

CANCELL.
MARTIS B.
1716.



IX. B. 99

Gled

55.

~~2. 5. III. X~~

~~XXVIII. 9. &~~



Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA
DE

JUDICIO FORTUNÆ,

quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN. FRIDERICO WIL-
HELMO,

REGNI BORVSSICI, ELECTORATVS ET PROVIN-
CIARVM BRANDENB. HEREDE, & reliqua,

ALMA REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE

JAC. FRIDERICO LUDOVICI,

J.U.D. & Prof. Publ. Extr.

Placido Eruditorum examini
Ad d. XXIII. Septembr. M DCCII. H. L. Q. C.
submittit

ANDREAS DIETERICH JACOBI,

Sufatensis Gvestphalus,
AUTOR & RESPONDENS.

Typis CHRISTOPHORI ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ. 1702.





I. N. 7.

INGRESSUS.



Fortunam Deam esse, illiusque arbitrio singula rerum momenta & actionum nostrarum successus moderari, pleni vanâ superstitionis caligine putavere gentiles, hinc tanta ejus apud eos veneratio fuit, ut jugi cultu eam passim sibi redderent propitiam, vid. Flor. lib. II. cap. 12. atque in ejus honorem templa extruerent, hostiasque libarent. Tacit. lib. 3. *annal.* n. 65. 2. *annal.* n. 41. Quamvis vero hoc tempore fortuna nihil nisi inane nomen sit, & non nisi pro affectione corporis naturalis habeatur, cum veri Christiani locò illius Gentilium fortunæ nil nisi solam divini Numinis eamque sanctissimam providentiam agnoscant; non paucos tamen etiamnum reperiri autumo, qui ad illius clypeum confugiunt, ejus remo se addicunt, & felicitatis suæ arbitrium numini ejus concedunt, & cum pauci sint, quibus gratiori vultu arrideat; hinc plurimi nimium ei consilii tristes plerumque sentiunt exitus, & dignas dementiae suæ lument poenas. Nam plerumque incerto pede fortuna volubilis errat, & lunatica est, quæ ubi totum implevit orbem, deficit in cornu. Sed hæc hæc hactenus ad historicos & eos, qui rebus naturalibus operam navant, spectant, ego eandem

4 DISSERT. DE JUDICIO FORTUNÆ
jam etiam ad forum juridicum vocabo, investigaturus, num
& ejus in jure nostro sit autoritas, & an in negotiis ci-
vilibus quædam momenta habeat. Leges verò nostras ac-
curatius respicientes deprehendemus, eam Legibus Rō-
manis non esse omninò ignotam, sed frequentissimam ejus
in illis fieri mentionem. Non autem semper idem deno-
tat, sumitur enim vel in significatu Physico, quatenus à
Philosophis usurpatur, ut in §. 1. *Inst. per quas personas cuiq;*
acquir. in l. 63. §. 1. & 3. de acquir. rer. domin. vel etiam quan-
doque pro opibus & facultatibus nostris *l. 1. §. 6. ad L. Rod.*
vel denique tertio juridicè, quatenus habet vim ali-
quam (discretivam sc.) & momentum in negotiis civilibus,
& ita sumitur in *L. ult. C. comm. de Legat.* ubi vid. Brunne-
man. & dicitur *judicium fortunæ d. l. & Brunnem. item*
fortis L. 5. in fin. ff. fam. hercis. L. 2. C. quand. & quib. quartæ
pars. L. 14. ff. de judic. Qui ultimus significatus ad nos in
præsenti pertinet, unde de illo fortunæ judicio pauca dis-
ferere apud animum constituimus. Sit ergò

M E M B R U M I.
AN HOC JUDICIUM SIT LICITUM: U-
BI SIMUL EJUS ORIGINES.

§. I.

ANtequam ad ipsius materiæ penetralia pergam, in
vestibulo statim præjudicialis quasi occurrit quæ-
stio, an hoc judicium sit licitum? quippe cum jux-
ta Marant. *in Speculo aureo p. 2. n. 12.* judicium sit justitiæ mini-
fratio, Bald. vero dicat, judicium hoc esse remotū à ratione,
ideoq; nec rationē ipsam, nec intellectū debere se fortunæ
cōmittere, quæ sæpissimè præferat iniquū æquo, *Id. ad L. 10. §.*
fin. de

MEMBRUM I.

5

fin. de negot. gest. & Alciat. add. l. §. ex his n. 24. Ergo ut contradictoria evitemus, & obloquentibus satisfaciamus, prius demonstrare necesse erit, iudicium hoc nihil iniqui involvere.

§. II. Et quidem ut eo melius illud pateat, sciendum, in universum tria dari sortium genera, distinguuntur enim in *divinas, humanas s. politicas & divinatorias*. *Divinae* sortes sunt illæ, quarum in S. literis fit mentio; exempla harum exstant *Lev. 16. v. 8.* ubi sortibus iubetur ex duobus arietibus eligi, qui offeratur Domino; Sic Josua sorte iussus est explorare peccatum anathematis, *Jos. 7. v. 14.* Sic sorte Saul electus in Regem Israelis; *Sam. 20. v. 20. seqq.* Terra sancta distributa est per sortem inter filios Israelis, *Jos. cap. 13. & seqq.* Jonas sorte deponitur ad pœnam, *Jon. c. 1. v. 7.* Per sortem Matthias surrogatus est in locum Judæ proditoris, *Act. 1. v. ult.* Hæ sortes etsi divinitus gubernatæ & patefactæ fuerunt, nobis tamen eas imitari non licet.

§. III. Sortes *Politicae* sunt, quibus res ad commercia privatorum pertinet, ut hereditas, legatum, donatio &c. distribuitur iis, ad quos pertinet, vel etiam ex aliquo numero idoneæ personæ eliguntur, quibus certæ functiones commendentur, aut ex ordine inferiori quidam cooptantur in superiores. Omnes hæc sortes antiquissimas esse nemo non ignorat, qui primis saltem labris historiarum arcana gustavit, vid. Justin. *lib. 13. cap. 4.* Sic enim olim apud Athenienses *πρωταγοστεις*, & cum id exigere altereantes arbitros, quos *διατήτας κατὰ κλήρον* nominabant, constituerunt *Arist. l. 2. polit. cap. 10.* Romæ prætor ex Decuriis præfides iudiciorum itidem sorte adsciscerebat, vid. *L. 1. §. 2 de offic. quest.* Ibidem legati sorte electi, Tacit. *lib. 4. histor. n. 7.* Sic agri vectigales per sortem divisi, Sveton. *in Cas. cap. 20.* Apud Hebræos & Lacedæmonios ager manu captus sorti-

to divisus est, Grot. *lib. 3. cap. 6. n. 11.* Apud Francos veteres, quæ capta erant, sorte dividebantur, Greg. Turonens. *L. 2. c. 17.* Sic apud Homer. *lib. 14. Odyss.* Principes fortiuntur fortibus in galeam coniectis, eaque vibrata & agitata tam diu, donec ordine sortes exsilirent, & cujus fors prius exibat, is antecedebat, add. Dionys. Halicarn. *l. 2.* fortiebantur etiam olim fabis nigris & candidis, aut globulis vel calculis ψ - ϕ o ι s, fortituri autem calculos in urnam certo numero conijciebant, præmissis folio oleæ, quod etiam primum iterum extrahebant, & hæc fuit Mercurii fors, licet fors omnis Mercurio tributa, vid. Tacit. *loc. ante cit.* & Caspar Peucer *in tract. de divin. generibus tit. de Sortib.*

§. IV. Hæ autem sortes Politicæ, de quibus jam diximus, quin licitæ sint, non dubitamus. Non adversatur enim vel repugnat authoritati SS. literarum usus legitimus hujus consuetudinis fortiendi. Approbant enim illas, non abrogant constitutiones politicæ ex insitis nobis notionibus derivatas, rationi consonas, & conjunctioni tuendæ accommodatas. Non parum scilicet momenti adferunt prohibendis disensionibus, & dirimendis atque abrumpendis certaminibus, quæ sorte sedantur melius, quam longis disceptationibus. Hinc etiam Hahn *in observ. ad Wesenbec. vol. 1. pag. m. 488.* ita concludit: Rem forti committere, suâ naturâ non est illicitum, modo fraus absit & superstitio, deinde nituntur & LL. autoritate vid. *l. 5. §. 6. ff. famit. herisc. l. ult. pr. C. comm. de legat.* ibiq; Brun. & consensu fortientium, quo sese ad parendum eventui sponte obligant, & postea coguntur autoritate LL. submissione & accessione spontanea decreto fortis acquiescere. Accedit Juris Canonici approbatio in *can. 1. causa 26. q. 2.* ubi textus: fors non est aliquid mali, sed res est, in dubitatione humanâ divinam indicans voluntatem ubi vid. *§ gloss.* add.

