ius aliquod ad quod admittatur, aut in quod succedat. Et rursus licet succedat ex noua donatione, aut legato, aut fideicommissio, succedere poterit in his rebus, quæ non fuerint iuris auctoritate ab illo vinculo fideicommissi, vel maioratus euictæ. At in illis, quæ euictæ sunt, & idè alienæ censentur, non est cur succedere possit, vtrumque vocatus fuerit. etenim legis auctoritate, & verè iustissimè dominio rerum præscriptarum priuatur successor in primogenium non ex consensu, nec ex alienatione vltimi possessoris, qui proculdubio nec alienare poterat, nec successoris præiudicare.

His accedit quòd præscribens alicuius rei dominium per possessionem, illud præscribit, & acquirit aduersus quemcumque eius rei dominum, non in specie aduersus Titium aut Sempronium. Quod satis constat ex his, quæ de præscriptione superius diximus. Nam etsi ego possideam rem aliquam bona fide, & tempore legitimo, aduersus quemcumque eius dominum in genere præscribo: ergo & illius dominium simpliciter acquiri penes quemcumque fuerit: atque idè à me rursus auocari non poterit.

Sed & præter ista illud verum est, præscriptionem ex legis auctoritate vires adsumere à possessione legitimi temporis, titulo, & bona fide possidentis; nec ignorantiam, aut negligentiam aliudve lex considerat, nec requirit apud illum, penes quem præscribitur. ergo licet ille dominium habuerit ad vitam tantum, nihilominus præscribens dominium perpetuum acquirit. nihil etenim requiritur ex parte illius, qui dominum habet, vt illud verè amittat per præscriptionem. omnia etenim, quæ ad præscriptionem requisita sunt, ea obseruari debent in præscribente: præterquam quòd longius tempus exigitur ad perfectam præscriptionem propter dominij, contra quem præscribitur, priuilegium: vel quia Ecclesia, vel minor sit. Et in hisce casibus perfectio præscriptionis impeditur etiam penes possessorem. At nos argumentamur ex præscriptione perfecta per possessorem, & contendimus ex qualitate domini aduersus quem perfecta fuit, minimè ius legis ordinariū mutare. Alioqui si quis donaret Titio domum ad decem annos, & illis decursis eandem Sempronio ad alios decem, ac simili iure in alios eam transferret: & ego legitimo tempore, ac iuxta iuris legitimas conditiones vlucaperem illius domus dominium: sequeretur, me nihil acquisisse: cum statim ab eo successore, cuius tempore præscriptio non est ab initio ad finem vsque deducta, possit à me res vindicari, licet 50. annis possederim. Quod satis absurdum esse videtur. Et tamen verè sequitur ex communi Doctorum sententia, quia nusquam præscriptio nocuit præsentis successori.

Præterea aduersus commune illud admonendum esse censeo, quòd præscriptio in rebus ad Episcopū pertinentibus successoribus præiudicat, etiamsi successor non habeat, vt verè nō habet, ius ab vltimo possessore, modò ea legitima sit & perfecta, quod iuris est apertissimi. Quòd si dixeris in hoc casu aduersus Ecclesiam semper continuari præscriptionem: dicam & ipse in questione quam tractamus, etiā procedere præscriptione aduersus primogenium, aut maioratum. Sed & præter hanc responsionem illud negari non potest, præscriptionem istam procedere in hoc exemplo quod de Episcopo scripsimus, etiam aduersus successores, & eis præiudicare: quamuis successor nullum ius habeat

beat ab ultimo possessore. Imò in hac præscriptione iura potius considerant ipsum Episcopum possessorem, quam dignitatem ipsam. Siquidem ex iuris regula, vacante Ecclesia præscriptio interim cessat. *cap. 1. de præscript.*

Non me later à quibusdam pro opinione communi rationem quamdam adduci ex Taurina constitutione 45. quæ tamen mihi non videtur adeò fortis, atque vrgens, vt refelli nequeat: scio enim refelli posse, si propriam naturam, & leges illius possessionis, de qua illic agitur, quispiam diligenter ac subtiliter obseruauerit: quas hoc in loco longius explicare multis impeditus minimè possum. Cum & quæ aduersus communem tradidi non eo animo scripserim, vt temerè velim à passim recepta sententia omnino discedere: sed vt Lectori,

& mihi disputationis rationes penitiùs, ac maturiùs considerantibus facilius examen pateat, quo vires communis opinionis expendi possint, cuius auctoritatem in consiliis, ac iudiciis, multi faciendam esse censeo, nisi euidentibus rationibus euerri possit.

Hæc de vsucapionibus & præscriptionibus ad intellectum huius regulæ attingimus, non ignari, quàm latè pareat vsucapionum campus: sed quò satisfaceremus his, qui à nobis enixè postularunt, vt quæ Salmanticæ hac de re olim publicè magistra voce tradidimus, in publicum emitteremus. Lector candidus eo animo accipiat ista, quo à nobis fuere elaborata: ita quidem, vt censuram æquam, ac beneuolam in his euoluendis exhibeat.



DIDA-

D I D A C I C O V A R R V V I A S A L E Y V A T O L E T A N I,

IN GRANATENSI PRÆTORIO REGII CONSILIARII,
ARCHIEPISCOPI S. DOMINICI DESIGNATI,
IN REG. *Peccatum*, DE REG. IVR. IN VI. COMMENTARIOS,
P R O O E M I V M.

DIVVS Augustinus celebratissimus Ecclesiæ Doct̃or, quò inter tot præclarissima sanctimonie & eruditionis testimonia, Christianam plebem erudiret: ne proximus iniuria aut damno affectus, læsionem aduersus institutam à Christo Iesu, & natura ipsa charitatem, patiatur, in Epistola ad Macedonium, § 4. maximo conatu admonet, ea quæ fraude, dolo, vi, vel scelere quæsitæ sint, omnino fore restituenda: comminatus alioqui peccatum non dimitti. Nam cum & iustitia ipsa, quæ potissima moralium virtutum est, manifestè violetur, cum quis proximo damnum intulerit, palam consequitur, peccatum istud minime dimitti, nisi damni illati compensatio fiat: aliter etenim non seruatur ipsius iustitiæ lex. Si enim res aliena, inquit Augustinus, propter quam peccatum est, cum reddi possit, non redditur, non agitur pœnitentia, sed fingitur: si autem veraciter agitur, non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum. Hactenus Augustinus, cuius verba à Gratiano referuntur in c. 1. 14. q. 6. à summis Pontificibus in d. reg. peccatum. de reg. iur. in 6. & in c. cum tu. de vsuris. Huius sanè regulæ interpretationem aggressurus, eam distribuendam esse in tres partes operæpretium duxi. Primum equidem de restitutione quædam generaliter adnotabimus; deinde secunda parte regulam quamdam constituemus: ex eaque plurima ad hunc tractatum pertinentia statim exponentur. Tertio denique loco alteram regulam, quò restitutionis vis apertius tradatur, eidem cum aliquot illationibus subiiciemus. Quæ in re etsi à Theologis, qui tractatum istum radicitus conati sunt explicare, multa sint à nobis mutuanda: iuris tamen vtriusque decisiones passim in medium adducemus: quippe qui opinemur ex eis potissimum restitutionis obligationem vel probari, vel induci, præterquam quòd ea iuris naturalis rationem habet ab æqualitate, quæ iustitiæ virtuti propriè conuenit. Censet itaque Augustinus, non esse veram nec perfectam peccati pœnitentiam absque illati damni restitutione. Cui accedit pulchra Iuriconsulti sententia in l. nam in hoc natura. ff. de cond. indeb. Nam hoc, inquit, natura æquum est, neminem cum alterius detrimento locupletiorè fieri. Sic & Cic. lib. 3. de officiis, inquit: Nam ut sibi quisque malit quod ad vsum vitæ pertineat, quàm alteri acquirere, concessum est, non repugnante natura. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus. Nec verò hoc solum natura, id est, iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis ciuitatibus respublicæ continentur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui còmodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse cuiusque coniunctionem: quam qui dirimunt, eos morte, exilio, vinculis, damno còercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturæ ratio, quæ est lex diuina, & humana, cui parere qui velint (omnes autem parebunt qui secundum naturam viuere volunt) numquam committet ut alienum appetat, & id quod alteri detraxerit, sibi assumat. Hactenus Cicero.

H V I V S R E L E C T I O N I S S V M M A.

PRIMA pars tractat aliquot causas, quibus quis à Restitutione statim facienda excusatur.

SECUNDA pars radices Restitutionis expendit: de quæ vsuris restituendis agit.

§. Primus de Restitutione, quæ à furti crimine procedit, latè differt.

§. Secundus quærit de obligatione Restituendi ea quæ data sint meretrici, vel alterius turpitudinis ratione.

§. Tertius, in hoc examinatur obligatio restituendi ea quæ alieni dantur, ut iustâ sententiam ferat: rem inueniã domino restituat, vel ob agendum id, quod gratis tenebatur facere, aliâq; quæ traduntur de contractibus, qui vel rescindi possunt ex beneficio ætatis, vel ratione metus, vel ex defectu solemnitatis legalis.

§. Quartus, de Acquisitis per ludum illicitum.

§. Quintus, de Gabellis & Vectigalibus, an in foro animæ soluenda sint.

§. Sextus, an ratione Acceptationis iniquæ teneatur quis ad restitutionem re ipsa extincta.

§. Septimus, an ratione iustitiæ Distributiue teneatur quis ad restitutionem?

§. Octauus, de his quæ per Venationem acquisita sunt.

§. Nonus tractat de iustitiæ & Iniustitiæ belli.

§. Decimus, de Bello aduersus infideles, an id iustum sit?

§. Vndecimus, de Rebus in bello captis, & de Seruitute personarum iure belli inducta.

§. Duodecimus, de Consilio, Auxilio, vel Fautore, quando ex his oriatur obligatio ad restitutionem.

TERCIA Relectionis pars: de Restitutione, quæ ratione rei inducitur, & de emptore furtiue rei.

§. Primus, de Rebus Inuentis, cui sint restituendæ.

§. Secundus, de Thesauris, qualiter sint in animæ iudicio diuidendi.

REGV-

REGVLÆ, PECCATVM.

DE REGVLIS IVRIS,

LIBRO SEXTO,

RELECTIO.

AVCTORE

DIDACO COVARRVVIAS,

TOLETANO.

PRIMA

RELECTIONIS PARS.

A restitutione quomodo quis excusetur.

SVMARIA.

- 1 Restitutio statim fieri debet, congruo tamen loco & tempore.
- 2 Propter inopiam excusatur qui a restitutione. & ibi intelligitur glossa in cap. cum tu. de usuris.
- 3 Usurarius qui semel immunis fuit a restitutione si ad pinguiorem rem redierit, tenetur omnia restituere.
- 4 Traditur latè intellectus ad textum in cap. officij. de penitent. & remission. de muliere adultera, an teneatur crimen detegere: ne filius spurcius alienam habeat hereditatem.
- 5 Scandalosa materia longè discutitur ad intellectum reg. qui scandalizaverit. de regul. iuris.
- 6 Veritas relinquenda non est, ut evitetur scandalum.
- 7 Superioribus obediendum non est quoties sequeretur aliqui scandalum.
- 8 Prælati an possint differre bonorum Ecclesie repetitionem ob vitandum scandalum.
- 9 Restitutio cuius expensis sit facienda.
- 10 An debitor possit differre solutionem, eo quod creditor sit excommunicatus.



VM illud certissimum sit, lege naturali, diuina, & humana, restitutionem ablati necessariam esse ad peccati dimissionem: primum oportet inquirere, sitne statim restitutio facienda? Et videtur, quod hæc restitutio statim necessaria sit: nec differri possit absque peccati labe. Etenim numquam licet nec momento temporis rem alienam domino inuito detinere: siquidem ea possessio, seu retentio peccatum est, nec vniquam peccare licuit. Igitur tenetur ꝑ alienæ rei possessor, statim rem eandem domino restituere. Huic rationi accedit text. *Leuit. c. 19.* Non morabitur opus mercenarij apud te vsque mane. ex quibus ita visum est D. Thomæ *quest. 62. artic. vlt.* Florent. 2. part. tit. 2. cap. 8. in princip. Syluest. in verb. restitutio. §. 1. verum quod res ista cōmodius elucidetur, adnotandum erit, non idem esse, centum aureos statim Titio deberi, & eos statim ei omnino restituendos esse. Siquid in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsentī die debetur, & statim obligatur debitor creditori. l. in omnib. ff. de reg. iuris. l. cum quis Calendus. §. quoties. ff. de verborum oblig. §. omnia. Institut. de verbor. oblig. non tamen tenetur debitor statim præsentī die pecuniam debitā reddere: imò huic necessitæ restitutioni à iure inest tempus quoddam boni viri arbitrio definiendum, quo præcisè debeat fieri eius pecuniæ restitutio, possitque à creditore exigi: sicuti sentit Iurisconsultus in l. si quis filium. §. stipulatio. ff. de collat. bonor. notant glossa in dict. §. omnia. & in dict. l. in omnibus. glossa in §. si impossibilis. Institut. de inutil. stipulat. tradit vbiq. Doctores, & Alexand. in l. 1. §. item si ita. ff. ad legem Falcid. colum. 2. Regal. 13. tit. 11. part. 5. sic & per sententiam iudicis condemnatus in actionibus personalibus, non statim cogitur soluere: sed habet ad solutionem quatuor menses, l. 2. l. de iuribus. ff. de re iudic. l. 2. & 3. C. de usur. rei iudic. notatur in

cap. quarenti. de offic. delegat. & in cap. quoad consultationem. de re iudic. iure autem Regio decem dies, l. 5. tit. 27. part. 3. quemadmodum qui in iure debitum faceret intra decem dies cogitur soluere. glossa in l. si debitori. ff. de iudic. quam tantum vi consuetudinis obtinere scribunt Bartolus & Doctores ibi, glossa in cap. dilectus. de procuratorib. Panormitanus in dict. c. quoad consultationem, col. 5. Bald. & idem Abb. in dict. cap. quarenti. citat eandem glossa. Abb. in dict. cap. dudum, colum. 9. de lition. in primo. & probatur eadem opinio in l. 7. tit. 3. part. 5. quod si ex causa iudici visum fuerit æquum esse, confestim compelleret condemnatum ad solutionem: idque moribus, ac forensi praxi receptum est, secundum Roman. in singul. 459. fit tandem ex his non rectè consequi, debitorem teneri statim restituere ex eo, quod præsentī die res debita alteri sit, quamvis etiam viri doctissimi hac argumentatione vtantur quandoque. Tenetur denique qui alienum detinet deliberato animo secum constituere, quod restitutio fiat. Hoc etenim necessarium est, vt abstineat à prauo animo rem alienam detinendi: confestimque debet ab eo animo cessare, deliberando constanti voluntate restitutionem ipsam. Præter hæc statim tenetur verè restituere ea ratione, quod licet alioqui in actibus virtutum regulariter circumstantia temporis determinata omnino non sit; sed committatur rationi & prudentiæ: tamen in actu restitutionis rei alienæ circumstantia temporis definita est vt statim fiat: cum eius omisio, quocumque tempore procedat, aduersa sit ipsi iustitiæ: quia res aliena eo momento inuito domino detinetur: non sic in aliis virtutum actibus. Nam etsi omittantur aliquo tempore, non ex hoc ipsi virtuti læduntur. Etenim non agit contra iustitiam, qui aliquo tempore differt publicam accusationem, seu publicum priuatumve iudicium: eius sanè iudicio iuxta prudentiæ rationem committitur tempus, quo actum virtutis exercere debeat. nihilominus adhuc non statim est necessaria præcisè restitutio alieni ad remissionem peccati: cum possint species, & casus aliquot constitui, quibus boni viri arbitrio differenda sit restitutio: secundum D. Thom. & Caietan. 2. 2. quest. 62. artic. vlt. quorum opinio consensu omnium Theologorum recepta est, & sequentibus probatur.

Primum constat ꝑ propter inopiam, & Paupertatem excusari quem à restitutione: cum aliàs non teneatur quis restituere eo casu, quo non potest restitutionem animo deliberatam, executioni mandare, auctore D. Augustino in dicta epistola 54. probatur idem in cap. quamquam, de usur. in 6. vbi glossa in cap. cum tu. eodem titulo. glossa in hac regula, peccatum. & ibi Dynus atque Ancharr. colum. 9. optimus textus in cap. breui. & in cap. querelam. de iureiurand. D. Thomas in dict. quest. 62. artic. vltim. nemo enim ad moraliter impossibile obligatur, nec tenetur ad id, quod proprias vires excedit: cum sit satis quoad diuinam maiestatem, quod quis faciat in emendationem criminis, & iniuriæ id, quod iuxta proprias vires efficere valet. atque hoc ipsum receptissimum est, tametsi frequens hac in specie controuersia contingat, an teneatur quis alienum restituere: cum rebus alienis indigeat ad propria ipsius alimenta. Nam quibusdam placet, non teneri quem ad restitutionem quoties re aliena indiget ad subleuandam propriam necessitatem; siquidem ex ea ratione posset

rem alienam inuito domino capere. *c. si quis propter neces. de furti.* de quo statim agemus. Et profecto hæc sententia vera est, data ipsius debitoris extrema necessitate: ea denique, cum locum faciat *c. si quis propter necessitatem* idem erit ubi necessitas extrema non est, sed tamen debitor habita ratione status, & dignitatis gravissimam pateretur ex restitutione iacturam. Poterit enim differre alienæ rei restitutionem, modò leue detrimentum ex ea dilatione immineat creditori: sic sanè iuste differtur restitutio, si ea fieri nequeat tunc absque maximo debitoris damno vero, quia oporteret res proprias ad restitutionem vili pretio vendere: nec ex hac dilatione creditori læsio fit, cum non pariat ex hoc detrimentum aliquod, graue saltem, sicuti docent Scotus & alij in *4. sentent. distinct. 15. Floren. 2. part. tit. 2. c. 8. Syluester in verb. restitutio. 5. q. 3. Caietan. in d. quest. 62. art. ult. Anchar. in hac regul. peccatum. colum. 9. Ioan. Lup. in rubric. de donationibus. §. 65. nu. 5. tametsi Adrian. in quarto sentent. tract. de bello, cap. incipienti, Aggredior, questio. 6. Ioan. à Medina de restitutione, quest. 5. tantum videantur excipere ab obligatione statim restituendi ratione necessitatis, ipsam extremam inopiam, quæ cogeret ad elemosynam creditorem secundum ea, quæ & nos scripsimus lib. 3. *Variarum resolution. c. 1. 4. n. 5.* non equidem diffiteor opus esse sicero, acerrimoque iudicio ad discernendum hoc gravissimum debitoris nocuum mentum à leui creditoris iactura, vt hinc licita iudicetur debitoris restitutionis dilatio: inordinataque censetur creditoris petitio. legito tamen Dominicum Soto lib. 4. de iustis. & iur. quest. 7. art. 4. qui hoc ipsum distinctius explicat.*

Hinc etiam illud intelligendum est quod scribit gloss. in *3. d. cap. cum tu. existimans*, Vsurarium, qui semel immunis fuit à præsentis restitutione propter inopiam; si demum pinguioem nactus sit fortunam, cogendū fore ad vltimum vsque quadrantem restituere, quamvis ex hac restitutione maneat in grauissima egestate, addit gloss. licet secundum leges, qui bonis cesserit, si peruenierit ad pinguioem fortunam, possit libi necessaria alimenta retinere. ab ea gloss. Panormit. Cardin. & Rauenna collegerit, Vsurarium, etiam qui bonis cesserit, si ad pinguioem fortunam deuenierit, cogendum esse restituere integras vsuras, absque deductione alimentorum. Secundò adnotantur, in foro conscientiarum, non esse admittendum priuilegium id quod leges concesserit his, qui bonis cesserint, imò eos fore compellendos integrè omnia restituere, minimè deductis alimentis. Tertiò Ioannes Anani, ibidem opinatur sensum gloss. non alium fuisse, quam quòd vsurarius, qui ob paupertatem non potuit statim vsuras soluere, nec reddere, si tamen fortunam mutauerit, teneatur eas integrè soluere, etiam absque deductione alimentorum. Et idèò secundum Anani. gloss. non tractat de eo, qui bonis cesserat. mihi verò haud dubie constat, gloss. non magis locutam esse in foro pœnitentia, quam in exteriori Pontificio. Et præterea sensum voluisse opinionem, quam tenuit, & in eo, qui bonis cesserat, adnotare. Quòd autem Panormitan. Rauenna & Cardin. censent priuilegium datum à lege omnibus his, qui præ inopia bonis cesserint, circa deductionem alimentorum, cum deuenierint ad pinguioem fortunam, in conscientiarum iudicio nò obtinere: à nobis improbatum fuit lib. 2. *Variar. resolut. c. 1. n. 6.* sed & id quod ex gloss. primo loco post Abbat. & alios obseruauimus, non video quòd in praxim deduci valeat, nisi præmittamus, debitori ex causa vsuraria competere ius cessionis bonorum: de quo in *dist. c. 1.* disputauimus n. 8. superest tamen præmissa cessione bonorum questioni respondere: & idem esse censeo in vsutario, quod in alijs quibus ius concessit bonorum cessionem; ea etenim, si vsurario permilla fuerit, eandem vim habebit quantum attinet ad deductionem alimentorum. Quòd si vsurarius nò cesserit bonis, tunc auctore Anani. gloss. sententia vera est. idem ipse censeo: modò & in vsutario admittamus quæ proximè in vniuersum tradita fuere præcedenti verticulo de his, qui ob inopiam à restitutione excusantur. Nec enim ad hanc excusationem attenditur, quòd quis teneatur restituere ratione delicti, sed quòd egestate grauetur: quæ apud Deum sufficiens est excusatio, dum ipse debitor ab animo aliena detinendi verè abstinerit, secundum Augustini sententiam in *d. epist. 54.*

Secundò verè ab eadem ratione, creberrimo omnium consensu responsum est, mulierem qui adulteram, quæ ex adulterio filium peperit, non teneri id reuelare marito: vt hoc modo filium excludat à mariti hereditate, & ea veris heredibus restituatur. Nam ipsa mulier adulterium committens, & ex eo concipiens filium, graue damnum intulit marito, & eius veris ac legitimis heredibus, tenereturque damnum istud rescire, & compensa-

re, atque restituere ad peccati remissionem, quæ nequit contingere aliter quam illati damni reparatione. Ab hac tamen obligatione restituendi, mulier ipsa liberatur ex eo, quòd ea restitutio fieri non potest absque manifesta iactura famæ, & mortis periculo, maiusque damnum sequeretur restituenti, quam commodum ipsi, cui restitutio facienda est. Qua ratione creditor, cui hereditas debetur, secundum ordinatam charitatem obligatur magis velle, seipsum hereditate carere, quam quòd tanto cum damno famæ & periculo vitæ ea sibi restitatur: ergo debitor iuste poterit ob id restitutionem omittere. Deinde huic opinioni suffragatur ratio admodum sortis. siquidem constitutus in extrema vitæ necessitate, ad conseruationem vitæ potest aliena retinere, *cap. si quis propter. de furti.* ergo mulier adultera constituta in periculo famæ, & mortis, poterit tacere proprium crimen, & permittere quòd mariti hereditas à legitimis heredibus in extraneos deferatur, aduersus legum sanctiones, & mariti voluntatem. Consequens optimè probatur. quia sicut pauper indiget rei alienæ retentione ad conseruationem vitæ, ita mulier adultera pro sua vita, & fama seruandis, indiget omissione reuelationis adulterij, & sic omissione restitutionis, & compensationis damni illati. Præterea ex duobus malis, quorum alterum necessariò imminet, minus omnino eligendum est. *cap. duo mala. distinct. 13.* cuius rationem nos expendimus in *Epitome de sponsalibus, prima parte, capit. 4. numero 9.* mulier autem adultera inter hæc duo mala constituitur, vt vel aliena retineat, vel seipsam infamet. Igitur potius debet eligere alienarum rerum occupationem, & retentionem, quam famæ propriæ dispendium: cum maior sit læsio famæ, quam diuitiarum; sicuti maius malum est, famam proximam illius diuitias rapere. Et quemadmodum quis magis tenetur se, quam proximum diligere: ita magis debet famam propriam, quam famam proximam illæsam seruare. Vnde necessariò deducitur, mulierem hanc adulteram potius debere in hoc discrimine constitutam, famam propriam seruare integram, quam aliena restituere. Huius opinionis est Romani Pontificis manifesta definitio in *capit. officij. de pœnitent. & remissio.* ubi Papa scribit, non esse negandam pœnitentiam mulieri adulteræ, aut quæ falsum supposuit partum; sed illi fore tanti criminis satisfactionem congruam iniungendam: etiam si non proponat, nec velit crimen proprium reuelare. Quæ quidem responsio varias habet apud Theologos, nedum apud Canonistas, interpretationes. quarum examen breuiter attingam, quibusdam aduersus eam decisionem præmissis obiectionibus. Illud sanè primo loco eidem responso satis validè opponitur: Quòd restitutio rei alienæ sit ad salutem necessaria: quemadmodum hac regula manifestum est: atque ita ad vitæ veritatem pertinet. Sed veritas vitæ omittenda non est propter scandalum quodcumque id sit; vtilius enim scandalum nasci permittitur, quam veritas relinquatur, auctore Bedæ, cuius dictum relatum est in regula, *qui scandalizauerit. de regul. iur.* Igitur ob scandalum imminens ex infamia, & morte adulteræ, veritas vitæ, id est, damni dati compensatio, & satisfactio prætermittenda non est. Aliter item argumentatio constat: siquidem scandalum fratris postponendum est veritati vitæ, quæ inest satisfactioni læsionis: ergo & fortiori ratione fama, & mors pro eadem vitæ veritate posthabenda sunt, cum ea pro vitando scandalo sint offerenda, & nihili facienda. est equidem scandalum, quod fratri præbet occasionem ruinæ, mortale crimen, si ex propria vi ad mortale crimen proximum allicit. *Qui scandalizauerit*, inquit Christus, *unum de pusillu istu, qui in me credunt, expedit ei vt suspendatur mola asinaria in collo eius, & demergatur in profundum mari.* ac rursus: *Va homini illi per quem scandalum venit.* Docet D. Thomas *secunda secunda, quest. 43. art. 4.* vnde scandalum quod mortale crimen est, vt & alia peccata mortalia, effugiendum & vitandum ita est, quòd possit omnia mala patiar quis, quam peccato huic consentiri. cum nullum sit maius malum quam peccatum: & auctore Aristotele, *tertio Ethicorum, capite primo.* propter quæcumque durissima non est turpiter agendum. textus optimus in *cap. sacru. de his qua vi.* quo in loco idem & de veniali culpa adnotatum est per Panormitanum, cui alios itè auctores addidimus, & nos in *Epitome de sponsalibus, secunda parte, cap. 3. §. 4. numero 3.* fit igitur, vt mulier adultera iuste excusata non valeat, si ob vitandam mortem, ob effugiendam infamiam, missam faciat damni per eam illati satisfactionem, quæ absque mortalis culpæ labe omitti non potest.

Qq

Verum

Didaci Couarr. Tom. I.

Verum ad intellectum huius obiectionis, quæ poterat longius comprobari ex his, quæ passim traduntur in hoc tractatu; dum plura congeruntur, quæ fieri iidem cum scandalo minimè prohibentur, imò fieri debent, nec omittenda sunt: oportet scandalum vitandi rationem aliàs repetere. Est verò scandalum dictio Græca: & ea est iuxta Latinam translationem, offendiculum: & significat mali quamdam occasionem, quæ ruinæ causam det, quasi cadendi occasio, si quid obster eunti, & impactio pedis. *capit. diffiniuntur. 18. questione secunda.* explicat Diuus Hieronymus *Marthæ capite 15.* Hoc autem bifariam distinguitur, quia aut est datum, aut acceptum. Scandalum datum est, auctore Hieronymo, dictum, vel factum minus rectum, quod ex se alteri occasionem præbet ruinæ: hoc dicitur scandalum actiuum ab scholasticis, & semper est peccatum in eo qui scandalizatur, cum ipsum opus sit peccatum, vel habens speciem peccati. Quia ratione propter proximi charitatem, & hoc ipsum opus habens mali speciem, agendum non est, ne proximus pedem ad id impingat, & labatur. Nam in hac via spirituali nihil ex se potest disponere, aut occasionem præbere spirituali ruinæ, nisi habeat aliquem defectum rectitudinis; id etenim quod est perfectè rectum potius instruit & mutat proximum ad tutum viæ progressum, quam ei præbeat ruinæ occasionem. Sic & Tertullianus libro de virginibus velandis: *Scandalum*, inquit, *non bonæ rei, sed malæ exemplum est, edificandi ad delictum. bonæ res neminem scandalizant, nisi malam mentem.* Hæc ille. De hoc scandalo accipiendum est, quod Christus Iesus in Euangelio prædixit *Marthæ decimo octauo: Va homini illi, per quem scandalum venit.* Est aliud scandalum, quod dicitur acceptum, seu passiuum; & hoc est peccatum proueniens ex bono alterius opere, aut saltem ex facto, quod mali speciem non habet; contingitque propriè scandalum hoc in eo, qui scandalizatur. quod constat ex his quæ latè traduntur per Felinum in capitulo, nihil de præscriptionibus. post Archidiaconum in cap. prima actione. de consecrat. distinctione secunda. Dominicus. in cap. licet. 45. distinct. Cardin. Clement. 1. de officio ordin. Hostiens. in Summa de renuntiatione. §. penult. versit. est autem scandalum. D. Thom. 2. 2. quæst. 43. artic. 1. & 2. De hoc duplici scandalo acturus, illud in primis adnotabo, scandalum actiuum semper vitandum esse ea ratione, & cura, quibus tenemur cetera peccata effugere. Est etenim peccatum ex eo, quod in via spirituali opponitur obexalteri. Id verò contingit dupliciter; vno modo si præbens scandalum directè, & ex intentione, seductione, inductione, vel exemplo contendit proximum in ruinam conicere, atque illum ad peccatum allicere. quod sanè peculiare peccatum est in propria per se specie scandalali constitutum, idque virtuti correctionis fraternæ suapte natura contrarium: quæ virtus in hoc exposita est, ut bonum spirituale fratris promoueamus. Vnde scandalum istud ex intentione speciali sortitur rationem specialis peccati. Altero modo contingit scandalum per accidens, hoc est, præter intentionem agentis, cum quis vel peccatum vel opus, quod illius figuram habere potest, alia intentione faciat quam vitaretem præcipit, tamen illi ob eius imbecillitatem inde in præcipitium ruat, & scandalizetur. Tunc enim hic non constituitur speciale scandalali peccatum, cum minimè constituat peccati speciem, quod est per accidens; habet tamen negligentia incautè agentis generalem ex accidenti scandalali rationem, iuxta ea, quæ docet pulchrè D. Thom. d. quæst. 43. art. 3. Peccatum verò scandalali potest esse veniale, cum vel inductio non sit, nisi ad veniale peccatum, vel quis ex veniali negligentia, vel leui inconsideratione quid facit, vnde alter scandalizetur; mortale tamen potest esse, si quis vel ad mortale peccatum alterum inducit, aut per grauem negligentiam talem præbet occasionem: ita quidem ut scandalum ex intentione agentis procedens, mortale sit, ubi intentio ad mortale tendit; veniale tandem cum agens intendit proximum in venialem culpam dare præcipitem. At scandalum per accidens contingens peccatum est mortale, si actus à quo procedit mortalem culpam habeat, vel si quis per grauem negligentiam salutem proximi contemnat, non prætermittens ea quæ proximo nocere possint. Sic & veniale peccatum erit scandalum per accidens, cum actus habeat venialem culpam, vel speciem mali, modò veniali negligentia hic posterior actus, & inconsideratione quadam fiat, quæ quidem resolutio traditur à D. Thoma in d. q. 43. art. 4. Ex quibus aliquot ad euidentiorum rei cognitionem colliguntur.

Primum quod is propriè peccat speciali peccato scandalali, qui fratrem inducit ad consensum fornicationis, furti, adulterij,

& similibus criminum, ut consentiens incurrat malum culpæ. Hoc etenim opus directè tendit aduersus correctionem fraternam, cum ex eo læsio animæ contingat: idcirco hoc est speciale peccatum scandalali. Nam is, qui alterum prouocat ad peccatum, non propter hunc finem, ut is malum culpæ contrahat, sed ut ipsius inductoris libidini, & voluntati satisfiat, nempe qui mulierem verbis, donis, & blanditijs inducit in adulterium, ut secum fornicetur, non peccat peccato scandalali: sed hæc inductio ad id pertinet crimen, quod per eam persuadetur, sicut Caietanus explicat super D. Thom. d. q. 43. art. 1.

Secundò constat ex his scandalum vtrumque, per accidens scilicet, & ex propria, & formali intentione contingens, alteri præstare & præbere occasionem peccandi non per accidens, sed per se, quia etiam si deficiat operantis intentio ad occasionem ruinæ alterius, ipsum opus sui ratione, & natura propria inducit proximum ad peccandum. & peccato occasionem dat, auctoribus D. Thom. & Caiet. d. art. 1. in respons. ad 4.

Tertiò subdeducitur, quod licet in vtroque scandalo actiuo ex propria natura, & per se, contingat, & detur occasio ruinæ, ipsum tamen scandalum potest rectè distinguui in scandalum per se, & in scandalum per accidens, sicuti superius adnotatum est.

Quartò inferitur, occasionem ruinæ, & peccati posse contingere, & præberi, dupliciter. Per se quidem, & per accidens. Per se, inquam, contingit, cum quis malum, vel quod speciem habeat mali operatur, intendens ipse alium inducere in ruinam; aut hac intentione deficiente, ad peccatum ipsum opus tendat alium allicere propria natura, quia speciem habet mali. Per accidens datur occasio peccandi, cum opus aliquod nec prauum est, nec mali speciem habet, & tamen frater ex eo assumit occasionem peccandi. Hæc etenim occasio per accidens non propria vi, & natura operis contingit. Quod explicat D. Thom. in d. responsione ad quartum.

Quintò apparet, scandalum tunc esse speciale peccatum, vel ad id reduci, cum actus sit directè, & ex intentione operantis dirigatur ad labefactandum proximum; quo quidem casu scandalum per se speciale peccatum est. Reducitur item scandalum ad speciale peccatum, quando absque intentione alliciendi, opus sit, quod tantum habet speciem mali, malum tamen non est. Quod si scandalum contingat per accidens ex opere malo, alia intentione perpetrato, quam ut quis fratrem præcipitem det, tunc non constituitur speciale scandalali peccatum. Sed inest circumstantia grauitatis huic operi ex eo, quod ita incautè quis peccauerit, ut occasionem ruinæ proximo dederit, quem admodum subtiliter explicat Caietan. d. quæst. 43. art. 1. & in summa, in verb. scandalum.

Hoc verò scandalum actiuum semper omnino vitandum est, & summo opere vti peccatum effugiendum, nec vlla ratione permisum extat. Idcirco Bedæ sententia in eo accipienda non est, dum edisserit: Vtilius scandalum nasci permittitur, quam veritas relinquatur. Etenim si permittamus hoc scandalum nasci, veritas manifestè relinquatur; & si id euitemus, veritatem ipsam, rectam rationem ac diuinæ præcepta sequimur, cum peccatum satis perniciosum effugiamus.

Postremo ex supradictis colligitur, veram rationem scandalali actiui in hoc non consistere, quod alij actu accipiant scandalum, & delinquendo in præcipitium labantur; sed in hoc quod offeratur causa vel occasio peccandi. vnde potest esse scandalum actiuum, & sic offendiculum in habitu absque scandalo passiuo; id est, absque ruina, & offensione. Quod radicitus deducitur ab his quæ D. Thom. d. quæst. 43. scribit & docet eleganter Dominicus. à Soto in eruditissimis super Epistolam Pauli ad Roman. commentariis, cap. 14. idem ostendit Alphonsus à Castro, & probat subtiliter in lib. 1. de iust. hæret. punit. cap. 20.

¶ Est & aliud scandalum, quod dicitur propriè acceptum, & non datum, & id passiuum appellatur speciali quadam ratione. Est etenim peccatum proueniens ex bono opere, vel dicto alterius, aut saltem ex eo dicto vel facto quod nec malum est, nec mali imaginem habet. Dicitur acceptum, & non datum, quia ex ea re, quæ apta non est ad dandum occasionem mali, aliquis peccandi occasionem accipit. Hoc autem scandalum passiuum non potest esse nisi peccatum; etenim nihil aliud est scandalizari; quam peccare exemplo, vel causa alterius, quæ ratione passiuum scandalum semper est peccatum in eo, qui scandalizatur, secundum D. Thom. d. quæst. 43. art. 2. speciale verò peccatum non est, nec esse potest, quia ex dicto, vel facto alterius contingit aliquem incidere in quodcumque genus peccati: sumere autem pec-

pec-

peccandi occasionem ex opere alterius, non constituit specialem rationem peccati, cum non inducat vitium speciali virtuti oppositum, vt idem D. Thom. explicat *art. 3.*

In hoc tandem scandalo passiuo intelligendum est, quod Beda docuit, scribens, Vtilius scandalum nasci permittitur, quam veritas relinquatur; quæ regula omnino accipienda in eum sensum est, vt de triplici veritate eam intelligamus, videlicet, vitæ, iustitiæ, & doctrinæ. Nec enim veritas vitæ, nec doctrinæ, nec iustitiæ, omittenda est propter vitandum scandalum proximi. Lex namque charitatis, quæ dicitur, vt pluste quam proximi ames: eadem præcipit, vt pluste in te quam in proximo peccatum vites. Peccaret autem quis omittens veritatem vel vitæ, vel iustitiæ, vel doctrinæ: igitur veritas omittenda non est vt scandalum, & sic peccatum proximi euitemus. Ita quidem interpretantur eam regulam glossæ, & Canonistæ, in *d. cap. qui scandalizauerit*. D. Thomas diligenter in *d. q. 43. art. 7. & 8.* & Alexand. Halensis *secunda pars. q. 189. membro 6.* Adrianus *quodlibet. primo. art. 2. & 3.* Alphonsus à Castro *libro 1. de iusta heretice. punit. c. 20.* Quamobrem oportet prænotare, quod veritas dicitur, & intendit adæquationem rei ad intellectum. Omne quidem illud, quod intellectui recto seu rationi conforme est, & adæquatum, dicitur verum: adæquatum item dicitur intellectui, omne id quod est tale, quale debere esse, ratio ipsa dicitur. Sic fane restitudo operis procedentis ab anima, veritas vitæ appellatur; & ideo veritas vitæ, id est, quicquid in propria specie est conforme rationi, & adæquatum intellectui recto, propter scandalum omittendum est. Quia vtilius scandalum nasci permittitur, quam quod veritas relinquatur. vnde plura deduci poterunt, quæ huius quæstionis faciliorem reddant examinationem.

6 Primùm inde apparet, numquam omittendam fore veritatem disciplinæ ob euitandum scandalum: intelligendo veritatem doctrinæ quoad id, quod docetur: non enim licet, nec licuit vquam falsum docere, nec id recipere rationi, nec intellectui recto, vt cumque scandalum eam maximum imminuat: nec possit aliter vitari, quam si falsum prædicetur, & doceatur. Hoc corollarium probat D. Thomas in *d. q. 43. art. 7. ad 2. idem sensere Alexand. Halensis, Adrianus, & alij*, cum ad salutem necessarium præcisè sit, non docere falsam doctrinam: ea verò quæ sunt necessaria ad salutem, nullo pacto debent omitti ob scandalum proximi vitandum. esset profectò tunc inordinata charitas: siquidem peccaret quis ob euitandum in proximo peccatum: quod non licet.

Secundò subinfertur, veritatem doctrinæ quantum ad actum docendi posse ad tempus omitti propter scandalum, quod oriretur ex ignorantia pusillorum. Actus namque docendi inter misericordiarum opera computatur: & est elemosyna spiritalis: quæ quidem opera differri possunt ob euitandum pusillorum scandalum ad tempus, donec apriori loco, & congruo magis tempore fieri cum maiori vtilitate possint: cum rationi conueniat hæc opera congruo loco, & tempore fieri: ne quis teneatur ex necessitate saluus ad actum docendi, nisi opportuno tempore, quo magis docere, quam irritare pusillos valeat. Iuxta ea, quæ de correctione fraterna tradidit D. Thomas in *4. dist. 19. q. 2. artic. 3.* Quod si iam ita processum fuerit, vt scandalum hoc ex actu docendi malitiosum sit, procedatque & oriatur ex malicia potius, quam ex ignorantia, non est doctrina ob scandalum omittenda: præsertim vbi docendi actus necessariò incumbit alicui, vel ratione officij, vel propter necessitatem ignorantis. Sic elemosyna propter vitandum scandalum omittenda non est, quoties proximus habet extremam necessitatem, secundum D. Thom. *d. art. 7.* sicut nec villo pacto licet innocentem occidere ob scandalum vitandum: quod fatetur Barr. in *l. penult. ff. de scar.* non enim ipsa prouidentia diuina ita constituit genus humanum, vt posset contingere necessarium fore ad Reipublicæ salutem, innocentem occidere: nec potest rationi, aut recto iudicio congruere, quòd innocens occidatur ob scandalum effugiendum.

Tertiò hinc apparet posse quempiam & debere omittere diuinarum Missarum solennia, & abstinere ab auditione Missæ, etiam diebus festis, ob euitandum scandalum eorum, qui censent & existimant eum esse excommunicatum: tamen verè excommunicatus non sit. quod probatur argumento text. in *cap. illud. de cleric. excommun. ministr.* & prætereà rationi consentaneum est, minimè expedire, imò potius nocere, quòd quis audiat Missam cum scandalo eorum, qui absque malitia iustis quibusdam causis existimant eum esse excommunicatum, & ideo ab-

stinere debetis à diuinis, donec palàm fiat eum excommunicatum non esse.

Quartò ex his deducitur falsum esse quod ad dictam regulam. *Qui scandalizauerit.* scribit Panormitanus, asseuerans Bedæ dictum, & eam regulam procedere in iudice, & teste, non in aliis: cum extra iudicium, & testimonium veritas omitti possit ob scandalum vitandum. ita ipse Panormitanus post Innocentium in *dist. cap. officij. de penitent.* & Felin. in *cap. nihil cum scandalo. de prescription. colum. 3.* Nam ex præmissis apparet tam in iudicio quam extra, & vbique in actibus moralibus locum esse regulæ, Vtilius scandalum nasci permittatur, quam quòd veritas relinquatur: quandoquidem nullum possit verè discrimen constitui inter actus iudiciales, & extraiudiciales, cum plerumque iudex ob vitandum scandalum aliquid diffinire, & decernere possit, aut omittere, quæ alioqui cessante scandalo iniuste fierent, vel omitterentur: sicuti statim manifestum fiet. Quæ ratio interpretatio Panormitani omnino aliena est à sensu eius auctoris, quem interpretatur. Beda etenim *Marci cap. 9.* ita scripsit: *Nota quòd in bono opere nostro aliquando cauendum est scandalum proximi, aliquando pro nihilo habendum. In quantum sine peccato possumus vitare proximorum scandalum, debemus. Si autem pro veritate scandalum sumitur, vtilius nasci permittitur, quam veritas relinquatur.* Hactenus Beda, à quo nihil magis alienum est, quam quòd eius verba tantum in iudice, & teste accipiantur: quæ à Theologis & viris doctissimis passim omnium consensu in vniuersum accepta fuere. atque ita Panorm. & aliorum sententiam falsam esse censent Adrian. in *4. sent. tract. de rescript. fol. 7.* Ioan. à Medina de *contractib. q. 3. 4. caus. & Casti. de potest. legis pœnalis. li. 2. cap. 11.*

Quintò manifestè colligitur, non esse congruam, nec defendendi posse eam distinctionem, qua hac in re quidam vli tuere, existimantes, præcepta iuris naturalis vel diuini prætermittenda non esse, ob scandalum vitandum; præcepta autem iuris positui ea ratione omitti posse. ita sanè post Innocentium vilius est Antonio in *capit. nisi cum pridem. §. pro graui. de renuntiat.* Cardin. & Imol. in *Clement. 1. de immunit. Eccles. Deci. in cap. cum tentamur. de prebend. Felinus in dist. capit. nihil, colum. 3.* nam si veram regulæ rationem pensitemus, & præcepta iuris diuini ac naturalis ob scandalum euitandum prætermitti poterūt, quoties ratio dicitur id ita conuenire, & salubre esse. Et item præcepta iuris positui plerumque non erunt omittenda ob scandalum vitandum, si rationi, & recto intellectui minimè congruit eorum omissio: quia secundum scandali circumstantiam, & præcepti vilitatem vtilius sit scandalum nasci, quam quòd præceptum omittatur.

Sextò hinc aperitur sensus glossæ. in *d. regul. Qui scandalizauerit.* quæ ad interpretationem illius regulæ censet, ea præcepta, quæ sunt adeò firma, vt nullam admittant dispensationem, non esse propter scandalum euitandum omittenda. *cap. etsi illa. 1. questio. vltim.* at ea, quæ dispensationem admittunt, ob scandalum prætermittenda fore. Est etenim glossæ sensus, quòd ob euitandum scandalum nemini est facienda iniuria, nec omittendum id quod rectum est, ac rationi, & recto intellectui conuenit. Nam præcepta quatenus continent inter homines communem vilitatem, & iustitiæ ordinem, vt nulli fiat iniuria, cuiuslibet reddatur debitum, item vt rectum, & Reipublicæ vtile fiat, immutabilia sunt, nec dispensationem admittunt, etiam ab ipso Deo, qui secundum Apostolum fidelis permanet, & negare seipsum non potest, secundum Paulum *2. ad Timotheum cap. 2.* Negaret verò seipsum, si ordinem iustitiæ auferret, & ideo nec Deus ipse dispensare potest, vt homini liceat ab ordine iustitiæ declinare, vel inordinatè se habere ad Deum, sicuti docet D. Thomas *1. 2. quest. 100. artic. 8.* Sic secundum eundem præcepta decalogi quoad rationem iustitiæ, quam continet, immutabilia sunt, nec dispensationem admittunt etiam ipsius Dei, tamen quoad applicationem præceptorum actibus particularibus eadem præcepta admittant diuinam & humanam interpretationem. diuinam inquam in his, quæ secretam habent diuinæ prouidentie dispositionem, vt mandatum occidendi innocentem Isaac. Deus etenim, qui Dominus est vitæ, & mortis, quique iustos & iniustos ob primi parentis peccatum, mortis supplicio punire potest; is peculiari quadam ratione nobis occulta potest permittere, & præcipere innocentis occisionem. Nec per hoc violatur præceptum illud, *Non occides*; quia non est hæc iniuriola occisio. Sic & Oseas accedens ad mulierem fornicariam iussu Dei, inæchatus non est, quippe qui accessisset ad eam, quæ

quæ propria erat vxor, secundum mandatum Dei, qui fuit matrimonij institutor, & auctor. Explicat optime distinctionem hanc Dominicus Soto lib. 2. de iustitia & iure. quest. 3. art. 8. versic. & per hac. Humana autem interpretatio præceptorum decalogi tunc cōtingit, cum in actibus particularibus detentio rei alienæ iudicatur licita & debita, cum hominis occisio censetur iusta, & minimè iniuriola. In quibus sanè casibus ipsius iustitiæ ordo, qui per præcepta decalogi significatur, & proponitur obseruandus, nequaquam violatur. Vnde quæ pertinent in specie, & in actu particulari ad debitam iustitiæ rationem, cum immutabilia sint, nec dispensationem admittant, ob scandalum vitandum omitti non possunt. Quo fit, vt actus mali, qui nulla circumstantia licere possunt, qualia sunt adulterium, fornicatio, falsum testimonium, innocentis occisio, & his similia, ob vitandum scandalum minimè permittantur. Idem ipse in tractatu iusti metus probauit in Epitome de sponsalibus. part. 2. cap. 3. §. 4. num. 5.

Septimò ab eadem radice constat ratio text. in cap. 2. de noui operis nuntiatio. cuius hæc sunt pulcherrima, & insignia verba: Cum sacra Scriptura testimonio debueras didicisse, quod licet opera illa, quæ sine mortali peccato omitti non possunt, non sunt pro vitando scandalo dimittenda, nec ea debeant pro vitando scandalo committi, quæ sine mortali peccato committi non possunt: ab his tamen quæ sine mortali peccato committi possunt pariter & dimitti. si pro scandalo tollendo cessandum, & eis etiam pro vitando scandalo resistendum. Hactenus doctissimus ille vir, & Theologæ eruditione, & summi Pontificatus verè pastoralis cura insignis Innocentius Tertius, à quo planè constat vera interpretatio text. in dict. regul. qui scandalizauerit. vt tandem quod ita peccatum est, vt nullo pacto absque mortali culpa vel omittatur, vel committatur, minimè sit nec committendum, nec omittendum ob vitandum scandalum: ne quod rectum est, & rationi consonum, turpiter prætermittatur.

7 Octauò, quamuis iure naturali, & diuino prælati, & superioribus obediendum sit sub peccati pœna, Prouerborum capite 8. cap. quo iure. 8. distinctio. capit. quod præcipitur. 14. quest. 1. cap. 2. de maior. & obedi. capitul. omnis anima. de censib. cap. 13. ad Roman. tamen propter scandalum vitandum omitti iuste potest obedientia hæc. quod probat textus optimus in cap. si quando. de rescript. & in leg. si vindicari. Cod. de pen. quæ quidem constitutio habet originem ab eo, quod de Cæsare Theodosio scriptum est libro 11. Ecclesiast. Histor. cap. 18. & capit. cum apud Thessaloniam, 11. questione 3. à Diuo item Augustino lib. 5. de Ciuitate Dei. cap. 26. cuius & nos meminimus libro 2. Variarum resolution. capit. 8. num. 1. Cum enim apud Thessalonicam seditio esset exorta, & quidam ex militibus impetu populi fuisset extinctus, Theodosius ex improviso plebem ad ludos congregatam, à militibus obruncari iussit: acque cum à faciedotibus redargueretur, agnouit culpam; legemque sanxit, vt sententiæ Principum super animaduersione prolata, in diem tricesimum ab executoribus differrentur: quo locus misericordiae, vel penitentiae non periret. Fuit namque Theodosius clementiæ, ac misericordiam præditus, leueraque præcepta dilatione modica interdum mollebat: auctore Paulo Diacono libro 13. Nec tantum est super sedendum obedientiæ superioris ob vitandum scandalum, cum ipse superior quid iniquum præcipiat; sed & cum aliquid iustum præceperit: ratio siquidem vitandi scandali operatur, vt tunc cesset lex illa, quæ dicitur superioribus obtemperandum fore. hoc probatur in cap. cum teneamur. de prebend. iuxta expositionem Cardin. ibi, dum solam rationem scandali sufficere censet Romanus Pontifex in specie illa, vt eius litteris minimè obtemperetur. facit optima gloss. in cap. 2. distinct. 3. quæ probat, electionem ab oqui iustè factam, irritam fieri, & reuocari ob vitandum scandalum. notat Abbas in cap. 1. column. 2. de elect. Felinus in dicto c. nihil. 2. col. Dec. in d. c. cum teneamur. quibus ad stipulatur textus singularis in cap. nisi eam pridem. §. pro graui quoque scandalo. de renunti. & in cap. quæsitum. vbi Panormitanus de rerum permutatione. Hinc sanè fit, vt ratione vitandi scandali possit Romanus Pōtēfex aliquem priuare beneficio Ecclesiastico, cuius titulum canonicum habebat, si commodè fieri potest dato alio itidem beneficio, vel damni latione compensata. tradunt Romanus in singulari 794. Hippolyt. in singulari 685. & 634. Innocent. in dicto cap. nisi eam pridem. gloss. in cap. Episcopus de loco 7. quest. 1. & ibi Archidiacon. Frederic. de permutation. benefic. quest. 25. & Cardin. Clement. 8. quest. 4. de rerum permutation. potius quidem expedire Republicæ; quod quis re propria priuetur, quam quod scandalum oriatur: cum id aliter vitari nequeat:

nec ex malitia procedat. Scandalum namque malitiosum nequaquam est considerandum, quoties tendit in lationem eorum, qui malitiam, & iniquum animum habent. Hinc sanè fit vt cum scandalo minimè sit obediendum superiori, etiam Papæ, quoties rectitudo dicitur potius expedire quod non obtemperetur, quam quod scandalum oriatur, etiam si superior præceperit obedientiam, non obstante scandalo. Nec enim potest id superior præcipere, cum sit contra charitatem, quæ finis debitus est præcepti, 1. ad Timotheum cap. 1. & præcipue cauere debeant prælati subditorum scandalum. cap. cauendum. 10. questione 3. vnde superior potestatem non habet aliquid præcipiendi etiam dato scandalo, sicut censent Bald. in l. rescripta. Cod. de preci. imp. offer. column. 2. & Deci. in cap. si quando, de rescript. column. 2. quidquid ipse, & Abbas senserit in dicto cap. cum teneamur. His omnibus accedit, quod licet alioqui præceptum superioris in dubio præsumatur iustum. capitul. si quid culpatur. 23. questio. 1. gloss. in capitul. ad aures de tempor. ordin. capitul. in presentia. de renunti. capit. itane. 32. questio. 5. gloss. in cap. ex tenore. & ibi Doctor. de sentent. excomm. gloss. in cap. secundo, de maior. & obedi. notat Palud. in 4. distinct. 19. questio. 3. columna tertia. attamen poterit differri eius executio, quoties maius damnum timeretur ex ea, quam ex dilatione, quæ fit donec appareat de vera præcepti iustitia, secundum Adrian. quodlib. 2. versicul. pro solutione. Dominicum à Soto in relectione de secreto, tertio membr. questio. 2. conclus. 1. & 2. & Martinum Azpilcueta in cap. inter verba. 11. questio. 2. coroll. 53.

Nonò à supradictis deducitur vera interpretatio text. in cap. nihil cum scandalo. de rescript. quo responsum est, prælatos posse huius omittere rerum Ecclesiæ repetitionem ob scandalum vitandum. Nam prælati vt tenentur bona & patrimonium Ecclesiæ repetere ab iniquis possessoribus, & ea illis restituere: alioqui mortaliter peccant. in cap. in canonibus. in verb. iniquum. 16. questio 1. gloss. in cap. de offic. Archid. notat D. Thom. dist. quest. 43. artic. vltim. Est etenim prælati necessaria necessitate salutis, rerum Ecclesiæ repetitio & defensio, & sic Thomas Cantuariensis Archiepiscopus laudatur, qui cum scandalo Regis & totius regni bona Ecclesiæ repetere conatus est. text. in cap. si dignum. de homicid. Vnde non est omnino expedita responsio text. in dicto capitul. nihil. quamobrem est adnotandum, quod si scandalum hoc procedat ex ignorantia, vel infirmitate: tunc scandalum istud tollendum est per congruas admonitiones: & interim, differri poterit repetitio rerum Ecclesiæ ad tempus. Sed si scandalum ex malitia procedat, repetenda sunt Ecclesiæ bona non obstante scandalo: sicut D. Thomas explicat dicta questio. 43. artic. vltim. & adnotant Doctores. in d. cap. nihil. ac colligitur ex his quæ modò exposita fuere in hoc scandali tractatu: quibus duo addenda sunt: 1. timum, quod licet rerum Ecclesiæ repetitio minimè sit differenda ob vitandum malitiosum scandalum in illis, qui ex malitia scandalizantur: differenda tamen est propter temporale, vel spirituale damnum, quod aliis imminet, si repetitio fiat. Etenim si prælato repente res Ecclesiæ à Principe, qui ex malitia scandalizatur, sequeretur, aut timeretur auersio populi à fide ex persuasione Principis imperantis; aut graue dissidium in ipsa plebe: tunc consultius est, repetitionem rerum Ecclesiæ in tempus commodius differri, quam tanta cum iactura modò repeteri: secundum Caietan. in d. artic. vltim. Alterum quod D. Thomæ resolutioni additur, rectam quamdam rationem præ se ferre videtur. Quia si prælatus speret, & suspicetur minori cum scandalo res Ecclesiæ posse alio tempore repeteri, differenda est repetitio in illud vsque tempus, etiam si scandalum sit malitiosum: quod sentiunt Abb. & Doctores in d. cap. nihil. argument. text. in c. quando, 11. quest. 3. Sic denique Thom. Cantuariensis Archiprælati laudatur: vel quia scandalum à malitia procedebat, nec sperabatur posse res Ecclesiæ alio tempore commodius repeteri: imò suspicabatur ex repetitione etiam maximo cum scandalo, occupatores, & violentos rerum Ecclesiæ detentores labente tempore ad frugem melioris vitæ redituros: sicuti & Adrianus explicat in d. quodlib. 1. art. 3.

Decimò, vt ad propositam à nobis questionem, à qua longius digressi fuimus, tandem redeamus, hinc aperitur intellectus ad textum in d. cap. officij. de penitent. & remissio. tollitur que fortis, quam illi opposuimus, obiectio. Recta siquidem ratio dicitur, quod res aliena domino reddatur: damnumque alicui illatum resarciatur: modò id fiat absque proximi maiori læsione corporis, vel famæ. nam alieni retentio tunc illicita est, &

iure

iure naturali, diuino, & humano reprobatur, cum inuito domino contingat. At si voluntas ad sit domini expressa, praesumpta, debita, vel licita, retineri alienum absque salutis spiritualis periculo potest. in hac vero specie dominus iuxta recte rationis iudicium debet velle, quod cum tam graui damno, quale est mortis periculum, aut famae dispendium, res propria sibi non restituatur, ex quibus consequitur, non esse in hoc casu necessariam rei alienae restitutionem praeter ad salutem animae, cum mulier adultera non teneatur de necessitate salutis reuelare proprium crimen; & ideo cum regula, *qui scandalizauerit*, intelligenda sit de veritate vitae, iustitiae, & doctrinae, quod veritas est ad salutem necessaria, non est inconueniens, veritatem hanc ab adultera ob effugiendam necem propriam, & vitandam infamiam, ac mariti scandalum, relinqui & omitti. Tandem ad formalem responsionem obiectionis negandum est, non esse necessarium ad salutem, nec pertinere ad veritatem vitae, aut iustitiae, aut doctrinae: de quibus iuris regula tractat, quod adultera proprium crimen reuelat cum periculo mortis vel infamiae, etiam si reuelatio vitilis futura sit ad illatam damni reparationem. Ad haec facit text. in *cap. ne quis arbitretur. versicul. illud. 22. questio. 2.* ubi propter vitandum scandalum non est alicui propria res restituenda, nempe gladius: si illum habens suspicetur dominum cum eo peccatum, aut malum commissurum. text. ad idem in *l. bona fides. ff. de pos. nec ex hoc iuris naturalis praecipio iniuri fit: cum id ad specialem istum actum minimè possit applicari, vt constat recte rationis examinatione, quod & nos probauimus par. 2. Epitomes, de sponsalib. c. 6. §. 9. n. 2.*

Sed & secundo loco aduersus decisionem text. in *d. cap. officij*. opponitur. Fama etenim, etsi sit res quaedam admodum pretiosa, maximumque omnium bonorum exteriorum. *cap. deterior. res. 6. questio. 1. Aristot. lib. 4. Ethic. cap. 3.* verè tamen inter res exteriores connumeratur; & temporalis quaedam res censetur: & ideo licet maximè aestimationis sit, pecunia tamen potest compensari & aestimari: sicut ipse adnotauit *lib. 1. Variar. Resol. c. 2. n. 8.* ergo poterit contingere maius damnum dari mariti hereditaria ex occulto adulterio, quam ipsi adulter ex eiusdem criminis reuelatione.

* Consequens hoc probatur: quia si constituamus adulteram extra periculum mortis cum solius famae iactura, quae non ita grauis sit inspecta feminae qualitate: ac demum sit ex aduerso patrimonium mariti amplissimum: satis apparet maiorem esse heredum mariti iacturam, quam ipsius feminae, quae adulterii uia commisit, quoad famae lationem. Nam licet aurum sit pretiosius argento, potest sanè argentum esse tantae quantitatatis, aurumque minoris multo, vt maioris valoris sit argenti quam aurum.

Tertiò: Adultera; eam enim iterum constituamus à periculo mortis liberam, & immunem, propter crimen adulterij: culpa eius non est digna fama illa quam habet dum occultum est adulterium. digna siquidem est poena saltem infamiae ob adulterium, iuxta notata in *l. 1. ff. de his qui nor. infam.* igitur tenebitur adulterium prodere, praesertim ad vitandam proximi laesionem in patrimonio, etiam si eidem detrimentum famae imminuat ex reuelatione, cum iuste mereatur famam amittere, quae tantum crimen commiserit: sicut qui proximum infamia affecit, teneatur insonem ab hac ignominia, retractatione liberare, etiam cum periculo propriae infamiae: sicut & teneatur quis innocentem eius culpa, in vitam discrimen adductum à periculo vitae eximere, etiam cum propriae vitae dispendio. Huic tamen obiectioni satis respondetur, si illud adnotemus, neminem teneri seipsum prodere, & infamare, etiam si crimen commiserit. text. in *c. si quis aliquando, §. non tibi dico. de penit. & dist. 1. D. Thom. 2. 2. q. 69. art. 2.* Quod si sit aliquis debitor alterius, quem insonem & innocentem falso testimonio infamauit, tenebitur etiam cum periculo similis infamiae, idem damnum illatum restituere: non tamen cum maiori damno, & periculo. Oportet igitur examinare, an debitoris & creditoris aequalis sit famae iactura, & tunc tenebitur debitor ad famae restitutionem: sed si maior sit debitoris detrimentum, tunc omittenda est famae restitutio: ne fiat cum maiori damno debitoris, qui in maiori, & extremae honoris & famae necessitate est constitutus. Nam licet teneatur quis famam restituere atque aequè indigenti, etiam cum aequalis boni iactura: non tamen tenebitur famam alteri restituere cum maiori restituentis laesione, quam sit commodum eius, cui est facienda restitutio: aut saltem cum sit non patitur ex dilata vel omissa restitutione damnum ita graue, sicuti alter pateretur, vel ratione necessitatis extremae, vel ex eo quod alter passurus sit

ex restitutione damnum famae, & honoris; dominus verò, cui est facienda restitutio, ex eius omissione tantum patitur laesionem in diuitiis: esset etenim inordinata domini voluntas, & ideo minimè obseruanda, si restitui sibi velit pecuniam, aut patrimonium cum graui debitoris iactura in rebus, quae maximè aestimationis censentur, qualis est fama; quamobrem non omnino vrget Romani Pontificis responsum, quod ultimo loco adducebam. plura tamen, quae in hac quaestione poterant examinari omittens, aliquot adnotabo ad suprascriptae decisionis faciliorem interpretationem.

