bationem major adhibeatur: igitur & conſuetudine id introduci valet. Probatur minor ex eo, quia etſi numerus duorum, vel trium teſtium in omni actu tantum deſideretur, c. in omni 4. de teſt. l. ubi numerus, ff. eod. tit. c. novit, de judic. junctis per me traditis in dict. c. in omni: a lege tamen ſæpius major numerus deſideratur, ut in cauſa Cardinalis, c. Præſul, 2. q. 4. in probatione ſolutionis debiti, de quo conſtat per ſcripturam, ubi quinque teſtes deſiderantur, l. teſtium, C. de teſtibus: in teſtamentis, l. fin. §. lex, C. de fideicommiſſis. Unde lege Servilia in quæſtione repetundarum 120. hominibus teſtimonium dicere licuit, ut ex Valerio Maximo lib. 8. c. 1. tradiderunt Briſſonius lib. 2. ſelect. c. 17. Gothofedus in l. 1. §. fin. ff. de teſt. Igitur etiam conſuetudine introduci poteſt, ut ultra probationem legitimam juramentum ab actore præſtetur. Augetur hæc difficultas ex eo; nam uſus poſitionum jure canonico approbatus eſt, etſi a conſuetudine tantum originem ducat, c. dudum, el 2. de elect. cap. præſentium, de teſt. lib. 6. c. ſtatuimus, de confeſſis, eod. lib. probat poſt alios Michelorius in tract. de poſit. cap. 1. ſed eo caſu ultra legitimam probationem cogitur actor jurare, ergo, &c.

5 Juramentum triplex. Quibus difficultatibus minime obſtantibus, vera eſt præſens deciſio, quam ut exponamus, ſciendum eſt, tria eſſe jusjurandi genera, litis ſeu controverſiæ decidendæ gratia comparata: voluntarium videlicet, neceſſarium, & judiciale, l. ult. ff. de jurejur. l. 1. & per totum ff. de jurejur. obſervarunt Merillus lib. 3. obſ. c. 13. Vultejus diſcept. c. 7. P. Barboſa in tract. de probatione per juramentum. Voluntarium eſt, quod ex conventione aperte parti defertur extra judicium, ideſt ante litis exordium, l. jusjurandum 17. ff. de jurejur. de quo Brocholt. de jurejur. cap. 7. num. 2. & in l. ſi juravero, de oper. libert. leg. ſi quis uxori 53. §. ſi quis juraverit, de furtis, l. quotiens 21. §. Prætor ait, & §. ult. Digeſt. de noxal. act. l. illud 25. §. 1. de conſtit. pecun. l. penult. quibus modis pignus, l. 1. §. ſi quis argentum 40. ff. depoſiti, juncto Fabro ibi, l. 10. de Carbon. edict. l. 5. §. 2. de peculio, l. 4. §. ſi ſervus, de edendo. Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum in cauſis dubiis unis ex litigatoribus, alio invito a judice defertur; ita appellatur, quia cauſa aliter expediri non poſſet, & quia pars, cui defertur, præciſe illud ſubire cogitur; quod etiam dicitur ideo ſuppletorium, de quo in d. l. admonendi 31. ff. jurejur. l. 3. Cod. de rebus creditis; & in præſenti judiciale appellatur, quod lite conteſtata, petente uno ex litigatoribus, qui diffidit de probatione ſuæ intentionis, ut ipſa ſe abſolvat; vel condemnat, judex alteri defert, l. 1. l. jusjurandum 34. §. ait Prætor, 6. l. tutor, 35. l. manifeſtæ 38. ff. de jurejur. l. delata 9. l. penult. C. de rebus creditis, poſt quod nihil amplius quæritur, quia tale juramentum deciſorium habetur pro re judicata, imo majorem auctoritatem illa habet, l. 2. ff. de jurejur. l. poſt rem 56. de re judic. l. 1. de confeſſis, §. item, ſi quis, Inſtit. de act. ubi Pichardus, & in manud. 1. part. præcept. 4. Valentia lib. 2. illuſtr. c. 3. Suarez de Mendoza lib. 3. ad l. Aquil. cap. 4. multi apud Oſualdum ad Donel. lib. 11. cap. 12.

Sed circa ſuppletorium juramentum quæſtio agitatur ab interpretibus, utrum ſicut in præſenti textu docetur, actorem legitime probantem intentionem ſuam, non teneri jurare; ita etiam non probante actore reus, cui ab ipſo defertur jusjurandum, jurare cogatur, alias pro confeſſo habeatur? Negant Gloſſa in d. l. 3. C. de rebus creditis, & ibi Bartolus, Baldus, & Salicetus, Maſcardus de probat. volum. 2. concluſ. 957. num. 7. Ant. Faber in ſuo Cod. titul. de rebus creditis, definit. 23. Carrocius de juram. litis deciſ. quæſt. 1. princip. num. 4. Jaſon in d. l. admonendi, n. 31. Ripa n. 63. Gregorius Lopez gloſſ. 4. in l. 8. tit. 11. partit. 3. Padilla in l. final. n. 19. C. de fideicommiſſ. Menochius lib. 1. de præſumpt. q. 81. n. 2. pro quibus faciunt ſequentia juris principia, videlicet actore non probante, reum, etſi nihil præſtiterit, eſſe abſolvendum, c. fin. §. 1. de jurejur. c. unic. ut Eccleſ. benefic. l. qui accuſare, C. de edendo, l. 7. tit. 3. partit. 7. Secundo quia actor, & reus ad imparia teneri non debet, l. fin. C. de fructibus & litium: ſed reus condemnatur actore probante intentionem ſuam, ita ut non poſſit ipſum ad jurandum provocare, ut in hoc textu docetur: igitur & reus actore non probante abſolvendus eſt, nec juramentum præſtandum cogi debet. Tertio, quia non ſunt petendæ probationes de domo rei, ut ſuperiori commentario probavi; imo actor, qui ad judicium accedit, debet propriis probationibus reum convincere, l. Lucio 29. ff. de O. & A. igitur ſi in eis defecerit, non debet petere ipſa ex juramento rei. Etiam pro ea ſententia adſtruenda adducuntur textus in c. ult. §. 1. de jurejur. l. ult. ff. de rebus creditis, l. eos qui 26. §. ult. C. de uſuris, l. ſi quis 21. ibi: Abſurdum eſt, cum deſperavit aliam probationem, tunc demum ad religionem convolare. Contrariam ſententiam, videlicet permiſſum eſſe actori, etſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, ita ut referre, aut ſubire illud cogatur, tenent Caſtrenſis, Albericus, Alexander congeſti a Roderico Suarez in l. 4. fori, tit. de las juras, n. 6. Gilkenius in l. 3. Cod. de rebus creditis, n. 7. Fachineus lib. 1. controverſ. c. 19. Cujacius lib. 22. obſerv. c. 28. Duarenus in prioribus comment. ad tit. de jurejur. c. 6. & in poſterioribus c. 3. Donellus ad eumdem titulum cap. 12. n. penult. & ult. Bronchorſt. cent. 2. aſſert. 24. Theſaurus deciſ. 93. num. 1. Arnoldus Vinnius lib. 1. ſelect. c. 42. quorum ſententia probatur ex l. tutor 25. ff. de jurejur. ibi: Omnibus probationibus aliis deficientibus: l. cum de indebito 25. §. penult. ff. de probat. ubi ei, cui onus probandi incumbit, facultas conceditur deferendi jusjurandum adverſario ſuo abſque ulla diſtinctione, l. penult. Cod. de rebus creditis, ibi: Vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defuerint, Juri quoque divino hæc ſententia convenit; nam Exodi c. 22. v. 11. aperte oſtenditur, ubi deſunt teſtimonia, ad Deum teſtem poſſe provocari, ut ita deficientibus probationibus actor metu divini numinis extorqueat veritatem a reo, ut Donatus ajebat in Hecyra Terentii, ibi: Ubi argumenta, & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt. Sed in hac opinionum varietate placet media ſententia eorum, qui diſtinguunt ita, ut ſi actor nihil probare tentavit, ſed ab initio petiit, ut ſibi, vel reo deferatur juramentum, tunc locus eſt delationi, l. Marcellus 11. §. 1. Digeſt. rerum amot. quia ut docent Jaſon in d. l. admonendi, num. 166. poteſt actor renunciare probationibus, & reo deferre juramentum; quo caſu docetur in d. l. manifeſtæ, ff. de jurejur. manifeſtæ turpitudinis eſſe nolle jurare, nec juramentum deferre. Aut actor tentavit jurare, & non fecit; & tunc reus eſt abſolvendus, juxta prioris opinionis fundamenta. Ita docuerunt Pacianus de probat. l. 1. c. 70. num. 4. Valdes ad Roderic. Suarez in l. 4. num. 2. tit. de las juras, l. 2. fori.

6 De juramento ſuppletorio. Secundo ſciendum eſt, juramentum hoc ſuppletorium, quod propter inopiam probationis in cauſis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur, de quo in præſenti agitur, appellari etiam neceſſarium: tum quia pars, cui delatum eſt, illud ſubire neceſſario debet: tum quia in his caſibus neceſſario cogitur illud juramentum deferre judex, d. l. 3. C. de rebus creditis. Ratio aperta eſt, quia aliter in re dubia cauſam decidere, & ſententiam dicere judex non poteſt: unde hoc remedium maximum expediendarum litium dicitur in l. 1. ff. de jurejur. Nec contrarium probat textus in l. admonendi 31. ff. de jurejur. illis verbis; Solent enim ſæpe judices, &c. quo moti Donellus de jurejur. c. 11. n. 8. Treutl. diſp. de jurejur. theſi 10. negant poſſe judicem cogi, ut hoc jusjurandum deferat; nam verbum, ſolent, in eo textu neceſſitatem importat, nempe quia id ex officio, & neceſſitate facere judex ſolet, ut interpretatur Vinnius lib. 1. ſelect. q. 43. imo niſi judex deferat illud eo caſu, quo oportet, aut ſolet, appellationi locus eſt, ut docent Sichardus ad rubric. C. de probat. n. 7. Cyn. in d. l. 3. Cod. de rebus credit. n. 7. Salic. ibidem, n. 5. Bart. in dict. leg. admonendi, n. 7. Benſter. num. 119. Beſoldus in delib. jur. ad tit. de jurejur.

7 Juramentum hoc quando deferatur. Tertio ſciendum, & præmittendum eſt, facultatem deferendi hoc juramentum a judice tria requiſita ſupponere. Primum, ut deferat illud propter probationum inopiam. Secundum, ut in cauſis dubiis. Tertium, ut cauſa cognita, d. l. admonendi 31. d. l. 3. C. de rebus creditis. Primum igitur neceſſarium eſt, ut cauſa laboret probationum inopia, ut ex hoc textu, & aliis pro ejus confirmatione adductis conſtat. Ratio eſt, quia actori tantum onus hoc incumbit, ut probet quod intendit, l. qui accuſare 4. C. de edendo, l. 2. ff. de probat. l. actor, C. eod. tit. non tamen onerandus eſt ſuperfluis probationibus, juramento videlicet, argumento legis hæc ſtipulatio 14. §. final. ff. ut legat. & juramentum eſt probatio ſubſidiaria, c. final. §. final. de jurejur. & ideo admitti ſolet deficientibus aliis, l. tutor 35. in princip. ff. de jurejur. non tamen cum probatio plena adeſt. Secunda conditio exigit, ut in cauſis dubiis deferatur; ſed quænam cauſæ dubiæ dicantur, ut dilationi juramenti locus ſit, non facile conſtat: aliqui enim exiſtimant, cauſas dubias dici eas, in quibus par eſt utrimque probatio; atque eo caſu deferri poſſe hoc jusjurandum, docuerunt Donelius de jurejur. c. 11. n. 4. Ant. Faber lib. 19. conject. c. 1. Bronchorſt. cent. 2. aſſert. 93. qui moventur ſequentibus fundamentis. Primo, aut probat actor, aut non: ſi probat, reum vincit, l. 9. C. de O. & A. ſi non probavit, reus abſolvi debet, d. l. 4. C. de edendo. Igitur non eſt caſus hujuſmodi juramenti, niſi cum æquales ſunt utriuſque partis probationes. Deinde paria ſunt non probare, & non perfecte probare, l. 6. ff. qui ſatiſd. cog. quia cum lex exigit probationem, exigit juſtam, & legitimam, l. ult. C. de probat. igitur ſi ſunt pares probationes, tamquam nulla præcedente, juramentum deferri poteſt. Sed merito ab eorum ſententia diſcedunt Coſtal. in d. l. admonendi, Merulla lib. 4. diſp. ſect. 4. tit. 23. Vinnius lib. 1. ſelect. c. 44. qui recte cauſas dubias, ut juramentum deferri poſſit, eſſe affirmant, non eas, in quibus pares utrimque probationes ſunt: quo caſu reus abſolvi debet, c. ex litteris, §. ult. de probat. c. inter 6. de fide inſtrum. l. inter 38. ff. de re judic. l. Arrianus 47. ff. de O. & A. ſed eas, in quibus judex dubius eſt, ob minus plenas probationes allatas, puta ſi actor unum teſtem, omnique exceptione majorem afferat, vel adſit comparatio ſcripturarum, l. comparationes, C. de fide inſtrum. olim expenſilatio: quibus in caſibus, & aliis ſimilibus juramentum hoc deferri poteſt. Cujacius in l. 3. C. de rebus creditis, Leo dict. deciſ. 205. Valentiæ. Nec obſtant contrariæ ſententiæ fundamenta. Non primum; nam medium quoddam datur, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed ſemiplene, ut Doctores loquuntur; quo caſu juramento huic locus eſt. Nec ſecundum refragatur, quia non aſſerimus imperfectam, & ſemiplenam probationem ſufficere ad ſententiam proferendam, ſed potius quia ex ea judex rectum judicium formare non poſſit, juramentum defert, ut illud formare valeat; tunc enim in ſupplementum ejus quod ad juſtam probationem deeſt, actori jusjurandum defert, d. l. admonendi, dict. l. 3. Tertia denique conditio, qua poteſtas judicis in deferendo jurejurando ſuppletorio limitatur, eſt ut id deferat cauſa cognita, id eſt in cauſis, quæ illud non admittunt, ut cauſæ criminales, in quibus probationes non tantum plenæ, ſed luce meridiana clariores deſiderantur, l. ult. in fin. Cod. de probat. nec propter earum inopiam admittendæ

dæ ſunt probationes præſumptivæ, qualis eſt probatio per juramentum, l. 5. ff. de pœnis, l. ante pen. ff. de qu. Fachineus lib. 1. controv. c. 25. Tuldenus ad tit. C. de rebus creditis, nu. 9. quamquam reus utroque jure admittatur ad jusjurandum purgationis, authentic. novo jure, C. de pœna judic. cap. ultim. de purgat. can. c. 1. de confeſſis: cauſæ criminales, Covarruv. de matrim. 1. par. c. 4. §. 1. n. 8. cauſæ civiles arduæ, & magnæ quantitatis, quas referunt Leo d. deciſ. 205. Barboſa in præſenti; item ut deferat ei, cui jus eſt juramentum deferri, inſpectis perſonarum, cauſæque circumſtantiis, c. fin. de jurejurand. pluraque alia examinanda ſunt, veluti fides cujuſque, conditio perſonæ, qualitas, & quantitas rei, de qua agitur; tandemque probationum modus.

8 Traditur ratio decidendi. Quibus ita animadverſis, apparet vera ratio hujus deciſionis; conſuetudo enim, quæ in ea improbatur, irrationabilis erat, & injuſta, dum ſtantibus quibuſcumque perfectis probationibus per inſtrumenta, aut teſtes, quo modo partem legitimam ſuam probant intentionem, abſque cauſa, vel neceſſitate actorem jurare cogebat, & ita temere, & ſuperfluo exigebat juramentum, quod non niſi ex cauſa neceſſaria, & inopia probationum exigendum eſt, ut ſupra probavi: eſt enim plena probatio omnibus ſuis partibus conſtans, & quæ tantam fidem facit, quanta ad cauſæ definitionem deſideratur. Accedit, nam juramentum tamquam remedium periculoſum nonniſi ex neceſſitate ſubeundum eſt, c. ita ego, verſic. Quapropter, 22. q. 1. c. etſi Chriſtus, de jurejurando l. 8. ff. de condit. inſtit. præcipue cum defertur parti in propria cauſa, leg. nullus, ff. de teſtibus, l. omnibus, C. eod. tit. unde cum adeſt aliud remedium, non eſt perveniendum ad juramentum, cap. Clericos, de cohabit. cleric. præcipue cum multi ſint faciles ad jurandum, contempta jurisjurandi religione: alii vero perquam timidi, metu divini Numinis ad ſuperſtitionem uſque, leg. ſub conditione, ff. de condit. inſtit. cum adductis a Sarmiento lib. 1. ſelect. c. 3. n. 9. Menchaca illuſtrium c. 31. n. 41. Unde non convenit partem abſque cauſa cogere ad jurandum in lite, quam jurans conſequitur, vel non jurans amittit, dict. l. quæ ſub conditione; præſertim cum iniquum ſit, aliquem ſuperfluis probationibus onerare, l. 3. ff. ut legat. Recte ergo Alexander in præſenti damnat conſuetudinem apud Venetos introductam, ob quam actor poſt plenam probationem cogebatur jurare.