MEMBRUM. I.

add. Tiraquel. *de jur. primogen. quest. 17. n. 12.* conf. *proverb. 18. v. 18.* Augustin. *de doctrina Christian. lib. 1. c. 28.* illustr. Dn. Stryk. *in tractat. de cautel. contr. Sect. 3. cap. 4.* add. Molin. *de J. & J. tom. 2. tract. 2. Disp. 509.* & Puffend. *de J. N. & G. s. 9. 2.*

§. V. Sortes divinatoria, cum sint à veritate alienæ, & impia & commentitia, huc non pertinent: de his vid. loc. *Ezech. c. 21. v. 21. c. 26. q. 8. de forcil.* & Caspar. Peucer. *ante cit. loc.* de ejusmodi fortibus apud veteres Germanos vid. Tacit. *de morib. German. 10.* & Cæsar. *lib. 1. de bell. Gallic.*

MEMBRUM. II.

DE PERSONIS, INTER QVAS JUDICIUM
FORTUNÆ LOCUM HABET ET
QUOMODO HOC JUDICIUM
EXERCEATUR.

§. I.

Personæ, quarum intuitu instituitur hoc judicium, sunt illi, inter quos est de jure suo controversia, & qui alio modo, quam per sortem ad consensum reduci non possunt. Nam solent Dd. eo solum casu sorti locum facere, quando judicium ordinarium deficit, Vinn. *ad §. 25. Inst. de legat.* aut res commodius per sortem, quam per aliud remedium expediri possit. Hinc fors invito obrudini non potest, sed necesse est, ut vel partes ambæ, vel certè altera deficientibus ordinariis remediis illud requirat, Bartol. & Salicet *in l. ult. C. de legat.* nec locum habet, ubi lex alium modum recepit, est enim solum remedium subsidiarum, cui non est locus, quamdiu datur ordinarium, *l. 16. ff. in pr. de minor. arg. l. 32. ff. in fin. de damn. inf. Mev. part. 2. Dec. 21. E*

21. Econtrario tamen, tandiu ei locus relinquitur, donec probetur lege vel consuetudine aliud obtinere, prout in multis locis in allquibus casibus obrinet, ut constat ex *Mev. ad jus Lubecens. lib. 3. tit. fin. art. un. & Carpzov. Part. 1. const. 7. def. 23.* cui add. *Coler. Decis. 54.* qui statutis Lubecensibus & jure Saxon. singulare quid dicunt dispositum esse v. g. in quaestione, quis pro actore sit habendus, quando utraqûe pars simul ad iudicium provocat, tunc enim apud Saxones locò fortis arbitrium iudicis adhibetur, Zanger. *de except. p. 2. c. 1. n. 385. Mynl. 4. obs. 57.*

§ II. Forma hujus iudicii consistit in discretionem controversiæ per sortem, ut nimirum partes prout cuique fors tulerit, sint contentæ. Compelluntur autem vel à iudice, ut ad sortem deveniant, vel etiam proprio motu sortem eligunt. Quantum ad prius tamen attinet, non facile solet iudex hoc imperare partibus, nisi paria sint earû jura, & non appareat, cujus intentio sit magis in jure fundata, *L. 14. ff. de iudic. f. 23. Inst. de legat. Jason. in l. 3. C. comm. utr. iudic. Gail. 2. obs. 116. Brunnem. 4. Dec. 67.* quod & posteriori casu plerumque obtinet, vid. *l. 5. ff. famil. hercisic. Richter Dec. 68. n. 10. Frantzk. ad dict. tit. n. 26.* & videtur hic esse tacita quædam conventio inter partes, quæ ita litem de rebus arbitrio suo subjectis sorti submitunt & sibi velut promittunt, se decreto fortis acquiescere velle.

§ III. Modus sortiendi non est semper idem hodiè, solet tamen plerumque fieri reseris vel etiam schedulis in receptaculum aliquod conjectis, ut inde ordine extrahantur. De more sortiendi veterum prolixius dixi *membrò I.* Addo jam adhuc alium apud Romanos valdè usitatum, micationem nempe digitorum, de qua Cicero *l. b. r. d. offic.* sed quasi aut sorte aut micandu victus alter cedat alteri, micare autem est sortiri digitis, *Tiraq. q. 17. op. n. 1. n. 77. de jur. primogen.*

MEM-

MEMBRUM III. 9
MEMBRUM III.
DE REBUS, QUÆ JUDICIO FORTU-
NÆ TERMINANTUR.

§. I.

Venio jam ad res seu controversias, quæ judicio huic submitti, illoque dirimi possunt, ubi primò ante omnia notandum, communiter statuere. Dd. quod juris solum quæstio (vel, ut clarius loquamur, dubia juris applicatio) non vero factum sorte dirimi debeat, *arg. l. 30. test. tutel. & l. 27. ff. de reb. dub. gloss. in L. 1. vers. prohibuit & ibi Salycet collat. antep. C. uti possid. Bartol. in L. 1. C. de his qui se deserunt. Heig. in §. 23. Inst. de legat. quam contrarium sentiat Tiraq. de jur. primog. quest. 17. opin. 1. cujus tamen rationes tanti non videntur, ut à communi Dd. sententiâ recedamus. Nam factum est certum, si non ratione nostrum, tamen ratione sui, & certitudo ejus non à sorte petitur, sed probari debet ab allegante *l. 22. ff. de probat. l. 23. C. eod.* jus autem inter plures personas sæpe est incertum & indiget determinatione quâdam, præsertim si sit inter illos plures æquale, ad celeriolem controversiæ expeditionem, ut ita ille, cui fors addicit, eo ipso plus juris habeat præ reliquis. Casus reliquos exceptos in contrariis monebo.*

§. II. Videamus autem primò locò de iis casibus, qui in Legibus nostris expressi sunt. Primus occurrit in *l. 14. ff. de judic.* ubi de duobus simul in judicio finium regundorum ad judicem ita provocantibus dicitur, ut discerni nequeat, quis actor, quis reus sit. Dicunt quidem communiter, quod uterque in hoc judicio & actoris & rei partes sustineat. *l. 15. ff. de procur. & uterque suos fines probare teneatur l. 10. ff. fin. regund.* Hammel, *de act. c. 52. n. 28.*

B

nihil-

10 DSSERT. DE JUDICIO FORTUNE

nihilominus tamen, si prius quis ad hoc iudicium provocavit, pro actore, qui verò provocatur, pro reo habetur, *L. 13. ff. de judic.* idem est in iudicio familiae hercisc. & communi dividendo, *l. 2. §. 3. ff. fam. hercisc. l. 2. §. 1. comm. divid. d. l. 13. ff. de judic.*

§. III. Quanquam verò, ut modo dixi, uterque regulariter probare debeat, & ideo perinde esse videatur, quis sit actor, quis reus; nihilominus tamen cum rei partes favorabiliores habeantur, quam actoris *juxt. l. 125. de R. J. & Mev. 9 Dec. 163. n. 2.* in hoc præprimis consistit commodum, quod si reus nihil contra petat, quod facere potest, sed petita actoris simpliciter neget, hic nihil teneatur probare, sed ab onere probandi relevetur, Hieron de Monte de *fin. reg. c. 48. n. 5. Frantzk. ad tit. ff. fin. regund. n. 8.* Imo licet ab initio aliquid petierit, postquam tamen per sortem in reorum classe est constitutus, à petitione desistere & alterius actionem nude saltem excipere potest. Parè ratione in iudicio famil. hercisc. si actor negetur esse heres, & non sit in possessione, alter verò possideat, Actor propter commodum possessionis, quod habet reus, excluditur ab actione familiae hercisc. exceptione præjudicii, unde hereditatis petitione ipsi agendum *l. 1 §. 1. ff. famil. hercisc. l. 18. de except. add. Marant. in spec. aur. p. 4. dist. 14. n. 6.* & ob has rationes sæpius solent altercare litigantes, quis actor, quis reus, cum nimirum simul ad iudicium provocarunt, hinc si aliter res dirimi nequeat, utrique sorte dirimatur necesse est *juxt. dispositionem l. 13. §. 14. de jud. & videtur hoc originem traxisse ex veteri Romanorum more, non enim audiebantur causæ nisi per sortem ordine quodam, quod ex Ciceronis orationibus etiam patet, vid. Quintil. lib. 7. c. 1.*

