



DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE
REMEDIIIS
SUBSIDIARIIS,

257

1708, 5

13

Quam

JEHOVA Clementer adspirante,
Auctoritate Magnifici Jure Consultorum Ordinis,
P R Æ S I D E

DN. PETRO MASCOVIO,

Jcto & Antecessore Ordin. Reg. Consist. per Svecicam
Pomeraniam Rugiamqve Directore gravissimo,

Patrono studiorum suorum æternum suspiciendo,

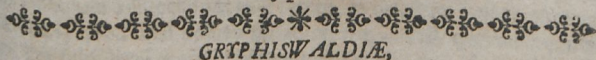
PRO LICENTIA

Summos in utroqve Jure honores
rite capeffendi,

Ad d. I. Novembr. Anno M DCC VIII.

In Inclyta Gryphiswaldensi Academia
publicæ eruditorum disquisitioni
submitte.

PHILIP. BALTHASAR GERDES,
Gryphisw.



G R Y P H I S W A L D I Æ,

Typis DANIELIS BENJAMINIS STARCKII,
Reg. Acad. Typogr.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

REMEDIIS SUBSIDIARIIS

AVCTORE MAGISTRO JURE CONSTITUTIONUM ORDINIS
PRAESIDE

BY PETRO MASCOVIO

PRO LICENTIA

summos in iure hanc

in iure Gryllus

PHILIP BALTHASAR CERDES

Gryllus

typis DANIELIS BENJAMINI STARCKII

1790



CAPUT I.

Sistens generalia.

- N. 1. Significatus vocis remedii, quoniam hic.
- N. 2. Item subsidiarii & unde forsitan dictum.
- N. 3. Definitio remedii subsidiarii. ejusdemq; explicatio.
- N. 4. An & quomodo differt ab extraordinario.
- N. 5. Quando extraordinarium non excluditur per ordinarium.
- N. 6. Remedii subsidiarii divisio.
- N. 7. Divisionis exemplis illustratio. Exemplo.
- N. 8. I. Tutela dativa & legitime.
- N. 9. II. Actionis de dolo & prescriptis verbis ubi simul exponitur difficultis Lex 5. §. 2. ff. de prescript. verbis.
- N. 10. III. Exemplo remissive.



Remedium idem est, quod medicina. Ut autem corpori aegrotanti remediis subvenimus proprie, ita iusta translatione & remedia animabus adhibere dicimus, quoniam omnibus rebus vulneratis & sic rei familiari quoque remediis consulimus, vel ad preservandum, vel ad damnum acceptum refarciendum. Et hoc ultimo sensu vocem remedii hic accipi volumus. Corporibus enim remedia applicanda Medicis, animabus Theologis linquimus; Juris vero cultoribus & sic mihi quoque Meum & Tuum saltem curae erit. (Singularem autem & prorsus alienum significatum vocabuli remedii, prout usitatus aurificibus, & usurpatur in Const. Imp. in Comitibus Spirensibus de Anno 1570. ubi: dieweil aber vielmahlen erfahren / das sie solch remedium zu viel misbrauchen / ic. / plane pratero. Conf. interim Budelius de Monetis l. 1. c. 20. de remedio per tot. add. Gregor. Tholosani Syntagma Jur. l. 36. c. 2. n. 11.) Subsidiarium, i. e. quod in subsidium adhibendum reservatum, in defectum nempe alterius remedii, quod inde nomen forsitan reperit. Scilicet quemadmodum milites subsidiarii proprie dicebantur Triarii, qui, dum primus & secundus ordo pugnabant genibus nixi, subsidebant, testibus Festo, Cicero & Varro, & integri reservabantur ad longioris pugnae casum;

A
Eodem

1.

2.

Eodem modo primo utimur remediis ordinariis, quibus si nobis consuli haud potest, postremo in subsidiariis auxilium quaerimus, invenimusque. Possem adhuc hic varias vocis subsidii acceptiones ejusque divisiones afferre, si eorum vellem legere vestigia, qui, quo chartacea moles saltem magis excreseat, in evolvendis eruendisque vocum terminis, quicquid, licet maxime longè petatum, coacervant congeruntque. Dicta à nobis satis sentum vocum rubricæ ostendunt, quem adhuc illustrabit ipsa realis remedii subsidiarii definitio ejusdemque explicatio. Est autem nobis remedium subsidiarium hic nihil aliud quam *remedium adinventum in subsidium & defectum alterius remedii*: quæ descriptione nolo solas includere actiones subsidiarias, sed quodcumque remedium, ad quod datur *saltem* recursus, cum remedio ordinario locus esse nequit, ea comprehendere volo: Id enim solum quasi absorbit & absorbet substantiam nostri remedii subsidiarii, ut quoties via ordinaria non consultum, ad id saltem confugiamus, quod verum ejus est *υπερθεσιον*. Hinc in LL. dignosci potest ex particula saltem, & alia æquipollenti quæ dicitur subsidiaria.

3.

Obs. Vulpello de Prepos. & Conj. sign. voc. saltem. Licet verò de remedio quod dicitur extraordinarium eadem prædicari soleat regula, scil. Extraordinario remedio regulariter locus non est, ubi ordinarium haberi potest, *Carpzov. P. II. C. II. d. 34. n. 6. p. 1. l. 32. d. 59. n. 5. P. 3. C. 13. d. 35. n. 5. Mev. P. 1. d. 27. n. 7. P. 3. d. 29. n. 5. 6. p. 8. 429. in fin. &c. & possim,* non tamen extraordinarium revera idem est quod subsidiarium.

4.