9 Diſſolvuntur difficultates. Nec obſtant difficultates ſupra pro dubitandi ratione adductæ. Non prima, cui ſatisfaciendum eſt ex differentia illa triplicis juramenti, quam ſupra aſſignavimus, videlicet aliud eſſe juramentum a parte parti delatum extra judicium, quod defert dominus litis, aut ille, cui libera adminiſtratio commiſſa eſt, l. jusjurandum 17. cum ſequent. uſque ad leg. tutor 35. in princip. & §. 1. ff. de jurejurand. l. filii, C. de rebus creditis; ſed cum ex conventione defertur, impune a parte recuſatur, ita ut neceſſe non ſit illud referre, hoc eſt rejicere in deferentem, d. l. jusjurandum, Donellus lib. 24. comment. c. 13. & 20. Aliud eſt juramentum judiciale, quod decreto judicis accedente pars parti defert, quod neceſſario eſt ſubeundum, d. l. manifeſtæ, de quo accipienda ſunt juris teſtimonia ſupra adducta, non autem ſunt referenda ad juramentum hoc ſuppletorium, quod recte recuſat pars quæ plene probavit. Nec augmentum primum ipſius difficultatis adverſatur; nam licet Felinus in præſenti, n. 2. Barbatia n. 12. Jaſon in d. l. admonendi, n. 44. Anton. del Re de jurament. calumn. c. 20. n. 2. & 4. Tiraquell. de retract. lib. 1. §. 1. gloſſ. 2. Menchaca illuſtr. c. 31. n. 41. Didacus Perez ad l. 1. tit. 3. lib. 4. ordin. exiſtimaverint, præſentem deciſionem locum habere etiam in juramento calumniæ, dicendum tamen eſt, actorem etiam probantem intentionem ſuam inſtrumentis, aut teſtibus, debere jurare de calumnia, ex c. primo, & ibi adductis, de jurament. calumn. Nec in hoc caſu juramentum ſuperfluum eſt, cum non ad probandam, ſed ad removendam calumniam præſtetur, cum actor falſos teſtes, vel inſtrumenta producere poſſit: & ita etiam accedente plene probatione juramentum calumniæ eſſe præſtandum, tenuerunt Decius, & alii antiquiores in præſenti. Nec obſtat textus in d. l. 5. partitæ; in illis verbis: Probar, e jurar. Nam reſpondendum eſt, in eo textu non exigi a cuſtode, quod plene probet caſum interitus rei, & ſimul juret; facta enim plena probatione caſus fortuiti, neceſſarium non eſt juramentum. Loquitur enim textus ille de cuſtode pretio conducto, cui, & etiam actori incumbit onus probandi interitum rei, & quia plerumque ſolet contingere culpa ejus, qui ad cuſtodiam tenetur, l. cum duobus, §. damna, ff. pro ſocio, ideo probare etiam cuſtos debet, non ejus culpa contigiſſe. Maſcardus de probat. concluſ. 271. n. 6. quæ probatio aliquando ſola cuſtodis teſtatione perficitur, quia caſus ille naturaliter ſatis detegitur, l. ſcire 13. §. ſi enim, ff. de excuſat. tut. & cum caſus contingere ſoleat facto naturæ, aut facto hominis, ut diſtinguit Salicetus in l. quæ fortuitis, n. 6. C. de pignorat. action. ſola teſtatione, & juramento ejus, qui caſum paſſus eſt, ille caſus probari poteſt, qui facto naturæ evenit: ad quam ſpeciem pertinet ſententia dictæ legis ſcire, §. ſi enim, ut ibi declarat Bartolus. Alii vero caſus probandi ſunt indiciis, & præſumptionibus, & ſimul juramento d. l. 15. tit. 8. part. 5. ibi: Si probar por otras ſeñales ciertas, o en otra manera jurar. Et hæc tunc maxime procedunt, quando ſe excuſant, qui cuſtodiam præſtare debent, vel ex conditione contractus, ut in d. l. cum duobus: §. damnat, ex eo, quod neutrum propter cuſtodiam recepit, in d. l. mercedem, 40. ff. locati. Unde verba illa legis 15. partitæ in illis verbis, Lo que probar, e jurar, ſic accipienda ſunt, ut in amiſſione pecudum, ubi caſu fortuitus mortis, aut alterius damni difficile poteſt probari, excuſandus ſit cuſtos, qui caſum probaverit indiciis, & præſumptionibus, juxta eandem legem, & ſic imperfecta probatione ſimul cum juramento, quod in hac ſpecie ſuperfluum non eſt, imo valde neceſſarium. Nec obſtat ſecunda difficultas; nam procedit conſuetudo, cum eſt rationabilis, atque legitime præſcripta: at ſi conſuetudo injuſta ſit, irrationabilis, contrariaque bonis moribus, rejicitur, ut erat conſuetudo, de qua in hoc textu: & licet in dict. cap. ceterum, & in cap. conſtitutus, damnetur conſuetudo illa quæ prohibebat juramentum calumniæ præſtari, procedit, quia juramentum juſtum erat: unde improbitas conſuetudinis inhibentis juramentum in judicio præſtari, non eſt æſtimanda ex permiſſione, aut inhibitione juramenti, ſed ex conditione promiſſi, aut prohibiti jurisjurandi; ſi enim juſtum erat, rationabilis erit conſuetudo illud admittens, ſi vero juramentum erat irrationabile, ſimiliter erit conſuetudo. Nec obſtat augmentum hujus difficultatis; nam reſpondendum eſt, plures teſtes recte in judicio, aut extra judicium evocari, & produci, etiamſi probatio neceſſaria facta ſit per duos teſtes, ut per plures clarius veritas innoteſcat, argumento textus in l. fin. C. de fideicommiſſ. c. extra conſcientiam, 74. diſt. c. prudentiam 21. in fine principii, de offic. deleg. Sed cum probatio perfecta eſt, non cogitur actor in judicio jurare propter juramenti religionem, & quia non debet ſuperfluo præſtari: unde cognoſcitur magnum diſcrimen inter teſtes, & juramentum; nam teſtes ultra neceſſarios poteſt quis producere: ſed juramentum non niſi neceſſario præſtandum eſt ab actore; unde obiter intelligitur textus in c. 1. de appell. dum ad probationem attentatorum deſiderat ultra teſtes famam loci; difficile enim eſt in eo textu, cur fama ultra teſtes deſideretur; ſiquidem ex teſtibus plena probatio aderat, c. in omni negotio, c. licet 21. c. a nobis 28. de teſtibus. Sed omiſſis Panorm. Butrio, Alex. in eo textu, dicendum eſt, famam exigi ultra teſtes, quia agebatur quæſtio attentatorum judicio inquiſitionis de quo in c. qualiter, el 2. de accuſat. c. licet, de ſimon. quod non poteſt recte tractari, niſi fama ſuppleat defectum accuſatoris, ut in eiſdem juribus docetur. Nec obſtat ultimum argumentum ipſius dubitandi rationis; nam reus jure cogitur poſitionibus reſpondere, quia poſtquam cognita actione contendere maluit, quam cedere, credens juſtam cauſam fovere, litem ſuſcipere curavit: at ſæpe contingit hoc modo controverſiam dirimi, & ſua confeſſione reum litem dirimere, cum magno Reipublicæ commodo, quod in finiendis litibus datur. Unde cum plerumque ob defectum probationis actor petat, ut reus poſitionibus cum juramento reſpondeat, ut ita ſua confeſſione lis decidatur, recte talis uſus poſitionum approbatus eſt, ut per eum facilius lites finiantur.

10 Exponitur c. ex inſinuat. de proc. Sed ſupra traditæ aſſertioni obſtat textus in capite ex inſinuatione 3. de procurat. ubi cum inter Archidiaconum Sag. & Magiſtrum G. ſuper quadam præbenda cauſa diſceptaretur, & Archidiaconus procuratori ſuo mandatum revocaſſet, nihilominus procurator in judicio perſiſtens condemnatus fuit; & cum de viribus ſententiæ quæreretur, Clemens III. decrevit, quod ſi conſtiterit juramento Archidiaconi ipſum coram duobus teſtibus mandatum revocaſſe, ſententia nulla declaretur. Ex quo textu conſtat, ultra duos teſtes (qui conſtituunt perfectam probationem) coram quibus revocatum fuit mandatum, teneri actorem jurare: Igitur etiam poſt perfectam probationem intentionis ſuæ cogitur actor jurare. Pro cujus textus interpretatione dicendum eſt, quod etſi actori plene probanti non ſit deferendum juramentum ſuppletorium, ex noſtro textu, & ſupra citatis; tamen cum ſemiplene ipſe probavit, aut præſumptio tantum datur, perpenſis circumſtantiis perſonarum, & negotii, judex illi defert hoc juramentum, d. l. admonendi, d. l. 3. C. de rebus creditis: unde cum in d. c. ex inſinuatione, ex duobus Clericis, coram quibus revocatum fuit mandatum, unus deceſſiſſet, & ex alterius teſtimonio probatio perfecta non oriretur, ideo juramentum defertur actori.

11 Exponitur c. atteſtationes, de deſponſ. impub. Etiam ſupra traditis, videlicet in cauſa matrimonii non eſſe locum delationi juramenti ſuppletorii, obſtat textus in cap. atteſtationes, de deſponſ. impub. ubi cum diſceptaretur cauſa matrimonialis, in defectum probationis juramentum delatum fuit a judice. Igitur quia in cauſa matrimoniali locus eſt juramento ſuppletorio. Pro cujus difficultatis ſolutione dicendum eſt, quod licet juramentum ſuppletorium in cauſis matrimonialibus, ſicut in aliis, non deferatur, cap. mulieri 34. de jurejur. Anguianus libr. 3. de legib. cap. 19. tamen etſi actor nihil probet, ſolet deferri juramentum reo, ut tanti ſacramenti veritas innoteſcat, præcipue cum nec cauſæ, nec perſonis præjudicium inferatur; ſiquidem ubicumque contrarium claruerit, ſententia reſcindi poterit, cap. lator, cap. tenor, de re judic. ideoque in dict. cap. atteſtationes, propter præſumptionem matrimonii ortam ex nixu ad copulam, delatum fuit jusjurandum mulieri. Latius varias diſtinctiones afferens proſequitur Barboſa t. 6. in ſelect. ad c. vidua 4. de reg. De hoc etiam jurejurando ſuppletorio intelligendi ſunt textus in c. ex litteris, c. fin. de jurejur. junctis traditis ab Anguiano lib. 3. controv. c. 19. Parladorio libr. 2. rer. quotid. c. 18. per tot.

C A P U T III.

a Lucius III. *Ciſtrenſi Epiſcopo*.

EX litteris tuis intelleximus te, & Archidiaconum confines habere præbendas in *b* villis, quas ſinguli ſingulas *c* poſſideris, & prætextu terminorum inter vos controverſiam *d* agitari, eo quod dicas eum antiquos *e* fines egreſſum, partemque tui fundi occupaſſe: illo in contrarium aſſerente, ſe *f* partem eandem fundi poſſediſſe *g* quadraginta annorum ſpatio inconcuſſe: tu autem, quod per idem tempus quiete illam poſſederis, aſſerebas. Quare utrum incumbat petitori, vel poſſeſſori probatio, quæſiviſti. Ad quod ſcire debes, quod judicium finium regundorum tale eſt, ut in eo utraque perſona vices duorum habeat, videlicet actoris, & rei. Unde hinc inde teſtes produci poſſunt ad cognitionem judicis inſtruendam, quibus examinatis judex, quos præcellere intellexerit, ad fidem ſibi faciendam admittat. Quod ſi ambarum partium teſtes ſunt æque idonei, poſſeſſoris teſtes præferantur, cum promptiora ſint jura ad ſolvendum, quam ad condemnandum, *h* præterquam in liberali cauſa, in qua ſi utriuſque partis teſtes æquales fuerint, pro libertate ſententia proferetur. Nam poſſeſſori probationem aliquando dari, juris manifeſti eſt, cum jure cautum ſit, quod qui objecerit præſcriptionem longiſſimi temporis (quam nemo recte objicit) niſi qui poſſidet, & eam probaverit, in cauſa debeat obtinere.

N O T Æ.

1 a LUcius III.) Ita legitur in hac collectione: in prima vero, *ſub hoc tit. c.* 2. legitur, *Lucius III. Elienſi Epiſcopo*: poſt Concilium vero Lateran. *p.* 38. *c.* 3. legitur *Alexan. III. Ciſtrenſi Decano*. Ex quibus omnibus retinenda eſt præſens in hunc modum: *Lucius III. Decano Ciſtrenſi*, ut jam notavit Anton. Aug. *in notis ad hunc textum*. Qua littera retenta ceſſat difficultas, qua communiter expenditur a repetentibus hic, quomodo videlicet Epiſcopus poſt adeptionem Epiſcopatus retinebat præbendam in Ciſtrenſi Eccleſia? A qua ut ſe expediant, ſupponunt diſpenſationem R. Pontificis præceſſiſſe: ita docuerunt Balboa *in præſenti*, *n.* 4. Barboſa *num.* 3. Uranius *n. ult.* & alii adducti ſupra *in c. cum in cunctis*, *nu. penul. de elect.* Sed recte animadverſa hac inſcriptione, conſtat litem fuiſſe diſceptatam inter Decanum, & Archidiaconum Eccleſiæ Ciſtrenſis, ob prædia confinia ſuarum præbendarum. Dicebat enim Decanus, Archidiaconum antiquos fines religione venerandos mutaſſe, tranſgreſſumque fuiſſe, & ſic partem prædiorum ſuorum occupaſſe; & civiliter agens intentabat non interdictum *uti poſſidetis*, quia non ipſe, ſed Archidiaconus poſſidebat inconcuſſe, ideſt quiete, juxta Myſingerium *in præſenti*, *n.* 4. non vindicatione agens, cum dominus non eſſet, ſed dominium penes Eccleſiam perſiſteret; ſed actione finium regundorum, ob partem occupatam, ut ſibi integra præbenda conſervaretur, ut docuerunt in præſenti Bellamera *num.* 2. Anania *num.* 2. *&* 4. Ancharan. *num.* 5. Myſinger. *num.* 4.

2 b *In Villis.*) Ideſt prædiis ruſticis: villa enim prædium ruſticum denotat, *l. plenum* 12. *in princ. ff. de uſu & habit.* Obſervarunt Connanus *lib.* 4. *comm. c.* 10. Gentilis, & Fornerius *in l. Urbana*, *ff. de V. S.* Accedit etiam, quia judicium finium regundorum pro prædiis tantum ruſticis competit, non vero pro urbanis ædificiis; quippe fines proprie agrorum dicuntur, non ædificiorum: in agrorum ergo controverſia dumtaxat hæc actio competit, *l. hæc actio* 2. *l.* 4. *§. fin. ff. finium regund.* quemadmodum & actio aquæ pluviæ arcendæ tantum in agris locum habet, non in urbe, hoc eſt, ſolum datur, cum agro aqua pluvia nocet, non ſi ædificio, *l.* 1. *§. item ſciendum* 17. *ff. de aqua pluvia arcend.* cujus utriuſque juris aſſiduus teſtis eſt Cicero *in Topicis*, non longe a principio: *Si in urbe* (inquit) *fines non reguntur, neque in urbe aqua arceatur*. Quod & fuſius poſtea repetit circa medium his verbis: „ Quemadmodum ſi in urbe de finibus controverſia eſt, quia fines magis agrorum videntur eſſe, quam urbis, finibus regendis adjicere arbitrium non poſſis: ſic ſi aqua pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum eſt, aquæ pluviæ arcendæ adjicere non poſſis arbitrium. „ Ratioque ea eſt, quod ædificia plerumque parietibus diſterminantur, *l.* 4. *§. pen. ff. hoc tit.* agri autem finibus; unde cum parietes, quibus ædificia diſterminantur, communes ſint, actio competit communi dividundo, ac propterea neceſſaria non fuit actio finium regundorum; quemadmodum etſi aqua pluvia ædificio noceat, cum poſſit competere actio negatoria, cum jus non eſt ſtillicidium immittendi, ceſſat quoque actio aquæ pluviæ arcendæ; unde ſi quandoque in urbe vicina prædia non communibus parietibus, ſed finibus diſterminentur, veluti ſi hortorum latitudo aliqua contingat, non denegabitur actio finium regundorum, *d. l.*4. *§. pen.* ſicut & ſimiliter, ſi in agro ſint continentia ædificia, ac de eorum vicina controverſia ſit, cum pariete communi diſterminentur, non actio finium regundorum, ſed communi dividundo danda erit, *d. §. penult.* cui non obſtat dicta lex 2. ubi dicitur, actionem finium regundorum pertinere ad prædia ruſtica, quamvis ædificia interveniant: quoniam (ut omiſſis ſolutionibus Accurſii docuit Cujacius *in d. l.* 2.) diſtinguendum eſt, an quæratur de confinio, ſeu vicinio continentium ædificiorum, an vero de limitibus ipſorum agrorum, quibus ædificia interveniunt. Si agitur de vicinio continentium ædificiorum, cum ea parietibus communibus diſterminentur, ceſſabit actio finium regundorum, dabiturque communi dividundo, etſi ſint in agro; quo caſu accipienda eſt dicta lex 4. *§. pen.* Si vero non de ædificiorum vicinio ſit quæſtio, ſed de limitibus ipſorum agrorum, nihil impedit actionem finium regundorum dari.

c *Poſſideris.*) Lato modo, proprie enim poſſeſſio prædiorum præbendarum eſt penes Eccleſiam, uſusfructus vero cum adminiſtratione penes canonicos, ſeu beneficiarios, *c. fin.* 12. *qu.* 1. *cap. pen.* 23. *q.* 7. *c.* 2. *de donat.* Sarmiente *de redditib. par.* 3. *c.* 1. *nu.* 4. ſicut enim habens jus percipiendi fructus prædii vectigalis, dicitur habere poſſeſſionem, *l. q.* 125. ubi Forner. & Gedeus, *ff. de V. S.* Alciatus *in leg. quinque pedum*, *n.*81. *C. finium regundor.* Revardus *ad leges XII. Tabul.* 16. ita Archidiaconus, & Decanus dicuntur poſſidere præmia præbendarum, atque ut uſufructuarii intendunt judicium finium regundorum, argumento textus *in l.*4. *ff. finium regund.* docent in præſenti Abbas *num.* 1. Hoſtienſis *num.* 3. Aretinus *num.* 11. Hieronymus a Monte *de final. regund. cap.* 28. *numer.* 1. *&* 2.

3 d *Agitari.*) At qui non poteſt alienare, nec actiones in judicio valet proponere, *leg. ait Prætor* 7. *§.* 2. *verſic. Eſt enim*, *ff. de jure deliber.* & ab ſpecie, qui alienare non poteſt, nec adverſarium aliquo ex tribus judiciis diviſoriis provocare valet, *l.* 1. *§.* 1. *leg. in fine*, *cum duabus ſeqq. ff. de rebus eorum*, *leg. inter* 17. *C. de præd. minor. l. ex Caſtrenſi* 18. *§.*2. *ff. de Caſtrenſ. pecul. l.* 2. *C. de fund. dotal.* docent Abbas *in c. edoceri*, *n.* 6. *de reſcr.* Berojus *hic*, *nu.* 36. Sed Canonici, aut beneficiarii non poſſunt alienare prædia ſuorum beneficiorum, *c.* 1. *c. nulli*, *de rebus Eccleſ.* igitur nec judicium diviſorium proponere. Cui difficultati, omiſſis ſolutionibus traditis a Pinello *in l.* 1. 3. *part. n.*47. *C. de bonis matern.* Decio *d. c. edoceri*, *n.* 8. Menchaca *de ſucceſſ. creat. §.* 15. *n.* 8. & Barboſa *in præſenti*, *num.* 10. qui docent principium illud procedere in eo, cui alienatio prohibetur ex defectu adminiſtrationis, prout contingit in ſpecie dictæ legis *ait Prætor §.* 2. nam intra tempus datum ad deliberandum de dominio rerum defuncti penes hæreditatem exiſtente, *l. hereditas*, 61. *ff. de acquir. rer. domin.* ſicut inſtitutus heres, aut alius pro eo nequit hereditaria bona adminiſtrare, ſic etiam nec intra illud tempus judicium diviſorium intentare poteſt: at vero præſens textus procedit in eo, qui adminiſtrare valet, unde & judicio finium regundorum agere poteſt. Ita docet Barboſa *in præſenti numer.* 10. His ergo omiſſis dicendum eſt, verum eſſe, alienatione interdicta, prohiberi etiam provocare ad fundi communis diviſionem, ut in marito, cui prohibita eſt alienatio prædii dotalis, docetur *in l. ult. C. de fundo dotali*, *l. ex Caſtrenſi* 18. *§. itaque*, *ff. de Caſtrenſ. pecul.* in minore, cujus res ſine decreto alienari non poſſunt cavetur *in l.* 1. *ff. de rebus eorum*, *l. inter*, *C. de præd. min. l. & eleganter*, *l. final. ff. de condict. furtiv.* & in ſpecie rerum Eccleſiæ ſtatuitur *in l. jubemus*, ibi: *Prædia dividere*, *C. de ſacroſ. Eccleſ.* late illuſtrat D. Nicolaus de Caſtro *in dict. l. fin. C. de fundo dotali*. Sed in præſenti ſpecie non agebatur de diviſione prædii communis, ſed tantum ut reſtitueretur pars a ſocio occupata: quo caſu quia Canonici habent adminiſtrationem bonorum propriæ præbendæ, ideo potuit in hac ſpecie Canonicus petere partem prædii ab alio occupatam; alias enim diviſio a Prælato Eccleſiæ peti non poteſt, etiamſi ſocium habeat, ut dicitur *in l. ſi convenerit* 14. *ff. pro ſocio*; quia tunc alienatio voluntaria eſt, *d. l. jubemus*.

4 e *Antiquos fines.*) *Terminos*, legitur in Cod. Barchinonenſi, ut notavit *hic* Anton. Auguſt. & probatur ex illis verbis antecedentibus, *Prætextu terminorum*: Non tamen Archidiaconus terminos, ſeu lapides finales propulit, avulſit, exaravitve, alias de termino moto teneretur, graveque ſcelus perpetraret omni jure damnatum. Ex lege divina, qui fines agrorum propuliſſet, ſolemni maledictione devovebatur. *Deut. c.*27. Apud Græcos, referente Platone *lib.*8. ita cautum erat: „ Nemo fines atque terminos agri moveat, nec civis vicini, nec finitimi peregrini, ſi agri extrema poſſideat: ſed putet id eſſe verum quod dici ſolet: Hic immobilia movet, malitque unuſquiſque ſaxum ingens movere, quam parvum lapidem jurejurando a Diis firmatum, quo amicitiæ, & inimicitiæ terminentur. Alterius enim Jupiter contribulis: alterius hoſpitalis eſt teſtis. „ Jure civili Romanorum ex lege agraria terminum movens quinquaginta aureos in publicum pendebat, id eſt fiſco præſtare debebat, ut interpretatur Vviſembach. *diſp.* 2. *in d. l. quinque pedum*. Splendidiores ad tempus relegabantur, ſervi vero capite plectebantur, *l.*2. *l.*3. *§.*1. *ff. de termino moto*, *l.*1. *C. de decuſ.* P. Crinitus *l.*8. *honeſt. diſcipl. c.*10. ibi, „ Romani illi vetuſtiores acerrimis pœnis contra eos vindicabant, qui

„ qui agrorum fines, & terminos exemiſſent, aut loco mutaſſent; quod in primis Numæ Regis inſtituta, & leges probant, in quibus vir egregie prudens ſtatuit, licere omnibus, tamquam ſacrilegum eum occidere, qui violare jus termini auſus eſſet. „ Et quamvis leges illæ abolitæ fuiſſent, pœnaque judicis arbitrio relicta eſſet, tamen ſeveriſſime puniendi ſunt, qui crimen hoc admiſerunt, nam ſi fures mobilium & vilium rerum, ſeptuplo, verberibus, & ſæpe morte afficiuntur: quanto ſeverius puniendi ſunt, qui avulſis privatis, ac publicis terminis, pretioſum agrum uſurpant? Certe pœna illa videtur eſſe juſtiſſima, quam Conſtantinus ſancivit *l. ſi conſtiterit* 4. *C. finium regund.* ut uſurpator agrorum tantum agri modum, quantum adimere tentavit, amittat. Illuſtrant Pancirola *l.* 2. *var. c.* 12. Gabreros *de metu l.* 2. *c.* 35. Ant. Matthæus *de crim. ad tit. de termino moto*. Pichard. *in §. quadam*, *n.* 55. *Inſt. de act.* Gibalin. *de negot. t.*2. *l.*4. *c.* 4. *art.*4. ubi erudite de his terminis agit; & jure noſtro Pontificio terminos clericus amovens animo furandi, deponitur, *c. presbyter* 12. 81. *d.* ſi vero alia de cauſa arbitraria pœna punitur, ut poſt alios reſolvit Gantera *q. crimin. c.* 8.

