

princ., n. 2 et 3. Est ergo verus etiam hic irritandi modus; necessarium autem est ut satis constet de modo et ratione prohibitionis: nam in dubio semper præsumitur pro actus validitate. Et hanc partem suadet etiam confirmatio prima supra posita, cui propterea aliter respondere non est necesse.

9. Circa secundam autem confirmationem oportet advertere aliud esse actum esse injustum, aliud vero esse nullum; nam venditio ultra justum pretium injusta est, et tamen non est nulla, etiam quando excessus est ultra dimidiam; non satis est ergo quod lex prohibeat actum intuitu justitiæ ut illum irriter. Et ratio est quia non obstante injustitia potest actus fieri cum sufficienti voluntate ad valorem ejus, et postea conservari potest removendo injuriam, seu resarciendo injustitiam factam, et ideo sola injustitia contra legem prohibentem non sufficit irritare actum, licet sufficere possit talis lex ad inducendam obligationem ad aliquam restitutionem faciendam. Sic lex taxans pretium rerum, licet prohibeat carius vendere non potest dici irritans actum factum contra illam prohibitionem, quia (ut dixi) venditio valida est, cum obligatione restituendi excessum. Solum videri posset probabile tunc legem prohibentem intuitu justitiæ irritare actum injustum, quando injustitia aliter resarciri non potest, nisi annullando actum; tunc enim valor actus esset vinculum iniquitatis, daret enim licentiam permanendi in injustitia, et ideo videtur prorsus impediri. Sed neque hoc potest in universum affirmari, quia si quis duxit unam contra sponsonem alteri factam, injuriam priori facit, quæ resarciri non potest, si matrimonium subsequens validum sit, et tamen non propterea lex prohibens tale matrimonium irritat illud. Idem contingit in venditione et traditione rei prius promissæ, vel venditæ alteri sine traditione: nam posterior contractus validus est, licet sit prohibitus et injustus, sive injuria possit aliter resarciri, sive non; et ratio est, quia posterior contractus cum traditione est posterior priori et dissolvit illum, et ita, licet in ipso actu committatur injustitia, nihilominus non continuatur, sed cessat. Et illa quæ semel facta fuit restituenda est eo modo quo fieri poterit; quod si non potuerit, est per accidens, nec sufficit ad annullandum actum. Igitur ex ratione justitiæ vel injustitiæ per se tantum spectata non potest colligi an lex annullat actum, sed spectandum est semper an verba et ratio legis id requirant. Aliæ vero leges, de quibus in ultima confir-

matione fit mentio, pertinent ad ultimam partem assertionis, quæ in sequenti capite explicanda est.

CAPUT XXVIII.

UTRUM EX VI JURIS COMMUNIS CIVILIS OMNIS ACTUS FACTUS CONTRA LEGEM PROHIBENTEM IRRITUS SIT IPSO JURE.

1. *De lege Non dubium.* — In hoc capite explicanda est decisio legis *Non dubium*, et doctrina juristarum illam explicantium. Ad illam ergo breviter declarandam, dico primo: lex civilis prohibens actum simpliciter et quoad substantiam ejus, etiamsi pure prohibeat et aliam clausulam irritantem non addat, irritat illum. Hæc assertio videtur satis clara ex dict. l. *Non dubium*. Nam in ea expresse annullantur omnes contractus contra legem facti, et postea extenditur decisio illa ad omnium legum tam antiquarum quam novellarum interpretationes: *Ut* (inquit) *quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri tantum prohibuerit, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.* Quid clarius?