Imò remedia extraordinaria diverse vocantur, ut est videre apud *Zaf. l. II. R. sing. c. 20. per tot.* (ubi simul agit de concursu ordinarii cum extraordinario) quare simul 2. dantur remedia ordinaria, quæ sunt subsidiaria, & extraordinaria, quæ non sunt subsidiaria, v. gr. Jure Civili omnis persecutio non habens ordinarii juris executionem, *l. 178. §. 2. ff. de V. S. sive quæ mero jus dicentis officio expeditur, dicitur extraordinaria, non tamen inde etiam est subsidiaria, ut argumentatur Dn. Finckelth. Obs. LXX. n. 21. & exemplum esse potest in exactione salarii Advocatorum, Medicorum, Procuratorum, &c. tot. tit. ff. de variis & extraorà. cognit. add. Gedden & l. 34. de V. S. Interim extraordinarium regulariter est*

5.

subsi-

subsidiarium, & excluditur per ordinarium, ni (1) ordinario sit
pius extraordinarium, *Carpov. cit. defin. 35. n. 6.* Sin utraq;
etq; utilia, vel fortasse via ordinaria facilius tum regressus ad extraor-
dinarium non permittitur, esset enim superfluum extra ordinem ei
subvenire, qui jure ordinario satis adjuvatur. *L. 16. ff. de Min.*

(2) Ordinarium non facit cessare extraordinarium, si contra diversas
intendantur personas, *Anton. Eugen. Conf. 95. n. 62. & 61.* quin si
ambiguum, an ordinario, an extraordinario locus, tunc sub alter-
natione intentari possunt, arg. *l. 1. §. quia autem, ff. quod legat.*
Eo itaq; res redit; omne fere extraordinarium remedium est simul
subsidiarium, sed neutiquam omne subsidiarium est extraordinarium,
cum dixerim multa remedia ordinaria esse vera subsidiaria. Et
hac de extraordinariis remediis strictim & perfunctorie modo dicere
necessum mihi visum fuit, ne terminorum ignorantia nobis impo-
nat. Sicuti jam remedium subsidiarium descriptum est, ita com-
mode dispesci potest in magis & minus subsidiarium, praevalente
nobis facem *Dn. Bargal. in Tract. de Dolo.* Minus subsidiarium
dici potest, quod datur in subsidium deficientis forsitan remedii ordi-
narii. Magis subsidiarium est, quod datur in subsidium ipsius
remedii minus subsidiarii & quasi reservatur loco ultimi refugii,
quod exemplis demonstrare possumus. Sic tutela legitima est
remedium subsidiarium, nec ei locus ubi spes testamentariae, sed
magis ad huc subf. R. est tutela dativa cui ordinario jure post
Test. & legitimam saltem locus assignatur, de quibus remediis in
ipsa tract. plura. Et hac quoque distinctione evitari potest despe-
ratio circa expositionem *§. 2. l. 5. de praeser. de qua scribit Paulus
de Castro ad cit. §.* Quod si Jctus revivisceret, haberet laborem
in sustinendo illo §. Hac vero adhibita distinctione inter reme-
dium minus & magis subsidiarium, facilis evadit ejus intellectus.
Scilicet est verum quod actio de dolo sit subsidiarium remedium,
quin *Bargalvus de dolo L. 4. C. 1. n. 81.* illud omni ex parte sub-
sidiarium vocat, quod scil. non solum in defectum ordinarii, sed
& extraordinarii reservatum. Hinc est quod actio de dolo nobis
haud competat ubi alia nobis consultum *Ignovus. p. 1. op. fol. 58.
n. 41. fol. 66. n. 114. fol. 64. n. 96. & 101.* licet dolo admittus.

6.
7.
8.
9.



Inde quoque nata regula. Quoties ex contractu dolus purgari potest, non datur actio de dolo; propter *L. 2. C. de dolo & ibi Sichard.* ubi casum figurat. Rationem hujus vid. in *l. 1. §. ut prator. ff. de dolo malo.* Scilicet imitatus est Prator bonos Medicos, qui ad cauteria & luxationem membrorum, i. e. ultima remedia non prius confugiunt, quam cum vident levibus remediis non esse locum. *Sich. cit. loc.* Sed quale subsidiarium Remedium etiam sit actio de dolo, putarem tamen magis subsidiarium esse actionem praescriptis verbis. Quod sit haec subsidiaria, indubium est per *l. 2. ff. de praescr. verb.* ubi. *Nam cum vulgaria atque usitata actionum nomina deservunt praescriptis verbis agendum est, add. l. seqq. quod & eam magis subsid. crederem actione de dolo inducor cit. difficili §. 2. ubi in fine dicitur: Si dedi Tibi servum, ut servum Tuum manumitteres & manumisti, & is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo, in mandandam actionem. Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem, i. e. praescr. verbis.* Cur priori casu non praescriptis verbis, nullam aliam ob rationem sane, quam quia ubicunque habemus doli actionem, ibi cessat actio praescriptis verbis, per verba finalia, *l. 15. de praescr. verbis.* Et sic Jctus in hoc §. servat gradum & prerogativam ordinis, dum magis subsidiariam praescr. scilicet verbis actionem reservat & minus subsid. de dolo praecedere jubet. Hinc posteriori casu ubi dolus argui nequit recte dandam in factum actionem Jctus scribit. Non admittenda itaque doctrina Bartoli nostrae thesi e diametro contraria ex cujus sensu si locum habere potest actio praescriptis verbis, non habet locum actio de dolo, aliter enim nos docent, *cit. l. solent i. §. 1. §. ff. At cum do. ff. de Praescr. verbis act.* in quibus contraria regula conspicue posita, quam etiam a Fortunato Garcia in *l. Juris Gentium §. 2. ibi & ideo recte ff. de pactis defensam* inveni. Quae vero nostrae distinctioni obijci possunt examinanda consilium refero, ne sub manibus alto justius exurgat disputatio. Proinde in ipsa remedium subsid. tract. denuo ea notanda occurrent, quo scilicet Catalogum remedium subsidiarium completum exhibeam. Aliud exemplum Remedii magis & minus subsidiarii interim vid. apud Jasonem in *l. 3. §. si in loco communi. n. 9. ff. de novi operis nunt.*

10.