6 f *Partem eandem fundi poſſediſſe.*) Non fines, quinque videlicet pedes, qui inter utrumque fundum lege Manilia excurrunt: illud enim ſpatium olim inter vicinos agros relinquebatur, ſive ad vertendum aratrum, ſive ad viam vicinalem, ſive ad radices arborum, ſive ne ramis pendentibus ſata læderentur umbra; qui nulla uſucapione acquiri poterant, prohibente lege XII. Tabul. per hæc verba; *Intra quinque pedes uſus, auctoritaſve ne eſto*. Ex Cicerone, Frontino, & Aggeno probavit Jacobus Gothofr. *ad l. XII. Tab. tab.*8. *pag.* 123. *l.*3. *&* 4. *C. Theodoſ. finium regund. l. quinque*, *C. eod. tit.* probant P. Gr. *l.*20. *ſyntag. c.*9. *n.*6. Cujacius *l.*10. *obſerv. c.*2. *& ad tit. C. finium regund.* Ant. Auguſt. *de legib. XII. tab. n.*20. Dionyſ. Gothofredus *ad eaſdem leges*, *l.*2. *tit.*11. *§.*8. ejus filius Gothofredus *in l.* 4. *C. Theodoſ. finium regund.* Balduinus *ad eaſdem leges XII. Tabul. c.* 12. Faber *de error. decad.* 49. *errore* 5. Pichard. *in d. §. quadam* 20. *n.*40. Marc. Aurelius Galbanus *de uſufruct. c.*12. Pancirola *lib.*2. *variar. c.* 19. D. Joſeph de Retes *in lect. ſucceſſ. ad l. Scribon. §. & alias n.*48. Conſiderabatur enim ultra jus publicum, quid ſacrum in ipſis limitibus. Unde in terminis agrorum definiendis, ritus ille obſervabatur a Siculo Flacco ita deſcriptus. Cum terminos diſponerent, ipſos quidem lapides in proximam terram convocabant proxima ea loca, quibus foſſis factis defixuri eos erant, & unguento, velaminibuſque, & coronis eos coronabant; in foſſis autem, quibus poſituri eos erant ſacrificio facto, hoſtia immaculata cæſa, facibus ardentibus in foſſa corporis ſanguinem inſtillabant, eoque fruges, & thura jactabant: favos quoque, & vinum, aliaque, quibus conſuetudo erat terminis ſacrum fieri, in foſſa adjiciebant, conſumptiſque omnibus dapibus igne, ſuper calentes reliquias, lapideſque collocabant, atque ita diligenti cura confirmabant: Obſervarunt Pitheus *l.*1. *adverſ. c.*14. Iſaacus Grangeus *in notis ad Prudentium*, *fol.* 198. Salcedo *in l.* 43. *tit.* 6. *l.*3. *recop.* Nec etiam fines Epiſcopatuum præſcribi poſſunt, *c. licet* 5. *cum ſeq.* 16. *q.*3. *c. ſuper eo* 4. *de Parochiis*, Baldus *de præſc.* 1. *p. ſextæ partis*, *n.*42. Parladorus *l.* 1. *rerum quotid. c.* 1. *§.* 17. *n.* 3. Poſſidebat ergo per quadraginta annos Archidiaconus partem fundi vicini, & præſcriptione eam acquiſitam eſſe aſſerebat; non autem agebat de finibus intra veteres lapides incluſis; quo caſu, cum videlicet de limitibus controverſia erat, ad arbitros partes ire debebant, ut notavit D. Joſephus de Retes *ubi ſup. n.* 49. ubi erudite a calumnia Alciati defendit D. Iſidorum *l.* 5. *origin. c.* 25.

g *Quadraginta*. De hac præſcriptione agemus *in c. quia indicante*, *de præſcript.*

7 h *Præterquam in cauſa liberali.*) *L. lege* 24. *ff. de manumiſſ.* Verſiculus hic continet exceptionem verſiculi immediate præcedentis, itaut ſenſus ſit, quod ſi teſtes ab utroque litigatore producti, perſonarum auctoritate, teſtimoniorum fide, & numero pares ſint, attenta humanitate, de qua in regula *Cum ſunt partium*, *de regul. jur. in* 6. pro reo judicandum eſt, ut in caſu notabili relato a Berojo *in c. licet*, *n.* 56. *hoc tit.* ſtante tamen favore libertatis pro actore pronunciandum eſt, quia favor cauſæ ſuperat, & vincit favorem perſonæ, *d. l. lege* 24. Non vero hæc verba continent exceptionem verſiculi anterioris, quia etiam in libertate poſſeſſoris probatio prævalet, ex regula *Impari*, *de regul. jur. l.*6. docet Tiraqu. *de primogen. q.* 17. *oppoſ.* 11. *n.* 25. expendit legem *matrem*, juncta gloſſa finali, *C. hoc tit.*

COMMENTARIUM.

8 *Probatur concluſio.*

COmmuniter ex hac decretali ſequens deducitur diſputanda aſſertio: “ In judicio finium regundorum quilibet tenetur probare; & obtinebit qui melius probaverit, & ſi pariter probent, abſolvetur poſſeſſor. „ Priorem partem aſſertionis, videlicet in hoc judicio utrumque probare teneri, probant textus *in c. licet* 5. *cum ſeq.* 16. *q.* 3. *c. quia indicante* 9. *de præſcript. l. in tribus* 13. *ff. de judiciis*, *l. Julianus*, *l. judicium*, *ff. finium regund.* Conſonat lex 40. *tit.* 16. *p.*3. Secundam partem, ſcilicet in pari cauſa abſolvendum eſſe poſſeſſorem, probant textus *in c. ſi a ſede* 31. *de præbend. in* 6. *§. retinendæ*, *& §. commodum*, *Inſt. de interd.* Illuſtrant ultra congeſtos a Barboſa, & Garanna, *hic*, Myſinger. & Cujacius *in præſenti*; idem Cujacius *l.*4. *obſerv. c.*11. *& l.*10. *c.*2. Velaſcus *de part. c.* 2. Tiraqu. *de primogenit. qu.* 17. Olibanus *de action.* 2. *p. l.* 1. *c.*28. Barboſa 6. *t. in ſelect. ad hunc textum.*

9 *Impugnatur concluſio.*

Sed pro ratione dubitandi contra primam partem hujus aſſertionis ita inſurgo. Poſſeſſori nunquam incumbit onus probandi, *c.* 1. 12. *q.* 5. *l. ſi quis ſervum* 7. *§. ſi inter duos*, *ff. de legat.* 2. quia ex poſſeſſione præſumitur titulus in poſſidente, *c.*1. *ut lite pendent.* & illud dicitur commodum poſſeſſionis, videlicet ut poſſeſſor transferat onus probandi in actorem, *§. commodum*, *Inſtit. de interdict.* Sed in præſenti judicio finium regundorum unus poſſidebat. Igitur illi non erat injungendum onus probandi. Etiam adverſus ſecundam partem ita inſurgi poteſt. Cum quæſtio dubia eſt, & probationes pares, res dividenda eſt, ut cenſuit Salomon Rex *in caſu relato l.* 3. *Regum*, *c.*3. *& in c. afferte*, *de præſumption.* hodieque obſervari debere, probant Caballinus 2. *p. milleloq. c.* 926. Menochius *l.*1. *de arbit. q.*56. *n.*3. igitur ſi in præſenti caſu pares erant probationes, res dividenda erat.

10 *De judiciis diviſoriis.*

Adhuc tamen defenſanda eſt præſens aſſertio, pro cujus expoſitione ſcire oportet, quod cum communio ſæpe ſoleat plures parere diſcordias, *l. cum pater* 77. *§. dulciſſimis*, *ff. de legat.* 2. *leg. ſancimus*, *§. he autem*, *de donat. l. inter communes* 26. *ff. de ſervit. urb. præd. c. ex tenore*, *in fine*, *de ſentent. excomm.* ideoque nemo invitus cogatur ad communionem, *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum* 4. *ff. de condict. indeb. l.*1. *ff. famil. erciſc. l. in hoc* 14. *§. ſi conveniat* 2. *ff. communi divid. l. nulla* 60. *ff. pro ſocio*, *l. ult. C. commun. dividund.* excepto ſingulari caſu novellæ 102. Leonis Philoſophi, & caſu legis unicæ, *C. de vendit. rerum fiſcal. cum privatis communium*, cui convenit lex 2. *C. de commun. rer. alien.* explicat Amaya *in recitat. ad ipſam leg. unicam.* item in caſu legis *cum in fundo* 70. *§. ſi fundus* 4. *ff. de jure dot.* cui etiam convenit textus *in l. Julianus* 13. *ff. communi dividund.* præterea & caſus legis finalis, *ff. de alien. jud.* de cujus explicatione videndus eſt Cujacius *in l.*1. *ff. famil. erciſcund.* ideo ad diviſionem rerum communium tria ſunt inventa remedia, ſeu judicia, videlicet familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Familiæ erciſcundæ judicium, ſive actio competit hæredibus pro dividenda hæreditate, *l.* 1. *ff. famil. erciſcund. §. ſi familia*, *Inſt. de off. jud.* docent David Argente *ad tit. famil. erciſc.* Vinnius *l.* 1. *ſelect. c.* 35. erciſco enim idem apud antiquos valebat, ac divido, *c. deinde* 26. *diſt.* ibi: *Utrum ſint appellandi fratres, an habeant erciſcundæ hereditatis conſortium*. Quæ verba erudite exponit D. Joſeph de Retes *l.* 8. *opuſc. c.* 12. non tamen dicimus dividi hereditatem, prout eſt ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. hereditas* 24. *ff. de regul. juris*: quia dividi non poteſt, nec pro diviſo poſſideri, *l. Pomponius* 8. *l. per hoc judicium*, *ff. communi divid.* quia eſt expers corporis, *l.*3. *ff. de bon. poſſeſſ. l. hereditatis* 119. *ff. de V. S.* & in jure conſiſtit atque ſine ullo corpore juris intellectum habet, *leg. hereditas* 53. *ff. de petit. heredit.* nec etiam nomina hæreditaria dividuntur, *l.*2. *§. fin. l.* 4. *ff. famil. erciſc.* quia ex lege XII. Tabul. ipſo jure dividuntur, *l. ea*, *C. famil. erciſcund.* Balduinus *ad leges XII. Tabul. cap.* 30. Eguin. Varo *l.* 2. *manual. in famil. erciſcund.* Revardus *in leg. ea* 192. *ff. de R. I.* ſed dividuntur res hereditariæ, quia familiæ appellatione res & perſonæ veniunt, *leg. pronunciatione* 195. *§. familia*, *ff. de V. S.* David Argente *ubi ſupra*, Vinnius *l.*1. *ſelect. c.* 36. *&* 38. Arias de Meſa *l.* 1. *variar. c.* 15. Valentia *t.* 1. *illuſtr. tr.* 1. *c.* 5. Ad hoc judicium ſpectant textus *in l. Pomponius* 35. *ff. famil. erciſcund.* juncta lege 10. *ff. de collat. bonor. l.* 2. *ff. quibus modis pignus ſolvitur*, *l. fin. §. quatuor*, *l. pen. §. inſulam*, *ff. de legat.* 2. *l. filia*, *C. de collation. bonor. l. cum pater* 77. *§. filia*, *ff. de legat.* 2. *l. qui Romæ*, *§. heredes*, *ff. de V. O. l. de modo*, *ff. finium regund. l. pen. §. inſulam*, *l. fin. §. quatuor*, *ff. de l.*2. *l. ſi de communi* 19. *ff. ſi ſervit. vindic. l. fratres* 27. *C. de inoffic. teſtam.* judicium vero communi dividundo competit eis, inter quos aliquid commune eſt, ut dividatur, *leg.* 1. *& per totum communi dividund. d. §. quadam*, *Inſtitut. de actionibus*, differtque ab actione familiæ erciſcundæ, quia hæc actio tantum cohæredibus datur: illud vero judicium competit ex quacumque cauſa res communis ſit, ſive cauſa emptionis, donationiſve, aut ſimili: differt etiam ab actione pro ſocio, quia illa actio magis reſpicit perſonales præſtationes, quam rei communis diviſionem, *l.* 3. *ff. communi divid.* Pichardus *in d. §. quadam*, *Inſtit. de actionib. nu.* 15. in quo judicio obſervandi ſunt textus *in l. ſi de communi* 19. *ff. ſi ſervitus vindic. l. ſupra* 11. *§.* 1. *ff. de aqua, & aquæ pluv.*

11 *De judicio finium regundor.*

Actio, ſeu judicium finium regundorum, de quo in præſenti agitur, ita dictum eſt a terminis dividendis, & regundis, juxta D. Iſidorum *l.* 5. *origin. c.* 25. ibi: “ Finium regundorum actio dicta, eo quod per eam regantur fines utrimque, ne diſſipentur, dummodo non anguſtiore quinque pedum loco. „ Quæ verba exponit D. Joſephus de Retes *ubi ſup.* Finium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei habeatur, *l.*1. *ff. finium regund.* hoc eſt, tam in rem eſt, quam in perſonam. In rem dicitur, quoniam per eam fines vindicantur; quapropter recte dici ſolet, cauſæ finali inhærere cauſam proprietatis, *l.*3. *C. finium regund.* Apulejus *l.* 6. *metamorph.* his verbis: *Sic nos diverſa tendentes, & in cauſa finali de proprietate ſoli, imo vix erciſcundæ contendentes*. In perſonam vero dicitur, non ut putavit Accurſius *in l.* 1. *ff. finium regund.* quod plerumque per eam id nobis adjudicatur, quod noſtrum eſt: quippe id non per eam actionem intendit, ſed ex arbitrio judicis proficiſcitur, *§. quadam* 20. *Inſtitut. de action.* ſed ideo potius, ut ex ipſo Accurſio recte notavit Cujacius *in l.* 2. *ff. finium regund.* quod per eam actionem intendat actor ſibi præſtari quanti intereſt, ideſt, quod ei abeſt, ob id forte, quod adverſarius arborem finalem

excidit, vel lapides ſuſtulit, & ita fines perturbavit, §. *ſi finium 6. Inſtitut. de offic. jud.* item quod lucrari cum ipſe potuiſſet, adverſarii commodo ceſſit, ac propterea quod ipſe honorarium in ſolidum menſoris præſtitit, cum pro parte ſolum deberet, *l.* 4. §. 1. *ff. finium regund.*

12 Quibus competat hoc judicium. Deinde ſciendum eſt, quibus hoc judicium finium regundorum competat? Et quidem datur dominis fundorum confinium, non ſolum ſi directum dominium habeant, verum & ſi utile dumtaxat, ac propterea & qui fundos vectigales habent, vel emphyteuticarios, hoc judicium exercere poſſunt, *l.*4. §. *finium 9. ff. finium regund.* quemadmodum & utilem dumtaxat actionem communi dividundo dari, certum eſt, & etiam eis utiles dumtaxat legis Aquiliæ, Aquæ pluviæ arcendæ, & arborum furtim cæſarum competere probat Cujacius *in l.*4. *in fine, ff. finium regund. l. item Mela* 11. §. *finali, ff. ad legem Aquil. leg. ſi uſusfructus* 22. *in fine princip. ff. de aqua, & aqua pluv.* de directa accipiens textus *in l. cedere,* §. *penult. ff. arborum furtim caſur.* Præterea non competit hæc actio creditori pignoratitio, *dict. l.* 4. §. *ſi finium* 9. ſed forſan utilis tantum, quoniam & utilis dumtaxat rei vindicatio pro hypotheca, & ſervitute illi datur, *l. ei qui pignori* 16. *ff. de ſervitut. l. unic.* §. *final. ff. de remiſſ.* Illud vero difficile eſt, an detur hæc actio ſocio contra ſocium, hoc eſt, ſi fundum proprium habeam confinem alteri fundo communi inter me, & Titium, dubium eſt, an ſi controverſia oriatur de finibus, poſſim eo Titium convenire hoc judicio, vel Titius mecum poſſit agere? Sane videbatur id nulla ratione debere impediri, ſicut & *in l. ſed ſi inter* 27. *in princ. ff. de ſervit. urban. præd.* ſi inter te, & me communes ſint Titianæ ædes, & ex his aliquid non jure in alias ædes meas proprias immiſſum ſit, tecum mihi agere licet, aut rem perdere: ſicut & ſimiliter ſi ex agro privato aqua communis noceat, vel e contra, agi permittendum ſocio contra ſocium, dicitur *in l. ſi tertius* 6. §. *inde quæritur* 2. *& in l. ſupra* 11. §. *pen. ff. de aqua, & aqua.* Sed tamen contrarium probatur *in dict. leg.* 4. §. *ſi communem* 7. ubi ex Pomponio dicitur, ſi communem fundum ego, & tu habeamus, & vicinum fundum ego ſolus, an finium regundorum judicium accipere poſſimus. Et ſcribit Pomponius, non poſſe accipere nos, quia ego, & ſocius meus in hac actione contrarii eſſe non poſſumus. Ratio autem differentiæ inter hanc actionem, & judicium communi dividundo, quod inter ſocios datur, *l. ſed inter* 27. *ff. de ſervitut. urban.* & etiam actionem aquæ pluviæ, ex eo provenit, quod in ſuperioribus caſibus utilitas exigit ſocio contra ſocium actionem dari, ne alias ſi actio non daretur, amitteretur jus, quod ſocius habebat ad impediendum, ne quid immitteretur in æde, aut aqua noceret; quod facile amitti poterat per ſocii uſucapionem, ſi prohiberetur ſocios contra eum durante communione agere. In judicio finium regundorum diverſum obſervatur, quoniam cum finium uſucapio non detur, ut ſupra probavi, timeri non poteſt, ne ſocius jus ſuum amittat, etſi non agat durante communione: docet Cujacius *in d. l.* 4. *& l.* 22. *obſerv. c.* 38. qui exinde exponit §. *qui communem* 60. ejuſdem legis 4. ubi quod dicitur, communem fundum habentes inter ſe non condemnari, quoniam inter ipſos non videtur accipi hoc judicium; referendum eſt ad caſum §. ſequentis, hoc eſt, ad caſum, in quo fundo communi confinis eſt fundus alterius ſocii; eo enim caſu recte dicitur juxta nuper tradita, non dari hoc judicium. Competit etiam hoc judicium Prælatis Eccleſiarum, Canonicis, & beneficiariis ad fines regundos in prædiis ſuorum beneficiorum, quia habent uſumfructum, & adminiſtrationem eorum, ut nuper notavimus.

13 Agens in hoc judicio etiam pro reo habetur. Deinde ſciendum eſt, in hoc judicio, & aliis duobus familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, utrumque eſſe actorem, atque utrumque reum, *l. in tribus* 13. *ff. de judic. l. judicium* 10. *ff. finium regund. l.* 2. §. *in familiæ, ff. famil. erciſcund. l.* 2. §. 1. *ff. communi div. l. ſi idem* 11. §. *final. ff. de juriſd.* quo ſenſu & actiones iſtæ dicuntur mixtæ *in l. actionis* 37. §. 1. *ff. de O. & A.* quoniam indiſcretæ ſunt perſonæ actoris, & rei.