Primum quidem Theologi & Canonistae in hoc conuenire mihi videntur, quod adultera habens patrimonium, ex quo valeat commodè legitimis mariti heredibus illatum damnum refarcire, teneatur id omnino facere: cum ea restitutio satis fieri possit absque iactura famae, vel honoris ipsius adulterae. qua ratione ad eius salutem spiritualem debet mulier adultera curam huius satisfactionis habere, secundum Abb. & alios in *d. c. officij*. & Syluest. in *verb. adulterium. q. 1.*

Secundò illud est obseruandum, quod si adultera non possit probare proprium adulterium, & sciat nihil profuturam, & inutilem fore eius reuelationem, nec possit damnum patrimonio, & rebus propriis refarcire; minimè tenebitur crimen detegere. Nam praeterquam quod esset haec temeraria reuelatio & famae prodiga dissipatio: nequaquam obligatur adultera facere id, quod nihil ad damni illati reparationem conducit. atque ita in hac sententia persistunt omnes qui quaestionem hanc tractauerunt. Sed quaeritur opportunè, an teneatur adultera filio spurio secretè adulterium detegere? sanè quibusdam visum est, eam ad hoc non teneri, quia nec filius matri hoc asseueranti credere teneatur, iuxta *gl. in d. c. officij. & in l. si posthumus. §. ult. ff. de lib. & posthum.* etiam si sciat matrem adulterium commisisse: quod omnes fatentur in *c. per tuas de probat. & in l. filium ff. de his qui sunt sui.* cum non sequatur necessariò filium esse conceptum ex adulterio, eò quod mater fuerit adultera. text. elegans in *l. miles. §. de fund. ff. de adult.* quo fit, vt mater adultera minimè teneatur nec filio reuelare secretò adulterium: nisi viderit eam reuelationem vilem certò futuram ad damni satisfactionem: nec inde timeat famae dispendium. Etenim quod probare conantur Palud. in *4. sentent. dist. 27. questio. 1. art. 1.* & Adria. in *materia de restitutione fol. 7.* existimantes, matrem adulteram teneri occultè filio spurio crimen adulterij detegere, etiam si certò sciat, filium minimè illi crediturum: falsum est, & à rectitudine iustitiae alienum: & ideo improbatum à viro doctissimo Alphonso de Castro *lib. 2. de potestate legis penal. cap. 11.* Fortassis tamen Paludani sententia posset admitti in hunc sanè sensum, quod mater adultera in mortis discrimine constituta, dum ipsa instat mors, praestito iuramento, & adductis rationibus, quae possint filium persuadere, eidem filio secretè denuntiet, ipsum ex adulterio conceptum fuisse, poterit enim contingere, vt filius matri rem ita asseueranti, credat, abstineatque à mariti hereditate. Fateor equidem adhuc & hoc in casu dubiam esse Paluda. opinionem, cum etsi possit ita accidere, vt filius matri credat: tamen credere non tenebitur: idcirco mater cogenda non est, crimen proprium in hoc ancipiti remedio cuiquam prodere, praesertim quod Paludanus & Adrianus eorum sententiam veram esse censent, etiam si mater certò sciat, filium eidem non crediturum: quod non video posse iusta ratione defendi.

Tertium constat omnium sententia, mulierem adulteram, quae adulterium detegere potest absque periculo mortis & infamiae periculo, teneri id reuelare: modò vel probare possit filium spurium esse, vel sciat eius reuelationem futuram vilem ad illati damni restitutionem. quod minimè controuersum est.

Quartum in hac disceptatione negotium accessit: cum adultera non potest crimen prodere absque periculo mortis, vel infamiae, & certò scit, criminis reuelationem futuram vilem: vel probare potest filium spurium esse: an teneatur hoc ipsum detegere? & sanè Adr. *d. tractat. de restitutione*, in hanc iunt sententiam, vt censcat adulteram teneri ad huius criminis reuelationem. idem Adrian. *quodlibet. 1. artic. 3. ad 2. respondit*, posse adulteram differre ad aliquod tempus huius criminis prodicionem, non tamen perpetuò eam omittere. cui obstat profectò text. in *dict. capit. officij*. qui difficilem habet aliqui interpretationem. Et ideo vetius est, & his quae modò dicta fuere magis consonum, in hac proposito specie, adulteram non teneri, nec cum periculo mortis, nec cū discrimine famae seipsum prodere, etiam si certò sciat futuram vilem eius criminis prodicionem

ditionem ad reparationem damni illati: ne filius spurius inique patrimonium mariti habeat. quâ conclusionem veram esse censent Innocent. Panorm. & Doctor. in d. cap. officij. per eum text. Scot. in 4. sentent. dist. 15. q. 2. Caiet. 2. 2. q. 62. art. 6. super responsione ad 2. idem in opere 16. questionum. quest. 14. Ioan. à Medina de re. sit. quest. 3. in 4. causa. & Alphons. à Castr. lib. 2. de potest. legis p. nal. cap. 11. Syluest. in verb. adulterium. quest. 1. quorum opinio præter auctoritatem Romani Pontificis in dict. cap. officij. probatur rationibus, quas paulò ante explicuimus. Ex quibus dubia sunt, & falsa videntur ea, quæ hac in re Adr. & Maior. scripsere. primum etenim censet Adrian. in quodlib. 1. art. 3. ad secundum. adulteram teneri ad huius criminis reuelationem aliquo tempore: licet eam possit quandoque non perpetuò differre. Nam si adultera propter periculum mortis, & infamiae immunis est ab hac criminis prodicione; nulli dubium esse potest, quin ipsa tuta sit à peccato, & libera, dum hæc ipsa pericula imminant, insistent, & appareant. Sic quod idem Adrian. adnotauit, asseuerans, non excusari adulteram à reuelatione, si periculum mortis insitet ex malitia cognatorum ipsius mariti, qui eum fortè minime iracundum ad vxoris occisionem commouebunt; eadem ratione, corruicquia parum refert, periculum adulteræ imminet, vel ex ira mariti, vel ex eius consanguineorum malitia, & persuasionibus, cum semper adsit periculum mortis, & sic ipsa causa, quæ adulteram à reuelatione excusat. deinde nec Ioan. Maior. in 4. distinct. 15. quest. 17. & in 3. dist. 37. q. 34. questionis huius veritatem attigidi dum existimauit, adulteram viduam, vel liberam à periculo mortis, teneri adulterium detegere, etiam cum famæ grauissima iactura: siquidem licet maius sit vitæ, quàm famæ dispendium: attamen frequentissimo omnium consensu receptum est, satis sufficiens esse periculum, aut discrimen famæ ad hoc, quòd adultera interim excusetur à proprii delicti reuelatione.

Sed si ad amissum examinetur secunda obiectio, quam ad text. in d. cap. officij. excogitauimus: poterit, ni fallor, semoto vitæ periculo constitui species quædã, in qua adultera teneatur crimen detegere, etiam cum famæ iactura, si sciat vitæ futuram hanc reuelationem, & ei creditum iri; nempe cum tantum, ac tam ingens est patrimonium mariti, quòd à legitimo successore inique aufertur adulterio vxoris, & spurio filio traditur, vt reuerentia pensata, arbitrio discretissimi viri, maius sit eius quàm famæ ipsius adulteræ dispendium: quòd maturè, & diligenter est cogitandum. idem scribit Dom. Soto lib. 4. de iust. & iur. q. 7. art. 2. ipse tamen etiam in mortis periculo hoc arbitrium admittendum censet; eum legito.

Nec mihi placet cautela, qua vsam fuisse viduam quamdam refert Andr. Alciat. li. 3. de presumpt. pres. 37. & idem lib. 9. Parerg. c. 12. Ea equidem vidua cum plures liberos haberet, quorum vnus esset adulterio conceptus, eis accersitis ad mortem veniens dixit: Filij mei, vnus vestrum est natus ex adulterio, & idè bona mei mariti detinet indebitè; ego verò priusquam ex hac vita migrem, ne moriar in hoc peccato, eum vobis nuncupare intendo, nisi vos inuicem remiseritis omne ius, quòd habet alter aduersus alterum. tunc filij, cum quilibet de se ipso dubitaret, mutuo seipfos ab eo onere absoluerunt, & liberarunt, iusque inuicem sibi remiserunt. Nam licet eiusdem cautelæ obiter meminerit Ioan. Maior. d. quest. 17. tamen per eam minimè tollitur damnum illatum ex adulterio: nec fit liberatio sufficiens. siquidem mutua hæc absolutio spontanea non est, sed coacta. is etenim filius, qui legitimus est, nullum ex ea commodum habet, sed adhuc damnum patitur: nec id remisisset si certò sciret, alterum fratrem adulterio conceptum fuisse imò coactus metu, ne forsitan ipse à matre spurio manifestaretur, ei dem liberationi consensit: qui consensus sufficiens non est.

Quæritur præterea, † cuius expensis fieri debeat restitutio, quoties creditor, cui est facienda, longè abest à loco vbi debitor habitat, & domicilium habet? Erglofl. in c. cum tu. de vsucap. expressum tenet, restitutionem faciendam esse expensis creditoris absentis. quo in loco Panormit. Anan. Rauenna & Doct. communiter hoc verum esse opinantur, quando creditor abest à loco, vbi damnum illatum fuit, vel in quo debitor inique rem ab eo extorsit: cum ipse debitor non mutauerit domicilium: tunc etenim expensis creditoris est restitutio facienda. Quòd si debitor ipse à loco, vbi rem extorsit, vel damnum dedit, ibidem manente creditore, discesserit, tenebitur is propriis expensis restitutionem ipsam ad executionem deducere, argum. leg. cum res ff. de legat. 1. quæ in solutione legati hoc sanè modo distinguit. Et tamè quoties restitutio expensis creditoris absentis fieri debet, omitti profectò poterit, aut suspèdi, ac differri, si plus, vel tantum dè ex-

pendendū est in restitutione ipsa facienda, quantū res ipsa principalis iustè valet, & æstimari potest. gloss. in dict. c. cum tu. quam Doctor. inibi communiter probat, & Syluest. in verb. restitutio. 4. §. vltim. ceterum hæc distinctio locum obtinet in eo, qui iustè, & voluntate domini debitor est: & idè qui inique habet rem alienam, & ratione acceptionis iniustè ad restitutionem tenetur, subiturus est expensarum onus, & omne damnum, quod ex ea restitutione processerit: cum absque vlla distinctione obligetur dominum possessorem facere rei propriæ: idcirco parum refert, quòd creditor post furtum, vsuram, aliamve iniquam acceptionem à loco vbi damnum illatum est, discesserit, secundum Caietan. in 2. 2. q. 62. art. 5. Sed prætermittendum non est ad huius opinionis examen, quòd perfectæ restitutionis executio in hoc tendit, vt creditori nullum damnum sequatur ex iniqua occupatione alterius: hoc etenim verè est restituere. Nec tamen eidem debetur lucrum aliquod, sicuti manifestissimi iuris est. Qua ratione, si creditor nullas facturus esset expensas in exportandis rebus, quibus expoliatus fuerit, vel quia absque vllis expensis eas secum tulisset, vel ante discessum, nisi damnum ei illatum per iniuriam foret, eas venditurus esset; tunc quidem debitor tenebatur ad expensas, quæcumque illæ necessariæ sint ad restitutionem; at vbi creditor ipse in exportandis rebus, etiam si eis priuatus non fuisset, expensas facturus nihilominus esset; ad has certè tenebatur ipse creditor, non ad maiores. quod Ioan. à Medina explicat in tract. de restit. fol. 7. & sequent. Hinc fit, quòd ipse debitor tenebitur certiore facere creditorem huius sibi debite restitutionis, vt ipse creditor certus de ea respondeat, quid velit agendum esse de rebus, quæ sunt restituendæ. atque ita sunt intelligenda quæ D. Thomas scripsit in d. art. 5.

Illud verò adnotandum est, quòd quidam opinantur, † debitorem posse omittere, ac differre æris alieni solutionem, si creditor sit excommunicatus. idque probare conantur ex cap. intelleximus. de iudic. vbi constat, excommunicatum non esse admitterendum ad agendum in iudicio. item ex cap. nos sanctorum. & c. iuratos. 16. quest. 5. & c. vlt. de heret. quibus auctoritatibus hanc sententiam veram esse opinantur Abb. & Felin. in cap. inter alia, de sentent. excom. Abb. in cap. veritatis. de dolo & contumacia. col. 12. Dec. in d. c. intelleximus. ad finem. Probos in c. cum quis. col. 1. de sentent. excom. in 6. Adrian. in 4. sent. q. 3. de clauibus. Nos tamen contrariam opinionem absque vllò dubio tenendam esse censemus, existimantes minimè excusari debitorem à restitutione ex eo, quòd creditor sit excommunicatus: ea etenim communio, quæ leuis est, & contingere potest in solutione æris alieni, nequaquàm est prohibita. quemadmodum deducitur ex d. c. inter alia. c. quoniam multos. 11. quest. 3. atque ita huius opinionis auctores habeo gloss. Archid. & Doct. in c. pen. 15. q. 6. Innoc. in d. c. veritatis. Ioan. Maior. in 4. sent. dist. 18. q. 4. Syluest. in verb. excom. 5. q. 12. Franc. in c. 1. de except. in 6. & Ioan. à Medina in tract. de restitutione. q. 3. causa 9. quibus non obicit text. in d. cap. intelleximus. quia loquitur in iudiciali exactione. text. autem in d. c. iuratos. & in d. cap. vltim. de heret. tractauere tantum de iuramento fidelitatis à quo Ecclesia absoluit subditos, propterea quòd eorum Princeps sit excommunicatus: vnde non erit idem dicendum in debito æris alieni, cuius solutio facillimè creditori fieri potest absque vlla censuræ Ecclesiasticæ læsione. idque maximè admittendum est, quando quidem vsu forensi apud seculares iudices minimè receptum sit, quod in d. cap. intelleximus. fuit statutum, vt nos obicit attigimus lib. 1. Variar. Resolut. cap. 18. num. 5.

SECUNDÆ PARTIS RELECTIONIS INITIVM.

De restitutionis origine, & vsaris restituendis.

S V M M A R I A.

- 1 Quid sit restitutio: atque vnde procedat, quasque radices habeat?
- 2 Ablatum quis tenetur restituere, ratione acceptionis iniustæ.
- 3 Vsuriarius tenetur restituere ratione acceptionis iniustæ: id est, proximo iniuriose.
- 4 Vsuriarius mentalis, an tenetur restituere quod ei datum fuerit à debitore?
- 5 Remissio libera vsurarum liberat omnino creditorem à restitutione, etiam si is non habeat animum restituendi.

- 6 Quo iure, humanone, an diuino sit facienda pauperibus restitutio?
 7 Humana constitutio non punit, nec punire potest actus interioris mentis.
 8 Mentalis vsurarius quis sit, & quo pacto possit in foro exteriori cogi ad restitutionem.

RESTITUTIO læsioni opponitur: nam & ea illud reddit, quod læsio abstulerat. *l. quod si minor. §. restit. ff. de minorib. l. 1. C. si aduers. trans. l. sed si per prætorem. §. si feriat. ff. ex qui. cau. maior. Bar. in l. qui proprio ff. de procurat. idè in hac materia, quam tractamus, & restitutio est, illius rei redditio, quæ ablata est, secundum D. Thom. 2. 2. q. 62. art. 1. qui probat eam ad iustitiam commutatiuam pertinere. Etenim sicut acceptio rei alienæ actus est iniustitiæ circa commutationem, ita & restitutio, quæ ei opponitur, erit actus iustitiæ commutatiuæ: cum per intelligentiam vnius contrariorum cognoscatur alterius intellectus, & percipitur eius vis, auctore Arist. 1. Top. & 4. Ethic. c. 1. sic idem Aristot. lib. 2. Rhet. ad Theodecten. scribit, quòd contrarium eadem est disciplina, sed contraria vis: id est, eadem est ratio cognoscendi contraria. quod & Dynus adnotauit in reg. possessor. de reg. iur. in 6. in commutatiua autem iustitia potissime attenditur damni per acceptionem illati compensatio per redditionem, & æqualitatem; quemadmodum ex eod. Arist. constat lib. 5. Ethic. damnum verò inferitur alicui variis modis, per occupationem inquam propriæ rei, per eiusdem rei detentionem, atque rem per impedimentum, ne quis assequatur, quod ei debitum est: in summa reducit læsio his modis contingens ad alicuius boni priuationem, cum is, qui detinet alienam rem, aut alteri debitam, eam videatur ab altero abstulisse: & eadem ratione, qui impedit, ne quis assequatur bonum aliquod, planè dicitur bonum hoc ab altero auferre.*

Restitutio autem duas radices habet, à quibus omnino deducitur; ab acceptione scilicet, aut re accepta. Ab acceptione tunc procedit, quando quis ratione solius acceptionis tenetur alteri reddere quod suum est, aut ei debitum, ut in causis mutui, depositi, furti, rapinæ, & similibus, in quibus adhuc obligatio restituendi regulariter datur, etiam si nec res mutuata, deposita, furti ablata penes accipientem sit. A re accepta tunc deducitur restitutio, quæ quis rem alienam, aut alteri debitam habet: & ea quidem amissa cessat restituendi obligatio, sicuti diligenter tradidere D. Thom. & Caiet. 2. 2. q. 62. art. 6. & Dominicus à Soto lib. 4. de iustit. & iure. quest. 7. art. 2. de acceptione licita hic minimè agemus: ea etenim expedita est, præsertim quòd data mora restituendi id, quod debetur alteri ratione acceptionis licitæ, iam ea acceptio illicita sit ob contrariam alterius voluntatem. de illicita verò acceptione regulam quamdam constituere libet ad huius tractatus apertiore cognitionem.

R E G V L A

DE ILLICITA ACCEPTIONE.

TENETUR quis à blatum restituere ratione acceptionis iniustæ: siue ea sit iniusta in iniuriam proximi: siue quia lege prohibita. Prior pars regulæ constat ex traditis per D. Thom. & Caietan. 2. 2. quest. 62. art. 1. 2. & 6. & probatur: quia iniusta acceptio, quæ proximum lædit, virtuti iustitiæ opponitur, ac peccatum est, sicuti ratione manifesta constat. Læsio autem aliter quam per ablati redditionem tolli nequit: igitur necessaria est ipsa restitutio, cum quis per acceptionem iniquam proximum læserit. Posterior regulæ pars probatur in l. non dubium, C. de legi. in l. quemadmodum, Cod. de agric. & censu. lib. 11. & in capite. qui contra iura merca. de regul. iur. in 6. in hac autem regula nomen Acceptionis continet non tantum ablatum illud, cum quid à proximo ex propriis eius rebus aufertur: sed & damni illatione in eo, quod proximus habet, vel habere sperat, aut sibi debetur, lege iustitiæ: tamen si damnum inferens nihil ex hoc vilitatis aut commodi accipiat. Nam qui alteri damnum in hac specie dat, proculdubio auferre censetur ab altero id in quo eum lædit: auctore D. Thom. d. quest. 62. art. 4. & Caiet. art. 6. optimus textus in l. damnum ff. de dam. infect.

Primùm ab hac regula procedit ratio: quare vsurarius ad restitutionem eius, quod per vsuras extorsit, omnino teneatur. fuit etenim ea acceptio iniuriola proximo, & iniqua: atque idè iure naturali, diuino & humano prohibita. sicuti & nos adnotauimus lib. 3. V. ar. 1. Resolut. capite primo. quia ratione immunitis non erit à restitutione, etiam si quod extorsit perierit protus, nihilque vilitatis ex eo habuerit, secundum D. Thom. de art. 6.

Ex hoc item deducitur examinatio text. singularis in cap. consuluir. de vsur. quo decum est, vsurarium, quem vulgus mentalem appellat, teneri ad restitutionem eius, quod à debitore ultra sortem absque vlla pactione tacita, vel expressa habuit. Ex ea namque decisione plerique adnotarunt, quòd libera donatio debitoris, occasione mutui facta creditori, nihil profit ei habenti prauum animum, nempe recipiendi aliquid ultra sortem ab ipso debitore absque pactione vlla dante: cum alioqui si hanc spem non haberet, minimè foret mutuaturus sortem. Hæc conclusio tenet Innocent. Abb. Anan. & Doctor. in d. cap. consuluir. Adrian. in 4. sentent. in tractat. de vsu. Iacob. Almain. in 4. d. 15. quest. 2. Ioan. Andr. in hac regul. peccatum. asseruerantes hoc, quod ita à creditore, hac sub spe receptum sit, omnino esse restituendum. Quibus præter auctoritatem text. in d. cap. consuluir. suffragatur id, quod Bartol. adnotauit in l. 1. ff. de donationibus. scribens, non esse donationem veram, nec perfectam, etiam si donans sciat & existimet, nullam subesse dandi causam, modò recipiens opinetur id, quod datur, sibi debitum esse. idem notat Paul. Castrenf. ibi & in l. absenti. ff. eodem titul. Fit igitur, ut in hac specie, cum mentalis & vsurarius recipiat quid ultra sortem mutui ratione, alioqui non mutuaturus, non sit libera donatio ipsius debitoris, etiam si is absque vllò pacto, sciens nullam subesse dandi causam, id dederit. Verum huic rationi responderi potest, dissimilimum esse Bartol. casum ab eo, quem modò tractamus: siquidè mentalis vsurarius, cum recipit aliquid ultra sortem absque pacto certo, scit, sibi illud non deberi, & gratuito dari: licet ea spe mutuum debitori dederit, & præterea quauis in specie per Bartol. definita non sit donatio, est tamen irreuocabilis datio; unde is qui dedit, donatum repetens, etiam re extante, submouebitur exceptione doli. Paul. de Cast. in l. si tibi dederim. per textum ibi. ff. de donationib. gloss. Bart. Angel. Alexand. & Deci. in l. si ego ff. si certum petat. etiam si contrarium in hoc respoderint Bald. Odofred. Oldrad. Fulg. & Iason in d. l. si ego. asserentes, posse rem donatam adhuc extantem reperi. Nam opinio gloss. magis communis est. Deinde maximè differunt hæc duo: nam vsurarius cum repetit datum sibi ultra sortem, habet animum id acquiritendi, & voluntatem recipiendi, ut gratuito datum: at donatarius hanc voluntatem, nec animum non habet, quippe qui recipiat id, quod sibi datur, ut verè debitum. Sed & in vsurario mentali in casu quem tractamus, quòd is ad restitutionem teneatur, etiam tenuerunt Henric. in c. in ciuitate. col. vltim. de vsuris. gloss. in c. vlt. de simonia. & in ibi Cardin. Anchar. in reg. peccati venia. quest. 1. col. 6. de reg. iur. Laurent. à Rodolphis in tract. de vsur. quest. 3. Cardin. in Clem. vnic. q. 2. de vsuris. Alexand. consil. 93. lib. 6. cui verò sit hæc restitutio facienda, non admodum inter huius opinionis assertores conuenit; ex eis etenim quidam censent, restitutionem pauperibus faciendam esse, non ei, qui dederit. ita quidem vitium est Raine. in summa, tit. de vsur. versic. sed numquid voluntas. Iacob. Almai. d. q. 2. Caiet. 2. 2. q. 78. art. 1. & Guidoni Papæ in tract. de contra. illicitis. num. 15. Contrariam sententiam, imò quòd hic mentalis vsurarius non teneatur ad restitutionem eius, quod liberè datum fuerit absque vllò pacto à debitore, licet ob prauam intentionem debeat erga Deum agere pœnitentiam, probat text. in simili questio. in c. vlt. de simonia. cuius argum. ita tenent Paul. Eleazar. in Clem. 1. de vsuris. Syluest. in verbo, vsuras. §. 3. Caietan. in quodlib. de vsura. c. 3. Richard. in 4. sent. dist. 15. quest. 5. art. 5. & ibi Scot. & Gabriel. quest. 11. dubio pen. Bald. in l. pen. ff. de cond. ob turp. caus. Alex. in l. si non sortem, §. 1. ff. de cond. indeb. Carol. Molin. de contract. num. 6. quo in loco testatur hanc opinionem magis communem esse apud Theologos, ut tandem nulla hic constituitur obligatio restituendi nec ipsi debitori, nec pauperibus. Cui sententiæ verè accedit Card. in d. quest. 2. 4. dum censet, hunc vsurarium mentalem inducendum esse ad restitutionem in foro interiori, non tamen compellendum. Nec præcisè Innoc. priorem opinionem probat, sed eam esse tutiorem asseruerat. Non obstat decisio text. in d. c. consuluir. quia ea intelligenda est, vbisumus in dubio, an debitor ultra sortem dederit aliquid creditori liberè, an coactus quadam occasione mutui accepti. est etenim tunc præsumendum, eam donationem omnino liberam non esse: sed procedere à causa, & radice mutui: secundum Syluest. in dist. quest. 3. licet in hac specie Caietanus in dist. cap. 3. contrarium teneat. ipse tamen asserit, vsurarium mentalem recipientem aliquid à debitore ultra sortem, si credat id sibi, nec gratis, nec libero animo dari, teneri ad restitutionem propter conscientia læsionem, etiam si verè animo libero datum sit: & hæc obligatio manet donec læsio conscientia periciantur,

tiam, aut aliàs cessauerit. in quo idem tenet Catharinus lib. 6. aduersus Caietan. cum nihilominus erroris arguens eo, quod eius sententiam non satis rectè intellexerit. Alioqui si constet de libera datione debitoris, locus non est obligationi restituendi, etiam pauperibus.

- 5 Hoc idem comprobatur ex eo, quod ꝑ remissio libera vsurarium iam quidem iniquè extortarum facta per debitorem creditori habenti animum non restituendi eas, sed retinendi, absoluit eum ab obligatione restituendi. gloss. & inibi Anchar. & Franc. in hac reg. peccatum. in verb. restituatur. Laurent. à Rodolphis in d. cap. consuluit. qu. 7. Alexand. consil. 91. lib. 2. col. 1. Florent. 2. part. tit. 2. cap. 6. col. 3. Freder. consil. 22. opt. text. in l. si rem. §. omni. ff. de pign. act. l. certè. §. Iulianus. ff. de precar. l. item liberatur. in princip. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solua. licet contrarium & in hoc teneant Dynus & Ioan. Andr. in d. reg. peccatum. Abb. & Anan. in d. cap. consuluit. & in c. cum tu. eo tit. nam & priore sententiam omnium ueriores esse censent idem Fred. consil. 18. Cald. consil. 10. de vsuris. And. Tiraq. lib. 2. de retract. in fin. quest. 28. num. 151. Carol. Molin. de contract. num. 8. & Ioan. à Medina de restit. quest. 3. causa 2. quorum opinio profectò uerior est, & ferè communi prima consensus recepta. Illud uero quod de restitutione facienda pauperibus ab hoc mentali vsurario adnotant Rainerius, Guido,
- 6 & quidam alij iure probari non potest. ꝑ Nam vel hæc restitutio fieri debet iure diuino, vel humano. Diuino quidem iure restitutio ei qui dedit facienda est; non pauperibus, vel nulli. Si quidem acquisitum ex vsura idèò restituendum est, quia acceptio fuerit iniusta, id est, iniuriola proximo, à quo vsuræ extorqueretur, qui què minime peccauerit soluendo vsuras: cum eadatio non sit illicita: idcirco restitutio, quæ iure diuino fieri debet eorum quæ per vsuram acquisita sunt, omnino si fieri potest, facienda est ei, qui dedit, aut in eius utilitatem, non autem alteri. Et præterea iure diuino nusquam est necessariò restitutio faciendi pauperibus, nec item naturali; his etenim iuribus solum tenemur pauperibus ob extremam necessitatem subuenire, & dare elemosinam: non sanè res, quas illicitè acquisimus; nam has tenemur reddere his, à quibus eas habuimus: quod in hac relectione inferius probabitur. Fit igitur, ut iure diuino, vel naturali minime sit præcepta restitutio pauperibus faciendi earum rerum, quæ illicitè acquiruntur, sicuti docet post alios Io. à Medina de restit. q. 3. causa 11. quod si pauperibus restitutio faciendi est, ea tantum iure ꝑ inducitur humano, quod non ligat actus interiores mentis, qui ex propria natura minime possunt apud iudicem exteriore probari: secundum Caietan. 2. 2. q. 11. art. 3. Archiepisc. Flor. part. 2. tit. 23. cap. 4. Syluest. in verb. excommunicatio. 7. §. 2. notab. 1. Maiore in 3. sent. dist. 25. q. 3. Almain. in tract. de potestate Ecclesiæ. cap. 3. Mart. ab Azpilcueta in princ. de penit. dist. 5. n. 19. Driedonium in tract. de liber. Christi. lib. 3. pag. 60. Alphons. à Castro lib. 2. de iust. har. pun. c. 18. & lib. 5. de potestate legis penal. cap. ult. conclus. 1. Quorum ea est concors sententia, quod humani legislatoris auctoritas, & potestas ad ea sola se extendit, quæ licet sint occulta, & incognita, tamen ex natura sua possunt ab eo cognosci; non autem ad ea, quæ ex se, & propria natura occulta sunt, nec possunt aliter quàm per cogitantis reuelationem cognosci, ut sunt illa, quæ sola mente perpetrantur. Quæ quidem nec puniuntur, nec puniri possunt lege humana, cum humanæ non subint iurisdictioni, nec potestati: quod alibi longius tractabitur. Lege igitur humana, qua quis obligatur restituere pauperibus, non comprehenditur, nec potest comprehendendi mentalis vsurarius. Et idèò manifestè constat, mentalem vsurarium non teneri ad restitutionem ipsis pauperibus faciendam, nec ipsi qui dedit eo casu, quo apparet libero animo aliquid ultra sortem datum esse. Tamen si gloss. in Clem. 1. §. verum. de heret. asserat, per constitutionem humanam posse puniri crimen omnino occultum ex natura sua & intra mentem ipsam latens, quam sequuntur Panormitanus in cap. 2. de offic. ordin. colum. 3. & in cap. extirpanda. §. quia uero, columna 8. de prebend. Felinus in cap. porto. col. 1. de sentent. excommunic. Arelat. in tractat. de heresi. questio. 9. Adrian. quodlibet. 8. art. 1. quo in loco inquit, hanc esse communem sententiam. eamdem ueriores esse censet Albert. Pighius lib. 6. de Ecclesiast. Hierarch. c. 16. Ioannes à Medina in tract. de oratione. cap. de potestat. Eccles. & Ambros. Cathar. contra Caietanum super summula. verb. & notat. de excommunicat. & in verb. hereticus. Sed prior opinio probatur in cap. cogitationis penam. de penitent. dist. 1. & profectò potior est, quia minime vigent, quæ in contrarium adducuntur, cum vel procedant in crimine occulto per accidens: nempe quod ex propria natura probari

potest: licet nullis testibus presentibus commissum sit: vel in actibus exterioribus. Siquidem in disto §. verum. non imponitur pœna propter odium, vel spem intra cordis secreta latentia, sed propter persecutionem, afflictionem, & torturam innocentis ex odio, aut spe lucri procedere: & sic propter actus exteriores, qui iniqui ac prauis sunt, & aduersus iustitiæ legem perpetrantur. ita quidè cum quis punitur ex eo, quod sateretur, se credere, & animo tenere, Deum non esse trinum & unum: non punitur is propter hæresim mentalem, sed quia hæresim, quam animo, & mente concepit errore intellectus, qui interior est, satis significauit exterius per confessionem. Nec ista hæresis exterius significata mentalis est. significatur enim hic interior error intellectus per confessionem exteriorem eo modo, quo constat iam confitentem hæreticum exteriorem esse. cum & si non asseuerat, Deum non esse trinum & unum exprellim, id tamen satis quoad sensum tacitum profiteretur, cum asseuerat, se ita credere. deinde in c. dolentes. de celebratione Missæ. non punitur iure humano indeuotio latens intra cordis secreta: sed ea, quæ per confabulationes, & alia exteriora signa manifesta est, & cultum diuinum, atque horarias preces interturbat. unde fit, ut opinio prima intellectus defendi possit: quam probare uidetur. D. Thom. 1. 2. q. 100. art. 9. & Palud. in 4. dist. 17. q. 2. col. 3. ubi Almain. in q. 1. asserit, hanc esse communem opinionem. omnium tamen consensu receptum est, hæreticum occultum per accidens, ex natura rei, nempe qui hæresim mente conceptam verbo, vel facto exteriùs etiam sine ullis testibus enuntiauerit, excommunicatum omnino esse, ea excommunicatione, quæ in hereticos à canonibus lata est. quod præter alios tenuerunt Caietan. Syluest. & Caltr. in præcatis locis, Panorm. in c. absolutos. de hereticis. quidquid ibi dixerit Io. Andr. Hic uero hæreticus si secretò confiteatur Inquisitori crimen istud, & pœniteat eiusdem, erit ab eodem Inquisitore absolendus, secretò tamen in tribunali: sicuti censet Ioan. Lup. Segouienis Decanus in tract. de heresi, q. 11. quem tractatum suis in Partitarum leges commentariis interseruit Montal. in tit. 26. part. 7. quod etiam ita agendum esse admonet prima instructio Hispanensis, cap. 5. debet autem secretò quis abiuurare hanc hæresim, ut idem Ioan. Lup. explicat. Habent enim Inquisitores à summo Põfice potestatem absolendi ab hac canonis excommunicatione, ut testantur Archid. Io. Andr. Domi. & Franc. per text. inibi in c. ut officium. de heret. in 6. & Gonfal. à Villadiego in tract. de heresi. q. 20. De illo autem, qui uerè mentalis hæreticus fuerit, & tamen resipiscens, & ab errore discedens uel in foro pœnitentia, vel alioqui, sano quidem consilio confiteatur, se mente hæresim concepisit, quod ex hoc non afficiatur excommunicatione, adnotauit ex Fran. Victoria Salmanticensis Academicæ Theologo magni quidem nominis, Iacob. Septimancensis in Catholicis simul & eruditissimis institutionibus, cap. 42.

Ex præmissis, ut ad vsuram mentalem redeamus, ꝑ inferitur vsurarium mentalem non esse aliter cogendum in foro exteriori, quàm in interiori animæ restituere ea, quæ à debitore habuit. Nam si constat, debitorem animo omnino libero aliquid ultra sortem dedisse creditori, non erit cogendus creditor id restituere debitori, nec pauperibus. Alioqui cum appareat, vel præsumatur datio coacta, vel minime voluntaria, iuxta poterit creditorem compellere ad restitutionem, etiam si non constet ei, creditorem mentalem vsuram animo concepisit: ex eo quod in hac specie non possit donatio præsumi, sed potius præsumatur datio causa mutui, & idèò quasi indebitè solutū reperitur quod datum est. At si in iudicio constet animus prauus ipsius creditoris, & mentalis vsura, opinor adhuc non esse à indice seruandas leges contra vsurarios latis, quantum ad pœnas per easdem statutas, licet restitutio sit per eum præcipienda: quidquid dicat Card. post alios in d. Clem. 1. q. 2. 4. de vsur.

Ultimò illud est obseruandum, non esse mentalem vsurarium creditorem, qui mutuat debitori pecunias ea spe, ut aliquid ab eo animo omnino libero dante percipiat: alioqui non mutuat: sicuti Caietan. opinatur in quodlibet. de vsura cap. 3. quod ipse uerum esse arbitror, ubi hæc spes non fuerit causa principalis ad mutuandum, sed impulsua. nam si ea spes fuit causa principalis, & ultima, ac finalis mutui: non video qua ratione creditor à mentali vsura possit excusari: iuxta ea quæ ipse adnotauit lib. 1. Variar. Resolut. cap. ultim. num. 4.

§. PRIMVS.

De furti & rapinæ restitutione.

S V M M A R I A.

- 1 *Quid sit furtum: & inibi Iuriconsultorum definitio examinatur.*
- 2 *Quid sit rapina: & an sit distincta species à furto; intellectusq; ad gloss. in c. penale 1. q. 1. q. 1. 5.*
- 3 *Necessitas extrema quando licitam faciat rei aliena acceptionem: & an viatori ex vinea alterius liceat comedere.*
- 4 *Acceptum ratione necessitatis extrema restituendum erit, si accipiens pinguiorem nactus fuerit fortunam. Pauperes litigantes expensas litium solvere non tenentur.*
- 5 *Necessitas extrema non excusat à peccato fornicationis, & qua sit ratio, late examinatur.*
- 6 *Partus ancillarum non sunt in fructu.*
- 7 *Iure diuino & naturali prohibita, & illicita, an aliqua circumstantia fiant licita.*

SE C V N D O, ex hac prima regula consequitur acquisita furto vel rapina restituenda fore: atque item furem, & raptorem teneri ad restitutionem ratione acceptionis iniquæ, & iniustæ: nepe in iniuriam proximi. quod euidentius apparebit, si furti, & rapinæ definitiones examinauerimus. Paulus enim Iuriconsultus in l. 1. ff. de furt. inquit: *† Furtum est contrafactio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve.* Huic accedit Iustinianus in princip. Inst. de oblig. quæ ex delicto nascuntur. quibus in locis & etymologia dictionis adducitur à Græco & Latino sermone: licuti restituerunt eam Budæus in d. l. 1. Antonius August. lib. 4. emendatio. c. 4. & And. Alcia. lib. 1. disunctio. cap. 10. potuitque integra lectio restitui ex Gellio lib. 1. c. 18. *Contrafactio rei dicitur, nec in amorio, nec accipio: quia et si res aliena non tollatur, nec lurrupiat, furtum fiat, si depositarius aut commodatarius utatur re deposita, aut commodata inuito domino.* §. *furtum autem.* Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt. dicitur *fraudulosa*, quod ad rationem furti necessarium sit, contrafactionem fieri dolo, fraude, & expressum vel tacite domino inuito: qui enim rem alienam inuito, vel dolo contrafactat, intelligere debet se id inuito domino facere. Vnde minime oportet Iuriconsulti definitioni addere illa verba, *inuito domino.* cum autem delicta ex animo delinquentis accipiendi sint & pensanda, non ex alterius voluntate, text. in l. diuus. ff. ad legem Cornel. de sicariis. cap. cogitatio. de penitent. distinctio. 1. aut facta. §. delinquent. ff. de penis. constat profecto satis esse, ut furtum verè dici possit, quod ipse alienam rem contrafactans existimet, domino inuito fieri eam contrafactionem, tamen si dominus inuitus non sit. leg. inter omnes. §. vltim. ff. de furtis. fur siquidem est, qui dominum inuitum esse credit, cum sit permissurus: præsertim quod fieri non potest, quin in quouis furto inuitus sit dominus. non enim purandum est, quemquam ita liberalem esse, quod si sciat, alterum furandi, & contrafactandi rem eo inuito animum habere, sit hoc permissurus. Hinc fit, satis commode Iuriconsulti definitionem intelligi posse, si interpretemur verbum illud, *fraudulosa*, id est, inuito domino. siquidem ut verè furtum sit, necessariò exigitur quoad animum furantis contrafactionem fieri domino inuito; alioqui si rem alienam contrafactans iuste possit existimare, & absque fraude existimet, dominum consentire, nec inuitum esse, furtum ab eo minime committitur. quod probatur in dist. l. inter omnes. §. vlt. Id verò quod addit Iuriconsultus, *lucri faciendi gratia*, non omnino pertinet ad propriam huius criminis definitionem: nam furtum nihilominus fit, etiam si fiat non animo lucri faciendi, sed rem ipsam proiciendi in flumen. Quamuis Iuriconsultus defendi possit ex eo, quod considerauit animum præsumptum ipsius furis. Præsumitur enim, furem non animo nec gratia rem ipsam comburendi, sed potius eam sibi habendi, furtum fecisse. Et denique in his Iurisperitorum definitionibus frequenter non attenditur substantia tantum definiti, sed id, quod ad faciliorem legum interpretationem conducit.

* Ceterum D. Thom. 2. 2. questio. 66. articulo. 3. diligentius furtum diffinit, dicens. *Furtum est occulta rei aliena acceptio.* quo in loco Accipio generis vim habet, cum & rapina acceptio sit rei alienæ, & item vsura. Dicitio autem, *occulta*, speciem definiti attingit. Est etenim proprium furti, quod sit occulta rei alienæ acceptio. Probat hoc auctoritate Iuriconsulti in l. 1. ff. de furt. & in princip. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt. dum inquit, furtum à furto dictum esse, id est, à nigro, ut Labeo ait; quod clam, & obicure fiat, & plerumque nocte. vel à fraude, ut Sa-

binus ait. Idem asserit Isidorus lib. 5. etymolog. cap. 26. scribens, *Furtum est clandestina aliena rei contrafactio.* Nam ex hac occulta rei alienæ contrafactione, siue acceptione constat, domino inuito id fieri, quia ignorantia efficit inuoluntarium secundum Aristot. 3. Ethic. vnde sub dictione Iuriconsulti, *fraudulosa*, & D. Thomæ *occulta*, continetur, quod rei alienæ isthæc occupatio fiat domino inuito. Imò apud Iuriconsultum, ut propriam speciem furti ab eo definitam esse constet, dictio *fraudulosa*, occultam acceptionem significat, sicuti in eadem l. 1. probatur in princip. ad rationem verò furti, & eius speciem propriè pertinet occulta rei alienæ acceptio, ut ab aliis peccatis, quibus proximo in rebus iniuria fit, distinguatur. Cum & rapinæ, vsuræ, & similibus conueniat, quod domino inuito rei alienæ occupatio fiat. Ex quibus ego censeo definitionem D. Thom. magis aptam fore ad furti speciale cognitionem, nec alienam esse à mente Iuriconsulti: nili quod Iuriconsultus longius latiusque furtum descripsit, subseruiens iuris ciuili peculiari disciplinæ.

Hinc deducitur vera & definitio rapinæ: est etenim *Rapina, manifesta ac violenta rei aliena acceptio.* ut ipse D. Thom. explicat d. q. 66. art. 4. quod sit alienæ rei acceptio, commune est illi, & furto, atque vsuræ: quod verò sit violenta, & ideo manifesta, proprium id est rapinæ. Idcirco ex mente D. Thomæ fat erit apponere in definitione dictionem *violenta*. ex qua significatur, acceptionem fieri domino sciente, & inuito: aut, quod proprius idem D. Thom. sensus, manifesta acceptio est scribenda: cum ex ea satis appareat, fieri acceptionem domino sciente, & contradicente.

Item colligitur ex his furtum & rapinam differre ut distinctas species, ita quidem, ut nec furtum rapina sit, nec rapina furtum. Idque omnino constat ex eo, quod furtum à rapina differat, tamquam species ab ea distincta: siquidem rapina manifestam acceptionem, furtum occultam exigit, auctore Aristot. lib. 5. Ethic. cap. 2. ad fin. qua ratione D. Thomas ab omnibus Theologis receptus in d. q. 66. art. 3. expressim probat, furtum & rapinam specie differre.

Ex hac etiam D. Thomæ definitione infertur intellectus ad text. in l. si vendidero. §. cum raptor. ff. de furt. & in princip. Inst. ut bonor. rapt. quibus probatur, rapinam esse speciem furti, & raptorem furem esse, ac furti actione teneri. Id etenim verum est secundum improprium furti definitionem ea ex parte, qua raptor etiam inuito domino rem alienam contrafactat: cum frequentissima Iuriconsultorum definitio furtum esse constituat, contrafactionem rei alienæ inuito domino. at iuxta propriam specierum, & ipsarum rerum distinctionem, nec rapina species est furti, nec furtum rapinæ. extat egregius hac de re locus apud D. August. lib. 2. quest. super Exodum. quest. 71. à Gratiano relatus in cap. penale 1. 4. quest. 5. Furti nomine, inquit Augustinus, intelligitur omnis illicita vsurpatio rei alienæ. Non enim rapinam permittit, qui furtum prohibuit, sed utique à parte totum intelligi voluit, quidquid illicite rerum proximi aufertur. Hactenus August. aliquot additis, & mutatis per Gratianum citatus, qui eum sensum habuit, quod cum furtum, & rapina ad eundem tendant finem, nempe ad occupationem, & acceptionem rerum alienarum: lata quadam interpretatione propter eundem, quem habent, finem, idem esse videantur: & tamen quia is finis remotus est, non propinquus, minime efficit eandem in utroque speciem peccati: nec item genus & speciem constituit: ipse verò finis propinquus speciem distinguit. atque ideo quia ex propinquo sine raptor vult per potentiam propriam & vim aliena obtinere, fur verò per altitiam; constituitur diuersa criminis species, prout eleganter explicat D. Thom. non citato August. d. q. 66. art. 4. ad 2.

His accedit quod Augustinus furtum appellat partem totius, id est, illicitæ acceptionis, & occupationis rei alienæ: quasi secundum eum genus sit illicita rei alienæ acceptio: huic autem generi subint variae species, scilicet furtum, rapina, vsura, & similes, quæ ad eundem finem etiam remotum tendunt, videlicet ad rerum alienarum illicitam occupationem. Et subdit idem auctor in præcepto decalogi, prohibita vna specie acceptionis iniquæ rei alienæ, omnem rerum alienarum occupationem prohibitam esse ex eo, quod omnes species tendant in eundem finem, ad quem tendit ipsa prohibita species; atque omnium specierum sit vna, & eadem ratio prohibitionis: & ideo sub ipso furto significatur rapina, & eadem prohibetur; non quod sit species furti, nec idem cum furto, sed propter eandem prohibitionis causam.

Ab eadem interpretatione colligitur, non rectè verba D. Augustini

gustini intellecta fuisse à gloss. in dict. cap. penale. dum glossa inquit, furtum esse partem rapinæ, & rapinam esse speciem furti. Cuius quidem gloss. is est sensus, ut furtum sit pars rapinæ integralis compositione prædicamentali speciei, quæ integrè constat ex genere, & differentiis: rapina autem sit furti pars subiectiua; quia est species furti. Vnde furtum est pars rapinæ secundum gloss. ut genus est pars speciei; rapina verò est species furti. quod ita intelligendum est ex adnotatis par Bartol. in leg. qui vsum fructum. ff. de verborum obligationibus. etenim licet hic sit sensus gloss. non tamen is ab Augustino adnotari potuit. siquidem D. Augustinus furtum partem esse dicit non rapinæ, sed generis, nempe acceptionis iniquæ rei alienæ, nec vnquam inlinuat, rapinam furti speciem esse.

Postremo illud est considerandum, plerumque furtum, & rapinam non ita propriè accipi, quin aliquoties eorum significatio mutetur, atque ob id impropria fiat interpretatio: sicuti palam probatur in c. si quid inueni. 1. 4. quest. 5. vbi Gratianus ex Augustino, sermone 19. de verbis Domini, inquit, Si quid inuenisti, & non reddidisti, rapuisti. Nam in ea specie rapina non committitur propriè, sed ea dictio est exponenda, id est, illicitè accepisti, secundum Archidiaconum ibi, quem Card. Sancti Sixti sequitur, idemque Paul. Cast. obseruauit in l. sed eximendi. ff. ne quis eum qui in ius voc. est. Igitur ex his satis constat quid furtum sit, quid item rapina, & an furtum & rapina differant tamquam genus & species, vel tamquam species distinctæ, & separatae.

3 Ex furti definitione poterit examinari ratio, cur ob necessitatem extremam liceat absque furti, vel rapinæ vitio res alienas accipere ad subleuandam eam necessitatem? Nam ratio ab eo deducitur, quod propter necessitatem, & ad eam subleuandam omnia sunt communia. Siquidem natura ipsa institutum est, ut res inferiores sint ordinatae, & destinatae ad hominum necessitatem. Quamobrem diuisio rerum, quæ post institutionem iuris naturalis facta est, non derogat rationi naturali, quæ dicitur ex rebus temporalibus subueniendum esse hominum necessitati extremæ. Esurientium panis est, inquit Ambrosius sermone 81. quem tu detines: nudorum nudamentum est, quod tu recludis: & miseriorum redemptio, & absolutio est pecunia, quam tu in terra desidis. cap. sicut hi. 4. 7. distinctio. gloss. in cap. si quis de furt. & ibi Doctores. Id. Thomas in 2. 2. quest. 66. articulo 7. quibus suffragantur ea, quæ de elemosyna diximus libro 3. Variarum resolutionum, cap. 1. 4. num. 5. & in huius Relectionis parte prima, num. 2. quibus rectè perpenlis, apparet, in hac specie furtum non committi, etiam si domino inuito res auferantur: quia cum vrget extrema necessitas, res illæ, quæ proprium dominum habere videntur, communes sunt, non alienæ. Nec quidquam impedit contraria possessoris voluntas: quippe quæ inordinata sit, & iniqua, & idè qui patitur extremam necessitatem, si rem alienam accipiat, propriam, aut saltem communem accipere videtur, & ex consensu saltem debito possessoris, sicuti communi omnium sententia traditum extat. Et notatur in cap. discipulos. de consecratione, distinct. 5. Discipulos, inquit Apollonius, cum per segetes transiundo euellerent spicas, & ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt. Id probatur Mattheus c. 12. Vnde apparet, extra casum necessitatis non licere ex vinea alterius, etiam viatoribus uvas ad vescendum colligere: quod Rip. in l. damnum. colum. 2. ff. de damni infect. verum esse censet, vbi viator uvas colligit, ut secum ferat. Secus tamen ut statim eas in vinea, vel in ipsa via comedat: nam hoc licitè fit, etiam seclusa necessitate famis. & probatur Deuteronomij cap. 13. cuius meminit in hac specie Guandinus in tractat. malefactorum. Rubr. de pan. colum. antepen.

Necessitas autem extrema tunc dicitur, quando imminet vitæ periculum, cui aliter quam per hanc acceptionem subueniri non potest. ut explicat D. Thom. d. artic. 7. & quodlibet. 5. ars. 1. 6. quod cuiusque rectum & licetum arbitrium definire oportet, & pie poterit.

* Hinc vera interpretatio deducitur ad text. in d. cap. si quis propter necessitatem. cuius hæc sunt verba: Si quis propter necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, pœniteat hebdomadas tres: & si reddiderit, non cogatur ieiunare. Hactenus ille textus. Ex quo patet, occupantem rem alienam, vel eam accipientem propter necessitatem, peccare quidem, & debere peccati pœnitentiam agere. quod contrarium est his, quæ modo tradidimus. Et ob id ea decisio tunc obtinet, cum necessitas extrema non est, sed aliquando remissior: nam eo casu peccatum rem alienam accipiens committit, & pœnitere debet, quemad-

modum asserunt gloss. & Doct. in d. cap. si quis. Panormit. in cap. quoniam. de Simonia. D. Thom. in dicto artic. 7. ad 1. & Syluest. in verb. furtum. quest. 3. Sed tunc queritur, qua ratione in eodem capite responsum est, quod si reddiderit, non cogatur ieiunare. aut etenim is peccauit, accipiendo rem alienam; & tunc etiam si restituat, pœnitere debet ob crimen commissum: aut non peccauit; & tunc pœnitentia necessaria non est. Huic verò objectioni respondendum erit, hanc pœnitentiam agendam esse non propter peccatum commissum in accipiendo rem alienam, nam ea maior esse debet; sed propter moram commissam in restitutione: atque idè erit capitis sensus, quod accipiens rem alienam causa necessitatis, quæ extrema non sit, debeat pœnitere ob moram commissam in restitutione. & idè si statim restituerit, liber erit ab hac pœnitentia: non tamen ab ea, quæ iniungi potuit propter ipsius acceptionis peccatum. Item & aliter eadem decisio intelligenda erit in hunc sanè modum, ut cum necessitas extrema sit, accipiens alienam rem teneatur ex quadam supererogatione tribus hebdomadis pœnitere, eò quod illa acceptio imaginem furti habeat: & tamen ab ea pœnitentia sit liber per accepti restitutionem. Vel tandem constituamus eum textum loqui, cum ob necessitatem grauem, non tamen extremam, res aliena accipitur; etenim eo casu minor est culpa, & idè leuis iniungitur pœnitentia, quæ prætermitti potest, si fiat accepti restitutio. itaque intellectus admodum conuenit his, quæ gloss. D. Thom. & Panormitan. tradidere, & quæ ipse notauimus in d. cap. 1. 4. n. 5.

Quid tamen erit agendum, cum is, qui ob extremam necessitatem rem alienam accipit, & pinguiorem nactus fuerit fortunam: an ad restitutionem teneatur? & gloss. communiter inibi recepta in hac regul. peccatum. argumen. text. & eorum, quæ adnotantur ibi in cap. Odoardus. de solut. probare videtur, hunc teneri ad restitutionem rei alienæ, quam acceperit ad subleuandam extremam necessitatem. quin & in hac specie hanc opinionem tenuerunt Doctores in d. cap. si quis propter. Ioan. Lupi. in rubric. de donatione. §. 65. num. 4. 7. Adrian. in quarto. in tract. de restitutione. c. quia dictum est de aliquo. Almain. in 4. sentent. distinct. 15. q. 2. Ioan. à Medina. de restit. quest. 3. in princip. quibus adhibetur secundum aliam interpretationem text. in d. c. si quis propter. ut ex eo cogatur quis ieiunare, & pœnitentiam agere, quod rem alienam acceptam ob extremam necessitatem, accipiens, feliciorem nactus fortunam, non restituerit. hoc idem ratione probatur. is etenim qui extrema laborat necessitate, non habet maius ad rem alienam ius, quam quod dominus in eum transferre tenetur: dominus autem non tenetur inopi rem propriam donare ad subleuandam inopiam: sed satis erit, quod inopi eam det, & tradat titulo, & causa mutui, ea protestatione, ut & inops bona & patrimonium postea nactus, teneatur mutuatum pecuniam soluere, secundum Adrian. quodlib. 1. ars. 2. colum. 3. tamen si contrarium probare conetur Ioannes à Medina in tractat. de elemosyna. cap. in extremè indigenti sit necessariò facienda elemosyna donando. Igitur & in hoc casu rem acceptam ob extremam necessitatem tenebitur quis, feliciorem adsecutus fortunam, restituere. Quod verò diximus, quemquam non teneri ad donandum liberè aliquid existenti in extrema necessitate, patet. Quia non tenetur ad aliud quam ad subueniendum pauperi & subleuandam eius necessitatem: quæ quidem tollitur per dationem mutui, modò ea datio verosimili coniectura nequaquam tendat in pauperis oppressionem. Sic edicto Regis sancitum est, quod pauperes litigantes nihil teneantur soluere, nec vllum stipendium reddere tabellionibus, aliisque tribunalium ministris: modò iuramento præstito promittant ea stipendia se soluturos, cum ad pinguiorem deuenerint fortunam. atque ita opinionem istam veram esse censeo, modò absit fraus, & oppressio pauperum. Tamen si Scorus, Richardus, & alij in 4. sentent. distinct. 15. contrarium teneant. & eos securus post Angel. Syluest. in summa, in verb. furtum. q. 5. asseuerans eorum sententiam communem esse, & probari ex eo, quod tempore necessitatis extremæ res omnes communes sint, & ut propriæ ab inope patienti extremam necessitatem possint accipi, & accipientis efficiantur, quæ quidem ratio infirma est, & minus conueniens quam par erat huius opinionis necessitatæ probationi. siquidem tempore extremæ necessitatis omnia sunt communia iuxta recti moderaminis rationem: scilicet ad subleuandam necessitatem, quæ tollitur, & subleuatur, etiam si bona aliena accipiantur eo titulo, & causa, ut postmodum prospera fauente fortuna domino restituantur: ita etenim satis sit præcepto dandi elemosynam, & eius finis: nec necessaria est

est ad huius præcepti obseruationem, datio omnino liberalis: modò ita fiat, vt verè pauperi nullum afferat dispendium. Non me later, Scoti & aliorum opinionem satispiam esse, & à plerisque viris doctissimis probatam fuisse: sed & prior sententia rationibus atque auctoritatibus etiam probari poterit.

Quæritur hoc in loco non immerito: cum præceptum furtum prohibens, interpretationem hanc accipiat, vt minimè violetur, si res aliena capiatur ad subleuandam extremam vitæ necessitatem: † cur præceptum fornicationem prohibens, itidem non habeat eundem sensum, vt licita sit fornicatio ad euitandum mortis periculum? Etenim adulterium, nec fornicatio minimè licent, nec licite possunt ob famis, nec ob vitæ periculum effugendum: sicuti certissimum est, & probatur in *l. palam. vers. nō est ff. de ritu nupt.* & *gl. in d. c. si quis* inquit, eam esse rationē, quòd propter necessitatem extremam res aliena communis efficitur: non sic in fornicatione, quia debet quis potius omnia mala pati, quàm peccato consentire. Quæ sanè ratio satis incongrua est: quippe quæ nequaquam explicet, cur non liceat ob effugendum mortis periculum, & propter vitæ necessitatem extremam fornicari: & denique non aperit, cur malum hoc fornicationis non fiat licitum, & amittat proprium malitiam ex circumstantia necessitatis extremæ ad vitæ periculum effugendum. Quamobrem Panorm. in *d. cap. si quis propter necessitatem*, aliam rationem comminiscitur, dicens, idèd tempore extremæ necessitatis minimè licitam esse fornicationem, quòd † humana creatura non veniat fructuum appellatione, nec fructus censetur, sicuti censet Iuriconsultus in *l. inpecudum. ff. de vsur. §. inpecudum. Inst. de rer. diuisio. & l. verus. ff. de usufruct. & quemad. quis. eamdem rationem tradit Ioan. Andr. in *d. cap. si quis propter*. vnde licet permissum sit naturali iure rem alienam accipi ad extremæ inopiæ necessitatem subleuandam: id obtinet in rebus, quæ fructuum appellatione veniunt, & fructus reddere solent: non in his, quæ fructuum nomē non habent. Verum isthæc ratio inutilis est, nec dubitationi aliqua ex parte satisfacit. Etenim ipse non diffiteor ancillarum partus, & fœtus, fructus non esse, nec eorum appellatione comprehendendi: & idèd ad proprietarium, non ad usufructuarium pertinere. Idque obtinuit apud Iuriconsultos quadam reuerentia diuinæ pulchritudinis, ad cuius imaginem homo creatus est, & vt ei mundus omniaque animalia subseruirent, & famularentur: atque ita ob hanc hominis excellentiam, ne partus humani brutis animalibus pares, & æquales censerentur, ea sententia recepta fuit, quæ descriptum est, partus ancillarum fructus non esse, nec eorum appellatione venire: quæ de re non satis apud veteres Iuriconsultos conueniebat, auctore Cicerone, *lib. 1. de finib. honor. & malorum*. Itaque in initio, dum inquit, *An partus ancillæ sint in fructibus habendæ, differetur inter Principes ciuitatis, P. Scauolam, Marcumque, Manlium, ab hijs, M. Brutus dissentiet: quod & acutum genus est, & ad vsum ciuium non inutile: nosq; ea scripta, reliqua, eiusdem generis & legitima liberet. & legimus: hæc, quæ vitam continent omnem, negliguntur*. Hæc Cicerone. Quæ de re diligenter tractat Francisc. Baldu. in *Scauola*. & tamen non ex hoc congrua ratio datur in quæstione propolita: cum ab eisdem Iuriconsultis receptum sit, vsum, & vltimū fructū in ancillis constitui posse. Et præterea ob necessitatem extremam famis, licet parti filios vendere. *l. 2. C. de patr. qui filios dicit*, item sicut potest existens in extrema necessitate ad eam subleuandam accipere numos alterius, ita & seruū alienū, ut eum vendat, quæratque ex pretio victum. Fit igitur non esse Ioan. Andr. & Panormitan. rationem sufficientem. Imò, nō fallor, ea est satis inconcinna, & inutilis. Philippus Dec. in *l. quæ propter. ff. de reg. iur.* eam esse rationem huic quæstioni aptam censet, quòd per coitum minimè periculo mortis, quòd ex fame immineat, obuiam eatur. & idèd fornicatio etiam ob extremam necessitatem, & inopiam licita non est, nec vllò iure permittitur. Sed & hic auctor aliqui subtili prædici ingenio, ac rite iudicij dubio procul hac in re fallitur. Nam csi per coitum fornicarium immediate minimè subueniatur necessitati famis, & periculo vitæ; mediate tamen subuenitur ex pretio ipsius fornicationis, quod sufficit, vt necessitas exculet: sicuti exculatur, qui patiens extremam necessitatem, non accipit alienum partum, sed argenteum vas, & id vendit ad emendum ex pretio cibos sibi necessarios, licet argenteum directè non tollat, nec in mediata famem. Præsertim de hic ratio Decij: cum hic non rapinam agatur de accipiendis rebus alienis ad vitandam famem, nec tantum tractatur de vitando periculo mortis imminens ex fame, sed & de effugiendo periculo mortis aliunde vltimūque immi-*

nentis, & de constituto in extrema necessitate vitæ vel ratione famis, vel homicidij: iuxta ea, quæ iam adnotauimus in huius relectionis parte prima ad interpretationem text. in *cap. officij. de penitent. & remiss.* huic autem rationi, quam Decius tradit, suffragantur verba sancti Thomæ, *2. 2. quæst. 64. artic. 7. ad 4. ita scribens: Actus fornicationis, vel adulterij non ordinatur ad conseruationem propriæ vitæ ex necessitate*. Quarta igitur ratio huic controuersie offerri solet, quæ dicitur, licitum esse ob effugendum mortis periculum ei, qui patitur extremam necessitatem, rem alienam capere, non tamen fornicari: quia dispensatio diuina opus est ad hoc, vt præcepta & leges diuinæ prætermittantur: in lege verò diuina, quæ furtum prohibet, dispensatio diuina omnino apparet ex causa necessitatis, *cap. discipulos. de consecrat. distinct. 5. ar. circa præceptum illud, Non machaberis*, nullibi reperitur diuina dispensatio, nec ratione extremæ necessitatis, nec ex alia causa. Et idèd non est licita fornicatio ad vitandum mortis periculum absque diuina reuelatione. Hæc ratio deducitur à gloss. quam inibi notat Cardin. Alexand. in *cap. quoniam. 48. distinct.* & sensere idèd Syluest. in *verb. metus. 7.* & Almain. in *moralibus. q. de metu. propos. 3.* imò coitus cum femina, quæ vxor non est, si ex diuina reuelatione permittatur, coniugalise esse verè: quia Deus matrimonij institutor, & auctor eam feminam in coniugium & matrimonium tradit coeunti cum ea, secundum D. Thom. *1. 2. quæst. 100. art. 8.* Hæc verò ratio adhuc non placet, quippe quæ non definiat, quæ ex causa in hoc præcepto, *Non machaberis*, non sit quandoque ex necessitate saltem extrema dispensatum, sicuti in illo, *Non furtum facies*. Idcirco quinta ratio reddi poterit, si animaduertamus, acceptionem rei alienæ idèd reprobam, & illicitam esse, quia est proximo iniqua, & iniuriola: hæc verò iniuria cessat planè ex consensu domini expresso, vel tacito, dato quidem vel debito: qualis contingit tempore extremæ necessitatis, quo tenentur rerum domini consentire, quòd pauperes eorum res accipiant ad subueniendum inopiæ, & necessitati, quibus ipsi opprimuntur: & idèd præceptum illud, quo prohibetur acceptio rei alienæ, nequaquam hanc continet acceptionem, quæ fit absque iniuria proximi cum ipsius domini consensu saltem debito. At præceptum, quod fornicationem prohibet, idèd eam prohibet, quia malum est adulterium ipsum, item mala est ipsa fornicatio: quorum malitia voluntate & consensu humano tolli non potest: idèdque nec mariti consensus, nec ipsius femine voluntas sufficit ad tollendam adulterij, nec fornicationis simplicis malitiam: quæ ratione extrema necessitatis vitæ minimè efficit, nec efficere potest fornicationem licitam, sicut efficit acceptionem rei alienæ; siquidem circumstantia extremæ necessitatis in acceptione ista, tollit ab ea malitiam, quam aliqui actus ipse habere solet. atque ita rem hanc distinxit Ioan. à Medina de restitutione, *quæstio. 19. vlt. col.* Sexta nihilominus huic disputationi additur ratio in huc sanè modum; Præcepta enim, & leges naturales habent velut moderatiuicem, & interpretem, rectam rationem, secundum quam pronuntiandum est, actus humanos sub legibus, & præceptis contineri, vel non: recta verò ratio præceptum hoc, *Non furtum facies*, interpretatur ita planè, vt acceptio rei alienæ tempore necessitatis extremæ nequaquam sub prohibitione legis comprehendatur.