CAPUT

CAPUT II.

Sistens specialia.

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| N. 1. Partitio totius Disputationis. | hypothecatus cum consensu |
| N. 2. Imo agitur de remed. subsid. ratione personarum competentibus. | uxoris alienatas revocat. |
| N. 3. Judicium de remed. subsid. ratione personarum dominice potestati subjectarum. | N. 15. R. Sub. in l. si constante. solus Matr. remisit. |
| N. 4. Patria potestas qui constituitur. | N. 16. Legitimatio per Rescripto Principis est R. Sub. |
| N. 5. Quibus injunctum onus dotandis. | N. 17. Adoptio est remed. subsid. |
| N. 6. Traditur remedium subsid. contra Patrem ad dotandam filiam emancipatam. | N. 18. Fœmina quando adoptat. |
| N. 7. Quid hodie est quidem in Vidua semel jam dotata, ubi traditur aliud R. Sub. | N. 19. Tutela quod duplex, Test. & dativa est remed. subsid. |
| N. 8. R. Sub. quâ dotationem nepotis ab avo paterno, &c. | N. 20. An ordo quâ test. & dat. perpetuus? |
| N. 9. R. Sub. ratione dotationis matris avi paterni, &c. | N. 21. Cura an quoque triplex est quid hodie? |
| N. 10. An filius matrem viduam dotare teneatur. | N. 22. Tutela est munus gratuitum quando in subsidium tamen alendus Tutor. |
| N. 11. R. Sub. de dotatione fratris subsid. | N. 23. Quem ordinem inconveniendo pupillus servare debet? |
| N. 12. Domini mariti rei dotalis exercitium quomodo restrictum. | N. 24. Quid si unus saltem Tutor sit. |
| N. 13. R. Sub. quo res dotales venditionis gratia aestimato datas alienatas uxor revocare potest. | N. 25. Heres Tutoris quomodo teneatur, ibi notata singularis opinio Thomassii. |
| N. 14. R. Sub. quo uxor res mariti | N. 26. Quid si plures est quidem omnes administrantes male gesserunt. |
| | N. 27. Quid si unus ex illis male gesserit. |
| | N. 28. Quando Tutor honorarius, notitie causa datus, teneatur. |
| | N. 29. Quando Magistratus est quando |

quando Contutor ante ipsum, *tenus est remed. subsid.*
 quando post convenientius. N. 31. *An Majorennis contra Pro-*
 N. 30. *Restitutio in integrum qua-* *curatoris gesta restituenda.*

1. **G**eneralibus ita compendiose præcognitis, ut inde eorum natu-
 ram satis nosci posse crediderim, jam ipsa remedia subsid. ordi-
 netenus, quatenus scilicet ipsa diffusa rei tractatio permittet, sub ocu-
 lis constituamur. Et quidem ne ordinem deseram, sub conspectu
 ponam iudicium. Circa quod considerandæ veniunt personæ,
 quibus jus redditur, res sive Negotia super quibus controver-
 titur & denique actiones per quas jus meum prosequor, sive iudi-
 cium quatenus est legitima causæ disceptatio. Nunc enim diversa
 personarum qualitas poscit remedium subsidiarium, earumque
 gratia concessum, nunc propter ipsas res adinventum interdum
 ipse modus prosequendi est subsidiarius. Et cum personarum gra-
 tia omne jus constitutum, merito primo dispicimus quam sint
 remedia subsidiaria, respectu diversæ personarum conditionis. Est
 autem principalis hominis divisio, quod alii sint sui juris, alii ali-
 eni, alieni vel dominicæ, vel patriæ potestati subiecti. Dominicæ
 Potestati subiectos non habemus hodie, hinc nimis foret curiosum
 2. inquirere in remed. subsid. ratione servorum competentia. Patriam
 3. autem potestatem constituendi 3. habemus modos. Ordinarius I.
 sunt iustæ nuptiæ, qui enim ex Te & Tua Uxore nascitur in Tua
 potestate est, vid. tamen §. 3. *Iust. de Patr. potest.* Iustæ autem
 nuptiæ sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, §. 1. *de*
 4. *Patr. potest.* Viro sustentationis onus incumbit, compensationis
 tamen loco Uxor Marito pro oneribus matrimonii ferendis dotem
 afferre solet, quamquam enim matrimonium sine dote consistere
 possit, raro tamen hodie proci uxores sine dote quarunt, quibus
 tamen sæpe sero nimis illud Plauti canere accidit.

Argentum accepi dote imperium vendidi.

5. Quo itaque sceminæ eo citius nubendi inveniant conditionem, certis
 Personis necessitas dotandi LL. injuncta, quibusdam principaliter,
 quibusdam saltem in subsidium. Principaliter onus dotandi incum-
 bit Patri, sed saltem de jure civili, filias quas habet in potestate. l. 19.
de R. N.