Hinc *in l. ſi defunctus* 15. *ff. de procurat.* dicitur, quod ſi datus ſit procurator in judicio communi dividundo, datus intelligitur ad agendum, & defendendum, ac propterea duplici cautione ipſum agere, de rato ſcilicet, quæ præſtari ſolet a procuratore actoris: & de judicato ſolvendo, quæ præſtari ſolet a procuratore rei. Redolet tamen textus ille manu Triboniani, qui cautelam dixit pro cautione; quod jam notavit Cujacius *in d. l.* 13. *ff. de judic.* & ex eo Gothofredus *in d.* §. *fin.* quam eandem vocem & a Triboniano putat adjectam *in l. ſi debitori* 21. *ff. de judic. & in l. quamvis* 6. *ff. de pignorat. act. & in l. ſi plures* 14. *ff. depoſiti.* Inde etiam *in l. inter* 44. §. *qui familiæ, ff. famil. erciſc.* uterque litigantium in prædictis tribus judiciis diviſoriis debet ut actor jurare, non calumniæ cauſa litem intendere: item & reus jurare, non calumniæ cauſa ſe negare. Notandum etiam eſt juxta aliquorum ſententiam, omnem illum §. Triboniani eſſe, quia hoc jusjurandum calumniæ ab actore, & reo initio litis præſtandum, primum Juſtinianus induxit *in leg.* 2. *C. de jurejurando propter calum.* nec illum Pauli temporibus cognitum fuiſſe; ſed hoc jam latius expoſui *in c.* 1. *de juramento calumn.* Præterea, ut ad præſentem deciſionem accedamus, inde fit, ut in his judiciis uterque ex litigatoribus probare teneatur; quoniam cum id onus actori incumbat, ac uterque litigator in his judiciis actoris partes ſuſtineat, conſequens eſt, ut & utrique probandi onus incumbat. Tandem ideo *in l. ſi familia* 4. *ff. famil. erciſcund.* dicitur, quod ſi unus eorum, qui altero iſtorum judiciorum litigabat, plures ſint heredes, unum debere dare procuratorem, qui litem proſequatur, quoniam, ut recte notavit Donellus *l.*18. *comment. c.*15. litigator defunctus, & actoris, & rei vicem ſuſtinebat: ac licet actoris heredes non cogantur unum omnium nomine dare procuratorem; tamen heredes rei unum coguntur dare omnium nomine defenſorem, *l.*5. §. *pen. ff. judicatum ſolvi.* Enim vero, licet hæc ita ſint, ordinandæ litis cauſa introductum eſt, ut alter actoris vicem, alter rei ſuſtineat, proptereaque inductum eſt, ut pro actore ille habeatur, qui prius provocavit ad judicium, *d. l. tribus* 13. *ff. de judic.* ſumpto argumento *ex l. qui appellat* 29. *ff. eod. tit.* ſi vero uterque ſimul provocet, forte res dirimenda eſt, *l. ſed cum ambo* 14. *ff. eod. tit. de judic.* id tamen ita fit, ut natura judicii non mutetur, quod duplex ſemper manet; proderit tamen hæc diſcretio actoris, & rei, tum ut lis facilius, commodiuſque ordinetur, tum ut ſi probationes æquales ſint, aut neuter probet, judicetur pro eo, qui rei vice fungitur, ſi uterque poſſideat: ſi autem alter tantum, & ambo æque probent, pro poſſeſſore judicandum erit, ut docetur *in hoc textu.*

Rurſus præmittendum eſt, quis judex jure civili antiquo cognoverit de finibus regundis? Et certum eſt, Prætoris, vel Præſidis fuiſſe cognoſcere, an fines regi, anve ab alterutro confinium præſtari aliquid oporteret, eoque cognito, arbitros, hoc eſt, agrimenſores dare, per quos vel regerentur fines, ut illud, quod oporteret reſtitueretur; ita expreſſe docet Conſtantinus *in l. ſi fin.* 3. *C. Theod. finium regund.* quæ & totidem verbis invenitur apud Frontinum *de limitibus agrorum*: conſonatque ejuſdem Imperatoris conſtitutio *in l.*3. *C. hoc tit.* eoque ſenſu accipiendus eſt Ulpian. *in l. ſi irruptione* 8. §. 2. *finium regund.* dum ait ad officium cognoſcentis, hoc eſt, Prætoris, & Præſidis, de finibus ſpectare menſores mittere, & per eos dirimere ipſam finium quæſtionem: qui dabantur vel ex lege XII. Tabul. *tab.* 3. ut probavi *in c.*1. *de arb.* vel ex lege Manilia finguli ſingulis controverſiis, ut indicat Cicero *l.*1. *de legibus, circa finem,* his verbis. "Ex hac autem non rerum, ſed verborum diſcordia controverſia nata eſt de finibus, in qua quoniam uſucapionem duodecim Tabulæ inter quinque pedes eſſe noluerunt depoſci veterem poſſeſſionem academiæ ab hoc acuto homine non ſinemus; nec Manilia lege ſinguli, ſed tres arbitri fines regemus." Et notat Cujac. *l.*5. *obſerv. c.* 21. *in fine,* ejus legis XII. Tabul. ea genuina fuiſſe verba: etiam id probatur ex Lambino, ibi; *De confinio agrorum vicini ne jurganto, ſed tres arbitri fines regunto.* Erant autem hi arbitri agrimenſores geometricæ artis periti, ut conſtat ex quadam conſtitutione Theodoſii, & Valentiniani apud Frontinum, quæ incipit, *præcipimus,* ubi pœna capitis imponitur ab ipſis Imperatoribus, ſi de finibus judicare ante auderent, quam profeſſi fuiſſent, hoc eſt examinati, probatique. Sed nunc illud dubium naſcitur, an de finibus regendis cognoverint aliquando fratres Arvales: fuerunt hi ſacerdotes, ut docet Varro *de lingua Latina l.* 4. qui ſacra publica faciebant propterea, ut fruges ferrent arva: ſic dicti a ferendo, & arvis; quorum conſtitutionem, & originem tradunt Aulus Gellius *l.*6. *noctium, c.* 1. Plinius *l.*18. *naturalis hiſtor. c.*1. & Fulgentius *l.*11. *de vocibus antiquis,* ex eiſdemque refert Roſinus *l.* 3. *antiq. Rom. cap.* 6. Ergo ſacerdotes iſtos cognoviſſe de terminis motis, finibuſque regundis, ex quibuſdam veteribus gloſſis notavit Cujacius *l.*10. *obſerv. c.*34. *& l.*11. *c.*5. idque probabile putat, quia termini ſancti, inviolatique habebantur, juxta illud Juvenalis:

Improbus aut campum mihi ſi vicinus ademit,
Aut ſacrum effodit medio de limine ſaxum,

Et Senecam in Hippolyto; *Nullus in campo ſacer diviſit agros arbiter populis lapſis.* Adeo ut & termini exaratorii bovis ex lege Numæ ſacri eſſent, ut refert Feſtus *verbo Termino,* ex eo quod fines, limiteſque agrorum Deo Termino ſacrati habebantur, confiniumque dominiorum limites eo more, & ſacrificio poni ſolebant, quod ex Siculo Flacco ſupra retuli: de quo plura Gothofredus *in l.*2. *ff. de termino moto.* Demſterus *ad Roſinum l.*2. *c.*20. *& l.*4. *c.*6. P. Pitheus *tit.*13. *collat. legum Moſaic.* Sed adhuc Turnebus *l.* 21. *adverſ. c.* 1. ex ſententia Ruſuardi putat, ſacerdotes illos fratres Arvales de agris, & eorum terminis non judicaſſe, ſed judices, qui de agrorum finibus cognoſcerent, mutuato nomine fratrum Arvalium quod ſane placet, nec facile unquam admiſerim, fratres Arvales de finibus regundis cognoviſſe, contra tot Conſultorum reſponſa aliud indicantia: licet probabile exiſtimem, de terminorum motoribus aliquando, eos cognoviſſe, cum criminaliter ageretur, veluti ob violatam terminorum religionem, quo caſu connexionis ratione poſſent & de finibus regundis cognoſcere; eoque referri poſſe tentarem legem 4. §. *Si dicantur,* 4. *ff. finium regund.* de cujus explicatione, & conciliatione cum lege *ſolemus, ff. de jud.* videndus eſt Cujacius *in d. l.*4. Sed hoc eruditorum judicio relinquamus. De agrimenſoribus plura Gibalin. *r.* 2. *de negot. l.* 4. *c.* 4. *conſect.* 5.

Tandem pro plena hujus judicii cognitione ſciendum eſt, quale ſit judicis officium in eo? Et ſuppoſito, officium verſari in finiendis controverſiis ſuper limitibus, quarum quindecim ſumma capita referunt Frontinus *de limitibus,* & Agenus Urbicus, explicatque Cujac. *l.*10. *obſerv. c.* 2. cenſeo judicis officium jure Romanorum conſiſtere in eo, ut aut fines determinet, aut ſi fieri non poſſit, adjudicatione dirimat controverſiam, *l.*2. §. 1. *ff. finium regund.* Ergo primum judex curare debet, ut fines determinet, hoc eſt, eos conſtituat juxta vetera monumenta, veteremque formam, *l. in finalibus* 11. *ff. hoc tit.* quam vel ex finalibus lapidibus, aliiſve ſignis terminalibus deducet,

14 De judice hujus judicii.

15 Quale officium judicis in hoc.

& in ære ſculpto conſtituet: quippe olim ſæpe agrorum, limitatorum ſcilicet, & ad ſignatorum formæ æreis tabulis inſcribi conſueverant, ut apparet *ex l. qui tabulam.* 8. *ff. ad leg. Jul. pecul.* notavit Briſſonius *l.* 4. *ſelect. c.* 5. ex quibus tabulis controverſiæ de agrorum modo, finibuſque decidebantur, in agris nempe aſſignatis, limitatiſque; nam in occupatis, ideſt, quos pulſis veteribus poſſeſſoribus victor occupaverat, nullum æs, nullamque formam fuiſſe, quæ publicæ fidei poſſeſſoribus teſtimonium redderet, tradit Silvius Flaccus *l.* 1. *de condit. agrorum.* Ergo arbiter datus finibus regundis, in agris aſſignatis formam publicam conſulebat, ac juxta eam fines dirimebat, in agris autem occupatoriis veteres limites, quantum poterat, ex terminalibus aucupabatur, ac utriuſque quæcumque inveniebantur monumenta publica eo ſpectantia, & tabulas cenſuales conſulere debebat, earumque teſtimonio controverſiam decidere, niſi aut ſucceſſorum varietate, aut novo poſſeſſorum conſenſu antiquos fines, qui in veteribus monumentis continebantur, additis, vel detractis agris, ac confuſa agrorum priſtina facie, mutatos eſſe appareret, *l. in finalibus* 11. *l. eos* 12. *ff. finium regund. l.* 1. *Cod. eod. tit.* quo refert, & merito Cujacius obſcurum Modeſtini reſponſum *in l. de modo* 7. *ff. finium regund.* ubi aſſeritur, eum qui majorem locum in territorio habere dicitur, ceteris qui minorem locum poſſident, integrum locum aſſignare compelli. Referendus enim eſt Modeſtinus ad agros limitaneos, aſſignatoſve, hoc eſt, illos, qui limitibus in præmium militiæ aſſignari ſolebant, juxta legem *item* 15. §. *pen. ff. de R. V. l. Lucius* 11. *ff. de eviction.* quorum ea natura erat, ut certis, & perpetuis limitibus, ſecundum publicam formam aſſignationis continerentur, adeo ut nec per alluvionem, nec alia ratione incrementum recipere poſſent, *l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin. l.* 1. §. *ſi inſula* 6. *ff. de fluminibus*: unde ſenſus dictæ legis 7. eſt, ſi de modo agrorum aſſignatorum controverſia ſit, & dicatur aliquem plus poſſidere, quam ære, vel publica forma continetur, cogendum publicæ formæ ſtare, & integrum locum reſtituere ei, qui minorem locum habet, hoc eſt, compellendum facere reſtitutionem; quouſque alter integrum agrum ſibi aſſignatum habeat. At vero ubi judex finium regundorum non poteſt dirimere fines, forte propter obſcuritatem, poterit adjudicatione controverſiam dirimere, & ſi forte velit veteris obſcuritatis tollendæ gratia per aliam regionem fines dirigere, poterit hoc facere per adjudicationem, & condemnationem, *l.*2. *in fine, ff. hoc titulo,* hoc eſt, eo caſu ex alterius prædio alii adjudicandum aliquid erit, & eo nomine is, cui adjudicatur, invicem pro eo, quod ei adjudicatur, certa pecunia condemnandus erit, ut explicat Gajus *in l. quo caſu* 3. *ff. hoc tit.* Animadvertendum autem, id habere ſpecialem adjudicationem in hoc judicio, quod non procedit in aliis duobus judiciis familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, quod ipſi prædio, non perſonæ fieri videtur: unde efficitur, ut quamvis in judicio familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, non poſſit unius rei pluribus pro indiviſo adjudicatio fieri, ne judex ſumptus tollendæ communionis cauſa ipſam inducat, *l. hær.* 25. §. *ſi teſtator* 6. *ff. fam. erciſcund.* a qua regula dumtaxat propter neceſſitatem excipitur caſus textus *l. item Labeo* 17. §. 1. *ff. famil. erciſc.* tamen in judicio finium regundorum permittitur uni prædio, quod plurium ſit, partem alterius prædii adjudicare pro indiviſo, *l.* 4. §. *ſi alter* 5. *ff. finium regund.* quoniam non perſonis. hoc eſt dominis prædii, ſed ipſi prædio intelligitur adjudicatio fieri, ut explicat Cujacius *libr.* 2. *obſerv. cap.* 39. Præter hæc etiam ad officium judicis ſpectabit, ut a domino uniuſcujuſque agri id obſervetur, quod ex lege Solonis in XII. Tabulas translatum refert Gajus *in l. ult. ff. hoc tit.* id ſcilicet, ut ſi quis ſepem juxta alienum prædium fixerit, infoderitque terminum, non excedat fines, quorum latitudinem ſupra dixi quinque pedum fuiſſe inter utrumque agrum, eoſque liberos relinquat: ſi maceriam autem faciat, etiam ultra latitudinem finium pedem relinquat: ſi vero domum, pedes duos, quod Leo poſtea *in novella* 71. uſque ad arcus jactum extendit; ſi ſepulcrum, aut ſcrobem foderit, tantum ſpatii relinquat, quantum profunditatis habuerint ſi puteum, paſſus latitudinem, vel ſex pedum, ut maluit Pancirola *l.* 2. *variar. c.* 28. ſi vero oleam, aut ficum plantet, novem pedes relinquat: cujus rationem reddit Plutarchus *in Solone,* & ex eo refert Samuel Petitus *ad jus Atticum lib.* 5. *tit.* 1. ſi autem alias arbores plantet, relinquat quinque pedes, non duos ſolos, ut voluit Alciatus *l.* 1 *diſp. c.* 6. quem reprehendit Cujacius *in d. l. ult.* Hæc intervalla judex ſervari faciat, ſed in agris dumtaxat, in urbe enim alia obſervantur, ut recte notat Cujacius *ubi proxime*: quippe inter vicinorum inſulas ſeſtertius pes ex lege XII. Tabul. relinqui debet, hoc eſt, duos pedes, & ſemis, ſecundum Feſtum *verbo Ambitus*: quos refert lex *Imperatores* 14. *ff. de ſervitut. urban.* notant Cujacius *l.* 1. *obſerv. c.* 4. & Briſſonius *l.* 2. *ſelect. c.* 2. Inter rogum, buſtumve, & ædes ſexaginta pedes relinqui debebant, ex eadem lege XII. Tabul. ſecundum Ciceronem *l.* 2. *de legibus,* aliaque ſpatia inter ædes privatas, horrea publica obſervari jubentur *in l.* 4. *C. Theodoſ. de oper. publicis,* & inter ædes privatas, *l. ſicut* 9. *C. de ædific. privatis,* & inter mœniana, & alia ædificia, *l. mæniana* 11. *C. eod. tit.* notant Cujiacius, & Briſſonius *ubi proxime.* Ergo cum judex in agris ſuperiora intevalla obſervari jubere debeat, quandoque ſic non relicto legitimo ſpatio, aut domum ædificatam, aut arborem plantatam inveniat, jubebit vel deponi ædificium, vel arborem ſuccidi; eoque refero textum *in l.*4. §. *ſed & ſi quis* 3. *ff. finium regund.* Si enim ibi de arbore in ipſis finibus plantata, aut ædificio in ipſa finium latitudine facto ageretur, non unus dumtaxat ſuccidere arborem, aut deponere ædificium juberetur, ſed uterque confinis, cum utriuſque aut arbor, aut ædificium commune factum intelligeretur, ex doctrina *legis adeo* 7. §. *fin. cum l. ſequenti, ff. de acquir. rer. domin. & l. arbor* 39. *ff. communi divid.* cum ſimilibus, ac propterea *in d.* §. 3. dicitur *in fine,* id eſt juxta finem, vel circa finem.

16 Traditur ratio decidendi. Quibus ita animadverſis pro plena cognitione hujus judicii finium regundorum, apparet jam ratio deciſiva hujus conſtitutionis. Et prior partis ratio accurate exprimitur a Lucio III. in illis verbis: *Utraque perſona vices duorum.* Ubi docetur, in hoc judicio quemlibet actoris, & rei partes ſuſtinere: nam quilibet intendit, aut petit illos terminos eſſe obſervandos. Unde quatenus uterque intendit, vel petit, actor eſt: quatenus vero ab utroque petitur, reus cenſetur. Unde hinc inde fit adjudicatio, ſeu condemnatio, quia arbiter ut commodius diviſionem faciat, aut fines conſtituat, poteſt partem fundi adjudicare ei cujus non erat, & eum condemnare, ut alteri ejuſdem partis æſtimationem ſolvat, *l.* 2. *&* 3. *ff. finium regund.* ut jam ſupra notavi. Secundæ etiam partis ratio redditur ab ipſo Lucio in illis verbis: *Quia promptiora ſunt jura ad abſolvendum, quam ad condemnandum.* Cui conſentiunt lex *Arrianus* 47. *ff. de O. & A. c. inter dilectos* 6. *de fide inſtr.* junctis congeſtis a Gloſſa *in præſenti, verbo Promptiora,* Abbate *n.*1. Decio *n.* 4. Felino *n.* 3. Alciato *de præſumpt.* 44. Menochio *eod. tr. l.* 2. *præſumpt.* 91. *& de arbit. centur.* 2. *caſu* 93. Et quia plerumque reus poſſeſſor eſt, ideo deciditur, pro poſſeſſore judicandum eſſe, alias ſi actor poſſideat, & æquales ſint probationes, pro poſſeſſore ſententia ferenda eſt, juxta ſupra tradita: quia fortior eſt præſumptio, quæ exiſtit pro poſſeſſore, quam pro reo, ex regula *Impari de R. I. in* 6. ubi Bohic. *n.* 6. Menoch. *l.* 6. *præſumpt.* 69.

17 Reſpondetur difficultatibus. Nec obſtat prior difficultas ſupra adducta; procedit enim principium illud regulariter in aliis judiciis, ubi unus ex litigatoribus reus eſt, alter vero actor; non vero in judiciis diviſoriis, ubi quælibet pars pro actore, & reo habetur: & in præſenti ſpecie uterque ex litigatoribus ſe in poſſeſſione eſſe allegabat; unde utrique incumbebat onus probandi. Nec poſterior difficultas adverſatur deducta ex facto Salomonis; nam Salomon ſententiam ſectionis, & diviſionis protulit, non definitive, ſed comminatorie, ut erueret ex tali comminatione præſumptionem, cujus virtute ſententiam proferre poſſet; alias in eo caſu mulieri filium poſſidenti puer adjudicandus erat, ut docuerunt Abulenſis *l.* 3. *Regum, c.* 3. *q.* 17. Tiraquell. *de primogenit. qu.* 17. *oppoſit.* 1. *nu.* 11. Et licet ſæpius legamus, judicem rem in judicio deductam inter partes diviſiſſe, *c. ſacerdotis* 1. 12. *qu.* 4. *lege ſi pater* 40. *ff. de hæred. inſtit. l.* 1. *ff. de conjug. cum emanc. l.* id tamen procedit propter perplexitatem, quæ ex actis reſultat, non vero ubi præſumptio adeſt pro uno ex litigatoribus.