§. IV. Notandum autem, ut & supra dixi, quod aliud obtine-

obtineat moribus nonnullorum locorum. Scilicet de jure Saxon. si duo simul provocaverint ad iudicium, aut libellum iudici simul obtulerint, quod tamen raro fieri puto, tunc arbitrio iudicis res committitur, quem pro actore vel reo habere velit, Carpz. p. 1. C. 7. D. 23. Zanger. de except. l. 2. cap. 1. n. 385. qui ex rationis paritate fortis iudicium extendit etiam ad eum casum, quando reus aliquis uno eodemque die à pluribus iudicibus concurrentem Iudictionem habentibus verbaliter, vel ad domum citatus sit, nec constare possit, quamnam citatio prius ad cognitionem ejus pervenerit, si nempe nullus eorum sit superior, vel inferior, nec cumulativè Iudictionem habeant, alias nempe inferior superiori cedit, Socin. in cap. postulasti, n. 21. §. 7.

§. V. Secundò obtinet Iudicium hoc etiam in casu dividendæ hereditatis, quando nimirum circa portiones hereditarias dividendas coheredes convenire nequeunt, vid. l. 4. C. quand. & quib. quart. pars. Jason in l. 3. C. comm. utr. jud. & quanquam quidam hæc in parte canones præferant & majorem divisionem facere, minorem vero eligere debere melius esse putent, idque tam ex Sacris, nim. ex Gen. c. 13. v. 8. 9. 10. & Gen. c. 11. v. 27. & seq. quam ex canonibus deducant, quibus potius standum esse, quam juri Civili putant, vid. Berlich. p. 3. Concl. 21. imò ex ipso jure Civili hoc deduci posse putent, nimirum ex L. un. sub fin. C. de his qui se deserunt. Berlich. c. 1. & Bald. in L. suus quoque. de hered. inst. n. 5. nihilominus tamen de jure Civili verius est, quod divisio portionum hereditariarum inter fratres vel heredes, præsertim si hi sint æquales, vel sorte vel officio iudicis fieri debeat, quamvis ecclesia sit socia, Bald. in l. 14. C. de SS. eccles. vid. Jason in l. 2. C. comm. de legat. ubi hæc magis communem dicit n. 7. Bart. in l. 1. de his qui se dese-

runt. Brunn. 4. Dec. 67. Berlich. c. l. n. 5. Richter Decis. 68. n. 6.
 §. VI. Obrinet itaque fortunæ judicium, tum quando officio judicis fit divisio, tum si sine iudice privatâ heredum conventione. Priori casu tamdiu præfertur officium judicis, quoad res hereditariæ commodam divisionem recipiunt, si verò non recipiant, tunc vel plus offerenti adjudicantur, vel forte dirimuntur, Richter. Dec. 68. n. 7. & s. qq. Coler. Dec. 54. n. 5. Laxum est alias hæc in re judicis officium, potest enim alteri rem (plerumque ei, qui prærogativam habet majoris partis) alteri certam pecuniam, videlicet pretium portionis suæ, instar emtionis venditionis adjudicare, l. 1. C. comm. utr. judic. Frantzk. ad tit. ff. fam. hercis. n. 21. Si verò partes utrinque æquales sint, secundum receptum usum res sorti committitur, ne quisquam prægravari videatur, Mev. 4. Dec. 497. Carpz. p. 3. c. 15. d. 1. Brunn. 4. Dec. 67. Vinn. 1. q. 35. Eâ verò divisio quæ fit privatâ conventione, plerumque per sortem fieri solet, Frantzk. d. l. n. 26. Colleg. Argent. ad tit. ff. fam. hercis. n. 23.

§. VII. Et hæc quidem ita obtinent, nisi iterum statuto vel consuetudine aliud receptum, prout in foro Saxon. factum esse expressè testatur Carpz. 3. consl. 15. def. 2. & Berlich. p. 3. concl. 31. n. 8. ibi enim si hereditas inter duos fratres dividendas major habet dividendi potestatem, minor verò eligendi jus. Major autem non semper dicitur, qui major natu est, sed qui diutius administravit, Gail. 2. obs. n. 6. n. ult. concurrente masculo & foemina, hæc semper dividit, Carpz. P. 3. c. 15. d. 7. & hoc non solum obrinet in dividendâ hereditate paterna inter liberos, sed etiam liberorum inter parentes, & collateralium inter collaterales, Berlich. c. l. n. 23. quem dividendi modum per totam fere Germaniam receptum esse testatur Berlich. cit. loc. n. 7. Gail. cit. obs. n. 14. Mev. 3. Dec. 197. & Id. ad jus Lubec. lib. 3.

MEMBRUM III.

13

lib. 3. tit. ult. art. un. Quid in Camerâ observetur, habet Gail. *c. 1.* & Mynf. *4. obs. 37.* & quidem in terris extra Saxoniam illud non tantum inter duos coheredes obtinet, sed etiam si plures sint, nihilominus tamen majores hereditatem in tot partes dividunt, quot sunt coheredes, quo facto minor natu primus eligit, postea alter ordine successivo, donec tandem ad majorem natu perveniatur, Jacob. Schurff. *conf. 71. n. 1. & seqq. cent. 1.* In Saxoniam verò illud ad duos tantum heredes præcisè restringi vult Carpz. *P. 3. c. 15. Dec. 11.* (quem tamen non per omnia sequitur Berlich. *p. 3. concl. 21. n. 28. & seqq.*) si verò plures sint, iterum ad communem modum, sortem nempe vel officium judicis recurrendum esse putat.

S. IIX. Sed hæc, quæ hætenus de bonis hereditariis dicta sunt, nihilo fecius etiam in bonis feudalibus obtinere videntur, nimirum illis, quæ divisionem recipiunt, vid. *text. II. feud. 15.* in quibus fieri debet divisio sorte vel officio judicis, præsertim cum lex feudalis velit, feudum ad filios æqualiter pertinere, *text. in cap. i. S. & quia de his qui feudum dare possunt.* Hinc cum æqualia plerumque jura habeant, sorti hic facillè locus fieri potest, vid. Ludolph. Schrader *tract. de feud. p. 7. c. 5. n. 64. 65. & seqq. tom. 1. & Rosenthal. tract. eod. cap. 1. concl. 19. lit. A sub fin. vers.* Idem tradit & Berlich. *p. 3. concl. 21. n. 19.* Quod tamen iterum limitatur, ut non procedat in foro Saxon. & ubi fortè moribus vel statuto aliud receptum, Carpz. *p. 3. c. 15. d. 2.* Quamquam verò velit Schrader *cit. loc.* & Rosenthal. illosque sequentes, quod divisio non aliter fieri possit in rebus feudalibus, quam jure communi sorte sc. vel officio judicis, nihilominus tamen contrarium contra eos rectè asserunt Berlich. & Carpzov. *loc. jam cit.* quod nimirum non minus in his bonis, quam hereditariis, ille modus obtineat, ut

major dividat, & minor eligat, quibus de speciali consuetudine suæ provinciae attestantibus merito credimus, add. & Matth. Wesemb. *ad tit. ff. fam. hercisc. n. 6.* & Struv. *in Syntag. jur. feud. cap. 9. aph. 5. n. 6.*

§. IX. Egimus hactenus de communione hereditatis, proximum jam est, ut dispiciamus, an in communi dividendo iudicio, quando nimirum quidam involuntarie vel certe sine expresso consensu in communionem rei particularis incidunt *vid. §. Inst. de obl. quæ ex qf. contr.* etiam forti locus sit? Et quidem non dubium est, quin etiam in hoc iudicio obtineat, quia plurima communia habet cum iudicio familiae hercisc. *l. 6. §. 11. & l. 19. §. fu. ff. comm. divid.* in hoc enim æquè iudex singulas res æstimatas singulis adjudicare potest *l. 3. comm. divid.* vel rei unius, si commodam divisionem recipiat, partes singulis addicere, vel si non recipiat, totam uni adjudicare & hunc invicem certâ pecunia alteri solvenda condemnare; *vid. §. 5. & præced. de offic. judic. l. 6. §. 10. ff. comm. divid.* Carpz. *P. 3. c. 15. d. 39.* Quod si verò focii singuli rem, quæ commodam haud recipit divisionem, sibi assignari petant, nec tamen quispiam ullum jus & prælationem vel ex jure optionis, vel ex cognatione, aut ex portionum inæqualitate habeat, unde aliis præferatur, certè ad sortem recurrendum erit, ut per hanc lis dirimatur, *Wesemb. ad tit. ff. commun. divid. n. 6.* Carpz. *P. 3. C. 15. d. 41.* Matth. Berlich. *p. 3. concl. 21. n. 39. & seqq.* Hinc optimè Hahn, *in Observ. ad Wesemb. ad h. tit.* dicit: expositio juris æqualis ad sortem, quam plures circa rem habent, est æqualis permutatio, quæ justa est.