de R. N. Emancipata enim non tenetur dotem dare, *cit. l. 19.* nisi in subsidium, scil. si filia emancipata sit paupercula & absque dote conditionem nubendi invenire nequeat, tum tentari potest officio magistratus Patrem cogi posse ut dotem det. Vid. *Vinnium l. 2. qu. Jur. C. 14.* sed nonne hic casus hodie rarus erit? cum solennes Rom. emancipationes hodie minus frequententur. *Thom. diss. de quasi Emanc. Germ.* ita videtur, sed potest contingere, ut filia per nuptias quasi emancipata vidua fiant, quo casu pater quidem cogi nequit ad viduam emancipatam denuo dotandam, licet dos prior perierit. Nec enim recidit in potestatem defuncti. Communis tamen Dd. Schola Patrem in subsidium, si scil. sine vidua culpa ea perierit, nec habeat bona propria ad eam dotandam, denuo adigendum statuit, arg. *l. 22. §. 1. solut. matr. & aurb. Sed quamvis. C. de rei uxor. action. Carocius ad l. fin. C. de dot. prom. Beuff. de dote. C. 4. v. 3. Fab. Cod. l. 5. Tit. 6. D. 13. &c. allegat. à Schopfer in diss. de aliment. & dote filiarum nobilium membr. 2. n. 13. 18.* Patre mortuo onus dotandi neptem in subsidium devolvitur in avum paternum. Patris enim obligatio est principalis, avi secundaria s. subsidiaria ut loqui amat *Mascardus de prob. concl. 56. n. 12. Ripa ad l. 1. tit. solutio matr. post. n. 74.* Eadem tamen obligatio avum stringit, licet filius adhuc vivat, si tamen non habeat unde filiam dotare possit. Est autem fundatum hoc remedi. subs. ad avum cogendum ut his casibus dote neptem in *l. 79. ff. de juro dotium,* quæ notanter de avo Paterno loquitur per verba, *filio nate;* Præcipue huc facit *lex 6. ff. de collat. l. 5. §. 8. de j. dot. vid. Innumeri Dd. hoc confirmantes apud Masc. cit. concl. n. 12.* Et hæc quoque in proavo & sic deinceps locum habent ut ita in proavo *R. Alex. Conf. 201. n. 23.* Mater non cogitur dotare filiam *vid. Carpx. p. 2. C. 42. d. 15.* nec Pater ex bonis maternis invita ea dotem assignare potest *l. 14. C. de j. dot. ut eandem conclusionem ex cit. l. formant. DD. allegat. à Barbosa in collect. Cod. ad cit. l. 1. n. 3.* quæ firma. Si Patrem aut avum paternum habeat, qui ipsam dotare possit, si autem hi mortui aut superstites quidem, sed inopes, & Mater dives, rejicitur hoc subsidiarie in Matrem per *cit. l. 14.* ubi verba nisi *ex magna & probabili causa?* his enim duobus casibus magna

6.

7.

8.

9.

magna & probabilis causa visa fuit, propter quam Mater cogenda filiam dotare, cui adjungunt rationem quod Mater filiam in subsidium alere teneatur *vid. Beust. de dot. c. 4. Gamma 376. n. 1. Casp. Boetia tract. de non melior. dotis ratione filibus c. 11. n. 6. adde n. 8. Ubi dissentientes adducit: quoniam Vinn. l. 2. qv. 16. asserat ab alimentis ad dotem affirmando non firmiter arg. duci, bene tamen negando. Cum vero subsidiaria Matris sit dotatio, non extendenda erit ad eum casum ubi filia propria habet bona, tum enim nec Matrem prædivitem filiam æque opulentam dotare cogendam autumo cum Menoch. præf. 15. l. 3. Alex. Conf. 149. vol. 7. cum illo casu ne Patrem quidem obligatum esse volunt, Vinn. cit. loc. *vid. tamen diss. Gail. l. 2. obs. 95. Myns. 5. obs. 32. qui in Camera contrarium pronuntiatum referunt adde Gam. dec. 376 & ceteri allegati à Barb. ad leg. fin. C. De prom. dot. n. 10. Betia cit. tract. c. 2. n. 26. ubi opinio quod Pater dives teneatur dotare filiam divitem pluribus DD. autoritatibus stipata est. Si filia quædam habeat bona, quæ tamen non sunt tot tantaque ut inde possit congrue dotari, pro rata mater in subsidium supplebit. Arg. l. ult. Cod. de dote promissa, cujus legis intellectum late exponit Costa tract. de quot. & rat. qv. 62. Si autem Mater non adsit aut pauper, ultimo loco onus dotandi rejicitur in avum maternum C. A. de jur. dot. §. 5. n. 13. Quod verò Masc. Conc. 61. n. 4. ex mente Bald. Novell. intr. de dote n. 24. Castill. controuv. l. 6. c. 137. & late Menoch. Conf. 1078. n. 10. ex ratione correlativorum statuunt, filium Matrem inopem juvenem formosam dotare in subsidium teneri, ne labatur in impudicitiam, omni textu destituitur. Hinc recte diversum tenent p. 29. l. 13. §. 2. de adm. tut. Card. Mantica l. 12. tit. 16. n. 24. de Tac. & ambig. conventionibus C. A. cit. l. n. 15. Betia C. 12. n. 46. cit. tr. cum diversa hic subsit ratio correlativorum. Dotare autem sororem frater non cogitur nec enim id est officium fratris ut uno ore DD. notant. ad l. 12. §. 3. & l. 13. §. fin. ff. de adm. tut. Addita tamen limitatione, nisi non habeat soror unde se dotet & frater sit dives, quo casu fratrem in subsidium ad eam dotandam cogi posse concludunt communiter DD. Betia cit. Tr. e. 12. n. 26. ibique allegat. Econtra hoc quoque casu liberum relictum fratri arbitrium volunt.**