C A P U T IV.

a Gregorius VIII. *Præpoſito* b *S. Cataldi, &* c *Archiepiſcopo Caſæ Majoris.*

PRopoſuiſti nobis, dilecte fili Præpoſite, quod cauſa matrimonii, quæ inter dil. fil. O. de Caſanova: & S. filiam O. de Pizzo nobilis mulieris vertitur, vobis fuerit de mandato Apoſtolico *d* delegata: cumque partes eſſent in veſtra præſentia conſtitutæ, mulier propoſuit, ſe nec a viro cognitam, nec potuiſſe cognoſci, quod tam *e* juramento, quam teſtimonio *f* ſeptem mulierum probavit, quæ per experientiam aſſeverant, mulierem adhuc virginem eſſe: viro autem per juramentum ſuum contrarium aſſerente, vos in negotio procedere minime voluiſtis, donec de hoc noſtrum conſilium haberetis. Videtur igitur nobis, quod juramento puellæ, & teſtimoniis illarum VII. mulierum, quæ ipſam per experientiam virginem aſſeverant, eſt fides potius adhibenda.

N O T Æ.

1 a GRegorius VIII.) Quem plures hiſtorici in catalogo Pontificum prætermittunt, ut notat Genebrardus *leg.* 4. *cronol.* ob brevitatem ſui Pontificatus; ſiquidem Eccleſiæ præfuit tantum per menſem unum, & dies 27. electus enim fuit die 21. menſis Octobris anno 1187. & deceſſit die 16. Decembris ejuſdem anni, ut referunt Baronius, & Coriolanus in eodem anno: ſcripſit varias epiſtolas, ex quibus aliquæ repeeriuntur *t.* 7. *conſil.* & apud Baronium *d. anno.* 1187. Epiſtola autem, cujus fragmentum in præſenti refertur, non reperitur: hæc tamen pars extat in ſecunda collectione, *ſub hoc tit. c.* 2. prout hic tranſcribitur.

b *S. Cataldi.*) Eſt Eccleſia Italiæ dicata Sancto Cataldo Epiſcopo Tarentino, cujus miram vitam refert Joann. Juvenis *l. 8. antiq. Tarent.*

2 c *Archiepiſcopo caſæ Majoris.*) Legendum exiſtimabam, *Archipresbytero Caſalis Majoris*; non *Archiepiſcopo*: tum quia nunquam legimus in Geographia ſacra Eccleſiarum, fuiſse Eccleſiam Metropolitanam hujus nomenclaturæ; tum quia ſi Archiepiſcopo reſcriberet Gregorius noſter non ſecundo loco illum apponeret poſt Præpoſitum Sancti Cataldi; quare jamdiu putabam legendum eſſe, *Archipresbytero Caſalis Majoris*. Caſale enim Majus etiam eſt in Italia.

d *Delegata.*) Quando inferiores prælati poſſint de cauſis matrimonialibus cognoſcere, notavi in epigraphe textus *in c. 1. ut lite non conteſt.*

3 e *Non potuiſſe cognoſci.*) Unde vel intendebat ſponſalia de futuro contracta non tranſiiſse in matrimonium, *ex c. is, qui 30. de ſponſal.* ut putavit Immola *hic, n. 6.* vel ipſam poſse ingredi religionem, quia adhuc matrimonium ratum erat, juxta principium textus *in c. ex publico 7. de converſ. conjug.* ut crediderunt in præſenti Joannes Andreas *n. 5.* Butrius *nu. 9.* vel intendens nullitatem matrimonii propter viri impotentiam, ut docet Thom. Sanch. *l. 7. de matrim. diſp. 109. n. 6.* cujus ſententiæ libenter ſubſcribo ſupponendo, per triennium cohabitaſse uxorem cum ipſo marito, alias non poſset ex cauſa frigiditatis matrimonium diſsolvi, *cap. laudabilem*, ubi late dicemus, *de frigidis, & malef.*

4 f *Juramento.*) Ad probationem copulæ inter virum, & uxorem plerumque defertur juramentum, *c. continebatur, de deſp. impub. c. 1. de frigidis, c. ſi quis acceperit, 33. q. 1.*

g *Septem mulierum.*) Cum regulariter obſtetrices duæ, aut tres adhibeantur ad inſpectionem, major numerus non deſideratur, *c. cauſam, hoc tit. d. c. laudabilem*, ex regula textus *in cap. in omni 5. de teſtibus*; & quia ubi lex aliquid defert peritorum judicio, duo tantum deſiderantur, *novell. 7. Juſtin. c. 3.* notarunt Garcia *de expenſis, c. ultim. n. 20.* Sanchez *ubi ſupra, n. 8. diſp. 113. n. 16.* Nec contrarium probatur in hoc textu, in quo factum tantum refertur prout contigit, non tamen deciditur, ſeptem obſtetrices deſiderari, licet contrarium ex relatis verbis docuerit Cardinalis, *hic in princ.* Pacianus *l. 2. de probat. cap. 2. num. 26.* nec etiam aliud docetur *in l. 1. §. de inſpiciendo, ff. de ventre inſpic.* ubi deſiderantur quinque obſtetrices ad inſpiciendum ventrem quia ut recte notavit Accurſius *ibi*, verbo *quinque*, quem ſequitur Sanchez *d. diſp. 109. n. 8.* quinque deſiderantur obſtetrices in ea ſpecie, propter ſuſpicionem ſuppoſitionis partus, cum mulier diceretur prægnans; ſed ſi in præſenti textu ageretur de diſſolutione matrimonii ex conſenſu amborum, tunc ſimul cum eis ſeptem honeſtæ perſonæ jurare debebant, & tunc pro forma deſideratur numerus ſeptem teſtium *d. cap. laudabilem, cap. fin. de frigid.* latius dicemus *in c. quia indicante, de præſcriptionibus.*

COMMENTARIUM.

5 Concluſio probatur. Ex præſenti deciſione communiter ſequens deducitur aſſertio: "Si uxor per proprium juramentum, & inſpectionem matronarum probat ſe virginem eſſe, ſtatur ejus probationi, licet vir contrarium juramento firmaverit." Probant textus *in c. quod autem 29. 27. q. 2. c. 1. 33. qu. 1. c. 1. de frigid.* Conſonant Capitul. Caroli Magni *l. 5. c. 55. l. 8.* ubi notat Gregorius *gloſ. 6. tit. 14. p. 3.* Exornant ultra congeſtos in præſenti a Garanna, & Barboſa *in collect. & ſelect.* Covarr. *ad tit. de fridig. c. pen.* P. Gr. *l. 2. ſyntag. c. 12. & in c. 1. de ſponſ. n. 30* Gentilis *de nuptiis, l. 7. c. 9.* Baſilius *l. 7. de matrim. c. 62.* Hurtado *de reſid. tom. 2. reſol. 7. fol. 247. & 291.* Cujacius & Balboa *ad hunc textum.*

6 Sed pro dubitandi ratione ita in præſentem aſſertionem inſurgo. Si maritus jurat ſe cognoviſſe uxorem, uxor vero juramento contrarium affirmat, marito fides adhibenda eſt, *c. ſi quis acceperit 33. q. 1. c. 1. de frigidis, c. continebatur, de deſponſ. impub.* & merito, cum maritus caput uxoris ſit. Tiraquel *in l. 1. connub. n. 21.* Igitur non recte deciditur, præferendum eſſe juramentum uxoris juramento viri. Augetur hæc difficultas ex eo, nam nec juramento mulieris nullitatem matrimonii ob frigiditatem, ſeu impotentiam viri petentis, nec obſtetricibus virginem eſſe declarantibus fides adhibenda eſt. Non juramento mulieris; tum quia dum illa novas nuptias appetit, facile pejerat, *l. 2. C. de indict. viduit. novella Juſtin. 22. c. 93.* tum quia generaliter mulieribus jurantibus non ſemper credendum eſt, juxta paræmiam Græcorum verſam a Tiraquello *in l. 9. connub. n. 55. Muliere jurante ridet cœlum.* Unde ajebat Genelaus apud Athenæum *l. 10. Mulieribus jusjurandum in vino ſcribo*, ideſt, nullius momenti judico, ut interpretatur Eraſmus *chiliad. 1. adagio 56.* Non etiam ſtandum eſt obſtetricum depoſitioni, quia virginitatis judicium difficile, ac impoſſibile judicatur, juxta Sapientis teſtimonium, qui cum tria difficilia agnoviſſet, videlicet aquilæ volatum in cœlo, ſerpentis viam in terra, & navis in mare; quartum ſe penitus ignorare fatetur, videlicet viam viri in adoleſcentula: ſic enim *c. 31. Proverbiorum*, legendum eſt ex codice Hebraico; tum quia incertæ, dubiæ, & fallaces ſunt omnes iſtæ inſpectiones. D. Cyprianus relatus *in cap. quod ſi, 27. qu. 1.* ibi: "Nec aliqua putet ſe poſſe hac excuſatione defendi, quod inſpici, & probari poſſit, an virgo ſit; cum & manus obſtetricum ſæpe fallantur." Unde D. Ambroſius *l. 8. ep. 64.* Siagrium Epiſcopum, qui inſpectionem hujuſmodi fieri juſſerat, acriter corripit his verbis: "Quid quod ipſi Archiatri dicunt, non ſatis liquido comprehendi inſpectionis fidem, & ipſis medicinæ vetuſtis Doctoribus id ſententiæ fuiſſe: nos quoque uſu hoc agnovimus, ſæpe inter obſtetrices obortam varietatem, & quæſtionem excitatam, ut plus diſputatum ſit de ea quæ inſpiciendam ſe præbuerit, quam de ea, quæ non fuit inſpecta." Ideoque obſtetricum judicio minime acquieſcendum eſſe fatentur Cujacius *l. 17. obſerv. c. 20. & 27.* Robertus *l. 4. rer. judic. cap. 20.* Rouſſellius *l. 6. hiſt. cap. 5. num. 25.* Fornerius *l. 6. rer. quotid. cap. 19.* Menochius *l. 2. arbitr. caſu 89. num. 24.* Pinæus *de notis virgin. fol. 285.* Igitur in præſenti contra juramentum mariti fides adhibenda non erat mulieris juramento, & matronarum depoſitioni.

7 De judicio peritorum. Qua difficultate ita fulcita non obſtante, vera eſt præſens deciſio, pro cujus expoſitione ſciendum eſt, in quacumque arte ejus peritis fidem adhibendam eſſe ad definiendas quæſtiones, etiam in judicio, *l. pen. C. de judic.* Valerius Maximus *l. 8. c. 13.* Plinius *l. 1. ep. 10.* Ut enim de pictore, ſculptore, niſi artifex judicare; ita niſi ſapiens non poteſt perſpicere ſapientem: unde de modo prædii agrimenſores judicant, *l. 3. C. finium regundorum, l. 1. & per totum, ff. ſi menſor falſum modum, c. quia indicante, de præſcript.* de Advocatorum eruditione Juriſperiti, *l. nemini, C. de advocat. diverſ. judic.* de vulnere Chirurgi, *c. ſignificaſti, de homicidio*: de morbo medici; *l. ſemel 6. C. re milit. l. 7. menſe, ff. de ſtatu homin.* de corporis tandem habitu obſtetrices, quæ ex aſpectu judicium proferunt, an mulier gravida, vel virgo ſit; *l. 1. in princ. ff. de ventre inſpic.* Paulus *l. 2. ſent. tit. 24. c. pen. hoc tit. c. pen. & ult. de frigidis*: docent Pacianus *l. 1. de probat. c. 47. n. 14.* Morquecho *de diviſ. bonor. c. 4* Plaza *de delictis, l. 1. c. 13. ex n. 6.* Amaya *l. 2. de jure fiſci, ex n. 3.* In ipſis enim eſt quædam artis medicinæ peritia, præcipue in materia partus, ut probat Paulus Zacchias *qq. medicolegal. tit. 1. q. 12.* unde medicinam exhibere dicuntur *in l. 1. §. ſed & obſtetricum, ff. de variis, & extraordin.* Paulus *ubi ſup.* illic: *Obſtetricis ideſt medica.* Et Imperator Juſtinianus de ſervorum pretio diſſerens, cum artifices triginta ſolidis æſtimaſſet, excepit medicos utriuſque ſexus, *l. unic. C. commun. de l.* Et Romæ fuiſſe medicas ad medendas matronas, refert Pignorius *de ſervor. offic. c. 43.* Hic apud Ulpianum diſceptata quæſtio de obſtetrice, quæ mulieri medicamentum dedit, ſi mulier inde perierit, an obſtetrix lege Aquilia teneatur, *in l. 4. §. item ſi obſtetrix, ff. ad l. Aquil.* quam perdocte exponunt Merillus *l. 5. obſerv. c. 21.* D. Joannes Suarez *ad l. Aquil. l. 3. c. 6. ſect. 2.* Guillelmus Fornerius *l. 3. ſelect. c. 29.* Rodulphus Fornerius *l. 6. rerum quotid. c. 19.* præcipue autem obſtetrices adhibentur propter ſexus verecundiam, & honeſtius earum judicio committitur, an mulier corrupta, virgove ſit, ut, docent Thom. Sanchez *d. diſp. 113. n. 21.* Greg. Lopez *in l. 5. gloſſ. 9. tit. 8. part. 4.* Pacianus *de probat. d. c. 2. n. 15. & 16.* aliquando tamen & viros adhiberi poſſe probat Robertus *l. 4. rerum judic. c. 10.* Et licet Cujacius *l. 17. obſerv. c. 27.* exiſtimet, nunquam hujus rei judicium obſtetricibus fuiſſe commiſſum, contrarium tamen eſſe obſervatum, & obſervandum, conſtat *ex c. ſi pænitentiam 27. q. 1. c. pen. hoc tit. c. 1. de frigidis*; probat Gibalinus *de negot. t. 2. l. 6. c. 3. art. 9. n. 66.*

8 De inſpectione matronarum. Secundo ſciendum eſt, quod licet certa, indubitata, ac infallibilia ſigna virginitatis non dentur, tamen probabilia indicia dari magni Medici agnoverunt, qui nonnullos modos adducunt, quibus integritas ipſius virginis cognoſci poſſit. Primum adducit Pineus *de notis virgin. c. 5.* & ait, nonnullos ſcribere, intactam eſſe virginem ſi filum ei ab extremo naſo ad ſuturæ coronalis medium, & finem ſagittalis, per glabellum, & frontem mediam ductum, extenſum collum ejuſdem puellæ intra ſe comprehendere poſſit: inde apud aliquas nationes obſervatum legimus, ad cognoſcendam ſponſæ virginitatem die præſenti nuptiarum filo collum puellæ circumdaſſe, & poſt copulam mane ſequenti die eodem filo collum metiebantur, & ſi illum groſſius factum inveniebant, ſponſam virginem fuiſſe arbitrabantur: de quo more exaudiendus eſt Catullus *in epitalamio Pelei, & Tebides*, dum ait:

Non illam nutrix orienti luce reviſens
Heſterno collum poterit circumdare filo.

Secundum modum refert Plinius *l. 36. hiſtor. c. 19.* & ex eo Anſelmus Boetius *l. 2. de lapid. & gemmis, c. 265.* dum ait: Virginitatem gagates non ſolum ſuffitu, ſed etiam potu explorat; nam ſi pulverem biberet inſcia virgo, urinam minime reddit; reddit autem ſi corrupta fuerit. Addunt etiam, virgines ab apibus licet iratis minime feriri. Signa etiam virginitatis referunt Scaliger *in comment. l. 2. hiſtoriæ animal.* Avicenna *l. 2. can. fen. 21. tr. 1. c. 1.* Veſalius *l. 5. anat. c. 15.* Falopius *in obſerv. anatom.* Platerus *in tabula anat.* Vvierus *l. 3. de Lamiis, c. 20.* Andernacus *l. 1. inſtit. anatom.* Berengarius Carpenſis *in iſagog. pag. 10.* qui præcipuum ſignum deducunt ex quadam membranula hymen dicta, quam etiam cugium virginitatis, clauſtrum integritatis, argumentum caſtitatis, munimentum, florem virgineum, panniculum virginalem, cuſtodiam, ſigillumque virginitatis, ipſi appellant. Capibacius *in tractat. de ſignis virginit.* ſcribit, quod ſi exploratio virginitatis poſſibilis ſit, poteſt quatuor ſignis deprehendi, videlicet mutatione odoris, alteratione vocis, præſentia hymenis, & generatione congeriei. Sed rectius poſt eos exiſtimarunt Augenius *t. 2. ep. & conſultat. medic. l. 1.* Severus Pineus *integro opuſc. de notis virginit.* Paulus Zacchias *quæſt. medicolegal. l. 4. tit. 2. q. 1.* dari non poſſe ſignum ullum ſcientificum virginitatis: ſed tantum indicia & conjecturas. Videndi ſunt Arniſeus *de jure connub. cap. 3. ſect. 4.* Canonherius *ad aphor. Hippoc. t. 1. fol. 412.* Barboſ. *leg. 2. voto 17.* Bravo *in diſp. apol. Med. ſect. 5. reſol. 9.*

9 Traditur ratio decidendi. His ita animadverſis, vera hujus deciſionis ratio ex eo provenit, nam in concurſu probationum ſemper plenior prævalet, *l. ob carmen 21. §. fin. ff. de teſtibus, c. in noſtra 32. eod. tit. c. licet 9. hoc tit.* docent Jaſon *in l. admonendi, n. 267. ff. de jurejur.* Gilkenius *in l. jurisjurandi, n. 35. C. de teſtibus.* Gratianus *diſcept. c. 361. n. 23.* Sed in præſenti ſpecie probatio mulieris plenior fuit, cum ultra ipſius juramentum confirmaverit ſuam aſſertionem teſtimonio ſeptem matronarum, quarum judicio plurimi deferendum erat; tum quia obſtetrices, & peritæ in parte reperiebantur, tum quia de viſu deponebant; & ocularis probatio excellentior eſt qualibet alia, *§. fin. Inſt. de gradibus*: quia ut ait Horatius in arte poetica.

Segnius irritant animos demiſſa per aurem
Quam quæ ſunt oculis ſubjecta fidelibus.
Ipſeque quæ ſibi tradit ſpectator.

Unde recte noſter Gregorius VIII. in præſenti decrevit præferendam eſſe mulieris probationem juramento viri.

10 Reſpondetur difficultatibus. Nec obſtant difficultates ſupra expenſæ. Non prior deducta ex dicto capite *continebatur*, & *c. 1. de frigidis*; cui, ut ſatisfaciat Cujacius in præſenti, diſcrimen conſtituit inter eum caſum, in quo ſtatim poſt contractum matrimonium conqueritur puella de imbecillitate viri, & nullum dicit matrimonium; & inter eum, in quo multo poſt querelam inſtituit. Primo caſu affirmat perdoctus vir, mulieris depoſitioni credendum eſſe; ſecundo vero viri juramento plenam fidem adhiberi. Sed hac omiſſa diſtinctione, verius dicendum eſt, in concurſu juramenti præſtiti tam a viro, quam ab uxore, fidem adhibendam eſſe marito, ex ratione, & auctoritatibus ſupra adductis: ſed cum in præſenti ſpecie juramento mulieris accederent depoſitiones ſeptem matronarum, ideo probatio uxoris, ut plenior præfertur juramento viri. Nec etiam obſtat poſterior difficultas, nam licet jus Pontificium fallacem eſſe inſpectionem obſtetricum agnoverit, ex juribus ſupra adductis, ideoque *in c. ult. de frigidis*, judicibus præcipiatur, quod licet præceſſerit puellæ inſpectio, ſeptima propinquorum manus adhibeatur, tamen propter indicia, & conjecturas, quæ ex hujuſmodi inſpectione a peritis facta oriri poſſunt, illis aliqualem fidem defert, non plenam, alias novum juramentum non exigeret. Nec adverſatur auctoritas D. Ambroſii, nam ſanctus Doctor loquitur de moniali, quæ non eſt inſpicienda per obſtetrices, ne forte cum ejus dedecore, & infamia aſſerant illam eſſe corruptam: quæ ratio cum ceſſet in muliere nupta, ideo in ea recte decernitur hæc inſpectio.