2. *Sententia Ferdinandi Mendoza.* — Verumtamen, non obstante hac verborum evidentia, quidam modernus jurista conatus est hanc legem limitare, ut non intelligatur de omnibus actibus contra legem prohibentem, sed solum de factis in fraudem legis. Distinguit enim ille duos modos violandi legem: unus est aperte et clare agendo contra verba legis; qui simpliciter dicitur contra legem; alius est servando verba legis et fraudulentè agendo contra intentionem et prohibitionem ejus; qui dicitur in fraudem legis. Dicit ergo imperatorem in l. *Non dubium* solum de actibus in fraudem legis factis loqui, et illos irritare, non vero cæteros actus omnes qui contra legem prohibentem fiunt. Ducitur ex principio ejusdem legis: *Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem.* Ubi aperte loquitur lex de actu quod fit in fraudem legis, et ad hoc principium conatur cætera verba omnia accommodare. Et ideo (inquit) non dixisse imperatorem: *Ad omnes leges trahi imperamus*, sed dixisse: *Quod ad omnes etiam legum interpretationes trahi generaliter imperamus.* Non ergo constituit regulam pro omnibus legibus prohibentibus aperte et nude in ipsis verbis, sed

pro quacumque lege prohibente secundum veram interpretationem, vel e contrario pro quocumque actu facto contra legem, non aperte, sed secundum falsam et fraudulentam interpretationem.

3. *Obviatur objectioni.* — Denique hoc confirmat ex lege originali, quæ fuit Theodosii imperatoris, et habetur in Cod. Theodos., in lib. 1 Novellar. Theodos., qui habetur post finem Cod., tit. 4. Ibi enim constat Theodosium condidisse illam legem per occasionem quorundam curialium qui, cum essent prohibiti, nec ad procuraciones rerum alienarum accederent, ipsi conducebant illas, fingentes conductionem non esse procuracionem, quæ erat fraudulenta transgressio legis, cum conductio species quædam procuracionis sit. Et ideo de illis subjungitur in dicta lege originali *pristinæ legis laqueis fuisse irretitos*, et postea ex illa occasione decernuntur reliqua quæ in Cod. Justiniano leguntur in dicta l. *Non dubium*: recte ergo limitatur ad transgressiones fraudulentas. Quod si objicias quia non minus, imo magis videtur violare legem qui aperte agit contra illam quam qui sub dolo et fraudulentè; et ideo si lex irritat actum fraudulentè contra legem, multo magis irritare quæ aperte contra illam fiunt; respondet imprimis negando assumptum, vel quia in transgressione est æqualitas, quia utroque modo agitur contra voluntatem legislatoris, et in fraudulentia est excessus: vel quia id est magis perniciosum reipublicæ, quia illo modo multiplicantur transgressiones, et minus vindicantur. Deinde respondet, quidquid sit de comparatione transgressionum, imperatorem ibi de fraudulenta tantum egisse, quæ ad suum institutum spectabat: aliud vero genus transgressionum reliquise dispositioni aliarum legum, quia satis esse poterat ex verbis manifesta.

4. Sed licet hoc ingeniose excogitatum sit, tamen non solum non habet fundamentum in illa lege, sed etiam intentioni et verbis ejus repugnat, sive integra spectetur, ut habetur in Cod. Theodosiano, sive concisa, ut in Justiniano. Hoc ita declaro, quia, licet verum sit occasionem illius legis sumptam esse ex illo facto curialium, et ideo initium ejus sumptum esse a detestatione eorum quæ fiunt in fraudem legis, nihilominus in l. Theodos. De ipsis curialibus statim subjungitur: *Attamen ne fraudis suæ velamine legis lateant contemptores, neve eis fucata suæ calliditatis excusatio relinquatur, hac perpetua lege valitura sancimus, conducendi quoque fundos alienos licen-*

tiam curialibus amputari, locatas res fisci viribus vindicari. Conductor itaque locatori, vel contra locatori conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione. Et deinde subjunguntur verba, quæ aliis prætermisissis Justinianus immediate subjunxit: *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.* In quo contextu prout apud Theodos. habetur, expendo quod ante datam hanc regulam generalem Theodosius expresse prohibuit curialibus conductionem. Unde agendo postea contra illam legem, jam non agerent fraudulentè, sed aperte: et nihilominus statim annullat contractum, et utrique contrahentium denegat actionem, et pro ratione reddit regulam generalem *Nullum enim pactum*, etc. Ergo non agit jam solum de agente fraudulentè contra legem, sed etiam de violante illam contra expressa et specifica verba ejus, ut aperte etiam illa verba sonant: *Qui contrahunt, lege contrahere prohibente*, quæ durissime detorquentur ac limitantur ad solam transgressionem fraudulentam contra mentem legis, maxime cum in eadem lege sæpius repetantur, et ad prohibita expresse et implicite extendantur.