Nam recta ratio præceptum diuinum interpretatione quadam ita moderatur, quasi necessitas omnia faciat omnibus communia, furtique rationem excludat: cum melius sit diuitem rei vnius priuatione pati, quàm vt pauper fame pereat: hoc etenim indicat, & interpretatur recta ratio. Non sic eadè rectitudo rationis interpretatur præceptum prohibens fornicationem: cum Reipublicæ & rationi naturali magis conueniat, & consonū sit quemquam mori, quàm quòd cum ea femina commercium carnale habeat, quæ propria vxor non sit: quemadmodum & in *epitome in quartum decret.* adnotauimus, *2. parte. c. 3. §. 4. n. 5.*

Septima fortassis ratio † non omnino videbitur inconcinna, nec absurda, si diligenter, ac maturè pensitemus ea, quæ legibus naturalibus ac diuinis prohibita sunt, malitiam quamdam habere ob fragilem humanæ creaturæ sensuualitatem, quæ ratione, qua nos Deus ipse munivit, destituta, quotidie nos ipsos vrget, & discruciat. Quòd si hæc malitia atenta circumstantia contingenti cessauerit, haud dubiè præceptum ipsum hoc in actu cessat, ipsaq; prohibitio diuinæ legis minimè casum istum complectitur. Et idèd è contrario si malitia actus lege diuina prohibiti, ratione contingenti circumstantiæ non cessauerit: nec ipsa præcepti prohibitio cessat, nec diuina lex in eo actu min-

norem obligationem, & vim habet, quàm si circumstantia illa non contigisset. Si acceptio rei alienæ prohibita est iure naturali, & diuino, propter malitiam, quam actus hic habet ex eo, quod sit iniuria proximo, cuique damnum inferitur: at malitia ista omnino cessat aliquot casibus, in quibus præceptum nec violatur, nec legi diuinæ, aut naturali contradicatur; nempe cum quis rem à domino auferat, ensẽm inquam, ne vel seipsum, vel alterum occidat. Idem si res à domino auferatur ad subueniendum extremæ inopiæ, quam accipiens patitur. Malitia etenim, quæ acceptioni rei alienæ solet adherere, tunc procul abest, quia nec iniuria domino fit, nec damnum ei inferitur; imò ea acceptio fit eius consensu saltem debito, & quem dominus teneretur adhibere. Eadem ratione oportet expendas præceptum illud: *Non occides*. siquidem homicidium priuata perpetratum auctoritate, quod inibi prohibetur, malitiam habet ex eo, quod proximus innocens occiditur, & cuique sit ex ea occisione iniuria, siue occidatur à priuato, siue à iudice, qui non publica, sed priuata vitur auctoritate, cum innocentem, & innoxium occidit. At tunc occisio hominis erit ob vitandam mortem, & periculum vitæ licita, quoribus hæc extrema necessitas auferat malitiam actus: & ideo aggressorem occidens aliter mortem effugere non valens minimè peccat contra præceptum legis naturalis, nec diuinæ, cum ob extremam hanc defensionis propriæ necessitatem cesset malitia actus homicidij, ex quo nulla fit iniuria proximo, qui nocentissimus propter aggressionis causam occiditur ab eo, qui iure defensionis potuit cum occidere, aliter propriam mortem, & iniuriam non euasurus. Non erit idem, si quis innocentem occiderit, cum non posset aliqui mortem effugere, scilicet ad vespendum corpus innocentis, ne fame periret occisor. Nam hæc extrema necessitas non tollit malitiam actus homicidij, cum adhuc utrumque vergeat fames, innocens alter est, qui occiditur. Sic denique fornicatio lege naturali, & diuina prohibita eam malitiam habet, quod ex appetitu, ac sensualitate aduersus rationem quis carnale commercium habeat cum ea femina, quæ vxor non est. Siquidem lege naturali coitus tantum coniugaliter licet hominibus, & sic animalibus ratione præditis, iuxta l. 1. §. ius naturale. ff. de iust. & iur. in cap. ius naturale. 1. distinctio. quorum interpretationem explicauimus in Epitome ad 4. decret. part. 2. princ. n. 6. Expendamus igitur, an fornicationis malitia tollatur ex circumstantia necessitatis extremæ, imminenti fame, vel mortis periculo, à quo nisi quis fornicetur euadere nequit. Et profectò patet non tolli tunc malitiam huius actus, quia propter hanc circumstantiam non efficitur vxor ea quæ non est, nec coitus efficitur coniugaliter: & ideo minimè licet ob extremam necessitatem fornicari, cum & si Deus possit peculiari ratione feminam aliquam viro in coniugium tradere, & ea ratione permittere coitum cum femina, quæ ex contractu humano vxor non erat: attamen Deus ipse nunquam dispensat, nec dispensare potest, quod seclusa ratione coniugij, & absque vxoria lege quis fornicetur. siquidem manente malitia actus, non potest Deus eundem actum permittere: quemadmodum manifestè deducitur à D. Thoma 1. 2. quæst. 100. artic. 8. Ex quo palam deducitur, nec Deum ipsum posse super diuinis præceptis decalogi dispensare: si propriè & verè, quid sit dispensatio, intelligamus. tradit hoc ipsum latius Domin. Sor. lib. 2. de iust. & iur. quæst. 1. art. 8. Hanc ipse arbitror esse veram rationem constituendi differentiam inter hæc duo præcepta, *Non furtum facies*: &, *Non mæchaberis*. Ex quibus etiam colligitur, an actus lege diuina & naturali prohibiti, & secundum propriam eorum malitiam illiciti, possint aliqua ex causa, ob aliquam circumstantiæ rationem esse liciti, & absque peccati culpa fieri, & licere, quod potissimum ad mores pertinet.

§. SECVNDVS.

SVMARIA.

- 1 Meretrix petere potest apud iudicem exteriorem, mercedem sibi promissam ob fornicationem. Et ibi intellectus l. 4. §. sed quod meretrici. ff. de cond. ob turp. caus.
- 2 Donatio fieri potest concubina, præterquam à milite, & clerico.
- 3 Nihil refert quantum ad donationem, nec quoad pretium fornicationis, siue publica meretrix, an occulta fornicatrix.
- 4 Datum meretrici, an ab ea retineri possit seclusa causa donationis?
- 5 Promissum parafitis ob verbera vel alapas, an peti possit.
- 6 Expenditur text. in l. 4. in princ. ff. de cond. ob turp. caus. & ibidem de pactis turpibus, & iis, quæ contra bonos mores sunt.
- 7 Datum causa maleficij, & turpitudinis, an sit necessariò restituendum danti.

ri, qui in eadem turpitudine versatur: an pauperibus: vel an possit retineri ab accipiente?

8 Intellectus ad text. in c. veniens de simonia.

PROXIME actum est de fornicatione, an ea licita sit ob extremam famis necessitatem: idcirco Tertio loco à prima, quam constituimus, regula, colligitur, Siue restituendum quod ex fornicatione, ac meretricio acquisitum fuit: & an ea acceptio sit iniusta, siue in iniuriam proximi, siue quia lege prohibita? Cui quæstioni præmittendum est, an meretrix apud iudicem exteriorem petere possit, secuta copula, mercedem ob eam sibi promissam?

Et quod agere non possit femina ad pecuniam ob fornicationem promissam, probatur primò ex l. 3. & 4. in princ. ff. de cond. ob turp. caus. quibus decum est, in pari causa turpitudinis potiorum esse possidentem. Sed in hac specie par est causa turpitudinis: igitur qui nondum conueniam pecuniam soluit, & eam retinet, potiora habet iura. Secundo, Códitio turpis vitii contractum, & vitiatum: promissumque; ob agendum maleficium peti non potest. l. mercedem. C. de cond. ob turp. caus. l. iuris gentium. §. si ob maleficium. ff. de pact. l. si plagij. l. generaliter. ff. de verborum obligatio. ergo cum promissum meretrici detur propter maleficium: nec promissio teneri, nec ea agere meretrix poterit. Tertiò, nemo est dominus membrorum suorum, præsertim ad vsum illicitum. l. liber homo. ff. ad leg. Aquil. cap. contingit. de sentent. excomm. meretrix igitur, quæ sui corporis domina non est, nulla ratione mercedem pacifici valet ob vsum venereum; vsum, inquam, proprii corporis illicitum. Quibus tandem pars ista probari potest, quam veram esse censent gloss. in d. l. 4. §. sed quod meretrici. & in l. 2. Cod. de cond. ob turp. causam. & in l. affectionu. ff. de donati. Imol. ibi, Angel. Bald. Paul. & Iason in d. §. sed quod meretrici. Zafius in l. generaliter. superius cit. Fortun. in dist. §. si ob maleficium. Verum contraria sententia rationibus, & auctoritatibus probatur. Nam & Iurisconsultus in dist. §. sed quod meretrici. expressim scribit, meretricem turpiter agere, non tamen turpiter data, & promissa accipere. Vnde licet actus venereus, ob quem datur pecunia, illicitus sit, & turpis: ipsa tamen acceptio pecuniæ turpis non est, nec iure improbat. Qua ratione sicuti data turpitudine virtusque dantis & accipientis, non est locus repetitiohi; ita cum ex parte accipientis turpitudine in ipsa acceptione minimè datur, non tantum locus non est repetitiohi, sed & locus datur exactiohi: vt differat Iurisconsulti responsu in d. §. sed quod meretrici. à responsu l. 3. & 4. in princ. Denique, utcumque Lector velit de huius sententiæ veritate sentire & iudicare. nam & id liberum per me vniciuique fit. Scio enim me errare potuisse; & posse: cogor tamen lectori admonere me nullo in hac disputatione sensisse, aut dixisse legem iustam facere operâ meretrici, cum meretricis opera iniusta à me passim & planè censetur: quod & alibi tractauimus. Sed mercedis meretriciæ dationem iustam esse apertissimè scripsi. Legi liquidem apud doctissimum virum, me scripsisse operam meretricis à lege fieri vel censi iustam, quod non potuissim scribere, nisi immemor Iurisconsulti, cuius verba expressim paulò antè retuleram.

Deinde quamuis fornicatio praua sit, & iure diuino vetita; ipsa tamen meretrix domina est sui corporis, & materia vendibilis est, nec ipsa venditio actus venerei illicita censetur: & licet actus venereus ex seipso malus sit, eius tamen venditio non est prohibita, nec illicita ratione materiæ: etenim dare mulieri aliquam pecuniam pro vfu venereo, antequam is sequatur, malum est, quia datio illa imperatur à luxuria, & à praua sensualitate procedit: at datio pecuniæ meretrici promissæ, cum ea sit post actum venereum, mala non est: sed actus iustitiæ à nullo vitio imperatus, quia materia vendibilis in hanc dationem adducitur, sicuti explicat eleganter Caiet. 2. 2. quæst. 32. art. 7. Rursus ex hoc; vt magis vergeat argumentatio, adsumo propositionem hanc, videlicet in hac pactione, quæ cum meretrice fit, materiæ adductam in conuentionem, & pretij commutationem, vendibilem esse. quod probatur præter auctoritatem Caietani, ex ipsius Iurisconsulti loco, vbi fatetur in hac specie meretricem licitè mercedem accipere, & acquisitionem ipsam licitam esse, immunem quidem à turpitudine. idem fatetur D. Thom. in dicta q. 32. art. 7. sed si materia vendibilis non foret, profectò dubio procul meretrix ipsa turpiter acciperet: cum ipse actus venditionis ex propria natura esset illicitus, ac necessariò sequeretur, dationem & receptionem procedentes ab ipsa venditione secundum propriam naturam illicita, itidem illicitas esse, & turpes: vt in Simonia, & in conuentione, quæ cum aliquo fit,

ut iniquam sententiam ferat. quod satis constat ex D. Thoma in dicta art. 7. & Iuriconsultis in d. l. 3. latiusque à nobis in sequentibus explicabitur. At si materia vendibilis est, non video qua ratione conuenio ista, quantum ad commutationem pertinet, ex se ipsa turpis sit, nec ex parte dantis, nec ex parte recipientis; siquidem qui dat, vel promittit pretium ob eam rem quæ vendi potest, legem sequitur commutatio iustitiæ: recipiens eodem pacto eandem legem seruat, ac iuste recipit mercedem, & pretium rei, quam vendere potuit. igitur pactio hæc seruanda est, & promittens cogendus erit promissam mercedem soluere. Non obstat Iuriconsulti responsio, quæ asseruat, dantem turpiter agere. Nam actus ipse venereus utriusque maris & femine turpitudinem habet: atque ita pactio ipsa contingens inter virum & meretricem ratione huius actus, & quatenus ex appetitu, & libidine fit, etiam turpis est, non tantum ex parte viri, sed ex parte meretricis: sed quatenus datio & receptio mercedis, eiusque promissio & stipulatio seorsum possunt censei, turpitudinem non habent. datio inquam vel promissio, quia fit in compensationem, & mercedem, ac pretium corporis ipsius meretricis, quoad vsum venereum, qui vendibilis est, & ideo ad iustitiam commutatiuam pertinet: acceptio vero, quia meretrix mercedem & pretium recipit eius laboris, & vsum, qui vendibilis est: & tamen nihilominus dantis, vel promittentis turpitudine versatur, quia datio meretricem prouocat ad fornicationem, & procedit ab appetitu & libidine coitus. non sic receptio meretricis, vel mercedis pactio: quippe quæ non procedat ab appetitu actus venerei, sed ut habeat ipsa mercedem, & pretium vsum corporis ad actum fornicationis. quod fit, ut nec ipsa datio turpis sit, quatenus ea tendit ad stipendium, & mercedem actus venerei, & vsum corporis, quem ipsa præstat meretrix, & ob quem pretium habere potest. igitur qui meretrici mercedem promissit, iam post ipsum actum venereum cogendus erit eam soluere, etiam si ante coitum pactum fecerit, cum in hac specie non sit tractandum de promissione aut donatione, quatenus turpitudinem habet, sed de ea qua ex parte iustitiam respicit commutatiuam: hic etenim est verus sensus Iuriconsulti in d. §. sed & quod meretrici.

Secundò eadem sententia, quæ asseritur, promissionem factam meretrici seruandam esse, etiam apud iudicem exteriorem, & promittentem cogendum fore ad promissi solutionem, probatur Genes. cap. 38. quo in loco Iudas mercedem promissam Thamar, quæ habitum meretricium assumpserat, ob fornicationem, eide soluit, & misit post ipsum actum venereum: profectò non alia ratione, quam quod teneretur mercedem promissam meretrici soluere. Illud enim mendacium perniciosum futurum esset, & haberet annexam iniuriam, si Iudas promissam non reddidisset, quod D. Thom. notauit in 4. sent. dist. 33. q. 1. art. 2. ad 1. Nec oportet excusare Iudam & Thamar à peccato fornicationis; rei enim fuerunt illius criminis, iuxta eundem D. Thomæ opinionem in ead. quest. 1. art. 3. & in tract. de maleficiis. q. 18. art. 1. ad 6. & 2. q. 2. §. 4. art. 2. ad 3. & ibi Caiet.

Tertiò, eadem opinio satis apud Iuriconsultum probatur in 2. l. affectionis. ff. de donat. qui censet, donationem posse fieri meretrici, & si tactam validam esse, non tantum quoad exceptionem, sed & quoad actionem, secundum magis communem Doctorem, interpretationem contra glossam. ubi ad idem optimus text. in l. donationes in concubinam, in princ. ff. eod. tit. & id constat argumento ab speciali: nam si minor & miles non potest donare meretrici secundum notata in dicta leg. affectionis. ob specialem quamdam rationem; qui minor non iur, nec miles donare meretrici poterit. Miles ut. §. 1. ff. de milit. testam. ubi tamen probatur eum, qui miles non sit, non tantum donare posse meretrici & concubinæ, sed etiam legare in testamento, & eam heredem instituere, quod Anton. Butti. consil. 14. & eleganter lafon consil. 37. lib. 3. adnotarunt. tradunt hac de re plura Bartol. & DD. in dict. l. affectionis. Roman. cons. 43. Anchar. cons. 247. Capius in decis. Neapolit. 102. qui & de concubina clerici loquuntur, examinantes, quando ei donari à clerico possit, quibus adde l. 2. cum sequent. tit. 3. lib. 1. ordinat. & Ioan. Lup. in rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 39. Nam & Raphael Cum. in dict. l. miles ut. §. 1. Bald. cons. 437. lib. 5. & laf. in d. cons. 37. col. 2. lib. 3. existimant, etiam pagano minimè licere, donationem facere mulieri, cum qua habet adulterinum, incestumve commercium. Fit tandem ex his, ut consuetissimum sit, mercedem meretrici ob fornicationem promissam, modò absit dolus & fraus, eidem soluendam esse, promittentemque à iudice compellendum fore ad eius solutionem: quam opinionem

Didaci Coniat. Tom. I.

teneant Cyn. & Salic. in l. 2. C. de cond. ob turp. caus. Bart. & Alex. in d. §. sed & quod meretrici. idem Bartol. in dict. l. affectionis. Alex. in d. l. generaliter. Abb. in c. quia plerique. n. 14. de immuni Eccl. Ripa in l. si plagy. ff. de verb. obligat. col. pen. Ioan. Lup. in d. rubr. §. 40. Sal. in l. ea qua. C. de donat. ante nupt. Bart. & Aretin. in d. l. generaliter. quo in loco laf. & Zaf. num. 29. testantur hanc opinionem communem esse. Nec oberunt ea, quæ ad probationem prioris sententiæ adducta fuere: siquidem leg. 3. & 4. tunc obrinet, quando datio & receptio utrimque est illicita, & reprobata: at in hac specie acceptio licita est, imò & ipsa datio, quatenus procedit à lege iustitiæ, & à promissione dati in mercedem eius operis, quod pretium habere potest: iuxta ea quæ modò adnotauimus. Item Iuriconsulti responsum in dict. §. si ob maleficium. ita intelligendum est, ut procedat in maleficio, quod lege exteriori puniunt, quantum ad ipsius recipientis actionem; siquidem ratione eius actus, qui iure humano puniunt, nemo potest iure quidquam pacisci, nec stipulari. l. mercedem. C. de condit. ob turp. caus. qua ratione, etiam si ex propria natura materia vendibilis sit, quia lex ipsa humana actum ipsum punit, propter quem pactio fit: verè dici non poterit, eadem lege humana pactio istam validam esse, qua quidquam promissum fuerit ob maleficium committendum. Sic sanè cum lege humana actus puniatur, nullo pacto potest valida censei pactio, quæ tendit ut pretium constituatur ob actionem illius actus, qui lege ipsa puniatur: atque ideo tunc versabitur vitium, & turpitudinem non tantum in ipso dante aliquid ob maleficiū, sed & in ipso accipiente, qui paciscitur mercedem pro eo, quod apud iudicem puniri debet, vel pro ea re, quæ vendibilis non est. optimus text. in d. l. 4. Vltima ratio ex leg. liber homo. ff. ad l. Aquil. non nocet huic conclusioni. Nam licet nemo dominus sit membrorum suorum, est tamen de minus vsum proprii corporis; siquidem vsum corporis locare potest propter mercedis pretium: sicut manifestè probatur apud Iuriconsultos, qui locationem operarum passim permittunt, & probant. Quod si dixeris hoc tunc obtinere, cum locatio sit ad vsum licitum, non ad illicitum; id facillimè tollitur: quia vsum illicitum operatur, quod ipsa locatio illicita sit, item quod non sit cogendus locator conventioni stare: nec tamen ex hoc sequitur, non esse locatori soluendam mercedem, quoties ipse quod in locationem duxit, præstiterit omnino absque iure reuocationis.

Assertio autem vltima, quam frequentiori calculo probatam esse diximus, vera est, imò merces huius vsum venerei sit moderata, sicut & hoc necessarium est ad omnium commutationem iustitiam: & præterea oportet, quod ipse promittens habeat ius dandi & promittendi: ita quidem, ut proprio consensu possit obligari: quemadmodum tradidere Henric. in c. peruenit. de adul. Ioan. Lup. in d. rubr. §. 41.

Ex his planè deducitur, non rectè hac in questione constitui differentiam inter meretricem publicam, & feminam, quæ occultè fornicatur: cum ratione supra scripta diligenter examinata, satis appareat, ita esse vsum corporis ad venereum actum, vendibilem in femina occultè fornicatrice, sicut & in ea, quæ publicè meretricium exercet: tamen si Cynus in l. 2. & ibi Angel. C. de condit. ob turp. caus. Abb. in dict. c. quia plerique. nu. 14. & seq. Ioan. Lup. in dicta Rubrica. §. 41. teneant in femina occultè fornicaria, quæ publica meretrix non est, quod nec ipsa petere possit mercedem promissam, & pretium fornicationis; nec si datum fuerit, illud possit retinere: imò potius restituere teneatur, etiam in animæ iudicio. hanc sententiam Cyni & aliorum scribit communem esse Adrianus in 4. sentent. in tractatu de restitutione. §. oritur alia questio. eam hi Doctores probant auctoritate textus in leg. Lucius. ff. de iur. fisci. quo probari videtur, res datas his occultis fornicariis, ad fiscum pertinere, & eas fisco adiudicandas fore. Ego equidem, ut modò adnotabam, opinor, hanc opinionem nec commune esse, nec veram: quamobrè eam in duas partes distinguam, quò facilius intelligatur. Prima etenim pars tractat, an promittens aliquod pretium femine propter occultam fornicationem, & eam, quæ meretrix non est, sit cogendus id etiam in foro exteriori soluere. Secunda pars agit de ea questione, an acceptum à femina, quæ meretrix publica non est, ob fornicationem, possit ab ea in iudicio animæ retineri, ita ut ad eius restitutionem minimè teneatur. Quoad primum fateor, Cyni sententiam in foro exteriori ob eius & aliorum doctissimorum virorum auctoritatem, frequentissimè admitteri, & à plerisque iudicibus eam admittendam fore. At non video qua ratione opinio ista vera sit, cum nihil referat, feminam esse publicè, vel occultè fornicariam ad iustam ipsius venerei vsum mercedem. Nam Iuricon-

R r

consulti

consulti responsum in d. l. *Lucius*. in his, quæ scelere quæsitæ sunt, & à fisco repeti possunt ob crimen à recipiente commissum, pœna temporali, iudicialique dignum; non in acquiritis ex fornicatione locum obinet: atque ita in his casibus, quibus receptio est illicita: & in specie Iurisconsultus ibi tractat de receptione illicita, ex eo quodd bona sunt auferenda ab herede ea ratione, quia propter scelus commissum in morte testatoris, efficitur ipse heres indignus, vel incapax hereditatis, iuxta distinctionem Doctorum in d. l. *Lucius*. idcirco satis est distincta Iurisconsulti species, & eius responsio ab his, quæ in præsentiarum de meretricio lucro tractantur. vnde mirum est, cur Cynus & alij d. l. *Lucius*. ad hanc quæstionem induxerint: cum hîc de mercede promissa ob coitum fornicarium tractemus: qui quidem coitus minimè punibilis est lege exteriori, & humana. Quod si coitus fornicarius punibilis foret apud iudicem exteriorem, tunc planè probatissimi iuris est, non posse mercedem promissam nondum solutam peti, sicuti probatur in d. l. *mercatorum*. C. de cond. ob surp. caus. & id verum est, quoties actus, cuius pretium petitur, punibilis est quoad ipsum petitorem: ne lucrum, & pretium is consequatur ex eo, vnde pœnam iure habere debet.

Secunda quæstionis pars discessit, quod receptum à femina, quæ publica meretrix non est, minimè potest interiori animæ iudicio retineri, sed ab ea restituendum est, quia sit ob turpem causam illicitè receptum, quemadmodum Cynus, & qui eum sequuntur, asseuerant. Quorum sententia falsa est omnino, & contraria, vt ex prædictis manifestè deducitur. Nā si materia hac in specie vendibilis est, parum refert vendatur publicè, vel secretè: nec item differt, venditio fiat ab ea, quæ vendendi officium publicè habet, vel ab alia: cum ex propria natura rei materia sit vendibilis, nec eius venditio ratione publici officij permittatur, sed ratione materiæ. Imò secundum Cyni & sequacium opinionem, sequeretur, ipsam meretricem turpius accipere pretium pro primo actu, quàm pro sequentibus: quod nemo doctus fatebitur. Sic sanè aduersus priorem Cyni sententiam hanc vltimam probant, & sequuntur Manaldus in summa. tit. de restitut. male acquisitor. Henric. in cap. peruenit. de adulter. Flor. 2. part. tit. 2. cap. 5. col. 2. Syluest. in verb. restit. 2. col. Adrian. in d. §. oritur alia quæst. idem post primam huius operis editionem video tenere ac probare Domin. Sot. lib. 4. de iustit. & iur. q. 7. art. 1. & probatur idem ex eo quodd hæc acceptio mercedis coitus venerci, non sit rei alienæ occupatio: cum data sit pecunia ex consensu domini absque vlla fraude: nec ipsa receptio sit illicita, nempe lege prohibita: siquidem, licet peccatum ipsum manifestam culpam habeat, quoad vsum venereum: non tamen quoad receptionem mercedis, sicuti paulò antè traditum est. Hinc fit, vt nec monacha recipiens ob mercedem coitus absque vilo dolo pecuniam aliquam, teneatur eam in foro animæ interiori restituere: quod expressim Henric. adnotauit idè & in femina, quæ maritum habet: etenim si quid ab adultero accipiat ob fornicationem, restituere id non tenetur: tamen si iniuriam faciat monacha religioni, & adultera viro.

Item ex suprascriptis apparet, quid dicendum sit de opinione, quam hac in quæstione probare conatur Ioan. à Medina in tract. de restit. q. 20. is etenim scribit, datum t meretrici, nec licitè recipi, nec posse retineri alia ex causa quàm donationis liberæ: & idèo putat, datum meretrici, non posse retineri, nec recipi titulo mercedis, & pretij actus venerci.

Primum quidem opinor hoc esse contrarium eleganti Iurisconsulti responso in d. §. sed quod meretrici. vbi probatur, meretricem licitè recipere quod datum ei fuerit ob fornicationem, non alia profeòd ratione, quàm quodd detur in pretium, & mercedem coitus venerci. Alioqui si Iurisconsultus donationis causam in hac datione considerasset, nequaquam distinxisset datum meretrici ab his, quæ alijs ob turpem causam dari solent: cum & in his donationis liberæ titulus receptionem faceret licitam ex propria natura: tamen causa, quæ ad donandum induxerit, fuit turpis. Non enim ex hoc ipsa donatio libera in vniuersum à lege reprobata censetur, sicuti & ipse Ioan. à Medina fatetur, posse datum propter homicidium, lenocinium, vel aliud turpe crimen, aut propter iniquam iudicis sententiam retineri licitè ob donationis causam. Et præterea cum hæ dationes ob causam fiant, non potest dici eas donationes esse. quod probatur in l. 1. ff. de donat. & in vlt. ff. de condit. caus. dat.

Secundo, probatissimi iuris esse censeo, datum meretrici ob ipsam fornicationem vel ratione conuentionis expressæ, vel tacitæ, in pretium vsum venerci, iustè posse ab ipsa recipi, & retine-

ri, etiam si constet, dantem non omnino liberè, sed coactum vel à iudice, vel lege pactionis dedidisse. hoc enim satis deducitur ab his, quæ paulò antè tradita fuere: modò absit fraus in ipsa acceptance, nec sit excessus aliquis in ipsa receptione: nam is arbitrio boni viri donationis titulum exigit, vt datum recipi & retineri ture valeat. Quamobrè existimo eum, qui cum meretrice publica, vel ea femina, quæ sui corporis quæstum facit, coierit absque expressa conuentione, cogendum fore à iudice lege taciti pacti eidem feminae consuetam venerci vsum mercedem soluere. Quibus satis probatum est, non esse necessariam donationis causam nec veram, nec præsumptam ad hoc, vt meretrix ture retineat, aut licitè recipiat, quod ei ob meretricium datum fuerit: atque ita hanc quæstionem definiendam esse arbitror. Nam & in specie opinionem Ioan. à Medina improbat Domin. Sot. lib. 4. de iust. & iur. q. 7. art. 4.

Hinc etiam inferitur, an t promissum alicui Parasito, vel Ioculatori, vt is inter ludicra & iocos pariat aliquot alapas, & verbera, sit ei necessariò soluendum, & promittens soluere cogatur per iudicem? & quamuis Zalius in d. l. generaliter. n. 31. velit, nullam hîc posse dari coactionem iudicis: ego tamen cõtrarium censeo quoad moderatam actus mercedem. Non inficior, Parasitum ita conuenientem, & paciscentem malè facere, & peccare quandoque mortaliter. Nam hæc ludicra & paralitica ars licita quidem est ad hominum delectationem: modò ea exerceatur absque proximi præiudicio, & læsione honestatis, vt explicant D. Thomas & Caieranus 2. 2. quæst. 168. art. 3. & præced. Syluest. in verb. ars. quæst. 7. tradunt Doctores in cap. 1. de vit. & honest. cleric. lib. 6. tamen etsi malè faciat Parasitus locando vsum sui corporis ad hæc verbera; nihilominus ex hoc nulla lege exteriori punitur, nec turpiter recipit huius laboris mercedem. Quia in re oportet viros nobiles admonere, has cum parasitis pactiones esse omnino contrarias veræ nobilitatis legibus: idcirco ab eis abstinendū fore, cum sint alia ludicra artis, & parasitici muneris partes, quæ absque vilo vitio possint magis ad risum, & iocos prouocare, & ad honestam delectationem pertinere, etiam si apud Romanos eo tempore, quo propter Asiaticam luxuriam in perditissimos itum est mores, id in vlu erat. Ita etenim in hunc sensum quidam accipiunt illud Martialis lib. 2. ad Posthumum:

Os tibi præcisum, quanto non ipse Latinus,
Vilia panniculi percuit ora sono.

Ceterum prius quàm quæstionem istam egrediamur, obseruandum est t ad intellectum l. 3. & 4. ff. de condit. ob turp. caus. 6. distinctionem quamdam prænotari posse, aliquot expositis conclusionibus.

Prima quidem: Apud iudicem exteriorem nemini licet agere ad mercedem, vel pretium eius operis, quod habet crimen ab eodem iudice pœna exteriori puniendum. text. optimus in l. mercatorum. C. de condit. ob turp. caus.

Secunda: In pari turpitudinis causa lex humana denegat actionem & repetitionem eius, quod propter aliquod scelus committendum datum fuerit. d. l. 1. 4. in princip. leg. 53. tit. 1. 4. part. 5.

Tertia: Vt cumque humana lege denegata sit repetitio eius, quod ob crimen, & maleficium datum fuerit: non tamen ex hoc accipiens tutus erit in animæ iudicio, si alioqui vel ratione materiæ, quæ vendibilis non erat, vel ex eo quodd conuentio fuerit iniqua, teneatur ad restitutionem: lex enim, quæ negat danti repetitionem in hac specie, nullum ius tribuit recipienti, nec plus iuris in eum transfert, quàm is ex receptione acquisierit: sicuti in simili argumento docet D. Thom. 2. 2. q. 77. art. 1. ad primum. Igitur quoties tractabitur de obligatione ipsius recipientis ad restituendum ea, quæ ob maleficium acceperit, apud iudicem interioris iudicij res erit ita examinanda, ac si humana lex, quæ repetitionem danti ob parem turpitudinem negauit, quidquam hac in re non statuisset. Nisi aliqua ex lege probatum sit, aut probati iusta ratione queat, per denegationem actionis in pœnam turpitudinis, dantem priuatum esse lege humana eo quodd dedit. Nam & tunc erit diligenter examinandum, cui lex ipsa tribuendum esse censet id, quod datum est, ipsine recipienti, an fisco, an pauperibus, vel Ecclesiæ: quod latius probabitur inferius, & in materia de simonia, & in tractatu eorum, quæ ob maleficium lege exteriori punibile data sint.

Quarta conclusio: Etiam si propter parem turpitudinis causam, quoties datio & receptio est illicita, minimè comperat danti repetitio: tamen vbi ipsa receptio est licita, non tantum

repetitio negatur, sed & retentio ipsa iniustissima est. quod constat ex ratione text. in d. §. sed quod meretrici.

Ex tertia conclusione deducitur resolutio illius questionis, qua solet controuerti: an sit necessarium facienda restitutio eorum, quæ turpiter data & accepta fuerint: & cui, an ei, qui dedit, vel pauperibus? Quia in re quibusdam visum est, restitutionem faciendam esse necessario, non tamen danti, sed vel fisco, vel pauperibus. quod ea ratione probatur, quia receptio iniqua est, & a lege reprobata: idcirco non potuit datum recipienti acquiri, iuxta regulam primam quam in hac relectionis secunda parte constituimus. Idem adnotari potest ex cap. de hoc. de simonia. ubi satis manifestè scriptum, & responsum est, acceptum ratione simoniæ conventionis absque periculo animæ, retineri non posse. Et ita Doctores inibi adnotarunt, atque in vniuersum proposita questionis respondent Paludani in 4. sentent. distinct. 15. quasi. 3. art. 5. versic. 3. concl. gloss. pen. in regula quam interpretamur. quæ quidem sententia frequentiori Doctorum consensu recepta est: quemadmodum fatetur Ioan. à Medina de restitut. q. 2. c. 2. incipienti, De eo quod. Nam & nostrates idem præmittunt, dum gl. eandem sequuntur. quibus ad stipulatur text. in l. iuris gentium. §. si ob maleficiū. ff. de pact. in l. generaliter. & in l. si plagiū. ff. de verbor. oblig. & in §. prator ait. ac §. generaliter. d. l. iuris gentium. ubi pacta turpia, contra bonos mores, aut contra leges, irrita sunt, & nulla. Consequitur igitur harum conventionum ratione nullum ius recipienti acquiri: siquidem titulus acquisitionis nullus est. l. non dubium. C. de legibus. Adrianus tamen in 4. sentent. tract. de restitutione. cap. refert inquirere. ad fin. fatetur planè, accipientem omnino teneri ad restitutionem: sed contendit posse arbitrio eius eam fieri danti, vel pauperibus. Ioan. à Medina de restitut. d. c. 2. aliter questionem istam definire tentat, existimans, acceptum ob maleficiū, & turpem causam non esse necessario restituendum danti, sed pauperibus causa ipsa secuta, & sic maleficio commisso. quia qui iam dedit ob eam causam, quæ secuta est, rem donauit, eamque à se abdicauit. & ideo ei non est restituenda: causa verò non secuta censet restitutionem faciendam esse ei, qui dedit: cum voluntas donationis cesset causa non secuta: addit præter hæc in simonia causa dantis & acceptis non esse restitutionem faciendam danti, præterquam in casu text. in c. veniens. de simonia. At Caiet. in summa, in verbo. simonia exterior. opinatur, temporale datum propter simoniam, non secuta spiritualis traditione, in animæ iudicio ante iudicis sententiam restituendum esse danti: ea ratione quod in pœnâ criminis, & iniquæ pactio- nis lex canonica priuat dantem ea re, quam dedit: pœna verò ante condemnationem iudicis non debetur. nec omnino restituenda est: iuxta resolutionem gl. in c. tua fraternitas. 12. q. 2. quant rationem & Ioan. à Medina in vniuersum pro eius responsione validam esse censuit. Idem Syluest. post Ioan. in summa confessorum. fatetur, in verbo. restitutio. 4. §. 1. hoc tamen dimittens arbitrio accipientis: sicut & Adrianus paulò antè citatus existimat. Ipse quidem quantum attinet ad recipientem, etsi communis sententia definierit, eum teneri ad restitutionem eorum, quæ ex iniquis vtriusque conventionibus acquisierit, vel acceperit: video tamen posse in hunc sanè modum distinguere. Aut etenim pactio fuit iniqua ex eo, quod materia vendibilis non sit: nempe in crimine simoniæ, cum res spiritualis, cuius venditio simoniam inducit, æstimari, aut vendi non possit: & in pactio- ne, quæ aliquid promittatur, vt iniqua sententia feratur, vel iustitia ministretur: in his casibus recipiens tenebitur omnino restituere: quippe qui nihil dedit, aut fecerit, quod ex propria natura sit pretio æstimabile. Quòd si materia vendibilis sit: quia vsus corporis, & labor humanus conducitur ad delictum, & ob id conuentio iure improbatæ est, & illicita ratione turpitudinis vtriusque commissæ: fortassis accipiens poterit datum retinere in animæ iudicio in compensationem arbitrio boni viri, ac iustam mercedem laboris impensæ, & industriæ præstitæ ad maleficiū. inducor etenim in hanc sententiam: primum quòd licet a lege istæ conventiones reprobatae sint, & censeantur: id procedit ad hunc sanè effectum, vt ex eis agi non possit, nec teneatur quis promissa seruare: non autem ad hoc, vt datum ratione laboris impensæ restituendum sit ante condemnationem: si qui dedit, potuit propriæ rei transferre dominium. Deinde quamuis conventiones istæ indistinctè reprobentur quoad omnes iuris effectus: hoc in pœnam criminis commissi paciscendo fit: sed pœna non est necessario ante condemnationem restituenda. Item si verum esset quod Doctores communiter adnotarunt, sequeretur inde artificem aut fabrum conductum ad fa-

Didaci Conar. Tom. I.

bricandum id, quod iure verum extat, & in maleficiū perniciosum fabricatur, teneri ad restitutionem eius, quod ob fabricam in mercedem laboris acceperit: sic & miles conductus ad bellum iniustum, quodque ipse iniquissimum esse certò scit, teneretur restituere mercedem iure condictionis sibi ob militiam præstitam: & tamen nec artificem, nec militem ad restitutionem in propositis speciebus ipse non damnatam, nec compellerem in animæ iudicio: nec opinor cogi posse. mille profecto possent ad hæc exempla proponi. Vnde mihi non admodum placeat communis Doctorum opinio, quæ dubio procul obtinet, cum accipiens nihil laboris, vel industriæ impendit. Scio tamen frequentissimam omnium sententiam in contrarium probatam iri ex eo, quod conventiones istæ iure sint reprobatae, & nullæ censeantur: & ideo acceptio sit illicita: eaque ratione quoties obligacionem restituendi: tametsi huic rationi possit responderi, veram esse, quoties contractus ita lege reprobatur, quòd nec actionem, nec retentionem pariat: tunc scilicet, quando reprobatus est, vel ex defectu solemnitatis iure requisitus, vel ob deficientem legitimum consensum paciscentis ad perfectam rei promissæ translationem. quod in præsentiarum minime contingit. Et ideo in hoc casu restitutio necessaria non est. Quod verò pertinet ad dantem, an ei sit facienda restitutio quoties recipiens restituere tenetur: est obseruandum, si ne ea lex, quæ repetitionem negat ob parem turpitudinem, pœnalis: ita quidem vt in pœnam iniquæ conventionis expressum, vel tacite efficiat inhabilem eum qui dedit, ad repetendum. Nam si inhabilis efficitur in pœnam, hæc pœna nullam requirit iudicis executionem: atque ipso iure absque vlla iudicis sententia infligitur: idcirco in animæ iudicio obtinebit planè, secundum ea, quæ nos tractauimus in epitome ad quartum librum decretal. 2. part. c. 6. §. 8. & ideo restitutio non erit necessario danti facienda, etiam si causa, ob quam dario facta fuerit, secuta non sit. Etenim ubi causa secuta fuerit, non diffiteor communi omnium sententia absque dubio, licet materia vendibilis non sit, nec pretio æstimabilis, danti restituendum non esse. sed etsi dixeris in priori specie, ubi causa dationis secuta non fuerit, legem denegantē repetitionem non procedere: aut saltem obtinere quoad simplicem negacionem actionis, non tamen ex hoc priuare in pœnam ipsam dantem iure, quod habet ad repetendum causa non secuta: verumque opinor falsum esse.

Nam lex civilis negans repetitionem eius, quod datum turpiter fuerit ob turpem causam, locum habet, etiam ante causam ipsam secutam: & eadem in pœnam tanti criminis dantem priuat iure exigendi, quod dederat. Non obstat huic t̃ resolutioni 8 text. in d. cap. veniens. de simonia. qui respondit datum causa simoniæ restituendum esse danti. Id enim procedit, vel quia ipse dedit bona fide monachis exigentibus id prætextu consuetudinis, ad prandium monachorum. cap. cum Apostolicam. eod. tit. vnde non omnino manifesta est, nec aperta dantis turpitudi: vel pecunia inibi restituitur danti, vt is translati ad aliud monasterium, eam secum in id monasterium deferat, ad alimenta sibi necessaria. Quo fit, in eo textu minime posse probari, quòd datum causa simoniæ sit restituendum ei, qui dederit: ac eandem ex his, quæ modò adnotauimus, palam constat, qualiter sit intelligenda Iurisconsulti responsio in d. §. sed quod meretrici. & in eiusdem l. 4. part. 1. Et nihilominus proximo §. adhuc ipsam questionem tractantes, explicabimus veram cognitionem, & interpretationem text. in l. 2. ff. de condit. ob turp. caus.

§. TERTIVS.

De restitutione accepti ob id, quod ex officio fuerit debitum.

S V M M A R I A.

- 1 Datum iudici, ut iustam sententiam pronuntiet, an possit repeti: & an is, qui dedit, perdat litem? & inibi iura & iustitiam venalia esse non debere.
- 2 Testi an possit proferendo testimonio aliquid accipere?
- 3 Res aliena inuentor, an iussu possit aliquid capere ob eiusdem rei restitutionem?
- 4 Intellectus l. solant. ff. de præser. verb. & l. 4. §. si tibi. ff. de cond. ob turp. caus. & ibidem quatenus teneamur alterum ab iniuria defendere.
- 5 Ad restitutionem an teneatur qui potuit proximum à damno illato defendere?
- 6 Examinatur argumentatio gloss. in l. 4. §. si tibi. ff. de condit. ob turp. causam.
- 7 Per metum acquisitū etiam leuem an sit necessario restituendum metum passio.
- 8 Virginiū defloratio aut corruptio quomodo per pecuniam compensanda.
- 9 Percutiens vel occidens aliquem quomodo teneatur ad damni restitutionem.
- 10 An sit restituendum quod obtinetur ex contractu beneficio restitutionis in integrum restituendo?

R 1 2

11 At-

restituere danti tenetur secundum Anton. & Abb. n. 13. in c. quia plerique de immuni. Eccl. Adrian. in dist. cap. restat inquirere. Ioan. à Medina in d. q. 25. contra Innoc. in d. c. quia plerique. qui falso intellegit text. d. c. non sanè. contrarium probare, auctoritate Augustini, tentauit.

3. Secundò hinc deducitur, an t ob restitutionem rei alienæ inueniæ possit eius inuentor mercedem, aut præmium ex pacto vel aliàs accipere. Hostiens. quidem in cap. dudum. el. 2. de elect. existimat, posse aliquid iustè recipi, & retineri ab eo, qui rem alienam inuenit ob eius restitutionem. Sed ab Hostiens. discedit ibi Panormit. num. 18. non immeritò: etenim tenetur quis rem alienam inuentam domino restituere lege iustitiæ. c. si quid inuenisti. l. 4. q. 5. igitur gratis id facere debet, secundum regulam paulò antè à me propositam. idem probatur in l. falsus. §. qui alienum. ff. de furt. vbi Iuriscòsultus scribit, eum, qui rem alienam inuenit, non probè petere inuentionis præmia. Quid ergo, inquit, si quæ Græci dicunt εὑρεῖς, petat? nec hic videtur furtum facere, etsi non probè petat aliquid, ita sanè legit dictionem Græcam Haloander. at Budæus ibidem, & in tit. de offi. præf. pulu. res, legendum esse censet, quæ vox idem significat, nempe inuentionis præmia: Hispani dicimus Hallazgos, Vnde Bartol. in dist. §. qui alienum. scribit, propter restitutionem rei alienæ, quæ inuenta fuerit, nihil iustè peti posse, nec accipi: pro labore tamen impenso in ea requirenda, & inuenienda iustè mercedem aliquam recipi, & retineri. idem adnotarunt Alber. & Iason. in l. 4. §. si tibi indicium dederò ff. de condi. ob turp. caus. col. 2. Felin. in cap. dilecti n. 7. de accusat. & Chassan. in consuet. Burgund. rubr. 1. §. 3. num. 1. tamen si apud me certissimum sit, posse recipi iustè, & retineri, quod fuerit datum ob rei inuentæ restitutionem: modò saltem coniecturis quibusdam appareat dominum id liberè dedisse & sponte.

Verum aduersus suprascriptam regulam sunt duo Iuriscòsultorum responsa in d. l. 4. §. si tibi indicium dederò. † & in l. solent. ff. de præscrip. verb. quibus constat, nec repeti posse quod datum est ob indicandum seruum fugitiuum, aut furem: imò ex pactione, & conuentione posse peti, actionemque in id exigendum dari: & tamen lege iustitiæ saltem charitatis præcepto tenetur quis furem indicare, & itidem seruum fugitiuum: quem admodum adnotatum est communi omnium sententia in cap. qui cum fure de fur. & in c. dilectus de excess. prælat. gl. & Bart. in l. ciuile. C. de furt. & adnotatur in c. nerui. 13. dist. 1. igitur non tenetur quis gratis facere id quod ratione præcepti ad iustitiæ pertinentis agere tenebatur. Præterea tenetur quilibet, si possit absque proprio periculo, & commodè id valeat efficere, alterum ab iniuria defendere, non tantum iure Pontificio. text. in c. quanta. & ibi gl. & DD. de sentent. excomm. & in c. dilectio. eod. tit. in 6. cuius & Iason meminit in cons. 86. l. 3. sed & iure ciuili: quod probatur à contrario sensu, text. in l. culpa caret. ff. de reg. iur. sicuti adnotarunt Alber. in l. metum. §. sed licet. ff. quod met. caus. Decius in cap. 1. col. 3. de offi. delegat. Fortun. in l. vi vim. ff. de iustitia & iure. ad finem. Ioan. Igneus in l. 1. §. serui appellatione n. 125. ff. ad Syllan. Gratus in cons. 1. n. 47. l. 1. Adrianus quodlibet. 1. art. 2. col. 4. etiam si communiter quoad ius ciuile contrarium receptum sit ex l. 1. §. sed in eod. ff. ad Syllan. gloss. in d. l. culpa caret. sicuti constat ex DD. ibi, & in d. cap. 1. & in d. §. sed licet. & Lud. Carrerio in pract. crimin. de homicid. §. 4. n. 19. & §. 6. n. 63. sed prior sententia verior est: quamvis iure ciuili non sit puniendus, qui alterum ab iniuria non defenderit, cum possit commodè id facere, saltem pœna ordinaria criminis regulariter. Et nihilominus licet teneatur quis alterum ab offensa, & iniuria defendere, lege quidem iustitiæ, vel charitatis præcepto: non tamen tenetur id gratis agere: optimus textus in l. si pater. §. 1. ff. de donat. vbi Iuriscòsultus scribit, iustam esse in hac specie laboris mercedem. idem notat Adrianus dist. quodlibet. 1. artic. 2. colum. 3. Cui accedit Ioan. à Medina in dist. quæst. 25. col. 12. Huic posteriori rationi respondendum esse censo, id procedere in laboris stipendium, & mercedem, ita tamen, vt ex mora non dati stipendij opus hoc pium, & iustum minimè impediatur: cum & post præstitum auxilium iudex cogere debeat alterum ad iustæ mercedis solutionem.

Illud verò prætermittendum non est, eum qui à t damno commodè poruerat illatum alterum seruare, & defendere, minimè ex hoc teneri ad illati damni restitutionem, etsi grauiter peccauerit, maximamque damni dati culpam contraxerit: nisi quis ex officio publico teneatur criminibus, & iniuriis obuiare, aut testimonium dicere: quia in testem ad iudicium iussu iudicis vocatus fuerit. prior etenim casu contra legem tantum chari-

Didaci Couar. Tom. I.

tatis sit: posteriori verò contra legem iustitiæ commutatiuæ. quarum prior obligatio non indicit restitutionis necessitatem, sed posterior: sicuti in specie, quam tractamus, tradidere elegantè D. Thom. & Caietan. 2. 2. quæst. 62. art. 7. Alex. de Hales 3. part. quæst. 87. Adrian. quodlibet. 1. quæst. 1. idem in 4. sent. tract. de restitut. quæst. 1. ad finem. Syluest. in verbo, restitut. 3. quæst. 5. Ioannes à Medina de restitut. quæst. 9. vbi testatur, hanc esse communem Theologorum resolutionem: quam sequitur Domin. Sotus lib. 4. de iustit. & iur. quæst. 7. art. 3. vnde etiam si in dist. cap. qui cum fure. furti conscius, id non reuelans possessori, & domino, fur appelleretur: id verum est, quoad furti culpam; non tamen quoad obligationem restituendi, nisi iuxta distinctionem hanc, quam modò ex Theologis exposuimus: idcirco hac in re, cautè circa restitutionem respondendum erit. Ceterum prior obiectio ex l. solent. & §. si tibi indicium dederò. Bartol. in eod. §. si tibi. non fuit incognita: atque idè existimat, non teneri quem ad furem indicandum: licet teneatur furtum detegere, & ostendere: vnde secundum eum furem non tenetur quis priuatæ personæ manifestare, & qd id poterit aliquid capere ob hanc manifestationem. idem ferè tenent ipse Bart. in dist. l. ciuile. C. de furt. & Panormit. in d. c. qui cum fure. scribentes, teneri quempiam indicare furtum, non furem priuato domino rei furtiuæ. Hæc tamen responsio palam imperfecta est: siquidem quoties agitur de indicando furem ad consequendam rem furtiuam, quæ aliter domino reddi non potest, quàm si fur indicetur, profectò etiam priuato ipse fur indicandus est, & eum tenetur in hoc casu sciens indicare. Præsertim quod cum tractetur in dictis Iuriscòsultorum responsis de indicando seruo fugitiuo, certissimum est, inibi tunc tractari de indicando ipso furto: ergo Bartoli solutio non est sufficiens. Sic & Adrian. in 4. sentent. in tract. de restit. c. restat inquirere. in specie harum legum probat, quod tenetur quis furem indicare priuato, quando res aliter eidem restitui non potest. Quamobrem fortassis aptior est solutio difficultatis, si interpretemur apud Iuriscòsultos, licet receptum fuisset præmium indicij ob laborem & industriam inquirendi furem, non ob ipsius furis manifestationem: quod probatur in dist. l. solent. dum ibi Iuriscòsultus appellat mercedem id quod datum est causa indicandi furem. merces autem respectu laboris propriè dicitur: sicuti notissimum est. Atque ita opinor Bartol. intellexisse Iuriscòsultorum responsa in d. §. qui alienum. Idem & alij responderunt, præsertim è notioribus Ioan. Ferrariensis in §. vlt. institut. de rer. diuis. Vnde si quis sciat, quoniam in loco sit res furtiuæ, vel ipse fur, aut rem ipsam inuenit absque labore, & expensis, non poterit quidquam recipere ob restitutionem rei furtiuæ. nec ob indicandum furem, vel ex eo pacto, vel aliàs, nisi id datum fuerit liberè, & gratiò ab ipso domino rei inuentæ.

Hinc profectò expendenda erit argumentatio quædam, qua vti Doctores frequenter solent. valida etenim est hæc collectio: Tenetur t quis gratis quid facere legis præceptis: ergo si quidquæ eo iure receperit, turpiter recipit, & restituere tenetur. ita quidem argumentatur gloss. in l. 4. §. si tibi indicium. ff. de condi. ob turp. caus. quæ singularis est secundum Ias. ibi & Bald. in cap. super eo. de translat. idem sensu gloss. in d. c. qui cum fure. & in d. c. dilectus. de excess. prælat. & gloss. in d. l. ciuile. quæ ratione & hæc argumentatio valet: Potest quis ob aliquid agendum pecuniam accipere seclusà liberà dantis donatione: ergo non tenetur id gratis facere. Rursus non rectè sequitur: Tenetur quis aliquid facere ex præcepto: ergo non potest ob id agendum pecuniam accipere, non item sequitur, ergo tenetur id gratis facere. Nam plerumque propter laborem & industriam, iustam mercedem recipit: sicuti paulò antè adnotatum est. Sic nec valida est collectio ista: Potest quis ob aliquid agendum pecuniam licitè recipere: ergo non tenetur id facere ex præcepto. Constat siquidem ex suprascriptis, falsam esse hanc collectionem, cum possit quis pecuniam recipere licitè ob agendum id quod ex præcepto facere tenetur. idcirco hanc argumentationem destruit gloss. in c. quanta. de sent. excomm. diligenter Adrian. quodlibet. 1. art. 2. col. 3. tamen si gloss. & DD. in d. c. qui cum fure. & in d. l. 4. §. si tibi. has argumentationes peruertant, & simul confundant, eas minimè intelligentes.

Deducitur etiam ex his non posse aliquid iustè recipi ob eam causam, ne maleficium fiat: imò si quid receptum fuerit, restituendum est. l. 4. in princip. & in §. vlt. ff. de cond. ob turp. caus. l. iurifigentium. §. si ob maleficiū. ff. de pactu. quo in loco Fort. probat nec naturalem obligationem nasci ex promissione alicuius pecuniar, ne maleficium fiat. idem notat Socin. in rubr. ff. de verb. oblig. n. 12. contra gloss. in d. §. si ob maleficiū. tamen si Dom. Sot. lib. 4.

R 3

de

de iustis. & iur. quest. 7. art. 1. teneat, in hac specie non esse aliquam restitutionis obligationem in animæ iudicio: etiam si detur repetitio danti.

¶ Quinto ex prima huius relectionis regula poterit responderi ad quæstionem, quæ quæritur: si an acquiritur per metum non cadentem in constantem virum, sint in animæ iudicio restituenda? Et profecto propter minus liberam voluntatem dantis, & quia receptio procellerit ab iniuria proximi, atque ideo turpis est, dicendum erit, recipientem teneri ad restitutionem: quod expressim adnotat Syluest. in verbo, metus. in fin. & Adrian. in 4. sentent. in tract. de restitut. cap. aggredior. vers. ex quibus omnibus. idem probatur auctoritate Hostiensis. & Ioan. Andr. in c. verum. de iureiur. qui asseuerant, esse dandam absolutionem à iuramento præstito per metum, etiam leuem: quia recipiens hoc iuramentum turpiter, & cum iniuria iurantem id receperat. cap. debitorum. de iureiur. sic & Panorm. in c. ad nostram. in 3. col. 1. de iureiur. existimat, dandam esse absolutionem à iuramento per metum præstito, etiam si quis coactus fuerit iurare, & iuramento promittere id, ad quod tenebatur. Nam hoc iuramentum ab eo turpiter per metum, & iniuriam extorquetur, cum is iurare non teneretur. Non oberunt huic sententiæ leges civiles negantes rescissionem contractus metus causa, quoties metus levis est, nec cadit in constantem virum: quia licet leges civiles non dent in hoc casu ob metum leuem repetitionem, nec rescissionem contractus: non tamen approbant eam receptionem, nec eam iustam esse censent. præsumit etenim lex contractum metu leui gestum, consensum habuisse liberum & sufficientem ad hoc ut validus iudicetur: atque hæc præsumptio iuris est, & de iure: nam & si constet de metu, qui tamen levis sit, non permittit lex huius contractus rescissionem ex ea quidem causa, ne passim commercia humana impediatur: & ne tot lites ad contractuum rescissiones in Republica constituantur: cum facillimum sit cuiusque petenti contractus rescissionem, metum leuem probare. unde lex non censet esse sufficientem probationem deficientis consensus per probationem metus levis: nisi appareat metus cadens in virum constantem: quod deducitur ex tit. ff. quod met. causa.

¶ Sexto hinc aperitur intellectus ad text. in cap. 1. & 2. de adul. quibus traditum est, quoniam pacto satisfaciendum sit semini, & quæ ab aliquo vitata fuerit, & corrupta: siquidem corruptens virginem, in animæ iudicio tenetur damnum illatum rescire: atque ideo restituere debet corruptæ id tantum, quod ad illati damni æstimationem pertinet: non autem id quod in pœnam stupri per leges exteriores reddere cogetur, iuxta ea quæ à me tradita fuerunt in epitome ad 4. lib. decret. 2. part. c. 6. §. 8. n. 11.

¶ Septimo ex eadem radice constat, etiam in animæ iudicio cogendum fore eum, qui alterum percusserit, aut occiderit, restituere æstimationem damni, quod per eam percussorem, aut homicidium dederit. text. in c. 1. de iniur. cuius intellectum in hac specie ipse adnotavi lib. 2. variar. resolut. c. 10. n. 7.

¶ Octavo ab eadem regula, quæ ratione iniustæ acceptionis obligationem restituendi inducit, oritur responsio ad eam quæstionem, quæ dubitatur, si an acquisitum ex contractu valido quidem ipso iure, qui tamen beneficio restitutionis in integrum rescindi poterit læsionis causa, sit necessarii in animæ iudicio restituendum. Et sanè quoties quis aduerterit etiam absque dolo se læsionem intulisse alteri, tenetur quidem ad eius læsionis reparationem, sub hac distinctione, ut ratione doli teneatur, etiam si ipse nullum commodum ex læsione alterius habuerit: secluso vero dolo, tantum teneatur ad restitutionem eius, quod ipse acquisiuit, & obtinet, vel in propriam utilitatem expendit, propter læsionem alterius. quod obtinet respectu læsionis, & damni dari: at respectu ipsius rei acquisitæ per contractum superscriptum, non tenetur acquirere eam restituere donec petatur, & concedatur in integrum restitutio: quemadmodum ipse probavi & explicui lib. 1. variar. resolut. c. 3. n. 5. ex Innoc. in cap. quia plerique. de immunit. Eccles. Unde apparet, possidentem aliquam rem titulo alicuius contractus, qui potest rescindi beneficio restitutionis in integrum, bonæ fidei possessorem esse, etiam intra quadriennium, modo absit fraus in ipsa conventionione: quod in d. cap. 3. n. 5. adnotandum est.

¶ Nonò hinc deducitur, si res acquisita ex contractu nullo ob deficientem iuris solemnitate, non deficiente consensu contrahentium sit in foro animæ restituenda? Et idem proponitur in beneficio Ecclesiastico acquisito ex consensu eorum, qui ius habent eligendi: non tamen seruata forma iuris Pontificij in electione. Cui quæstioni responderet Innoc. in c. quod sicut. de

elect. in animæ iudicio interiori, contractum, & electionem tenere omnino, nec vllam esse in hac specie restituendi obligationem. idem tenent Panorm. in d. c. quia plerique. num. 28. & in cap. 1. de in integrum restitut. ad finem. lal. in l. 2. col. 2. C. de fideicommiss. col. 2. & in l. si post divisionem. C. de iur. & fact. ignor. 2. col. Anchar. in regul. 1. de regul. iur. quest. 7. in princip. colum. 3. 4. Felinus in cap. 1. num. 39. & Decius prima lect. num. 19. de constitut. Tiraquel. post leges connubiales. gloss. 2. num. 20. Boërius decis. 1. num. 13. denique omnes alij à me citati in cap. cum esses. de testam. num. 5. ad eam sententiam, quæ decisum extat, testamentum minus solemnne in conscientia foro validum esse, verum quia hæc acquisitio illicita est & iniusta ex eo, quod lege prohibita sit, & iure prohibente contingat, non video quæ ratione hæc opinio defendi queat, sicuti & in testamento minus solemnne diximus in d. cap. cum esses. idcirco securus eos auctores, qui censent testamentum minus solemnne in foro conscientia, ut in iudiciali, nullum esse, opinor, rem acquisitam ex contractu, vel ex titulo nullo ob defectum solemninitatis iuris humani, restituendam fore, & dimittendam in conscientia iudicio. Nam & in contractu, testamento, & electione par ratio extat: & ideo Doctores, qui hanc opinionem in testamento minus solemnne probant, quorum mentionem feci in d. cap. cum esses. n. 8. eandem & in contractibus, & electionibus minus solemnibus probare videntur planè, si eorum rationes obseruentur.

Ex quo constat, quod contractum factum ab vxore sine licentia mariti qui iuxta leges Regias iure ipso nullus est in foro interiori, secundum Rodericum Zuates in repetitione l. 13. tit. de las deudas. libro fori. q. 1. & Andr. Tiraq. in d. gloss. 2. n. 21. & in princip. qui alios ad hoc in specie allegat, in iudicio animæ nullum esse, nec ex eo rem acquisitam iuste obtineri potuisse, nec retineri posse: lex etenim iusta, nec à præsumptione fraudis præcipuam & vltimam ac finalem rationem in vniuersum habens, quemadmodum in exteriori iudicio, etiam si constet nullam subesse in actu contractus, vel testamenti fraudem, seruanda est, ita & in interiori animæ iudicio: quod satis probauimus in d. c. cum esses. quamobrem miror Andr. Tiraq. iudicium, qui in d. n. 21. dum contrariam sententiam in hoc tenet, concedit hæc duo iure vera esse. Primum, quod vxor in hac specie, non teneatur in foro conscientia contractui stare, etiam si certa sit nullam ei fraudem factam fuisse. Secundum, posse eum, qui cum vxore absque viri licentia contraxit, rem acquisitam ex contractu iuste in foro interiori habere, & retinere. eadem concedit doctissimus Domin. Sot. lib. 4. de iustis. & iur. q. 3. art. 3. in verisimili, & generali controuersia. Hæc, ni fallor, contraria sunt: cum lex eadem, quæ iustissima ratione vxori permittit à contractu dissentire, & eam ab eius obligatione liberam reddit, ipsum cum vxore contrahentem obligat ad rei acquisitæ ex eo contractu restitutionem: quia nullum iustum titulum habet is, qui cum vxore absque viri licentia contraxit, saltem ex ea conventionione, nisi vel ex utilitate conventionis, vel aliunde possit præsumi legitima rati habitio viri, vel eo mortuo vxoris, aut heredum, ipsius quidem contractus ab initio inuvalidi: quod cautè considerandum, & obseruandum erit.

§. Q V A R T V S.

De restitutione acquisiti per ludum illicitum.

S V M M A R I A.

- 1 Acquisita in ludo, etiam illicito, non sunt in anima iudicio restituenda.
- 2 Conuentio conditionalis relata in futurum fortune euentum valet.
- 3 Restitutio acquiritorum in ludo, quæ in humana lege statuta est, potest consuetudine tolli.
- 4 Fraus in ludo commissa, quando inducat obligationem restituendi? & inibi de ludente qui non habet ius alienandi id, quod ludo apponit.
- 5 An is qui certo se sit potiores ludi, & chartarum partes habere, & augere sponsionem, teneatur lucrum restituere?
- 6 Vendens iusto pretio, cum sciat decretum esse à senatu quod minoris vendendum sit, tenetur emptori ignoranti ad interesse. & Bart. in l. quaro. ff. de act. empt. decisio examinatur.
- 7 Tenetur ad restitutionem qui alterum inuoluntarium astraxerit ad ludum.
- 8 Ludens pecunia credita an teneatur promissam pecuniam lucranti soluere in anima iudicio.

DE eodem huic loco conuenit ad eiusdem regulæ sententiam expendere, quanam ratione teneatur quis ad restitutionem eorum, quæ ludo acquisierit: quæ quidem quæstio variis in locis à plerisque disputata compendio quodam à me examinabitur: vnica tantum conclusione proposita & constituta: ex qua ferè omnes casus, qui hac in re contingere solent, definiiri valeant. sit igitur in ludi tractatu constitutissima conclusio.