C. A.

C. A. de jur. dot. §. 6. n. 14. Lauterb. eodem ibi allegatus Sand 2. tit. 3. d. 2. sed putarem, quod deficit à germanam satis probari ex l. 13. §. 3. de Admin. tut. fratrem eam in subsidium dotare debere, ubi hæc soror opponitur uterinæ, quam non potest tutor dotare, quia id est liberalitatis atq; adeo à contrario sensu germanæ dotem dare non simplicis liberalitatis, sed simul necessitatis erit, ut ita argumentatus Bach. ad Tremul. V. 2. disp. 7. th. 3. lit. f. & g. Idem Brunn. ad cit. loc. 1. 2. §. 3. pluribus Dd. auctoritatibus firmat; nec dicat quis fallax in jure arg. à contrario sensu esse, nam licet LL. Codicis non tuta ei fides cum Imp. de certè consulti casu de eo responderunt, idem tamen de LL. ff. simpliciter dicere non ausim. Quod vero Brunn. & Bachov. cit. loc. id etiam quia consanguineam obtinere velint, in eo ipsis consentire nequeo, nedum enim, quod expressa legis verba deficient, & ratio legis ipsos destituit, quin magis adversatur, cum uterinæ & consanguineæ eadem sit ratio, utriusq; ratione enim unum saltem ligat vinculum. Dicimus itaque: ut frater uterinus non debet ex ratione juris uterinam dotare sororem in subsidium, ita nec consanguinea dotanda à fratre consanguineo. Vinc. Franch. dec. 26. n. 6. p. 1. Brunn. tamen opinio est communis teste Stryck in tr. de actionibus forens. invest. Sect. X. memb. 2. §. 25. & hodie præcipue in Pomer. & Sax. obtinet, ubi fratres & remotiores agnati sorores consanguineas de bonis feudalibus secundum dignitatem Patris & quantitatem bonorum feudalium dotare debent. Richt. tr. de priv. cred. disp. 3. Carpz. p. 2. C. 4. d. 16. idem resp. 65. l. 4. Mev. p. 3. d. 363. 365. quin ipse Dominus feudi secundum Carpzov. p. 2. c. 46. d. 15.

Dotē legitime constituta ejus Dominus sit Maritus, quod innumeris locis traditur, ex quibus cardinales sunt §. 40. Inst. de R. div. princ. Tit. Q. A. L. vel non l. 13. §. 2. ff. de sum. dot. quanquam Domini hujus exercitium jure nostro mirum restrictum in merum favorem uxorum. Cum enim soluto matrimonio dos redeat ad uxores, earum maxime interest, eas salvas retinere, hinc statim præcipuus effectus alias Domini nempe alienatio ipsi interdictus, aded ut ne quidem cum consensu uxoris res dotales immobiles valide alienet per pr. Inst. Q. A. L. vel non, vulgo tamen hoc restringitur ad prædium inæstimatum in dotem datum, nam eas res, quæ æstimato in dotem dantur,

B

omnes

13.



omnes seu mobiles, seu immobiles sint libere alienari posse, inde probant, quod finito matrimonio non ipsa res, sed saltem pretium in restitutionem veniat, *l. 10. §. 4. de jur. dot. l. 5. l. 1. C. eod.* quod verum si aestimatio facta venditionis gratia, non taxationis, ut constet quanti res, ut *in l. 69. 47. de jur. dot. l. 50. fol. matr. l. 21. l. de jur. dot.* & quoniam non pauci indubie taxationem factam velint ad probandam deteriorationem rei in progressum temporis, *Gl. ad l. si inter vers. aestimata*, & *l. quoties ff. de jur. dot. Surd. Dec. 305. n. 37.* rectius tamen contrarium statuitur, quia hic aestimatio adjecta titulo Domini translativo. *l. 5. 10. de jur. dot. l. 10. §. 4. l. 14. 15. 16. eod.* add. *Carpz. p. 3. C. 23. d. 26.* & omnino *Mev. ad Jus Lub. l. 1. tit. 5. 4. 8. n. 21. seq.* ubi tradit quando aestimatio censenda taxationis vel venditionis gratia facta. Posito autem rerum dotalium aestimato datarum Maritum Dominum factum, & liberam earum habere alienationem, huic jam consequens est, quod facta alienatione mulier res alienatas à tertio possessore vindicare nequeat.

13. Sed hic tamen uxori paratum est remedi. subsid. quod fundatum *in l. 30. C. de jur. dot. add. l. si. aestimatis ff. sol. matr.* Quoniam vero *Mev. c. l. n. 31. 32. Brunn. ad cit. loc. 30.* generaliter loquantur, ita ut uxori contra possessorem tertium in subsidium dent utilem rei vendicationem, si ob inopiam mariti uxor suum consequi nequeat, magis tamen communis est distinctio. *Barbos. ad d. leg. 50. ff. sol. matr. n. 25 prope finem*, qui distinguit, an Maritus tempore factae alienationis non fuerit solvendo, an fuerit? Et priori casu ipsa venditio, quae propter aestimationem videtur facta, irritatur, ac si nunquam facta fuisset, ita ut hoc casu res alienatas per rei vindicationem repetere possit uxor, ac si semper mansissent dotales, & nunquam fuissent aestimatae, nec sufficere hoc casu solvere uxori aestimationem, quia hic non in subsidium vindicatur. Posteriori autem casu, quia res dotales à marito alienatas uxori contra tertium possessorem consulitur, duabus actionibus, utili rei vindicatione, quasi ad rem propriam, per hypothecariam quasi ad rem in subsidium obligatam. *Vid. l. 30. ibi sive in rem, sive hypothecariam*, sed saltem in subsidium, si maritus nempe non solvendo. Hactenus enim tertius possessor tutus est Exceptione excussionis, *Mev. cit. loc. excusso marito nec solvendo existente.*

stente, tertius possessor liberatur ab ejus restitutione, offerendo rerum aestimationem, quia successit ille in jus mariti, maritus autem se tem ad aestimationem praestandam alligatus erat. Vid. *Bald. Nov. p. 8. priv. 7. de dot. Pinellus in Tut. C. de bon. matern. p. 3. n. 15. Mascard. de probat. conclus. 619. n. 6. An. Fab. Cod. suo l. 5. t. 7. de jur. dot. def. 42. Covar. pract. c. 28. n. 8.* etiam si uxor consenserit venditioni rerum aestimatarum, notat tamen *Mev. de Jur. Lub.* hoc sub fid. remed. per *art. 3. tit. 3. l. 1. exclusum esse, & sic praxin servare scribit, n. 34.*

14.