11 Exponitur canon 17. Concilii apud Vvermeriam. Sed in hac parte difficilis eſt canon 17. Concilii apud Vuermeriam, in illis verbis: "Si qua mulier proclamaverit, quod vir ſuus nunquam coiiſſet cum ea, exeant inde ad crucem: & ſi verum fuerit, ſeparentur, & illa faciat quod vult." Ex quibus conſtat, cum agitur de nullitate matrimonii, ob impotentiam viri, ut in præſenti ſpecie agebatur, neque inſpectioni matronarum, nec juramento viri, aut uxoris fidem adhibendam eſſe, ſed ad examen crucis eſſe perveniendum. Pro cujus canonis expoſitione ſciendum eſt, olim apud nonnullas nationes, quamvis orthodoxas, uſitatas fuiſſe nonnullas probationes, rerumque occultarum inquiſitiones, quas poſteri legislatores ut ſuperſtitioſas, Deique tentatrices interdixerunt, ut latius dicemus *in tit. de purg. canonic.* inter quas præcipue in uſu erat examen crucis, de quo ita cavetur *l. 4. legum Franc. c. 40.* "De eo qui perjurium fecerit, nulla redemptione, niſi manum perdat. Quod ſi accuſator contendere voluerit de ipſo perjurio, ſtent ad crucem, & ſi jurator vicerit, lege ſua accuſator emendetur." In eiſdem legibus hæc continentur *in l. 3. legum Franc. c. 46. edit. Pithoei. Si actor venerit, & rem intertiatam recipere renuerit, campo, vel cruce contendat.* Et *in l. 4. earumdem legum, in append. 2. c. 33.* in hunc modum: "Si aliquis Saxo hominem apprehendit abſque furto, aut abſque ſua propria aliqua re, dicens, quod illi ſit damnum factum, & hoc contendere voluerit in judicio, aut in campo, aut ad crucem, licentiam habeat." Illuſtrant Lindembrog. *in Gloſſar. verbo Crucis*, Grethſerus *de cruce l. 2. cap. 21. per tot.* quod examen ſeu judicium crucis fiebat juramento præſtito ad crucem; ita tamen ut expectaretur aliquis miraculoſus eventus in favorem alterutrius partis, ſicut expectabatur in probatione ferri candentis, & aquæ frigidæ. Unde *in d. can. 17.* jubetur, ut ſi de impotentia inter virum, & uxorem controverſia ſit, exeant ad crucem, & juramentum ſuper eam præſtent; & ſi verum claruerit impedimentum frigiditatis, ſeparentur. Unde examen illud crucis pro juramento accipiendum eſt; ſed cum in eo expectaretur miraculoſus eventus, hodie injungi viro, aut uxori non poteſt.

12 Intelligitur c. laudabilem, de frigid. & malef. Supra traditæ aſſertioni adverſatur textus *in c. laudabilem, de frigidis & malef.* in illis verbis: "Mulier ſi per juſtum judicium de viro probare potuerit, quod cum eo coire non poſſit, accipiat alium." Ubi ut mulieri contra maritum fides adhibeatur, juſtum judicium deſideratur. Igitur non ſufficit mulieris juramentum, etiam accedente matronarum depoſitione. Pro cujus difficultatis ſolutione ſciendum eſt, juſtum judicium appellari in eo textu, quod verum dicitur *in c. 1. eod. tit. c. quod autem, 33. q. 1.* quia promiſcue a Latinis uſurpatur verum pro juſto, & e contra: unde juſtus mariti dolor appellatur *in l. ſi adulterium 38. §. Imperator, ff. ad l. Juliam, de adult.* verus dicitur *in l. quamvis 30. C. eod. tit.* late illuſtrant Budeus *in annotat. ad leg. 3. ff. pro ſocio*, Fornerius *l. 1. rer. quotid. c. 19.* Juſtum autem judicium, ſeu verum, in illis juribus accipitur pro teſtimonio matronarum, juramento accedente ſeptem propinquorum: quæ probatio deſideratur ad diſſolvendum matrimonium, & ut aliud uxor contrahere valeat, quod juſtum judicium in præſenti caſu aderat, ſiquidem ultra juramentum proprium ipſius uxoris, ſeptem etiam obſtetrices depoſuerunt eam virginem eſſe, unde uxoris probatio juramento viri præfertur.

CAPUT V.

a Clemens III.

Tertio quippe a nobis loco fuit ita quæſitum. Ecce quod quidam regularis *b* ſigillum Capituli commune ſuſcipiens, quoddam inſtrumentum cuidam amico ſuo *c* ſignavit, quo alienatio rerum Eccleſiæ immobilium, tamquam ei facta continebatur; ſuper qua dum lis conteſtaretur, procurator univerſitatis illud inſtrumentum aſſerebat de aſſenſu Conventus non fuiſſe *d* collatum, & ſic vel *e* adulterinum, vel furtivum eſſe dicebatur. Cumque volens falſitatem civiliter revelare, Fratres regulares ad perhibendum teſtimonium produxiſſet, jurati dicebant, quod eo tempore, quo adverſarius allegabat idem inſtrumentum ſibi fuiſſe collatum, quoties de re iſta inter fratres aliqua mentio erat, conſilium totius Conventus, & vox fuit unanimis, quod *f* nolebant alienationem rerum illarum, ſed res domus ſuæ fore integras, & conſervari volebant. Sed quoniam adverſarius teſtes aliquos minime producebat, ea eſt forma conſultationis, quid judex hic ſtatuere debeat? an ſcilicet inſtrumento, an teſtibus fides ſit potius adhibenda. Repondemus autem, ſecundum aſſertionem teſtium *g* dumtaxat cenſendum eſſe.

NOTÆ.

a *Clemens III.*) Ita etiam legitur, in ſecunda collectione, *ſub hoc tit. c. 2.* ſed vera hujus textus inſcriptio repetenda, & reſtituenda eſt ex traditis *in c. prudentiam 21. de offic. del.*

1 b *Sigillum Capituli.*) Quælibet enim Eccleſia, regularis, ſeu ſæcularis, proprium habet ſigillum, *c. ſignificavit, de appellat. c. dilecta, de exceſſ. Prælat.* unde ſigillum argumentum eſt univerſitatis, *dict. c. dilecta*, quod impreſſam habet notam, ſeu ſignum commune, quale fuit olim annulus, ut ex Tacito, & Svida probat Cironius *ad titulum de his quæ fiunt a majori parte*: ideoque ſigillum dicitur annulus Eccleſiæ *in c. 1. 73. diſt.* & fidem facit in inſtrumentis, ubi apponitur, *c. 2. de fide inſtrum.* ubi dicemus.

2 c *Signavit.*) Quo facto falſum commiſit. Gloſſa *in c. memoriam, 19. dist.* Felinus *in c. 2. de fide inſtrum. n. 36.* Vveſembech. *conſil. 178.* Opingius *de jure ſigillorum, cap. 14.* nec ideo Capitulo præjudicat; ſicut ſigillum domino ignorante apponens, illi non præjudicat, *l. Gajus Sejus, ff. de pignorat. act.* Vveſembechius ſupra, *n. 30.* Opingius *c. 5. n. 73.* non tamen in præſenti ſpecie agebatur judicio criminali, propter falſitatem, nam tunc teſtis ex ipſa communitate non admitteretur, ut docet Barboſa *in c. 1. 14. q. 2. n. 3.*

d *Confectum.*) Nec etiam ſigillum impoſitum, cum ex amicitia intercedente inter regularem, & eum, qui dicebat rem ſibi alienatam fuiſſe, præſumeretur ſigillum ſubtractum, & falſo impoſitum, ut docent Gabriel *l. 1. de præſump. concluſ. 4. num. 13.* Maſcardus *de probat. concluſ. 1313. nu. 13.* pro qua ſententia expendit textum *in l. 2. Cod. de rebus alienis*, Gambara *l. 8. de offic. Legati, n. 224.* & per conſequens non nocere Capitulo, docuit Menochius *l. 2. de præſumpt. c. 57. num. 39.* 3

e *Adulterinum & furtivum.*) Ideſt, ut docent Cardinalis *hic, num. 1.* Panormit. *nu. 3.* falſum, aliunde fabricatum ficto ſubtractoque ſigillo; allegabat enim procurator, ſeu ſyndicus, ſigillum tunc probare alienationem, cum apponitur ab eo, qui facultatem ſigillandi habet, conſentiente domino: non vero ſi furtim ab alio ſigillum apponatur, ut docent Covarr. *practic. cap. 22. num. 9.* Menochius *l. 1. de arbitr. caſu 113. num. 6.* Maſcardus *ubi ſupra, num. 11.* Ex his etiam verbis recte deducunt Aretinus *num. 3.* Miſyngerus *num. 7.* Decius *num. 25.* exceptionem alternativam in judicio admitti, quando in utraque parte alternativæ intentio excipientis concluditur, quod etiam probatur *ex cap. ex parte 12. de reſcriptis*, facitque textus *in leg. quod ſi 36. Digeſt. de acquir. hæred.* 4

f *Nolebant.*) Inde deducunt Gloſſa *hic*, verbo *Confectum*, 5

Cardinalis nu. 1. Felinus nu. 5. negativam probari, quando eſt in facto proprio, ut ſi teſtis dicat, ſe fuiſſe præſentem, & non vidiſſe; quia tunc teſtes non removent ſenſum ab actu, ſed actum a ſenſu, ut docuerunt Maſchard. *de probat. concluſ.* 1001, *n.* 9. Barboſa *hic*, *n.* 4. Quæ doctrina licet vera ſit, tamen præſenti deciſioni non adaptatur, ſiquidem in hac ſpecie non probatur factum negativum, ſed dictum negativum id eſt placitum Capituli dicentis, ſe nunquam voluiſſe alienationem celebrare: ex qua Capituli ſententia infertur, alienationem ex illius conſenſu celebratam non fuiſſe, nec ejus gratia ſigillum ſcripturæ fuiſſe appoſitum, imo falſo, & furtive adjectum.

g *Tantummodo judicandum.* Quia in probatione per inſtrumenta aderat ſuſpicio falſitatis, videlicet ſigillum furtim fuiſſe appoſitum: unde non æqualem auctoritatem habet probatio per inſtrumentum, quam offerebat alienationem intendens; ac probatio teſtibus facta a monaſterio, ut notavit Donellus *l.* 24. *comment. c.*19. alias æqualem vim habent depoſitiones teſtium, ac inſtrumenta, *l. in exercendis* 15. *C. de fide inſtrum.* nec contrarium probatur *in l.* 1. *C. de teſtibus*, & in aliis juris locis, quorum interpretationem dabimus *in c.* 1. *de teſtibus*. 6

Concluſio ex hoc textu communiter ita deducitur: Canonici, ſeu religioſi poſſunt teſtimonium dicere in cauſa propriæ communitatis. Quam late examinabimus *in c.* 9. *de teſtibus*. 7

C A P U T VI.

a Clemens III. *Aquilmari Epiſcopo*.

JUravit quidam, ut aſſeris, ſe quamdam in uxorem b legitimam accepturum: & cum vellet eam c traducere, quidam juramentis ſecundum morem exhibitis, legitime probaverunt illos in quinto d gradu ſibi invicem attinere. Quia vero requiſiſti a nobis, quid agendum ſit, cum quidam alius ſit, qui velit eos probare contra prædictam probationem juramentis canonicis factam, nullo ſe conſanguinitatis gradu contingere; f. t. in præſenti articulo reſpondemus, quod ſtandum eſt primæ probationi, nec de unius teſtimonio tantum curandum eſt. Illud etiam, ut matrimonium remaneat, non ſuadet, quod ſponſus, & ſponſa conſtanti aſſertione proponunt, ſe carnaliter cognoviſſe, cum commercium carnale inter non legitimas perſonas matrimonium de jure facere non poſſit.

N O T Æ.

a CLemens. III.) Ita legitur in ſecunda collectione, *ſub hoc tit. c.* 4. ex qua ita textum reſtituo; ubi tamen fuiſſet Epiſcopus Aquilmarus; non conſtat; nec in Geographia univerſali Eccleſiarum ſimilis diœceſis mentio reperitur.

b *Legitimam accepturum.*) Per hæc verba ſponſalia de futuro contrahi probatur *in cap. de illis*, *c. penul. de ſponſ.* & docent Covarr. 2. *part. de ſponſ. c.* 4. §. 1. *n.* 4.

1 c *Eam traducere.*) In domum propriam, juxta uſum deductionis in domum mariti, quem illuſtravi *in c. ex parte* 24. *de reſtit. ſpol.* Per hanc deductionem, ſeu traditionem ſponſalia de futuro tranſire in matrimonium de præſenti, docuerunt Joannes Andreas *in c. fin. de ſponſal.* Decius *hic*, *nu.* 2. Alciatus *de præſumpt. regul.* 3. *præſumpt.* 38. Paleotus *de nothis, & ſpuriis*, *c.* 29. *n.* 6. Covar. *in* 4. 2. *p. c.* 4. §. 2. *num.* 1. Maſcardus *de probat. concluſ.* 1031. Menochius *de præſumpt. l.* 3. *præſumpt.* 2. *n.* 55. pro qua ſententia faciunt diſerti textus *in l. mulierem*, *ff. de ritu nupt. l. cum fuerit* 14. ubi notat Gloſſa, *de condit. & demonſtr. authent. quibus modis natural. effic. legit.* Sed inſpecto jure Pontificio verior, atque receptior eſt contraria ſententia, quam defendunt Covarr. Maſcardus, & Menochius *ubi proxime*, Guttier. *de juram. confirm.* 1. *part. c.* 51. *n. ult.* & *qq. canonic. c.* 21. *n.* 34. Et licet in ſponſalibus contractis de præſenti, ſecuta deductione ſolemni in domum mariti, præſumatur matrimonium contractum, juxta tradita *in d. c. ex parte*, hoc tamen non procedit in ſponſalibus de futuro, in quibus non adeſt legitimus conſenſus de præſenti. Hodie etiam poſt conſtitutionem Concilii Tridentini *ſeſſ.* 24. *de reform. c.* 1. ubi ſtatuitur, matrimonia non cenſeri legitima, ſed clandeſtina, & nulla, niſi præſente parocho, vel alio ſacerdote de ipſius parochi licentia, & duobus, vel tribus adſtantibus contracta fuerint, ceſſat hujuſmodi præſumptio in hoc, vel ſimili caſu; nec hodie dantur matrimonia præſumpta.

2 d *In quinto conſanguinitatis gradu.*) Licet temporibus Fabiani Pontificis matrimonium uſque ad quartum gradum ita prohiberetur, ut ſi ſemel de facto celebraretur, non ideo diſſolveretur, *c. de propinquis* 3. *cap. ad hoc* 12. 35. *q.* 2. tamen poſtea Julius Pontifex anno 340. matrimonium in ſeptimo gradu prohibuit, *c. nullum* 7. *c. de conſanguinitate*, *eadem cauſa & quæſtione*; quæ prohibitio duravit, & obſervata fuit uſque ad tempora Innocentii III. qui illam tantum ad quartum gradum reſtrinxit *in c. non debet*, *de conſanguin. & affin.* ubi latius dicemus. Unde temporibus Clementis III. uſque ad ſeptimum gradum hæc prohibitio protrahebatur.

C O M M E N T A R I U M.

3 Textus exponitur. PRo hujus textus vera interpretatione ſciendum eſt, quod licet regulariter in omnibus cauſis, publicatis atteſtationibus amplius teſtes admitti non debeant, *c. fraternitatis* 17. cum duobus ſequentibus, *c. cum veniſſet* 25. *c. dum cauſa* 42. *c. conſtitutis* 46. *c. per tuas* 48. *de teſtibus*, *Clement.* 2. *eod. tit.* propter periculum falſitatis, & ſubornationis, *d. c. fraternitatis* 17. tamen excipitur cauſa matrimonialis, cum de matrimonii vinculo diſſolvendo agitur; quia tunc etiam publicatis atteſtationibus teſtes admitti valent, *c. ſeries* 26. *c. ex tenore* 35. *c. cum in tua* 44. *de teſtib. c. ſicut* 22. *de ſponſ.* ſicut & poſt publicatas atteſtationes matronæ examinari poſſunt, *c. cum matrimonii* 14. *hoc tit.* & inſtrumenta exhiberi valent, *c. cum dilectus* 9. *de fide inſtrumen.* quia in illis cauſi grave periculum animarum imminet, ne contra veritatem temere conjuges ſeparentur, argumento capitis *licet* 47. *de teſtibus*; & ideo ſicut poſt ſententiam latam admitteretur contraria probatio, *c. lator*, *c. conſanguinei*, *de re judic.* junctis traditis per Covarr. *in* 4. 2. *p. c.* 8. §. 12. Thom. Sanchez *de matrimon. l.* 7. *diſp.* 100. ita & poſt publicatas atteſtationes iterum teſtes recipiuntur: nec contrarium probat textus præſens, cui ut ſatisfaciat Gloſſa ultima in præſenti, & *in d. c. ſeries*, affirmat, textus *in d. cap. ex tenore*, *cap. cum in tua*, procedere quando agitur de probando impedimento ad diſſolvendum matrimonium jam contractum: quo caſu ob maximum periculum, quod verſatur in ſeparando matrimonio legitime contracto, ut *in c. ex quadam* 27. *de teſtib.* teſtes debent admitti omni tempore: ceterum præſentem textum procedere in matrimonio contrahendo, in quo nullum verſatur periculum, quamvis non celebretur. Sed hoc diſcrimen impugnatur ab Hoſtienſi in præſenti, & Abbate *nu.* 2. ex eo, quia æquale periculum, & damnum timetur in caſu matrimonii contrahendi, aut diſſolvendi: nam ſi pronuncietur, non eſſe contrahendum, ut in præſenti caſu, frangitur fides ſponſaliorum: quæ ſervanda eſt, *c.* 2. *c. præterea*, *de ſponſ.* & ſi pronuncietur matrimonium eſſe contrahendum perſiſtent in eo conjuges, qui ex aliquo divinæ, vel humanæ legis impedimento contrahere prohibentur. Facit textus diſertus *in c. atteſtationes*, *de deſponſ. impub.* Quare omiſſa hac ſolutione, & alia adducta a Balboa *in c. lator*, *n.* 35. *de re judic.* placet ſententia Cujacii hic aſſerentis, poſt publicationem teſtium hac in ſpecie non admitti teſtis depoſitionem; quia unus tantum probationi offerebatur, ut conſtat ex illis verbis; *Quidam alius probare valet.* Et ibi: *Nec de unius tantum teſtimonio curandum eſt.* Unde ob ſingularitatem teſtis admiſſa non fuit nova probatio; ſiquidem ex ejus depoſitione parum, aut nihil probari poterat. Nec etiam obſtat textus *in c. conſtitutis* 46. *de teſtibus*, ubi cum Pontifex affirmet, in cauſa matrimoniali alios teſtes eſſe admittendos, eam adjecit limitationem, cum partes teſtificata non ſciverint. Igitur contrarium obſervari debet, ſi publicatis atteſtationibus partes teſtificata didicerint; nam in eo textu non agebatur de jure, aut vinculo matrimonii, ſed de viribus facti in cauſa matrimoniali contingentis, ut conſtat ex eodem textu, ibi: *Super proceſſu*; & ideo in ea ſpecie ceſſat peccatum, & peccati periculum: unde locum habet regula generalis, juxta quam publicatis atteſtationibus teſtes recipi non poſſunt, ut jam docuerunt in eo textu Gloſſa 2. Hoſtienſis, Abbas, & Felinus, quos ſequitur Maſcardus *ubi ſup.* in fine. Nec etiam obſtat ratio ſubornationis, ſeu falſitatis, quæ impedit novam probationem publicatis atteſtationibus. Primo quia judex non debet ſemper & indiſtincte publicatis atteſtationibus in cauſa matrimoniali novos teſtes admittere, ſed cauſa cognita, & delato, ſi oportuerit, prius juramento ei, qui teſtes producere vult. Ex quibus omnibus, ſi agnoverit cauſam, ob quam teſtes admitti debeant: & ceſſare periculum ſubornationis, & falſitatis, poterit novos teſtes admittere. Secundo, quia etſi detur aliquis timor ſubornationis, non attenditur, ad vitandum gravius damnum, & diuturnum peccatum, ſeu peccati periculum, quod inſurgit ex ſeparatione conjugii legitime contracti, ut recte animadvertit *ubi ſupra*, *n.*8. prout etiam contingit in minore, & illis, qui fruuntur jure minoris; qui omnes etiam publicatis atteſtationibus poſſunt producere novos teſtes, ut docent Innocentius *in cap. auditis*, *de in integrum reſtit.* Socinus *reg.* 403. *fallent.* 27.