§. X. Et hæc divisio obtinet etiam in illis rebus, quæ per familiae hercisc. iudicium dividi non potuerunt. Siquidem rebus hereditariis semel divisis, & unâ atque alterâ re indivisa relicta, non tamen rursus locus est iudicio familiae

familiae

milix herciscunda, quia hoc est universale, quod de rebus singulis non habet locum, sed iudicio communi dividundo particulari agendum, Scotan. *Disp.* 28. §. 20. Et hoc casu iterum vel ad fortem, vel ad iudicis officium recurrendum, Berlich. *part. 3. concl. 21. n. 41.* Coler. *Decis.* 54. n. 6. p. 1. Et hoc adeo obtinet, ut & iure Saxon. hoc casu idem receptum, ut non detur locus optioni, sed jus commune pravealeat, Berlich *cit. loc. n. 39.* Carpz. *p. 3. C. 15. d. 41.* Pruckman. *Conf.* 17. n. 62. vol. 1.

§. XI. Occasione hereditatis dividendæ etiam quandoquæ controversi solet inter heredes, apud quem cautiones hereditariæ, id est instrumenta, vocabulo non ita latè sumto, ut in *l. 1. ff. de fide instrum.* (quo etiam pertinent tabulæ testamentariæ) pendente iudicio custodiri debeant, *L. 5. ff. famil. hercisc.* & quidem hic dispicere ante omnia debet iudex, cui eas committat, nam potest quandoque reliquorum heredum præiudicium hic versari, si scilicet custodia illi committatur, qui in ejusmodi rebus custodiendis parùm diligens esse solet. Hic autem ordo in LL. præscribitur, ut iudex deponi curet apud eum, qui ex maiore parte heres est, *d. l. 5.* si talis non adsit, seniorem præferat juniore, amplioris honoris inferiori, marem fœminæ, ingenuum libertino, *vid. l. ult. ff. de fid. instr. ibique God. fr. aut eum, qui à maiore parte electus est, L. 5. de reb. autor. jud. possid.* Hæc tamen ita obtinent, si hucusque nemo in possessione custodia fuit, hic enim præferendus, nec obtentus litis eâ pendente, istâ privari debet, præsertim si adhuc controversum sit jus communionis, & ea pars, apud quem instrumenta existunt, alterius consortium non admittit vel disputat, *Mev. 8. Dec. 476.* Debet autem is, apud quem deponuntur instrumenta, coheredibus & sociis eorundem exemplum dare, authentico apud se retento, & interpone-

re cau-

re cautionem, quod originale toties quoties res exegerit, exhibere velit, *d. l. 5. famil. hercise.* quod si hoc facere recusat, datur ceteris interdictum de tabb. exhibendis *l. 1. §. 1. de tabb. exhib.*

§. XII. Quodsi omnes ex iisdem partibus heredes sunt, nec convenit inter eos, apud quem potius deponi debeant instrumenta, sed potius singuli in solidum ea sibi asserunt, tres modos præscribit lex, ut vel sorte rem dirimant, aut ex consensu vel suffragio amicam eligant, apud quem deponant, vel in æde sacrâ deponi curent, *d. l. 5. l. 1. §. 36. in fin. depos.* quem modum olim frequentem fuisse patet etiam *ex l. 19. C. de usur. add. Cujac. ad tit. Cod. comm. utriusq. jud.* sed hunc in usu esse desiisse & introductum esse, ut ejusmodi instrumenta in loco iudicii deponantur, testatur *Mev. 5. Dec. 330. n. 6.*

§. XIII. De instrumentis feudalibus notandum, quod cum in eo magna utilitas versetur, quis eadem asservere debeat, siquidem cum non raro vasallus, quando ipsi ratione successionis controversia movetur, probare debeat, quod ipse à primo acquirente vel communi stipite descendat, alias enim succumbit, quia sola agnationis & gentilitatis qualitas, atque gradus prærogativa non sufficit, *Rosenth. cap. 7. concl. 57. n. 12. & seqq. Struv. in Synt. jur. feud. cap. 9. apb. 7. n. 4.* hinc cauti & providi sint agnati, ut Majorum antiquas investituras accuratè & magnâ cum diligentia, e. g. in Archivo familiae, aut alias in loco honesto & apud viros omni exceptione majores custodiri curent. In communibus instrumentis itidem dignior & senior juniori & minus digno præferendus est, *v. Gail. l. 2. obs. 149. n. 6.* Sed quid si omnes pares? si convenire nequeant, res etiam videtur sorti committenda per *cap. 1. de feud. cogn.*

§. XIV. Obtinet etiam hoc iudicium in casu *l. 24. §. 17. ff. de*

ff. de fideicom. libert. ubi circa manumittendos servos controversia est, & quoniam libertas magnum favorem habet, ideo hæc lex circa manumittendos servos speciale quid disponit. Quod si enim legatarius plures servos rogatus sit manumittere, & pretium quod ipsi à testatore relictum non sufficiat ad manumissionem omnium, sc. ut creditores eos non pro debito in solutum accipiant, quod alias fecissent, *l. 24. qui & à quib. manum.* tunc quidem si ordo scripturæ appareat, manumittendos esse eos, quos primo manumitti testator jusfit *d. l. 24. & l. 60. de hered. instit.* quod si vero ille ordo non appareat (quia fortè compendiosè dixit testator: omnes illos servos manumitti volo, *gloss. ad. b. l.*) ne prætor, coram quo hæc manumissionis causâ tractabatur §. 2. *Instit. de libert.* aliquam gratiæ vel ambitionis honorem subeat, vel sorte servos rem dirimere oportet, quis prius manumittendus sit, quia paria habent jura, aut meritis cujusque allegatis, arbitrari eos oportet *d. l. ubi notandum*, servos Eunuchos majori olim pretio habitos fuisse, quam integros viros, *πύσσοις ἐβεννα* fidei gratiâ, ut ait Herodotus in *ὀυραία*, vel muliebrium libidinum causâ, vid. Cujac. *ad tit. Cod. comm. de legat*; Idem est, si quis plures servos redimere jussus sit, libertatemque præstare & pretium omnibus redimendis non sufficiat, vid. *d. l. 24. §. 18.*

§. XV. Alius adhuc casus, ubi hoc judicium locum habet, extat in §. 23. *Instit. de legat. & l. 3. C. commun. legat.* nimirum si duobus vel tribus personis optio servi fuit relicta, vel etiam alterius rei, aut uni quidem legatario, ipse autem moriens plures reliquerit heredes, illique in eligendo corpore dissentiant, vel alter alterum servum alteramve rem eligere velit, quæritur quomodo hæc controversia dirimenda sit? de qua jam olim dubitatum fuisse inter veteres Ictos dicit Imperator in *d. l. ult. C. comm. de legat.*

legat. Et quidem hoc certum est alias, legatum optionis tanquam conditionale ad heredes non tranſiſſe, ſed ipſum legatarium optare debuiſſe ex §. 20 *Inſt. de legat.* Hinc putat Bachov. Tribonianum caſum plurium legatariorum de jure eligendi concertantium, cum caſu plurium heredum jure legatarii per incuriam confundere, vel lectos hac de re olim etiam non conveniſſe, cum dubitatio eorum in caſu ſecundo locum habere non potuerit, quia heredibus optio non dabatur. Quicquid autem hujus ſit, juſtinianus Imp. hanc rem Conſtitutione ſua decidiſſe in d. §. 23. *Inſt.* ut & *l. et.* quod non ſolum ad legatarii demortui heredes optio tranſeat, ſed etiam ſi circa corpus eligendum convenire nequeant, quod inter illos, non minus ac inter alios in eadem cauſa diſſentientes, judicium fortunæ ſive fortis obtinere debeat, ita ut uni res per electionem obveniat, & ille reliquis pro ratâ æſtimationem illius rei præſtare teneatur.