At cum sola prohibitione alienationis rerum dotialium non satis consultum erat uxori, quid enim, si omnes res, quas uxor marito in dotem dedit, pondere, numero, mensura constant, quasque maritus ad arbitrium suum distrahit, *l. 42. de jur. dot.* & quae alienatae a tertiis possessoribus revocari nequeunt, cum ejusmodi res alienatione censentur consumtae. Quo itaque & hoc casu uxor sit de dote secura, eidem in omnibus bonis mariti jus tacite hypothecae concessum. *l. unica §. 1. de re ux. act. §. 29. Inst. de act.* quod jus tanquam onus rei una cum re vendita vel alio modo distracta in emptorem vel tertium possessorem transit, qui propterea excusso marito actione hypothecaria in subsidium conveniri potest. Vid. *Carpz. p. 2. C. 24. D. 8. §. 9. add. Barbosam in collect. in libr. V. C. de jur. dot. in l. 29. n. 18.* ubi plures inveniendae. Sed hic quaesitum, quid juris si uxor renuntiaverit hypothecae & consenserit alienationi bonorum mariti sibi pro dote oppignoratorum? *Carpzovius quidem p. 2. c. 24. d. 17.* mulierem per consensum suum hypothecam amisisse asserit, ita ut adversus tertium possessorem ulterius non admittatur, quod ita Jure Saxonico obtinere scribit, *n. 8.* sed de jure civili rectius & hic distinguitur cum *Masc. all. à Carpz. cu. loc. de Prob. concl. 1137. n. 21.* An maritus habeat bona super quibus uxori potest esse consultum, tum uxor non potest experiri contra tertium possessorem, sed si non supersunt alia bona, uxor non obstante renunciatione hypothecae poterit facta restitutione, *l. 21. C. ad S. C. Vellejanum Mev. p. 2. dec. 129.* in subsidium actione hypothecaria agere contra tertium possessorem bonorum mariti per *auth. sive à me C. de l. tit. Novell. 61. C.* Et hoc remedium subsidarium uxori concedit maritus, *Mash. Affl. dec. 313.* non solum si tempore renunciationis non adhaerint bona sufficientia ad dotem,

B 2

dotem,

dotem, sed etiam si maritus tempore alienationis rei suæ cum consensu uxoris factæ habuerit alia bona unde uxori potuit consuli, quæ vero postea tempore quo agitur, deserunt, ubi decimum ita favore dotis refert. *Affidius cit. loc. dissentit Mev. p. 2. d. 130.* ubi mulierem quidem contra remissionem pignoris restitui posse concedit, & facta restitutione rem hypothecata, super qua renunciatum in subsidium persequi, sed qua sufficientiam bonorum mariti non tempus, quo dos repetitur, sed quo pignus remissum vult inspicere, tunc mariti bona ad securitatem sufficere ad excludendam restit. facere inquit: et si postea ad paupertatem reductus & non solvendo factus. Exinde vero quod hoc remedium saltem sit subsidium idem *Affidius. Decis. CCCXII.* hunc casum decidit scilicet sunt duo obligati pro restitutione dotis nempe maritus & alius, Maritus vendit rem suam cum consensu mulieris quæ hypothecæ renunciat, & soluto matrimonio per mortem viri nihil superest in bonis viri, unde uxor possit consequi dotes suas, utrum possit agere actione hypothecæ contra tertium emptorem super re illa, super qua renunciavit juri hypothecæ? quod negat quia hic uxori potest esse consultum super bonis correi in solidum obligati per l. 2. §. 3. ff. de Fidej. add. annot. in cit. decis. *Affidius. & additiones auctorem ad cit. loc. dec.*

15. Solutio matrimonio dos redit ad uxorem, durante enim eo peti nequit, nisi quis respiciat ad remedium subsidium fundatum in l. si constante ff. Solutio Matr. & l. 29. C. de jure dot. scilicet uxor marito ad inopiam vergente potest in subsidium dotem exigere, ita tamen ut de dotis fructibus ambo sustententur. Vid. *Mev. ad Jus Lab. l. 1. tit. 3. art. 10.* add. *Barbof. ad cit. leg. 29. ibique n. 2. allegari Dd.*

16. Quæ hæcenus de remediis subsidium uxoribus competentibus late deduxi, obtinent si iustæ sint nuptiæ, id est, si secundum solennitates & præscripta juris initæ, sin adversus ea aliqui coierint, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur, adde ut redeam unde digressus, nec liberi inde nati sunt in potestate parentum. §. 12. *Inst. de nupt.* Iustæ enim saltem nuptiæ inducunt potestatem patriam in liberos. Præter iustas nuptiæ, qui primus ordinarius modus constituendi patriam potestatem est, secundus Legitimatio, quo liberi naturales hodie spurii consentientes, sunt legitimi & constituuntur in potestate patris

patris naturalis & quidem legitimantur, vel per subsequens matrimonium, vel in subsidium per rescriptum Principis. Legitimatio quæ fit per rescriptum Principis, vel hodie per Comites Palatinos, *Mev. p. 9. d. 115. 116. 117.* est remedi. subsid. & tantum locum invenit, quando legitimatio per subsequens matrimonium locum obtinere nequit, si forsan concubina, unde liberi naturales suscepti, mortua sit, aut se occultet, vel quod denuo peccaverit corpus, ut dignitate salva in matrimonium haberi nequeat. *Ant. præterea C. de nat. lib. nov. 74. c. 2. n. 29. c. 9. 10.* nec locus est huic legitimatiõni si legitimam prolem habeat pater per *citt. textus.* Indubium tamen, ad supplicationem Patris Principem hodie legitimare posse cum clausula non obstante, in præjudicium liberorum legitimorum, conf. *Brunn. Conf. 168.* non tamen eandem licentiam concedunt Comiti Palatino, nisi nominatim ea Privilegio vel Diplomate comprehensa. *Strick, in us. mod. ff. Tit. de his qui sui vel al. juris.*