Etiā-

Etiam si ludus illicitus sit, tamen lege humana poena exteriori, & lucri restitutione plerumque puniatur: ex eo tamen acquisita in animæ & conscientie iudicio non sunt necessarii restituenda: modo absit fraus, legesque ludi seruentur: habeantque ludentes administrationem liberam rerum, quas in ludi conventionem deduxere. Huius conclusionis plures sunt partes; quarum aliquot obiter attingam & expediam ea ex parte, qua earum intellectus ad huius tractatus scopum pertinet. Etenim qui ludi liceant, planè legibus secularibus facile constabit: & itidem quibus poenis ludentes afficiantur: præsertim in l. i. ff. de alea lusu & aleat. & in auth. alearum vsus. C. de relig. & sumpt. funer. c. inter dilectos. de excessu prælatus. vbi gloss. & Panorm. num. 6. gloss. & idem Abb. in cap. cler. in secundo. de vita & honestate cleric. gloss. in pragmatica sanctione, tit. de spect. acul. vers. ludibria. l. 2. tit. 10. l. 1. tit. 9. in l. 9. ordin. passimque in huius regni pragmaticis, & aliis legibus iudices admonentur, vt diligenter ludores ipsos punire curent: cum in Republica Christiana hæc sit professio maxima perniciet. Præcipua & vltima conclusionis pars probatur: quia ludus alearum, quidam est inter ludentes contractus conditionalis, quo inter eos conuenit, vt cui alea hoc vel illo modo contigerit, & euenerit, teneatur alter appositam pecuniam reddere. igitur quod ex libera conuentione quis acquisierit, non tenebitur restituere, etiam si conuenticio ludi causa fiat: cum acquisitum ex pacto, vel contractu, non sit necessarii restituendum. l. i. §. si conuenerit ff. de pos. cap. 1. de pact. qua ratione Theologi omnes vtuntur, qui questionem hanc tractauerunt. Et ne fortassis obiicias, conuentionem hanc referri ad conditionem pendentem à futuro fortune euentu, aque ideo illicitam esse, nec vim aliquam obligationis habere, textus singularis in l. solent. cum l. sequenti. ff. de alea lusu. vbi constat, licitam esse sponsonem conditionalem si quis cerret hasta vel pila, iaciendo, currendo, luctando, vel pugnando: illicitam verò, vbi fiat ea sponso ex aliis causis, quæ virtutis certamen corporale non habent. ipsam hanc probationem fortio rem reddam: si quidem conuenticio licita fieri potest sub conditione omnino pendenti à fortuna, & futuro euentu: vt si naus ex Asia venerit: si Titius factus fuerit consul hoc anno: si Sempronius intra mensem non moriatur. l. si quis ita stipulatus fuerit. ff. de verb. obl. l. si pater. C. de inoffic. testa. Nam dubius euentus à fortuna non facit contractum illicitum, text. & ibi Paul. Castr. in l. naue Sauffei. ff. locat. cap. nauigant. de vsur. l. à Titio ff. de verb. oblig. quo in loco ex eo responsio adnotatur Paul. & Alex. esse licitas conuentiones istas, omnino pendentes à futuro euentu fortunæ: quas Hispani *Apuestas* appellant. idem eleganter tradit Dec. dicens hanc opinionem communem esse in cons. 115. Non obstat text. in d. l. solent. cum sequenti. Etenim Iurisconsultus inibi reprobatur sponsones, quæ fiunt circa corporis certamina; nisi illæ fiant causa exercendarum virium, aut virtutis corporalis instruendæ: siquidem corporum certamina, quæ causa libidinis, odio, æmulatione, aut contentione fiant, iure, & ratione reprobantur. Et ideo Iurisconsultus non improbat ceteras sponsones, quæ secluso corporali certamine fiunt sub futuro euentu fortunæ. Quibus tandem sit, sponsones istas, quæ inter ludentes contingunt, iure validas esse, & obligationem inducere: atque ideo ex eis acquisita non fore necessarii ex propria natura restituenda. Lex etenim humana, quæ de acquisitis ex ludo restituendis tractat, non efficit, nec definitiuit hanc conuentionem nullam esse, nec prohibet dominium à ludente acquiri: sed in poenam actus illiciti inducit acquisitorum restitutionem. Denique contractus hic inter ludentes contingens ex propria vi & natura, non est iure naturali, diuino, vel humano illicitus: nec item acceptio ex ludo iure prohibetur ratione iniquæ receptionis, sed quia solent plura vitia in ludi exercitio contingere ob eius varias circumstantias, iustissimè per humanas constitutiones prohibetur, & poenis quibusdam adhuc non satis coercetur. & nihilominus lex ipsa non vetat acquisitionem dominij ratione ludi: solum quidem poenam statuit aduersus ludentes, vt ex ludo quæ sita restituere cogantur sententia iudicis: quæ sanè poena in interiori animæ iudicio, non producit restituendi obligationem. Extrat ergo conclusio, quæ asseuerat regulariter, quæ sita ex ludo in conscientie foro non esse necessarii restituenda: quam assertionem tenent D. Thomas 2. 2. quæst. 32. art. 7. ad 2. & ibi Caietan. Ioan. Maior. in 4. sent. dist. 15. quæst. 13. & Paludanus ibi q. 3. art. 5. Adrianus in 4. sentent. tractat. & de restitut. c. quia in superiorib. Ioan. à Medina de restitut. quæst. 22. gloss. in pragmatica sanctione. tit. de spect. acul. in verbo, ludibria. Alphonsus à Castro l. 2. de potest. legi poena. cap. 2. coroll. 3. DD. communiter in c. pen. de vita & honest. cler. penes quos & illud expedi-

tum est, acquirentem aliquid ex ludo, non teneri ante iudicis condemnationem, id ex lege humana perdeni dante repetitione restituere, quamuis Syluest. contrarium teneat in verbo, ludo. quæst. 13.

Imò licet consuetudine non possit alearum ludus fieri licitus, propterea quòd tot mala ex eo sequantur, tamen poterit tamen consuetudine tolli poena restituendi ludo quæ sita, quæ lege humana statuta est, secundum D. Thom. d. art. 7. ad 2. Cardin. & Imol. in d. c. clerici. de vita & honest. cler. Paris de Puteo tract. de iudo. fol. 4. & Ioan. Baptillam de ludo, quæst. 17. quorum opinio communis est, vt testantur Adrian. in d. cap. quia in superioribus. 2. col. & Rochus Curt. in cap. vlt. consuetud. fol. 15. col. 2. etiam quoad clericos: quidquid contrarium sentiant Card. Imol. & Rochus per text. in cap. inter dilectos. de excessu prælatus. qui tantum probat, non posse ludi exercitium consuetudine reddi licitum; præsertim inter clericos: non tamen ex hoc sequitur non posse consuetudine tolli obligationem restituendi ludo quæ sita: quæ quidem obligatio inducta est lege humana, nempe auth. alearum vsus. Cod. de relig. & sumpt. fune. quam constitutionem etiam seruandam fore inter clericos magis communiter receptum est à gloss. & DD. in d. cap. clerici. sicut fatentur in tract. de ludo. Stephanus Costa fol. 7. & Paris de Puteo fol. 2. Atque hæc vera sunt, licet Panorm. in d. cap. clerici. num. 14. existimet, non posse consuetudinem derogare obligationi restituendi ludo quæ sita.

Oportet tamen tamen vt ludo quæ sita in animæ iudicio non sint restituenda, nullam in eo ludo fraudem fieri: cum alioqui, si quid fraude fiat, & inde lucrum eueniat, id omnino restituendum sit, absque iudicis condemnatione, in conscientie foro: quod fatentur D. Thomas, & omnes, qui principalem hac de re conclusionem admisserunt. dolus enim & fraus nemini patrociniari debent. Sed & illud adnotandum est, fraudem non fieri in ludo, cum quis cautelis, quæ iuxta ludi leges licite sint, vtatur: vel id faciat, quod natura ludi permittit. qua ratione quoties fuerit controuersum, an fraus in ludo contigerit, obseruandæ sunt leges ludi, vt si quid aduersus eas arbitrio, & iudicio peritorum actum fuerit, id fraude actum fuisse iudicetur: & ideo tunc restitutio acquisitorum erit necessaria. Quòd si leges ludi non violentur, quæ tacito consensu ludentium receptæ sunt, vt cumque eorum alter dolo, & cautelis vtatur, nihil id pertinet ad obligationem restituendi pecuniam lucro acquisitam, cum is dolus bonus sit. l. i. ff. de dolo. Nam licitum est legibus ludi vt, gloss. in l. in executione. §. vlt. & ibi Doct. ff. de verbo. obl. gloss. in l. si rem. §. vlt. ff. de præscr. verb. alia in l. si ex plagu. §. fin. ff. ad l. Aquil. gloss. & ibi Dec. in l. iure ciuili. ff. de reg. iur. & tradit l. as. in d. l. in executione. §. vlt. Sic denique sunt interpretanda conclusionis verba, quæ fraudem & dolum excludunt: poteritque quispiam ex his plura dubia definire, & quæstiones dissoluere hoc in tractatu frequentissimè contingentes.

Deinde illud exigitur, quòd ludentes habeant rerum administrationem liberam, ita quidem, vt possint res proprias, saltem eas, quæ aleæ periculo, & ludo apponuntur, alienare: alioquin acquisitio nulla est ipso iure. & inde obligatio restituendi oritur: quemadmodum frequentissimo omnium consensu expeditum est. Quibus addit eleganter Alphonsus à Castro in d. cap. 2. coroll. 1. quòd si aliquis eorum, qui ludere ex præmissa causa non possunt, lucratus fuerit aliquid ab eo, qui ludere potest, nec id impedimentum habet, eum esse obligatum ad restitutionem lucri, perinde vt alter illi restituere teneretur, si quid ab eo ludo acquisisset: cum natura huius conuentionis æqualis sit, & hanc legem habeat, vt vel neuter, vel vterque conuentionis iure ligetur. idem probabilius esse censet Dom. Sotus lib. 4. de iust. & iure. quæst. 5. art. 2. Nam & in hoc contractus pacto, consensus vtriusque considerandus est, qui denique is est, vt non aliter in conditionalem pactiōem conueniant, quam si vtrumque fuerit conditio æqualis, & esse possit: idcirco qui cum minore filiofamilias ludit, ita conuenisse cum eo videtur, super appositis rebus amittendis, si & minor habeat parem cum maiore in hoc conditionem. ergo deficiente consensu maioris conuenientis cum minore, minor ipse iniuste recipit, & acquirit ludi lucra, & aduersus conuentionis leges ea retinet. vnde tenebitur omnino ad restitutionem. Quod æquissimum est, tamen digni forent, qui cum minoribus, similibusque personis ludere conueniunt, hac, & maiori poena.

Hinc pulchra definitur dubitatio. Cōtingit sanè quòd alter ex ludentibus, tamen qui primas, & potiores partes ludi habet, quique s

certo certius omnibus, quæ alteri obuenire possunt, potior est ad victoriam) sponsonem augeat, appositamque pecuniam certus de illius lucro duplam efficiat; altero ob ignorantiam minimè reculante sponsonem illam, eiusque additionem: an in hac specie acquisitum sit necessariò in animæ iudicio restituendum, opportunè quæritur? & videbitur, ita receptum, & acquisitum 6 restituendum esse t ex eleganti Bartoli sententia in l. quaro. ff. de actione empr. qui scribit, vendentem alteri frumentum certo pretio, & eo tempore iusto, scientem tamen occultè, & secretè à senatu decretum esse, ut minori pretio vendatur, si emptor inscius sit huius decreti, teneri emptori ad id, quod eius intersit, frumentum illo pretio emisse. idem sensu gloss. in l. contra legem. ff. de legib. Roma. in sing. 281. ea ratione, quòd emptor si sciret, quòd venditor sciebat, non tanti frumentum emisset. idem & in animæ iudicio quoad restitutionem tenent Conrad. de contrahib. q. 62. & Ioan. à Medina de restit. quæst. 35. Nam & venditor certus de diminutione valoris rei, quam vendit, tenetur emptori ignorantiam illam restitueri propter malam fidem. à quibus & illa species expenditur, cum quis frumentum habens, inopia Rempublicam opprimente, sciat, naues paulò post frumentum aduecturas, quo utilitas annonæ consecutura sit, viliori què pretio frumentum sit vendendum: an teneatur is ciuibz ingnorantibus hoc ipsum prænuntiare, nè tanti emanet frumentum, quòd à se venditur? cuius quæstionis disputationem Cicero tradit eleganter lib. 3. de officiis, fraudem existimans subesse huic venditioni, nisi venditor quod ipse scit emptoribus manifestum fecerit: & idè non esse honesti cuius officium, ita dolosè conuentionem istam tractare. Igitur & in proposita ludi quæstione eadem ratione dicendum erit, teneri ad restitutionem, qui lucrum ex ea causa habuerit.

Sed contrariam sententiam ipse veriorum esse censeo, potissimum ob naturalem ludi legem, quæ consensu utriusque hanc conditionem habet, ut qui meliorem ac potiorum ludi partem habuerit, is possit, etiam certus de lucro, alterum ad augendam sponsonem inuitare, appositamque pecuniam augere, modò alia fraus minimè lateat: acque ita in specie adnotauit Ioan. à Medina de restit. q. 12. pulchrè Dec. in consil. 115. respondens idem in his pactiõibus, quas Hispani *Apuestas* vocamus. Nā & is scribit, conuentionem validam esse, licite què ex ea acquiri, etiam si alter sciat certò iam euenisse illud, de cuius euentu pactio fit.

Non obstat Bart. opinio: nam in quæstione per eum tradita, scientia alterius ad decipiendum ignorantem, non est de natura contractus: imò ei refragatur propter fraudem saltem re ipsa contingentem: quæ ab eo cõtractu abesse debet. At in hoc ludi tractatu natura conuentionis est, lex què ludi hoc habet, ut sciens se certum habere lucrum, & potiores ludi partes, possit alterum ignarum ad appositæ pecuniæ augmentum prouocare. Sicuti & secundum ludi leges, qui iam scit appositam pecuniam certò perdidisse, quia habet peiorem ludi euentum, poterit caurè & simulatè sponsonem augere, ut cogat alterum inscium, & ignarum cedere, & eam reculare: & tandem ex hoc consequitur pecuniam appositam, quam si non auxisset, alter habiturus turò esset: quamuis & hic in hac specie augens sponsonem, periculum subit amittendæ pecuniæ, quam modò addit, si alter minimè cedat, imò prouocationi consenserit. Sed & in quæst. Bart. quoad conscientiz iudicium scribit D. Thom. 2. 2. quæst. 77. art. 3. non teneri venditorem ad restitutionem: quamuis malè fecerit, & ob id possit aliqua pœna puniri: quia venditor merces vendit eo pretio, quo iustissimè æstimari poterat communi hominum iudicio. Vnde nulla sit iniuria, quantum ad cõmutationem emptori: & idè venditor liber est ab obligatione restituendi: quippe qui iuxta pretiū præsens rem vendiderit, nec vllam culpam habeat, si non enuntiet, quæ aliunde futura sunt: licet hæc denuntiatio per se iustioris hominis esset, ad quæ virum bonum, ubique sanctum, honesti cultorem, non tantum civilem pertineat, cuiusque muneris sit: ut docuere D. Thom. in d. art. 3. & Alex. ab Alex. dierum Genial. lib. 6. cap. 1. Sic & Franc. Balduinus Stoicus Ciceronis sententiam ex iure civili falsam esse in cap. 1. de adul. edit. constanter asseuerat.

Datur præterea obligatio restituendi in animæ iudicio ludo 7 quæsitæ, t quoties quis alterum ad ludum cupiditate lucri inuoluntariū attraxerit: secundum D. Thom. 2. 2. q. 32. art. 8. quem ceteri communiter sequuntur, modò hæc attractio levis non sit: sed tanta quæ inuoluntarium alterum efficiat: nempe conuicia, opprobria, preces adeò vehementes, quòd his ausus non sit alter contradiocere: quemadmodum à mente D. Thomæ deducitur: & fatentur Cater. in d. art. 7. Canonistæ in cap. clerici, de vita

& honesta. clerico. Alphonsus à Castro, & alij, qui hanc materiam tractauere. ac præter hos Alciatus hunc sensum habuit lib. 8. parerg. cap. 16. quamuis Adrian. non satis iustè interpretatus D. Thomæ sententiam, contrarium ab eo adnotauerit, atque idè indefinitè eius opinionem falsam esse dixerit.

Supereft tamen & illud hac in re discutere: an t iure diuino, 8 vel humano teneatur perdens in ludo aliquam pecuniam eam restituere alteri, cui promissit eam soluere tacita, vel expressa lege ludi, cum promissæ pecunia tantum, non ea appositæ ludetur? & Adrian. in 4. sent. in d. c. quia in superiorib. probare conatur, non teneri hunc ad restitutionem, ex ea ratione, quòd leges pecuniam in ludo perditam, & ludenti quæsitam iure contractus, in pœnam auferant ab eo, qui acquisiuit, iusque eam repetendi concedant perenti, ut manifestum est. Igitur qui potest solutam iam pecuniam repetere legis decreto, poterit eam nondum solutam iustè retinere. Frustrâ enim quis petit, quòd statim restitutus est l. dolo. ff. de doli except. Deinde si dixeris, has leges pœnales esse, nec in animæ iudicio obtinere ante iudicis cõdemnationem, id verum est, quoties ad legis pœnam est necessaria iudicis executio. nam ubi pœna eius est naturæ, ut nulla indigeat iudicis executione, tunc & in foro conscientie pœnalis lex omnino seruanda est, vim què & obligationem habet. Fit igitur, ut in hac specie nulla detur restituendi obligatio. Rursus contrariam sententiam veriorum esse censent Ioan. à Medina dist. quæst. 22. & Alphons. à Castr. in d. corol. 3. quibus suffragatur quòd lex concedens perenti in ludo repetitionem, non auferit ex hoc dominium nec ius ab eo, qui iuxta leges ludi pecuniam lucratus est, sed tantum in pœnam ludentium permittit, & concedit repetitionem, & statuit, quòd iudex cogat eum, qui ex ludo pecuniam habuit, eam perenti reddere. ex quibus per legem ipsam non liberatur promittens à solutione pecuniæ, quam alteri soluere promissit: ergo tenetur soluere ante iudicis cõdemnationem. Præterea non sequitur, Perdens potest solutam pecuniam repetere: ergo eam nondum solutam non tenetur soluere. Nam promittens cum iuramento soluere vsurus, tenetur eas soluere omnino: & tamen habet repetendi ius. cap. debitores. de iure iur. Deinde si perdens potest iustè non soluere pecuniam promissam: ergo alter, qui eam lucratus est, pullum ex ratione ludi acquisiuit dominium in re, quam lucratus est, nec ius aliquod habet ad illam: quia si habet dominium, aut ius ad illam, inde conuincitur euidenter, perentem teneri ad solutionem pecuniæ promissæ, quam perdidit, quia tenetur reddere alienum. Quibus tandem sit, ut huius quæstionis decisio satis dubia videri possit.

Præsertim quia restitutio lucri contingentis in ludo, quæ in pœnam à iure indicta est, non ipso iure, sed per sententiam, & iudicis cõdemnationem fieri debet: atque ita ante hanc cõdemnationem minimè tenetur qui lucratus est, restituere, nec potest qui perdidit ius sibi dicere propria auctoritate. Facit ad hæc, quòd quandoque licet humana lex actionem minimè concedat ad petitionem alicuius rei, non ex hoc alterum liberat, vel absoluit ab obligatione illam rem restituendi, sicuti D. Thom. adnotauit in 2. 2. quæst. 77. art. 1. ad primum.

Ego sanè in hac difficili quæstione certò scio, Adriani sententiam veram esse apud nos, qui huius regni constitutionibus tenemur obedire, propter legem à Carolo Cæsare latam, qua vetuit etiam ludos licitos pecunia credita, statuens neminem posse ludere nisi pecunia præsentis & appositæ. quod & ipse vir doctissimus Alphonsus à Castro in d. corol. 2. fatetur. Nam hac ipsa lege promissio facta inter ludentes nulla efficitur, & inutilis, & idè etiam in iudicio animæ nullam habet vim, nec obligationem inducit, sicuti nec in foro iudiciali: id què apud me certissimè iuris est.

Sed & semota Regia cõstitutione mihi magis applaudet Adriani sententia. Nam licet sciam, nec negare possim, acquirentem aliquid ex ludo tutum esse in animæ iudicio ad eius retetionem, quia ratione conuentionis, & mutui cõsensu iure naturali verè id acquisierit, nec lex civilis, quæ inducit restitutionem, in pœnam ludi prohibet, ante iudicis cõdemnationem obtinet: video tamen iustissimam humanam legem non tantum lucranti negare actionem ad petendam pecuniam causa ludi promissam, sed & concedere perenti, pecuniæ iam lucranti traditæ, & acquisitæ repetitionem. Vnde signum est profectò maximum, lege humana non solum non habere lucrantem ius ad petendum, sed & competere perenti ius ad pecuniam perditam repetendam: & inde fit, ut in pœnam ipso iure absque vlla sententia iudicis is qui lucratus est promissam pecuniam cõsuetur inca-

pax, & inhabilis iuris petendi eam, & id ius transferatur in perentem. Quamobrem cum isthac pœna ipso iure nullam requiratur iudicis sententiam, nec condemnationem, statim etiam in iudicio animæ iuste potest ille, quem lex civilis liberum reddit ad solutionem pecuniæ promissæ, & præterea dat ei si soluerit repetitionem, retinere pecuniam promissam, cum promissio nulla sit, nec eam teneatur promittens seruare. Eandem opinionem probat regula iuris, quæ dicitur exceptionem, & retentionem ei competere cui actio datur. *l. inuitus. §. cui damus. ff. de reg. iur. l. creditori. C. de pact. l. 1. §. his autem. ff. de superficie cap. quid ad agendum. de reg. iur. in 6.* sed promittens ludi causa habet actionem ad repetendum quod dederit, ut planè fatentur qui Adriani sententiam improbarunt: ergo si nondum soluerit, habebit exemptionem, & ius retinendi rem promissam. Idem probatur, quia si perdens in ludo potest iuste lege humana repetere rem ludo amissam: profectò poterit iustius eam nondum solutam retinere. Nam utcūque sit ac dubitari possit, an ex eo quod à lege negatur actio ad aliquid petendum, eius rei possessor iuste eam valeat retinere, quod ex variis causis defini potest: tamen quoties lex humana eadem & iusta negat actionem ad aliquam rem petendam, & simul concedit eiusdem rei repetitionem ipsi possessori, si eam petenti dederit: tunc proculdubio existimandum est, iustissime eam rem à possessore detineri; quia lex ipsa ei ad hanc possessionem, auctoritate approbatione quadam præstat. Nec mihi persuadere possum, quod Titius iuste valeat centum Sempromio soluta petere ab eo, & idem Titius eadem centum teneatur saltem in conscientia iudicio Sempromio nondum soluta omnino soluere. etenim hic circuitus vitandus est: quippe qui nullam in Republica vilitatem afferat. exceptis quibusdam casibus: qualis est, qui in contrarium adducitur ex *cap. debitores.* cum illud sit speciale ratione iuramenti: quemadmodum alibi docuimus. Nam ex vi simplicis promissionis absque iurisiurandi religione, nemo doctus negabit in eo casu dari repetitionem post solutam pecuniam promissam, & fortiori ratione ius eam retinendi promittenti competere. unde argumentatio ab eo capite deducta facillimè tollitur. Sic & spoliatus ante omnia restituendus est, licet sit prædo, & licet post restitutionem detur spoliatus ius repetendi res illas, quibus alterum spoliauerat: idque fit in odium spoliantis. Et tamen in conscientia iudicio ego non compellerem spoliantem ad restitutionem rerum, quæ verè ipsius sunt, & quibus alterum propria auctoritate spoliauerit: tametsi eum dignum esse pœnitentia & pœna censeam ob id, quod illicitè iuris decisionibus, & constitutionibus refragantibus, iudicis partes assumpserit: de quo aliquid tradidimus *lib. 1. var. respons. cap. 2. num. 15.*

Hinc tolluntur plura, quæ aduersus Adriani opinionem adduci solent. Potissimè illud quod de iure & dominio lucrantis in re ludo acquisita, traditum est: siquidem qui rem aliquam ludo acquisiuit, dominium, & ius in ea habet post eius traditionem ratione tacitæ, vel expressæ conventionis consensu perentis factam: donec per sententiam iudicis ea re priuetur. At ante traditionem profectò nullum ius habet ad illam rem: quia iure illam exigendi per legem priuatur ipso facto absque vlla iudicis declaratione in pœnam delicti, quod ludendo commisit. Imò ius civile, & humanæ leges hanc priuationem inducentes expressim approbant perentis retentionem: cum tandem, & si is tradiderit rem ludo amissam & perditam, concedant ei ius eam repetendi. Quod secus est in specie, quam tradit D. Thomas 2. 2. *quest. 77. art. 1.* in tractatu læsionis intra dimidiam contingentis; quia etsi humana lex decepto actionem negauerit, non tamen ex hoc approbat decipientis retentionem, nec eum tutum reddit, quemadmodum alibi latius explicuimus. Sed & post primam huius operis editionem legi Dom. Sor. qui *lib. 4. de iust. & iur. quest. 5. art. 2.* idem quod Adrianus respondit.

Ceterum ex hac disputatione illud erit adnotandū, eum, qui promissam in ludo pecuniam lucrantis soluerit, & tradiderit ratione promissionis emissæ absque apposita pecunia: posse post hanc solutionem iuste lege humana eandem pecuniam repetere, quam soluit ex vi promissionis, & conventionis cum altero contractæ: & fortassis existimans se teneri ad eam solutionem etiam in animæ iudicio, cum habuerit ad hanc opinionem doctissimorum virorum auctoritatem.

§. Q V I N T V S.

De gabellis & vectigalibus soluendis.

S Y M M A R I A.

1. Vectigal quid sit, & item ius Regale, quod Hispani dicimus Alcauala?
2. Lex humana aliquid prohibens, vel præcipiens cum pœna adiectione, an obliget transgressorem ad culpam mortalem, vel venialem?
3. Lex humana obligat transgressorem ad culpam quandoque mortalem, quandoque venialem.
4. Lex pure pœnalis an ex se ipsa inducat obligationem ad culpam mortalem, vel venialem.
5. Non potest quis licitè fraudare vectigal Principi debitum: imò tenetur in iudicio animæ ad restitutionem. Et ibidem de iure Principis in vectigalibus exigendis, & populi in soluendis.

VNDE CUM ad huius tractatus dilucidationem oportet inquirere, an teneatur ad restitutionem is, qui Regem, aut eos, qui eius nomine vectigalia iuraque Regia ex mercibus recipiunt, iuribus his fraudauerit, omittens per fraudem, aut simulationem hæc iura Regi reddere? Quibusdam visum est, non teneri hunc ad restitutionem. Cuius quidem opinionis disputationi præmitto: inter alios redditus, qui Principibus à subditis hominibus debentur, duo iura præcipua esse. Primum, vectigal, quod pro rebus ciuitati, aut provinciae inuectis, vel euectis soluitur, olim octava pars debita erat. *l. ex præstatione. C. de vectigalibus. Regia l. 5. tit. 7. part. 5.* hodie autem decima est omnium rerum pars. Dicitur etiam vectigal tributum, quod Reipublicæ ex fundis, & prædiis à conductoribus præstat, *l. 1. ff. si ager vectigal. l. cum qui vectigal. & ibi Alciat. ff. de verb. signif. & idem Alciat. lib. 3. dispunct. cap. 10.* atque hinc fundi vectigales dicuntur hi qui Reipublicæ tributū pendere tenentur. Alterum ius, quod modò Principibus apud Hispanos competit, & redditur, ad decimam pretij partem attinet, omnium quidem rerum, quæ venduntur publicè, vel priuatim, siue res sint mobiles, siue immobiles: hoc tributum vulgò appellamus *Alcauala*: quidam apud exteros gabellam dicunt: quamquam & ea dictio magis in vniuersum accipitur, sicuti tradit post alios Berrachinus in tractatu de gabellis in principio.

His denique constitutis Ang. in *Summa. in verb. pedagium. quest. 6.* opinatur in conscientia iudicio non esse condemnandum ad restitutionem eum, qui hæc iura, & tributa Principi, aut publicanis non reddiderit, quoties lex, quæ ea indixit, etsi iusta sit, pœnam tamen temporalem non reddenti ob hanc causam imponit. Huius sententia ea est ratio, quod vel hic agimus de pœna legis, & hæc non debetur in conscientia iudicio: gloss. in *cap. tua fraternitas. 12. quest. 2.* vel de ipsa principali, & præcipua legis vi, & obligatione ad soluendum hoc tributum: & hæc non obligat quemquam ad mortalem culpam, quoties lex ipsa humana pœnam addit præcepto legis itidem humanæ: quasi satis censeat legislator transgressorem humanæ legis pœna temporali puniri: nec eum velit ad mortalem culpam obligare. Hanc etenim sententiam, quod humana lex aliquid præcipiens, & pœnam addens temporalem, non obliget transgressorem ad mortalem culpam, cum satis sit transgressorem ipsum se obtulisse periculo pœnæ; tenent, & veram esse existimant Matthæ. Mathel. 78. *Cap. con. ciuili. 13. col. 2.* Decius parum sibi constans in *cap. nam concupiscentiam. 2. lectione. de consil. & Lud. Gomez in cap. 2. num. 60. de consil. lib. 6.* Quorum opinio à plerisque probatur auctoritate Host. & Ioan. Andr. in *cap. relatum. de clerice. non resid.* qui idem tenent, & eos sequuntur Ias. in *l. 2. num. 143. C. de iure emphyt.* idem in *§. item si quis postulante. num. 78. in l. 1. de action.*

Hæc verò conclusio iure defendi non potest: præterquam quod si vera esset, ferè tota humanarum legum vis periret, parumque vtilis esset legumlatorum cura, & diligentia, si pœna, quam ipsi legum cōditores legibus ad maiorem earum vim addidit, eas imbecilliores redderet: obiter tamen contrariam sententiam uti verissimam constituemus, & probabimus. idque breuiter agemus, quandoquidem omnium eruditissimè disputationem hanc petegerit Alphonsus à Castro *lib. 1. de potest. legis pœnalis. cap. 8. & sequentibus.* Sit igitur conclusio dubio procul certissima: quod Humana lex, quæ iusta sit, vi humani præcepti ad culpam eius transgressores obligat, quandoque mortalem, quandoque venialem, etiam si pœnam humano præcepto legis conditor addiderit. Prima huius assertionis pars constat ex eo, quod humana potestas à diuina deriuatur. *Proverb. cap. 8. scriptum est*

Por

Per me Reges regnant, & conditores legum iusta decernunt. Hoc ipsum & Paulus docet ad Romanos, cap. 13. Omnis, inquit, anima potest. Attribus sublimioribus subditur. Non est enim potestas nisi à Deo. quæ autem sunt, à Deo ordinata sunt. Itaque qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit. Qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt. Qui quidem locis manifestam reddidit huius partis probationem. Sed & hoc apparet Deuter. cap. 17. Qui superbiuit nolens obedire sacerdoti imperio, qui eo tempore ministrat Domino Deo tuo, ex Decreto iudicis morietur homo ille. Pœna verò mortis lege Mosaica nunquam inflicta est, nisi pro mortali culpa: sicut Theologi frequentissime fatentur & probant. Ergo apparet, transgressorem humanæ legis ad mortalem culpam quandoque obligari. Idem deducitur ex eo quod filius non obediens patri, mortalem contrahit culpam: quemadmodum eadem, qua proximè utebamur argumentatione, colligitur ex cap. 21. Deut. dum inibi sancitum est, filium non obediens patri, lapidibus occidendum fore. At non minor est potestas Principis in Republica, quam patris familias in priuata domo: imò tantò maior quantò maius est bonum totius communitatis bono particulari, & domestico: quod ordinatur ad bonum totius ciuitatis, & Reipublicæ auctore Arist. lib. 1. Polit. cap. 1. Igitur legi humanæ obediendum est sub mortali quandoque culpa. est etenim iure naturali in omni humana societate suus ordo necessarius, in omni ordine suum caput, cui reliqui subesse obedireque tenentur. Tandem ne in re ab aliis admodum probata diutius immoremur, ita tenendum est, humanam legem siue Ecclesiasticam siue sæcularem quandoque ad mortalem, quandoque ad venialem culpam obligare. quod satis ostendunt D. Thom. 1. 2. q. 96. art. 4. & ibi Caiet. Gabriel. in 4. sentent. dist. 16. q. 3. notab. 6. Florent. 1. part. tit. 18. cap. 1. §. 2. Adrian. quodlib. 6. art. 1. Ioan. Maior. in 4. sent. dist. 15. q. 4. & in 3. sentent. dist. 37. q. 16. Driedoni. de libertate Christi. lib. 1. Alphon. à Castro. lib. 1. de potest. leg. pœnalis. cap. 4. & 5. tradunt Abb. & inibi Felin. & Dec. in cap. 1. gloss. & DD. in cap. quæ in Ecclesiis. de cons. idem Panorm. in cap. quæ per leg. de immunit. Eccl. & in præmio, Rex pacificus. col. 4. 12. in l. nemo potest. ff. de legat. 1. num. 106. Abb. in cap. 2. de maiori. & obediens. Secunda conclusionis pars dicitur, non semper legem humanam obligare eius transgressorem ad mortalem culpam, sed quandoque tantum ad venialem. hoc enim habet quæcumque lex: siquidem nec lex naturalis nec diuina semper obligat transgressorem ad mortalem culpam, sicuti post alios docent Caietan. 2. 2. q. 186. art. 9. ad 2. idem latius lib. 27. questionum. quest. 21. Adrian. dict. quodlib. 6. art. 2. Albert. Pighius. 4. de Eccles. Hierarchia. cap. 2. & Alphon. à Castro d. l. 1. cap. 5. documento 4. lex siquidem naturalis mendacium prohibet: non tamen mendacium est semper mortale crimen, sed passim veniale, ut docet D. Thomas 2. 2. questio. 110. art. 3. & probatur in cap. 1. 22. quest. 2. Sic & lex naturalis præscribit nobis in cibo, & potu obseruare mediū, ac regulam temperantiæ, quæ in eo consistit, ut tantum, & non ultra sumatur, quantum exigit necessitas, aut utilitas corporis: cuius transgressio gula dicitur, & inter septem capitalia crimina connumeratur. At tamen non semper gula peccatum est mortale: imò veniale crimen est, nisi excessus sit planè immodicus, vel excedentem obiciat periculo peccati mortalis: quod omnes fatentur. Quando autem humana lex obliget illius transgressorem ad mortalem culpam, colligitur ex ipsius legislatoris intentione, & voluntate, quæ ex verbis legis deduci poterit, & præterea inde præsumitur, quod finis à lege prætenus, & in quem lex dirigitur, maximè est Reipublicæ utilis. Nam hinc constat eius transgressionem esse Reipublicæ perniciosam, & propterea satis consonum est, quod tunc interpretemur legissatorem voluisse transgressores mortalem contrahere culpam: sicuti adnotauerunt ferè omnes qui paulò antè nominatim fuere citati: & præsertim Adrianus quodlib. 6. art. 2. Dec. in cap. nam concupiscentiam. col. ult. de cons. Ioan. Dried. de libert. Christi. pag. 266. quod ex variis causis cautissimè est diffiniendum. Nec interim omittendum est transgressorem legis humanæ cuiuscumque, siue inducentis culpam venialem, siue mortalem, semper purè pœnalem contrahere culpam, si ex contemptu eam transgreditur: siquidem contemptus ipse mortalem culpam semper habet secundum omnium Theologorum, & Canonistarum resolutionem: quæ colligitur ex D. Thoma 2. 2. quest. 186. art. 9. Adrian. d. art. 2. Altsiodoren. lib. 2. tract. 19. & 20. & lib. 3. tract. 9. Gerson. lect. 5. de vita animæ spirituali. Ioan. Andr. & DD. in cap. sacris. de his qua vi metusue caus. sunt.

Ultima conclusionis pars dicitur humanam legem aliquid sub pœna temporali prohibentem, quod nec diuina, nec naturalis

prohibitum erat, ad culpam quandoque mortalem obligare, nec enim ex eo obligatio ad mortale crimen cessat, nec tollitur, quod à legislatore pœna fuerit transgressori imposita, cui sententiæ aduersus prioris opinionis assertores subscribere, Domin. à S. Geminiano, & Francus in cap. perpetua. notab. 6. & in cap. commissi. 2. notab. de elect. in 6. gloss. & idem Domini. in cap. 2. de cons. tit. 1. 6. in verb. sententiis. Felin. & Dec. in 1. lect. cap. nam concupiscentiam. de cons. Syluest. in verb. inobedientia. Ioan. Dried. l. 1. de libert. Christi. art. 3. Ioan. à Medina de restitutione, quest. 12. & 37. ad 6. omnium dubio procul diligentissimè Alphon. à Castro lib. 1. de potest. leg. pœnalis. cap. 8. & sequentibus. Eandem opinionem probat Domin. Sot. lib. 1. de iust. & iur. quest. 6. art. 5. probatur hæc pars. Nam humana lex potest obligare, etiam si laica sit, eius transgressorem ad culpam mortalem, & simul pœnam aduersus eum statuere, ita quidem, ut transgressor huius legis teneatur ad culpam simul & pœnam: cum pœna non sit culpa contraria, ut non possit simul cum ea stare: ergo lex humana præcipiens aliquid pœna statuta, obligat transgressorem ad culpam. Quod si dixeris verum hoc esse: sed ex intentione legislatoris probari priorem sententiam: cum is statuens pœnam aduersus transgressores, nolit ad culpam eos obligare; quasi non desit hac in parte potestas, sed voluntas: certè inuito, nec possumus ita rem hanc perpendere, ut existimem legis conditorem, qui pœnam addit legi ad eius maiorem vim, & executionem, velle inbecilliorē legem ab eo conditam ex hoc reddere, & efficere tollendo ab ea culpæ obligationem. Præsertim quod plerumque ex pœna legi, & præcepto addita colligitur, legissatore habuisse voluntatem obligandi ad mortalem culpam, etenim ex pœna excommunicacionis à lege indicta, constat eam legem ad mortalem culpam obligare: cum alioqui non debeat excommunicari quis nisi ob mortalem culpam. cap. nemo. & cap. certum. 11. quest. 3. sic & Scotus notauit in 4. sentent. dist. 1. quest. 6. in lege Mosaica nulumque statutum fuisse pœnam mortis, nisi ubi ex transgressione legis culpa mortalis constitueretur. Et profectò iniquam ipse censuram humanam legem, quæ pœnam mortis, aut mutilationis membrorum imponeret pro transgressione alicuius legis, quæ ob publicum, leue tamen incommodum, non esset digna mortali culpa: tamen si fatear, posse legissatorem humanum aliquid prohibere graui apposita pœna, & tamen expressim insinuare se nolle obligare transgressorem ad mortalem culpam.

Ex his patet nihil referre, an ipsa lex pœnalis fuerit simul statuta cum ipsa lege morali, quæ prohibet id, cuius transgressio pœnam legis habet: an separatim: ab eodem an ab alio legissatore. eadem enim ratio, quæ posteriorem opinionem probat, cum lex simul prohibet, & pœnam statuit, probat itidem veram esse, cum ex intervallo ab eodem, vel ab alio pœnalis lex statuit contra legis iam latæ transgressores: & conuerso. licet lat. in d. l. 2. C. de iure emphy. nu. 143. existimauerit, priorem sententiam veram esse, ubi constitutio vel sit facta simul prohibens, & pœnam addens transgressioni: vel ab eo, qui præcipit, aut prohibuit, ex intervallo condita fuerit pœnalis pura lex pœnam addiciens priori constitutioni: quod cogitandum dimittit Ludouic. Gomez in d. cap. 2. num. 60. de constitutio. in sexto.

Hinc constat an verum sit quod plerique adnotarunt priorem sententiam admittentes, quod ubi lex pœnalis esset purè pœnalis, quæ nihil præciperet, aut prohiberet, sed tantum pœnam statuerit hoc vel illud facienti. Nam in hac specie legem istam non obligare ad mortalem, nec venialem culpam, responderunt Henric. à Gandauo quodlib. 3. quest. 22. & Ioan. Driedo. in d. lib. de libert. Christi. qui legem purè pœnalem distinguunt à lege mixta: quæ simul certum statuit præcipiendo, vel prohibendo: & transgressorem pœna puniendum esse censet. Sed quia Henric. hanc responsionem non ita simpliciter proponit, sed in hunc sensum, ut lex purè pœnalis ex se ipsa & ex verborum forma non obliget ad culpam, sed vel ex eo quod præmittat id, propter quod pœnam imponit esse vel prohibitum iam, vel præceptum lege diuina, vel humana; & deinde concedit, legem purè pœnalem ex intentione legislatoris pœnam statuens ad culpam obligare non ex se ipsa. huius conclusionis auctor est Alphon. à Castro lib. 1. de potest. leg. pœnal. cap. 9. post Caietan. quem ipse citat 2. 2. q. 187. art. 5. eo etenim capite doctissimus ille vir, maximis rationibus probare nititur, legem purè pœnalem ex se ipsa, nisi alia præcesserit naturalis, diuina, vel humana lex, minimè obligare ex forma verborum & quatenus pœnalis est, ad culpam, mortalem nec venialem. Addit præterea non rectè colligi à legissatore intentionem obligandi transgressorem ad culpam ex eo solum, quod

pœnam

pœnam simpliciter, & purè statuerit: qua in re discedit ab Henric. Gandauensis, cum quo secundum eum conuenit Syluest. in verbo, inobediencia. licet Syluest. ipse non satis percipiens quid Henric. scripserit, eum reprehenderit.

Ego sanè facior, legem purè pœnalem ex ipsa verborum forma non obligare ad culpam: quamuis culpam ipsam præmittat frequentissimè lex ista, ex alia lege diuina vel humana. quemadmodum sensere Driedo, & Caietan. idque eruditissimè ostendit ac neruose Alphonsus à Castro in dist. cap. 9. concedo item non semper rectè, nec necessariò colligi legislatoris intentionem obligandi transgressorem ad culpam, ex eo quòd legem purè pœnalem statuerit. Scio etenim non esse hanc collectionem necessariam. Aramen opinor plerumque ex lege purè pœnali, quæ pœnam infert pro eo, quod alia lege nec prohibitum est, nec præceptum, quod raro continget, deduci posse conditoris intentionem ad obligandum eum, qui vel fecerit, vel agere omiserit id, pro quo pœnam statuit, ad mortalem, aut venialem culpam. Nam ex subiecta materia pœnalis legis quandoque constabit, legislatores talem legem statuentem intendere, vt fiat, vel omittatur id propter quod pœnam imponit. quid enim si quòd id fiat vel omittatur expedit Reipublicæ: & hæc ratio manifesta sit apud ipsum legislatores? profectò censerem ipse tunc intentionem legislatoris legem purè pœnalem statuentis, eam esse, vt id fiat, vel omittatur. Sic denique si id fieri, vel omitti non tantum est simpliciter vile communitati, cuius legis conditor curam gerit, sed & maximè interest eius ad bonum commune id fieri, vel omitti: quod præsumitur ob grauem pœnam lege purè pœnali statutam, non admodum alienum à ratione videbitur, in hac specie coniectare, intendisse legislatores ad mortalem culpam obligare transgressorem eius, quod in hanc legem merè pœnalem pro eius materia deduxit. Quamobrem iuxta hunc sensum admitti fortasse poterit quod Henric. Gandauensis & Syluest. adnotarunt. Sic sanè post huius operis primam editionem prodiiit in publicum opus elegans de iust. & iur. auctore Dom. Sor. qui quodlib. l. q. 6. art. 3. hæc posteriores opinionem sequitur scribēs, legem purè pœnalem obligare ad culpam.

Postremo ex hac disputatione apparet, non esse iustam, nec congruam rationem opinionis eius, qua quibuldam placuit, vectigal, tributum, aut decimam rei venditæ æstimationis & pretij partem non esse necessariò in animæ iudicio Regi soluenda: nec teneri hæc iura fraudantem ad restitutionem: quòd leges Regiæ non soluuntibus hæc regalia iura, pœnas à iudicibus exigendas imponant. constat etenim fragilem omnino esse hanc rationem, minimeque veram efficere hanc tam audacem, & proteruam conclusionem.

Idcirco quæstioni propositæ respondentes, hanc omnino veram conclusionem edimus: Teneatur in animæ iudicio præter mortalem, quam contrahit, culpam, ad restitutionem is, qui tributū, vectigal, aliaque regalia iura Principi reddere per fraudem aut simulationem omiserit: modò hæc ipsa tributa iusta sint, nec legem iustæ exactionis egrediantur. Huius assertionis ratio ea est, quòd Principes iustè tributa, ac vectigalia exigat, modò hæc tributa tyrannidem ob excessum grauem non sapiant. Probat hęc ipsa totius veritatis basis & fundamenti pars potissima auctoritate, ac testimonio Saluatoris, qui interrogatus, an liceret censum dari Cæsari, respondit Matth. cap. 22. Reddite ergo quæ sunt Cæsari Cæsari, & quæ sunt Dei Deo. quo in loco secundum Hieronymum, & Theophylactum præcepit Deus dari, ac reddi tributa Cæsari, & Principibus. idem fecit dum Matth. c. 17. iussit Petro, vt staterem pro se, & ipso Petro soluere. item Paul. ad Roman. cap. 13. inquit: Idè enim & tributa præstatis: ministri enim Dei sunt, in hoc ipsum seruientes. Nam multi sunt labores, quos Principes pro populo tolerant: cum eius curam gerunt, rebusque publicis prospiciunt, ac laborant in executione iustitiæ, vt suum cuique reddatur: vt nemo aliterum lædat: prouinciamque bello, & armis tutantur, ne à finitimis gentibus opprimatur: qua ratione iustè Principes tributa & vectigalia exigunt à populo. si quidem dignus est mercenarius qui operatur, mercede sua: ita sanè diuinum eloquium dicitur, Luc. cap. 10. Dignus est operarius mercede sua. Igitur sicut Principes cauere debent ab iniustis exactionibus, quæ potius ad luxum, & delicias, quàm ad expensas necessarias defensionis, & administrationi Reipublicæ, iustamque laboris mercedem pertineant: ita & subditi abstinere debent à fraude, & simulatione, quibus Principem ipsum debitis iuribus, & tributis defraudet, cum potius teneantur ea reddere Principi, eiusque publicanis. Reddite, inquit Paulus, omnibus debita: cui tri-

butum, tributum: cui vectigal, vectigal: cui timorem, timorem: cui honorem, honorem. Hanc igitur sententiam, quòd teneatur quis in animæ iudicio Principi reddere tributum, vectigal, & alia iura regalia, quæ iusta sint, asserunt Panorm. & ibi DD. in cap. innouamus. de sensib. & plerique alij, quos referunt, & sequuntur, dicentes hanc opinionem communem esse, Bertachinus in tract. de Gabellis. part. 9. in princ. & Syluest. in verb. Gabella 3. quæst. 8. eamdem sententiam defendunt Ioan. à Medina in lib. de contract. quæst. 13. & Alphonsus à Castro lib. 1. de potest. legum pœnalis. cap. 11. Dominicus Soto l. 3. de iust. & iure. quæst. 6. artic. 7.

Hinc inferunt, eos, qui simulatione & fraude occultè contrahunt, mercesque inuehant in ciuitatem, vel prouinciam, aut euehant, quo publicanos effugiant, ipsosque debitis iuribus & vectigalibus defraudent, peccare quidem mortaliter, & teneri ad integram vectigalium restitutionem, etiam si vectigalia non petantur. Nam hi, qui merces inuehant, aut euehant, tenentur eas per viam publicam, consuetam, & regiam transmittere: easque non occultare, l. 5. tit. 7. part. 3. l. 96. 97. & 107. inter leges de las alcavalas.

Secundò ex his deducitur intellectus ad text. in l. fin. §. diui. in ult. ff. de publicanis. quo iuxta quorundam interpretationem probatur, transuehentem merces per locum publicum & consuetum absque vlla fraude, errore potius, mercium professionem omittentem, teneri ad dupli pœnam. Nam id obtinet in iudicio exteriori: at in animæ iudicio solum tenebitur ad vectigalis simplicis solutionem.

Sic Regia l. 9. & 10. tit. 10. lib. 6. ordin. statuit, transmittentem merces per loca publica & consueti, si ibi nullus sit portitor, nec custos, qui vectigal exigat, nulla pœna puniendum fore, etiam si absque vectigalis solutione transierit cum mercibus: teneri tamen ad solutionem, & redditionem vectigalis.

Tertiò hinc inferitur interpretatio vera ad text. in l. Regia 120. de las alcavalas. qua constitutum est, venditorem cuiusque rei, ex qua Regi pretij pars decima debita sit, teneri sub pœna alterius decimæ notam facere publicano illam venditionem. Etenim licet dupli pœna in iudicio interiori nequaquam debita sit: tamen quoad idem iudicium, venditor profectò peccat, & tenetur ad restitutionem decimæ ipsi publicanis.

Hoc probatur ex eo, quòd venditor tenetur decimam pretij partem Regi, vel eius publicanis reddere, tamquam eis debitam: ergo teneretur publicanis notam facere venditionem. Consequens hoc manifestè patet, & colligitur. Quia vel teneretur soluere debitam pecuniam, vel saltem creditori ignoranti debitum, notum id facere, vt vel creditor remittat debitum, vel ad diem soluendi dilationem concedat, cum interim creditore ignorante, pecunia eo inuito retineatur: siquidem ignorans inuoluntarius sit. Deinde venditor, qui non denuntiat publicanis venditionem, damnum eis dat circa rem sibi debitam: quam publicani obligantiam petere omittunt: & præterea teneretur decimam pretij partem iure obligationis legalis Regi soluere; vel eius nomine publicanis etiam, qui notam habuere venditionem. Igitur teneretur venditor etiam in iudicio interiori animæ soluere pecuniam lege iustissima debitam, etiam publicano scienti & ignoranti denuntiate venditionem factam fuisse: cum lege ad hanc denuntiationem teneatur: alioqui eam omittens ex capite damni dari tenebitur ad restitutionem: præterquam quòd & ipse ratione decimæ debita ex pretio rei venditæ itidem tenebitur ad restitutionem. Sic etenim sunt intelligendæ leges Regiæ, quæ de hac materia tractauerunt.

Ceterum sicubi consuetudine obtentum fuerit, quòd dicta venditionis denuntiatio non sit necessariò facienda publicanis; & quòd hæc decima pretij, vel vectigalia eis non soluantur, do nec fuerint petita: tunc fortassis in animæ iudicio non tenebitur quis ad vectigalium, nec ad decimæ solutionem ante publicanorum petitionem; modò nulla facta fuerit trans ad hoc, vt occulta sit venditio, vel vt publicanos lateat mercium transmissio. quod probatur ex his, quæ de decimis Ecclesiasticis tradidimus lib. 1. variar. resolut. cap. 19. num. 8.

Quòd si vectigalia iniusta sint, nempe ab eo indicta, qui ius ea indicendi non habeat, vel absque vlla causa præter iustam laboris & regiminis mercedem à Principe instituta; non tenebitur quis in conscientia foro ea soluere: ac poterit absque villo crimine, eiusque labe eorum solutionem cautelis, aliisve modis omittere, secundum Bartol. in l. vectigalia. ff. de public. & vectigal. quem alij Doctores frequentissimo omnium consensu sequuntur.

In his verò rebus, quæ à provincia in provinciam transmittuntur, illud observandum erit, quòd si nullum vectigal sit pro earum transmissione institutum, nec debitum; sed tantum pœna sit statuta aduersus transmittentes res veritas; hæc ipsa pœna in iudicio conscientie, & interiori exigenda non est, nec necessarii solvenda: quod tenuit Ioan. à Medina de *restit. quest.* 15. ad finem.

§. S E X T V S.

De restitutione rei furtivæ peremptæ.

S V M M A R I A.

1. Fur seu violentus rei alienæ occupator, tenetur in anima iudicio restituere rem, etiamsi ea perierit absque eius culpa: modo non foret eodem pacto apud dominum peritura.
2. Fur an teneatur rem extinctam iam restituere, eius æstimationis, cuius maxime fuerit à dia commissi criminis.
3. Fur, & iniquus rei alienæ iniurator, an possint in anima iudicio retinere expensas utiles, & meliorationes deducere.
4. Fur, & iniustus possessor, qualiter in iudicio conscientie teneatur ad restitutionem fructuum perceptorum, & eorum, qui potuerunt percipi.

DVODECIMO libet ab eadem regula adnotare, iure naturali & diuino neminem teneri ex acceptione rei alienæ iniuriosa, vel ratione illati damni ad aliud, quàm illati damni reparationem, & eius, quod alterius verè interlit, restitutionem. Hoc etenim dicat ratio, quæ inducit obligationem restituendi: sicut in principio huius relectionis ostendimus. vnde plura in huius regulæ tractatu dubia definiri poterunt.

Primò hinc constabit vera resolutio ad eam dubitationem, qua controuertitur, an fur, raptor, & violentus rei alienæ possessor, teneatur ad restitutionem, postquam res ablata absque eius culpa perierit? nam gloss. hic, D. Thomas 2. 2. q. 62. artic. 6. Syluest. in verb. *furtum*. §. 16. & ceteri huius regulæ interpretationem examinant, passim asseuerant, iniquum rei alienæ occupatorem teneri omnino ad restitutionem rei per iniuriam ablatæ, quoad æstimationem, etiam post eius interitum absque culpa occupantis contingentem. Idem ipse cenfeo verum esse. Et enim & ad forum conscientie præter supra scriptam rationem poterunt induci, quæ apud iudicem exteriorem sufficient ad huius æstimationis condemnationem: siquidem cum hic occupator alienæ rei ob crimen, & malam fidem, quam ab initio habuit, seipset in mora, l. in re furtiva. ff. de condit. furt. l. vlt. C. eo. tit. & alibi passim, moroso autem semper impuratur rei interitus, etiam absque eius culpa contingens, l. nemo. §. vltim. & l. si seruum. ff. de verb. oblig. l. 1. §. restituitur. & l. merito. ff. de vi & vi arm. & in l. vlt. ff. de condit. furt. cuius meminit Bal. in rubr. de re iud. in princ. idè probatur in l. C. quod met. caus. & in l. cum res. §. vlt. ff. de legat. 1.

Arque ita in hac species mihi placet iuris civilis responsio, vt & ea in animæ iudicio seruanda sit, ea ratione, quòd fur per iniquam acceptiorem alterum in illius rei peremptæ æstimatione læserit: quæ quidè res et si perierit penes furem absque eius culpa, fortassis non ita penes dominum periisset: cum eam ante interitum alienare potuisset, vel aliis remediis ab interitu liberare. Sed huius quæstionis controuersia maior tendit in eum casum, quo certum est, dominum rei furto ablata, eam ante interitum non fuisse alienaturum, & eodem modo apud ipsum rem illam perituram, sicut & apud furem petiit, an in iudicio animæ teneatur fur ad æstimationem? Anchæ. hic, quinta oppositiõne respondet, furem in hac specie teneri ad æstimationem in conscientie iudicio. Tandem Anchæranus eandem distinctionem admittendam esse censet in iudicio animæ, quæ & apud iudicem exteriorem seruanda foret. Nam in foro exteriori receptum est frequenti omnium consensu, occupantem rem alienam mala fide per crimen & delictum, teneri omnino ad eius restitutionem & æstimationem re peremptam apud ipsum eodem penitus modo, quo & apud dominum foret peritura, gloss. in d. §. restituitur. Bart. communiter receptis post gloss. ibi, in l. quod te mihi. num. 15. ff. si cert. petat. gloss. in l. item si verberatum. §. vlt. ff. de rei vendicat. gloss. communiter approbata in d. l. nemo. §. 1. in verb. homo. quam opinionem farentur communem esse Alexan. in d. l. cum res. §. vlt. ff. de legat. 1. & iuniores in d. l. quod te mihi. atque Alex. in d. l. nemo. §. 1. eandem sententiam & in foro animæ dicit esse iustam Ioan. à Medina, de *restit. quest.* 6. Ego tamen contrariam veriorē esse opinor in animæ iudicio: quippe qui videam ratione naturali

furem, raptorem, & denique rei alienæ occupatores teneri tantum domino iniuriæ passio restituere damnum, quod per acceptiõnem iniquam ei illatum fuerit. Hæc etenim est vera æqualitatis & iustitiæ ratio: ne quis ex alterius iniuria damnum in propriis rebus patiat: quod D. Thomas docet 2. 2. *quest.* 62. & alij Theologi restitutionis obligationem à iure naturali deducentes, idem præmittunt. quo fit, vt raptor, fur, vel violentus rei alienæ occupator, ad rei æstimationem minime teneatur post eius interitum, si eadem res eodem modo foret apud dominum peritura: nec eam ante interitum dominus esset venditurus. Nam & iure civili apud iudicem exteriorem non est omnino certa communis opinio: quemadmodum constat ex disputatione huius quæstionis tradita per Franciscum à Ripa in d. l. quod te. nu. 28. imò re perempta penes iniustum eius occupatorem, qui que eam iniuria & scelere à domino habuit, eodem modo, quo penes dominum fuerit peritura, ad restitutionis obligationem extinguitur quoad æstimationem, probat text. elegans in l. item si cum exceptione. §. sed & si quis. vers. sed & si non culpa. ff. quod met. caus. cui non satis aptè hætenus responderunt cõmunis sententiæ auctores: idem probat text. in l. si plures. §. vlt. ff. deposit. quibus auctoritatibus aduersus cõmunem sententiam tenuerunt Martin. ex antiquioribus, & quidam alij, quos sequuntur Fulgos. l. a. num. 28. Dec. num. 16. & Curt. lun. num. 33. in d. l. quod te mihi. Et profectò ex pluribus iuris locis, quæ pro communi sententia citantur (adducuntur etenim plures) nullum ego legi, à quo communis opinio vel aperte, vel per congruam argumentationem deduci valeat. Idcirco licet obiter etiam in foro exteriori Martini sententiam admittens, opinor saltem in animæ iudicio eam esse veriorē: siquidem et si per humanas leges in hoc casu adhuc debitor teneatur ad restitutionem, id potius ad pœnam criminis, quàm ad damni illati compensationem pertineret. Pœna verò in conscientie iudicio minime debetur: sed tantum damni dati compensatio. Fit igitur hanc partem non tantum æquiorē esse, quod Ioan. à Medina fatetur, sed & iustiorē.

Secundò & eadem ratione constat vera interpretatio textus in l. in re furtiva. ff. de condit. furt. Si ex causa, inquit Vlpianus, furtivæ res condicatur, cuius temporis æstimatio fiat, queritur: Placet tamen id tempus spectandum, quo res vniquam plurimi fuit: maxime cum deteriorē rem furtivam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur. Ex quibus verbis adnotavit Bartol. quòd re perempta succedit obligatio contra furem ad æstimationem, quanti res plurimi fuerit eo tempore quo dominus ea caruit. Enimverò iuxta leges iustitiæ commutatiuæ satis est, quòd res furto ablata domino restituatur: vel ea perempta, iusta eius æstimatio, quæ iustissimam efficit damni dati compensationem. Nec ad hanc pertinet æstimatio quanti ea res plurimi fuerit à die furti commissi, vbi dominus eo tempore, quo plures valuerit, non foret eam venditurus, nec furis culpa valoris plus rei fuerit diminutus. quod Syluester sentit in verb. *furtum*. quest. 16. & esse hanc humaniorem sententiam, asserit Ioan. à Medina d. quest. 6. licet opinetur contrariam iustam esse. quòd si res à fure ablata esset apud dominum vendibilis, ita quidem, vt eo die, quo plurimi valuit, ab eo venderetur, ea temporis huius æstimatio ad verum damnum pertinet, & ad eius satisfactionem.

Tertiò inferitur, qua & ratione seruandæ sint in animæ iudicio leges humanæ, quæ de sumptibus ac meliorationibus à fure in re furto ablata factis, tractant: an & Iurisconsultorum responsa sint & in foro animæ admittenda? Ego quidem leges dantes furi, & cuicumque malæ fidei possessori expensarum, & meliorationum retentionem aut repetitionem, non ambigo esse in animæ iudicio exactè custodiendas, & secundum eas à sacerdote restitutionis materiam examinandam: atque idè mente ab eo tenendam esse distinctionem Bartol. in l. in fundo. ff. de rei vend. per text. ibi. & in l. domum. C. de rei vend. vbi Salicet. optimus text. in l. plane. ff. de petit. heredit. & in §. ex diuerso. Insti. de rerum diuis. Regia l. 43. tit. 28. part. 3. Sed quæ possunt in conscientie iudicio dubitationem & scrupulum mouere, circa eas contingunt leges, aut interpretum responsiones, quæ furi & malæ fidei possessori expensarum, & meliorationum repetitionem & retentionem negant. In quibus, cum bonæ fidei possessoribus hoc non negetur, vel est adsumenda ratio à præsumpta malæ fidei possessoris donatione, vel à legali pœna ob malam fidem, & iniuriā rei alienæ occupationem, statuta. vtroque verò casu in conscientie iudicio aliter est accipienda resista: cum in eo nec locus sit præsumptionibus, nec legali pœnæ, saltem ante iudicis condemnationem; sed tantum in materia restitutionis agatur de damni

damni illati reparatione, & de re aliena, vel iure non quæ sita restituenda: quemadmodum superius adnotatum est. unde erit quoad animæ iudicium examinandus textus in *l. ex argento. ff. de condit. furti. Ex argento*, inquit Paulus, *furrepto pocula facta condicio posse Fulcinius ait. Ergo in conditione poculorum etiam calatura æstimationis fit, quæ impensa furi facta est: quemadmodum si insans surreptus adoleverit, æstimationis fit adolescentis, quamvis cura & sumptibus eius furus creverit.* Hactenus Iuriconsultus. Ex quo apparet, etiam expensas necessarias non deducere furem ab æstimatione rei quam furto habuit. Sed hoc quoad expensas necessarias, tantum obtinet in alimentis, quæ seruo furrepto præstita fuerint, *l. i. C. de infant. exposit.* notat Salicetus in *d. l. domum. penult. colum.* probatur item furem, & malæ fidei possessorem nec per actionem, nec per retentionem posse consequi expensas viles in re aliena factas: ex quibus res ipsa meliorata fuerit, & maioris sit æstimationis: tamen si malæ fidei possessor possit has expensas deducere, per deductionem æstimationis, & materiz, seruat illas pristino rei statu. *l. domum. C. de rei vendic.* ubi Salic. & communiter Doctores. notatur in *l. si area. ff. de cond. indeb. d. §. ex diverso. & in d. l. in fundo. Regia l. 43. paulo antè citata.* Imò in re illud constat, quòd re perempta tenetur in foro iudiciali reddere æstimationem eius, & iustum valorem, quo æstimari posset, ita ut erat meliorata expensis furis: text. in *d. l. ex argento.* Sic & ob malam fidem possessor expensas voluptatis, & ornatus causa factas, non quidem viles, nec poterit petere, nec retinere, per deductionem materiz, seruat etiam illas pristino rei statu. gl. frequentissimo omnium consensu probata, in *d. l. in fundo. text. & inibi Salic. in d. l. domum. d. Regia l. 43.* Hæc sanè omnia in iudicio animæ non ita ut in exteriori obtinere debent: quippe quæ minimè sint necessaria ad illati damni compensationem.

Quamobrem in iudicio interiori qui alienum seruum furtivum puerit, in eiusque alimentis aliquid impenderit, poterit eas impensas retinere, cum de seruo restituendo tractaverit. has etenim dominus facturusest omnino: & idè æquissimè à malæ fidei possessore retinentur; qui tamen & fructus serui restituere debet, si quos ab eo percepit, aut percipere potuisset, quod statim examinabimus. Sed tamen etiam si nullus fructus percepit à seruo, poterit nihilominus retinere alimenta, quæ seruo præstitit. Eadem ratione malæ fidei possessor in animæ iudicio poterit retinere impensas viles, quas in re aliena fecerit, & ex quibus res ipsa melioris maiorisque sit effectus æstimationis, ipseque dominus ex hoc sit locupletior.

Nam in pœnam criminis & malæ fidei lex humana statuit, non posse has impensas repeti, nec retineri: pœna verò hæc licet in foro iudiciali obtineat, non ita in animæ iudicio procedit: quod in hac specie notat Ioan. à Medina *d. q. 60. 2. pars.* dum contendit, tantum esse in restitutione, damni illati compensationem observandam. Ergo poterit fur viles & expensas in conscientia iudicio retinere: cum ex eis res sit modò maioris æstimationis. Præsertim quòd & has posse in foro iudiciali repeti, & retineri à malæ fidei possessore, censuit Martinus, cuius opinionem defendit Carol. Molinæus in *consuet. Paris. tit. 1. §. 1. glof. 5. n. 87.* Hinc apparet, responsum Iuriconsulti in *d. l. ex argento.* in priori eius parte, non esse recipiendum in foro interiori: cum id non pertineat ad veram iustitiam commutativam: & idcirco re perempta fur tenebitur ad eius æstimationem simplicem, non ad eam, quæ poterat æstimari in eo statu, prout reserat expensis, & cura furis meliorata, nisi eo casu, quo verisimili coniectura eam meliorationem fecisset dominus, ni res foret ab eo ablata: etenim tunc tenebitur fur ad æstimationem meliorationum, deductis expensis, quas dominus in hoc fecisset: quia & in hac melioratione videtur per furtum dominus ipse læsus. Postremò & illud constat, furem, vel malæ fidei possessorem posse in iudicio animæ deducere, per subtractionem materiz ab ædificio absque læsione ipsius rei, & eius pristini status expensas, quas in re ornatus & voluptatis causa fecerit: cum in hoc dominum rei minimè lædat, nec ei damnum inferat.