§. XVI. Porro, ſi duorum Dominorū adſcriptitius & adſcriptitia connubium contrahant, & de liberis dividendis litigent, ita hæc res deceditur in *Nov. 156. 157. & 162. c. 3.* quod ſcilicet, ſi numerus ſit impar, v. g. ſi unus naſcatur, primus ſit Domini adſcriptitiæ, ſecundus verò domini patris, tertius domini matris &c. ſi vero duo filii ſimul progeniti, quaeritur quis eligat? Reſpondet Juſtiniano, electionem per ſortem eſſe dirimendam, vid *Godofr. ad dict. Nov. 156. & 162.*

§. XVII. Quaeritur hæc occasione, an & hodiè controverſia de jure primogenitura per ſortem dirimi queat? Hic duo diſtinguendi caſus, aut enim altero alter prius natus eſt, ita ſaltem ut ordo naſcendi ignoretur, aut verò duos ſimul ex mortuæ matris in partu utero excindi, vel quod eodem recidit, ſi Rex vel Princeps duas forte uxores habeat. (an jure, an de facto, non quaerimus)

rimus) & duos liberos ex utrâque uxore eodem momento pronasci contingit; Priori casu cum quæstio facti magis sit quam juris, forti hic videtur locum fieri non posse *arg. l. 16. ff. de stat. hom. Tiraq. de jur. primog. q. 17. opin. 1. n. 91.* qui quidem quadantemus concedit, quod si ambo in hoc consentiant, possint utique rem forti committere, alterutrum tamen invitum non posse ad fortem cogi dicit, nisi res aliter transigi non possit, vel periculum quoddam imminet, vid. Eund. *cit. quest. concl. 1. n. 7.* nihilominus tamen ipse præfert eam opinionem, quæ & verior videtur, ut uterq; admittatur sive in dignitatibus regalibus, sive in reliquis rebus hereditariis, nisi quis prius in possessionem pervenerit, aut is qui possessionem habuit, eam amiserit, & alter acquisiverit, illamque diutius tenuerit, Tiraq. *c. l.*

§. XIX. Notandum tamen, quod quamdiu ordinariæ probationes suppetunt, adhæc remedia non deveniatur, v. g. ex scripturâ parentum vel eorum confessione; Etiam si ex conjecturis saltem & præsumtionibus de filiorum nativitate constet. Etenim punctum nativitatis, quia incognitum est, cum in occulto & clam soleant parere mulieres, præsumtionibus & conjecturis satis probatur, Mascard. *de probat. l. 2. concl. 665. & 675.* Quocirca hac in re testimonium obstetricum plurimum valebit, non minus atque parentum vel vicinorum, præprimis si duarum obstetricum juratum adsit testimonium, Menoch. *de præsumt. l. 2. præf. si. n. 1. & 30. Carpz. P. 3. c. 15. D. 18.*

§. XIX. Posteriori casu (v. §. XVII.) cum quæstio juris magis sit, quam facti, forti hic optimè locum dari putat Tiraq. *c. l.* nam factum hic non est incertum, conf. Id. *cit. loc. add. Daniel. Clafen l. 2. polit. c. 3. & Francisc. Arctin. in L. ex Duobus col. 2. ff. de vulg. & pupill. substit.*

§. XX. Restat adhuc casus de pluribus tutoribus, si ni-

miram plures tutores circa unius pupilli tutelam concurrant, & omnes pari jure gaudeant ad eam suscipiendam, ita ut neuter prærogativam habeat vel ex testamento, vel ex proximitate gradus; scilicet si ad consensum aliter reduci non possint, sed omnes in solidum eam sibi vindicent, ne pupilli res damnum exinde sentiant, expedientissimum remedium est, per sortem unum determinare.

§. XXI. Sed quaeritur, an in delictis etiam locus sit judicio fortunæ? Et quidem cum certum sit, quando tota multitudo vel plures deliquerunt, non semper expedire Reipubl. ut de omnibus supplicium sumatur, singulique e medio tollantur, nam cum vitia sæpè ita invaluerint, ut remediis suis sint superiora, aut cum tota multitudo peccavit, sapius evenit, ut cum magistratus omnes punire cogitur, illà ratione vitia magis provocet, & autoritas ejus cum non sufficiat ad ea puniendâ, evilescat, vid. Clasen *lib. 6. Polit. c. 12.* Carpz. *in crim. p. 3. quest. 90. n. 23.* Groc. *de J. B. & P. l. 2. c. 2. n. 20.* Quamquam enim & factum esse quandoque deprehendamus, ut tota multitudo delinquentium supplicio affecta sit, ut de Cyzensibus commemorat Dion. *lib. 45.* quod libertas illis singulis sit erepta, & Augustus teste Sueton, *c. 24.* decimam legionem contumacius parentem cum ignominia totam dimisit, quem imitatus est Alexander Severus, qui sæpè integras exauctoravit legiones, Liv. *dec. 3. lib. 6. p. m. 209.* recentiora integrarum universitatum & multitudinum punitarum exempla vid. ap. Gail. *de P. P. l. 2. c. 9. n. 28.* nihilominus tamen id eo casu potissimum factum est, quo Princeps pro sua potestate delinquentes punire potuit, vel tota multitudo delictum defendere voluit, quo casu omnino exemplo opus est; interim tamen è contrario non solum ex jure divino v. *Loc. Exod. 32. v. 27.* sed & historiis constat, quando plures peccaverunt, non omnes

omnes statim supplicio fuisse addictos, sed quosdam tantum per decumationem sive sortem supplicia tulisse: Sic Cicero *in orat. pro Cluent.* (quæ citata à Tryphonino in *l. 38. de pœn.*) statuerunt, inquit, majores nostri, ut si à multis esset flagitium rei militaris admissum, sortitione in quosdam animadvertere, ut metus videlicet ad omnes, pœna verò ad paucos perveniat: & Casius ap. Tacit. *14. annal. 6.* ex effuso, inquit, exercitu cum decimus quisque fuste feritur, etiam strenui fortiuntur, habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publicâ rependitur: Exemplum de Gallis Trevirensibus in *Diar. Europ. ad Ann. 1675. p. m. 667.* adde Bœcler. *in dissert. miles captivus p. m. 172.* Tiraq. *de pœn. temperand. vel mitig. caus. 47. n. 2. & seqq.*

§. XXII. Et quidni posset hæc facere is, cui summa potestas in Republicâ vel exercitu competit? quippe cum is potestatem leges promulgandi habeat, & pœnas statuendi, quid mirum eum legibus à se latis derogare posse, & pœnam remittere, Clafen. *de jur. aggrat. c. 3. per tot.* Carpz. *in crim. p. 3. q. 150. n. 14. seqq.* Quod tamen maximè intelligendum de illis delictis, in quibus superior per se potestatem habet remittendæ pœnæ, & quibus jure divino certa ac fœvera pœna expressè non statuta, in his enim non ita simpliciter hoc procedit. Nam inferior non potest abrogare legem superioris, quanto verò inferior est princeps Deo? Clafen. *cit tract. cap. 6.* Carpz. *cit. loc. n. 29. & 33.* & Harnusberger. *in Diff. de Sortit. pœnal. b. llic. §. 26.* Ex his itaque sponte fluit, quod cum supremus in Republ. vel exercitu veniam delicti quibusdam facere possit, non prohi beatur etiam, inter plures, qui forte in simili delicto, vel etiam dissimili, remisibili tamen, versantur permittere, ut per sortem illi inter se experiantur, quis potius ad supplicium venire

debeat, nam nemini hoc passu fit injuria, quia omnes mortem promeruerunt, & res arbitrii erat apud superiorem, quibus forte condonare velit, vid. Tiraq. *cit. Tract. n. 4. Feld, ad Grot. de J. B. & P. 3. u. 17.* Et hæc fors in specie dicitur *decimatio*, vel *sortitio pœnalis bellica*, & est modus quidam decidendi extraordinarius, quo ex totâ multitudine militum, vel etiam paucis quibusdam reis, quocumque fortunæ judicio quidam destinantur; *Serm. Loosen iwer sterben soll/ oder ums Leben spielen/* vid. Harnusberg. *cit. Diff. §. 3.* Et quid quæso apud nos hodiernum in bello frequentius, quam inter quosdam delinquentes, quosdam infelicitatem fati sui sorte effugere, quosdam verò invidia taxillorum ad supplicium rapi, adeo ut existimet Osiander *in not. ad Grot. lib. 2. cap. 1. §. 15.* proprium hoc judicium esse in delictis militaribus, quia ibi Leges sunt rigidiores & copia judiciorum semper haberi nequeat, hinc nemo ferè hodie est Legislatorum militarium, qui in ferendis LL. sive constituendis articulis ei locum non fecerit, vid. in corpore juris militaris *Articuls Brieff der Reichs- Völcker de anno 1672. art. 63. & 71. Chur-Brandenb. Kriegs-Recht. art. 33. 83. 41.* De bello an per sortem finire possit vid. *Grot. lib. 2. Cap. 23. n. 13.*

MEMBRUM IV.