Deniq; tertius modus constituendi patriam potestatem est Adoptio, quam nec immeritò certo respectu dixeris remedium subsid. quod seqq. pluribus dabunt. Adinventus enim hic modus in subsidium, ubi scil. liberos hæcenus justis nuptiis sibi frustra quis quæsitivè aut quosdam tandem nactus, sed turbato mortalitatis ordine eos iterum amisit, aut Patris virtutum plane degeneres facti, aut in mentis inciderint alienationem, nec spes prolis ulterioris quærendæ superest, aut est difficilis, ni forsan desperata, tum demum enim in solatium laboris inaniter hæcenus impensi, & liberorum amissorum adoptioni locus esse solet. Hinc *leg. 15. §. 2. b. Tit.* Judici injungitur cognoscere, an arrogaturus minor vel major sit 60. annis ita ut priori casu non admittat adoptionem cum recurri haud debeat ad remedi. subsid. ubi adhuc spes ordinarii est, inde 60. annis minorem jubebit iudex magis veræ liberorum creationi studere, quam ex aliena familia quæquam redigere in potestatem suam, *citt. leg. 15. §. 2.* ni forte morbus aut alia justa causa adfit, *l. 15. §. 2. de adopt.* Sexagenarii autem, si velint adoptare aut arrogare, eorum desiderio magis obsequendum, cum LL. crediderint, ejusmodi emeritorum omnem vanam cogitationem de liberis procreandis esse, quare Jure Romano antiquo, viri LX. & femina L. annorum prohibebantur matrimonium

17.

num inire, quod tamen postea remissum l. 27. C. de Rit. N. Deinde nec texagenarius, nec alius qui spem prolis non habebat, aliter facile adoptare poterit, quam si liberos legitimos non habeat, ne eorum deminuat spes, quam unusquisque liberorum obsequio sibi paravit, l. 17. §. 4. & sane tolerari non debet, liberos fidei sibi querere, qui veros habet, & si Spurium proprium & legitimos liberos quis habeat, tum legitimatio de plenitudine potestatis tanquam magis ordinarium remedium. melius convenit, quam adoptio. Rip. ad l. si unquam C. de Revocand. don.

18. Inde autem quod adoptio sit modus inducendae patriae potestatis, est, quod femina adoptare nequeat, nisi jure nov. ex indulgentia Principis & in solatium saltem liberorum amissorum, §. 10. Inst. b. 1. Et licet Leo Imp. in Nov. 27. etiam virginibus & illis mulieribus, e quarum sine nondum ullus effloruisset fetus, concesserit adoptandi potestatem, illa tamen aequae ac ceterae Leonis novellae apud nos non valent, i. e. non legalem habent auctoritatem.

19. Sic absolvimus personas, quae sunt alieni juris & remedia subfid. quae earum respectu prodita. Nunc restat dispicere de personis quae sunt sui juris, quarum quaedam sunt in tutela, quaedam in cura, quaedam neutro jure tenentur. Et sane de j. Rom. plures intercedebant differentiae inter tutelam & curam, ut illas fere omnes uno obtutu intueri quis potest apud Mev. ad Jus Lub. l. i. Tit. VII rubr. n. 4. ubi n. 5. monet eas hodie non omnes penitus esse sublatas, sed cum hodie praecipue tutela in curam jure quasi transfusa ipso f. tence Mev. cit. Tit. art. 1. n. 12 & quaecumque disposita in tutoribus eadem ad curatores trahantur, nos quoque quae dicemus de tutore, & de curatore accipi volumus, nisi speciatim differentiam notaverimus. Est autem tutela triplex: testamentaria, legitima & dativa. Et quidem testamentaria est nobilior species, & reliquas duas species praecedit, ita enim LL. XII. tabb. cautum Patres uti sanxerunt super pecunia tutelae rei suae uti jura essent. Quamdiu enim testamentaria tutela speratur & adest, legitima & dativa cessat. l. 1. in pr. ff. de test. tutela. Provisio enim hominis tollit provisionem legis, Nov. 22. c. 2. sed ubi iam homo fiet ibi lex loquitur & providet. Haec enim itidem lex est XII. tabb. Si intestatus moriatur agnatorum gentiliumque in ipsis pupillis eorumque

eorumque pecunia potestas esto. in defectum itaque tutelæ test. subsidiaria legitima succedit. Quando vero nec testamento tutor, nec legitimus adest, tum ultimum remed. subsid. nempe tutela dativa succedit, quæ deficientibus aliis tutelis locum habet. *Wes. in parat. n. 1. de tut. & cur.* Sicut ergo tutela legitima cessat quamdiu speratur testamentaria, ita & dativa, si vel legitima superest.

20.