Quartò ex supra scriptis constat, quæ ratio sit habenda in restituendis fructibus rei furto ablata; siquidem de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis hic agendum non est. Igitur quoad fructus, quos malæ fidei possessor reddere tenetur, observandus est in iudicio conscientiz, quòd damni dati per iniuriosam acceptionem rei alienæ reparatio fiat: quemadmodum iam adnotatum est. Et profectò fructus percepti à malæ fidei possessore, restituendi sunt omnino, licet eos percepit propter eius industriam & sollicitudinem, deducta huius sollicitudinis

Didaci Couar. Tom. I.

iusta mercede, etiam si dominus fructus istos non percepisset. quod notat in foro exteriori Bartol. in *l. ratio. §. i. ff. de alt. empt.* distinguens, an fructus veniant in restitutionem ut fructus, an ut interesse: priori casu scribit hos fructus venire; non sic in posteriori, secundum notata in *l. videamus. §. si actionem. ff. de furtis.* unde ipse in animæ iudicio ab hac sententia Bart. infero, fructus istos, si ex eis malæ fidei possessor effectus sit locupletior, vel eos habeat modò extantes, debere restitui domino rei, non ratione illati damni, vel acceptionis iniquæ; sed quia domino debentur, eò quòd fuerint è re propria illius percepti: atque ita ut fructus extantes sunt domino rei restituendi ex decisione Iuriconsulti, in *l. si & me. & Titium. ff. si cert. per.* Quòd si fructus isti singulari industria possessoris percepti, iam fuerint consumpti, nec ex eis fuerit possessor malæ fidei factus locupletior; tunc cum ratione damni illati peti non possint, nec ut interesse lucri cessantis: siquidem eos dominus non percepisset: opinor non teneri ad eorum restitutionem ipsum possessorem, etiam malæ fidei.

Sic & eadem ratione in animæ iudicio tenebitur fur, vel iniustus alienæ rei possessor ad fructus, etiam percipiendos; quos tamen vel attenta singulari eius industria, vel communi hominum cura & diligentia dominus percepisset: nam & ita in foro exteriori ad hos fructus tenetur possessor malæ fidei, *l. si navis. ff. de rei vendic.* secundum Abb. in *c. grauis de re litur. spoliat.* & ibi DD. Alexand. & Iaf. in *l. apud Iulianum. §. i. ff. de legat. 1.* quam opinionem fateatur esse communem Dec. in *l. generaliter. ff. de regul. iur.* atque ita tenendum est, quidquid ipse Decius inibi ab hac opinione communiter recepta dissenferit, existimans, non esse attendendam singularem domini industriam: sed eam, quæ omnibus conveniat. Sed communis opinio ex Bart. colligitur in *l. domum. C. de rei vendic.* Qua ratione in conscientia foro idem seruandum erit: cum hæc restitutio pertineat ad damni dati satisfactionem ex eo, quòd si res non fuisset iniuria & furto occupata, eius verus dominus commodum hoc ab ea percepisset: quo quidem commodo fraudatur ob iniustam rei propriæ occupationem, nec in fructibus percipiendis etiam apud iudicem exteriorè attenditur singularis ipsius possessoris industria. quod notat Bart. in *d. l. domum.* & est communis opinio, teste Dec. in *d. l. generaliter.* quidquid contrarium post alios adnotauerit Matthæsi. notab. 160. maximè Cyn. in *l. certum. 1. q. C. de rei vend.*

§. SEPTIMVS.

An ex vi iustitiæ distributiæ ad restitutionem quis teneatur.

S V M M A R I A.

- 1 Iustitia distributiva à commutativa differt.
- 2 Beneficia Ecclesiastica munerum publicæ indignis conferentes, tenentur ad restitutionem illati damni, ac moraliter peccant.
- 3 An dignior sit eligendus quoad beneficia, & munera publicæ & an iure humano electio digni, omisso digniori valida sit.
- 4 Intellectus ad text. in *c. 3. de iure patronus.*
- 5 Patronus tenetur digniorem præferre Episcopo ad beneficij institutionem.
- 6 Eligens dignum, omisso digniori, an teneatur ad restitutionem.
- 7 Pater ex lege Regia meliorans filium dignum, vel indignum, prætermisso digniori, an peccatum ex hoc commiserit?
- 8 Impediens quòd beneficium, aut officium publicum alteri detur, an teneatur ad restitutionem? Et quid de impediens legatum, donationem, vel hereditatem institutionem?

DECIMOTERTIO quæritur satis congruè ad huius materiz tractatum: an teneatur in animæ iudicio ad restitutionem is, qui alterum læserit, vel ex eo, quòd ei digniori iuxta distributivam iustitiam non contulerit officium, aut beneficium, ex quibus ipse munere publico seruire valeat Reipublicæ simul & reditum percipere ad eius alimenta, sumptusque necessarios: vel ex eo, quòd impediens, aut curauerit, ne ei beneficium, vel officium publicum à Principe detur? Huic controverfiz prænotandum est, maximum discrimen constitui inter iustitiam distributivam, & iustitiam commutativam. Etenim iustitia distributiva tractat de distribuendis bonis communibus, alicuius nempe communitatis, inter eos, qui eiusdem sunt communitatis: commutativa autem agit de bonis privatis unicuique, cuius ea propria sunt, dandis. atque ita in hoc tendit, ut unusquisque habeat à privatis & particularibus, quod suum est. Vnde prior iustitia constituit respectu communitatis ad privatos: posterior verò respectu privati ad privatum: sicuti

S:

Aristo.

Aristoteles docet lib. 5. Ethic. c. 2. & post eum eleganter D. Thomas 2. 2. q. 61. art. 1. Florentinus 4. part. tit. 5. c. 2. & 3.

2 Est & aliud obseruandum, quod si qui munera publica, & Reipublicæ magistratus, vel officia indigno ex crassa ignorantia, vel scienter contulerit, præter peccatum graue, quod per acceptationem personarum aduersus iustitiam distributiuam committit in eos, qui digni sunt, maximum damnum Reipublicæ, & his, qui ex iniqua electi administratione læduntur, palam infert: & ex ea causa tenebitur ad restitutionem illari damni: quod probatur, quia qui causam damni dat, damnum dedisse videtur, c. ult. de iniur. idem constat ex rubr. C. & ff. de magistr. conuenient. l. 1. §. nunc tractemus. ff. de tutel. & ratio. distr. gloss. in c. 1. de sup. neglig. prelat. adnotant in specie Anchar. in clement. 1. de etate & qual. in fin. Felin. in c. si quando de rescriptis num. 7. Ioan. Lupi in c. per vestras. notab. 3. §. 26. num. 11. & Adrian. in 4. sentent. tract. de restit. cap. quia iam determinatum est. vers. secunda conclusio. Idem notat Dominicus. Sor. lib. 4. de iust. & iur. quest. 6. art. 3. ad sextum. probans, hoc in casu quoad iniuriam Reipubl. peccatum committi aduersus commutatuam iustitiam, quod latius ipse probauerat lib. 4. q. 6. art. 2. & 4. Quod si dixeris, foras nullum damnum imminere Ecclesiæ, aut Reipubl. ex indigni administratione; quia indignus nullum damnum intulit, quippe qui variis ex causis commode & prouide officium gesserit: adhuc opinor mortale crimen contraxisse eum, qui indignum præposuit, c. h. quoscumque. 1. q. 1. quia præficiens indignum, Ecclesiam, Reipublicam, pupillorum bona, & patrimonium maximo exponit periculo. quo fit, vt ex sola indigni prælatione grauiter peccet, qui eum scienter eligit: cum iniustissimè hoc eligendi munus, quod iuxta rectam rationem expedire tenetur, aduersus diuinam, naturalem, & humanam legem exerceat.

3 His demum optime accedit ea disputatio: an teneatur quis digniorem eligere, & præficere vel Ecclesiæ, vel publicis muneribus? Et quibusdam visum est, satis esse, quod dignus eligatur, aut præficiatur: etenim hoc ita verum esse, dicitur text. in c. monasterium. 16. q. 7. & in cap. cum nobis. de elect. quibus auctoritatibus hoc asseuerant gloss. in c. constitutus. de appell. in verb. magu. & in c. licet ergo. 8. quest. 1. & alia in c. 3. de iure patronat. & in cap. 2. de offic. custod. quas DD. vbique veras esse censent. Sed hoc in hunc sensum accipiendum est, vt collatio beneficii, electio, & muneris prælatio valida sit, nec in foro iudiciali, nec interiori animæ iudicio possit iure rescindi. non tamen ex hoc sequitur, præficiendum dignum, omisso digniori, tutum esse, & immunem à peccato. Nec enim dubitandum est, electionem istam iure validam esse, adeo vt retractari nequeat: siquidem præter alios ita profitemur D. Thomas 2. 2. quest. 63. art. 2. ad 3. idem quodlib. 8. art. 6. & quodlib. 6. art. 9. Cardin. à Turre-Crem. in d. cap. licet ergo. & ibi Præpof. Alexandrinus, Syluest. in verb. electio. in 1. q. 16. Adrian. in d. cap. quia iam determinatum est. conclus. 1. Dominicus. Sor. lib. 3. de iust. & iur. q. 9. art. 1. conclus. 8. omnium latissimè Lamberti. de iure patronat. 2. lib. part. 1. q. 10. art. 3. eandem opinionem sequitur asseuerans communem esse Dominicum in d. c. licet ergo. probat text. in d. c. constitutus. vbi post Abb. & alios Philipp. Franc. hanc opinionem tener. ad idem text. optimus in c. quia propter. iuncto cap. cum in cunctis. de elect. cap. nisi cum pridem. §. ne pro defectu. de renuntiis. (& omnium apertissimè Tridentina Synodus sess. 24. c. 1. & c. 18. dignior esse eligendum asseuerat, vt à peccato sit immunis elector: nō tamen statuit electionem digni omisso digniori fore rescindendam.) Atque hæc est communis opinio, quæ tamen fallit, vbi ante electionem, quæ de certis facienda est, denuntiatur electoribus, vt digniorem eligant: & à contraria electione, si facta fuerit, ab initio appellatio propofita fuerit. Nam in hoc casu electionem factam contra appellationem nullam esse, & reuocandam probare conantur Panormit. & Dec. in d. c. constitutus. gloss. in pragmat. sanct. tit. de electionibus §. ego N. in verb. utiliorem. & Lamberti. in d. art. 3. contra Imol. & Franc. in d. cap. constitutus. qui & in hoc casu existimant, electionem validam esse, nec reuocari posse, etiam si facta fuerit, omisso digniori, digno quidem electo. Eorum sententiam in praxi admittendam fore cenfeo aduersus Panormit. alioqui omnes electores maximum discrimen & periculum patientur, eritque locus mille libris, si permillum fuerit, electiones reuocari ex causa quod dignior electus non sit. Hoc verò permittendum non est, nec permitti Christianæ Reipublicæ conuenit, modò dignus eligatur.

4 Hinc constat intellectus f ad text. in cap. 3. de iure patronat. vbi Bernard. quem DD. sequuntur, censet, præsentatum à maiori patronorum parte, si idoneus & dignus sit, ab Episcopo insti-

tuendum esse omnino, etiam si præsentatus à minori patronorum parte dignior sit. Idem adnotat Imol. & Cardin. in clem. plures. 4. col. & §. fin. q. 1. de iure patronat. Panorm. in c. cum autem. de iure patronat. Nec in hoc casu potest Episcopus digniorem instituere, cum is verè præsentatus non sit, sed potius alter, qui maiorem patronorum partem, eiusque suffragia habuerit. quod & iuniores fatentur statim à me nuncupatim citandi. At si plures fuerint Episcopo præsentati ab vno eodemque patrono, vel æquali patronorum suffragio, tenetur Episcopus etiam in foro iudiciali, digniorem instituere, alioqui ab eo poterit dignior appellare, & eo appellante institutio reuocabitur, secundum Abb. in d. c. cum autem. Rochum Curt. in tract. iur. patron. in verb. honorificum. q. 13. Imol. & Card. in d. clem. plures. 4. colum. in princip. quibus suffragatur text. in cap. si forte. 63. distict. qui tamen in eo sensu accipiendus est, vt Episcopus teneatur secundum rectitudinis tramitem, digniorem Ecclesiæ præficere: alioqui malè vtatur Episcopi officio. Sed si idoneum contempto digniori elegerit ad sacerdotium, non sequitur inde, eam electionem aut institutionem reuocandam fore: quia ratione contraria reuocationis adduci obrem causam, quod dignior fuerit prætermisus electo digno. Etenim si locus esset contrariæ opinioni, & electiones istæ hac ratione possent reuocari, nulla in Ecclesiastica Republica electio fieret, quæ libris & controuersis maxime perniciosus non videretur. Is verò qui dignum elegerit, eive sacerdotium, aut munus publicum contulerit, prætermisso digniori, planè peccatum committit, & perpenfa qualitate mortale quidem: quippe qui teneatur digniorem præficere: sicuti communi omnium consensu extat adnotatum in d. c. constitutus. vbi Panormit. & Rochus de iure patron. in verb. honorificum. q. 15. Ludou. Gomez. in c. 2. de confil. in 6. n. 22. probat text. in d. c. licet ergo. & tradidere eleganter D. Thom. 2. 2. q. 63. art. 1. & q. 185. art. 3. & quodlib. supra citatu. Caiet. in commentariis ad Thom. Flor. 2. part. tit. 1. c. 20. §. 1. Ioan. Maior in 4. sent. distict. 2. q. 8. & 9. Adrian. in d. c. quia iam determinatum est. c. nul. 1. Syluest. d. quest. 16. Ioan. Lup. in d. §. 26. n. 12. Caiet. in sum. verb. acceptio. & in tentaculo 12. q. 4. Domin. Sor. in d. q. 6. art. 1. conclus. 9. Cæsar Lambert. de iure patron. d. q. 10. art. 3. rursus Caietan in 2. 2. q. 62. art. 2. Hæc opinio instruitur fortius. Nam vel hæc publica munera conferuntur, vt onera Reipublicæ, quæ priuati ad eius ministerium subire tenentur: vel, vt bona, & honores ipsius communitatis, quæ inter priuatos eidem subditos communitati distribuenda sunt. Priori quidem casu peccat rector communitatis, quia non seruat in ipsius regimine illam iustitiam, & rectitudinis rationem, qua vbi debet erga ipsam Reipublicam, tenetur enim digniorem muneribus publicis præficere. text. in d. c. licet ergo. c. vnic. vt Eccles. benef. c. vltimus. 1. q. 1. Diuus Augustinus super illud Iacob. 2. Fratres mei nolite habere in acceptionem personarum fidem Iesu Christi, inquit: Quis seruat eligi diutem ad sedem honoris Ecclesiastica gloria, contempto paupere instructiore & sanctiore? Posteriori autem casu peccat Princeps communitatis aduersus iustitiam distributiuam, iuxta quam tenetur Reipublicæ honores, & bona subditis distribuere, & impertiri secundum cuiuscumque dignitatem, vt dignior digno, melior bono in his adsequendis præferatur, inquit sanè Aristot. lib. 5. Ethic. c. 3. Ius enim, quod est in distributionibus, pro dignitate quadam esse oportere, omnes fassentur: dignitatem autem non esse eandem omnes asserunt. Hactenus Arist. quibus tandem hæc sententia satis firmis rationibus & auctoritatibus probata manet.

Dignior verò in hac quidem disputatione non simpliciter dicitur ille, qui doctior sit, vel qui sanctior: sed is, qui iuxta munus, & rem, cui præficiendus est, aptior eius ministerio apparer: siquidem quandoque qui sanctus vir, virtuosus, & bonus est, ac præterea diligentior ad curam, præferendus est viro sanctiori, qui non ita diligens est: eaque ratione non ita aptus, sicuti prior administrationi eius muneris, cui est præficiendus. quod D. Thomas, ac ceteri passim adnotant: idemque obseruandum erit circa doctrinam & eruditionem: nam frequentissimè qui doctior est, non ita conuenit muneri publico, sicuti aliter,

alter, qui doctus est, & doctrinam habet satis sufficientem ad munus, quod ei confertur. Quæ verò exigantur, ut quis sufficiens sit administrationi dignitatum Ecclesiasticarum, & sacerdotiorum, tradit text. & ibi Doct. in cap. cum in cunctis. de elect. gloss. in cap. pen. de prob. omnium lauslime Cæsar Lambert. de iure patron. 2. lib. 1. part. 10. quest.

Ex his autem, quæ modò explicuimus, satis euidenter constat, dignum & idoneum, cui munus publicum collatum fuerit, prætermisso digniori, non tantum in foro iudiciali, sed & conscientia iudicio tutum esse, ac posse iustissimè, & sine peccato munus id possidere: tamen qui eum præfecerit sacerdotio, peccauerit etiam mortaliter: quemadmodum censent Scotus & Richard. in 4. distict. 15. & Ioan. Maior ibi, q. 8. & 9. Caiet. in 2. 2. quest. 185. art. 3.

Secundò probatur ex præmissis, electionem factam prætermisso digniori, si dignus electus fuerit, validam esse, nec reuocari posse, etiam si electores iuramentum de digniori eligendo præstiterint. hoc etenim iuramentum pertinet ad periurij crimen, si electores existimantes, quemdam ex candidatis dignitatem postulantibus, aut qui ad eam eligi poterant, digniorem esse, eo prætermisso, alterum etiam dignum elegerint: non tamen ob id electio nulla est, nec debet reuocari. quod expressum voluit Chosmas in pragmat. sanct. tit. de electionibus. §. ego N. in verb. vtiliorem. & in ibi Philipp. Prob. in additionib. num. 6. Ioan. de Selua 3. part. de beneficio. quest. 27.

Tertiò planè ex prædictis deducitur, Episcopum, qui iure Pontificio tenetur clericum præsentatum à patrono ad beneficium Ecclesiasticum instituere, modò is dignus & idoneus sit: sicuti satis expressum est sub rubrica de iure patron. minimè peccare, nec crimen aliquod etiam quoad animæ iudicium contrahere, si dignum à patrono præsentatum instituerit, prætermisso digniori, quem patronus non præsentauerit; potuisset tamen ad institutionem Episcopo exhibere, & instituendum offerre: cum Episcopus idoneus & dignus à patrono nominatum secundum canonicas sanctiones non potuerit non instituere: ideoque nullam contrahit culpam. ita sanè in specie adnotarunt Caiet. in summa in verb. beneficium Ecclesiasticum. & Ioan. Maior in 4. sent. d. quest. 8. & 9.

Quartò eadè ratione, quam paulò antè prænotauimus, examinandum est, quod Cæsar Lambertinus in tract. de iure patronat. lib. 2. 1. part. q. 10. art. 3. num. 17. scribit, existimans, quod patronum non obligari, nec teneri ad præsentandum digniorem, sed satis esse, si dignum præsentet, vtiliter ab omni culpa. textus optimus in cap. monasterium. 16. quest. 7. qui probat, patronum posse nominare quem voluerit, modò is malus non sit, & nominato deberi à Episcopo institutionem. Etenim hæc opinio apud me falsa est. Nam licet præsentatio patroni, quoties dignus ab eo nominatur, valeat, sitque ab Episcopo admittenda: non ex hoc sequitur, patronum non præsentantem digniorem, immunem esse à culpa peccati in animæ iudicio contrahenda: liquidem tenetur præsentare, cui Pontificia constitutiones ius hoc dederunt, inquirere diligenter, qui sint ad sacerdotia digniores: & eos Episcopis exhibere, ut ipsi beneficia iuris patronatus conferantur, secundum Frederic. conf. 95. non obstat text. in d. c. monasterium. Nam si eum sensum habet, ut sufficiat à patrono præsentari, & nominari dignum, prætermisso digniori, ad effectum validæ nominationis: non tamen ad excusandum à peccato ipsum patronum, qui digniorem potuit nominare; vel sat erit, dignum ab eo nominari, cum dignior non reperitur, præmissa mediocriter ac diligenti nominandi inquisitione.

Quintò hinc aperitur, quoniam modo sit intelligendum, quod Ioan. Maior in d. quest. 9. art. 5. asseuerat, scribens, Ecclesia ab aliquo constructa, doteque congrua eius ministris constituta, cum ea lege & conditione, ut ad Ecclesiæ ministerium electio, nominatio, & præsentatio fiat ex certo genere personarum, vel ex instituentis familia: semper digniorem à patrono nominandum fore, ut eum Episcopus instituat: & clausulam à primo institutore additam, tunc obseruandam esse, cum plures sint dignitate æquales: quo quidem casu locus erit gratiæ, & liberæ nominationi. Nam si Ioan. Maior sensit, digniorem eligendum esse ex genere personarum à primo institutore Ecclesiæ speciatim nominato: eius sententia vera quidem est: atque ita patronus sub mortalis culpæ reatu inspecta materia subiectionis, tenebitur digniorem ex illis Episcopo exhibere: hoc enim & Fred. in d. conf. 95. probat. quod si Ioan. Maior voluit, digniorem esse à patrono Episcopo nominandum & exhibendum, ex-

Didaci Couar. Tom. I.

iam si non sit ex illis, quos primus Ecclesiæ conditor nominari, & Ecclesiæ præfici mandauerit, eius opinio admittenda non est: quod in specie adnotauit Dominicus. Sor. lib. 3. de instit. & iur. quest. 6. artic. 1. conclus. vlt. potuit sanè, qui Ecclesiæ instituit, iustè legem hanc institutioni addere: idcirco ea seruanda erit, modò satis dignus possit ex eo personarum genere Ecclesiæ præfici.

Sextò illud non est in hac disputatione prætermittendum, cum eius causa hæc tradiderimus, an eligens dignum, prætermisso digniori, teneatur ad restitutionem, & damni satisfactoriem ipsi quidem digniori faciendam? Et quibusdam visum est in hac specie præferentem dignum digniori, teneri ad restitutionem eidem prætermisso faciendam. Huius sententiæ auctores sunt Palud. in 4. sent. dist. 15. q. 2. art. 2. & Caiet. 2. 2. q. 62. art. 2. vers. ad confirmationem. Probatur aliquot rationibus horum auctorum opinio. Primò, tenetur Episcopus hoc facere: dotum dare Titio digniori: ergo non satisfacit huic obligationi, nisi id, vel æquivalens dederit. Consequens pater: Antecedens verò satis constat ex his, quæ iam prænotauimus. Secundò hoc ipsum ostenditur: Episcopus tenetur ex iustitia distributiua facere, quòd commune bonum; id est, Ecclesiastica dignitas, aut beneficium sit proprium Titij dignioris: quod notissimum est: ergo tenetur ad hoc vel æquale, & sic ad restitutionem. Etenim si ego teneor facere, quòd equus detur Titio: nec id faciam nulla causa iusta impeditus; teneor profecto id, in quod Titium inter sit equum illum habuisse. Præterea qui obligatur ex bonis communis mihi dare centum, nec det, cum ea dare possit, planè infert mihi damnum in centum. & per hoc iustitia commutativa violatur; siquidem supposita distributionis lege, ex qua centum mihi debentur, qui hæc mihi cum possit, & teneatur, non dedit; iustitiæ commutatiue refragatur: auctore D. Thom. 2. 2. quest. 62. art. 1. ad 3. igitur ad restitutionem tenetur ratione violatæ iustitiæ commutatiue: sicuti omnes farentur: deinde paria sunt, Ab aliquo auferre, quod suum est; & Eidem non dare, quod ei debetur. sed qui digniori non dedit munus, & res communis, quæ ei debetur, negat rem debitam ei soluere: ergo tenetur ad restitutionem, ac si ab eo abstulisset, quod eius proprium erat. Eandem denique opinionem tenet idem Caietanus. in summa in verb. acceptio. cui accedit, quod scribunt D. Thom. 2. 2. quest. 62. art. 2. ad 4. & Syluest. in verb. restitutio. 3. quest. vlt. qui censent, quòd impediens ne detur beneficium digniori, teneatur illi ad restitutionem: quo fit, ut & ad eandem teneatur, qui potuit, & tenebatur dare, & non dedit. Atque ita D. Thomas hanc Caietani sententiam probare videtur, præsertim in d. art. 1. ad 3. cuius hæc sunt verba: Ad tertium dicendum, quod recompensatio, quam facit distribuens ei, cui dedit minus, quam debuit, sit per comparationem rei ad rem: ut si quanto minus habuit, quam debuit, tanto plus ei detur. Et ideo iam pertinet ad iustitiam commutatiuam. Hactenus D. Thomas.

Verum Adrian. in 4. sentent. tract. de restitutione. in cap. quia iam determinatum est. contrariam sententiam proponit, constanter asseuerans, in hac specie prælatum non teneri ad restitutionem: cuius opinio dubio procul benignior est, & fortassis verior; ad cuius probationem vtriusque duabus rationibus, quibus ferè adductis in contrarium respondetur. Enimvero si in hoc casu restitutionis obligatio constituitur, non alia contingit ratione, quam quòd digniori damnum illatum fuerit in re libi debita: sed id obtinet, quando damnum alicui fit in re propria, vel ei debita ut propria: non autem in ei debita, ut communi. Nam res debita ut communis, non est propriè, nec verè debita, præsertim cum deberetur ad vtilitatem communis, quemadmodum contingit in sacerdotis, & publicis muneribus. Alio enim modo, inquit D. Thom. 2. 2. quest. 16. art. 1. ad 5. debetur alicui id, quod est commune, alio modo id, quod est proprium. Deinde Princeps aut Prælatas conferens digno, prætermisso digniori, publicum munus, quod ei debitum erat, solum peccat respectu dignioris aduersus iustitiam distributiua: quippe qui acceptor sit personarum, non concedens digniori ex bonis communis id, quod iuxta eius dignitatem, & potius quam digno debitum erat. At obligatio restituendi non procedit à iustitia distributiua: sed à commutatiua, quod D. Thom. asserit in 2. 2. q. 62. art. 1. in corpore questionis. Igitur non tenetur Reipublicæ administrator, qui dignum prætulit digniori, ad restitutionem. Non inficiat D. Thom. in d. art. 1. ad quintum. alium sensum habere, qui Caietani opinionem minimè improbet: ut sanè constituat D. Thom. discrimen inter debitum ut commune, & debitum ut proprium: debitum priori modo non debetur iux-

S s 2

ta

ta quantitatem rei acceptæ & occupatæ, sed iuxta eam partem, quam quis, perpenſa eius dignitate, habere debet ex communibus bonis. debitum poſteriori modo, ſolùm debetur inſpecta re, quæ ablata fuerit ab altero, vel in qua damnum ei datum fuerit. Pro Adriani ſententia reſponderetur ad illud, quod de inpediente tradidimus, ſecundùm ea, quæ ſtatim explicabuntur. Ad verba D. Thom. in reſpoſione ad 3. difficilis eſt reſponſio: & tamen quoties præcipuè agitur de bonis communibus diſtribuendis in eos, qui communitati ſubſunt, & eius partes ſunt iuxta cuiusque dignitatem, & proportionem, tunc fortasſe iam ad iuſtitiam commutatiuam pertinet, ſi detur alicui minus, quàm ei debitum ſit. idcirco locus erit obligationi reſtituendi, ac poterit admitti Caietani opinio. Quod & ipſe explicat 2. 2. d. quæſt. 62. art. 1. At in præſentiarum non agitur de bonis communitatis diſtribuendis ſaltem principaliter, ſed de magiſtratibus, & muneribus Reipublicæ ad eius regimen, & vtilitatem conferendis, ubi ex praua munerum collatione præcipuè Reſpublica læditur, eiſque damnum inferitur. quod nequaquam contingit, ubi digno magiſtrato conferitur, atque ideo obligatio reſtitutionis nulla in hac ſpecie dari poteſt. vnde D. Thomæ ſententiam in priori caſu intelligendam fore opinor, maximè quia conſtat inter hæc duo maximum diſcrimen. Priori enim caſu, ſi apud Principem ſuperiorem querela foret propoſita inferioris diſtribuētis, proſectò diſtributio reuocaretur lege iuſtitie, non licet poſteriori caſu, ſicuti à nobis paulò antè traditum eſt. Fit tandem, vt in re adeò controuerſa, & dubia, potior appareat Adriani opinio, quæ praxi conuenientior eſt. quam Domin. Sor. probauit lib. 4. de iuſt. & iur. quæſt. 6. art. 3. ad 6.

Septimò hac in parte ſeſe offert excutienda quædã Ioan. Lupi ſententia: is, inquam, in repet. cap. per veſtras. 3. not. §. 26. in princip. eleganter ſcribit, patrem lege Regia habentem facultatem meliorandi vnum ex filiis in 3. & 5. bonorum partibus, debere digniorem ex filiis, & meliorem ad hanc meliorationem eligere; 7 alioqui eum peccare: quia ꝑ licet Regia lex patri permittat hanc meliorationem inter filios, eſt tamen hæc permiſſio intelligenda iuxta rectitudinem rationis, ſecundùm quam, qui ex filiis melior eſt, ceteris debet in hoc præferri. Idem probatur ex his, quæ modò ſcripſimus, exiſtimantes & deſinientes, electores, qui digniorem prætermiſerint digno etiam electo, peccare, & proſectò grauiter attēta rei & negotij qualitate. Ad idem ipſe Ioan. Lupi citat text. in l. femina. C. de ſecund. nupt. quæ ſtatuit, feminam ſecundò nuptam debere, quæ lucro à priori coniugio habuit, filiis eiſdem matrimonioſi relinquere mortis tempore, ita tamen, vt poſſit eadem lucra conferre cuiſlibet ex filiis, in quem contemplatione meritorum liberalitatis ſuæ iudicium mater crediderit dirigendum. Cuius equidem legis auctoritate propriam inſtruit opinionem ipſe Ioan. Lupi, quo non citato, ex d. l. femina. idem conatur perſuadere Ludouic. Gomez. in cap. 2. de conſt. in 6. num. 23. Eam verò non poſſe iure probari crediderim, quod palam erit, ſi rem iſtam vigenti argumentatione perſtringamus. Primum etenim illud conſtitutiſſimum ſit, meliorationem factam à patre filio malis moribus prædito, atque omnium filiorum indigniſſimo, iure Regio validam eſſe, nec irritam cenſeri, nec reuocari poſſe. Hoc ſanè, ni fallor, adeò certum eſt, vt opiner, à nemine id negari potuiſſe, modò is filius talis ſit, qui per leges capere poſſit, cum habeat patris voluntatem eum melioranteſque permittente. Secundò adnotandum eſt in hac quæſtione tractari de iniuria & iniuſtitia particulari patris erga filium ceteris digniorem ſuper ipſo patrimonio, & rebus patris diſtribuendis: quod ſatis maniſeſtum eſt. Nunc autem aduerſus Ioan. Lupi ita argumentor: Pater meliorans filium, ſiue dignum, ſiue indignum, qui tamen capere poteſt, digniori prætermiſſo, vel iniuſtus eſt, aut peccat contra iuſtitiam commutatiuam, aut contra diſtributiua: etenim de alia hic non tractamus. Nulla verò harum per patrem violatur. ergo is nullam ex hac melioratione culpam contrahit. Conſequens iſtud patet. Antecedens probatur. Iuſtitia etenim cōmutatiua tunc infringitur, cum ab aliquo auferatur, aut ei non redditur, quod ſuum eſt, vel ei neceſſariò deberetur, vt proprium & priuatum, ac particulare bonum; ex his, quæ docet D. Thom. d. q. 61. art. 1. & 62. art. 1. poſt Ariſtotelem lib. 5. Ethicor. cap. 2. In præſentiarum autem hæc bona, quæ per meliorationem pater in filium tranſfert, nec ſunt propria dignioris, nec ei vt propria debentur neceſſariò. Nam ſi ei forent neceſſariò debita, non permitteret lex alterum ea poſſidentem ex melioratione, iuſte ipſa obtinere, quin melioratione reuocata, eadem ab ipſo tolleret, & digniori concederet. Quod quidem

Regia lex permittit, dum hanc meliorationem nec reuocat, nec cenſet melioratum filium inique poſſidere: imò ſtatuit, eum iuſtum eſſe, vt verè eſt, bonorum poſſeſſorem: quemadmodum omnes fatentur. Nec in animæ iudicio poſſet cogi filius melioratus hæc bona digniori fratri reſtituere: qui cogendus eſſet dubio procul, ſi melioratio facta foret aduerſus iuſtitiam commutatiuam. Dices tandem, hoc verum eſſe: ſed tamen hanc meliorationem contrariam eſſe iuſtitie diſtributiue, ſecundùm quam bona vnius familie communia diſtribuenda ſunt inter eos, qui ſunt eiſdem familie auctoritate alicuius priuati, iuxta cuiusque dignitatem & merita, auctore D. Thom. 2. 2. quæſt. 61. art. 1. ad 3. At hæc ratio parum vrget; quandoquidem D. Thomas de bonis alicui familie communibus loquitur: non de bonis, quæ propria ſunt alicuius: licet is habeat certos, & lege ſibi neceſſarios ſucceſſores. Pater ſanè dominus eſt verus, & ſolus earum rerum, quæ ad eius patrimonium pertinent: & de his liberè diſponere valet, modò legibus humanis vratur, nihilque eis contrarium ſtatuere de rebus propriis agendum: idcirco aduerſus iuſtitiam diſtributiua non peccat, ſi lege permittente bona propria alicui ex filiis donauerit, aut teſtamento reliquerit, digniori prætermiſſo. Nec dici poterit acceptor perſonarum, cum de rebus patrimonialibus diſponat, quæ quidem res patrimoniales non debentur quoad meliorationem filio digniori: ideoque ubi nulla ratio debiti ſubeſt, iuſtitie diſtributiue locus non eſt: nam & iuſtitie ratio debiti rationem præmittit. Præter hæc & contra Ioan. Lupi ſententiam eſt optimus text. in l. 18. Tauri. (C. l. 2. tit. 6. lib. 5. Recopilat.) quæ permittit parentibus beneficium hoc meliorationis in quolibet ex filiis, aut nepotibus. Quo fit, vt liberum eiſdem parentibus ſit indignum digno præferre: quod adnotauit gloſſ. elegans in l. ex factis. §. ſi quis rogatur. in 2. ſſ. ad Treb. Nam & D. Thom. 2. 2. quæſt. 63. art. 1. ad primum. idem addit in datione pertinenti ad liberalitatem, nullam contingere perſonarum acceptationem, nec iuſtitiam aliquam infringi. Hoc verò maximè huic rei conuenit: cum in hac melioratione tertiæ & quintæ partium bonorū, pater inter eius liberos omnino liberalis ſit. Non diſſiteor ad honeſtatem quandam, & moralem obligationem pertineat, quod pater digniorem filium ceteris præferat in remunerationem & præmium virtutis: atque vt ceteri filii familias hoc exemplo ad bene recteque viuendum inuitentur & alliciantur: hucque pertinet quod Imperator ſcripſit in d. l. femina. cuius ratio non eſt iurè authenticorum abrogata. Hæc tamen moralis obligatio non imponit tranſgreſſori culpam: ſiquidem culpæ reatus ad legalẽ obligationem attinet, ſecundùm D. Thom. 1. 2. q. 71. art. vlt. quamobrem & in foro iudiciali, quamuis hodie ſeruanda foret l. femina. conſtitutio, nihilominus præferre poſſet mater filium dignum digniori in diſtribuendis lucris prioris matrimonij. quod cenſeo iure veriſſimum eſſe.

Octauò ex proximè adnotatis illius quæſtionis diſputatio aliqua ex parte deducitur: an ꝑ impediens ne detur beneficium Eccleſiaſticum, aliudve publicum munus, digniori, vel digno, teneatur ad reſtitutionem? & idem erit de impediēte legatum, herediſve inſtitutionem. Adrian. equidem in 4. ſent. tract. de reſtit. cap. conſequenter quaro, vtrum impediens. aſſerit, impediētem, ne alteri digniori ſacerdotium aut munus publicum detur, non teneri ad reſtitutionem. Idque probatur, etiam ſi dolo & fraude impediēter, ex rationibus, quibus præcedentis quæſtionis reſponſionem probauit de Epilcopo præferente dignum digniori in collatione ſacerdotiorum: addit tamen, contrariam ſententiam eſſe tutiorem, iuxta D. Thomæ diſtinctionem. Ego ſanè propter variam auctorum concertationem, quæſtionem iſtam aliquot propoſitis concluſionibus abſoluam.

Prima concluſio: Impediens vtrumque, & quomodocumque, ne beneficium detur alicui, etiam digno, vt id detur digniori, non tenetur ad reſtitutionem. Hanc deducimus ex D. Thom. 2. 2. q. 62. art. 2. ad 4. & Palud. in 4. ſent. diſt. 15. q. 2. art. 2. ac Sylueſt. in verb. reſtitutio. 3. quæſt. vlt. & probatur: quia impediens in hoc caſu minimè violat iuſtitiam diſtributiua, imò curat, vt ea cuſtodiat: atque ideo nulla eſt ratio, quæ inducat reſtituendi obligationem.

Secunda concluſio: Impediens beneficij, aut publici muneris collationem, ne ea fiat digno, vt detur, & fiat æquè digno, non tenetur ad reſtitutionem. Hæc probatur ex eo, quod nec hîc iuſtitie diſtributiue ius infringitur. vnde ſententiam iſtam tenuerunt Caiet. d. art. 2. ver. ad primum. Palud. in 4. ſent. diſt. 15. q. 2. art. 2. & Sylu. in verb. reſtitutio. 3. §. vlt. Huic opinioni & ea ratio ac-

cedit,

cedit, quod licet quis possit procurare, ut sibi vel amico beneficium detur, aut aliud munus publicum, l. 1. §. denique. ff. de aqua pluvia. arcend. eamdem sententiam absque vlla distinctione Caiet. asseuerat veram esse, dum D. Thomæ distinctionem intelligit in impediens digniorem: non de eo, qui æquè digno impedimentum præstat, quasi Caietanus velit secundam hanc conclusionem procedere, etiam si ex odio, vel vindicta, & malitia impedimentum præstitum fuerit: idemque præmittunt Palud. & Syluest. liquidum ad obligationem restituendi parum momenti affert odium: cum animus odio affectus non sit causa restitutionis, ut explicat eleganter Adrian. in d. cap. consequenter quero, vtrum impediens. Fortassis tamen in specie huius secundæ conclusionis locus erit obligationi restituendi, si impedimentum contigerit per vim, fraudem, aut dolum: hæc etenim reddunt conferentem publica munera inuoluntarium. vnde mutatio voluntatis ipsius conferentis in hunc sanè modum, dolo, fraude, vel vi coacta, nisi fallor, obligat mutantem ad restitutionem faciendam, etiam si is mutationem illam fieri curauerit in fauorem æquè digni: propterea quod iniuriola sit, ac per iniuriam alteri damnum intulerit.

Tertia conclusio à præcedenti colligitur: Impediens dolo, fraude, vel vi, quod beneficium detur digniori, ut id digno conferatur, tenetur ad restitutionem eo modo, quo D. Thomas distinguit: & sequenti assertionem probabitur. Imò si quis absque vi, dolo, & fraude impediens beneficij collationem digniori fieri, nempe precibus, & sollicitudine; aduertens tamen, & sciens, ex his digniorem impediri; tenebitur ad restitutionem: quia legem infringit iustitiæ distributiue, & præterea damnum alteri aduersus commutatiuam iustitiam inferre in re propè iam ei quæsitum, quod probatur ex ratione, qua in hac questione vtuntur D. Thom. & alij.

Quarta conclusio: Impediens ne detur beneficium digno, vel digniori, etiam sine dolo, vi, fraude, precibus tantum; aduertens tamen id impedimentum ab eo præstari, ut indigno & immerito detur; tenetur ad restitutionem ipsi digno, vel digniori faciendam, in quo omnes conueniunt. Hæc verò restitutionis obligatio non semper est ad æquale præcisè: sed arbitrio boni viri, qui damnum æstimabit ex variis circumstantiis, distinguens negotium istud, cum non ita æquale damnum hic fuerit illatum ab eo, qui impedit sacerdotij collationem digniori, dignove fieri eo tempore, quo eadem nondum erat facta: ac si impedierit collationem iam factam, eius reuocationem precibus & sollicitudine procurans, secundum D. Thom. & Caiet. d. q. 62. art. 2. ad 4. Syluest. Adrian. & Palud. modò citatos, ac Flor. 2. part. 2. cap. 1. §. 26.

Quinta conclusio: Impediens alterum à consecutione legati, hereditatis, vel gratuitæ donationis, dolo, vi, vel fraude, tenetur ad restitutionem arbitrio boni viri: à qua quidem obligatione immunis est, si absque vi, dolo, & fraude, etiam odio, vel ut sibi consulat, ac prospiciat alterum ad mutationem voluntatis induxerit. Prior conclusionis pars probatur: quia impediens eo casu, damnum per iniuriam inferre alteri in re ferè ei quæsitum: idcirco ex ratione iustitiæ commutatiue, tenebitur ad restitutionem. Posterior pars probatur ex eo, quod liberè & licitè potest quis in his gratuitis propriam voluntatem mutare ante eius perfectionem: ergo poterit quis seclusa fraude id eidem persuadere; quamuis peccet, si odio hoc fecerit, aut vindicta. & licet Palud. in d. art. 2. Caiet. d. q. 62. art. 2. ac Syluest. qu. plur. tenuerint, quod impediens quem à consequendis his gratuitis bonis, quæ sola & libera dantis voluntate acquiruntur, non teneatur ad restitutionem: eorum tamen sententiam ipse admitterem, nisi dolo, vi, aut fraude donantem quis ad mutationem voluntatis induxerit: tamen si Syluest. nimis generaliter hanc conclusionem accipiat, sentiens in his gratuitis etiam suggestionem non esse causam restitutionis. Nam si suggestio fiat absque dolo, id verum erit. quod si dolo facta fuerit, eius opinio apud me dubia est factis. Nec hic de legibus civilibus in tracta. prohibentium liberam testandi voluntatem statuendis, quidquam agitur, cum illæ præter illati damni restitutionem pœnales sint.

Didaci Couar. Tom. I.

§. OCTAVVS.

De venatione, & captorum restitutione.

S V M M A R I A.

- 1 Venatio an possit per Principem, aut iudicem inferiorem in locis publicis prohiberi.
- 2 Venatores acquirunt animalia, quæ nullius propria sunt, etiam si venatio fuerit iusta ex causa prohibita.
- 3 Clericus qui venatur contra Canonis prohibitionem, acquirit animalia, quæ venatus fuerit.
- 4 Capta per venationem à iudice prohibitam, non sunt in animæ iudicio restituenda.
- 5 Venator ingrediens fundum, domino prohibente, an acquirat sibi feras, quas acceperit. C. num. 9.
- 6 Intellectus Regiæ legis 16. tit. 28. part. 3.
- 7 Simonia qualiter impediat acquisitionem beneficij Ecclesiastici, quod simoniacè collatum sit.
- 8 Collatio beneficij facta simoniacè ignoranti, an teneat ipso iure.
- 9 Quid de eo, qui à Romano Pontifice habuit beneficium per simoniam cum ipsomet Papa conuentam.
- 10 Intellectus l. si quisquam. ff. de diuers. & temp. præscript.
- 11 Prohibentes venationem, & venatores, teneantur restituere damnum illatum alienis agris.
- 12 Piscatura & venationis interesse etiam dari potest.
- 13 Fera ab uno percussa, & ab alio capta, cuius efficiatur?
- 14 Venator tenetur restituere in animæ iudicio animalia per venationem capta, quæ propria erant alterius.
- 15 Interpretatio l. 3. §. item feras. ff. de acquir. poss.

DECIMO QVARTO ab eadem radice procedit restitutionis obligatio, quæ inquiri solet in his, quæ per venationem, aut piscationem à priuatis acquiruntur: præsertim in locis, vbi venatio aut piscatio vetita est. Cuius quæstionis examen & illam exigit, an iustè possit venatio per Principes prohiberi? Et quibusdam visum est, non posse à Principe venationem iustè prohiberi. Qui verò huic opinioni subscribere, ea ratione mouentur, quod Princeps non possit ea, quæ sunt iuris gentium, & naturalis, tollere. §. sed naturalia quidè. Institut. de iure natural. gent. & civili. textus in princip. §. distinct. & cap. plur. distinct. 6. Huius verò iuris naturalis & gentium propria est venandi libertas. igitur ea per Principem tolli nequit. Consequens manifestè patet. minor autem argumentationis pars probatur in l. 1. & 3. & in l. quod in histore. ff. de acquirend. rerum domin. §. feras. Institut. de rerum diuisio. l. 1. in princip. ff. de acquirend. possess. quibus etiam constat, in his, quæ nullius sunt, natura ipsa dominium acquiri per priorem occupationem, cuiusmodi sunt feras, volucres, pisces, & similia his animalia. Idem probatur in l. 16. tit. 28. Partita 3. Etenim summum D e v s omnia animalia creauit in hominum vsum, & cibum, Genes. cap. 1. Quod & ex Chrysippo Cicero docuit lib. 3. de finibus. cumque hæc animalia communia ipsa natura fecerit, planè licet per eandem naturæ legem cui libet primò capienti, ea sibi acquirere, sicuti Iuris consulti adnotarunt, & præter hos l. 1. de Offic. inquit Cicero, Similisque est priuatorum possessionum descriptio. Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quæ natura fuerant communia, quod cuique obligat, id quisque teneat. Hæc Cicero. Sic & Aristoteles lib. 1. Politic. c. 5. venationem inter antiquissima vitæ genera retulit. Atque ita venationem per Principes prohiberi non posse, voluerunt Hostiens. Ioan. Andr. Cardin. & Anton. in cap. non est. de decimis. Decius conf. 197. & consil. 271. Matth. de Afflict. in consil. Neapol. lib. 3. rub. 1. n. 9. text. optimus in cap. 1. §. nemo retia. de pace tenend. & eius violat. idem tenent Gulielm. Benedict. in cap. Raynuitius de testamentis. in verb. & uxorem nomine Adelaphiam. num. 868. cum sequentibus. Andreas Tiraquellus de nobilitate. cap. 37. numer. 140. Thom. Grammat. decis. 76. num. 9. Rebuff. in l. vnica. C. de venat. fera. lib. 11. Stephan. Bertran. conf. 255. lib. 1. num. 8. Iacobin. à S. Georg. in tract. de feudis. §. & cum venationibus. Chaffan. in consuetud. Burgund. rubric. 13. §. 7. & l. 1. consil. 119. l. 4. quo in loco scribit, hanc sententiam communem esse. & licet in contrarium possit induci text. in d. §. nemo retia. tamen iuxta quorundam interpretationem hanc partem probat, dum in eo, ne pax violetur, prohibita est venatio, quæ non fiat ad vrsos & apros capiendos. Nihilominus vt cumque illa constitutio accipiat, palam significat, posse ex causis variis à Principe venationem prohiberi. sic etenim inibi adnotare videntur Martin. Lauden. & Cardin. Alexand. ceterique Doctores. idemque tenuerunt Rebuff. Stephan. Bertran. Chaffan. Thom. Grammat. Gulielm. Benedict. num. 869. Andreas Tiraquellus, ac ferè omnes paulò antè citati, & Boët. in consuetud. Bituricens. tit. 1. de consuetud. prædio-

S s 3

prædio-

pradiorum. §. 5. qui fatentur, ex causa iusta venationem prohiberi posse, quibus ad stipulatur gloss. in *cap. qui venatoribus* 66. *distinct.* & ibi Cardin. à Turre Crem. Caietan. in *tractat.* 17. *questionum*. *cap.* 12. Ioan. à Medina de *restitutione*. *quest.* 12. & Dominic. Sor. l. 4. de *instit.* & iur. *quest.* 6. *art.* 4. unde plures Regiæ constitutiones ex variis causis prohibentes in locis publicis venationem, iure & rectitudine iustitiæ defenduntur. Nam & Ioan. Faber in §. *flumina*. *Instit. de rerum diuis.* licet contendat, Principibus inferioribus non competere ius prohibendi venationem; id tamen proprium esse Principis supremi, manifestè fatetur. Nec dubito, hanc posteriorem sententiam itidem frequentiori Doctorum calculo receptam esse: atque inde colligitur, non admodum inter se Doctores hac in re dissidere. Illud verò prætermittendum non est, eam rationem, qua contra prohibitionem venationis nostrates vtuntur, incongruam, ac fragilem esse, minimeque aptam huic disputationi. Nam licet iure naturæ omnia sint re ipsa communia, possunt tamen à Republica, & Principibus, qui eorum, quæ in nullius bonis sunt, dispensationem habent, quædam priuatis ita concedi, vt in posterum ea priuata, non communia sint. §. *singulorum*. *Instit. de rerum diuis.* l. 1. ff. de *acquir. rer. domin.* etiam absque corporali occupatione. quod Caietan. concedit in d. *cap.* 12. Ad hæc facit, quod sicut occupatio rerum, quæ nullius sunt priuatum, iure naturali efficit illud, quod prius commune erat proprium ipsius occupantis. l. 1. ff. de *acquir. possess.* cuius modò mentionem fecimus: ita ipsa Respublica, eiusve rector poterit, quæ communia prius erant, nulliusque in bonis habebantur, in priuatum iure dominij transferre. Iure siquidem naturali omnia fuere ab initio communia, & tamen humana lege facta est rerum distinctio inter priuatos, post quam distinctionem non licet cuiquam occupare dictam rem, & alicui priuati lege humana addictam: sicuti eleganter tradit Conrad. in *lib. de contract.* *quest.* 10. & seq.

His accedit, quod humana lex vel Princeps facere potest, vt dominium rei priuata, quæ dominum habet, absque traditione transferatur in alterum ipsius domini consensu, qui exigitur ad tollendam iniuriam, l. *yltim.* C. de *sacro sanct.* *Eccles. l. raptores.* C. de *Episcop. & cleric.* notatur in l. *traditionibus.* C. de *patris.* ergo earum rerum, quæ nullius sunt, & Principis dispensationi subiacent, poterit Princeps dominium absque apprehensione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam constat, Principem posse earum rerum, quæ communes sunt, ex causa occupationem priuatis interdiceret, & sic venationem ipsam prohibere. Ad rationem autem responderetur, ferarum, volucres, & cetera animalia iure naturæ non esse communia positiue, & affirmatiue, quia omnium propria sint communis domini causa: sed negatiue, quia nullius sunt, & iure naturæ nulli sint applicatæ, secundum D. Thom. 1. 2. q. 94. *art.* 5. & Caiet. d. *cap.* 12. idcirco lex humana potest ea vni potius, quam alteri ex causa cedere. Ex quibus infertur, venationem iure naturali omnibus permissam, ex variis causis posse per Principes prohiberi, quemadmodum auctores proximè citati fatentur, & præter eos Syluester in *verb. venatio*. Hæc denique collectio, seu argumentatio parum valida est: Hoc est iure naturali permissum: ergo per legem humanam prohiberi non potest. cum multa sint iure naturali licita, quæ inspecta Reipublicæ utilitate, & iuxta æquissimum communis regimem per legem humanam prohiberi possunt. Quod si ita arguebimur: Hoc est iure naturæ prohibitum; ergo lege humana permitti non potest: valida omnino est, & firmissima probatio.

Igitur Princeps habens potestatem legis condendæ, venationem prohibere ex variis causis poterit secundum omnes. Inferior autem à Principe iurisdictionem habens, idem agere poterit ad tempus aliquod, & ex causa iustissima: non quidem per legem, quam statuere non valet, sed per edictum. Perpetuò vero non potest Princeps, qui superiorem habet, prohibere venationem, nisi ius id per immemorabilem præscriptionem legitime acquisierit. quod sentiunt Ioan. Andr. Anton. & alij, quorum memimus superius: atque ex Theologis Caietan. in *summa*, in *verb. venatio*. Quæ quidem præscriptio cautè est recipienda, & seruanda in iudicio exteriori, item & in conscientia foro, præsertim si ea initium à tyrannide habuerit. His equidem prænotatis ad questionis propositæ definitionem, duas constitutiones, ex quibus poterit facillimè hæc controuersia dissolui.

2. Prima conclusio: Prohibita est venatione ob venatoris vel temporis rationem, aut propter aliam causam publicam, vel priuatam, non tamen ex eo, quod animalia propria sint alicui,

iure, acquisitum ex ea non est in conscientia iudicio restituendum. Hæc assertio constat, quia leges prohibentes venationem in his casibus, non prohibent nec vetant acquisitionem ipsam ferarum, sed vsum venationis, causa honestatis, vel simili: idcirco nulla oritur à venatione prohibita, obligatio restituendi. Sicuti & acquisitum ex meretricio non est necessarium in animæ iudicio restituendum: licet iure diuino & naturali vsum meretricis damnatus sit, & prohibitus. Deinde manifesta est conclusionis ratio. Nam si qua obligatio restituendi acquisitum per venationem prohibitam contingere in hac specie potest, ea deducenda est à commutativa iustitia, quæ per venationem infringatur. at hæc minime infringitur, cum nullum damnum detur alteri; siquidem capta feræ nullius sint, nec ex venatione auferatur alicui, quod eius sit proprium, vel ei debitum. Igitur nulla est obligatio ad restitutionem.

Primum ex hac conclusione deducitur interpretatio earum constitutionum, quæ clericis venationem interdicit. Nam quamuis suapte natura venatio non honesta sit, & vitiosa; tamen clericis ea est interdicta, *cap. quorundam*. 74. *distinct.* *cap. qui venatoribus*. 86. *distinct.* *clement.* 1. §. *porro de stat. monach.* l. 47. tit. 6. *part.* 1. *cap.* 1. & per totum titulum de *cleric. vena.* vbi Doct. Innoc. & Abb. in *cap. dudum in secund. de electio.* Felin. in c. *audiri.* col. penult. de *prescript.* Quidquid verò captum fuerit à clericis, etiam illicite venantibus, proprium capientium sit, nec in iudicio animæ restituendum erit. Idem adnotandum erit, quoad laicos, quibus etiam est interdicta venatio tempore festo, ne impediatur, & retrahantur studio venandi ab officiis diuinis, gloss. & DD. in *cap. Esau.* & in d. *cap. qui venatoribus*. 86. *dist.* Etenim si eo tempore quis venationem exerceat, malè quidem agit, sed non tenetur ad restitutionem eorum quæ per venationem habuerit.

Secundò hinc apparet variarum Regiarum constitutionum intellectus. sunt enim plures leges huius regni, quæ venationem certis ex causis prohibent adhuc in locis publicis, & communibus. lege namque Regia 40. tit. 1. vlt. l. 8. ordin. prohibet venatio leporum tempore niuium: tunc etiam non licet pedices aucupari. l. 165. apud Madritum condita anno 1528. vtrumque veteri lege interdictum erat Tauri ab Henrico 11. anno 1402. à qua deducta fuit d. l. 40. sic & Regia constitutione inter pragmaticas sanctiones vetitum est, ne quis ferarum venetur cum retibus, alijsve instrumentis aptis ad ferarum depopulationem, vel hominum periculum. quod poruit adnotari ex d. §. *nemo retia.* & l. *qui foueas.* ff. ad leg. *Aquil.* Platea in l. *vnica.* C. de *venat. ferar.* vbi Rebuff. quem sequuntur alij, præsertim Stephan. Bertrand. in d. *consil.* 255. lib. 1. & Chassan. in *consuet. Burgund.* rub. 13. §. 7. nu. 3. scribit, posse per Principes interdici venationem, quæ sit cum instrumento zonæ, quia eo plures extinguuntur & capiuntur feræ: atque inde sequitur animalium syluestrium & ferarum innumera extinctio, quæ Reipublicæ incommoda est. lex item 28. Pincia statuta anno 1537. prohibet, ne quis cum sclopo venetur, cum propter tonitrua arcubusiorum fugentur & terreantur aues, & feræ. omnis etenim his casibus si quis aduersus legis prohibitionem venetur, licet puniri per iudicem valeat, non tamen tenebitur ad restitutionem auium, & ferarum, quas aucupio, vel venatione acquisierit, aut ceperit. quod & in specie adnotauit Ioan. à Medina, d. q. 12.

Tertiò ex hoc falsum esse opinor, quod Ioan. Faber & Claudi. Cantium. in d. §. *feræ.* Chassan. in d. §. 7. & Iacob. in *tract. de feud.* §. & cum *venationibus*. scripsere, asseuerantes capta per venationem à iudice prohibitam, non effici ipsorum capientium. Etenim in hunc sensum, vt per iudicem possint ea tolli à capientibus in pœnam criminis, planè procedit: at ex hoc non sequitur, venatores ipsos eas ferarum & animalia per venationem, propria non fecisse: atque idem in animæ iudicio non tenentur hi ad restitutionem, tametsi grauiter peccauerint contemnendo iudicis præceptum.

Quartò ab eadem conclusione fit, vt licet grauis iniuria fiat domino fundi priuati, si venator quis eum ingrediat ipsò domino prohibente, l. *iniuriarum*. §. vlt. ff. de *iniur.* l. *Diuus.* ff. de *seruit. rustic. prad.* §. *fera.* vers. *plane.* *Instit. de rerum diuis.* non tamen ex hoc tenebitur ad restitutionem auium, aut ferarum, venator ipse, qui domino vetante fundum alienum ingressus fuerit, secundum Ang. & Paul. Castr. in d. l. *Diuus.* gloss. in l. 3. ff. de *acquir. rer. domin.* Bartol. in l. 1. §. *omnia.* ff. *eodem tit.* Dyn. in d. l. 3. Plateam in d. l. *vnica.* Felin. in *cap. omnes leges.* 1. *distinct.* col. vlt. quorum opinio communis est, vt fatentur Angel. & Cantiumcul. in d. §. *fera.* ac Iacobin. in d. §. & cum *venationibus.* horum est potissima ratio, quia

et si lego humana ob iniuriam domini verum sit, ne quis eius agrum eo inuito ingrediatur; non tamen ex hoc acquisitio ferarum, quæ intra eum agrum in nullius bonis sunt, est impedita, nec per hanc prohibitionem feræ ipsius agri domino applicantur, nec eius propriæ efficiuntur, imò adhuc liberæ manent iure naturali, ut primò occupantis fiant. Probat hoc euidentiùs; nam si in hac specie feræ ipsius agri privati, essent propriæ domini fundi, vel id contingeret per applicationem legis, vel per occupationem, nullum horum hic datur: igitur adhuc ea animalia communia manent, nec in vilius bonis sunt, iuxta propriam iuris naturalis dispositionem. Lex equidem humana prohibens, ne quis inuito domino agrum alienum ingrediatur ad venationem excercendam, non impedit animalium, quæ nullius sunt, primò occupantis acquisitionem; nec ea animalia applicat domino fundi, donec & ipse dominus ea occupauerit iure naturali. Idcirco venator ad restitutionem non teneatur eorum quidem animalium, quæ à domino fundi non fuere præoccupata. Huic sententiæ in foro conscientie subscribit Ioan. à Medina d. quæst. 12. & ita iure respondendum erit, tametsi glossa in d. § feras. & Alber. in d. l. Diuus. teneant, quoad iudiciale forum in hoc casu feras captas non effici capientes, sed ipsius domini privati fundi. quam opinionem probat textus singularis in l. 17. tit. 28. part. 3. cui tamen respondet Ioan. à Medina, eam constitutionem pœnalem esse, atque ideò in animæ iudicio minimè seruandam fore, nec obligare, donec per iudicem exteriorem quis cogatur ad restitutionem lata sententia. idem asseuerat dubius tamen Domin. Sot. in d. quæst. 6. art. 4. Ego sanè non puto hanc responsionem congruam, aut sufficientem fore, si admittamus, per legem Regiam impeditam esse in hoc casu ferarum acquisitionem; siquidem manifesti iuris est, posse legem humanam ex causa impedire rerum, quæ in nullius bonis sunt, acquisitionem, easque res alteri applicare, vel communia ipsi communitati dimittere: ac tunc res istas contra legem occupans, nequaquam sibi acquirit. vnde necessariò ad restitutionem obligatur. Alioquin sequeretur, quòd posset quis iustè retinere ea, quæ scit ad ipsum non pertinere, vel quòd humana lex ex iusta causa non possit prohibere quarumdam rerum acquisitionem: vtrumque sanè fallum est, & ipsi naturali rationi contrarium. Quod de lege pœnali dicitur, eam quidem in animæ iudicio seruandam non esse, ita, ni fallor, accipiendum est, ut pœnalis lex, quæ in pœnam criminis sanxit priuationem dominij quarumdam rerum, postquam illæ res iam acquisitæ priuatis fuerint, & in eorum dominium transferint, minimè in animæ iudicio recipienda sit in hunc sensum, ut delinquens teneatur bona illa dimittere, & fisco reddere, propter rationes, quas alibi huic sententiæ aptauimus, donec per iudicem eadem bona, ut per legis executores auferantur. Ea verò lex, quæ vel in pœnam, vel ob aliam causam, impedit alicuius rei primam acquisitionem, eiusdemque dominij translationem in eum, qui antea nullum ius priuatum ad eam habuit, profectò in conscientie iudicio seruanda est, nec hac lege constituta poterit priuatus eamdem rem retinere, quippe qui nullum dominium, nec ius in ea habeat lege impediens eius acquisitionem: quæ quidem lex etsi pœnalis sit, nullam requirit hominis executionem, quoad pœnam istam, cum lege ipsa fiat plena & integra executio. Huc pertinet, quod Caietan. scribit 2. 2. q. 62. art. 3. existimans, pœnas censuræ & irregularitatis, hisque similes, quibus negatiuè in pœnam quis efficitur indignus ipso iure, aut incapax alicuius rei, in foro animæ vim & effectum habere, quia nullam requirunt positiuam actionem iudicis, ad earum executionem. Huius ego sententiæ mentionem feci in Epitome ad quartum librum Decret. part. 2. cap. 6. §. 8. num. 16. & c. 3. §. 5. n. 8. Quo in loco respondi, filium spurium, qui à lege humana eademque iustissima incapax ipso iure constituitur paternæ hereditatis, non posse parentis bona etiam ex eius consensu post ipsius obitum obtinere in animæ iudicio. Non alia profectò ratione, quam quòd lex humana constituens, & efficiens aliquem ipso iure incapax alicuius rei, eiusque acquisitionem impediens, siue id statuerit in pœnam, siue ob aliam causam, in foro conscientie vim, & obligationem habeat.

Ad idem tendit, quòd si beneficij collatio natei, qui ob pœnam, vel ob aliam causam irregularis sit, ac sacerdotiorum incapax ipso iure, nempe quia illegitimus, nulla est ab initio, nec vllum ius tribuit in beneficio, imò tenetur quis beneficium dimittere, & fructus ab eo perceptos in animæ iudicio restituere, quippe qui nullo titulo nec iure beneficium acquisierit, secundum Dyn. in reg. 1. de reg. iur. in 6. Innoc. in c. cum nostris, de concess.

praben. Felin. in cap. 2. colum. 3. de rescript. Lambert. de iure patronat. lib. 2. part. 1. q. 9. art. 4. Milis in verb. irregularis ut homicida. Paul. Paris. conf. 136. num. 40. lib. 4. & Rebuff. in tract. de pacificis poss. n. 226. text. optimus in c. dudum. in 1. de election. quidquid contrarium voluerit Francus in d. reg. 1.

Sic qui beneficium habuit per simoniam ab eo, vel ab altero eo sciente commissam, nullum ius ab initio in sacerdotio acquisiuit, ac titulus nullus est ipso iure, & ea ratione tenetur etiam in animæ iudicio beneficium dimittere, fructusque omnes restituere, etiam iam consumptos. quod tenet D. Thomas 2. 2. q. 100. art. 6 ad 3. & sequuntur eum communiter Theologi. probatur in cap. de simoniaco. & cap. de regularibus. de simonia. cap. ordinationes. 1. quæst. 1. cap. si quis Episcopus. eadem causa, & quæstio. hac de re est apertior Romani Pontificis constitutio in exirauag. 2. tit. de simonia. inter communes. quæ verè tunc obtinet quoad pœnam priuationis ipso iure, & excommunicationis, cum datio spiritualis & temporalis iam præcesserit, quasi non sufficiat quoad illius constitutionis pœnas, simoniam commissam esse per traditionem rei spiritualis, & temporalis promissionem, sicuti adnotantur Cassador. decis. 5. Ludou. Gomez in regul. de triennali. quæst. 12. & Martin. Azpilcueta in cap. si quando. de rescript. colum. 11. idem latius in repet. cap. ult. de simonia. num. 28. Quòd si quis beneficium habuerit per simoniam ab alio eo ignorante commissam, tenetur postmodum, cum hoc sciuerit, illud beneficium dimittere, fructusque non consumptos bona fide reddere adhuc in conscientie foro, auctore D. Thoma d. art. 6. ad 4. & probatur hac sententia quoad iudiciale forum, in cap. penult. de elect. cap. nobis. & c. ex insinuatione. notat vbiq. Panormit. sed præsertim in cap. de simoniaco. de simon. nec quoad hunc ignorantem admittenda est Pauli Veneti constitutio in d. exirauag. valet etenim collatio ipso iure, licet sit rescindenda ratione iniquæ, & illicitæ acquisitionis, quemadmodum in dictis Canonibus expressum est. quod potest quoad forenssem praxim non paruum quandoque vtilitatem adducere, quod tradit Ludou. Gomez in d. q. 12.