DE FINE ET EFFECTU HUIUS
JUDICII

§. I.

Hic consistit in eo, ut controversia terminetur mediante sorte *l. 3. C. comm. utr. jud.* sive id fiat privatâ sive publica autoritate, & pronunciatum illud fortis, ut

tis ut ita loquar, obligat partes, quæ controversiam forti sub-
miserunt ex tacita conventionione, ut dixi in membr. 2. & ju-
dex illud tueretur, adjudicationemque à sorte factam, exce-
ptiones vel actiones dando, ratione sc. præstationum per-
sonalium & impensarum, has petentibus illas possidentibus,
idque exemplo aliarum rerum judicatarum, quæ utro-
que remedio defenduntur l. aëtori C. de reb. cred. vit. tot. tit.
de except. & Brunnem. ad l. 3. C. comm. utr. jud. nec rescindi-
tur divisio sorte facta, ob prætenfam aliquam læsionem,
vel inæqualem bonorum factam æstimationem l. 11. §. pen.
ff. de minor. Richter. Dec. 68. n. 26. res enim judicata cum præ-
sumatur esse veritas, retractari nequit Brunn. dict. loc. qua-
re & si quid indebitum ex hæc causâ solutum sit, cessat re-
petitio L. 36. ff. famil. hercisc. Wesemb. ad d. tit. n. 8. nam ad-
judicatio à sorte alicui facta statim ei, cui favit, tribuit do-
minium rei, hinc fructus à die adjudicationis jure Domini
percipit; vid. §. ult. Inst. de offic. jud. ibiq. Bachov.

§. II. Quanquam enim velit Acursius ad dict. §. & cum
eo Locamer. n. 21. *ibid.* dominium v. g. in rebus heredita-
riis vel communibus divisus, non transferri in eum, cui ad-
judicata res, nisi per traditionem, id tamen aperte contra-
riari rationi dict. §. vid. Ulpian. in fragment. tit. 19. §. 1. &
§. 14. §. 7. lic. Umm. Disp. ad process. 19. n. 53. Licet enim
alias etiam in rei vindicatione per sententiam non transfe-
ratur dominium, hoc est per judicationem, sed solum de-
claratur, si quidem actio rei judicata solum in personam
est L. 6. §. fin. de Re Judic. ibique Gotbofr. in not. tamen per
adjudicationem reale jus inducitur in judiciis rerum com-
munium divisorii, idque ex vi atque potestate juris civilis,
cum non potuerit tuitione prætoris, Anton Faber. de error.
pragmat. Decad. 98. error. 7.

MEM-

DE CONTRARIIS HUIUS IUDICII.

§. I.

Contraria huius iudicii considerare possumus, prout vel ei repugnant in fieri, vel illud in esse suo seu postquam est consummatum, infringunt: Prioris generis impedimenta descendunt vel ex ipsius rei controversa inhabilitate, vel ex facto alterius. Res quæ inhabiles sunt, ut non possint terminari sorte, sunt ut *sub init. membr. tertii* dixi, in genere quæstiones facti; est autem quæstio facti, quando factum est incertum, super quo nec lex præsumit & super hoc nec sapiens potest consulere, nec prudens iudicare, nec pars tenetur respondere *L. 15. & 16. ff. de stat. hom. ibique Angel. l. 47. ff. de donat. inter vir & uxor.* Quæstio juris est, quando factum est certum vel incertum, super eo tamen cadit præsumtio juris, Angel. in *L. cum quem temere ff. de iudic.*

§. II. Hinc deducitur, sortem locum non habere, quando duo de possessione litigant, uterque interdicto retinenda possessionis agat, & æqualitas probationis adsit, ita ut unus tot actus possessorios pro se adducere possit, quam alter. Quamvis enim hoc casu Bartolus, Baldus illosque sequentes putent, omnino recurrendum esse ad sortem, tamen rectè contra eos concludit ex recentioribus Meichsner. *tom. 3. Dec. 3. n. 14.* quod fors hoc casu non habeat locum, sed iudex expensis diligenter rei circumstantiis in eo esse debeat, ut æqualitatem probationis ad inæqualitatem reducat, & pro eo pronunciet, qui pinguiora jura habeat, quomodo autem hic procedendum vide latè apud eund. *cit. tract. add. etiam Tiraq. in tract. de jure primogen. q. 17. opin. 10. n. 19.* qui ultimus quidem cum Bartolo facit, & sortem quoque ex-

que extendit) duo eandem uxorem petunt, & uterque æquale jus præterdit, si v. g. cum utroque fœmina eodem ferè tempore sponsalia celebraverit; sed idem & hoc casu dicendum, quod ante, nam unus potius jus habebit, vel ex ordine temporis, aut majori validitate sponsaliorum, vel ex potiori affectione sponsæ, vix enim possibile est, ut sponsalia cum binis, uno eodemque tempore celebrari possint, aut ut sint ambo æque firma, aut ut mulier utriusque æquali amore flagret, proinde & hic iudex consideratis diligenter facti circumstantiis facile arbitrari poterit, quis potius jus circa ejus personam habeat, aut quis in puncto consummandi matrimonii præferendus sit, vid. Carpz. *Jprud. cons. l. 2. def. 63. & 65. Berlich. 4. concl. 28. n. 7.*

§. III. Deinde etiam non facile forti locum dare solent, præsertim hodie, in electionibus personarum ad officia & dignitates. Quamvis enim ut in *membr. 1.* commemoravi, olim non novum fuerit, aliquem suffragio sortis ad honores provehere, sicut & tale quid apud Venetos receptum esse dicit Contaren. *de offic. & Magistr. Reipubl. Veneta.* Nihilominus tamen exemplis non simpliciter judicandum, sed si quis ad officium aliquod sive munus deligendus, destinato & intra se reducto consilio potius hoc expediendum est, quam incerto fortunæ discrimine, quia quia ut optime dicit Tacit. *l. 13. annal* fors sæpè desleclit ad parum idoneos & *lib. 4. Hist. c. 7* Sorte & urna mores non discernuntur, ut hinc rectè concludat Philo Judæus: quemadmodum nec Medicus ægroto, nec gubernator navis per sortem quærendus est: ira nec Reipubl. regens. Interim tamen nec hoc negandum, quod si adhucdum duo vel plures designati ad dignitatem vel munus, & singuli par jus vel æqualia habeant suffragia, nec Superior alicui prærogativam concedere velit, & æqualia quoque adsint

utriusque merita, quod tunc forte hoc inter se discernere possint, atque is tunc præferatur, quem fors benigna elegit.