5. *Expenditur textus Justiniani.* — Unde ulterius expendo contextum Justiniani; ille enim, videns hanc fuisse mentem Theodosii, prætermisit omnia quæ ad casum particularem de curialibus pertinebant, et regulam generalem tantum ut nullus contractus contra legem prohibentem validus videatur posuit; contractus autem contra legem prohibentem magis dicitur ille qui est contra verba et mentem legis, quam ille qui est contra mentem, verbis retentis. Et ideo in utroque textu extensio addita est *ad omnium legum interpretationes*, etc., quæ non ideo ita posita est ut restringeretur ad fraudulentas legum transgressiones, sed potius ut ad illas ampliaretur. Cum enim decrevisset imperator omnem actum contra legem prohibentem esse invalidum, declarat illud decretum trahendum esse ad omnium legum interpretationes, id est, ad omnia quæ secundum veram mentem legum in eis intelliguntur comprehensa, licet verbis non satis exprimentur. Qui sensus manifeste patet ex ratione et verbis subjunctis: *Ut legislatoris, quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat. Cæteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere.* Primum ergo omnium pro fundamento ponit, quod prohibitio sufficiat; ergo maxime sufficit quando est ex-

pressa. Item totam efficaciam ponit in voluntate legislatoris: hæc autem magis resistit in prohibitione expressa. Denique ideo actus per fraudulentiam factus censetur irritus, quia ex legis voluntate reputatur quasi expresse prohibitus; ergo irritatio per se primo tendit ad expresse prohibita, et extenditur ad aliqua in quantum censentur sub his comprehensa. Semper ergo et ante omnia intelliguntur comprehensa sub illa lege, quæ contra legem expresse prohibentem fiunt, et ad instar illorum declarantur etiam irrita quæ per fraudulentiam fiunt. Et ideo iterum in eadem lege repetitur inutile esse debere quod factum est contra legem prohibentem, etiamsi legislator prohibuerit tantum, et non specialiter dixerit, si quid contra fiat, inutile esse debere. Et iterum præcipitur ut quod fuerit subsecutum ex eo quod lege interdicens factum est, cassum et inutile sit.

6. Et ita etiam concluditur ratio hujus interpretationis, quia propter quod unumquodque tale, et illud magis; sed implicite prohibita irritantur per hanc legem, quia continentur in expressa prohibitione: ergo multo magis per eandem legem irritantur expresse prohibita. Neque contrariæ sententiæ fundamentum quidquam urget, quia hic sensus non minus colligitur ex originali lege Theodosii quam ex compendiosa Justiniani; nam, licet occasio illius legis ferendæ sumpta fuerit ex fraudulenta cujusdam legis transgressione, non propterea sola fraudulenta transgressio punita est, sed potius pœna transgressionis apertæ extensa est ad fraudulentam. Et hoc ipsum tantum in initio legis significatum est, cum dicitur: *Nec pœnas insertas legibus evitabit, qui se contra legis sententiam sæva prerogativa verborum fraudulenter excusat*: non videtur ergo dubium quin ex vi illius legis irritentur actus facti contra legem prohibentem, ubicumque lex illa obligare potest.