Ceterum prædictæ constitutionis Pauli Veneti in d. exirauag. 2. vthoc obiter adnotemus, meminere præter Cassad. Gomez. & Martin. in prædictis locis. Felin. in c. de cetero. col. ult. de re iudic. idem in cap. nostra. corol. 2. de rescript. Rochus Curt. de iure patronat. verb. & vtile. quæst. 3. Ioan. Bernard. in pract. crimin. c. 85. Flor. 2. part. tit. 2. 4. cap. 65. Syluest. in verb. excommunicatio. 7. casu 42. & in verb. simonia. quæst. 9. ex quibus Syluest. & Flor. existimant, totam eam constitutionem, etiam quoad excommunicationem latam in non reuelantes crimen simoniæ, ante Paulum Venetum tribuendam Martino V. in Conc. Constantiensis, & in exirauag. eiusdem constitutione. De hac verò sententia dicere non possum, qui eam non legimus: at in Concilio Constantiensis sessione 43. prior pars exirauagantis secundæ statuta est, nempe inibi sancitum fuit, simoniacum etiam occultum ipso iure beneficio priuatum esse, ita quidem, ut nullum in eo ius ab initio acquisierit, atque ideò nec fructus facere suos, & præterea excommunicationem esse ea excommunicatione, quæ à solo Romano Pontifice tolli valeat. Posterior autem pars constitutionis Pauli Veneti inibi non continetur, quæ quidem tractat de excommunicatione lata contra non reuelantes crimen simoniæ, ab eaque excommunicatione non posse quemquam absolui ab alio, quam Romano Pontifice, statuit. atque hæc posterior pars secundum Syluest. obtinet contra existentes in Romana curia, qui summo Pontifici, aut illi, cui vices suas commiserit ipse, crimen simoniæ non reuelauerint. Quin & hanc excommunicationis pœnam iam per desuetudinem quamdam abolitam esse, adseuerant idem Syluest. & Florent. in d. tit. 2. 4. c. 66.

Apud veteres ante eam constitutionem satis controuersum erat, an collatio beneficij per simoniam contingens, ipso iure nulla esset; ita quidem, ut ex hoc impeditur sacerdotij acquisitio, quippe quæ simoniaco ob crimen incapaci minimè conueniret. Nam Doctores in c. per tuas. in 2. de simonia. Abb. in c. cum cleric. de pact. Anchar. conf. 293. senserunt, collationem beneficij simoniacæ factam, ipso iure nullam esse. Idque alij admiserunt quoad simoniam publicam, non tamè quoad occultam, de quibus Gomez. tractat in d. quæst. 12. Sed sanè constitutio Concilij Constantiensis, & Pauli Veneti expressim hanc soluit ambiguitatem, cum ea statutum sit, simoniacum etiam occultum nullum ius ab initio acquirere in beneficio, quod per simoniam habuit. Idque meritissimè: siquidem in pœnam criminis lege humana fit simoniacus eiusdem beneficij incapax ipso iure. Vnde non tantum in foro exteriori, sed in iudicio animæ huius beneficij, &

fructuum ex eo perceptorum restitutio necessaria est ea ratione, quam aduersus Ioan. à Medina pro intellectu Regiæ legis adnotauimus. Non inficior, me in hac obiectione dissoluenda longius fortassis, quam venationis tractatui par erat, progressum fuisse: id tamen mihi condonandum est, cum propterea expedirem, & interiorum huius disputationis cognitionem, tum ex eo, quod & nostra digressio satis conueniens sit huius reg. peccatum. interpretationi. Imò & eadem causa nihilominus adhuc libenter quæram, quamobrem collatio ꝑ simoniacè facta ignorantibus valeat ipso iure, donec in pœnam criminis à iudice rescindatur; & tamen D. Thomas in animæ iudicio censet, hunc qui beneficium habuit ex simonia ab alio eo infcio commissâ, teneri etiam ante sententiam ad restitutionem, cum pœnali legi locus non sit in foro conscientie ante iudicis exterioris executionem. Huic dubitationi facillimè respondebimus, si D. Thomæ sententiam hac de re sequamur; is, inquam, in d. art. 6. ad tertiam, hæc scribit: *Ad tertium dicendum, quod hoc, quod aliquis priuatur eo, quod accepit, non solum est pœna peccati, sed etiam quandoque est effectus acquisitionis iniuste, puta cum aliquis emit rem aliquam ab eo, qui vendere non potest. Rursus idem D. Thomas scripsit in responsione ad quæstionem, in hunc sanè modum: Respondeo dicendum, quod nullus potest licite retinere id, quod contra voluntatem domini acquisiuit, puta si aliquis dispensator de rebus domini sui daret alicui contra voluntatem & ordinationem domini sui, ille, qui acciperet, licite retinere non posset. Dominus autem, cuius Ecclesiæ sunt dispensatores & ministri, ordinauit ut spiritualia gratis darentur, secundum illud Matth. 10. Gratis accepistis, gratis date: & idè, qui munus interuentu spiritualia quacunque adsequitur, ea licite retinere non potest. Hactenus D. Thomas, cuius verba in specie retuli, ut ex eis valeat Lector satis percipere, simoniacam sacerdotiorum collationem, & iidem aliarum dignitatum & beneficiorum concessionem nullam esse, nec ius aliquod acquisitionis tribuere ei, cui facta fuerit, non quidem in pœnam criminis, sed quia ex natura rei iure ipso naturali hæc acquisitio impediatur diuina voluntate, sine qua spiritualia vendi non possunt. Idcirco qui ea ex venditione habuerit, iure iustitiæ commutatiuæ dimittere tenetur, & restituere ipsis Ecclesiis particularibus, vel Ecclesiæ vniuersali: materia etenim vendibilis non est, atque ex eo, titulo emptionis acquiri nequit, unde restitutionis obligatio merito deducitur. Inde palam consequitur, beneficium acquisitum per simoniam, infcio eo, cui collatum est, commissam, etiam in foro animæ dimittendum fore, cum illud habens perceperit, & cognouerit vitium simoniæ; quia ipsa acquisitio peccat propria natura rei, quæ in venditionem deduci nequit absque consensu diuino: qua ratione beneficium hoc acquiri non potuit, nec fuit acquisitum ei, cui collatum est. Sicuti nec res vendita alicui ignorantibus venditorem eam non potuisse vendere, ei non acquiritur ab initio. Et idem probatur, quia si materia vendibilis non est, ut constat, patum refert, quod emptor bona fide emerit, aut quod quis bona fide eam habuerit, si tamen emptionis conuentio præcesserit, ut ea daretur, quod maxime est notandum.*

Sed iuxta hunc sensum D. Thomæ dubium est, quamobrem iura Pontificia in hoc casu statuerint, collationem beneficij non ipso iure irritam, sed rescindendam esse; cum ex D. Thomæ opinione ab initio ex propria natura fuerit ipse actus nullus, nec poruerit vim aliquam habere lege humana, quæ diuinum cōsensum supplere nequit? Nam & bona fides ementis rem alienam absque domini consensu, vel possidentis rem aliquam ex titulo nullo, tantum eum defendit, dum ipsa bona fides manet, at accedente mala fide, statim restituere ipsam possessor tenetur: nec est expectanda iudicis sententia, quæ videtur in hac nostra specie requiri ad rescissionem collationis. Ego, si vera est S. Thomæ ratio, arbitror etiam iure humano hanc simoniacam collationem factam alicui simoniæ vitium ignorantibus ab initio, nullam fuisse, & idè per iudicem exterioris cogendum cum fore beneficium dimittere cum fructibus à die scientiæ & malæ fidei perceptis, & percipiendis; & qui eo tempore nondum fuerant consumpti: atque item ab eo die statim teneri ad dimittendum beneficium sibi collatum, secundum omnes. Quod minimè procederet, saltem quoad fructus perceptos, si titulus ab initio iure humano foret validus; cum fructus nequaquam debeantur consumpti: atque item ante sententiam, vel saltem ante malam fidem, ubi quis per sententiam priuatus est, non priuatus ipso iure, secundum varias opiniones, quas hac de re tradidimus in epitome in 4. decret. 2. part. 6. §. 8. num. 7. unde fructus percepti ante scientiam criminis, licet nondum consumpti, profecto si

titulus ab initio validus foret, minimè essent restituendi, cum fuerint percepti eo tempore, quo quis titulum ipso iure validum, & bonam fidem habuit. Igitur Pontificiæ decisiones, quæ hanc simoniacam collationem rescindendam per sententiam fore statuerunt, referendæ sunt ad reuocationem facti, quæ potius declaratio quædam est, quam reuocatio iuris, ut tandem iudex pronuntiet eam collationem, quatenus ita facta est, renocandam esse, & reuocari, ac declarat ab initio nullam fuisse. Sæpius enim hæc declarationes apud iura Pontificia, nouæ quædam reuocationes appellantur. Hinc sanè deducitur, titulum hunc simoniacum nullum ipso iure fuisse, & ea ex causa per iudicem reuocari, non in pœnam criminis.

Quod si contendat quis, titulum hunc ab initio ipso iure validum fuisse, sed tamen in pœnam delicti reuocari debere per iudicis sententiam; tunc sanè ipse possessor beneficij nullum crimen commisit, nec culpam aliquam contraxit, donec scientiam habuit simoniæ: etenim tenebatur statim id dimittere, ideoque non dimittens beneficium ita acquisitum, ratum habere videtur simoniæ crimen: eaque ratione ad fructus tenebitur, ab eo die perceptos, iuxta eam opinionem, quæ probat, delinquentem priuandum per sententiam aliqua re, teneri ad fructus perceptos à die commissi criminis, atque ad eorum restitutionem posse per iudicem condemnari. Et tamen D. Thomas pronuntiauit, etiam in iudicio animæ hunc teneri ad fructus perceptos ante scientiam criminis, modò hi consumpti non sint bona fide. unde vel hæc sententia D. Thomæ fallax est, vel cerè minimè conuenit opinioni, quam modò tractamus, & quæ dicitur, in pœnam criminis hunc possessor beneficij eo priuandum per sententiam iudicis fore. Mihi profecto verior videtur D. Thomæ opinio, propter ipsius rei naturam, & rationes ab eo adductas. Et fortassis iura humana hunc habere poterunt sensum, ut collatio beneficij facta per simoniam ignorantibus, sit ex propria vi, & natura nulla, quamuis statim huic ignorantibus per iura humana noua fiat, & à labe simoniæ immunis collatio, ad tempus vsque scientiæ, & malæ fidei, atque ad effectum, ut percipere valeat eiusdem beneficij fructus, eoque absque fraude consumere.

Ex eadem D. Thomæ ratione probatur, habentem beneficium per simoniam cum ipso Romano Pontifice conuentum, vel commissam ipso sciente, nullum ius in eo habere, nec acquirere, cum ex natura rei, lege naturali & diuina, quibus Papa derogare non potest, ipsa acquisitio impedita sit absque diuino consensu: nec Romanus Pontifex simoniæ labem permittere valet, nec vitium, & culpam simoniæ remittere; imò & ipse simoniacus est, si simoniam commiserit, nempe si spiritualia, quæ iure naturali & diuino vendi non possunt, vendiderit, quod notant DD. in cap. 1. de simoniac. D. Thom. in 4. distict. 25. q. 3. art. 3. Syluest. in verb. simonia. §. 4. Cardin. à Turri. Crem. in cap. latorem. 1. quest. 1. ad tertium. & est omnium communis sententia. Etenim Papa non potest id permittere, quod iure diuino & naturali illicitum & prohibitum extat, quemadmodum satis manifestum est, & ubique à Theologis & Canonistis frequentissimè receptum.

Et licet quibusdam visum fuerit, Romanum Pontificem simoniam non committere per pactiones istas super beneficiis factas; nam ita hoc indistinctè probant gl. & DD. in cap. ex parte. in primo. de offic. delegat. Anton. Cardin. & DD. in cap. 1. de simon. Dec. in consil. 141. & latissimè Iacobi in tract. de Concilio, lib. 4. art. 5. quorum opinionem veram esse in beneficiis simplicibus, non in curatis, cum in his simonia verita sit iure diuino, existimant Panormitan. in cap. extirpanda. §. quia verò. col. pen. de preben. & in d. cap. ex parte. & in d. cap. 1. Ioan. Maior. in 4. sentent. distict. 25. q. 3. colum. penult. Syluest. in verb. simonia. quest. 3. Carol. Molin. in Alexand. consil. 93. lib. 7. tamen verior est ea sententia, qua definitum est, simoniam non tantum in ordinibus, sed & in beneficiis etiam simplicibus iure diuino & naturali vetitam esse; siquidem simonia iure diuino prohibita est non tantum in spiritualibus, sed & in his, quæ spiritualibus annexa sunt. D. Thom. 2. 2. quest. 100. art. 4. atque ita in specie latè probat Caiet. in opusculo de simonia. q. 1. cui suffragatur text. in cap. ex multis. 1. q. 3. ubi legis diuinæ prohibentis simoniam auctoritas ad omnia Ecclesiastica traditur. ad idem text. in cap. ex diligenti. de simonia. sic summus Pontifex etiam in simplicibus beneficiis simoniam punit in d. extrauag. 2. de simon. præmittens, eam iure diuino damnatam esse. Eandem opinionem probat Dominic. Sotus lib. 9. de iustis. & iur. quest. 7. art. 1.

Non

Non me later frequentiori Doctorum sententia receptum esse, quod collatio beneficii simoniace facta, non ex natura ipsa conuentionis, sed in pœnam criminis nulla sit quasi voluntas accesserit conferenti, qui beneficium Ecclesiasticum dare potuit. tamen illi datio admistam habeat iniquitatem ob præsentiam æstimationem spiritualis ad temporale. Vnde secundum DD. iure diuino pœna æternæ damnationis infligitur simoniacis, licet valeat eo iure collatio beneficii facta ratione simoniæ. Quod maximè refragatur verbis S. Thomæ, quæ & à Cardin. S. Sixti referuntur, in c. statutum. l. q. 1. col. 1. & 3. in 2.

Hinc etiam expendi poterit, quod à plerisque in controuersiam adducitur, non Papa scienter conferens alicui beneficium ob aliquod temporale, videatur cum eo dispensare circa pœnas iuris humani, & Pontificij? & nisi expressim dispensauerit Romanus Pontifex, non censi facit ex hoc easdem pœnas remittere, tenent Panorm. in c. 1. de simonia. Adrian. quodlib. 9. art. ult. vers. ad 4. Ioan. Maior in distict. 25. q. 3. col. penult. quam in partem, dubius tamen, inclinat Caietan. 2. 2. quæst. 100. art. ult. idem colligitur ex Ioan. And. in reg. cui licet. de reg. iur. in 6. ex contrario remissas esse à summo Pontifice pœnas iuris Canonici, si ex certa scientia beneficium alicui simoniacè contulerit, tenent Syluest. in verb. simonia. §. 4. & 19. Palud. in 4. distict. 25. quæst. 4. Felin. in d. c. 1. de simonia. & in cap. de cetero. col. ult. de re iudicata. & Card. à Turre-Crem. in c. latore. l. 1. quæst. 1. num. 4. Domin. Soro de iust. & iur. lib. 9. q. 5. art. 2. ad fin. & quæst. 8. art. 2. quorum opinio probatur ex eo, quod Princeps sciens aliquem iure humano impeditum dignitatem habere, eam illi nihilominus conferens, videatur tacite & implicite eum capacem efficere, & cum eo dispensare, sicuti notant Bart. in l. Barbarius. n. 12. ff. de offic. præt. Alexand. in l. quidam consulebant. per text. ibi. ff. de re iudic. text. & ibi gl. in l. 2. c. de crimin. sacrilegij. Roman. consil. 327. Panorm. in cap. cum in cunctis. §. inferiora. 3. colum. & in cap. innotuit. colum. 4. de elect. & idem in cap. 2. colum. 2. de schismat. Felin. in cap. præterea. num. 9. de testibus cogend. Ioan. Staphil. de literis gratia & iustit. fol. 83. cui sententiæ & ipse potius accedam fecutus euidentem coniecturam voluntatis ipsius Principis. quò fit, vt siteneamus, collationem simoniacam beneficiorum in pœnam criminis nullam esse ipso iure, dicendum sit in hac specie, pœnam istam simul, & alias iuris positiui remissas esse à Romano Pontifice. At si sequamur opinionem D. Thomæ, oportet præsumere, tacita Principis voluntate, denuò iterum collationem factam esse huius sacerdotij, & eam quidem immunem ac liberam à simoniæ vitio.

Hæc tandem ed tendunt, vt certissimum sit, legem humanam siue in pœnam, siue ob aliam causam impediendam primam alicuius rei acquisitionem, in animæ iudicio locum habere, ac seruandam fore, nec posse eandem rem absque obligatione restitutionis iure obtineri, quod satis hæcenus ostensum est, poteratque latius idem probari. Igitur partitarum lex, quæ de venatione tractat, aliam interpretationem patitur. Nani etsi ea constitutio statuerit, feras captas in fundo alieno à venatore, qui per dominum ingredi prohibitus fuerit, ad fundi dominum pertinere, non ex hoc impedit primam illarum ferarum acquisitionem, sed tantum sanxit, eas feras domino fundi restituendas in pœnam vetiti ingressus. vnde donec iudex secundum eandem legem per sententiam condemnauerit venatorem ad restitutionem, legem quæ ipsam exequatur, minimè in conscientie foro venator tenebitur ad ferarum restitutionem.

Quintò ab eadem conclusione, quam de venatione constituimus, infertur, venatores, & capientes feras, aliaque animalia intra fundum alienum, non teneri in animæ iudicio ad restitutionem, sibi quæ acquirere capta animalia, etiam si agri dominus ius venandi intra eum alicui locauerit, aut in vniuersum venationem in eo fundo prohibuerit ea ratione, quòd ipse capere velite easdem feras intra proprium agrum enutritas, & pecunia vendere. Hanc opinionem idem Ioan. à Medina probat in dist. quæst. 12. cuius ea est potissima ratio, quòd sicut ante prohibitionem domini, ita & post eam dominus ipse nullum ius habet ad feras intra proprium agrum enutritas. Etenim vt ante prohibitionem illæ feras nullius erant, ita & post nullius sunt: idcirco capientes efficiuntur, nec prohibitio domini eum effectum operatur, quòd ea animalia vel ipsi efficiantur priusquam capiantur, vel postquam eo prohibente fuerint per alium capta, in ipsius domini non capientis dominium transeant. Atque ita hanc sententiam censeo veram esse, licet Florian. in d. l. Diuus. Iacobi. de feud. in cap. & cum venationibus. Chassanæ. in d. l. septimo. rubric. 13. Felin. in c. omnes leges. ult. colum. distict. 1. & Claud. Can-

tiuncula in d. §. feras. existiment, feras à venatoribus captas in eo agro, cuius fructus consistunt, & percipiuntur ex venatione, minimè capientium effici, nec ad eos pertinere, sed esse domino fundi restituendas, per text. in l. item si fundi. §. aucupiorum. ff. de usufruct. quo probatur, redditus venationis ad usufructuarium fundi pertinere. Nam & iure Cæsareo dubia est etiam in exteriori iudicio ea opinio ex gloss. in d. l. Diuus. cuius superius mentionem fecimus.

Sed etsi certa esset apud iudicem exteriorem, in foro tamen conscientie non ita obtineret, sicuti apparet ex his, quæ in præcedenti illatione adnotauimus. Etenim quòd fundi fructus in venationem ferarum referatur, parum refert, aut profectò non plus, quàm ipsius domini prohibitio, ne quis eius agrum vel fundum ingrediatur. Non obstat text. in dist. §. aucupiorum. dum Iuriconsultus inquit: Aucupiorum quoque & venationum redditus Cassius ait libro octauo, iure ciuili ad fructuarium pertinere, ergo & piscationum. Hæcenus Iuriconsultus. Etenim ex eo loco deducuntur plura.

Primum, usufructuarium posse venari in eo fundo, in quo usufructum habet, nec posse à proprietario prohiberi ne venetur ipse usufructuarius. Quod item probatur in l. usufructuarium. ff. de usufruct. Deinde colligitur ab auctoritate Iuriconsulti, ad ipsum usufructuarium pertinere, quòd is permittat, vel licentiam exhibeat venandi in fundo, cuius usufructum habet: eademque ratione usufructuarius poterit prohibere, ne quis fundum ad venandum ingrediatur. Tertio inde apparet, pecuniam pacto promissam pro licentia venandi alicui concessa, ad usufructuarium pertinere, quia cum ipse possit, & ius habeat prohibendi, ne fundum quis ingrediatur, poterit iuste vendere facultatem & licentiam ingrediendi ad venandum, vel ad alium licitum vsum. Hinc tamen non sequitur, feras intra fundum enutritas, esse fundi proprium fructum, vel eas pertinere ad usufructuarium iure domini, cum ipse in iis, quæ nullius sunt, & iure naturali communia censentur, non plus iuris habeat, quàm quiuus alius.

Sextò deducitur vera interpretatio textus in l. si quisquam. ff. de diuers. & tempor. præscript. quo responsum est, posse alicui competere ex vlcupione ius piscandi, aut venandi in aliquo fluminis publici diuerticulo, vel in aliqua publici agri parte, ita quidem, vt possit prohibere aliis piscationem & venationem. Idem probat text. in l. sanè si maris. ff. de iniur. quod obtrinet, vel præscriptione tanti temporis, cuius initium memoriam hominum excedat, vel consuetudine legitimo consensu populi statuta, quemadmodum latè tradiderunt Bald. in rubr. ff. de rerum diuis. colum. 1. Angel. Aretin. in §. flumina. Instit. de rerum diuis. Francisc. Balb. in tract. de præscript. 5. part. princip. 4. part. q. 6. optimè Aymon Sauil. in tract. de antiquit. tempor. 4. part. cap. materia ista. n. 80. Sic & Princeps potest priuilegium priuato concedere, vt ipse solus in aliqua parte maris publici, vel agri piscari & venari possit, aliosque ne id faciant prohibere. gloss. in d. l. si quisquam. & in d. l. sanè si maris. & in l. venditor. in princip. per text. ibi. ff. commun. prad. vbi Iuriconsultus de Thynnariis tractat, quas Hispani dicimus Almadrauas, & sic de piscatione Thynnorum. nam & Thynnariam piscationem dixit Vlpianus. Vnde nos Thynnaria dicere possumus loca in ipso maris littore, in quibus capiuntur thynni. Sed & hæc loca ita quidem parata & instructa, vt thynni, & alij huiusmodi pisces capiantur, Cetaria, aut Cetaria dicuntur Latine apud Plinium lib. 9. cap. 30. & cap. 15. quibus in locis meminit Plinius cetariarum apud Hispanos. Sic & Horatius lib. 2. Serm. Satyra 5. inquit:

Plures annabunt Thynni, & cetaria crescent.

Verum quoad Principis priuilegium, idem adnotauit post alios Accurs. secutus Carol. Ruin. cons. 28. & 29. lib. 1. col. 1. Decius cons. 272. n. 11. Etenim licet in his speciebus quis contra prohibitionem venetur, aut piscetur, in iudicio animæ, nequaquā tenebitur ad restitutionem piscium, aut ferarum, quas habuerit. quod probatur ex rationibus, & conclusione prænotatis; in foro autem iudiciali cogetur restituere in hac specie propter decisionem legis partitarum, & propter opinionem gloss. in d. §. feras. quibus verè decisum est, venatorem cogendum esse restituere ea, quæ venatus fuerit, prohibente illo, qui prohibere poterat.

Septimò, hinc probatur, venatione prohibita in locis adhuc publicis, per inferiorem à Principe absque iusta causa, qui tamen præscriptione immemorali, aut priuilegio, aut consensu communitatis, ius prohibendi acquisiuit, quæ iura maxime sunt in iudicio animæ, & quoad Deum examinanda, ne tyrannidem sapiant: quòd si quis aduersus hanc prohibitionem venetur,

netur, sibi acquirit feras, quas venatione habuit, nec tenetur in conscientia foro eas restituere. Quod probatur, si rationes, & conclusionem, quas modò præmilimus, diligenter obleremus. Et fortassis in foro iudiciali, etsi vera foret sententia gloss. in dicto §. feras. quæ lege Regia partita comprobata est, ipse illam conclusionem seruandam esse censerem, cum quis haberet ius prohibendi venationem ea ratione, quòd fundus priuatus sit, non communis, vel quia ipsi soli ius venationis competit, & non alteri, eo inuito. Alioqui ubi venatio prohibetur in vniuersum, quoad loca publica, aliis ex causis, tunc satis erit, quòd iudex condemnaret ad penam legis, vel statuti, aut edicti prohibentis, nec debet necessitatio ad restitutionem animalium condemnare.

Illud profectò prætermittendum non est, quòd prohibentes
11 venationem † vel in locis publicis vel priuatis, etiam propriis tenentur ad restitutionem damni vicinis illati ex multitudine animalium, quæ in loco prohibito ob interdictam venationem enutrita, exterius erumpunt, & messibus, ac segetibus exitum ac deuastationem inferunt, sicuti eleganter respondit Caiet. in trakt. 17. quest. cap. 12. Nec iusta est excusatio prohibentium venationem intra proprios agros, si permiserint eorumdem animalium occisionem, quoties proprium fundum egressa in vicinorum agros diuerterint. Etenim tenentur hi, qui prohibita venationem causam dederint animalium multitudini, & deinde ex hoc vicinorum prædiorum damno, vel illas feras includere, aut earum innumeram multitudinem extinguere, saltem diminuerè, vel permittere liberam venationem, aut illarum damnum soluere. arg. text. in l. 2. §. vlt. ff. si quadrup. paup. feciss. dica. l. item. Mela. §. item cum eo. ff. ad leg. Aquil. l. huiusmodi. l. & generaliter. & l. qua vulgo ff. de edil. edict. & eorum, quæ notant Roman. sing. 704. Innoc. Abb. & DD. in c. ad audientiam. de homicid.

Præterea licet secundum quorundam opinionem, quam modò præbuiamus, qui venatur in alieno fundo, domino prohibente, non teneatur in animæ iudicio ad restitutionem eorum animalium, quæ per venationem habuerit, nec ad eorum æstimationem, tenetur tamen ad æstimationem damni, quod per eam venationem domino prohibenti dederit. In hac verò æstimatione habenda est ratio animalium, quæ nisi extraneus venatus fuisset, dominus fundi, eiusve conductor habuisset, suaque fecisset, per apprehensionem. Item habenda ratio est venationis, quæ in eo fundo per dominum solum exerceri solebat. Tandem hic venator, qui domino prohibente agrum alienum ingreditur, non tenetur ad restitutionem ratione captorum animalium, sed ratione damni illati per venationem ipsi domino, qui venari iure, & iustitia solitus intra proprium agrum fuerat. quod in specie visum est Ioan. à Medina in d. quest. 12. Imò & venatores omnino tenentur ad damnum, quod agri domino intulere in fructibus, & segetibus, etiam si expressa prohibitio non fuerit præmissa, cum sufficiat tacita quoad istud damnum.

Sed proximè dictis obstat fortissimè Iurisconsulti responsum in l. quemadmodum. §. planè. ff. ad leg. Aquil. Planè, inquit Vlpianus, si culpa nautarum id factum sit, lege Aquilia agendum. Sed † ubi
12 damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui adeo capti non sunt, fieri æstimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemq. & in venatoribus & aucupibus probandum. Hactenus ipse Iurisconsultus, à quo non posse incertum piscium, aut ferarum in venationibus & piscationibus æstimari, quia plura contingere possent, ob quæ nec feras, nec pisces caperentur, adnotarunt Paulus de Castro in l. non vtrique. §. vlt. ff. de eo quod certo loco. Romanus in singulari 681. Præposit. in cap. iuuenis. de sponsalibus. 3. colum. Boetius in additionib. ad Dynum, in rubr. de reguli. iur. in 2. colum. & Scholiastes quidam Panormitani in cap. commissum. de deci. littera E. asseuerantes minimè deberi æstimationem, nec interesse piscationis, aut venationis ab eo, qui alterum iniuria, & iniquè piscari, aut venari impedierit, eiusve retia ruperit. Idem & in eo, qui piscatorem, aut venatorem, qui victum inde quærebat, percussit, vel occiderit: nam licet alioqui operæ percussit, aut occisi præsentis & futuræ soleant æstimari, lex hac. ff. si quadrup. paup. feciss. dica. piscatoris tamen aut venatoris percussit operæ minimè æstimabuntur, vt omnino incertæ. facit ad hoc textus in §. illud questum. Instituit. de rerum diuision. Sed Iurisconsulti locus in d. §. planè. ita accipiendus est, vt obtineat in litoribus, & fluminibus, ubi piscatio certa non est, sed admodum rara, & incerta. quod plerumque contingere solet: siquidem piscatores hac ratione sapius eluduntur, quam capiant. At ubi piscatio aut venatio vberissima & optima est, ac certissima, quæ fallere non solet, profectò tunc amissio captus piscium, propinquum est interesse, & probabile, vnde

æstimari debet. *Lex in fine. ff. ad legem Aquiliam. cum l. sequent.* sicuti eleganter explicat Carolus Molinæus in l. vnica. C. de sententia, quæ pro eo, quod interest. num. 84. quo fit, vt impeditus piscari aut venari ab eo, qui iure impedire non potuit, agere valeat non tantum ad retia rupta, eorumque æstimationem, sed & ad æstimationem piscaturæ, quæ iuxta tempus & locum certa imminerebat.

Quin & præter hanc æstimationem potest & altera in his piscationibus & venationibus constitui æstimatio, si piscator, aut venator certum quotidie lucrum habeat ex pacto, quod cum altero pepigerit, vt ei det centum pro cuiuslibet diei piscatura. Etenim ex hac pactioe piscator habere debet pro cuiuslibet diei piscatura centum, & ea certissima, siue piscatio vberissima sit, siue sterilis. textus singularis in l. si iactum retis. ff. de act. empt. quo in loco Iurisconsultus illum approbat contractum, quo iactus retis emittitur, quicumque is futurus sit. Idcirco imbi est etiam responsum, quòd si piscator præmissa cõuentione inita nolit retē mittere, emptor poterit aduersus eum agere ad æstimationem, atque æstimabitur incertum illius iactus, id est, alea illa, quæ in venditionem deducta fuit, quod & Bartolus tradit in l. coram. §. qui maximos. 2. colum. ff. de public. facit text. in l. nec emptio. ff. de contrahend. empt. Nec ex Iurisconsulto intelligas, incertam esse huius rei æstimationem, sed esse æstimandam aleam illam, & iactum retis, qui ob varium successum & dubium, incertum quod dicitur à Iurisconsulto. Hinc & illud constat in prædictæ legis exemplo, emptorem posse agere contra venditorem ad iactum retis, vel ad eius æstimationem, vt modò diximus, etiam si maior sit æstimatio, quàm pretium conuentum. nam id plerumque cuenire poterit, atque eadem ratione deducitur, posse venditorem impeditum iactum retis mittere, agere aduersus impediendum, non tantum ad pretium conuentum, sed etiam ad illam æstimationem iactus retis, quam emptori soluere coactus venditor fuerit. Commemorat ad hæc Plutarchus in Solonis vita, Milesios hospites iactum retis à Cois piscatoribus emisit, eoque tractum fuisse aureum illum, ac celebratissimum Tripodem, de quo maxima fuit inter piscatores & hospites controuersia. Cui similis inter adolecentes vrbanos, & Hostienfes piscatores traditur à Suetonio Tranquillo, in lib. de claris Rhetoribus, qui iactum retis Bolum appellat. quæ in significatione dictio eadem extat Latinè apud Plautum in Rudens, & Græcè apud Plutarchum, & Aristotelem, atque Herodotum lib. 1. ubi meminit oraculi cuiusdam Amphyliti Acarnanis, quo in loco sædè labitur interpret Valla. Ex quibus tandem apparet, defendi posse opinionem Ioannis à Medina, cuius paulò antè mentionem fecimus. Inde etiam probatur, piscatori, vel retia piscatoris percussit aut occisi operas æstimandas fore, & posse iustissimè æstimari, quidquid præcitati Doctores voluerint. Sic etiam patet error illius, qui Panormitano scholia adiecit, in d. cap. commissum. dum scripsit, impediendum aliquem piscari, vel retia piscatoris rumpentem, non teneri Ecclesiæ ad æstimationem eius, quod ex piscatura decime ratione poterat competere. Etenim falsa est hæc opinio, quia & ipsi piscatori aut venatori restituenda est æstimatio piscaturæ, arbitrio boni viri, & huius æstimationis pars decima Ecclesiæ debetur, ubi ex piscationibus & venationibus decima soluitur.

Postremò est hæc in re animaduertendum ad text. in d. §. illud questum. Instituit. de rer. diuis. quo responsum est, feram tab aliquo 13 vulneratam, etiam lethali, secundum Theophilum, vulnerè, non aliter effici vulnerantis, quàm si ab eo capta fuerit: & idè si ea vulnerata fugiens per alium capta sit, ipsius capientis fieri. probatur hoc & in l. naturalem. §. illud. ff. de acquir. rer. domin. notat Bart. in l. quo minus. q. 5. ff. de fluminibus. & idem erit in feta per retia & instrumenta venatoris illaqueata: nam si per alium, quàm apponentem retia, fuerit capta ex ipsis laqueis, eius efficitur, non illius, qui rete posuit. Regia l. 20. tit. 28. part. 3. quæ quidem constitutio addit, in aliquot huius regni locis contrarium seruari, vt sit ipsius feram percutientis, aut illaqueantis venationis instrumento. quod fori lex expressim aperit & refert lib. 3. tit. 4. l. 17. hanc item opinionem, vt feras sit percutientis, seruari consuetudine, testatur gloss. in d. l. naturalem. §. illud. Quia in oportet expendere Proculi Iurisconsulti responsum, in l. in laqueum. ff. de acquir. rer. dom. Nam cum in hac specie minimè tractetur de pœna constituenda, etiam in foro conscientia, & animæ iudicio erit seruandum id, quod per leges humanas, vel consuetudines legitimè præscriptas fuerit statutum.

Secunda proponitur in hoc venationis tractatu conclusio: Venatio † & piscatio ferarum & piscium, qui priuati alicuius, 4 proprij sint, adeò natura rei prohibentur, vt non secus ad resti-

tuio-

tutionem venatores piscatoresque teneantur, quam si domesticum & mite alicuius animal capiant. Probat hęc conclusio ratione iustitię commutarię, à qua deducitur obligatio restituendi ex causa acceptiōis iniurię, quę processit in damnum & iniuriam proximi, cuius propria res capitur, & auferitur. Vnde in hoc casu potest dominus aduersus venatorem agere actione furti. §. gallinarum. *Instit. de rerum diuisi.* l. Pomponius scribit. §. idem Pomponius. ff. famul. c. secund. l. usufructuarius. ff. de usufruct. quę quidem Iuriconsultorum responsa hanc conclusionem & illationem præmittunt. sed & ipse aliquot ex hac assertione deducam, quod facilius percipiat eius intellectus.

Primum hinc infertur, venatorem teneri ad restitutionem animalium, quę quis priuatim inclusa viuariis, leporariis, piscinis, aut stagnis habebat, etiam si ab his locis animalia hęc exire soleant, modò habeant consuetudinem eundi, & redeundi, cum isthęc animalia non habeant libertatem omnino exeundi loca septa, saltem possit dominus exitum impedire facillimè occlusis viuariis. Idem erit in apibus priuato aluco inclusis, & de ceruis priuatę syluę muro circumdatę. Constatque hoc corollarium in l. 3. §. item feras ff. de acquirenda possess. & in d. §. feras cum sequentib. & in l. 2. tit. 28. part. 3. Procedit tamen, quando hęc viuaria, leporaria, piscinę, & stagna facta fuerint priuata hominum opera: quod si ab ipsis animalibus naturaliter facta fuerint, absque industria priuatorum, secus erit, ex §. apium. *Instit. de rer. diuisi.*

Secundò hinc colligitur, horum animalium restitutionem faciendam esse eorum priuato domino, etiam si capta fuerint extra locum illum, quo includuntur, modò non amiserint eundi & redeundi consuetudinem. Adhuc enim propria sunt illius, qui ea inclusit. quod expressim in conscientię iudicio adnotauit Ioan. à Medina d. quęst. 12. & probatur in locis modò citatis, quamuis venator nulla arte nec industria vsus fuerit ad deducenda illa animalia extra septa & loca, quibus includuntur, in locum sanè publicum. At in casu primę conclusionis, venator etiam arte & industria educens feras & animalia extra locum prohibitorum, non tenetur ad restitutionem animalium: licet possit quandoque dici, eum obligari ad damni ex hac venatione illati compensationē, iuxta ea, quę tradidimus in septimo prioris conclusionis corollario. Ad nihilum autem teneretur venator, qui feras & animalia extra locum veritum absque vlla eius fraude digressa caperet, & occideret, quod superius satis probatum est.

* Tertio, ex hoc manifestè iuris est, quod si quis arte, & fraude columbas deducat ab alterius columbario, & adque proprium attrahat, tenebitur ad columbarum restitutionem, etiam in animę iudicio; eritque in foro iudiciali puniendus, secundum ea, quę hac de re notauit Cæpola de seruitut. rust. prad. c. de columbario. & cap. de venatione.

Quarto, planè constat ex secunda conclusione ratio, quare prohibeantur venatores, & alij quicumque balistis, similibusve instrumentis vti ad occidendas columbas, quę in priuatis columbariis nutriuntur. quod Cæpola tradit in d. cap. de columbariis. Guido Papę quęst. 218. Regia lex 22. facit ad idem tit. 18. part. 3. permittit tamen est quibuscumque, vt certo quodam spatio loci à columbariis remoti columbas occidere possint, idque spatium iuxta decretum supremi Senatus vnus leuicè limitibus definitum est.

His verò, quę diximus, partim refragatur textus singularis in l. 3. §. item feras. ff. de acquirenda possess. quo in loco Iuriconsultus respondit, animalia inclusa ↑ viuariis, & columbariis priuatis, pisces item in piscinā cōgregatos à domino fundi possideri: non sic pisces inclusos in stagnis, nec feras in saltibus circumseptis degentes, & euagantes. nam hęc à domino fundi minimè possidentur. Ecce igitur qualiter non omnino par ius sit in saltibus circumseptis, & stagnis, quod in viuariis, piscinis, & columbariis: atque idēdē cum inter hęc ratio differentię à Iuriconsulto constituitur, pater in his non esse hanc secundam conclusionem omnino constituendam. Huic autem obiectioni primū responderetur, quoad dominium non esse discrimen vllum inter stagna, & saltus, piscinas, & viuaria: modò saltus & stagna, vt-cumque longissimi spatij sint, manu hominum, & priuata industria fuerint circumsepti, & fabricata. hancq; sententiam olim Salmanticę publicę veram esse probare conatus fui. tamen si quoad possessionem piscium, & ferarum in particulari, distinctio Iuriconsulti mihi maximè placeat: hancq; arbitror esse illius responsi veram interpretationem, quam deduxi ab Accursio ibi, quem sequuntur Angel. Imol. Alexand. & Doctor. com-

muniter. & præceteris Vincent. Hercul. in §. Nerua filius. num. 2. eiusdem l. 3. sed licet quoad possessionem manifesta sit, ac certissima Iuriconsulti, & interpretum differentia, ea quę ex littera illius responsi expressim constet; tamen adhuc, & quoad dominium eandem esse differentiam admittendam à priori discedens sententia nunc opinor, propter rationem, qua Iuriconsultus, eiusq; interpretes vtuntur: ea est enim, quod pisces stagnorum & ferę in saltibus circumseptis enutritę, libertati naturali relicte sint. Quę quidem ratio probat hos pisces, hasque feras nondum in vllius dominium transisse, donec per occupationem capiantur. oportet tamen cum discrimen constitutum sit à Iuriconsulto inter viuaria, & saltus, etiam circumseptos, piscinam & stagna, diligenter perpendere harum dictionum proprietatem secundum quam Iuriconsulti responsum accipiendum est. Viuaria quidem dicuntur loci, quibus vel aues, vel pisces, vel ferę continentur ad victum humanum, hominum quidem industria animalibus in ea loca immisissis, vt nutrantur, aliaque progenere ad mensuram delicias, ex l. usufructuarius venari. §. viuariis. ff. de usufruct. Plin. lib. 9. c. 54. & lib. 8. cap. 52. dicuntur etiam Viuaria apud Columellam lib. 8. cap. 1. loci, vbi memoribus clausis pecudes syluestres custodiuntur. Stagna dicuntur, quod temporalem continent aquam inibi stagnantem, quę plerumque hyeme cogitur, nec fluit, nec refluat. in l. 1. §. vt in sum. public. nauig. lic. Piscina verò est, in quam pisces humana industria mittuntur, vt ibidem nutrantur. Igitur quoad dominium, & possessionem pisces piscinarum, & ferę viuariarum pertinent ad dominum fundi, cui piscina, & viuaria accedunt. at pisces stagnorum, & ferę in nemoribus circumseptis euagantes non sunt ipsius domini, nec quoad possessionem, nec quoad dominium, quoties saltus, vel stagna natura loci, arborum densitate, aut rupibus circumsepti sunt. Quod si fuerint circumsepti nemora ipsa, & stagna, opera & industria hominum, tunc idem erit ac si pisces & ferę nihilominus relicte sint in naturali libertate. Sed si hominum opera ita sint animalia circumsepti, vt naturalis libertas earum ex hoc impedita sit, profectò non video qua ratione hęc ad agri dominum non pertineant. Nisi velis ad litteram obseruare Iuriconsulti responsum in d. §. item feras. cuius hęc sunt pulchra verba: Item feras bestias, quas viuariis inclusimus, & pisces, quos in piscinam coniecerimus, à nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quę in syluis circumseptis euagantur, à nobis non possideri, quoniam relicte sint in libertate naturali; alioqui etiam si quis syluā emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. Hęc Iuriconsultus. Qui coniectionem piscium in piscinam, & conclusionem ferarum in viuaria, hominum industria, & opera facta, ne ferę vagari possint, exigit, vt earum possessio fundi domino cōpetat, & acquisita sit.

§. NONVS.

De potestate temporali & spiritali.

SYMMARIA.

- 1 Princeps superiorem minimè recognoscens ius habet indicendi bellum.
- 2 Iustum bellum non tantum dicitur ex auctoritate indicenti, sed & causa.
- 3 Iustum bellum est, quod fit ad defensionem, vel vindictam, vel punitionem.
- 4 Rebellio est iusta causa gerendi belli. & inibi traduntur alia iusta belli causa. & ibid. de repressis.
- 5 Imperator an sit totius mundi dominus, etiam quoad protectionem? item an bellum & quibus indicere possit? & inibi quadam de Ecclesiastica Hierarchia, quo in loco quæstiones latissime disputantur. & n. 6.
- 6 Potestas spiritalis, in quo à temporali differat. & ibid. de primatu Romano.
- 7 Summus Pontifex an habeat temporalem iurisdictionem, in actu, vel in habitu.
- 8 Intellectus Bartol. in l. 1. §. per hanc ff. de rei vend. & dominiorum distinctio.
- 9 Reges Hispaniarum immunes sunt, & liberi à Caesarum imperio.

DECIMOQVINTO potissimum à principali regula procedit disputatio de restitutione rerum, quę à militibus bello capiuntur, quę necessariò illam præmittit, quod sit bellum iustum, & quę ad belli iustitiam requirantur. Nec tamen hic de bello ita longè tractabimus, vt videamur ex professo rem istam tractandam, & examinandam assumpsisse: sed obiter quę iustitiam belli attinent compendio quodam expediemus. Igitur præcipue ad belli iustitiam primò necessaria est auctoritas Principis, qui bellum indicere possit. Priuatus etenim, qui superiorem habet, apud quem possit iniuriarum agere, resque proprias ab alio captas exigere, bellum gerere nequit, præsertim quod Principi, cuius imperio subditus est, iniuriam facit, si eo invito, vel absque eius

eius auctoritate bellum alteri indixerit. Habet autem ius indicendi bellum Princeps, qui superiorem neminem habet in eius principatu, secundum D. Augustinum l. 22. *contra Faustum*, c. 7. q. 4. c. *quid culpatur*, 3. q. 1. Lidorus lib. 18. *Etymologiarum*, & c. 1. 23. q. 2. l. *hostes*, ff. de capt. & postlimin. reuers. l. *hostes*, ff. de verborum signif. idem adnotarunt D. Thomas & Caietanus 2. 2. *quest.* 40. art. 1. Innoc. in cap. olim. in primo. de restitutione spoliato. idem & post alios Panormit. in c. *sicut de iureiur.* num. 7. gloss. & ibi Doctores in *summa*. 23. q. 2. Bart. in d. l. *hostes*. n. 4. ff. de capt. & est communis opinio apud eos, qui hanc materiam tractauere. ac deducitur ex traditis per Adrian. in 4. *sentent. tract. de restit. cap. aggredior casus speciales*. & Flor. 4. part. tit. 4. c. 1. § 9. Syluest. in *verb. bellum*. 1. q. 1. Caietan. in 2. *Tomo opuscul. quest. ult.* Maior. in 4. *sentent. distinct.* 15. q. 20. Alphons. à Castro. l. 2. de *iusta haret. punit. cap.* 14. Card. à Turre-Cremata in d. c. *quid culpatur*. Ioan. Andr. & DD. in c. 1. de homicid. lib. 6. Ioan. Lignianus in *tract. de bello*. c. 13. gl. Bart. 2. col. & post eum Iuniores in l. *ex hoc iure*, ff. de iust. & iure. Oldrad. *conf.* 70. Ioan. Eckius *homilia ult. Dominica tertia post Epiphaniam*. ex quibus frequentiori eorum sententia ad iustitiam belli † non tantum est necessaria auctoritas eius, qui potest bellum indicere, sed & iusta indicendi belli causa, & præterea recta bellantium, & indicentium bellum intentio, ut ianè fiat, & bellum geratur animo propulsandi iniuriam à Republica, eidemque irrogatam vindicandi. Sed quia hæc vltima causa non pertinet ad restitutionem captorum in bello, cum, etsi desit recta bellantium intentio, nihilominus capta in bello alioqui iusto, & indicato ab eo, qui indicare potuit, non ex hoc sunt restituenda. quod in specie notant Adrian. in d. c. *aggredior*. Caietan. d. q. 40. art. 1. ad fin. Maior. in *dist.* q. 20. *vers. istis notatis*. Syluest. in *verb. bellum*. q. 1. & Ioan. Eckius in *dist. homilia ult. colum.* 3. siquidem restitutionis obligatio numquam oritur à praua capientis intentione, auctore D. Thom. 2. 2. q. 66. art. 8. *vers. ad primum*. Alias iustas belli causas persequemur, præter eam quæ semper ad iustitiam belli publici necessaria est, auctoritas scilicet Principis.

Inter alias belli causas, quæ iustissimæ censerentur solent, illa est omnium probatissima, & ad quam ferè omnes, quæ tradi con-
3 suevere, referri possunt; quod bellum fiat ad defensionem † Reipublicæ, ne ea à tyranno per vim opprimatur; item ad defensionem proprii imperij, & prouinciarum ad id pertinentium, quasi fiat ad defensionem personarum, & rerum, d. c. olim. in primo. de *restitut. spoliatis*. l. *ut vim*, ff. de iust. & iure. c. 2. de homicid. l. *si rem*, ff. ad leg. Corn. de fisci. l. *itaque*, ff. ad legem Aquil. l. 3. tit. 8. part. 7. atque hanc esse iustam belli causam fatentur D. Thomas & præcitati DD. qui & idem esse censent, quoties bellum geritur ad vindicandam iniuriam iniquissimè illatam. Quorum sententia probatur auctoritate. D. Augustini lib. 5. q. 10. *super Iosue*, iusta, inquit, bella solent definiri, quæ vlciscuntur iniurias. ad idem facit, quod scribit post Azonem gloss. in l. nullus. C. de Iude. asseuerans, etiam priuatum posse iniuriam sibi factam vlcisci propria auctoritate, quoties ei permissum non est, nec suppetit facultas vocandi offensorem ad iudicium, ut per iudicem is cogatur iniuriam compensare, & satisfacere iniuriam passio; cuius gl. meminere Felin. in d. c. 2. de homicid. Panorm. in c. 1. de iudic. n. 33. Alex. & laf. in l. miles. §. qui iudicati. ff. de re iudic. tamen in priuato Azp. in summa eam opinionem intelligat veram esse, modò vindicta fiat absque occisione, & per cussione offensoris; quod quidem moderamen in Principe, qui superiorem non habet, minimè procedit. His accedit gloss. in c. ius gentium. 1. *distinct.* cuius ipse mentionem feci in l. 1. *variar. resolut.* c. 1. ad fin. ex quibus constant duæ causæ iustæ ad bellum indicendum. Etenim bellum iustum vel est defensiuum, vel vindicativum. Defensiuum verò, etiam priuatis licet absque auctoritate superioris, vel Principis, cum ad defensionem ipsa iuris naturalis lex auctoritatem præstet. d. l. *ut vim*. qua ratione hæc defensionis causa maximè iustificat bellum publicum, quodque publica auctoritate fit; tamen si itidem & absque ea ex legis naturalis auctoritate posset bellum publicum ad defensionem geri. quod satis manifestum est.

4 Tertia proponitur belli causa, contumacia † seu rebellio iniquè reculantis Imperium, cum subditi aduersus Principem insurgunt, nec volunt ei obedire, etsi fuerint ab illo sæpè admoniti. Hæc probatur, quia grauis iniuria Deo, & Principi fit, si eius imperio subditi resistant. ad Rom. c. 13. *itaque*, inquit Paulus, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit. Sic David Rex bellum mouit aduersus Seba filium Bochri, propterea quod populum sollicitauit, ut à Davide Rege ad ipsum deficeret, 2. *Regum* c. 20. vnde & D. Augustin. d. l. 22. *contra Faustum*, c. 7. ait, Aduersus violentiam resi-

stentium, siue Deo, siue aliquo legitimo imperio iubete, gerenda ipsa bella suscipiuntur à bonis, cum in eo rerum humanarum ordine inueniuntur, ubi eos vel iubere aliquid tale, vel in talibus obedire iuste ipse ordo constringit, cap. *quid culpatur*. 23. q. 1. idem Augustin. q. 10. *super Iosue lib.* 6. q. inquit, iusta bella solent definiri, quæ vlciscuntur iniurias. sic gens, vel ciuitas plectenda est, quæ vel vindicare neglexerit, quod à suis improbè factum est, vel reddere, quod per iniuriam ablatum est. cap. *dominus*. 23. q. 2. Hoc ipsum constat ex Aristot. lib. 7. *Polit.* c. 14. ad fin. ubi bellum iustum esse censet, ut in seruitutem redigantur, quos seruire oportet, & ut his, qui seruitute digni sunt, legitimè dominemur. Idem Aristot. dixerat 1. *Polit.* c. 5. ex nostris Innoc. communiter receptus in d. cap. olim. in 1. de *restitut. spoliatis*. hanc esse iustam belli causam opinatur, tamen si existimet potius esse executionem iurisdictionis, & punitorem rebellium in hoc casu, quam bellum. & idè capros in eo non effici seruos capientium. quod maximè est obseruandum. Nam & idem optimè adnotauit Ioan. à Terra Rubea in *tract. contra rebelles* 3. part. art. 10. *conclus.* 13. qui hanc tertiam iustam belli causam etiam tradit ex l. *amissione*. §. qui defecimus. ff. de cap. diminu. l. si quis ingenuum. §. in ciuilib. ff. de capt.

Quarta causa huc referri poterit, cum bellum iustissimè indicitur ad repetendas res, quæ per violentiam ab hoste detinentur. & hæc constat ex Augustino in præcatis locis, & 2. *Reg. cap.* 2. ubi David mortuo Salue bellum gessit contra Isboseth filium Saulis, qui occupare nitebatur Regnum Israël, quod Dominus per Samuelem Prophetam traderat Davidi. Suntque passim hac de re innumera exempla, cum apud fideles, tum apud Ethnicos, qui bella acriter gessere ad repetendas proprias res, quas alioqui repetere absque iure belli minimè potuissent. *Arma*, inquit apud Lucanum Cæsar, *tenenti omnia dat, qui iusta negat*. Vnde & hæc causa ad præcedentes pertinet, cum sit vindictio iniuriæ ex eo illata, quod res propriæ inuito domino detineantur.

Quinta etiam ex ratione iniuriæ illatæ traditur iusta belli causa, cum quis alium impedit, ne per aliquam prouinciam transseat, etiam propriam impediens, modo transitus ille innoxius futurus sit. Etenim licitum est tunc bellum impediens mouere. Nam cum transitus innoxius, qui iure humanæ societatis debetur, negatus fuerit, iuste neganti bellum inferitur.

Quam quidem causam præhistoria sacra Numerorum cap. 21. quo in loco scriptum est, filios Israël pugnassee contra Seon & Og, Reges Amorrhæorum, propterea quod illis permittere noluerunt transitum innoxium in terram sibi à Deo promissam, qua de re D. Augustinus lib. 4. *questionum*. cap. 44. *super Numeros*, inquit: Notandum est sanè quemadmodum iusta bella gerebantur. Innoxius enim transitus negabatur, qui iure humana societatis æquissimo patere debebat. refertur à Gratiano in cap. *vltime*. 23. *quest.* 2. tradit Ioan. Lupi 5. *parte de regno Nauarra*. §. 3. Bartol. in l. 1. C. de Paganis. laf. in l. *ex hoc iure*. 2. colum. ff. de iust. & iure. Albertinus in rubr. de *hæret.* in 6. *quest.* 8. num. 12. Ad has ferè causas plures alii reducuntur, quas præcitati Doctores, & præsertim doctissimus Alphonsus à Castro in d. lib. 2. cap. 14. diligenter congefere.

Hinc denique obseruandum est, quid de Repræfaliis, ut vulgari dictione vti, iure respondendum sit. Nam summus Pontifex in cap. 1. de iniur. lib. 6. eas non omnino licitas esse insinuat, dum asseuerat à iure naturalis, & diuino aliquantulum dissidere. prius tamen illud præfati oportet, apud veteres morem ac legem fuisse vetustissimam quidem, qua sancitum erat in hunc finem modum; Si quis violentia morte obierit, pro hoc gentilibus, & cognati Androlepsia sunt, quoad iudicium sceleris pœnasq. subierint, vel necu auctores dederint. Androlepsia verò ad tres vsque, nec eo amplius esto. Huius legis meminit Demosthenes in oratione aduersus Aristocratem, qui sensit, Androlepsiam istam lege permissam esse contra eos apud quos cædes facta fuerat. Iulius verò Pollux eam permissam fuisse scribit contra eos, qui homicidam profugum susceperint, nec eum petentibus dederint, nec ad criminis pœnam, nec ac vindictam, nec ipsi iuste punierint. Vnde moris antiquissimi fuit, ut qui homicidium perpetrassent, si cum in extremam urbem profugissent, ad pœnam expostulati non dederentur his, ad quos facinus admissum, eiusque vltio pertinebat, ut permitteretur iniuriam passis pignorandi potestas, quam Androlepsiam Græci vocant. Meminit huiusce rei Budæus in annotationibus ad l. *aut facta*. §. *euentus*. ff. de pœnis. quo in loco scribit, quas vulgo barbarè dicimus repræfalias, Latine dici posse pignorationes, quemadmodum & eas appellat summus Pontifex in d. c. 1. de iniuriis in 6. vel clarificationes, ut visum est Hermolao.

Ad

Ad hunc etenim modum repræfaliæ quotidie permittuntur, vt si qua ex gente latrones, aut piratæ, vel quicumque alij homicidia, rapinas, aliavæ scelera perpetraverint, iniuriam dånũve intulerint; neq̃ iniuriam dånũve passi potuerint eius obtinere vindictam, aut iustitiam consequi apud eam Rempublicam, cui scelera auctores subiiciuntur, & quæ eos susceperit; tunc liceat iniuriam passis pignorationibus vtĩ aduersus illius Reipublicæ homines: cuius moris iustitia communi omnium consensu deducitur ab auctoritate D. Augustini q. 10. *super Iosue*. quem Gratianus retulit in d. c. dominus. 3. q. 2. eiusdem. & nos paulo ante meminimus. is enim inquit, *sic gens, vel ciuitas plectenda est, quæ vindicare neglexerit, quod à sui improbe factum est.* idem Regia l. 4. tituli. 7. part. 5. vnde pignorationes istæ licitæ censentur iuxta quorundam opinionem, quam latè examinarunt Anchar. Dominici, Franciscus, & Iacob. de Canibus in relectione c. 1. de iniur. in 6. Bart. in tract. de repræfaliis. Ful. & Salic. in auth. omnino. C. de act. & obligat. Innocent. in c. olim, de restitut. spoliat. Iacob. de Bello visu in authent. vt non sunt pignorationes. Syluest. verb. repræfalia. quorum rationibus latè perpenſis, præsertim his, quæ latius ceteris Iacobus de Canibus tradidit, ego censeo, non aliter repræfalias licitas fore, quàm eo modo, quo bellũ licitum iure naturali, & diuino, atque humano censetur. Nā à iustitia belli ad repræfalias ius argumentatur ferè omnes, & maximè dũ auctoritate D. Augustini vtuntur. Vnde omnino requiritur auctoritas eius Principis, qui bellum indicere potest: & præterea causa illa, quæ secundum D. Augustinũ, iustum bellũ efficere solet: nempe quod illa Respublica, aduersus quam indicuntur pignorationes istæ, neglexerit vindicare, quod à suis improbe factum fuerit.

Hinc, ni fallor, manifestum est, quod plerique hanc quæstionem disputantes, probare conantur: nempe repræfalias istas, seu clarigationes non esse licitas, quoad offensionem personarum innocentium, & qui nullam culpam damni illati contraxerunt, quasi permissum sit, alium pro culpa alterius puniri in rebus, non tamen in personis: quod alibi à nobis disputatũ est. Etenim cum istæ pignorationes ad similitudinem iusti belli ex D. Augustino permittantur, sicuti in bello iusto non licet principali intentione, & opere, innocentes occidere, feminas inquam, nec infantes; licet tamen per accidens, scilicet cum aliquod oppidum machinis, ignibus, & tormentis concutitur: id liquidem natura belli dicitur, cum aliter geri non possit: sic in his clarigationibus publica & iusta indictis auctoritate non licet principali intentione personas innocentes offendere, eos occidendo aut pecutiendo, quamuis liceat bona eorum capere: permittit tamen conditio rei, quod ex accidenti occidantur & percutiantur innocentes; liquidem aliter pignorationes legitimè indictæ non possint per milites exerceri, nec per eos, qui ius publicum pignorandi habent, quia innocentes se & sua defendunt, vel ciuitas, quæ causa pignorationis impetitur, aliter capi non potest. hanc sanè opinor esse huius controuersie breuem resolutionem: cetera possunt à præcatis auctoribus longius periri.

Ceterum non est hic prætermittendum, t an Imperator Christianorum, iure valeat bellum indicare infidelibus, ex eo quod eidem totius orbis domino, & omnium in prophanis & temporalibus Principi parere recusant, obedientiam, quam ei præstare, & exhibere tenentur, perfidè negantes; vel ex eo, quod infideles idola colant, aut contra legem naturæ multa scelera committant, vel religioni Christianæ aduersentur: cuius quæstionis examini prænotanda est vera, ni fallor, etiam si maximè sit controuersa conclusio.

Imperator utrumque sit legitimè electus, & per summum Pontificem confirmationis corona insignitus, nec quoad dominium, nec quoad iurisdictionem, aut protectionem, totius orbis dominus est, sed eius tantum partis, quæ Romano subdita fuit imperio, probatur hæc conclusio ipsius iuris humani, ac Cæsarei responsis. primò in l. mercatores. C. de commerc. & mercator. dum inquit Cæsar, tam Imperio nostro quàm Persarum Regi subiectos. quo in loco facitur Imperator, Regem Persarum non esse subditi Romano Imperatori, & habere eum sibi subiectos homines, qui Imperio Romano minimè subiecti forent. ad idem l. 2. C. de vet. iure enuclean. l. 1. C. de offic. præf. Afri. & l. postliminium. in princ. ff. de captiu. ibi, inter nos, & omnes liberos populos, Regesq̃, moribus & legibus constitutum. vbi mentio fit populorum, qui liberi essent ab Imperio Romano. Liberi autem hi dicuntur, qui nullius alterius potestati subiecti sũt: atque ita in ea specie populus liber is dicitur, qui subditi non est Romanæ ditioni. l. non dubito. ff. de capt. & postlim. reuer. vt hinc manifestè pateat error eorum, qui di-

Didaci Conarr. Tom. I.

cta Iurisconsultorum responsa ad factum non ad ius referere, quasi voluerint Iurisconsulti libertatem illam Persarum à Romano Imperio iniustissimam fuisse, & de facto potius quàm de iure obtinuisse. Nam legillatores numquam de facto, sed de iure respondere consueuerunt. l. mora. in princ. de vsur. gl. in c. consultationi. de tempor. ord. nec licet profecto ita temerarie legum verba interpretari, vt ea ad vim & iniuriam potius quàm ad ius referantur. vnde responsionem istam & DD. interpretationem, opinor satis fulem & leuem esse.

Secundò probatur eadem conclusio in l. 1. C. de sum. Trinitat. l. omnibus. ff. ad Trebell. l. vlt. C. de adif. priua. quibus in locis quoties mentio fit Imperatoris & Romanæ iurisdictionis, relatio dirigitur & tendit in eos, qui sub Romano Imperio sũt; quasi expressim inibi concessum sit, esse in orbe innumeras nationes, quæ liberæ sint à Romanorum & Cæsarium Imperio, & iurisdictione, protectione ve.

Terriò, vt alia omittā, paucis enim huius conclusionis veritas constat, licet longè, lateq̃ fuerit à quibuscũda disputata, multis ad hanc controuersiam adductis, quæ vel parum vigeant, vel falsa sint, perstringā fortius huius assertionis probationem. Etenim si Imperator quoad iurisdictionem dominus est totius, & vniuersi orbis, id non alia ratione contingit, quā quod hæc potestas à natura ipsa, vel lege diuina, aut humana, vel à Christi facio, maximoq̃ Põfice tradita fuerit. nullum autẽ ius ex his, Cæsari, aut Imperatori vniuersi orbis iurisdictione tribuit: igitur Imperator non est totius orbis dominus. Consequens satis euidenter constat. Maior verò patet, quia Principibus non potest alio iure cõpetere in inferioris imperium, quàm aliquo ex superius nominatis. Nec enim hic de populorũ consensu tractamus, cum de eo minimè appareat, nec natura ipsa possit ab vniuersi orbis populi præstari: & præterea, quia res est satis nota absque vlla probatione, quod populus liber possit Principi sibi eligere, & constituere, cui seipsum submittat. Minor verò probationis & collectionis pars sequentibus instruitur. Natura siquidẽ ipsa institutum non est, quod vniuersus orbis vni Principi subditus sit, quod à rei difficultate deducitur. auctor enim est Aristoteles lib. 7. Politic. c. 4. difficile esse, & fieri non posse, vt præclaris legibus regatur nimum celebris ciuitas. Numerus, inquit, immensus, nec descriptione vlla, nec ordine contineri potest. Quod si ciuitatem ciuium multitudine frequentem existimat Aristoteles difficillimè administrari posse naturali ratione, multò profecto difficilius vniuersus orbis ab vno rectore, & Principe regi poterit.