§. IV. Sed in civilibus hæc forte procedunt, quid vero dicendum de officiis & beneficiis Ecclesiasticis, an & ibi fortis judicium inter plures præsentatos donis & virtutibus æquales admitti possit? quod negandum videtur per *cap. fin. de sortil.* adeo ut licet alias electio per compromissum fieri possit, tamen non possit per compromissarios, qui forte constituti sunt., *dict. cap. fin.* posset enim fors super indignos cadere, qui quidem hominibus digni videbantur, in judicio tamen divino, quod interna scrutatur, tales non sunt, & tentaretur quodammodo Deus *cap. 24. X. de elect.* unde etiam dicunt Canonistæ, quod nequidem si duo paribus suffragiis electi fuerint, forte inter ipsos res sit terminanda, sed potius per compromissarios conficienda, aut superior ad eundem, qui terminum iterato suscipienda electioni præfigat. Nec obstant sanctorum exempla & *ante alleg. loc. A. stor. 1. v. ult.* ubi Matthias forte electus in locum judæ proditoris; Nam Sanctos id fecisse respondet Gonzalez *ad c. 1. de Sortil. n. 4.* Dei instinctu vel monitione speciali, & Augustin. *in inquis. ad Januar.* Matthias ante pentecosten forte quæritur, quia scilicet nondum erat plenitudo Spiritus S. in ecclesia effusa, septem autem Diaconi post non sorte, sed electione discipulorum sunt ordinati. Hinc etiam dicit Beda super actus Apostolorum, si necessitas imminet licitum est cum debita reverentia sortibus divinum judicium committere, v. omnino B. Brunneman. *ad. l. 10. ff. de reb. dub. num. 27.*

§. V. An electio Papæ sorti possit committi, non conveniunt Dd. Pontificii. Nos illis controversiam suam relinquimus, qui cupit potest hac de re videre Bald. *in leg. fin. C.*

fin. C. de legat. Felinad. cap. extr. de probat, Tiraq. de jur. primogen quaest. 17. opin. 1. properamus potius ad remedia quæ dantur contra fortem ejusque decisum.

§. VI. Et quidem à pronuntiato fortunæ appellari non posse, ex eo fundamento asserunt Dd. quia illa neminem agnoscat superiorem nisi Deum Bald. *in l. 2. C. quand. & quart. pars.* Sebast. Medic. *de cas. fort. p. 2. q. 10. n. 242.* cum itaque superiorem non habeat, ad quem daretur appellatio? hinc etiam regulariter hereditatis divisionem fortitione à scientibus ordinata, ob partium inæqualitatem etiam immodicam rescindi non posse tradit Philipp. Matthæi *vol. 1. conf. Marpurg. conf. 32. n. 27. & seqq.* imputet enim sibi, quod non prospexerit, ut sortes fierent æquales, damnum enim, quod quis suâ culpâ sentit, non sentire videtur per *cap. 86. de R. 7. in 6. & sic damnum non contigit per sortem, sed per inæqualem partium constitutionem, quæ ipso sciente & approbante facta, & adversarius quoque ita ferente sorte potuisset enormiter lædi l. 122. §. fin. de V. S. Si- chard. in l. 3. n. 2. C. comm. utr. jud.*

§. VII. Sed tamen ne iniquitati vel dolo impunitas detur, hinc videndum, si aliquis inique circumventus est, quæ dentur remedia? Et quidem hic si constitutio portionum hereditariarum à judice facta, eo tantum casu datur actio contra judicem, si ille ex singulari gratia, vel à parte, vel iniquis æstimatoribus inductus, portiones plane inæquales constituerit & partes hoc nesciverint *arg. l. 2. C. si propt. publ. pensit.* priori casu actio de dolo locum habere possit *l. 15. §. 1. ff. de judic.* posteriori autem casu datur actio in factum *arg. l. fin. C. de extr. cogn. Menoch. de arbitr. jud. quaest. l. 2. c. 342.* Si autem extrajudicialiter sit facta divisio, quoties dolus & fraus adversarii, vel ignorantia & error partis læsæ intervenisse probari possit, datur vel reductio

ad arbitrium boni viri, aut restitutio in integrum, & quidem non tanquam adversus iudicium fortis, sed tanquam contra factum mali & inæqualiter divisionem portionum facientis; Si nempe sortes tam inæqualiter factæ sint per dolum aut errorem dividendum, tunc iis, quibus non advertentibus id factum, etiam majoribus 25. annis subvenitur, *arg. majoribus 3. C. comm. utr. judic. ibique Bald. Muller. in not. ad Struv. Exc. 15. §. 16. lit. g. Marant. in spec. aur. p. 6. tit. de test. product. n. 86. Fachin. §. 8. contr. 36.*

§. IIX. Sed & si quis ex divisione per sortem factâ enormiter seu ultra dimidium læsus sit, ex facto dividendum, ubi inæqualitatem adesse nesciebat, potest petere ut rescindatur divisio ex *l. 2. C. de resc. vendit.* videlicet ut recedatur à divisione pristina & fiat nova, vel ut portio quæ læso competit ad justum reducatur, & similis fiat portionibus fratrum vel adversarii, electio tamen læso competit *arg. l. 2. C. de resc. vend. Mund. vol. 2. conf. 12. n. 51. 52. Carpz. p. 3. Const. 25. def. 19. Brunnem. in l. 3. C. comm. utriusque judic. Pruckman. 2. conf. 20. n. 55.* Imò & mulieres, minores & rusticos etiam si læsio sit infra dimidium posse petere restitutionem in integrum tradunt Paul. de Castro *ad L. 3. comm. utr. jud.* Bald. *in l. 2. C. de R. V.* quia scilicet has personas facilius, quam alias, circumveniri posse experientia docet. Sic & retractatur divisio per sortem licet facta, si postea appareat testamentum esse falsum, beneficio restitutionis in integrum vid. *tot. tit. Cod. si ex fals. instrum.* Jason. *ad l. si post divisionem de jur. & fact. ignor.*

§. IX. Ne autem propter magnam læsionem (extra dolum tamen) rescindatur divisio semel facta, ipsi instrumento divisionis subjici solet renunciatio beneficii *L. 2. C. de resc. vendit.* vid. Illustr. Dn. Stryk. *de caut. contr. Sect. 3. cap. 4. §. 16.* aut juramentum, & quidem si major ju

rat, se non recessurum a sententiâ sortis eâ stare debet, minor verò jurans perdit beneficium restitutionis Bartol. *ad L. 2. C. de resc. vendit.* quandoque etiam si ante submissionem rei iudicio transfegerint super inæqualitate, cessat restitutio *L. 122. §. fin. de N. O.* Idem salvis impertinentibus ad rei communionem & reliquos casus applicari poterit, ubi tamen tantum non versatur præjudicium sententiæ sorte lata etiam non facillè solet retractari, ne lites multiplicentur & resciscitentur.

§. X. Et hæc sunt, quæ de iudicio Fortunæ ex juribus receptis colligere & loco speciminis Academici publice proponere volui. Plura potuissent adduci, nisi tempore exclusus fuisset, & nisi jactis fundamentis generalibus ex rationis identitate ad similia progredi facillimum esset. Tu interim, benevole Lector, sicuti in omnibus eruditioni Tuæ non satisfacere, primum huncce conatum benignè excusa, meque ad errores corrigendos pronum fore certò confide.

T A N T U M.

ERRATUM EXTANTIUS.

Membr. 1. §. 4. lin. 4. lege ita: Approbant enim illæ (SS. literæ) non abrogant Constitutiones politicas. Reliqua leviora facillè corriget ipse B. L.

COROLLARIA.

I.

Lotariæ non simpliciter sunt prohibitæ, si fiant absque fraude & præcipuè autoritate publicâ.

II.

In emtione alex sive spei pretium debet solvi, etiamsi nihil captum fuerit, & venditor præstare cogitur, licet captum pretium decuplo excedat.

III.

Non omnis lusus simpliciter est prohibitus, si dolus absit & lucrum illicitum.

IV.

Lata culpa in delictis dolo comparatur, quando agitur ad interesse privatum.

V.

Debito in genere probato, si non appareat quantitas debiti, standum est juramento Creditoris.

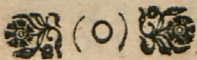
Nobiliss. atque Doctiss. Dn. Respondenti

S. P. D.

P R A E S E S.

R Eddo Tibi, quam censuræ meæ subicere e-
jusdemque Præsidium à me expetere volui-
sti, Dissertationem de Judicio Fortunæ à Te ma-
gnâ diligentia conscriptam. Equidem animus e-
rat ab initio, nonnulla partim ad methodum, par-
tim quoque ad ipsam materiam spectantia, quæ
meditatus eram, cogitatis Tuis interspergere; sed
mutavi mentem deinde, non solum quod inopiâ
temporis exclusus fuerim, sed præcipue quod de
hac materia jam A. MDCLXIV Francofurti ad
Oderam sub Præsidio B. Brunnemanni à Viro quo-
dam consultissimo disputationem habitam esse de-
prehenderim, ex qua facile suppleri possunt, si qui-
dam à Te casus speciales omisi forsân fuerunt.
Jure ergò meritò Te Autorem hujus Dissertatio-
nis scribere potuisti, & prout alias quoque diligen-
tia Tua & ardor discendi mihi probe cognitus est:
ita Tibi de primo hoc eruditionis Tuæ specimine
ex animo gratulor & ut porrò divinæ benedicti-
onis in studiis Tuis uberrimos fructus experiaris,
sincere exopto. Vale Dab. ex Museo d. XXI. Sept.