CAPUT

C A P U T VII.

a Innocentius III. *Epiſcopo Pariſienſi, & Magiſtro R. de Curcon, Canonico Noviomenſi Pariſiis commoranti.*

POſt ceſſionem dil. f. *Et infra*; cum igitur ſuper hoc coram nobis diſceptatum fuiſſet, quia per litteras judicis ordinarii, quibus ſtandum eſt, donec probetur contrarium, nobis conſtitit, quod ſæpedictus V. tunc excommunicatus erat, cum officium procuratoris aſſumpſit, ipſum tamquam procuratorem non duximus b admittendum.

N O T Æ.

1 a INnocentius III.) Ita etiam legitur in tertia collectione, *ſub hoc tit. c.* 1. licet integer textus in nulla collectione reperiatur. De Eccleſia Pariſienſi jam nonnulla notavi *in c. fin. de conſtit.*

b *Admittendum.*) Excommunicatum ad agendum in judicio non admitti, jam ſupra probavi *in c. intelleximus*, *de judic.* Verum ex hoc textu conſtat, excommunicatum nec ad defendendum alieno nomine admitti; quod etiam docuerunt Ricciulus *l.* 4. *de jure perſon. c.* 14. Suarez *de cenſuris diſput.* 6. *ſect.* 7. *n.* 16. Angujanus *l.* 1. *de legibus*, *c.* 7. *a nu.* 98. Nec obſtabit, ſi dicas reum ipſum non repelli a judicio exceptione excommunicationis oppoſita, *dict. c. intelleximus*, *de judiciis*. Igitur nec ejus procurator, etſi excommunicatus reperiatur, cum ad defendendum detur, repelli debet, ex vulgari regula, *Poteſt quis per alium facere, quod & per ſe ipſum.* Regula *Qui poteſt*, *de regul. jur. in* 6. Nam diſcrimen verſatur inter ipſum excommunicatum, & ejus procuratorem, nam ipſe trahitur ad judicium invitus, *l. inter* 83. *ff. de V. O.* & ideo defenſio illi non negatur, *c. dilecti*, *c. ſignificaverunt*, *de except.* procurator vero rei non invitus, ſed voluntarie ſuſcipit mandatum procuratorium, & ſponte ad judicium accedit. *Clement.* 1. *de procur. l. invitus*, *C. eod. tit.* Qua diſtinctione accipit lucem textus *in c. veniens* 38. *de teſtib.* junctis in ejus notis adductis a Miſyngerio. Controverſum tamen eſt apud Interpretes, an ipſo jure nulla ſit conſtitutio procuratoris excommunicati, an vero tantum ope exceptionis infirmetur? Et quidem ipſo jure nullam eſſe, docuerunt in præſenti Felinus *n.* 20. Butrius *n.* 2. Panormitanus *concluſ.* 1. Vantius *de nullit. tit. ex defectu mandati*, *a n.* 136. moti illis verbis hujus textus *Tamquam procuratorem non duximus admittendum*; in quibus innui videtur, ipſo jure nullam eſſe conſtitutionem procuratoris excommunicati. Contrarium tamen, imo valere conſtitutionem procuratoris, donec contra eam exceptio opponatur, tenuerunt Innoc. *hic n.* 2. Suar. *d. ſect.* 1. *n.*10. Angujan. *ſupra*, *n.* 81. pro quibus faciunt diſerti text. *in cap.* 1. *de exc. in* 6. *c. decernimus*, *de ſentent. excom. eodem libro*, & principium illud, in quo docetur, excommunicatum poſſe valide peragere omnes actus, qui ad privatam pertinent utilitatem, *c. veritatis*, *de dolo & contumac. c. ſignificaſti*, *de eo qui duxit in matrim. c. felicis*, *verſ. Una*, *de pœnis in* 6. Igitur mero jure poteſt exercere officium procuratoris. Nec contrarium probatur in verbis ſupra relatis, quia in eis non reſpicit Pontifex tempus conſtitutionis procuratoris, quaſi ab eo tempore ejus conſtitutio nulla eſſet; ſed quia eo tempore adhuc excommunicatus credebatur, cum non conſtaret de abſolutione.

C O M M E N T A R I U M.

2 Concluſio probatur & traditur. SEquens ex hoc textu traditur diſputanda aſſertio: *Litteris Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii ſtandum eſt, donec contrarium probetur.* Probant eam textus *in c.* 1. *&* 2. *d.* 98. *cap. cura* 20. 11. *q.* 3. *c. ſtatuimus* 29. *q.* 3. *c. cum in Eccleſiis* 10. *de majorit. & obed. c. cum a nobis* 28. *de teſtibus*, *c. ex noſcitur*, *de his quæ fiunt a Prælatis*, *c.* 1. *de clericis peregrinis*, *c. pervenit* 3. *de fidejuſſ. c.* 1. *de tempor. ordin. l.* 6. *c. ſi canonici*, *de offic. Ord. eod. lib. l. ſi qua* 22. §. *præterea*, *C. de Epiſc. & cleric. l.* 14. *tit.* 5. *p.* 3. docent ultra congeſtos a Balboa, & Barboſa *in præſ.*, tam *in collect.* quam *ſelect.* Cujacius, & Miſyng. *in hoc textu*, Cironius *ad tit. de teſtibus*, Anguian. *l.* 1. *de legib. controv.* 6. *c.* 6. *per tot.* Parexa *de inſtrum. edit. p.* 1. *tit.* 1. *reſol.* 3. §. 5. *nu.* 39. Gonzalez *in regul.* 8. *Canc. gloſſ.* 61. *per totam*, Did. Perez *in rubric. tit.* 11. *l.* 3. *ordin. q.* 1. *pag.* 668. Rod. Suarez *alleg.* 13.

3 Impugnatur hæc aſſertio. Sed hæc aſſertio ita fulcita difficilis videtur ſequenti dubitandi ratione, nam major fides adhibenda eſt vivæ voci, quam mortuæ, *authent. de fide inſtrum.* §. *ſi vero*, *collat.* 6. Sed Epiſcopo, ſeu judici ordinario aliquid viva voce deponenti non creditur, *c. ſi tantum* 2. *c. placuit* 36. *q.* 2. *c. cum a nobis* 28. *de teſtibus*, *c. quoniam* 11. *hoc tit.* Igitur nec Epiſcopi litteris, vel alterius judicis ordinarii plena fides eſt adhibenda. Augetur primo hæc difficultas, nam ſpecialiter in Romano Pontifice propter ejus ſummam auctoritatem ſtatutum eſt, ut credatur ejus litteris, in quibus aſſerit ſe aliquem excommunicaſſe, vel aliqua cenſura innodaſſe, *Clement. unica*, *hoc tit.* Igitur Epiſcopis, & aliis judicibus inferioribus, etiam ordinariis, æqualiter credendum non eſt. Augetur ſecundo hæc difficultas *ex c. cum dilectus*, *verſ. Super*, *de fide inſtrum.* ubi generaliter aſſeritur, inſtrumento regio fidem eſſe adhibendam, ſi hoc conſuetudine introductum ſit: igitur litteris Epiſcopi, vel inferioris judicis ita fides præſtabitur, ſi conſuetudine id introductum ſit.

4 Qua difficultate oppreſſi antiqui repetentes in hoc textu, varias propoſuerunt ſententias, ex quibus 21. diverſas opiniones refert Panormitanus in præſenti, *n.* 3. inter quas illa receptior eſt, & huic deciſioni congruentior, quæ docet, ceſſante fraudis ſuſpicione in his, quæ pertinent ad officium Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii, credendum eſſe ejuſdem Epiſcopi, vel Ordinarii litteris ſigillum habentibus, quamdiu contrarium non probatur, etiamſi teſtes in illis adjecti non ſint, ut probatur in hoc textu, & innuitur *in cap.* 2. ubi notavit Gloſſa, *de ſolut. c. cum dilecta*, *verbo Sub ſigillis*, *de confirmat. utili*, *c. ſi Canonici*, *verbo Patentibus litteris*, *de offic. ordin.* cujus doctrinæ, & ſimul præſentis deciſionis ratio provenit ex eo, quia inſtrumentum publicum, & litteræ authenticæ, vel habentes ſigillum authenticum, æquiparantur, *c. ſcripta* 2. *de fide inſtrum. c.* 1. *verſ. Quiſquis*, *in fine*, *de ſentent. excomm. d. c. ſi canonici*; docent Decius *in præſenti*, *n.* 10. & plures relati a Maſcardo *ubi ſupra*, *n.* 1. Sed litteræ Epiſcopi, vel judiciis ordinarii cum ſigillo ſuo, in his, quæ ad ejus officium pertinent, authenticæ ſunt, *dicto c. cum in Eccleſiis*, *de majorit. & obed.* ergo hujuſmodi litteris plena fides adhiberi debet, maxime ſtante conſuetudine Romanæ Eccleſiæ, ubi ſimilibus litteris fides adhibetur, teſte Archidiacono *in d. c. cura* 12. *q.* 3. Facit etiam, nam cum pro judice ſemper præſumendum ſit, donec contrarium probetur, *l.* 1. *C. de offic. judic. cap. in præſentia* 6. *de renunc.* idcirco in præſenti ſummus Pontifex decrevit litteris Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii tamquam publico inſtrumento fidem eſſe adhibendam. Nec intereſt, quod in præſenti decretali nulla fiat mentio ſigilli, ſed tantum litterarum Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii: igitur in præſenti ſpecie fides illis adhibenda non erat. Qua difficultate moti aliqui repetentes exiſtimarunt, præſentem textum ſpecialiter procedere in cauſa excommunicationis, de qua agit. Quæ ſolutio facile refellitur ex verbis illis generalibus: *Quibus ſtandum eſt, donec contrarium probetur*; ubi indiſtincte deciditur, hujuſmodi litteris Epiſcopi plenam fidem præſtari. Quare ea ſolutione omiſſa, & aliis relatis ab Angujano *d. c.* 6. dicendum eſt, præſentem deciſionem ſupplendam eſſe ex aliis ſupra relatis, ubi ſigilli mentio fit. Nec novum eſt, quod pro nonnullis juribus interpretandis anteriora cum ſequentibus comparentur; & contra, quod per apertiora difficilia intelligantur, argumento legis *qui filiabus* 17. *l. ſi ſervus* 50. *ff. de legatis* 1. docent pluribus relatis Valenzuela *conſil.* 62. *nu.* 42. Solorzanus *de jure Indiar. l.* 2. *c.* 19. *n.* 30. Altamiranus *ad titul. de filiis offic. c.* 1. *n.* 16. & paſſim jure canonico una deciſio per aliam ſuppletur, ut textus *in c.* 1 *de divortiis*, *ex c. ſi qua mulier* 31. *q.* 1. *c. quamquam* 4. *de cenſibus*, *in* 6. *ex c. fin. de coab. cleric. c. cum non ab homine* 10. *de judic. ex c. ut fama* 33. *de ſentent. excommun. c. in civitate* 6. *de uſuris*, *ex c. naviganti*, *eodem tit. c. relatum* 19. *ex c. gratum* 20. *de offic. deleg. c.* 2. *de regul. ex c. puella* 20. *q.* 1. *c.* 2. *de jurepatron. ex c. præterea*, *de ætate & qualit.* & alii: duo igitur deſiderantur & concurrere debent, ut litteris Epiſcopi, ſeu alterius judicis ordinarii fides adhibeatur. Primum; ut litteræ ſigillatæ ſint: ſecundum ut ſigillum imponatur rebus ad officium publicum ipſius judicis pertinentibus; his enim intervenientibus, abſque alicujus notarii, vel teſtium ſubſcriptione fides adhibetur hujuſmodi litteris, dum contrarium non apparet. Docent Baldus *in rubrica C. de fide inſtrum. n.* 40. Decius *num.* 11. Balboa *hic*, *a num.* 9. Ratio eſt, nam cum unius teſtimonio fides non adhibeatur, *c. in omni* 4. *c. licet* 23. *de teſtibus*, ubi dicemus, idcirco litteris Epiſcopi ſigillatis ad ejus officium publicum non pertinentibus fides non præſtatur, licet *in l.* 1. *C. Theod. de Epiſc. c. judicio*, relata *in c. omnes* 11. *q.* 1. ex conſtitutione Arcadii, & Honorii unius Epiſcopi teſtimonium propter honoris, & gradus apicem admittatur: quod & confirmatum fuit a Carolo Magno *l.* 6. *Capitul. c.* 281. notarunt Balſamon, & Zonaras *in can.* 133. *Synodi Carthag.* Cironius *ad tit. de teſtibus*, Cujacius *in præſenti*.

Traditur ratio decidendi.

5 Nec obſtat difficultas prima ſupra expenſa, cui reſpondendum eſt cum Gloſſa *in præſenti*, *verſ. Sed contra*, Decio, & Hoſtienſi, differentiam eſſe conſtituendam inter teſtimonium vivæ vocis Epiſcopi, vel alterius ordinarii, cui integra fides non adhibetur, *d. c. cum a nobis* 28. & inter litteras ſigillatas, quibus plena fides præſtatur. Differentiæ ratio ex eo provenit, quod ordinarius in ejuſmodi litteris proprio ſigillo munitis circa ea, quæ ad ipſius officium pertinent, loquitur tamquam ordinarius, & ratione publici officii quod exercet: contra vero in teſtimonio, quod dicit tamquam privatus. Unde quemadmodum inſtrumento notarii fides adhibetur abſque ulla teſtium ſubſcriptione, non autem ejus privatæ depoſitioni, *c. quoniam* 11. *hoc tit. c. ad audientiam* 13. *de præſcrip.* ita ſimiliter Epiſcopo, vel judice ordinario ejus litteris ſigillo munitis creditur, non autem ei æqualiter fides adhibetur. Nec argumentum deductum ex ſpecialitate litterarum Romani Pontificis *in d. Clement.* 1. *hoc tit.* adverſatur; nam plura

alia

alia ſpecialia concurrunt in litteris Pontificum. Primum, ut non ſolum illis fides adhibeatur, donec contrarium probetur, ut contingit in litteris Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii; verum neque contra eas probatio admittitur. Secundum, quia litteris Pontificis non ſolum fides adhibetur in diſpoſitione, verum & in narrativa. Unde non æqualis auctoritatis ſunt litteræ Epiſcopi, vel alterius judicis ordinarii, ac litteræ Pontificis. Nec etiam obſtat textus *in d. c. cum dilectus, de fide inſtrum.* nam conſuetudo in ejus ſpecie attenditur, & ſignanter expeditur; quia non agitur de litteris ſigillo Principis ſignatis, ſed de inſtrumentis ab eo confectis, quæ ad dignitatem Regiam non ſpectabant; unde neceſſaria fuit conſuetudo, ut illis litteris fides adhiberetur.

6 Exponitur c. quoniam 11. hoc tit. Sed ſupra traditæ aſſertioni aperte adverſatur textus *in c. quoniam* 11. *hoc titul.* ubi fides non adhibetur judici ordinario in iis, quæ ſpectant ad ipſius officium: igitur nec ipſius litteris ſigillo munitis credendum eſt. Pro cujus textus interpretatione communiter diſcrimen conſtitui ſolet inter actus judiciales, qui reſpiciunt formationem proceſſus, & extrajudiciales: in primis fidem non eſse adhibendam judici, communiter aſſeritur, *ex dicto c. quoniam*; in ſecundis vero actibus integram fidem judici præſtari, ex hoc textu. Sed hac diſtinctione omiſsa, quam refellit Angujan. *d. c.* 6. *n.* 42. dicendum eſt *in d. c. quoniam*, tantum ſtatui, acta publica, & judicialia, non poſſe aliter quam per notarium, aut duos idoneos teſtes probari; non autem per eam decretalem excludi litteras Epiſcopi, vel judicis ordinarii ſigillo munitas; imo comprehendi in illis verbis, *legitimis documentis*. Unde licet ex eo textu recte deducatur vivæ voci judicis fidem non adhiberi, non tamen recte infertur, ipſius litteris ſigillo munitis non eſſe credendum, ut docet Angujanus *ubi ſupra, numer.* 43.

7 Intelligitur c. cum tu 16. de teſtibus. Secundo adverſatur textus *in c. cum tu* 16. *de teſtibus*, ubi cum referantur litteræ excommunicationis proprii Epiſcopi, aſſeritur illis fidem non adhiberi: igitur litteris Epiſcopi, vel Ordinarii plene non creditur, donec contrarium non probetur. Pro cujus textus expoſitione dicendum eſt, in ea ſpecie litteris Archiepiſcopi non credi, nec fidem adhiberi, quia continebant negotium proprium ipſius Archiepiſcopi, de quo inter ipſum, & Præpoſitum, & Canonicos in judicio agebatur, ut conſtat ex illis verbis: „ Cum tu, fili Præpoſite, cum quibuſdam Canonicis tuis, & Archiepiſcopus veſter aſſeratis „ in noſtra præſentia conſtituti. „ Unde cum nemo in cauſa propria judex eſſe poſſit, *leg.* 1. *& per tot. C. ne quis in cauſa*; nec etiam teſtis, *l. omnibus, C. de teſtibus*, ideo in ea ſpecie Archiepiſcopo fides non adhibetur, nec ejus litteris: docet Angujanus *d. l.* 1. *c.* 6. qui alia plura proſequitur circa præſentis textus interpretationem.

C A P U T VIII.

Idem a *Abbati, & Conventui Caſemarii*.

IN præſentia noſtra dil. fil. n. G. ſancti *b* Hadriani Diac. Cardin. G. Subdiac. & B. mulier ſoror ejus, Verulanen. cives, cum veſtro *c* ſyndico conſtituti, coram Epiſcopo fecere proponi, quod cum Amatus quondam frater ipſorum concederet teſtamentum, filium ſuum ſibi hæredem inſtituit, *d* & præcepit, ut ſi abſque liberis forte decederet, ad eoſdem G. & B. bona devolverentur ipſius. Unde illa, quæ de bonis ipſius veſtrum monaſterium detinebat, ſibi reſtitui *e* poſtulabant, & petebant ſyndicum veſtrum a ſua moleſtatione compeſci. Verum ſyndicus ipſe propoſuit ex adverſo, quod prædictus Milo monaſterio Caſemarii obtulit ſe, *f* & ſua: unde univerſa, quæ habuerat, erant ad monaſterium devoluta: quare univerſa quæ dicti G. & B. de bonis ejus invaſerant, reſtitui monaſterio veſtro petebat, & ſuper ceteris ſilentium illis imponi. Ad hoc autem pars altera replicavit, quod prædictus M. oblationis ſuæ tempore fuerat minor annis, ſicut per teſtes legitime probavit; & quod facti pœnitens, id quod fervore infirmitatis fecerat, poſt convaleſcentiam curavit penitus revocare. Unde tum ex eo, quod Milo infra ætatem legitimam monaſterio Caſemarii obtulit ſe, *g* & ſua, tum quia quod inconſulte fecerat, poſtmodum revocavit, ejus oblatio non tenebat. Unde cum ſine liberis deceſſiſſet, ex teſtamento patris illius ad ipſos ejus erat hæreditas devoluta. Verum ad hæc ſyndicus reſpondere curavit, quod licet dictus M. de monaſterio ipſo de tua licentia, fili Abbas, fuiſſet egreſſus, poſtmodum tamen cum avo ſuo, qui ejus erat procurator, ad præſentiam tuam cum Verulas iviſſes accedens, ſe monaſterio humiliter obtulit, & devotus, & univerſa bona ſua tibi monaſterii nomine tradidit, inter vivos, & quod nec contra oblationem, & donationem ſuam veniret ulterius, *h* juramento firmavit, ſicut publicum continet inſtrumentum: Unde cum conſtet ex his, quod idem M. bis monaſterio veſtro contuliſſet ſe, & ſua, nec ex adverſo *i* probetur, quod utriuſque oblationis tempore M. fuerit minor annis, probationem veſtram hujuſmodi exceptionis probatio non elidit; cum etſi primæ oblationis tempore fuerit minor annis, ſecundæ tamen major potuit extitiſſe. Præterea cum verbum illud, Minor annis, duobus modis potuerit intelligi, ut videlicet qui minor XIV. annis, & qui XXV. minor fuerit, dici ſoleat minor annis, intentioni veſtræ verbum dubium non nocebat, cum infra XXV. annum teneret donatio, præſertim juramento firmata. Sed etſi teneret, quod factum fuerat ab Amato, quia tamen intelligendus non erat ſine hærede decedere, qui monaſterium ſibi inſtituerat in hæredem, hoc monaſterio non nocebat. Cumque Card. prædictus ea, quæ coram ipſo propoſita fuerant, in noſtra, & fratrum noſtrorum audientia retuliſſet, nos ad conſilium dil. fil. H. Sancti Euſtachii Diac. Card. id duximus deputandum. Idem igitur S. Euſtachii Card. cauſæ meritis plenius intellectis, attendens, quod ſyndicus veſter intentionem ſuam plene fundaſſet, & quod nihil ſufficienter fuiſſet ex adverſo probatum, cum etſi oſtenſum eſſet per teſtes, quod M. ſuæ oblationis tempore fuerit minor annis; utrum tamen primæ, vel ſecundæ oblationis tempore minor fuerit, & quot annis minor, non fuiſſet expreſſum, de mandato noſtro ſententiam protulit, & prædictis G. & B. ſilentium impoſuit ſuper iis, quæ a monaſterio poſtulabant, & eos ad reſtitutionem illorum, quæ de bonis prædicti Milonis propria temeritate invaſerant, condemnavit. Nos igitur ſententiam ipſam auctoritate Ap. confirmamus.