Præterea si à natura institutum foret, vniuersi orbis vnum esse Principem, aliquando ab initio mundi ab vno Principe fuisse vniuersi orbis rectus, & administratus: quod numquā contigit: id etenim quod à natura institutum est, in re præsertim adeò frequentiori, etiam si quandoque ex hominum malitia, & hominum vitio infringatur, & violetur; alicubi tamen & quandoque sicut lumine naturali cognitum est, ita & eadem lege seruatum extat.

Ad idem facit insignis D. Hieronymi locus, qui solet ad probationem contrariæ opinionis induci, ex epistola ad Rusticum monachum de viuendi forma. c. in apibus. 2. q. 1. & est locus is primo Epistolarum Tomo in hæc verba: In apibus Princeps vnus est, & grues vnā sequuntur ordine litterato: Imperator vnus, iudex vnus Prouincia. Sic etenim legitur apud Gratianum. At apud ipsũ Hieronymum ita scriptum est: In apibus Principes sũt. Grues vnā sequuntur ordine litterato, &c. Nam et si naturæ consonum sit, * quod cuiuslibet familie, & cuiuslibet Reipublicæ vnum caput constituatur, sicque vnus rector: non tamen ita conuenit rationi naturali, quod omnium familiarum, omnium ciuitatum, & rerum publicarum vnus sit Princeps. Nec enim omnium apum vnus, & idem est Rex, nec omnes mundi grues vnā sequuntur. Vnde palam est D. Hieronymi locum huic opinioni, quam probamus, omnino suffragari & temerè pro contraria parte adduci. His accedit, quod si naturali iure totius vniuersi orbis vnus esset Princeps, huic tenerentur omnes lege naturæ subesse, & obedire: nec posset quicquam ab eius imperio liber esse vlla temporis etiam longissimi præscriptione, nec vlla ex alia causa, quæ ab ipso iure naturali non procederet, & quæ ipsi iuri naturali derogaret, cum iura naturalia immutabilia sint. Et tamen sũt in orbe Principes, qui Imperatori & Cæsari vtique maximo non submittantur, imò iustissimè ab eo immunes, & liberi sũt: quod statim probabitur: ergo iure naturali, & ab ipsa natura non est Imperatori concessa totius orbis iurisdictione: nec conueniens foret, vt eam vnus Princeps haberet ob difficillimam Reipublicæ administrationem.

T c

Ex

Ex diuino iure plura testimonia ab his, qui tenuerunt contrariam sententiam, citantur, quibus minimè probatur ea opinio. Et primò dum Luca 22. scriptum est, *Ecce duo gladij*; hic etenim non significatur, quòd vnus Princeps, & sic Imperator, sit à Deo vniuerso orbi in temporalibus constitutus; sed quòd sint duæ potestates in orbe: vna spiritalis, altera temporalis, sicuti & Genesis 1. *Fecit Deus duo luminaria magna, luminare maius, & luminare minus. Quem locum Romanus Pontifex in c. solita. de maioribus. & obed. rem istam pertractans ita interpretatur, vt eam Dei institutionem referat ad duas dignitates, Pontificalem quidem, & Regalem, id est, spirituales potestates & temporales, quod satis ibidem exponitur. Nec temporalem potestatem expressit Pontifex sub nomine Imperatoris, sed Regis; non quòd sit æqualis potestas Regia potestati Imperatoris; nam Imperator dignitate Regem præcellit; sed quia & Rex potest habere eandem temporalem potestatem, sicut Imperator. Idem probat Romanus Pontifex eleganter, dum in eodem capite scribit, Imperatorem potestatem temporalem, & præcellentem habere, ac in ea præcellere illos dumtaxat, qui ab eo suscipiunt temporalia. Igitur est Pontificis summi auctoritas, quæ probat, Imperatorem non esse totius, & vniuersi orbis monarcham.*

Secundò adducitur ex lege diuina locus cap. 2. Luca, *Exiit, inquit, edictum à Cesare Augusto, vt describeretur vniuersus orbis.* à quo conantur colligere partis contrariæ defensores, Cæsarem Augustum lege diuina habuisse principatum in vniuersum orbem; sed quantum valeat isthæ collectio, ipsi viderint. Ego verò non arbitror inibi probati eorum sententiam; quia Euangelista historiam refert verissimam quidem, & quod eo anno contigit, enarrauit: non tamen refert Dominum redemptorem humani generis Iesum Christum edictum illud auctoritatem diuinam stabilisse. Præsertim quòd etsi edictum illud diuinæ auctoritate probaretur, non exit in vniuersum orbem, quemadmodum falsò argumentantur quidam; sed in vniuersum orbem Romanum, & in eam orbis partem, quæ Romano Imperio suberat. si quidem certissimum est, edictum illud in Persas, Parthos, & Indos minimè exisse, cum hi tunc ditionis Romanæ non forent. Eadem ratione interpretatio constat ad 1. de precatio. ff. ad l. Rhodi. de iact. l. bene à Zenone. c. de quadrien. præscrip. & ad alias mille Iurificò-sultorum & legumlatorum auctoritates, si quæ sunt, quibus palàm scriptum sit, Imperatorem dominum mundi esse. Nam id intelligendum est, 'quo ad eam mundi partem', quæ Romano Imperio suberat. Neque enim D. Antonius, cuius epistola à Iurifconsulto refertur in d. l. de precatio. cum asseruit & professus est se esse mundi dominum, de vniuerso orbe intellexit, quatenus is Indos, Parthos, & Persas, Tartaros, aliasque tunc incognitas ad occidentem, & meridiem gentes, & Prouincias continebat. mera quidem insania est, hunc sensum Imperatoris responso aptare; qui ab eo omnino alienus est: sed de ea parte mundi intellexit, quæ eius Imperio subdita erat. Sic & orbis Romanus apud Marcellinum lib. 16. & Spartianum, ac Lampridium dicitur ea mundi pars, quæ ad Romanam ditionem pertinet. atque ita probari, & legendum fore apud Iurifconsultum in l. in orbe Romano. ff. de statu. homi. contendit Andr. Alciatus lib. 2. dispunctio. c. 21. Nam & Agellippus lib. 2. de excidio Hierosolymitano cap. 12. de Christiana lege inquit: Nec vlla natio Romani orbis remanserit, quæ cultus eius experts relinqueretur. idem c. 9. dixerat, cum orbem iam Romanum Iesu discipuli repleuerint, qui & ibidem scribit orbem terrarum, orbem Romanum appellari, quia ferè omnes gentes Romanis suberant. His accedit, quod D. Augustinus scribit lib. 2. de consensu Euangelist. cap. 25. asseuerans ciuitatem Romanam dici vniuersum regnum in tot ciuitatibus constitutum. tradit & alia Brissonius lib. de verbor. signific. dictione Roma. Sic & illa Danielis c. 2. ad Nabuchodonosor, *Tu Rex regum es, & Deus caly regnum, & fortitudinē, & imperium, & gloriam dedit tibi: & omnia in quibus habitant filij hominum, & bestia agri: volucres quoque caly dedit in manu tua, & sub ditione tua vniuersa constituit;* non sunt referenda ad vniuersi orbis principatum, nec imperium, sed ad Reges, Principes, & Prouincias, quæ Chaldaeorum imperio parebant. Nam reliquæ mundi gentes, & Prouinciæ minimè suberat imperio Nabuchodonosor secundum Nicolai Lirani & doctissimorum, ac Catholicorum virorum interpretationem. Quibus mirè suffragatur Hieronymus in Isaiam c. 13. *Medorum, inquit, atque Persarum describitur impetus, quòd multum secum auxilium congregatis, Domino eorum exercitum præcedente ad vastitatem veniant Babylonis, & Chaldaeorum, vt disperdant omnem terram: non quòd totum orbem vastauerint; sed omnem terram Babylonis, & Chal-*

daorum. Idiomata est enim sacra Scriptura, vt omnem terram illius significet Prouincia, de qua sermo est: quod quidam non intelligentes ad omnium terrarum subuersionem trahunt. Hæc Hieronymus.

Tertiò à iure diuino proferuntur ad constituendam vniuersi orbis iurisdictionem in ipso Imperatore testimonia plura, quibus videtur Iesum Christum Romanorum, & Cæsarium imperium veluti iustissimum probasse, qualia sunt, *Qua sunt Cæsaris, reddite Cæsari*, Luc. 20. Matth. 22. Marc. 12. & illud: *Non haberes potestatem aduersum me vllam, nisi tibi datum esset desuper*, Ioan. cap. 19. Verùm hæc duo loca, præterquam quòd penitiorem sensum habent, ad quæstionem istam vniuersi orbis, eiusque iurisdictionis Cæsari conuenientis parum vrgent. Nam dum Iesus humani generis redemptor censum iussit reddi Cæsari, sub persona, & nomine Cæsaris quemlibet iustum Principem, & Reipublicæ rectorem intellexit, cui tributum & censum dari censuit, ac præcepit, vt rem Principi debitam in mercedem, & stipendium laboris per Principem impensi circa communitatis, & Reipublicæ administrationem: quemadmodum explicat D. Paulus ad Roma. c. 13. nò tamè ex hoc Christus approbavit, iustumve esse definiuit imperium Cæsaris, qui forsan tyrannide potius, quàm iure Republicæ occupauerat. sed tandem utrumque sit, etiam si constituamus Romanorum imperium iustissimum fuisse, ac Deum ob eorum egregias virtutes permisisse in mercedem temporalem imperium illud augeri, quod probare nituntur D. Augustinus de ciuit. lib. 5. c. 12. & 15. D. Thom. lib. 3. de Regim. Princip. latissimè Anton. de Rosellis in tract. de Concil. fol. 96. non inde apparet iusta fuisse Cæsarium imperia, quorum plures ita per iniuriam, & tyrannidem Republicam sunt adepti, vt nihil vniquam iniuriis & iniquis excogitari poterit. Quòd si & illud fateri quisquam velit, non tantum Romanæ Reipublicæ imperium iustissimum fuisse, sed & Cæsarium Principatum, non tyrannidem, sed iure obtinuisse; profectò apparet, nec populum Romanum, nec Cæsarem, vniuersi orbis imperium, & iurisdictionem habuisse: nec enim populus Romanus habuit imperium in Indos, nec in eas nationes, quæ nunc ad occidentem & meridiem à nostris sunt maximis laboribus, Deo duce, in Christianæ religionis cognitionem deductæ. Quo fit, vt etiam si concedamus Iesum Christum, Romanorum, & Cæsaris imperium probasse, ac iustissimum esse de finisse: ea quidem probatio ad ea pertinet, quæ tunc Romanorum Principes obrinebant, non quidem ad alia, quæ nec iusti titulis, nec vlla occupatione acquirerant, alienaque à Romano Principe omnino erant.

Alter autem locus Ioan. 19. quamuis in hunc sensum accipiendus sit, illud quidem dicat, Principum potestatem à Deo deriuari, & ab ipsa diuina maiestate Principibus concedi. *Prouerbiorum c. 8. Per me Reges regnant. & ad Roman. ca. 13. Non est potestas nisi à Deo.* non tamen inde constat, à Deo vniuersi Principis imperio totum orbem subditum fuisse. Ecce igitur quàm parum conducant diuinarum Scripturarum testimonia ad probationem eius opinionis, quæ asseuerat, Imperatorem totius & vniuersi orbis dominum esse, inque vniuersum orbem Imperium & iurisdictionem habere.

Quartò ratione quadam à iure diuino in fauorem contrariæ conclusionis quidam argumentantur in hunc sanè modum: Iure diuino vtræque potestas spiritalis & temporalis instituta est: potestas verò spiritalis quoad totum, & vniuersum orbem lege diuina ab ipso Saluatore vni tantum commissa est: ergo & temporalis eodem iure vni Principi est delegata. Hæc verò argumentatio maximè peccat, cum dispar sit vtriusque potestatis ius, quantum ad hoc: si quidem tota, & suprema potestas Ecclesiastica atque spiritalis non est immediatè in tota Republica Christiana, sed data est à Deo immediatè cuidam certæ personæ, nempe Petro, & eius successoribus, qui primatū obtinent in Ecclesiastica Republica, & quibus immediatè à Christo potestas iurisdictionis data est supra totam ipsam Rempublicam Christianam: quod latissimè probatur Card. à Tuire Cæmet. l. 2. de ecclesia. cap. 38. 39. 40. & 54. cum sequentibus. Caietan. in opusculo de primat. Roma. eccles. alique viri Catholici, & doctissimi, qui hæc ætate de primatu Petri scripserunt: præsertim Ioannes Eckius lib. de primat. Petri. & Albertus Pighius lib. 3. & 4. de ecclesiast. Hierarch. patet hoc ipsum Ioan. vltim. *Pasce oues meas.* Nam quòd refertur à Gratiano in c. in nouo. 21. distict. ex Anacleto epistola 2. ad Episcopos Italia, Apostolos scilicet patrem cum Petro à Christo honorem, & potestatem in vniuersum orbem accepisse, eoique Petrum sibi Principem elegisse; minimè his refragatur: etenim iuxta Catholicorum virorum auctoritates, & communem omnium

omnium traditionem, Apostoli parem ab ipso Domino Iesu cum Petro potestatem ordinis, & iurisdictionis acceperunt, ita quidem, ut quilibet Apostolorum æqualem cum Petro haberet potestatem ab ipso Deo in totum orbem, & ad omnes actus quos Petrus agere poterat. *Ioan. 20. Accipite Spiritum sanctum: quorum remiseritis peccata, remittentur eis: quorum retinueritis, retenta erunt. & cap. 18. apud Matthæum: Quæcumque ligaveritis super terram, ligata erunt & in calis.* Vnde Apostoli à Christo Iesu potestatem dimittendi peccata & iurisdictionem ad discernendas iudicialias causas acceperunt. Sed tamen eam potestatem habuerunt Petro, ut eorum capiti subordinatam, & subiectam. Petrus autem ab ipso Deo habuit supremam illam potestatem, & præcellentem supra omnes alios Apostolos, tamquam eorum Princeps ab eis institutione, & Iesu Christi electionem secutus immediatam, denique & Petri primatum ex diuina institutione proficientibus ad eius usum sedulo admissus, quæ quidem præcellens potestas super omnes alios Apostolos nulli alteri Apostolorum data fuit: & ideo eorum potestas in hunc sensum à Petro deriuatur, licet à Christo fuerit eis data. Sic denique est intelligenda Anacleti responsio, quemadmodum præcitati Doctor. frequentiori suffragio adnotarunt, & Io. Maior. in 4. sent. distinct. 24. q. 3. *Ioan. Lup. de reg. Nauar. 2. par. 6. 3. Selua de benefic. 1. par. q. 4. ex quibus apparet potestatem à Christo Iesu quoad spiritualia datam fuisse Petro, ut Principi, & ceteris Apostolis, immediatè quidem, sed tamen subordinatam dispositioni Petri Apostolorum Principis: atque ita aliorum Apostolorum potestatem hac ex parte dici deriuatam fuisse à Petro, eoque mediatore datam à Christo Iesu.* sic inquit Anacletus c. *sacro sancta. 22. distinct.* Inter beatos Apostolos quædam fuit discretio potestatis: & licet omnes essent Apostoli, Petro tamen à Domino concessum est, & ipsi inter se voluerunt id ipsum, ut reliquis omnibus præficeret Apostolis. Sacrosancta enim Roman. & Apostolica Ecclesia, non ab Apostolis, sed ab ipso Domino & Salvatore nostro primatum obtinuit, sicut beato Petro dictum est: *Tu es Petrus, & super hanc Petram ædificabo Ecclesiam meam.* Hæc ex Anaclet. idem & Nicolaus Papa in epistola ad Michaëlem Imperatorem, asseuerat c. 1. 22. *distinct.* ad idem textum in cap. loquitur. 2. 4. *quest. 1. & c. ita dominus. 19. distinct.* Nec verè dici potest, hanc potestatem spiritualem penes totā Christianam Reipublicam esse immediatè. Quod manifestum est ea ratione, quia cum hæc potestas supernaturalis sit, tendatque in finem supernaturalem, non potest ab humana Republica, nec ab humanis viribus deriuari, sed oportet fateri, eam à Deo datam lege diuina Petro & Apostolis, sicut ex Euangelistarum testimoniis constat.

Qua in re, ut quod obiter attingimus, summam explicemus, est omnino ac diligenter obseruandum, sic datam fuisse immediatè à Christo Iesu summam potestatem Petro, ut & ab ipso redemptore nostro Petri successoribus immediatè eadem potestas, & idem primatus datus esse ex Catholica doctrina constet. Ipsi verò Apostolis sic data fuit à Christo Iesu potestas ordinis ac iurisdictionis ipsi Petro Principi summo subdita, ut in Episcopus Apostolorum successoris iurisdictionis potestas minime transmissa ex immediata Christi concessione censeatur, sed ea à summo Pontifice Christi vicario deriuata ex eius concessione ipsis Episcopis competat, ac tandem eidem Romano Pontifici subdita sit. Quod ex D. Leone in epist. 87. ad Vienneſes. & cap. ita dominus. 19. *distinct.* probatur. Et idem asseuerant S. Thomas 2. 2. *quest. 39. art. 3. & in 4. distinct. 17. quest. 3. ad 3. colum. vltim. versic. ad 3. in 5. questioncula & dist. 20. q. 4. art. 3. ad 3. & dist. 19. q. 1. art. 1. & art. 3. & in 2. sentent. distinct. vlt. quest. vlt. & l. 4. contra gentes. cap. 76. Caietan. de potest. Papa c. 19. Dominicus Soto in 4. distinct. 20. qu. 1. art. 2. diligenter Francisc. Vargas in tract. de iurisdic. propof. 4. & eius confirmationibus, à quo S. Bonauent. Albertus Magnus, Richard. & Card. à Turrecremat. eiusdem opinionis citantur auctores, à quibus illa iurisdictionis potestas quæ à Christo Iesu Apostolis immediatè data fuit, personalis esse censeatur. Quod ita erit admittendum, ut planè fateamur Apostolos ipsos à Christo Iesu creatos fuisse Episcopos immediatè cum iurisdictionis & ordinis potestate. Quamvis Card. à Turrecre. l. 2. de eccles. cap. 32. falsò contrarium asseuerare & probare fuerit conatus, & idem repetat cap. 54. falsam secutus interpretationem gl. in d. cap. in nouo. Cui sanè interpretationi refragatur D. Cyprianus de visitat. eccles. in dist. cap. ita loquitur D. Augustinus in question. veter. & noui Testament. *quest. 97.* idem in epist. 4. His verò & hoc adiciendum erit, summum equidem Ecclesiæ Pontificem, Ecclesiam vniuersalem regere per Episcopos ex ipsius Christi*

Didaci COUAT. Tom. I.

institutione, etiam quoad iurisdictionem. Teneatur enim Christi vicarius, idemque Petri successor, ut iurisdictionis dispensator, instar tamen agentis liberi, Episcopis iurisdictionis potestatem committere, ab ipso sanè iustis ex causis moderandam, & omnino ei subordinatam. Quod Anaclet. Pont. probat in epist. vltim. 8. Episcoporum. idem D. Cyprianus planè proficitur lib. 5. epist. 6. ad lapsos. Quò fit, ut multò maior, ac latior potestas in dispensatione iurisdictionis ac potestatis debeat Episcopis ad Ecclesiarum regimen, quam sacerdotibus, aliisve ministris inferioribus, & id ex Christi institutione. Alioqui ordo Ecclesiasticus confunderetur, quod nequaquam licet. c. peruenit. 11. q. 1. Quo in sensu accipienda sunt verba Pauli *Act. 20. Attendite vobis & vniuerso gregi, in quo Spiritus sanctus posuit vos Episcopos regere Ecclesiam Dei.* ut ex Christi institutione ab ipsius vicario summo Pontifice Episcopi immediatè instituuntur cum potestate iurisdictionis, quæ ab ipso Pontifice, ut fonte, in ipsos deriuatur & emanat. Eadem sanè ratione erit explicandum, quod receprum est, & admitti debet, nempe in Ecclesiastica Hierarchia, quæ ad ordinem & iurisdictionem dubio procul pertinet, Episcopos superiores esse presbyteris diuina institutione. Id enim simpliciter docuere S. Dionysius de eccles. Hierarch. cap. 5. & contra hæreticos Arianos Epiphanius hæres. 79. ex codice Latino. S. Thom. 2. 2. q. 184. art. 6. idem D. Thom. in opusculo 19. c. 4. Albertus Pighius de eccles. Hierarch. l. 2. c. 10. Alphons. à Cast. de hæres. verbo, Episcopus. Domin. Sot. in 4. sentent. dist. 21. q. 1. art. 4. vers. nihilominus. & dist. 24. qu. 2. art. 2. & l. 10. de iust. & iur. q. 1. art. 4. docet & eleganter Michaël à Medina vir & religione & eruditione insignis in eo libro, quem post tertiam huius operis editionem de sacrorum hominum continentia scripsit part. 1. cap. 3. & sequent. Sensit Caietan. ad D. Thom. in d. art. 6. Etenim cum ex Christi institutione sint Episcopi ab eius vicario instituendi ad regendam Ecclesiam Dei maiori cum potestate iurisdictionis ab ipso summo Pontifice deriuandæ, quam ceteri ministri: verè dicitur, Episcopos diuina institutione, ac diuino iure in Ecclesiastica Hierarchia presbyteris esse superiores, non tantum quoad ordinem, sed & quoad iurisdictionem. Atque hæc de potestate Ecclesiastica, & Episcopali, de qua etiam tractat Ruardus Taper. pag. 137.

At temporalis potestas tota, & suprema penes ipsam Rempublicam est: deirco is erit summus Princeps temporalis, omnibusque superior toto in orbe, quem ipsa Respublica totius orbis elegerit, & constituerit. Quod discretim inter Christianam spiritualem potestatem, & temporalem exponit optimè Caiet. c. 1. tract. 2. de potest. Papa. & Concilij. & 2. 2. q. 1. art. 10. rursus idem Caiet. 2. part. Apologia. c. 2. 9. & 10. vers. ad secundā confirmationem. Huic autè potestati temporalis, quæ circa totū ipsum orbē apud totius orbis Rempublicam extat à natura ipsa, Dominus Iesus nullum Principem diuina lege præfecit, sed tantum significauit esse in orbe temporale potestatem distinctā à spirituali. Hæc igitur ratione probatur, iure diuino nō esse Cæsarem, nec Imperatorem vniuerso orbi præfectum ab ipso Deo. Alioqui si quis contēdat ab ipso Deo lege diuina commissam esse totius orbis temporale iurisdictionem Imperatori, eo modo, quo est spiritualis commissā Papæ, is planè necessariò fatebitur, nec vllō temporis spatio, nec consensu, & pacto cum ipso Cæsare inito, nec vllō priuilegio, aliæve causā quemquam posse eximi à iurisdictione Imperatoris: sicuti nec potest eximi à iurisdictione summi Pontificis: quod falsum esse, manifesti iuris est, & paulò post tradetur. Ergo satis ex prænotatis deducitur, summā vniuersi orbis iurisdictionē & potestatem, nec iure naturali, nec diuino, Imperatori datā esse. Iure autè humano palam est, non posse quæstionē istā definiti: siquidē iure humano non aliter potest dari totius orbis iurisdicō, aut potestas vni Principi & sic Imperatori, quā si totius orbis Respublica in eum, ut Principē, & rectorē consenserit. Nam quòd leges humanæ definirint, Imperatorē vniuersi orbis Principē esse, etsi in hūc sensum accipiantur, vel sunt declarationes iuris naturalis, & diuini, de quibus iam satis disputatū est, nullam huic controuersie definitionem dedisse: cum ex eis non appareat, Imperatorē totius orbis Imperium, & iurisdictionem habere. Idcirco leges humanæ sæculares possunt in hoc errare, missam enim facio Ecclesiæ auctoritatem: nam eius nulla extat hac de re declaratio: nec id vquam Ecclesiā definiuit, vel sunt, inquam, Cæsares leges, non quidem declarationē tractantes, sed statuentes, totius & vniuersi orbis principatū, iurisdictionem, & protectionē ad Cæsarem pertinere: & tunc profectò parum hæc leges auctoritatis habere penes eos, qui existimant

T 2

stimant

stimant se liberos esse à Cæsare Imperio: qua obsecro ratione poterit Hispaniarum lex statuere, quis futurus sit Gallorum Rex? lex enim nullam vim habet in eos, qui legislatoris Imperio subditi non sunt. *l. de quib. ff. de legib. c. 2. de consit. in 6. l. vlt. ff. de iurisdic. omnium iudic.* sic denique Romanorum lex non potest æquo iure sancire, totius & vniuersi orbis Imperium ad Cæsarem pertinere, cum ipsa Romanorum Respublica non habeat iurisdictionem in totum orbem, & ideo nec habet auctoritatem ferendi leges in eas gentes, quæ Imperio Romano adhuc subditæ non sunt. Quamobrem necessarium est, aliunde quam ex lege humana probare, Imperatorem totius mundi Dominum esse, & in eum iurisdictionem habere.

7 Ultimo, qui probare conantur Imperatorem in totum orbem iurisdictionem, & Imperium habere, id ab auctoritate Romani Pontificis deducere tentant, asseuerantes, Romanum Pontificem habentem spirituales, & temporales iurisdictionem in vniuersum orbem, temporalem in Imperatorem transulisse. Et ideo ex translatione Romani Pontificis Cæsar habet in vniuersum orbem iurisdictionem temporalem. Quantum hæc ratio valeat, hi viderint, qui ei plurimum innituntur. ego sanè etsi videam maximè controuersum esse, an Roman. Pontifex habeat temporalem iurisdictionem, opinor tamen, utcumque sit, Romanum Pontificem habere iurisdictionem in eos, qui Christianam religionem fuerint professi, & ex eo sub Ecclesia Catholica contineantur: cui quidem Ecclesiæ ab ipso Deo præfectus constituitur Romanus Pontifex: quippe qui eius vicarius sit. in eos verò, qui nondum Catholicam fidem per Baptismum susceperunt, ius habet summus Pontifex prædicandi legem Euangelicam, nō tamen iurisdictionem nec spirituales, nec temporales, nisi ea ex parte, qua earum usus necessarius sit, ne Christianæ religioni iniuria ab infidelibus fiat: de his etenim, qui foris sunt, nil ad nos. *1. ad Corint. c. 5. c. omnis Christianus. 2. q. 3. c. multi. 2. q. 1. c. gaudemus. de duor. c. 1. de homicid. in 6. traditur in cap. 1. de consit. ergo summus Pontifex non potest in Imperatorem transferre aliam in vniuersum orbem temporalem iurisdictionem, quam ipse habeat. præsertim quod omnino certū non est, summum Pontificem temporales iurisdictionem habere in habitu, nec actu eo modo, quo temporalis potestas à spirituali distincta est, & Regibus ac Principibus etiam iure diuino competit. Qua de re tractat eleganter Ioan. à Turrecremata, lib. 2. de Eccles. c. 113. cum quatuor sequentibus. ex cuius disputatione vera constat huiusce quæstionis resolutio, ut salua semper Ecclesiæ Catholicæ definitione, constituamus Romanum Pontificem nec actu, nec habitu vniuersi orbis, nec in ipsos quidem Christianos temporalem iurisdictionem habere, nisi quatenus ea necessaria sit ad spiritualis iurisdictionis, & potestatis, vtiliorem & faciliorem usum. In hanc verò resolutionem tendunt, quæ diligentissimè tradit præceptor meus ornatissimus Martinus Azpilcueta in cap. nouit. de iudic. notab. 3. à frequentiori Doctorum opinione discedens. Hæc quidem conclusio probatur ex auctoritatibus, & rationibus, quæ ad hanc disputationem vtriusque adduci solent. vnde aliquot inferuntur.*

Primum, an verum sit, quod frequentiori nostratum calculo probatum est, nempe summum Pontificem etiam temporalem in toto Christiano orbe iurisdictionem, & potestatem immediatè à Deo sibi commissam habere, habitu quidem, cum eius usum, & exercitium in Imperatorem transulerit. quam sententiam tenuerunt gloss. in cap. nouit. de iudic. & in c. causam qua. in 2. qui filij sint legit. quas vbiq. Doctores sequuntur, & præsertim Alexand. in cap. quoniam. 10. distinct. & in cap. cum ad verum. 95. distinct. Oldrad. conf. 81. Florent. 3. part. tit. 26. cap. 4. §. 17. Anchar. in cap. 1. de consit. 3. col. in repet. Ioan. Lup. in tractat. de reg. Nauar. 2. part. §. 6. Bart. in l. 1. §. 1. ff. de requiren. reis. dicens, contrariam opinionem esse hæreticam. omnium latissimè Aluarus Pelagius lib. 1. de planctu eccles. art. 37. Albert. Pighius in lib. 5. de ecclesiast. hierarchia. Iacobatus in lib. 1. de cons. art. 8. Ægidius à Bellamera c. insolita. num. 10. de maioris. & obediens. & in d. cap. nouit. num. 9. & sequenti. Augustinus de Anchona de potestat. eccles. q. 36. art. 1. & sequentibus, ac rursus q. 39. art. 1. quam itidem opinionem probabilem esse apparet ex his, quæ tradit Iacobus Almain. in tractat. de potestat. eccles. & secul. part. 1. vbi c. 9. plura pro hac parte adducit: & esse opinionem istam communem canonistarum fatetur Decius in d. cap. nouit. de iudic. Abb. in c. si duob. de appellat. §. denique. & Castaldus in tract. de Imperat. quæst. 50. hæc etenim sententia vera est in hunc sensum, ut Papa verè habeat potestatem temporalem etiam supra ipsum Imperatorem, quatenus ea utilis & necessaria sit ad Ecclesiæ Catholicæ regimen, & spiritualis potesta-

tis usum: non quidem aliter. Quamobrem hæc potestas potius erit spiritualis, quam temporalis: sic sanè sunt intelligendi text. in c. 1. de homicid. in 6. & in cap. per venerabilem. qui filij sint legitimi. alij plures, quibus probatur, summum Pontificem posse quandoque exercere temporalem iurisdictionem: id etenim procedit, quoties eius usus utilis, & necessarius est ad quietem Ecclesiæ, & spirituales iurisdictionem: ac tunc adhuc Papa spirituali potestate vitur. Non melater, hunc sensum alienum esse à plerisque, qui in fauorem Romani Pontificis præcitam opinionem probare conati sunt: sed tamen eum referendum esse censui ad hunc finem, ut eorum sententia defendi aliquo pacto valeat.

Secundò ex his constat qualiter sit accipiendum, quod post alios maximo conatu defendere conatur Anton. de Rosellis in tract. de potestat. Pap. & Imperat. in princ. scribens, Papam nullā habere ex summi Pontificatus officio iurisdictionem temporalem, nec actu, nec habitu, nec eam in Imperatorem transulisse: sed eam penes ipsum Cæsarem esse, ut distinctam à potestate spirituali: nam & idem latè tradit Almain. in d. tract. de potestat. ecclesiast. & laica. est etenim id intelligendum ita quidem, ut potestas temporalis sit distincta ab spirituali penes ipsum Imperatorem, & Principes seculares, habita denique ab ipso Deo, Reipublicæ electione, & consensu populorum intercedentibus & mediatoribus: quæ tamen quoad spiritualis potestatis usum & regimen, atque administrationem, subdita est Romano Pontifici, qui & ea quandoque vti potest: tunc scilicet cum Christianæ Reipublicæ id fuerit conueniens: quemadmodum probatur in d. c. nouit. & in d. c. causam qua. & aliis plerisque iuris Canonici locis, quibus expressum cautum est, hæc iurisdictiones distinctas esse regulariter.

Tertiò hinc colligitur verus sensus constitutionis, *in nam sanctam. inter extrauag. communes. tit. de maior. & obed.* qua Romanus Pontifex proficitur, vtrumque gladium, vtramque potestatem, spirituales scilicet & temporales esse penes Romanum Pontificem: ac Petro à Christo datam fuisse. Id profectò eam interpretationem habet, ut vtræque potestas sit in Ecclesia, vterque gladius sit datus Petro, & Romanis Pontificibus in hunc finem, quod temporalis existens penes seculares Principes spirituali ministret, subseruiat, subordinetur, & subditus sit: vnde inibi inquit Papa, temporalem gladium per Principes, & Reges exercendum esse pro Ecclesia. Nec tamen ex hoc necessario inferitur, Romanum Pontificem à Deo habuisse potestatem temporalem eo modo, quo à seculari Principe exercetur: sed verè eam habuit Papa à Christo Iesu ut subditam, & subordinatam potestati spirituali: utque ea possit vti, quoties necessaria sit, aut utilis spiritualis iurisdictionis exercitio.

Quartò planè inde colligitur, nimis audacter Bart. in d. l. 1. §. 1. ff. de acquir. reu. dixisse contrariam opinionem communi sententiæ hæreticam esse. hoc etenim fallum est: nec enim Bartolus videtur rectè intellexisse quid sit hæresis, dum ira properè viros doctissimos hac nota dignos esse censuit. Sic & Anton. à Rosellis in d. tract. de potestat. Pap. & Imperat. fol. 8. §. ne prolixius. itidem errauit scribens, Hæreticum esse, asserere Romanum Pontificem temporalem potestatem à Deo habuisse, & habere, eamque Imperatori tradere. Modestius enim fecissent hi Doctores, si hæresis nomen & notam, Ecclesiæ definitioni relinquerent. siquidè etsi opinio communis falsa censeri possit, hæretica tamen dici donec ab Ecclesia contrarium fuerit definitum, absque temeritatis nota minimè valer. Sic & Ioannes Lignianus, quem Bellamera refert in d. c. nouit. n. 18. existimans ab Ecclesia communem sententiam probatam & definitione explicatam fuisse, censet, contrariam opinionem hæreticam esse. Idem inibi probat ipse Ægidius à Bellamera. vterque tamen fallitur cum Bartol. Hærenus enim nihil certū in hac controuersia Ecclesia Catholica definiuit: propterea; disputationi locus est, absque vlla hæreseos suspitione. quod & in hac specie tradit Martinus Azpilcueta in d. c. nouit. 3. notab. part. 86. sed & aduersus communem teneantur indistinctè gloss. in c. quoniam. 10. distinct. Anton. à Rosellis in dist. tract. Cardin. in d. c. nouit. Baldus in rubr. ff. 2. col. Alberic. in l. cunctos populos. n. 19. C. de summa Trinit. & in l. bene à Zenone. num. 16. C. de quadrienn. præscript. Almain. in tractat. de potestat. eccles. Ioan. Maior. in 4. sentent. distinct. 24. q. 3.

His tandem, ni fallor, probatur conclusio, quā constanter asserimus, Imperatorem non esse totius mundi Dominum, etiam quoad iurisdictionem, & protectionem. cuius sententiæ auctores fuere Cardin. à Turrecremata in d. cap. in apibus. col. 1. & 2. Pet.

Pet. & Ioan. Faber in l. 1. c. de summa Trinit. & in d. l. bene à Zenone. Alberic. n. 15. & Fulgof. in d. l. 1. Oldrad. conf. 69. Ioan. Igneus in questione, an Rex Francia recognoscat Imperatorem. latè Chassan. in catalogo Glor. mudi. 5. parte. considerat. 28. Alciat. in d. l. 1. quorum opinio verior est: eamque post huius operis primam editionem multis rationibus probatam legi apud Dominic. Sor. l. 4. de iustit. & iure. quast. 4. art. 2. tamen contrariam tenuerunt gloss. in d. l. bene à Zenone. & in c. per venerabilem. qui filij sint legit. & in c. venerabilem. de elect. & vbiq. Doct. communiter eamdem opinionem sequuntur: quorum Ioan. Igneus & Chassan. meminere; est etenim apud Canonistas, & iuris civilis professores hæc receptissima sententia, quam etiam Bart. tenet in l. 1. § per hanc ff. de rei vendic. in l. hostes. col. 2. ff. de capti. in proemio. ff. in extrauaganti ad remprimendam. verbo, totius orbis. & alibi sæpissimè. maximè idem Bart. Paul. Bal. & Salic. in d. l. 1. & ibi laf. C. de summa Trini. & Gastaldus in tract. de imperat. q. 52. vbi ex pluribus hanc esse communem opinionem fatetur.

Hinc inferitur, grauiter errare Bart. in d. l. hostes. num. 7. dum is censet hereticum fortassis esse, a seuerare Imperatorem non esse totius mundi dominum: etenim, vt paulò antè dicebam, parum aduerit Bart. quid sit hæresis, quæve sit hæretica assertio: cum etsi falsa sit conclusio, quæ dicitur Imperatorem etiam quoad protectionem non esse totius mundi dominum, quod negamus, hæretica certe non est: siquidem nec est contraria manifestè Catholicæ fidei, nec definitioni sanctæ matris Ecclesiæ, quod idem ferè significat.

Item & ex his deducitur intellectus eodrū, quæ Bart. scribit in d. § per hanc & in d. verbo, totius orbis. † quibus in locis Bart. censet, Imperatorem verè esse totius mundi dominum, & propriè quoad verum dominium, non tantum quoad protectionem & iurisdictionem. Sunt quidem distinguenda tria dominia, quorum quodlibet ab altero differt: dominium iurisdictionis; dominium locorum pertinentium ad vniuersitatem iure vniuersitatis; dominium particulare, quod pertinet priuatis personis. Dominium iurisdictionis & protectionis, personæ eam iurisdictionem habenti cohæret: sicque habens iurisdictionem in prouinciam, dominus illius prouinciæ est. Dominium locorum pertinentium ad vniuersitatem, est dominium ipsius vniuersitatis, quod potest contingere absque iurisdictione circa alicuius castri, ciuitatis, & prouinciæ territorium, & eius terminos. hoc verò penes ipsam vniuersitatem est, eiusque rectorem: nec repugnat dominio particulari priuatorum, qui possunt habere intra hoc dominium vniuersale, dominium particulare agrorum quorumdam, & prædiorum, quod dominium & à dominio iurisdictionis, & à dominio vniuersali distinguitur: & tamen comprehendit dominium, quod vniuersitas ad similitudinem priuatorum habere potest in aliquot locis & rebus. potest enim domus, aut vinea ad ciuitatem pertinere iure eodem, quo ad priuati dominium spectat. quod eleganter explicat Socin. in l. 1. nu. 27. ff. de acquir. possess. idem consilio 15. expressius consilio 95. col. 4. lib. 3. deducitur idem à Regiis constitutionibus l. 10. tit. 29. part. 2. l. 4. § 9. tit. 28. part. 3. His suffragatur Seneca l. 7. de beneficiis, scribens, omnia Regem imperio possidere: singulos dominio. Sic denique si Bart. intellexit, Imperatorem esse totius mundi dominum primo dominio, præmissa communi Doctorum opinione, palam est, verum dixisse: item si de dominio secundo sensit, adhuc eius assertio vera est, quatenus Imperator rector est communitatis, seu vniuersitatis: nam & hac ratione videtur, quod is habeat dominium rerum pertinentium ad vniuersitatem, vel communitatem, saltem ratione administrationis. Quod si Bartol. de tertio dominio intellexit, planè eius opinio adeò falsa est, vt à nemine iure defendi valeat: atque ita ego existimo Bartolum de hoc tertio dominio minimè sensisse, dum scripsit Imperatorem verè esse totius mundi dominum. Eamdem ferè domini distinctionem tradit Paul. Cast. conf. 56. num. 2. vol. 1. quibus & illa sunt adicienda, quæ nos ex Hygino adnotauimus in reg. possessor. 2. par. § 2. num. 1.

Postremò ex prænotatis apparet iustissimè posse aliquot Christiani orbis Principes immunes esse à suprema Imperatoris iurisdictione. Nam vt Regem Gallorum prætermittamus, de quo ab aliis satis tractatum est, constat Hispaniarum † Reges ab Imperatoris iurisdictione liberos, & exemptos esse, vel ex ratione, quod Hispanias maxima Reipublicæ infelicitate ab Arabibus occupatas, ipsi Hispaniarum Reges absque vilo Cæsaris auxilio, immensis laboribus, periculis, & impensis, effuso per septingentos annos proprio, & subditorum sanguine, à

Didaci Couarr. Tom. I.

Christianæ religionis hostibus liberauerint, & exemerint: vnde meritò à Cæsaris imperio, quo in hisce laboribus destituti fuere, censentur exempti. gl. in cap. Adrianus. 63. distinct. Oldrad. in conf. 69. probat text. vbi gl. in c. & si necesse. de donationib. inter virum & uxorem. tenent loa. Lup. in introductione ad repetitio. de donationib. num. 18. Gaspar Lusitan. in Imperium. ff. de iurisdic. omnium iud. fol. 7. plura ex hoc inferentes. sensit prædictam rationem Regia lex 18. tit. 5. par. 1. cui & alia ratio addi solet, quod ab Honorio Imperatore fuerit Hispania libera & immunis à Cæsaris Imperio donata Gothis: quemadmodum in hac specie tradit Ioannes Lup. de regno Nauar. par. 6. § 4. & de beneficiis vacantibus in curia. § 8. qui scribit Honorium Alarico Gothorū Regi Gallias, & Hispanias, quas iam penè perdidit, pro pace optimè oranti concessisse. Sed & Procopius lib. 3. de bello Vandalico, commemorat, conuenisse cum Vandalorum Rege Gogidisco, vt sedes in Hispania haberet, modò ceteris habitatoribus Vandalis non noceret, nec præscriptionis iure vti vllò vique tempore possent: idque contigit, si ratio temporis habebatur, anno Domini ferè 412. Imò & præscriptione temporis, cuius initium memoriam hominum excedit, Hispaniarum Reges hanc immunitatem acquisisse, scribit Felinus in cap. cum non liceat. de præscriptionibus. & est communis opinio, secundum Antonium Corlet. in tractat. de excellent. Regi. quast. 104. Balb. de præscript. 1. parte princip. 2. part. quast. 2. & Aymonem in tract. de Antiquitat. tempor. 4. par. cap. materia ista. n. 73. quæ deducitur ex Bart. in d. l. hostes. ff. de cap. Huic etiam Hispaniarum iuri, & privilegio suffragantur plura, quæ pro Rege Gallorum congessere Ioan. Igneus in d. disput. Chassan. in considerat. 28. Carol. lib. 1. regaliū Franciæ, iure 6. pro vtroque Hispaniarum inquam & Galliarum Rege præter alios Gastaldus in tract. de Imperatore, quast. 53.

Quod si Imperator totius mundi Dominus non est, nec quoad protectionem: manifestè sit, ab eo iuste bellum non posse indici gentilibus, & infidelibus ea ex causa, quod infideles parere & obedire reculent Cæsaris Imperio, cuius prouincias minimè occupauerint. Sunt igitur aliæ causæ examinandæ, quæ bellum aduersum infideles iustificent.

§. DECIMVS.

De bello aduersum infideles.

S V M M A R I A.

- 1 Infideles an possint à Christianis bello impeti. ex eo, quod infideles sint iniuria à proximis auertenda causa bellum à vicinis iurisperitis potest, ne ipsi opprimantur à tyrannis.
- 2 Infidelitas non priuat quem iure naturali, nec diuino, dominio rerum, nec prouinciarum.
- 3 Infideles quatuor in casibus possint à Christianis bello impeti. & ibi, quod bellum duplex.
- 4 Bellum iure moueri non potest aduersus eos, qui crimina contra naturam committunt.
- 5 Ad idolatriam sit iusta causa incendi bellum idololatriæ.
- 6 Bellum an possit esse vtrinq. iustum. & ibidem de vultu dictionis significatione.

SOLET à plerisque iusta belli causa censerì aduersum infideles ipsa infidelitas: quasi ex eo solum quod infideles sint, nec Christianam religionem velint profiteri, possint † à Christianis bello impeti: sic sanè visum est Hostien. & Panormit. in c. quod super his. de voto. Aluaro Palagio de planctu Ecclesiæ, lib. 1. art. 37. littera L. Oldrad. conf. 72. Albertino in rub. de heret. in 6. q. 8. concl. 1. & concl. vlt. His plura suffragantur, primùm quod ob crimen infidelitatis ab eis aufertur à Deo regnum, quod obtinent, & in Christianos transfertur. iuxta illud Matthæi. 21. Auferetur à vobis regnum Dei, & dabitur genti facienti iustitiam. & Ecclesiast. 10. Regnum à gente gentem transfertur propter iniustitias. quod ad omnes iniquos & impios, secundum Augustinum lib. 2. contra litteras Petilian. cap. 43. & cap. si de rebus. 23. quast. 7. Secundò D. Thomas 2. 2. quast. 66. art. 8. ad 2. dum scribit, infideles res suas iniuste possidere in quantum eas secundum leges terrenorū Principum amittere iussi sunt, & ideò ab eis bona possunt per violentiam auferri publica auctoritate, non priuata. hætenus D. Thomas. Ergo bellum licitè eis inferitur. Tertiò, licet infideles cogendi non sint armis, & vi Christi fidem suscipere, cap. de iudeis. cap. qui sincera. 4. §. distinct. cap. sicut. de iude. notat præceteris D. Thomas 2. 2. quast. 10. artic. 8. quo in loco illud Luc. 14. Compelle intrare, non de his qui nusquam Christi fidem suscepunt,

T r 3

ceperunt, intellexit, sed de his qui semel Christianam fidem professi ab ea diuertunt. Potest & ille locus intelligi de coactione, quæ persuasionibus fit: quæ de re tractat præter alios Ioannes Arboreus lib. 1. *Theosophia. cap. 36.* tamen tenentur infideles sub mortalis culpæ reatu fidem Christi sibi prædicatam, magnis quæ rationibus, & argumentis propositam, & probatam suscipere, & profiteri: sicut docet D. Thomas 2. 2. q. 10. art. 1. ergo irreuerentiæ, & iniuriæ peccatum, fidem sibi prædicatam detrectantes, in Deum Iesum Christum committunt: sed ratione auerrendæ iniuriæ à proximis, possumus bellum iure gerere, ne ipsi opprimantur à tyrannis, iuxta notata in c. *quantæ. de sent. ex com. & in cap. dilecto. eodem tit. in 6. l. culpa caret. ff. de reg. iur. l. 1. §. sed in eo. ff. ad Syllan. pulchrè Ambrosius lib. 1. de offic. c. 27. & 36. c. fortitudo. & c. non inferendo. 22. q. 3.* notat in hac specie Caietan. in 2. 2. q. 40. art. 1. ver. in eodem art. ad idem illud, *eripite pauperem, & egenum de manu peccatoris liberate.* ratione igitur fortiori bellum erit licitum ad propulsandas iniurias, & offensas, quæ diuinæ maiestati per infideles non accipientes eius fidem & religionem irrogantur.

Quartò his accedit, quod D. Gregorius lib. 1. *epistolarum*, 73. *epistola ad Gennadium* scripsit. & c. *si non ex fide. 23. q. 4.* mirè laudans bella, quæ Gennadius gesserat aduersus infideles dilatandæ causæ Reipublicæ, quatenus Christi nomen per subditas gentes fidei prædicatione circumquaque discurreret. Quibus sanè verbis probatur, licet geri bellum à Christianis aduersus infideles, eo ipso quòd infideles sint, ut tandem domiti, & iugo Christianorum subditi, prædicationem legis Evangelicæ accipiant, & patiantur liberè exerceri.

Sed nihilominus sit hac in re conclusio, quam veriotem esse censemus, bellum aduersus infideles ex eo solùm quòd infideles sint, etiam auctoritate Imperatoris, vel Papæ iustè indici non potest. Hæc probatur in l. *Christiani. C. de paga. & sacrific. paga. & in cap. dispar. 23. q. 8.* ubi statutum est, bellum aduersus Saracenos tunc iustè geri à Christianis, quoties Saraceni Christianos persequuntur, & eos ex vrbibus pellunt. ergo ex eo solùm quòd Saraceni sint, & infideles, non geretur iustè aduersus eos bellum. Item hoc probatur: nam infidelitas non priuat infideles dominio, quod habent iure humano, vel habuerunt ante legem Evangelicam in prouinciis & regnis, quæ obtinent. Nam & Danielis c. 2. extrahit de re præclarum testimonium. erat etenim Nabuchodonosor infidelis, & nihilominus ei à Daniele dicitur: *Tu rex regum es, & Deus calii regnum, & fortitudinem, & imperium, & gloriam dedit tibi.* Hoc ipsum D. Thom. adnotauit 2. 2. q. 10. art. 10. & post eum Conrad. in tract. de contract. q. 7. part. 1. Imò in Concilio Constantiensis damnatus fuit error Ioan. Hus, & Wiclef, asserentium, dominium rerum ipso iure amitti propter peccatum. idem error est Armachani in libro, cui titulum fecit, *Defensorium pacis.* quem errorem etiam improbarunt Io. Maior. in 2. sent. dist. 1. 42. & Iacob. Almain. in 4. dist. 1. 15. qu. 2. col. 10. ergo infideles ex eo quòd infideles sunt, nec volunt Christi fidem suscipere, minimè amittunt dominium rerum, nec prouinciarum, quas obtinēt, iure quæ humano habuerint: quòd fit, ut ex hac causa bellum aduersus eos à Christianis etiam auctoritate publica indici iustè non valeat: quam conclusionem in specie veram esse censent Innoc. & Cardin. in dist. cap. quod super his. Domin. confil. 96. Syluest. in verb. infidelitas. quest. 7. Caietan. 2. 2. quest. 66. art. 8. Florent. 3. parte, tit. 22. cap. 5. §. 8. D. Thom. 2. 2. quest. 12. art. 2. & Cardinal. à Turre Cremat. in d. cap. dispar. 23. q. 8. & idem in c. quis nos. 2. 4. q. 4. & Dominic. Sotus in 4. sent. dist. 5. q. vnic. art. 10.

Non obstat primum, quia illud pertinet ad punitionem diuinæ maiestatis, quæ nobis occulta est, atque ideo licet Deus possit ob scelera & crimina gentium ab eis tollere regna & principatus: nos tamen interim, dum hæc Dei voluntas nobis occulta est, non possumus infideles, & sceleratos homines, qui nostro impetio subditi non sunt, dominio rerum priuare: cum id adhuc post infidelitatem obtineant: sicuti superius adnotauimus.

Item nec obest D. Thomæ responsio in d. art. 8. quia, ut inibi eleganter explicat Caietan. ea est intelligenda, vel de infidelibus, qui de iure tenentur Imperium Christianorum Principum agnoscere, & admittere, cum eorum prouincias occupauerint: vel de infidelibus, qui iure & facto subsunt Christianorū iurisdictioni, & in prouinciis, quas Christiani Principes obtinent, inter fideles habitant. hi etenim infideles, dum infideles sunt, arbitrio Principum Christianorum res possident: & ideo possunt eis priuari, præsertim poterunt Reges Christiani edicto cauere, quòd vel infideles Christianorum prouincias dimittant, & ab eis discedant, vel Christianam fidem suscipiant.

Tertium itidem non obstat. Nam etsi possumus, & quandoque teneamur iniuriam à proximo propulsare, & repellere, atque cum lege charitatis ab iniuria defendere: quia ipse proximus aliqui non poterit se defendere, & ideo ab inimicis & tyrannis opprimetur: non idem est in iniuriis, & offensis diuinæ maiestati illatis: cum ipse Deus omnipotens facillimè valeat eas iniurias auertere, propulsare, & sceleratos homines ex ea causa punire, iuxta illud: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* vnde D. Thom. in d. q. 12. art. 2. inquit, ad Ecclesiam non pertinere punitionem infidelitatis in illis, qui numquam fidem Christi susceperunt, secundum illud ad Corinth. *Quid enim mihi de his, qui foris sunt iudicare?* tamen si Ecclesia valeat punire, & bello persequi eos qui semel Christianam religionem professi, ab ea discesserint: quod ibi S. Thomas probat. & de iustitia belli aduersus hæreticos eleganter Alphonsus à Castro, lib. 2. de iust. hæret. punis. c. 14. & alij Catholici, qui contra Lutherum scripsere.

Quartum, quod ex D. Gregorio adducitur, de bello aduersus hæreticos, & Apostatas intelligendum est: quemadmodum constat ex eiusdem Gregorij *Epist. 72. ad Gennadium.* & in c. *si quis. 23. q. 4.* nam illud bellum laudatum est multis de causis, & præmaximè, quod hæretici legis Evangelicæ veram & Catholicam doctrinam prædicari impediebant per subditas Romano Imperio nationes. Quod apparet ex ipsis D. Gregorij *epistolis*, si quis velit & hanc Gregorij *epistolam* intelligere de bello gesto contra Infideles, qui numquam nec fidem Catholicam professi sunt, nec subditi erant Imperio Romano; poterit eam intelligere in casibus quos statim trademus, in quibus licet bellum iustè infidelibus indicere.

Primus casus est, cum infideles occupant, & detinent prouincias, quæ olim ad Christianorum Principum iurisdictionem pertinebant, & ipsorum Christianorum dominio suberant. etenim ad auferendas prouincias istas ab infidelibus, iustissimè Christiani eos bello, & armis impetunt. quod probatur in d. cap. *dispar.* ubi Card. à Turre Crem. & idem tenet D. Thom. & Caiet. in d. q. 66. art. 8. Innoc. Card. & DD. in d. c. quod super his. de voto. Old. in d. con. 72. Flo. in d. §. 8. Albert. in d. rub. de hæret. in 6. q. 8. Secundus casus, qui bellum hoc contra Infideles licitum facit, est, quando Infideles Christianos offendunt, & eos persequuntur: licet etenim tunc eos impetere bello defensionis, & præterea bello vindicatiui ad satisfactionem, & vindictam iniuriarum, & offensarum, quas infideles Christianis intulere. cap. *dispar. 23. quest. 8.* D. Thomas 2. 2. q. 10. art. 8. & tenent omnes paulò antè citati.

Tertius item casus ex eo constituitur, quòd infidelis subditus alicui Principi, eius imperium, & leges recuset: nam in eo casu poterit Christianus Princeps cum bello persequi. D. Thom. in d. q. 66. art. 8.

Quartò licitum est bellum aduersus infideles, quoties hi fidem blasphemis, prauisque persuasionibus impediunt, atque item legis Evangelicæ liberam prædicationem, etiam in eorum prouinciis: quod ipse colligo ex D. Thom. 2. 2. q. 10. art. 8. & ibi Caiet. Notat Albert. in d. rub. de hæret. in 6. q. 8. & Alber. Pius Carpenfis contra Erasimum c. 21. de bello. idem sensit D. Thom. 2. 2. q. 10. art. 11. & probatur, quia iniuria fit Christianis, qui habent ius prædicandi legem Evangelicam per totum orbem, si prædicare Christianam fidem impediuntur. quod quidem bellum ratione propulsandæ huius iniuriæ iustissimum erit.

Ceterum, ut rationem iusti belli in summa habeamus, obseruandum est, bellum esse vel defensionis, vel vindicatiui, vel punitiui. Defensionis autem etiam priuatis licet. l. *ut vim. ff. de iustit. & iure.* Vindicatiui non licet aliis quàm publica auctoritate. Punitiui verò propriè belli non est; cum id ad executionem iurisdictionis, & Imperij pertineat contra subditos. sic & defensionis bellum propriè dici non poterit, saltè publicum, nisi fiat auctoritate publica. Et tandem ad belli punitiui rationem oportet præmitti iurisdictionem indicentis bellum in eum, cui indicitur: siquidem nemo possit punire eum, qui ei subditus nō sit. l. *ut. ff. de iur. omni. iud. c. ut. de const. in 6. l. 1. & totus ille tit. C. ubi de crim. agi oportet.* tradit S. Thom. 2. 2. q. 67. art. 1. quare bellum aduersus infideles defensionis, aut vindicatiui licet geritur à Principibus Christianis: punitiui verò in eos infideles, qui Christiano Principi subditi non sint, geri iustè non potest, etiam si ipsi infideles peccauerint: punitio etenim horum peccatorum non pertinet ad eos, qui super infideles imperium non habent. Atque ita questio ista est definienda ex diuini & humani iuris principis.

Verum

Verum si iusta belli causa aduersus infideles non est ipsa infidelitas, quæritur an possit bellum hoc iustificari ex eo quod
 4 Infideles ꝑ plura perpetrant crimina contra legem naturæ, & contra ipsius naturalis appetitus inclinationem? Et hanc esse iustam belli causam auctoritate Imperatoris, vel Rom. Pontificis, expressim asserunt Innoc. in dist. c. quod super his. Floren. in 3. part. tit. 22. c. 5. §. 8. Sylu. in verb. Papa. q. 7. Alber. in dist. rubr. de heret. q. 8. Aluar. Pelagi. de planctu eccles. lib. 1. art. 37. col. 5. quorum sententia ex prænotatis expendenda est. Hoc etenim bellum defensionem dici non potest. Vindicatium autem dicitur ratione offensæ, quæ sit Diuinæ Maiestati per illa sceleratissima crimina. hæc verò non est sufficiens causa belli: quemadmodum diximus de offensæ, quæ Deo fit per infidelitatem: nam cum ea maxima sit, profectò bellum eius vindictæ ratione indicari non potest infidelibus, secundum D. Thom. & sequaces. Et tamen infideles tenentur lege naturæ vnum Deum colere: nam quemadmodum & lumine naturali eius cognitionem habent, ita naturale cultum tenentur ei exhibere: cum in hac vnus Dei veneratione lege naturæ teneatur quis ad agendum id quod naturaliter cognitum erat. & idè grauissimè peccant infideles aduersus legem naturæ non colentes vnum Deum, quem lumine naturali cognoscunt Sic & de lege Evangelica, quæ supernaturalis est, nec lumine tamen naturali cognoscitur sine prædicante, aut speciali Dei auxilio inouentis intellectum: sicuti viri Catholici & doctissimi tradidere ex illo ad Romanos c. 10. *Aut quomodo credent ei, quem non audiunt? quomodo autem audient sine prædicante?* Cum infideles eam legem sibi prædicatam accipere recusant, graue scelus & peccatum in humani generis redemptionem committunt, quod paulò antè explicuimus: sed hac ratione bellum aduersus ipsos infideles iustum non est. At si dixeris hoc bellum esse punitiuum, profectò id geri à Cæsare non potest in infideles, qui Cæsaris imperio subditi non sunt, quoad temporalem iurisdictionem: cum sit iurisdicctio necessaria ad punitionem, secundum ea, quæ modò tradita sunt. Nec item auctoritate Romani Pontificis, qui in infideles iurisdictionem non habet temporalem, nec spiritualement, nisi quatenus ea necessaria est ad Christianæ reipublicæ quietem, & vtilitatem. Scribit etenim Paulus 1. ad Corinth. c. 5. *Si is qui frater nominatur inter vos, est fornicator, aut maledicus, aut ebriosus, aut rapax: cum huiusmodi nec cibum sumite.* quali dicat Apostolus, secus autem si non sit frater, illum enim non debetis punire: & subdit rationem: *Quid enim mihi de his, qui foris sunt iudicæ? nonne de his, qui intus sunt vos iudicatis?* Hæc Paulus 5. ad cuius interpretationem scribit Hieronymus, *Nā eos qui foris sunt, Deus iudicabit.* & D. Thomas inquit quod Prælati acceperunt potestatem super eos tantum, qui se fidei Christianæ subdiderunt. Sic sanè post huius operis secundam editionem legi Domin. Sotum in 4. sent. dist. 5. q. vnic. art. 10. hanc vltimam opinionem probantem.

5 Quid autem de Idololatria, ꝑ an ea sola sit causa iusta indicendi bellum infidelibus? & probatur eam esse iustam belli causam auctoritate diuina, cap. 2. Deuteronomij vbi constat, ob hanc causam Deum præcepisse filiis Israel, vt gentes plurimas subuerterent, & dissiparent. quod ita præceptum est secundum Nicolaum à Lira, ne ex templis idolorum remanentibus & illis ritibus occasio idololatriæ ludæis daretur: tantaque Dei iniuria in populo suo vitaretur. atque ita hanc esse iustam belli causam doctissimus vir Alphonsus à Castro censet in lib. 2. de iust. heret. punit. cap. 14. idem adnotari & colligi potest ex Aluaro Pelagio de planctu eccl. lib. 1. art. 37. col. 5. quibus suffragatur D. Thom. 2. 2. question. decima, art. vndecimo. dicens ritus infidelium esse tolendos: & inibi dum hoc scribit, nō de ritibus ludæorum, sed de ritibus aliorum infidelium intelligit. Hæc verò si quis pensiter diligenter, reperiet locum illum Deuteronomij esse intelligendum propter specialem, & expressam Dei iussionem. Potuit omnipotens Deus gentes illas punire, & ab eis prouincias & bona propter eorum peccata auferre: quam diuinam punitionem imitari non debent Principes humani, qui ius puniendi non habent in alios, quam sibi subditos. Præsertim quod Deus illam prouinciam filiis Israel promiserat, & ne idolorum templa eis nocerent, iussit ea destrui & radicis dissipari. Deinde idololatria, qua gentes illæ vtebantur, non erat simplex, sed mixta cum occisione innocentum: nam & filios idolis sacrificabant: vnde ad subueniendum illis innocentibus, qui iniquissimè occidebantur, quorumque sanguis clamabat à proximis auxilium petens, iuste potuit illis gentibus bellum indicari: & potuisset quidem etiam auctoritate humana & publica. Quod autè D. Tho-

mas scribit in d. art. 11. intelligendum est de ritibus infidelium habitantium inter Christianos in prouinciis ipsorum Christianorum. vel cum infidelium ritus, & idolorum templa, ac sacrificia præstant impedimentum religioni Christianæ, & eius prædicationi. fateor planè aduersus gentes idololatrias iuste quidem bellum geri, si monitū nolint abstinere ab idolorum cultu, quoties is impedimentum asserit religioni Christianæ & legis Evangelicæ prædicationi. At quod ob ipsum peccatum idololatriæ vel ad tollenda idola, quæ non sunt impedimento legis Evangelicæ prædicationi; quia fidei Catholice sanctitate, & moribus, ac doctrina præditis, instructione præmissa, idolorum cultus tolli poterunt: bellum licitè contra idolorum cultores, gentesque idololatrias geratur, dubium certè videri potest. Nam iustitia huius belli vel est propterea quod ipsum crimen idololatriæ prius gentes ipsas dominio rerum & prouinciarum: & hæc ratio falsa est: vel idè quia liceat offensam, & iniuriam Diuinæ Maiestati illatam hoc idolorum cultu, bello vindicare: & id non sufficit aduersus eos, qui foris sunt; hos etenim Deus punit secundum D. Hieronymum d. c. 5. ad Corinth. Ad defensionem autem hoc bellum non pertinet: cum tantum tractemus an ob ipsum idolorum cultum liceat indicere bellum his qui fidelibus nullam iniuriam fecere: & idè non agitur in hoc bello de defensione. Quod si dixeris esse bellum punitiuum: profectò id non pertinet ad eos, qui nullam in has gentes punitionis ratione iurisdictionem habent: quæ quidem punitio iurisdictionem exigit, etiam in idololatrias, quia hoc crimen minimè Christianis submittit cum, qui foris sit; quod constat ex ipso D. Pauli testimonio manifestè probante non esse à nobis iudicandum eum, qui foris sit, tamen si is idolis seruiat. Hæc denique adduximus aduersus priorem sententiam, quæ fortassis, ab his obiectionibus doctissimorum virorum ingenio, & iudicio facillimè defensa poriores partes obtinebit. [Posteriorem tamen opinionem, quam nos defendimus, sequitur, & probat Dominicus Sotus in 4. sent. dist. 5. q. vnic. art. 10.]