M DCCII.



Nobilis, acque Illustris, Dni. Respondentis

P R A E F A T I O

Respondeo Praedictam a me scriptam esse
ita Dissertationem de Judio Fontanae. Tunc
gna diligentia conscriptam. Eiusdem anni
ita ad iudicium nonnulli contrarij obiectio-
tum quoque ad ipsam materiam speculanda
meditatus erant, cogitans Tunc inchoare
materia materiam debere, non solum quod
temporis exclusis fuerat, sed praecipue quod de
haec materia iam A. MDCLXIV. Francorum
Obitum sub Praesidio B. Bannemannii a Viro quo-
dam consulis in modo dissertationem habere esse de-
prehendit, ex qua facile suppletur posse
dam a Te casus speciales omnia fortan fuerunt
Iure ergo merito Te Auctorem huius Dissertatio-
nis scribere potuisti, & pro ut alias quoque diligen-
tia Tunc & auctor discendi mihi probe cogitasti
ita Tibi de primo hoc eruditionis Tunc specimine
ex animo gratulor & ut portio divina benedicti
oris in studiis Tuis uberimos fructus experias
inire exopto. Vale. Dab. ex Museo d. XXI. Sep.

M DCCII



94 A 7367

ULB Halle

3

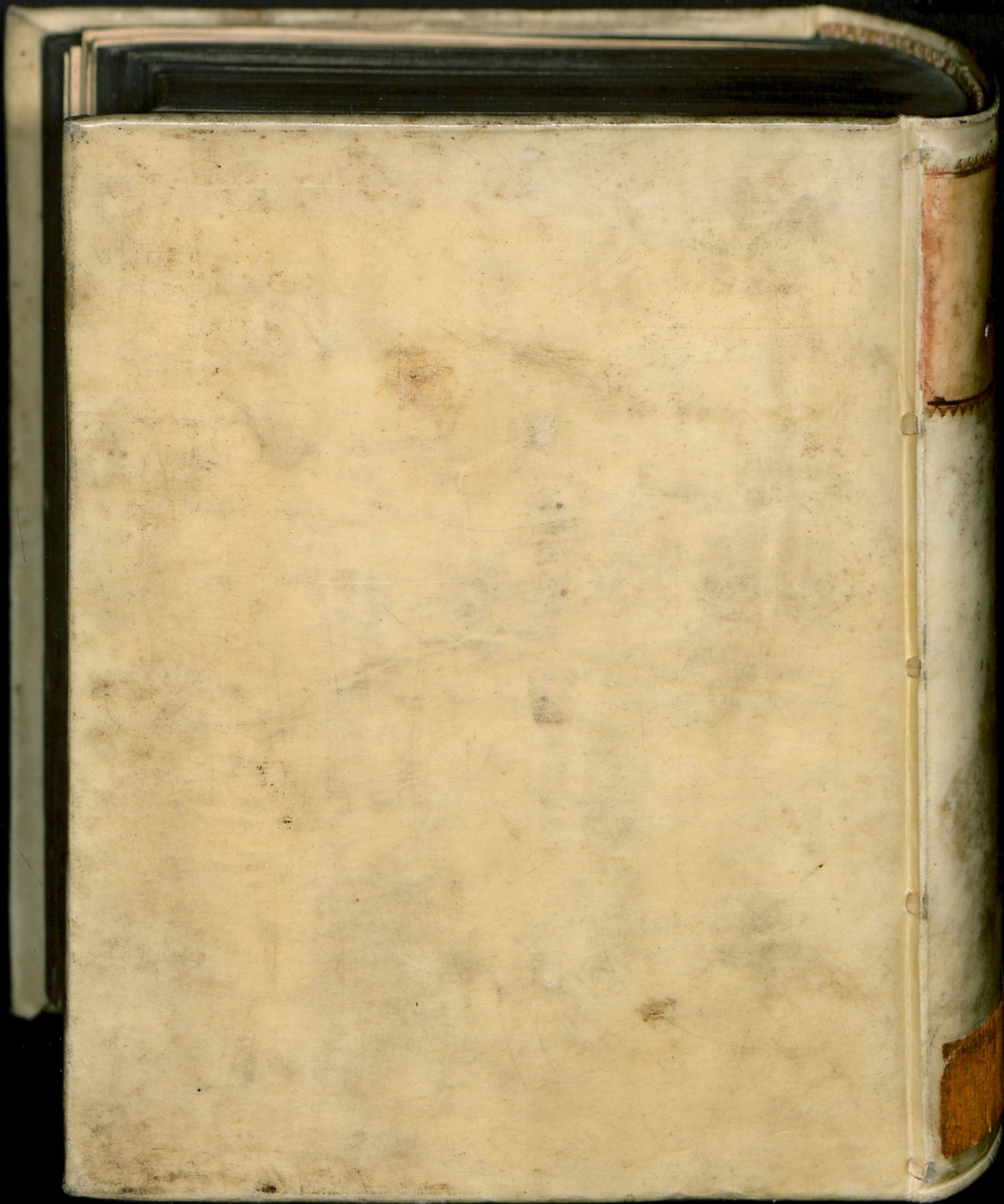
002 415 674

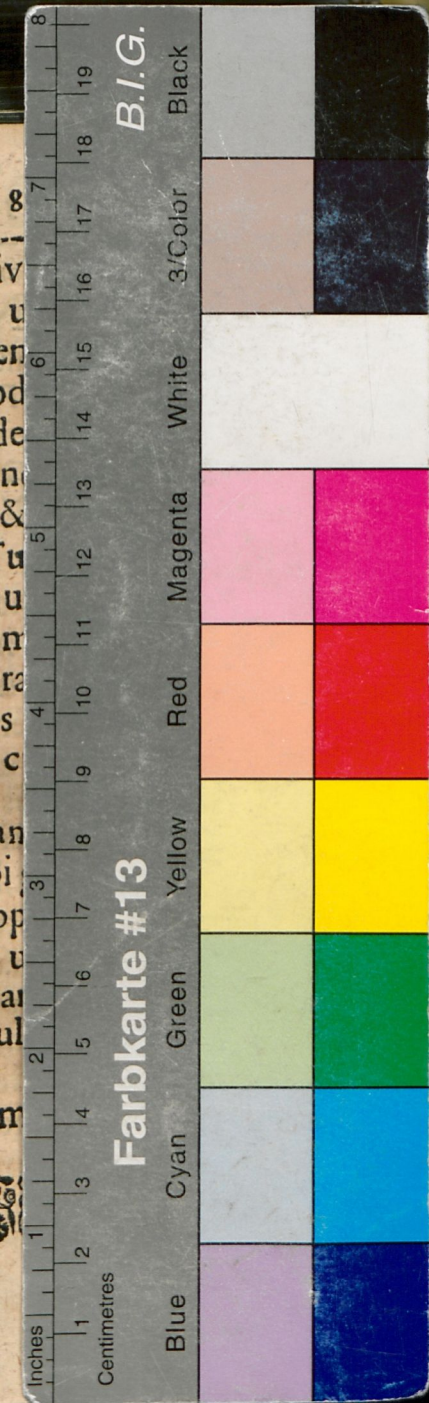


Sb.

VD17







28

Q. D. B. V.
DISSERTATIO JURIDICA
DE
**JUDICIO
FORTUNÆ,**

quam
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
**DN. FRIDERICO WIL-
HELMO,**
REGNI BORVSSICI, ELECTORATVS ET PROVIN-
CIARVM BRANDENB. HEREDE, & reliqua,
ALMA REGIA FRIDERICIANA
PRAESIDE

JAC. FRIDERICO LUDOVICI,
J.U.D. & Prof. Publ. Extr.

Placido Eruditorum examini
Ad d. XXIII. Septembr. MDCCII. H. L. Q. C.
submittit

ANDREAS DIETERICH JACOBI,
Sufatensis Gvestphalus,
AUTOR & RESPONDENS.

Typis CHRISTOPHORI ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ. 1702.