7. *Secunda conclusio.*—Nihilominus dico secundo: quamvis ex vi illius legis actus sit irritus ipso jure, nihilominus talis irritatio non obligat in conscientia, nec fit cum effectu, donec per judicem declaretur. Quod probo primo ex principio supra posito de lege pœnali, quod pœna etiam ipso facto imposita non incurritur ante sententiam. Nam hæc irritatio in illa lege lata pœnalis est: ergo non incurritur ante sententiam, ita ut contrahentes obligentur ad irritationem contractus, vel ad alios effectus in illa contentos. Minor patet, tum ex illis verbis ejusdem legis: *Nec pœnas insertas*

legibus evitabit. Nam hoc positum fuit tantum fundamentum eorum quæ dicenda erant. Item, quia illa irritatio posita est in odium transgressionis legis: ergo est pœna: ergo in ea servanda est conditio pœnæ. Secundo, idem persuadetur ex verbis ejusdem legis; nam imprimis Theodosius loquens prius in particulari casu de curialibus conducentibus res alienas, præcipit *locatas res fisci viribus vindicari*; unde potest recte colligi ex vi talis legis non omnino annullari locationem, sed quasi confiscari. Deinde addit *nec locatorem conductori, nec conductorem locatori actione teneri*: negat ergo actionem, non statim irritat in conscientia. Rursus consequenter subjungit: *Nullum talem contractum videri volumus subsecutum inter eos qui lege contrahunt prohibente*: pondero enim verba illa *videri volumus*, quia ad actum hominis convenientissime referuntur, et ideo in benigniori sensu sunt interpretanda; non enim dicunt actum absolute esse nullum, sed ita *videri*, id est, declarari et judicari debere. Et eundem sensum habent illa: *Non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*, utique in iudicio: nam hæc et similia verba ad iudicium hominis referri solent. Denique huic interpretationi consonant verba Joan. Papæ in c. *Vides*, dist. 10: *Quod contra leges accipitur per leges dissolvi meretur.* Et in hac expositione illius legis consentit nobiscum quoad hanc partem Mendoz. supra, et inclinat Molin. tract. 2 de Justit., disp. 88, ad confirmationem primi argumenti. Alii vero antiqui confuse loquuntur; aliquando enim exponunt illam legem de nullitate ipso jure, aliquando vero de nullitate ope exceptionis; et si hoc posteriori modo intelligatur, clarum est non esse actum omnino nullum in conscientia, donec per exceptionem irritetur; in priori autem sensu videtur dicendum statim inducere obligationem in conscientia.

8. *Objicitur.*—*Respondetur.*—*Mens auctoris.*—Unde objicere possumus contra assertionem positam, quia videtur contradictionem involvere quod lex irritet actum ipso jure vel facto, et quod non statim obliget in conscientia. Nam si contractus, verbi gratia, est ipso jure nullus: ergo nec transfert dominium, nec dat jus: ergo non reddit tutum in conscientia eum qui aliquid possidet ex vi talis contractus; ergo inducit obligationem in conscientia. Respondet negari non posse, inspectis verbis illius legis, quin indicent pœnam ipso jure latam juxta dicta supra de lege pœnali. Quod patet ex illis: *Non solum inutilia, sed etiam pro infectis*

tis habeantur; et ex illis: *Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, illud quoque cassum, atque inutile esse perspicimus.* Nihilominus tamen dico contrahentes non obligari illa lege ad exequendam in se talem pœnam, nec ad rescindendum contractum ante sententiam. Idque clarius est quando contrahentes consentiunt, et neuter ab altero petit dissolutionem seu annulationem actus, quia hic neuter alteri facit injuriam, et uterque videtur juri suo cedere. Verumtamen, etiamsi unus privatim petat, alius non tenebitur in conscientia, quia neuter tenetur in conscientia pœnam subire vel admittere, donec per judicem cogatur, ut in simili recte dixit Cast., l. 2 de Lege pœnal., cap. 2, corol. 3. Neque repugnant illa duo, scilicet, nullitatem ipso facto imponi et non obligare in conscientia ante sententiam; nam in pœnis privativis, maxime quando requirunt actionem ejus qui punitur, frequenter hæc duo conjunguntur, ut in superioribus visum est.