N O T Æ.

1 a ABbati.) Abbati *Caſſen.* legitur in hac ſexta compilatione: in tertia autem, *ſub hoc tit. c.* 2. legitur *Caſemarii*; & recte, monaſterium enim Caſemarii celebre eſt Ordinis Ciſtercienſis, diſtans ab urbe Verulana tribus milliaribus cum dimidio; ſeptem autem a Sora. Ejus exordium & progreſſum refert Bar. an. 1036. in hæc verba: (Anno ab Incarnatione Domini noſtri Jeſu Chriſti M.XXXVI. indictione quarta, erant in civitate Verulana quidam boni meriti clerici, qui ſervantes præcepta Dominica, divinaque judicia meditantes, ac dicentes: Væ nobis, qui nomine clericatus habentes officium, vitam neque canonicam, neque monaſticam ducimus. Quid de nobis erit? Quid in extremo dicturi ſumus examine? Ad cujus auxilium confugiemus? Faciamus nobis amicos de mammona iniquitatis, ut cum ab hac vita migraverimus, recipiant nos in æterna tabernacula. Talia animo volventes, atque dicentes, adjunctis quibuſdam laicis fidelibus ejuſdem civitatis, venerunt ad fundum, qui dicitur Caſemarii in territorio Verulano. Videnteſque ibi antiqua ædificia, ubi dicitur templum fuiſſe Martis, diſtans ab eadem civitate milliaribus tribus cum dimidio, ibi commorari cœperunt in eodem loco, & adjuvante miſericordia Dei, Eccleſiam in honorem ſanctorum Joannis, & Pauli condiderunt; & non poſt multum quatuor ex ipſis ſcilicet Benedictus Presbyter, Joannes Presbyter, Urſus Presbyter, & Archipresbyter, euntes ad venerabilem virum Joannem Abbatem ſancti Domini ſuſceperunt ab eo habitum ſanctæ Religionis. Indeque in locum jamdictum redeuntes, Abbatem unum de ſuis ſibi elegerunt Benedictum, virum religioſum, qui fuit natus in dicta civitate Verulana, & ſub eo in dicto loco Chriſto Domino ſervierunt.) Hujus monaſterii Abbati Joanni dicto, qui ut Legatus miſſus fuit ad Calojoannem Magnum Bulgariæ Principem, reſcribit in præſenti Innocent. III. ut refert Manrique *t.* 1. *annal. Ciſterc. anno* 1140. *c.* 10. *n.* 10. *n.* 5.

2 b *G. S. Hadriani.*) Inter quatuordecim titulos antiquos Cardinalium Diaconorum enumeratur titulus ſancti Hadriani, ut refert Germonius *de indultis Cardin.* §. *tituli*, Cohel. *in notitia Cardin. c.* 6. hujus tituli Diaconus Goftedus dictus datus fuit judex præſentis cauſæ, quam elegantem dixit Cujacius *in præſenti*; & ita contigit. Titius, qui duos fratres habebat, filium ſuum hæredem inſtituit, & adjecit, ut ſi ſine liberis deceſſiſſet, ejus bona ad fratres pervenirent: filius, ſimulque hæres languore oppreſſus, mortiſque timore deterritus ſe, & ſua obtulit monaſterio; ſed poſtea facti pœnitens revocavit oblationem, ad ſæculumque rediit; demum ſecundo pie, & devote iterum cum patrimonio ſe obtulit monaſterio, juramento præſtito, ſe nunquam revocaturum hujuſmodi oblationem: deceſſit abſque liberis, ſubſtituti ipſius ejus nonnulla bona hæreditaria occuparunt, aliaque a monaſterio detenta, quaſi impleta ſubſtitutionis conditione, repetebant. Monaſterium non ſolum bona detenta reſtituenda eſſe negabat, verum & a ſubſtitutis ablata ſibi reſtitui poſtulabat, quia omnia ſibi quæſita fuerant virtute oblationis; nec ſine hærede decedere videbatur, qui monaſterium reliquit hæredem. Subſtituti prædictam oblationem impugnabant, quaſi factam ab eo, qui minor

nor annis erat, & inhabilis ad vovendum: monaſterium autem ipſam oblationem legitime factam eſſe replicabat, tamquam factam a vero domino. Sed, cum non conſtaret, nec de ætate oblati, an videlicet minor eſſet XXV. annis, ſeu major XIV. nec etiam appareret, an tempore primæ, vel ſecundæ oblationis minor eſſet, cauſa commiſſa fuit G. Cardinali, qui poſt legitimam ejus diſcuſſionem ſententiam protulit pro monaſterio, ita ut non ſolum bona detenta retineret, verum & ablata a ſubſtitutis illi reſtituerentur. Et Innoc. III. eamdem ſententiam in omnibus, & per omnia confirmavit.

c *Syndico.*) Monaſterium enim, & aliæ communitates debent ſyndicum conſtituere in judicio, tam ad agendum, quam ad defendendum, ut late probavi *in c.* 1. *de ſyndico*.

d *Et præcepit.*) Fideicommiſſa enim non ſolum relinquuntur verbis precativis, verum & præceptivis, ſeu imperativis, ut Mando, Jubeo, Præcipio, *leg. Aurelius* 28. §. *ult. ff. de liber. legat.* §. *ult. Inſtit. de ſingulis rebus per fideicommiſſum*.

3 e *Reſtitui poſtulabant.*) Sed quanam actione intentata, apud Interpretes non liquet. Miſyng. in præſenti, *n.* 9. exiſtimavit, directam pupillarem ſubſtitutionem a teſtatore factam fuiſſe, ideoque agi poſſe ex directa ſubſtitutione, cujus virtute ſubſtituti ſuccedunt non ſolum in bonis teſtatoris, verum etiam in bonis pupilli, *l.* 1. §. *ſi quis autem, juncto* §. *fin. ff. de ſucceſſ. edict. l. ſi plures* 10. *ff. de vulgari*. Per fideicommiſſariam vero tantum bona teſtatoris in ſubſtitutos tranſeunt, *l. centurio* 15. *ff. de vulgari*; ideoque hic ſucceſſit monaſterium in omnia bona. Sed hæc ſententia facile refellitur, ſiquidem ſi pupillaris ſubſtitutio in præſenti ſpecie facta eſſet, fruſtra lis moveretur; ſiquidem per pubertatem evanuerat ſubſtitutio, *l. in pupillari, ff. de vulgari*, §. *maſculo, inſtit. de pupillari*. Qua ſententia omiſſa verius dicendum eſt, bona per fideicommiſſum relicta a fideicommiſſariis petita fuiſſe, non quidem fideicommiſſaria hæreditatis petitione, quæ locum non habet niſi poſt reſtitutam hæreditatem, *l.* 1. *ff. de fideicommiſſ. heredit. petit.* re, aut verbo, *l. reſtituta* 37. *ff. ad Trebell.* ſed actione ex teſtamento, quæ olim propter fideicommiſſa competebat, aut actione in rem conceſſa jure novo, *ex l.* 2. *c. communia de legatis*; cujus actionis poteſtate fideicommiſſarii defendebant ea bona, quæ poſſidebant, atque a monachis detenta petebant. Econtrario autem monachi prædicta bona ab eis retenta defendebant, & poſſeſſa a fideicommiſſariis vindicabant, quaſi per oblationem filii inſtituti hæredis, bonorum dominium nacti fuiſſent, ex regula textus *in authent. ingreſſi, C. de ſacroſ. Eccl.* unde cognoſcitur mutuo petiiſſe ſubſtitutos, & monaſterium Caſemarii bona fideicommiſſo ſubjecta, & a Milone de facto poſt oblationem monaſterio factam relicta.

4 f *Obtulit ſe, & ſua.*) Juxta formam relatam *in c.* 1. *de ſucceſſ. ab inteſt. in* 3. *coll.* illis in verbis: „ Cum Archipresbyter de „ Alerio ſe, & ſua ad participationem orationum monaſterio „ de Bruxeria obtuliſſet, de manu cujuſdam fratris ejuſdem „ cœnobii augmentationem coronæ in ſignum oblationis accepit. “ Quam illuſtrat Cironius *ad tit. de donat.* Sed iſti oblati non ideo efficiebantur religioſi, ut perperam exiſtimarunt Ancharanus *hic, n.* 7. Miſyng. *n.* 14. quod, ut facilius perpendatur, ſciendum eſt, in quacumque congregatione religioſa alios monachos, ſeu religioſos, alios converſos appellari, alios denique oblatos. Converſi ſunt, quos vulgo *Legos* dicimus, qui ſunt veri religioſi, de quibus late agunt Benedictus Haæphtenus *l.* 3. *diſq. monaſt. tr.* 1. *diſq. ultim.* Gibalinus *de clauſ. regul. diſq.* 3. *c.* 2. §. 6. *n.* 42. oblati vero ſunt, qui ſe, & ſua monaſterio dederunt, & tradiderunt ad ſerviendum Deo, qui in ſua profeſſione promittunt obedientiam Abbati, & fidelitatem monachis; votum autem caſtitatis, aut paupertatis non emittunt, ſed tantum monentur, quod in virtute obedientiæ præſtandæ, perpetua etiam continentia, & carentia proprii ſunt eis injungenda; & reſignant in manum Prælati quidquid habent. De eis Patres Burſfeldenſes *d.* 4. *c.* 5. Cum Dominus Deus omnes velit ſalvos fieri, nos etiam laicales perſonas, quæ ſe, ſuaque monaſterio offerentes veniunt, ad converſionem ſuſcipere non abnuimus, quamquam nec habitum, nec omnem converſorum rigorem acceptare conſentiant, dum alias ſint bonæ famæ, & ſufficientis ætatis, & alias utiles, & ad laborem idonei, ita ut quiſque eorum unius ex mercenariis opus valeat compenſare; & ſint liberi ab humana ſervitute, & ſoluti, nec voto religionis alias adſtricti. Non tamen ſunt vere religioſi, *cap. per exemptionem, de privil. Clement.* 1. ubi Gloſſa *verbo Oblatos, de decimis*: unde matrimonium ab eis contractum ſubſiſtit. Gloſſa *in cap. ut lex,* 27. *q.* 1. ſed lato modo dicuntur religioſi, & quoad aliqua privilegia pro religioſis habentur, veluti ad audienda divina officia tempore interdicti, ut docetur *in c. privilegia, de privilegiis*; in ſepultura, quam habent in Eccleſia, in qua ſunt oblati; unde in eis non habetur ratio quartæ canonicæ. Abbas *in cap. noſtra, de ſepulturis*: privilegio fori, & canonis gaudent. Silveſter *verbo Excommunicatio* 6. *notab.* 2. Rodrig. *tom.* 3. *qq. reg. quæſt.* 81. *artic.* 1. & 2. plura de his oblatis congeſſerunt poſt Parexam *hic*, Benedict. Haæphtenus *dict. diſq. ultima*, Gibalin. *de clauſ. regul. diſq.* 1. *cap.* 3. §. 2. Barboſa *de jure Eccleſ. lib.* 1. *cap.* 39. §. 2. Sotomayor *in cap. quia ingredientibus* 19. *quæſt.* 3. *num.* 10.

5 g *Se, & ſua.*) Si Milo rogatus reſtitueret hæreditatem, fieret vere monachus abſque oblatione ſui patrimonii, ipſo ingreſſu ſe, ſuaque transferret in monaſterium, *authent. ingreſſi, Cod. de ſacroſ. Eccl.* Ingreſſi enim monaſterium ſe ſuaque dicant Deo, & per conſequens omne patrimonium in monaſterium ipſo jure tranſit. Probant Durantius *q.* 6. Hunnius *ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 10. *q.* 10. Ægidius *in l.* 1. *Cod. de ſacroſ. Eccl. p.* 4. Pich *in l. Gallus*, ut contingebat in filio arrogato, de quo ait Conſultus *in l. qui ex liberis* 11. §. *teſtamento* 2. *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* quia dando ſe in arrogationem teſtator cum capite, fortunaſque ſuas in familiam, & domum alienam transfert: at oblatio deſiderat, ut oblatus ſe, ſuaque offerat monaſterio, *dict. c. final. de ſucceſſ. ab inteſt.* notat Panormit. *hic, n.* 1. Immola *n.* 4. Aretinus *n.* 5. Ancharanus *n.* 7. Monaſterium in hoc caſu non ſuccedit in majoratibus, feudis, ſeu commendis, quæ dignitatem cum juriſdictione annexam habent, etiam pro vita ipſius monachi, ut probat Solorzanus *t.* 2. *de jure Ind. l.* 2. *c.* 17. *nu.* 65. & ſi monaſterium incapax eſt bonorum, ſtatim ſucceſſori ſequenti locus fit, in ipſumque beneficio legis 45. Tauri transfertur poſſeſſio. Molina *de primog. l.* 1. *c.* 13. *n.* 69. Mieres *eod. tr. part.* 2. *q.* 3. *n.* 6. Cald. *de jure emphyt. q.* 6. *de nomin. n.* 14. Sanch. *l.* 7. *ſummæ, c.* 15. *n.* 10. Avendanno *in l.* 40. *Tauri, gloſſ.* 4. *n.* 10.

h *Juramento confirmavit.*) Ad excludendam omnem reſtitutionis ſpem, *authent. Sacramenta, Cod. ſi adverſus vendit.* ubi plura congeſſerunt Donell. & Guttier.

i *Probatur.*) Probatio hæc non erat liquida, ſiquidem non continebat ætatem Milonis, qui poterat poſtquam ad annos diſcretionis pervenerat, ſe offerre religioni; ſiquidem non ſuſceptioni habitus regularis, nec profeſſioni tunc ulla erat præfinita ætas, ſed tantum deſiderabatur judicium rationis; ut probant Sanchez *l.* 4. *ſummæ, c.* 18. *n.* 27. Azor *t.* 1. *inſtitut. l.* 12. *c.* 18. Suarez *de relig. t.* 3. *l.* 5. *c.* 1. *n.* 9. Narbona *de ætate ad actus humanos, anno* 8. Poſtea tamen in Concilio Trident. *ſeſſ.* 25. *de regul. c.* 27. præfinita fuit ætas decem & ſex annorum ad poſſeſſionem legitime faciendam; unde Milo potuit intra pubertatis annos, aut poſt ſe, & ſua monaſterio offerre: quare probatio hæc dubia non relevat probantem, imo contra ipſum interpretari debet. Pacianus *l.* 2. *de probat. c.* 12. *n.* 49. Gratianus *diſcep. c.* 200. *n.* 19. & *cap.* 303. *n.* 23. unde in præſenti ſpecie præferenda erat probatio monaſterii, ut probat Parexa *hic, n.* 19. 6

COMMENTARIUM.

EX hac Innocentii epiſtola talis deducitur ventilanda aſſertio: „ Fideicommiſſum relictum ſub conditione ſi ſine liberis rogatus decedat, deficit, ſi ipſe Religionem profiteatur. “ Probat Juſtinianus *in Novel.* 123. *c.* 37. ex qua deſumpta eſt authentica *niſi rogati, Cod. ad Trebell.* & in alia conſtitutione, quæ reperitur *in novella* 123. *de ſanct. Epiſc.* §. *ſed & hoc præſenti*; quæ eſt, aut eſſe debet *l. idem ſtatuimus* 52. *C. de Epiſc. & Clericis*. Illuſtrant ultra congeſtos a Barboſa, Balboa, & Garanna hic, Cujac. Miſyng. & Primarius noſter D. I. de Parexa *in præſenti*, Deſiderius Heraldus *de auct. rei judicat. c.* 10. 11. & 12. Coſta *in c. ſi pater, verbo Si quis a liberis, n.* 61. *de teſtam.* Bruſſelius *de condit. tit.* 4. *n.* 7. Seſſe *t.* 1. *deciſ.* 44. 45 & 66. Covarr. *in c.* 2. *de teſtam. n.* 11. Criſtophorus Richier. & Tapia *in dict. authent. niſi rogati*, I. Steph. Durant. *qq. juris q.* 6. Hunnius *ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 10. *q.* 10. Guttierez *lib.* 1. *canon. c.* 32. Chriſtineus *t.* 1. *deciſ.* 234. Tad. Piſo *variar. reſol. l.* 1. *c.* 10. *cum ſeqq.* Caſtillo *l.* 1. *controverſ. c.* 6. & *l.* 3. *c.* 12. Coſta *in c. ſi Pater, verbo Abſque liberis*, Sperellus *deciſ.* 153. Creſpet. *t.* 2. *obſerv.* 35. *cum duabus ſeqq.* 7 Concluſio probatur

Sed merito ex ſequentibus conſiderationibus omnibus difficilis viſa eſt hæc aſſertio. Prima naſcitur ex eo, nam verba teſtatoris debent vere, & proprie interpretari; non autem ut verificentur in caſu ficto, *l. ex ea parte* 121. §. *inſulam, ff. de V. O. l. fin. Cod. de his qui veniam ætatis, l. is qui heredi* 44. *l. Mævius* 54. *juncta l. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtr.* Coſta *in l. Gallus*, §. *& quid ſi tantum*, 5. *part. n.* 46. Sed conditio ſi ſine liberis, de qua in hoc textu, vere purificatur in filio legitimo, & naturali, *leg. filium* 6. *ff. de his qui ſunt ſui, l. generaliter* 6. §. *cum autem, Cod. de inſtitut. & ſubſtitut.* Igitur nullo modo verificari poteſt talis conditio in monaſterio, quod aut loco filii non habetur, ut voluerunt Cevallos *comm. qu.* 192. *in princip.* Covarruv. *l.* 1. *variar. c.* 19. *n.* 6. Matienzo *in l.* 7. *tit.* 11. *gloſſ.* 2. *n.* 21. *l.* 5. *recopil.* Coſta *in dict. c. ſi pater, verbo Si abſque liberis*, Valaſco *conſult.* 24. *n.* 8. Parexa *hic, n.* 29. Balboa *n.* 31. aut ſaltem filius eſt non naturaliter quæſitus, ſed civiliter acquiſitus, ut tenent Trentacinquius *lib.* 1. *variar. tit. de legit. reſol.* 3. *n.* 3. Jul. Clarus *l.* 3. *ſentent.* §. *teſtamentum, q.* 18. *n.* 4. Augetur hæc difficultas ex caſu filiorum adoptivorum; in hac enim ſpecie, & conditione ſine liberis filii adoptivi non admittuntur, nec excludunt fideicommiſſarium, vel ſubſtitutum, quia fictione tantum civili liberi ſunt, *l. ſi ita quis* 53. §. *fin. ff. de legat.* 2. *l. fideicommiſſum* 75. *ff. de condit. & demonſtrat.* & ne in poteſtate gravati ſit filios adoptando excludere ſubſtitutos, contra textus *in l. neque ei*, §. 1. ibi; *Et ſubſtitutionem a parente factam extinguere, ff. de adopt. & l. ſub hac, ff. de O. & A.* Igitur in eadem ratione monaſterium non debet excludere ſubſtitutum, ne in poteſtate rogati ſit religionem profitendo bonis fideicommiſſarium privare. Secunda difficultas naſcitur ex eo, nam ſi in præſenti ſpecie conditionis ſine liberis monaſterium admittitur, id procedit jure ſingulari, favore piæ cauſæ, cum alia ſimilis pia cauſa non adeſt, *authent. niſi rogati, Cod. ad Trebell.* juxta veriorem lectionem, quæ habet: *Niſi in redemptionem captivorum, vel egentium*. Docent Tiraq. *de privil. piæ cauſæ, privil.* 26. *n.* 6. & 95. *in princip.* Coſta *in c. ſi pater,* 2. *part. v. abſque liberis, n.* 36. ſed in præſenti ſpecie aderat in contrarium pia cauſa, videlicet patruorum, 8 Impugnatur hæc aſſertio.