Soler hoc in tractatu examinari, an bellum ꝑ esse possit ex vtraque parte hostium iustum. Nec tamen iustum hic accipio in ea significatione, secundum quæ sæpissimè à Tito Luio & aliis auctoribus dicitur iustum prælium, iusta acies, iustus miles, iustum exilium, id quod omni ex parte plenum est, omnibusque numeris perfectum. Sic Iurisconsultus appellat iustam hereditationem in l. 3. ff. pro socio. eam quæ legitime, ac plenissimo iure obueniat: quod eleganter Budæus ibi explicat. Sic & Hispani iustam vestem dicimus, quæ ita corpori apta sit, vt nihil ei desit ad ipsius corporis mensuram. sed hic dictionem istam adsumimus pro eo quod rationi, iuri, & æquitati ac iustitiæ conuenit: & Alci. lib. 2. Paradox. c. vlt. post Fulg. in l. ex hoc iure. ff. de iustitia & iure, censet, bella vtriusque posse licita esse; idque multis probat contra DD. frequentissimam sententiam. Ego sanè quantum ad rei veritatem & certitudinem, ipsam sententiam esse censeo, quod Alciat. adnotauit, communemque sententiam probo. Nam cum hostes contrarij sibi sint, contraria iura necesse est habeant: quorum vnum iustum sit, alterum verò iniustum. Nec enim ex duobus Principibus bello pugnantibus ob aliquam prouinciam, quam quilibet eorum sibi propriam esse censet, in veritate potest vterque iustitiam habere sibi fautricem; siquidem is iustam habet causam, cuius ea prouincia propria sit: ex quo necesse est quod alter iniustam causam foueat: cum contraria hæc duo sint, iustum & iniustum. vnde planè illud mihi constat, non posse quoad veritatem iustum bellum vtriusque esse, opinione verò potest bellum ex vtraque hostium parte iustum esse. Nam etiam si apud alterum tantum verè existat iustitia belli, bona tamen fide alter bellum id gerere potest, existimans iustissima ignorantia se iustam fouere causam. Arque in hunc sensum probari potest quod Fulgo & Alciat. voluerunt. vnde Abulen. 1. 1. c. 11. adnotauit bellū illud, quod ludæi gerebant aduersus Amœrtheos, & ceteras gentes, ex parte ludæorum iustum esse propter Dei voluntatem, quæ eis erat manifesta: & itidem ex parte Amœrtheorum, qui iusta ignorantia ignorantes hanc diuinam iussionem se defendebant ab aggressionem ludæorum: eaque ratione existimabant se bellum iustum gerere. Hæc de iustitia belli compendio quodam prænotauimus, quod facilius intelligi valeat, qua ratione capta in bello, vellefiantur capientium, vel sint omnino in animæ iudicio restituenda: quod seq. §. non admodum prolixè tractabitur. solum etenim constituemus aliquot principia, ex quibus hæc res longius tradi possit.

§. VNDECIMVS.

De seruitute capriuorum in bello.

SVMARIA.

- 1 Capta in bello iusto efficiuntur capientis, & per totum §. maximè n. 6.
- 2 Seruitus an sit inducta iure gentium contra ipsam naturam, latè numeris sequentibus.
- 3 Ius naturale an possit tolli in parte, vel ex causa, & ibidem reprehenditur diuisio iuris naturalis in primarium & secundarium.
- 4 Ius gentium qua ratione à naturali iure distinguatur.
- 5 Seruitus aliqua an fuerit ab ipsa natura instituta?
- 6 Capta in bello apud Christianos non efficiuntur serui, & quid de Christianis captis à Saracenis, vel Turcis.
- 7 Res ab hostibus capta, qua prius per hostes fuerant bello quaesita, an sint prior domino restituenda.
- 8 Regia l. pen. tit. 9. part. 5. examinatur.

Ad id verò quod attinet ad restitutionis obligationem eorum, quæ in bello capta fuerint, sit constitutissima conclusio. Capta in bello iusto efficiuntur capientis. cap. ius gentium. 1. dist. 1. hostes. & si quid in bello. ff. de cap. l. naturalem. §. ult. ff. de acq. rerum domi. gl. in cap. sicut. de iure. notatur in l. 1. in princ. ff. de acq. possess. vbi Ias. n. 8. latè hanc materiam tractat. Eandem conclusionem probat Aristoteles lib. 1. Polit. c. 4. D. Thomas lib. 3. de regimine Princip. c. 11. Theologi passim, præsertim Adrian. in 4. sententiarum. tract. de restit. §. aggredior casus speciales. Floren. 3. part. tit. 4. cap. 1. Ioan. Maior. in 4. dist. 15. q. 20. Alphonsus à Castro, lib. 2. de iust. harer. puni. c. 14. Syluest. in verb. bellum. q. 1. Bart. in dict. l. si quid in bello. & in l. hostes. Mart. Laudensis in tract. de bello. 2. col. And. Tiraq. de legibus connubialibus. l. 1. n. 46.

Hinc & illud obtinuit, quod capta in bello serui efficiuntur capientium, si bellum iustum sit. d. l. naturalem. in fine. d. l. hostes. §. item ea. inst. de iure diuisio. pulchrè Aristot. in d. c. 4. Omninoq; inquit, nonnulli iure quodam, ut putant, feri, & adducti; lex enim quoddam ius est, seruitutem eam qua iure belli introducta est, & iustam esse aiunt, & negant, quoniam fieri potest ut iniustum bellorum sit iniustum, & eum, qui sit indignus seruitute, nusquam quisquam seruum esse fateatur. Hæcenus Aristot. atque de his plura Claudius Coteræus lib. 2. de iure milit. c. 24. quod sit ut seruitus ista inducta sit iure gentium, cum natura omnes sint liberi, l. manumissiones. ff. de iust. & iur. §. seruitus. inst. de iure pers. quo probatur seruitutem inductam fuisse contra naturam, secundum quam omnes liberi nascuntur. idem probat text. in l. 4. ff. de stat. homi. Stophilus seruus apud Plautum in Aulularia, inquit, Omnes natura parit liberos, & omnes libertatis natura student. Qua de re & Macrobius scribit, lib. 1. Saturnaliorum c. 11. & D. Basilus de Spiritu sancto c. 20. asseruerat apud homines nullum esse natura seruum.

Quod si contra naturam iure gentium est seruitus personarum inducta, profectò id iure obtinere nequit: cum iura naturalia immutabilia sint, nec iure gentium tolli possint. §. sed naturalia quidem. inst. de iure nat. gent. & ciu. text. in prin. §. dist. cui obiectioni Accursius respondet in d. l. manumissiones, dicens, ius naturale non posse in totum tolli iure gentium, & humano: sed quoad aliquam eius partem tolli posse. Ego libenter quæro ab Accursio, an hæc pars, quæ tollitur, sit naturale ius: & si dixerit, non esse ius naturale, dubio procul quæstio non est an tolli possit: si quidem quod non est, tolli non potest. Si verò hæc pars quæ tollitur iuris est naturalis, sicut est libertas personarum, quæ modo iure gentium tollitur; nondum responsum est obiectioni, ex qua probatur: & ita verissimum est, ius naturale tolli iure humano non posse. Præsertim quod si semel in specie fatearis aliquid esse à natura institutum, id nullo modo negare poteris, humano iure tolli nequaquam posse: cum superior sit ipsa lex naturalis hominum instituta, nec eis tolli possit. Quamobrem mihi semper displicuere duo, quæ passim circa ius naturale, & diuinum à nostratibus traduntur. Primum, dum sæpius respondet, ius naturale posse partim tolli, licet non totum. Nam verè si in ea parte ius naturale viget, nullo modo defendi potest, quod eis iuris naturalis pars tolli humano iure valeat. Etenim dicat naturale ius, non esse innocentem occidendum: poteritne aliqua ex parte iure humano innocens occidi, vel in aliquo casu speciali? certè qui hoc assereret, demens prorsus esset, & rationis naturalis satis inscius. Alterum est, quo frequenter DD. vtuntur, dicentes, ex causa posse iure humano limitari, & tolli ius naturale, vel diuinum: hoc denique absurdum est. siquidem vel

ea causa sufficiens est, ut opinemur, & constituamus ius diuinum, vel naturale tunc minimè obtinere, nec eum casum comprehendisse: & tunc ius naturale, vel diuinum non tollitur ex ea causa: quia non præmittitur, nec diuina, nec diuina, ut ea tolli possit: sed tantum interpretatio sit legis diuinæ, vel naturalis. at si ea causa nihilominus admissa, adhuc viget lex naturalis, vel diuina: & planè nisi quis toto, quod aiunt, cælo aberrer, non poterit inficiari, eam causam minimè sufficere, ut humana auctoritate naturalis lex tollatur: & idèd Accursij responso congrua non est. Bart. aliter respondere conatur in d. l. manumissiones. ac potius in l. ex hoc iure. ff. eo. tit. scribens duplex esse ius naturale: primæum & secundæum: & addit primum tolli per secundum, quod ius gentium appellatur: atque ita ius gentium quandoque est contra rationem, & ius naturale. Vnde licet libertas iuris sit naturalis, potuit tamen ius gentium eam tollere, eamdem Bart. rationem tenuerunt etiam Ang. Paul. & DD. in l. si id quod. ff. de cond. indeb. Verum hæc ratio defendi non potest, nec iure valida est: id etenim quod contra rationem naturalem statutum est, non potest firmum esse, nec validum: etiam si à Principe supremo statuatur. Deinde hæc distinctio iuris naturalis primæi, & secundæi vix falsa omnino est: ius quidem naturale vnum est, & id temporis successu nec distinguitur, nec variatur, d. §. sed naturalia quidem iura. Nam quod semel Deus omnia animalia docuit, quodque idèd naturali lumine cognitum est, nec vilo tempore tollitur, nec distinguitur, nec variatur: eius etenim variatio refragaretur naturæ ipsi: atque idèd hanc Bart. rationem verè & eleganter Fortunius improbat in d. l. manumissiones.

Qua ratione duplicem sensum afferam ad id, quod primò constituimus, nempe omnes homines esse natura liberos, & seruitutem esse contra naturam: ex quibus manifestè constabit huiusmodi dissolutio. Primum equidem libertas in hunc sensum est iuris naturalis, & natura homines liberi nascebantur, ut eo primo statu quo sola lege naturæ humanum genus vtebatur, nondum humana crescente malitia, decuerit omnino homines omnes liberos nasci, idque illi statui expediens fuerit. Non tamen ex hoc negatur, posse iure humano, & gentium, hominum crescente malitia statui seruitutem, ut capta in bello serui efficiantur. Imò id conuenit Reipublicæ ad punitionem eorum, qui finitimas gentes bellis iniustis persequuntur: vnde quo iure ex consensu humani generis bella introducta fuere, eodem & captiuitates, ac seruitutes constitutæ sunt: quod D. August. explicat lib. 19. de Ciuitate Dei. c. 15. Condicio, inquit, seruitutis iure intelligitur imposita peccatori. nomen itaque istud culpa meruit, non natura. & deinde subdit: Nullus autem natura, in qua prius Deus hominem condidit, seruus est hominis, aut peccati; verum pœnalis seruitus ea lege ordinatur, qua naturalem ordinem conseruari iubet, perturbari vetat: quia si contra eam legem non esset factum, nihil esset pœnalis seruituti coercendum: idèd, Apostolus seruos monet subditos esse dominis suis, & ex animo eis cū bona voluntate seruire. Hæc D. Augustinus, citans Apostoli locū ad Ephes. c. 6. Vnde propter peccatū Chanaan seruus pronuntiatur à Noë patre, ut seruiat fratribus suis, Genes. c. 9. Sic & naturali iure non erant dominia distincta in ipso quidem statu naturæ, & legis naturalis, secundum quam omnia erant communia: sed postea conueniens fuit fieri dominiorum distinctionem lege humana: idque ratione naturali factum fuisse ex eo apparet, quod vtile valdè Reipublicæ sit: quod Conradus doctissimè tradit de contrah. lib. 9. 10. & sequent. Igitur iuxta hunc sensum obiectioni tollitur: sicuti probant Fort. in d. l. manumissiones. & Ioan. Driedo. de libert. Christiana, pag. 29.

Secundo loco alter sensus aptari potest his auctoritatibus, quibus constat hominum libertatem esse lege naturali inductam, ut tandem distinguendum sit inter ius naturale positium, quod aliquid posituè præcipiat, vel prohibeat: & ius naturale negatiuum, quod nihil aliqua de re statuerit, nec præcipiendo, nec prohibendo: sed id potius omiserit legis humane dispositioni. Nam libertas non est iuris naturalis iuxta primum modum: cum eam nec præceperit, nec seruitutem inducti prohibuerit. Est verò personarum libertas iuris naturalis secundum modo accepti: quia ius naturale seruitutem non induxit: nec etiam libertatem prohibuit: imò liberos omnes homines creauit. quod autem obiectionis ius naturale esse immutabile, est intelligendum de iure naturali positio, non de iure naturali negatiuo, secundum D. Thomam, qui ita rem istam explicat in hac specie 1. 2. quæst. 94. art. 5. & præpos. in c. ius gentium. 1. dist. num. 9. Martinus Azpilcueta, quem post huius operis pri-

mam editionem legi, in cap. ita quorundam de iud. gl. penult. ex his duabus solutionibus, quarum posterior à priori sepe deducitur, plura colliguntur.

Primum vera interpretatio Iurisconsulti, Iustiniani, & aliorum qui verè dixerunt, omnes homines natura liberos nasci; ita etenim intelligendi sunt, omnes homines eo tempore, quo sola lege naturæ vivebatur, mundusque regebatur, liberos nasci, ac natos fuisse. At hinc non sequitur, hodie omnes liberos natura nasci: cum aliis legibus præter naturales vtatur: idque maximè sit vtile Reipublicæ, ad reprimendam hominum malitiam. Nā, vt auctor est August. in d. c. 15. seruitus lege humana iustissimè est statuta in pœnam peccati, quod bello committitur iniusto.

Secundò hinc deducitur alter eiusdem auctoritatis intellectus, vt omnes homines natura liberos esse intelligamus, ex prima naturæ intentione, quæ voluit homines liberos creare. At per accidens non prohibuit eos seruos fieri ex aliqua ratione conuenienti Reipublicæ. Sicut ex prima intentione naturæ est, quòd hominum vita conseruetur: & tamen legibus humanis naturali ratione statuitur ex accidenti, quòd nocentes, & criminosi occidantur.

Tertiò inde apparet, verum esse quod scripsere D. Thomas in 4. sent. dist. 36. art. 1. & Card. à Turre Crem. in d. c. ius gentium. 4. art. qui existimant seruitutem institutam esse contra primam naturæ intentionem: quia natura prima intentione tendit ad perfectiora: at seruitutem esse secundum naturam iuxta eius secundam intentionem. natura etenim prima intentione intendit, vt quis sit bonus: eius verò secunda intentio est, quòd si quis non fuerit bonus, sed malus, ipseque legis naturalis rationem prauis moribus contemplerit, puniatur quidem. Sic ius secundum naturam instituta est ad puniendum peccantem. & licet iure naturæ non sit in specie hæc pœna definita, sed in genere: ius gentium, & humanum potuit ex secunda naturæ intentione definire pœnam istam seruitutis in hac specie.

Quartò à prænotatis patet verus sensus §. seruitus. inffit. de iure personar. quo probatur, seruitutem esse contra naturam, id est, contra naturalem libertatem, quæ vna fuit ab initio omnium ante corruptionem generis humani, & nunc quoque esset, nisi malitia hominum aliam conditionem exigeret omnium populorum consensu, qui seruitutem ex causa induxit ad puniendos hostes iniustos, quemadmodum & præter D. Augustinum tradit Aristoteles 1. Politicorum cap. 3. & 4. & probatur in l. naturalem. cum l. seq. ff. de acq. rer. dom.

Quintò infertur, seruitutem esse contra ius naturale, non ex eo quòd tollat ius naturale affirmatiuum & positium, aliquid præcipiens, aut prohibens: sed ex eo quòd addit iuri naturali id, quod ipsum ius non concesserat: atque ita per additionem inducitur seruitus contra ius naturale.

Sextò hinc apparet, hanc personarum seruitutem iure gentium inductam, non esse contra naturalem rationem: imò ex ea procedere: sicut probatur in d. l. manumissiones. & apertius in §. item quæ ab hostibus. iuncto §. singulorum. inffit. de rerum diuis. idque adnotauit Fortun. in d. l. manumissiones. col. 3. & constat ex pluribus locis sacre Scripturæ, quibus ostenditur, dominium seruorum iustum esse: præsertim c. 7. ad Ephesios, inquit Paulus, Serui obedite dominis carnalibus cum timore, & tremore in simplicitate cordis vestri, sicuti Christo. Et 1. ad Timoth. cap. 6. Quicumque sunt sub iugo serui, dominos suos omni honore dignos arbitrentur. Item 1. Petri cap. 2. Serui subditi estote in omni timore dominis non tantum bonis & modestis: sed etiam dyscolis. Vnde dominus in seruos naturali ratione dominiū habet: sicut & in agros, & fundos, qui ad eum pertineant. Vt tamen debent domini hoc iure, quod in seruos habent, benignè, non seuerè, & crudeliter, quod admonet D. Augustinus lib. 19. de ciuit. Dei. cap. 16. & iure civili statutum est in l. vnic. C. de emen. seruo. & inffit. de iure person. & de his, qui sunt sui vel alien. iur. §. in potestate, & §. sed & maior. vbi Theophilus l. 6. titul. 21. part. 4. & Caius Iurisconsultus lib. 1. inffit. tit. 3.

Septimò colligitur ex his, seruum à domino fugientem mortaliter peccare, & teneri ad eum redire secundum gloss. in d. cap. ius gentium. 1. dist. quem DD. inibi approbant communiter, maximè Card. à Turrecrem. art. 4. Fort. in d. l. manumissiones. col. 4. optimus text. in c. si quis seruum. 17. q. 4. Ceterum hoc in loco admonendus lector est, me quidem in hac de seruitute controuersia, ius gentium intellexisse, prout id à iure naturali distinguitur, & humanum ac positium est: nam & D. Thom. 1. 2. q. 25. art. 4. ad 4. primum, ius gentium, de quo Iurisconsulti quandoque tradidere, inter iura humana & positia censet: quod apertissimè con-

stat. Nā si quis perpendat exempla & casus, qui per Iurisconsultos sub tit. ff. de inffit. & iur. iuri gentium tribuuntur, planè fatebitur ea non esse iuris naturalis, sed humani, nec procedere necessariò à primis iuris naturalis principiis in vniuersum, & nec frequenter: tamen à ratione propter Reip. utilitatem vario temporum successu deducantur & instituantur, vel instituta sint sepe omnium hominum consensu. Bella etenim non sunt iuris naturalis, nec manumissiones, nec seruitutes, nec dominiorum distinctio, nec venditiones, aut locationes, quæ omnia Iurisconsulti iuri gentium tribuenda esse palam responderunt. Et tamen in l. 1. §. ius naturale. ff. de iust. & iur. ius gentium naturale quidem dicitur, dum id non alia ratione à naturali distinguitur quàm quòd illud omnibus animantibus etiam brutis conueniat, hoc solis sit hominibus commune. Vnde deducitur hoc ius gentium hominibus, & sic animantibus ratione præditis naturale esse. Idem apparet euidentius auctoritate Caij Iurisconsulti in l. omnes populi. ff. de iust. & iur. Quod verò, inquit, naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes homines per aquè custoditur, vocaturque ius gentium: quasi quo iure omnes gentes vtuntur. eadem verba repetit Iustinian. in §. ius autem civile. inffit. de iure nat. gent. & civili. vnde D. Thom. 2. 2. q. 57. art. 3. ad 3. inquit: Ea quæ sunt iuris gentium naturalis ratio dicitur: puta ex propinquo habetia equitatem: inde est quòd non indigent aliqua speciali institutione, sed ipsa naturalis ratio eam instituit. Quasi velut D. Thomas hoc quod Iurisconsulti ius gentium appellauerunt, ius esse naturale. cui certè non conueniunt exempla iuris gentium tradita ab Isidoro lib. Etym. 5. cap. 5. & 6. præsertim prohibitio nuptiarum inter alienigenas.

Quibus prænotatis ego censeo ius naturale verè esse illud, quod Deus omnia animalia docuit tam bruta, quàm ea, quæ ratione donauit. Hoc etenim ius lumine naturali hominibus ita cognitum est, vt & brutis instinctu quidem ipsius naturæ: qua ratione quod lumine naturali animalibus ratione præditis notum est, id verè ius naturale dicitur: sicuti & illud quod brutis Deus per instinctum, & inclinationem propriam constituit. hoc probatur in l. 1. §. ius naturale. ff. de iust. & iur. c. ius naturale. 1. dist. quòd fit, vt principia lumine naturali ab hominibus cognita, & conclusiones, quæ ab eisdem principiis necessariò deducuntur, & quæ animantibus ratione præditis conueniunt tantum, ius quidem gentium dici quodammodò valeant, ad differentiam iuris naturalis, quod simul & brutis & hominibus datum, institumque est ab ipsa natura. Vtrumque tamen verè est ius naturale: sicque intelligendum est responsum Iurisconsulti in d. l. 1. §. ius naturale ad si. vbi ius gentium à naturali distinguitur ex eo solùm, quòd illud hominibus tantum, hoc verò etiam brutis conueniat. Huc pertinet quod D. Thom. in d. art. 3. q. 57. distinguit ius gentium, quod quidem ratione naturali hominibus tantum competit, & id quidem naturale esse asseuerat, non secundum absolutam sui considerationem, sed secundum quid, id est, vt est conueniens & vtile humano coniectui, à iure naturali, quod omnibus animantibus commune est, & naturale dicitur absolute iuxta sui ipsius considerationem: vt maris, & feminæ coniunctio: filiorum educatio, & his similia. Quo in loco D. Thom. de iure naturali, & gentium hanc doctrinam optimè tradidit. Quamuis & hæc D. Thomæ sententia, eiusque distinctio alium sensum habere possit, vt ipse quidem distinguit ius naturale, quatenus omnibus animantibus etiam brutis commune est, & complectitur etiam prima iuris naturalis principia, continentia iustum naturale ex sui natura ad æquatum, & commensuratum alteri à iure gentium, quod continet iustum naturale, non iuxta absolutam sui rationem, sed secundum utilitatem, quæ ex eo deducitur, vt alteri conueniens. Sensitque D. Thom. ad hoc ius gentium pertinere seruitutes, bella, dominiorum distinctionem. hanc eandem differentiam constituit Card. à Turrecremata in d. c. ius gentium. 1. dist. art. 1. Sed huic sensui refragatur, quòd prima principia iuris naturalis procedant à ratione, quæ incognita est brutis. Nihilominus idem Card. in c. humanum genus. 1. dist. art. 5. post Albertum Magnum, quinto Ethic. responderi ius naturale quoad rationem: iuris, brutis minimè conuenire, sed procedere à natura speciali, quæ est ipsa ratio: sed ius naturale quàm ad actus etiam brutis competere: & sic, vt ipsius verbis vtatur, ius naturale formaliter sumptum, id est, quoad rationem, hominibus tantum conuenit: materialiter verò, id est, quoad actus, etiam brutis commune est: scilicet quoad maris & feminæ coniunctionem, filiorum educationem, & similia. atque ita interpretatur d. l. 1. §. ius naturale, vt tandem Deus ius naturale materialiter omnia animalia etiam bruta docuerit: forma-

formaliter tamen ipsos homines tantum: quibus rationis cognitio tradita est. Hic verò sensus cum eo conuenit, quem paulo ante ad Iuriconsulti responsum tradidimus. Sed solum discrimen apud nos est quānam ratione sit intelligenda D. Thomæ responsio in d. art. 3. & profectò aptior est vltimus hic sensus: si consideremus ipsum ius naturale quatenus absolute adsumitur, posse quidem adsumi formaliter, sicut & materialiter, ita quidem, vt formale ius naturale quoad rationem, & vt continet prima principia, absolute iustum contineat secundum sui considerationem, rationemque, non iuxta alterius vtilitatem, nec vt alteri conueniens sit. sic denique procedere illud; *ratione viuendum est; nemini est malum faciendum*; & similia, quæ quidem iuris naturalis sunt secundum propriam sui rationem: quia continent iustum, & alteri commensuratum secundum absolutam sui rationem: non iuxta vtilitatem, quæ ex his continget. Vnde ius naturale auctore D. Thomæ, à iure gentium distinguitur, quod procedit à naturali ratione non absoluta, sed quæ alterius vtilitatem vel quod conueniens sit respiciat. Ex quibus manifestum fit, quamobrem ius gentium à Iuriconsultis ius naturale quandoque dicatur, & quandoque à iure ipso naturali distinguatur. Deinde patet ex his, prima principia, & quæ ex eis necessariò deducuntur, non esse propriè iuris gentium, sed naturalis: prout à D. Thomæ hæc iura d. art. 3. distinguuntur, inde consequitur, religionem erga Deum, & parentum honorem esse iuris naturalis, non iuris gentium: secundum D. Thomæ distinctionem: quamuis à Iuriconsultis hæc exempla tradantur, & aptentur iuri gentium in d. l. 1. ad finem, & in l. seq. quæ quidem Iuriconsulti responsio poterit defendi, si ius gentium interpretemur naturale ipsi tantum hominibus conueniens, de quo superius actum est. Verè tamen negare non possumus vtrumque sit, exempla Iuriconsultorum, & Isidori, non omnia conuenire iuri gentium, quod maximè obseruandum est.

Quamuis equidem iuxta præmissam adnotationem ius gentium ad humana iura pertineat, non propriè ad naturalia: attamen ob id quod ex D. Thomæ explicuimus, & quia ius gentium deriuatur à iure naturali, communique omnium gentium consensu constitutum est, conclusionibus quibusdam non multum remotis à primis iuris naturalis principiis, naturale dici quodammodo homini potest: etiam si à naturali iure, præsertim ab ea lege, quæ communis est omnibus animantibus, differat & distinguatur secundum D. Thomam 1. 2. q. 95. art. 4. ad primum. His libenter addiderim quod post primam huius operis editionem legi apud Dom. Sor. lib. 1. de iust. & iure. q. 1. art. 3. nempe hoc discrimen esse inter ius naturale & ius gentium, quod ea quæ inferuntur ex absoluta rerum natura & consequentia necessaria, pertinent ad ius naturale: illa verò, quæ non ex absoluta consideratione, sed modo exposito in ordine ad certum finem & sub certis circumstantiis, sint de iure gentium, quam sententiam & nos paulo ante probauimus.

Octauò principaliter ex præmissis inferitur, an sit aliqua seruitus, quæ verè iuris naturalis, & à natura ipsa instituta? Et sanè constat esse à natura ipsa quosdā seruos. Nam secundum Aristot. 1. Polit. c. 3. & 4. minus sapientes, minus perfecti, natura ipsa serui sunt & sapientioribus subditi, vt ab eis regantur. Etenim hominū genus Deus sic condidit, vt essent alij in scientiis, & virtutibus superiores aliis. Plato item in dialog. 3. de legib. cuius & Io. Stobæus sermone 42. mentionem fecit, scribit, primam dignitatis rectam rationem esse, vt genitores vbique natis imperent: secundam, vt ignobilibus generosi: tertiam, vt iunioribus seniores: quartam, vt domini seruis: quintam, vt potentioribus imbecilliores seruiant: sextam quidem & omnium maximam esse, quæ secundum naturam ignorantes sequi iubentur: prudentes autem ducere, ac dominari. Hæc Plato, cui & Arist. accedit lib. 7. Polit. c. 14. al. seueras, esse natura ipsa seruitutem iuuenis ad senem. D. August. super Genesim: Est etiam, inquit, ordo naturalis in hominibus, vt seruiant feminæ viris, & filij parentibus, quia & illic hæc iustitia est, vt infirmior ratio seruiat fortiori. Hæc igitur in dominationibus, & seruitutibus clara iustitia est, vt qui excellunt ratione, excellant dominatione. Cicer. 5. Paradoxo. proponit, prudentes esse liberos, stultos autem & insipientes seruos esse. quod & D. Ambrosius probat super epistolam Pauli ad Coloss. explicuit optimè D. Basilus de Spiritu sancto. c. 20. notant & ex nostris Dom. & Præp. in d. c. ius gentium. nu. 9. & ibi Card. à Turrecrem. art. 4. Imol. in præmio Gregor. col. 2. & Cæpol. de seruit. 2. col. And. Tiraq. de legibus connubia. l. 1. nu. 48. Hæc tamen seruitus non est eundem conditionis cuius illa quæ iure gentium ratione belli

inducta est; qui enim iure belli seruus est, dominio alieno contra libertatem naturalem ita subiectus est, vt tamquam res quælibet quæ sua est à domino abalienari possit. l. 4. & 5. ff. de stat. hom. At seruitus, quam diximus natura ipsa constitui, non pertinet ad coactionem, nec necessitatem, nec dominium; sed ad honorem & reuerentiam, senioribus à iunioribus; generosis ab ignobilibus; parentibus à filiis; marito ab vxore debitam: vel ad vtilitatem ipsius seruiantis, qualis est illa quæ imprudentis ad prudentem; minus sapientis ad sapientem dicitur. Qua de re Ioan. Driedo. de libert. Christi. lib. 1. pag. 8. in hunc modum scribit: Secundum ordinem conditionis natura omnes in Adam à Deo conditi sunt æqualiter liberi ab omni malo, ab omni seruitutis incommodo. mansissent quoque sub illo statu omnes homines pares secundum paritatem libertatis à culpa, & miseria: sed non pares secundum paritatem in talentis natura, in perfectione iustitiæ, scientiæ, & prudentiæ. Siquidem alij magis, alij minus extitissent sapientes & prudentes: fuisse quoque dominum quoddam vnus super alios, non pro suo ipsius commodo dominantis in illos tamquam in seruos, nec vt prouidentis & consulenti illorum miseriis, & imbecillitatibus; sed vt consulenti, & dirigenti illos ad ampliorem sapientiam, disciplinam, iustitiam & prouidentiam; atque vrentis voluntariis obsequiis illorum obedientium, non solum abque omnis laboris molestia, sed cum gaudio cordisq; lætitiis: quem admodum & iusti præfides nunc imperant, non cupiditate dominandi, sed officio consulendi: & hoc naturalis ordo præscribit. Sic quoque Deus hominum genus condidit, vt essent alij in scientia & virtutibus superiores aliis: sed à coacta & vili subiectione, à veroq; dominio omnes fuissent æqualiter liberi. Hactenus Dried. cuius verba referre libuit, quia breuiter & compendio quodam reculit D. Thomæ eruditissima responsa part. 1. q. 96. art. 3. & 4. Sic & Aristot. lib. 7. Polit. c. 14. Nilum insinuat totam hanc seruitutem naturalem ad vtilitatem pertinere eorum, qui minus prudentes sint, vt à prudentioribus regantur, & instruantur perfectiori prudentia, & scientia. D. Thom. item in 2. 2. quest. 52. art. 3. ad secundum, inquit, quod hunc hominem esse seruum absolute considerando, magis quam alium, non habet rationem naturalem, sed solum secundum aliquam vtilitatem consequentem, in quantum vile est huic quod regatur à sapientioribus: illi quod hoc inuenit, vt dicitur in 1. Polit. & ideo seruitus pertinet ad ius gentium est naturalis, secundo modo; sed non primo modo. Hactenus D. Thom. qui hanc seruitutem minus prudentis ad sapientiorum, institutam esse tradit ad vtilitatem ipsius imprudentis, non ad eius vilem subiectionem. & quamuis ipse hanc seruitutem ad ius gentium referat: ex eodem tamen D. Thom. in d. q. 96. art. 3. & 4. satis palam conitat, hanc seruitutem minus prudentis ad prudentiorem, minus sapientis ad sapientiorem, iuuenis ad senem, vxoris ad virum, filiorum ad parentes, quæ ad honorem, & reuerentiam vel instructionem seruientium pertinet, institutam esse à natura, & statui innocentie conuenisse. Quo sit, eam minimè pertinere ad vilem seruitutis conditionem, quæ postea iure gentium stabilita est: cum ea subiectionem, & dominium contineat, vile quidem ipsi dominanti, & molestum ac miserabile seruianti: igitur seruitus à natura ipsa ordinata, quæ & in ipso innocentie statu obtineret, & obtinuit, non est iniuncta huic miserabili seruituti, quæ iure gentium ob bella, & captiuitates inducta fuit: quod & Card. à Turrecremat. in d. art. 4. explicat. Vnde planè intelligenda sunt & distinguenda quæ Plato in d. dialog. 3. de legib. veluti ex iure naturæ immiscuit.

Illud hoc in tractatu prætermittendum non est, quod Christiani capti in bello, etiam iustissimo, à Christianis, non efficiuntur serui capientium. Et ideo nec opus est hoc in casu lege Cornelia, nec postliminij fictione propter charitatem, quæ in Christo omnibus eius religionem professis communis est: sicut expressum adnotant Bart. in l. hostes. ff. de cap. Abb. in c. sicut. in 3. de iur. col. 4. & inibi Ægidius à Bellamer. num. 20. Sali. in l. ab host. col. 2. C. de captiuis. Io. de Terra Rubica contra rebelles. tract. 3. art. 10. Regia l. 1. tir. 21. par. 4. sed apud nos capti bello seruantur, præstitaque pecunia in redemptionis præmium, quam Græci ἀγορᾶ appellant, veniam recedendi impetrant facillimè. se nescire tamen Alci. in l. hostes. ff. de verb. sign. & Claudius Cantiuncula in 9. item ea quæ hostib. Inst. de rer. diuis. prædictam communem sententiam inter Christianos obtinere, sicuti Bart. & qui eum sequuntur probant. at secus esse in Christianis captis in bello à Saracenis, vel Turcis, qui verè hostes sunt. Nam hi quidem Christiani, dum ab hostibus captiui detinentur, eius conditionis sunt, cuius iuxta ius ciuile capti ab hostibus Romanæ Reipubl. censentur; & ideo opus esse fictionibus legis Corneliæ & postliminij: quod est maximè notandum. Nam & Ioann. de Terra Rubica idem voluit, dum scribit, Saracenos veros hostes esse: & cum his bellum

bellum geri verè, vt olim Romani aduersus hostes gerebāt. Ego sanè video maximam esse discriminis causam inter bella Romanorum, & ea, quæ Christiani aduersus infideles, qui nos vndique impetunt, gerimus. Quorum quidem infidelium aggressiones, non possunt aliqua ex parte esse licitæ: nec itidem defensionēs: cum prouincias Christiani nominis tyrannicè & perfidè, ac crudeliter occupauerint. Quamobrem nisi aliud lege humana statutum in specie sit, opinor erga Christianos captos à Turcis, vel Saracenis non esse seruandas leges Romanorum, quæ de captiuis apud hostes loquuntur; nec esse necessarias fictiones legis Corneliæ & postliminij: quamuis in his quæ possint in fauorem cedere captiuorum, æquissimum sit, imò omni ex parte iustum, eisdem leges seruari. Nec enim Reip. Christianæ conuenit, præter ipsam captiuitatis afflictionem, damnum aliud, aut detrimentum Christianis apud Saracenos, aut Turcas captiuis irrogari. Ex his etiam apud me dubia est, & falsa quidem opinio Anch. in hac reg. col. 13. vers. 3. quaro. Arct. in l. qui à latronib. 3. col. ff. de test. dum asseuerat, Christiano apud Saracenos captiuo non licere ab eis fugere, nisi cogatur ad infidelitatem. etenim ego censeo iustè posse captiuum Christianum indistinctè fugere, licet non cogatur ad infidelitatem, cum tyrannicè & iniustissimo bello captus fuerit. Imò et si captus esset apud hostes iustissimo bello, liceret ei ad suos redire, ac fugere, hostium limites transgrediendo: vt ipse notauit lib. 1. var. Resol. cap. 2. num. 10. & hæc quidem de seruis iure belli dicta sint, de quæ his, qui ab hostibus capti seruitutem seruiunt iure gentium, procedente à ratione ipsa naturali.

Res autem captæ in bello iusto, si immobiles sint, Principi, & Regi bellum indidenti acquiruntur: nec efficiuntur militis, aut Ducis capientis. l. si captiuus. §. 1. ff. de capti. gl. in l. diuus. ff. de iure fisci. Bart. in l. si quid in bello. ff. de capti. Alex. & las. post alios in d. l. 1. de acquir. poss. in princ. n. 10. & Martin. Laudenis in tract. de bello. §. 4. quorum opinio communis est. Et probatur in l. 19. tit. 26. part. 2. res verò mobiles capientium efficiuntur: si ugi iam non semel adnotatum extat. debent tamen tradi Duci exercitus, vt is ea diuidat inter milites iuxta cuiuslibet dignitatem, & merita, c. ius militare. 1. dist. 1. si quis pro redemptione. C. de donat. gl. in c. dicat aliquis. 23. q. 5. Bart. & D. modò hac in re citati. Regia l. 1. 17. & 19. tit. 26. part. 2. quo quidem iure Regio quinta pars eorum, quæ bello capta fuerint, Regi debetur. l. 4. tit. 26. part. 2. l. vlt. tit. 1. lib. 6. ord. quandoque dimidia, l. 19. quandoque tertia pars, l. 20. dist. tit. 26. part. 2. Denique in hoc erunt semper diligenter obseruandæ leges, & cōsuetudines legitime inductæ, secundum quas per Principem decreta, firmæque & iusta Ducum edicta res bello captæ sunt diuidendæ. De his etiam multa tradit Claudius Cotaræus lib. 2. de iure militari. c. 24. quæ verò dicantur & sint res mobiles, tractat latè Tiraquel. lib. 1. de retract. §. 1. gloss. 7. & maxime consil. 87.

7 Quid verò dicendum sit de rebus captis ab hostibus, quæ tamen habuerint dominum verum priusquam hostes eum spoliauerint: an sint restituendæ priori domino, vel efficiantur eorum, qui modò eas abstrulere à manu hostium? Et profectò, quoties non virtute bellica, sed commercio, dato redemptionis pretio, res aliena fuerit ab hostibus redempta, dominus prior eam petere poterit, soluto pretio redemptionis, & ei necessariò restituenda est, l. ab hostib. in 2. C. de capti. l. in bello. §. si quis seruum ff. cod. tit. quòd si res virtute bellica ab hostibus sit capta, & immobilis sit, priori domino est restituenda, text. insignis in l. si captiuus. §. expulsi hostib. ff. de capti. l. Pomponius. ff. de acq. rer. domini. notat optime Francisc. à Ripa in d. l. 1. ff. de acq. poss. nu. 5. sed si res sit mobilis, quibusdam visum est, eam non adquiri capienti: sed restituendam esse priori domino. text. satis elegans in d. l. ab hostib. C. de capti. §. serui autem. cuius auctoritate ita responderunt Io. Andr. in Speculo, Rubri. de raptorib. Alexand. in d. l. 1. idem Alexand. in l. id quod apud hostes ff. de legat. 1. Pyrrhus post cōsuetudines Aurelianenses. cap. incipienti, in l. apud hostes.

Contrarij alij videntur verius: nempe rem mobilem captā ab hostibus, non esse restituendam priori domino, auctoritate Iurisconsulti in l. si quid bello. ff. de capti. Si quid, inquit Labeo, bello captū, in prada est, nec postliminio rediit. Paulus, imò si in bello captus pace facta demum fugit, deinde renouato bello capitur: postliminio rediit ad eum, à quo priore bello captus erat: si modò non conuenerit in pace, vt captiui redderentur. Hæc Iurisconsultus, vbi Bartol. hanc opinionem ex eo loco deducit, iuxta distinctionem ipsius legis. Quidam tamen distinguendum esse censent ita sanè, vt prior sententia obtineat, vbi res ab hostibus captæ recuperantur ita-

rim priusquam hostes eas deferant tutè intra præsidia: quasi 8 in ea specie nondum fuerint factæ res istæ hostium eas capientium: & idèd cum ab hostibus auferuntur, sub dominio prioris sunt: eaque ratione debent ei restitui, arg. text. in l. 3. §. cum igitur. ff. de vi & viarmat. & l. vlt. C. vnde vi. Quòd si ex intervallo res captæ ab hostibus, fuerint ab eisdem denuò ablata, tunc sit vera posterior sententia, secundum Ang. & Salycet. col. 1. in d. l. ab hostib. las. in d. l. 1. num. 11. & seq. eundem Ang. in disputatione incipienti, Renouata guerra. 1. dubio. & Marti. Laudensem de bello. §. 7. cui distinctioni suffragatur insignis Regia constitutio pen. tit. 9. par. 5. Hanc tamen distinctionem las. in d. l. id quod apud hostes. improbare conatur: & Franc. à Ripa in d. l. 1. num. 5. veram esse censet in militibus non habentibus à Republica stipendium: quasi in militibus habentibus publica stipendia seruanda sit prima Io. Andr. opinio. per l. ab hostib. par. vlt. C. de capti. & hæc quidem procedunt, nisi in rebus, quæ ius postliminij obtinent, de quibus agit l. 2. ff. de capti. nam hæc res etiam ex intervallo ab hostibus receptæ, priori domino restituntur. Ex his patet huius quæstionis difficultas, quæ nondum certam definitionem habet.

Ipe denique video iure ciuili Romanorum statutum esse, vt capta à latronibus, & piratis, quos non esse iustos hostes veteres censebant, minimè efficerentur capientium, l. hostes. & l. latrones. & l. postliminium, §. à piratis. ff. de capti. l. qui à latronibus. ff. de testam. quòd sit, vt si res, quæ per latrones captæ fuerint, à nostris militibus recipiantur, latronibus fugatis, vel deictis, priori domino iure Romanorum restituantur: cum nusquam eas prior dominus amiserit. d. l. latrones. & est evidens huius rei argumentum: quia nusquam hæc res hostium capientium propriæ effectæ fuerint.

Hinc mirum est, cur Regia Partitarum constitutio distinctionem præmissam probauerit in his rebus, quæ non ab hostibus, sed à piratis auferuntur: cum in ea specie iure Romano ea distinctio fieri non posset. Deinde illud constat iure Romano ex iure ferè omnium gentium, vt hi cum hostibus æquo Marte certarent, ex aliisque rationibus, ac fortasse quòd viri prudentissimi, etiam si existimauerint ab eis semper iusta moueri bella, & cum hostibus geri, censebant ex variis causis opinione saltem, & bona fide ab iis, quos verè hostes iudicabant, sibi bella indici, & ab eis indicta geri, statutum esse, vt homines & res à Romanis per hostes bello captæ hostium efficerentur: verè & statim earum rerum dominium à prioribus dominis ad hostes transiret, quemadmodum & idem erat in rebus, & personis per eosdem Romanos captis ab hostibus. Quod satis manifestum erit, si diligenter responsa Iurisconsultorum de captiuis examinemus. Imò & Romani hoc ipsum ius captiuitatis, & postliminij obseruare constituerunt cum his, qui nec latrones, nec piratæ, nec hostes publici essent, modò cum eis nullam amicitiam, nullum hospitij ius contraxissent: qua de re est text. elegans in l. 5. §. in pace. ff. de capti. In pace, inquit Pōponius, quoque postliminium datum est. Nam si cum gente aliqua nec amicitiam, nec sedus amicitie causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos peruenit, illorum sit: & liber homo noster ab eis captus, sit seruus eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perueniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est. Hæc Iurisconsultus.

At hæc leges apud Christiani orbis Principes probatæ quidè sunt, & stabilitæ, quoad res bello iusto captas: nec possumus, qui Christianam religionem profitemur, inficias ire, quin res bello captæ per hostem iniquæ, & tyrannicè bellum indidentem, minimè à veris dominis, qui eas iure possidebant, ad hostes iure transferantur: nec lege diuina nec humana in hostium verum dominium transferunt. Omnium etenim consensu receptum est, capta in bello effici capientium, modò id bellū iustum sit. vnde licet in bello per Christianos Principes secum inito ab præsumptam bonam hostium fidem, leges Romanorum sint seruandæ, quoad opinionem; tamen ex hoc non arbitror in animæ iudicio, res captas in bello, quod hostes sciunt iniustè inditum esse, & mala fide geri, ad eorum dominium pertinere.

Nihilominus tamen mihi iure Romanorum magis probatur Angeli distinctio in hunc sanè sensum, vt res à Romanis virtute bellica quæsitæ, et si ab hostibus iterum captæ fuerint, rursumque à Romanis militibus è potestate hostium etiam ex intervallo ablatae sint, priori domino sint omnino restituendæ, iuxta l. si quid in bello. ff. de capti. atque ea ratione non temerè prædicta l. ab hostibus. in seruis, qui virtute bellica quæsi sunt, loquitur, eleganter adiciens horum, quæ bellico labore quæsitæ sunt, militem Romanum defensorem esse, non dominum.

Nec

Nec ad has Romanorum leges quidquam refert Francisci Ripensis distinctio: cum hæc decisiones de militibus tractent stipendio publico militantibus. In his etenim militibus, qui non habent publica stipendia, vel non tenentur ex publico stipendio eos defendere, à quibus hostes res acceperunt, opinor adhuc locum esse Angeli distinctioni, & Iuriconsulti responso in d. l. si quid in bello. quod si non hostes, sed latrones aut piratæ in hac specie res habuerint, & ab his fuerint virtute bellica per milites non habentes stipendia publica ablatæ; tunc fortassis cum res hostium, aut capientium factæ non sint, priori domino erunt restituendæ, modo his militibus iustam soluerit laboris, & expensarum mercedem.

Postremò, ut legem Partitarum examinemus, quæ non tantum de hostibus, sed & de piratis, & latronibus publicis, quibus cum non est necesse bellum illud, quod veteres Romani iustum, & publicum esse censebant, adnotandum erit, potuisse constitutionem illam statuere, non quod res illæ factæ fuerint piratarum, postquam hi in tuto eas habuerint: sed quod demum capta virtute bellica è potestate piratarum, fiant capientium ob exercendos militum animos ad piratarum seu hostium publicorum punitionem, & persecutionem. Et licet Regia Partitarum lex admittere debeat iuris Cæsarei interpretationem de rebus, quæ ius habent postliminii, iuxta l. si quid bello. & leg. 2. ff. de capt. & fortassis non postcedat in militibus habentibus publica stipendia ad defensionem Prouinciæ, & prouincialium: tamen lege belli, quæ probanda quidem erit, si qua est, poterit ea constitutio indistinctè seruari absque vlla iuris Romani & ciuilis interpretatione. Quamobrem in his controuersiis definiendis oportet viros rei militaris peritos, quique satis leges, & iura belli cognouerint, semper consulere: atque ita erit hic tractatus de rebus bello acquisitis in foro exteriori, & interiori expendendus. Qua de re aliqua tractat præter alios Thomas Grammaticus in decisionib. Neapolita. quæst. 71. Hæc quidem longius, fateor, possent, ac diligentius, maturiusque tractari: nos tamen ut tractatui de restitutione eorum, quæ iniquè quæsitæ fuerint, seruiemus, hæc electori breuiter exposuimus.

§. D V O D E C I M V S.

De consilij, auxilij ac fauoris ad perpetrandum delictum, obligatione.

S V M M A R I A.

- 1 Consilium, vel auxilium quando ad restitutionem obliget in conscientia iudicio.
- 2 Causa sine qua non, qualiter intelligenda sit, quoad restitutionis tractatū.
- 3 Pluribus simul committentibus furtum, vel rapinam: an quilibet teneatur in solidum ad restitutionem.
- 4 Pluribus committentibus furtum, si unus eorum restituerit solidum, an ceteri teneantur huic pro æquis portionibus satisfacere.

HACTENVS visum est, qua ratione teneatur quis ad restitutionem iuræ acceptionis iniquæ: cuius tamen acceptionis iniquæ causa solet non tantum tribui ipsi accipienti, sed & aliis, qui ei consilium, auxilium, vel fauorem dedere, ut iniquè acciperet rem alienam, damnumve alteri intulerit. de his opportunè quæritur, an teneantur ad restitutionem? sitigitur conclusio hac in re satis iuribus, & rationibus probata. Teneatur ꝑ ad restitutionem non tantum is, qui iniquè accepit, damnumve alteri intulerit, sed & is, qui consilio, ope, auxilio, vel receptatione dedit acceptioni causam efficientem, quæ ipsam iniustam acceptionem efficiat. Hanc sententiam eleganter tractat D. Thom. 2. 2. q. 52. art. 7. quem Theologi passim sequuntur, præsertim Caietan. inibi Floren. 2. part. tit. 2. cap. 2. §. 4. Adrian. in 4. sent. tractat. de penitent. & restitutione. c. 2. dubitatur. Ioan. Maior. in 4. distinct. 15. quæst. 26. Syluest. in verb. restitutio. §. 6. Ioan. Medina de restit. q. 7. & 8. & probatur ea ratione, quod qui causam damni dat, damnum dedisse videtur, cap. vlt. de iniur. c. susceptimus. & c. de cetero. de homicid. l. nihil interest. ff. de fidei. vbi Bart. & Doctor. quod & alibi sæpissimè pro iuris regula traditur. Sed & in specie huic conclusioni accedit communis iuris vtriusque doctrina, qua obseruatum passim est, consulentem ex consilio teneri ad eandem poenā, quam delinquens pati debet, si aliqui non facturo consilium dederit. c. nuper. de sent. excomm. vbi gl. text. in l. 1. §. persuadere. ff. de seruo corrupt. c. sicut dignum. §. qui verò. de homicid. & gloss. inibi. cui similis in §. ope. in fidei. de obligat. qua ex delict.

nafe. quam dixit solemnem esse Iason in §. actiones. n. 3. de action. tradunt Bart. in l. sapè. ff. de verbor. signific. Panorm. & ibi latè Deci. in c. 1. de offic. delegat. idem Dec. in l. consilij. ff. de reg. iur. Francus in reg. nullus. de reg. iur. in 6. Felin. in d. §. qui verò. pulcher text. in l. non solum. §. si mandato. verbo, Attilicus. ff. de iniur. Igitur si quis aliqui non facturo consulat, vel iniquam rei alienæ acceptionem, vel dationem damni, ad restitutionem tenebitur. Qua in re quoad restitutionem potissimum est obseruandum, an consilium mouerit, vel induxerit alterum ad delictum. Et hæc quidem atque alia nos tradidimus in clem. si furiosus. 2. part. §. 2.

Hoc item probatur ex alia iuris Pontif. & Cæsarei interpretū traditione: quæ dicit, dantem auxilium vel opem delicto & delinquenti, puniendū fore eadē poenā, qua ipse delinquens, quando ope vel auxilio causam dedit homicidio propinquā, & cooperatus est in delicto, quod colligitur ex l. vnica. C. de rapt. virg. & in c. felix. vbi gloss. in verb. simplici fauore. de penis. in 6. text. in l. item Mela. §. si alius. ff. ad legē Aquilæ. l. 1. v. 8. part. 7. glo. in l. nihil interest. ff. de fidei. text. in d. c. sicut dignum. §. qui verò. & §. illi etiam. vbi Fel. & Socin. cōf. 188. vol. 1. col. 4. Abb. & Dec. in d. c. 1. de offic. deleg. Hippol. in l. si in rixa. ff. de fidei. n. 3. 4. Salyc. in dict. l. vnica. fol. vlt. tradit Paris. in cons. 152. & 154. n. 20. lib. 4. Nec temere in hac conclusione causam efficientem requiro ad restitutionem, consilium scilicet, quod moueat, vel auxiliū quod cooperetur iniquæ acceptioni: sed ut effugerē Paludani sententiam qui in 4. sent. dist. 15. q. 11. col. 4. existimat, fore necessariam ad restitutionis ꝑ obligationē, causam, sine qua non contingeret acceptio iniqua: quasi velint non esse restitutioni obnoxii, qui dederit causam acceptioni iniuste, quæ nihilominus eo non dante causam contingeret omnino. cui & quidam alij accessere, quos tamen huius opinionis auctores minimè nominauerim, quippe qui videam eos D. Thomæ resolutionē probare, quæ rectè, & sincere intellecta nequaquam iuuat Paludani sententiam: sicuti eruditissimè ostendit Caietan. in d. art. 7. & constat apertissimè: nam si quis damnum alteri dederit, tenetur dubio ꝑ ꝑ ꝑ ad restitutionem & reparationem damni dari, etiam si eo non dante damnum illud nihilominus alij dedissent, quod Caiet. expressim probat. idemque sensere D. Thom. & alij paulò antè nominatim citati. Quid enim refert, quod me non occidente Titium, alter foret eum occisurus, si ipse eum occiderim? profecto parum. siquidem alter, qui Titium foret occisurus, si illum occidisset, puniendus esset: atque ita ego eodem modo puniendus ero. atque ita video hanc nostram sententiam probari à Domin. Sor. lib. 4. de iustit. & iur. q. 7. art. 3.

Hinc patet, quo in sensu sit accipienda in hac quæstione causa, sine qua non contingeret acceptio iniqua: ea etenim est intelligenda quando causa mouet ad agendum actum, & in eo quidem agit ita, ut ipsa sola sit causa actus nullo alio accedente. vnde consulens rapinam aliàs non rapturo, tenetur quidem in solidum, etiam si eo non consulente, non decessent, qui idem ei consulissent, ac tandem rapina contingeret: cum satis sit, eam rapinam contigisse causā consilij dati: quæ causa mouit ad rapinam, & sic egit in eo rapinæ actu, ut sufficiens causa rapinæ per cooperationem.

Secundò ex his erit adnotandum, quod plures dantes causam damno, aut acceptioni iniquæ, quia simul concurrunt in ea causa, tenentur in solidum: etiam si vno eorum deficiente, nihilominus damnum datum fuisset. Nec enim magis potest dici vnus eorum causa damni, quam alter: eritque huius illationis exemplum in pluribus simul consulentibus rapinam aliqui non rapturo, quorum quilibet consilio mouisset raptorem ad delictum rapinæ, quod quotidie poterit euenire in plerisque etiam ciuilibus negotiis.

Tertiò constat, pluribus concurrentibus simul in actione damni vno eorum consilio, teneri quemlibet in solidum: licet vno eorum non cōcurrente, nihilominus damnum datum fuisset. Quod in pluribus militibus contingit, quorum quilibet tenetur in solidum ad restitutionem eorum, quæ in bello iniuste capta fuerint, etiam si vno eorum non eunte in prælium, foret per alios damnum illatum. ita sanè Caiet. explicat. idemque Adria. & Medina verum esse censent, quibus suffragatur gloss. in l. si in rixa. ff. de fidei. ad finem.

Illud tamen prætermittendum non est, quod si res ipsa furto, rapinæve ablata, ꝑ ad cuius restitutionem ex pluribus tenetur quilibet in solidum, sit penes vnum, ille tenebitur in solidum in foro conscientie & iudiciali: non tantum ratione iniquæ acceptionis, sed & ratione rei alienæ per eum possessæ. l. si plures. ff. de vi & vi. arma. l. 3. §. heres. ff. commod. notæ Bartol. communiter receptus

ceptus in l. 4. §. Cato. 2. col. ff. de verb. obligat. Et tamen in hac specie in utroque foro quilibet locorum in solidum tenebitur rem furto, aut rapina occupatam restituere, l. vulgaris. §. duo. ff. de furtis. & expressim quoad forum, & animæ iudicium, hoc ipsum responderunt Adrian. in d. c. 2. §. idem dubitatur. Florent. in d. §. 4. & 2. part. tit. 1. c. 12. Maior. in d. q. 26. & Ioan. à Medina q. 8. de restit. quorum opinio communis est secundum Syluest. in verb. restit. 3. q. 6. vno tamen horum restituente in solidum, ceteri à restitutione faciendæ damnum passo liberantur, auctore D. Thom. 2. 2. q. 62. art. 7. quod & in foro iudiciali adeo certum est, ut nulla indigeat probatione. Quid si vnus ex pluribus ad damni restitutionem in solidum obligatus restituerit rem integram, & an ceteri eidem teneantur satisfacere? & sanè si qui restituit, rem ipsam ablatam in solidum acceperit, nihil tenetur socij criminis eidem reddere. Si verò ad alium ex sociis res ipsa in solidum peruenit, is tenebitur omnino restituenti reddere totum quod restituit. At reliqui socij rapinæ, & delicti auctores æque principales tenebuntur pro portione damni dati sibi competenti ad restitutionem faciendam ipsi, qui iam restituit, etiam si ad eos nihil peruenit: sicuti deducitur ex D. Thoma d. art. 7. atque explicat latè Ioan. à Medina in d. q. 7. idem docet Caietan. d. q. 62. art. 6. ex quibus & illud constat, quòd si ex pluribus vnus sit principalis, qui alios non alioqui facturos induxit, hic tenebitur in animæ iudicio restituenti, totum quod restituit ex his, quæ ad eum non peruenire, omnino reddere. Addit tamen Caietan. in eo casu, quo plures vno omnium consilio damnum dederint, tunc vno eorum restituente, ceteros pro portione eidem teneri ad restitutionem, ubi omnium consensus, & congregatio causam efficienstem dederit damno, ad damnumve induxerit: cum alioqui quilibet ex eis non foret id facinus absque alijs aggressurus. At si plures in datione damni concurrerint absque eo, quòd vnus ab alijs causam mouentem habuerit, etiam si còmuni consilio, aut simul ut socij facinus fuerint aggressi, licet teneatur quilibet in solidum damnum passo ad restitutionem, non tamen tenebitur nec pro portione ad restitutionem, vni ex socijs, qui solidum damnum reddidit, saltem de rigore: quamuis æquum sit omnes pro æquis partibus damnum socio restituenti resarcire, ego tamen hanc Caietani æquitatem ad rigorem referendam esse censo: & idèò existimo idem ex rigore agendum. Nam ex his pluribus quilibet tenetur in solidum, quia quilibet in ipso actu est eiusdem totius causa. alioqui cum plures in rapinæ actu conueniunt, nec tamen horum conuentus est totius damni causa, ex eo, quòd vno ex eis nolente, ceteri nihilominus furtum, aut rapinam committerent; tunc non tenetur quilibet in solidum in conscientie iudicio: licet in foro iudiciali fortassis aliud obtineat, propter pœnam criminis: & idèò ea pœnalis lex in animæ foro minime est admitrenda: atque ita est intelligendum, quod paulò antè adnotauimus, vers. 3. constat. id etenim quod inibi probauimus obtinet, cum ex pluribus simul conuenientibus quilibet est causa totius damni: tametsi alioqui eis non conuenientibus ab alijs damnum datum esset: sicuti docet & intelligit Ioan. à Medina d. quest. 7. cauendum tamen est; nam oportet rem istam ita exactè accipere, ut semper in iudicio interiori condemnentur consulens, vel auxilium præstans, vel socius in id damnum, vel damni partem, cuius verè causa fuerit efficiens, vel mouens efficientem, argum. cap. vlt. de iniuri. Sic denique ad Caietani quæstionem, quoties ex pluribus in conscientie iudicio verè tenetur quilibet restituere rem acceptam damnum passo, vel eius partem, si vnus pro alijs soluerit, eidem est ab alijs, quos solutione liberauit, faciendæ pro æqua portione restitutio. Obiicitur tamen his, quæ diximus, quòd humana lex videtur actionem in solidum semel soluenti negare ad repetendum à socijs, & participibus criminis partem aliquam eius, quod soluit: imò & ad repetendum ab eo, qui princeps fuerit criminis, qui que alios minime facturos ad id induxit: hæc autem denegatio fit in criminis pœnam: & idèò ambiguum est, an in foro animæ idem quod in exteriori quantum ad hanc denegationem sit dicendum. hoc verò examinauimus superius, §. 2. n. 7. & 8.

Quartò principaliter inferitur, quòd consulens rapturo alioqui centum, vt & alia centum rapiat, non tenebitur restituere ducenta; sed centum tantum, secundum Adrianum in dict. cap. secundo dubitatur. sed et si rapturo alioqui centum consular quis, vt ducenta rapiat, adhuc ad centum solum, non ad ducenta tenebitur. quemadmodum Ioan. à Medina contra Adrianum adnotauit.

Quintò deducitur ex his, falsam esse distinctionem Panor. Didaci Conar. Tom. I.

mitani, qui post Innocentium in cap. sicut dignum. de homicid. n. 15. scribit, consulentem teneri ad restitutionem totius damni: at præstantem auxilium, teneri tantum ad damni partem, quæ eius auxilio processerit. Est etenim hæc differentia omnino falsa: siquidem vel consulens, vel auxilium præstans absque vilo discrimine tenetur ad damnum, cui consilio vel auxilio causam dedit. Vnde si consilium fuerit causa totius damni, consulens tenebitur ad totum damnum: si partis, ad partem. sic & auxilium præstans tenebitur ad totius damni satisfactioem, si causam auxilio dederit, toti damno: si verò parti, tantum tenebitur ad damni partem. quod perpendit Ioan. à Medina dict. q. 7. tametsi Syluester in verbo, restitutio. 3. §. 6. parum diligenter hanc differentiam examinauerit.

Hactenus de secunda relectionis parte: à qua tertiam breuiter attingemus, quòd perfectior sit restitutionis tractatus.

T E R T I A R E L E C T I O N I S P A R S.

De restitutione possessorum bona fide.

S V M M A R I A.

- 1 Tenetur quis ad restitutionem ratione rei per eum possessa, quia aliena est, licet iniquè non acceperit. Et quid de fructibus bona fide possessoris perceptis.
- 2 Furtiua rei emptor mala fide, tenetur ad restitutionem eius, si extet: & ea perempta ad æstimationem, etiam si res sit de his, quæ sunt actionem cum suo genere recipiunt.
- 3 Furtiua rei emptor bona fide, tenetur ad eius extantis restitutionem: ea verò alienata, ad id in quo factus sit locupletior. Inibi de prety & æstimationis restitutione.
- 4 Dubitans rem furtiuam esse, an possit licitè eam emere.
- 5 Furtiua rei emptor eo tamen animo, ut eam domino restituat, an possit pretium à domino repetere.

IN hac denique vltima huius relectionis parte, secunda regula est exponenda: quæ licet à prima plerumque in eius exemplis deducatur; tamen quia rationem distinctam habet, specialem locum exigere videtur. sit ergo regula satis iure probata: Tenetur quis ad restitutionem ratione rei, quæ aliena est. Nam si quis rem alienam possideat, tenetur eam domino restituere ex eo solum, quòd aliena sit, quamuis nulla præcesserit iniqua acceptio. & tandem si rei alienæ possessor sciuerit, eam alienam esse, ex eo quidem iam efficitur malæ fidei possessor. l. qui bona fide. & in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. & idèò iam tenetur hic possessor restituere ratione acceptionis iniquæ: quæ ab eo deducitur, quòd cum ratione rei teneretur rem alienam restituere, & non restituit, iniquè detinet, & illicitè rem accepisse videtur.

Sed tamen ex regula quæritur, an is, qui ratione rei tenetur restituere, idem teneatur ad fructuum restitutionem? Qui quæstioni ita respondendum esse censo, vt possessor bonæ fidei non aliter teneatur in animæ iudicio ad fructuum restitutionem, quam in foro exteriori per humanas leges tenetur. Hæc siquidem leges, quæ de fructibus restituendis tractauere, quoad bonæ fidei possessorem, iustissimæ sunt: eaque ratione & in animæ foro erunt omnino seruandæ: quod sentiunt Caietan. 2. 2. quest. 62. art. 6. Syluest. in verbo, restitutio. quest. 7. Ioan. Maior. in 4. sent. dist. 15. quest. 26. ad fin. Qui autem fructus à bonæ fidei possessore sunt restituendi, passim plerisque in locis traditum est: & nos scripsimus lib. 1. variar. Resolutio. cap. 3. num. 6. cum seq. post Panorm. in c. graui. de restit. spol.

Secundò quæritur de eo, qui rem furto ablatam à fure, vel ab alio habuit, an teneatur eam in iudicio animæ domino reddere, etiam non petenti, nec soluenti pretium, quod pro ea furi, vel alteri datum fuerit? qua de re sit prima conclusio:

Qui certò sciens rem furtiuam esse, eam emerit, aliòve titulo habuerit, tenetur ad eius restitutionem, ea quidem extante: ea verò perempta ad eius iustam æstimationem. Hoc probatur in l. eos. C. de furtis. in l. seruus. ff. de condi. indeb. e. qui cum fure de furt. ubi Doctor optimus text. in l. 6. tit. 13 lib. 4. Fori. latè Ioan. Lup. in rubric. de donation. §. 65. num. 53. ratione autem constat hæc conclusio, quia is malam fidem habet, ac particeps est furti, & sic acceptionis iniquæ: sicuti in præcatis locis expressim constat: notatque D. Thomas 2. 2. quest. 62. artic. 7. Ceterum Ioan. à Medina