9. *Conclusio.*—Dico ergo talem actum dici esse nullum ipso facto vel ipso jure, quia, eo ipso quod fit contra legem prohibentem, est subjectus retractationi et nullitati ab ipso puncto in quo fit, ita ut, licet multo postea tempore feratur sententia contra valorem actus, nihilominus sententia retrotrahatur usque ad illud tempus in quo factus est, et consequenter revocet et annulet omnes effectus ejus, et auferat omnes effectus et utilitates quas contrahens ex illo actu toto illo tempore consecutus est, quos tamen posset in conscientia retinere si contra illum actum nihil in humano iudicio fieret. Quod autem hic modus irritandi actum ipso facto sit possibilis per legem humanam, per se notum videtur ex dictis de pœna ipso facto imposita per legem, nam hæc irritatio de qua nunc loquimur pœnalis est, ut declaravi. Quod vero de hoc saltem modo irritationis ipso facto loquatur lex *Non dubium*, colligo primo ex illis verbis quæ sunt in lege Theodosii, *locatas res fisci viribus vindicari*, quæ plane indicant res illas locatas eo ipso manere confiscatas; confiscatio autem ipso facto incurritur, ejusque vis est ut sententia declarativa talis delicti usque ad tempus commissi delicti retrotrahatur, licet ante sententiam nec possessionem auferat, nec omnino dominium tollat, seu impediatur, et consequenter neque actum omnino annulet in conscientia. Secundo, id colligo ex illis verbis utriusque codicis: *Nullum pactum, etc., videri volumus subsecutum*; quæ ad minus habent hunc sensum, quod iudex ita debet judicare et decla-

rare illum actum, ac si nullus contractus aut conventio per illum facta esset, et consequenter declarare debet nullam obligationem nullumve effectum habere potuisse; necesse est ergo ut talis sententia retrotrahatur, quia declaratio fertur de ipso actu absolute, et consequenter ab eo puncto in quo factus est.

10. Tertio, id magis declaratur in illis verbis: *Hujusmodi facta non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*; dicuntur autem inutilia quia nullum fructum parere possunt; revocanda sunt ergo a principio, alias non parum utilia esse possent. Et hoc explicatur cum additur: *Sed, et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id quod interdicens factum est lege, illud quoque cassum atque inutile esse perspicimus.* Et eadem ratione dicuntur pro infectis haberi, quia ita de illis judicandum est ac si non essent facta, et consequenter omnes fructus auferendi sunt, etc. Atque hoc modo explicatur verbum illud in l. *Jubemus*, § *Sane*, c. de Sacros. Eccl., ubi alienatio honorum ecclesiasticorum in debito modo facta his verbis irritatur: *Qui hoc tentaverit, omnem fructum propriæ temeritatis amittat, et pretia lucris Ecclesiæ acquirantur, et prædia cum fructibus, pensionibus, accessionibus totius mediæ temporis vindicentur, ut tanquam penitus a nullo empti, vel vendita teneantur.* Ergo habere aliquid pro infecto nihil aliud est quam incurrisse ipso facto nullitatem, saltem fictione juris. Nam, ut advertit Bart. in dicta l. *Non dubium*, hæc verba *pro infectis haberi, censeri*, et similia, secundum juris fictionem significant, et ideo non repugnant naturali valori actus, imo illum supponunt, non solum quoad materialem actionem externam, ut Bart. interpretari videtur, sed etiam quoad moralem valorem seu naturalem obligationem, si alia via non excludit; quia verba rigoris limitanda sunt ad proprium et sufficientem effectum. Recte ergo exponitur illa lex de irritatione ipso facto, etiamsi actus non sit omnino nullus in se, et quoad naturalem obligationem, et consequenter optime conciliantur, quod sit irritus ipso facto fictione juris, et nihilominus non inducatur obligatio in conscientia ad dissolutionem ejus usque ad iudicis sententiam.

11. Sed objici potest secundo, quia isto modo jam erant irriti actus facti contra legem prohibentem per antiquum jus ante tempora Theodosii; ergo majorem irritationem addidit lex *Non dubium*, alias superflua fuisset: ergo non tantum inducit irritationem fictione juris, seu in ordine ad sententiam iudicis, sed