Sed hic ordo aliquando invertitur, & interdum dativus præcedit legitimum, si scil. testam. tutor. speratur, vel quod ex die, vel sub conditione datus: cur autem legitimus hic non admittatur ratio est, quia speratur testamentarius, tutor vero legitimus semel factus non cedit alii, dativus verò cum aderit conditio, cedit ei quem testator dedit. Vid. *Bach. ad pr. in. Inst. de legit. agn. tut.* Sed quid si proximus in successione sit inidoneus, an sequens gradu admittendus? an recurrendum ad ultimam tutelæ speciem scil. dativam? In legibus deprehendimus casus ubi successit gradu sequens, e contra quibusdam casibus alius à magistratu datus. Diversimode hæc pugna componitur. Nos duabus regulis id conficere tentabimus. I. Quoties impedimentum contingens citra factum Judicis circa proximorem est perpetuum, adeo ut nulla superfit spes ante pubertatem impuberis id cessaturum, toties statim admittendus sequens, v. gr. Si foemina sit proximior, aut masculus sit ea ætate ut ante pubertatem majorennis fieri nequeat. *L. 1. pr. l. 2. §. 6. de legit. tut.* II. Quoties est saltem temporale impedimentum, toties alius à magistratu dandus, v. gr. si quis captus ab hostibus *l. 1. §. 2. de legit. tut.* & hoc propter spem reditus, reversus enim jure postliminio recipit omnia jura hinc & tutelam. Sin decesserit apud hostes, legitimus proximus aut testam. statim à tempore scientiæ succedit legitimus i. e. agnatus jam proximus & tutelam in prætorio tutore finitam excipit, *l. 9. §. 2. ff. de Tut. & rat. distrah. l. 11. §. 3. de testam. tut.*

21.

Sed an æque cura ut tutela est triplex? Et sane Jure Romano regulariter saltem agnoscimus curam dativam. *§. 1. Inst. de curat.* Testamento tamen à Patre datus confirmandus à magistratu, *cur. §. 1.* quæ curatoris testamento datio magis ex subsequenti confirmatione magistratus bene de judicio paterno præsumendis quam vi testamenti valet. Legitima cura de Jure Civili est incognita, quia hic cessat ratio



ratio ob quam impuberes legitimos habebant tutores, minores enim possunt testam. condere & ita agnatos à spe successionis excludere, quod eo facilius facturi essent, si forte agnati curam gerentes non semper æque blandi fuerint in corrigendis minoribus; Sed quid dicemus hodie? Numne idem ordo in cura qui in tutela? quod videtur affirmandum per *Ord. Polu. de an. 1577. Tit. 32. §. 1.* ubi und verordnen / daß den Pupillen und NB. mñder-jährigen Kindern / biß sie zu thren vogebaren Jahren / (i. e. ad majorem ætatem, *Hoppius §. 2. Inst. de curat.* dissentit tamen *Speid.* qui voces vogebaren Jahren / non de anno vicefimo quinto, sed de annis nubilibus accipiendos vult, cui tamen contextus refragatur;) können Vormünder und Vorsteher (ultimo intelliguntur Curatores) da die ihñ von thren Eltern in Testamenten nicht verordnet. Hinc curator testam. præcedit legitimum; Sed an legitimus dativum? Videntur verba cit. *Recessus* id negare, ita enim pergitur, oder ihre angebohrne Freunde der Vormundschaft / ic. Scil. hucusque recessus & tutores & curatores testam. prætulit dativis, sed ubi in legitimos incidit, videtur id restringi ad tutelam, propter vocem, Vormundschaft / per quam intelligitur tutela. Curator enim ut dicitur *Vogt* / teste *Speid. hac voce*; ita cura dicenda videtur *Vogtschaft*. Sed cum omnibus notum, germanica voce Vormund comprehendi solere & tutores & curatores, *Mev. ad Jus Lub. lib. 1. Tit. 7. rubr. n. 6.* nam & curatores vocamus Vormünder; defendi sane potest, agnatos proximos tanquam legitimos curatores præferendos dativis, & ita quoque explicari potest, *ord. polu. Pomer. c. 17.* præprimis si unum oculum intantum habeamus in mores, de quibus vid. *Mev. ad Jus Lub. cit. loc. ars. I. Gail. Obs. 96. n. 3. 4.* ubi *Græven.* Inde etiam *Speidel. in citato spec. Jurid. voc.* Vormund & Curatoris & Tutoris legitimi mentionem facit, & sic ex eorum sententia æque hodie primo locus erit cura testam. deinceps legitimæ & demum in subsidium dativæ, stabit tamen arbitrio judicis, si is velit iusta ex causa hunc ordinem invertere.

22.

Et hoc munus tutelæ est necessarium & debet esse gratuitum; hinc Jure Civili tutori nullum debetur salarium, cum Tutor gratuitam, integram ab omni lucro abstinentem fidem & operam præstare debet, l. 38.

l. 38. ff. de Neg. Gest. l. 33. §. fin. ff. de administ. iur. Hartm. Pistor.
obs. 124. per tot. & præ cæteris Cass. Bætia tract. de Decima Tutori
Hispanico jure præstanda Cap. 1. Consentit Jus Lub. l. 1. §. 8. art. 13.
quam regulam mirum conantur exceptionibus exhaurire, quoniam quidam
simpliciter asserunt: salarium quidem non deberi jure actionis
bene tamen officio Judicis. Vincent. de Franchis dec. 122. num. 3.
Sed hoc est in fraudem legitime cautelas excogitare mentemque legis
detorquere & cavillari. Interim æquitas merito hic exceptiones
induxit, regula tamen salva manente, vid. Lanterb. dis. de Salaris
l. 5. ih. 23. pag. 27. Berl. D. 134. n. 8. Et sic tutori pauperi in
subsidiis salarium deberi, vel etiam alendum à pupillo notat ex
Bart. de alim. n. 51. Beninc. de privileg. paup. quest. 7. spec. 2. v. 28.
Mevius ad Jus Lub. l. 1. T. VII. art. 14. n. 7. cui addi potest Virius
dec. 40. n. 4. per §. 6. l. 1. ff. de iuel. & ration. distrab. & quan-
quam illa opinio haud firmiter in ea fundata videatur: (Dici enim
potest, dicta lege tutori alimenta ex bonis pupillis decerni, non quod
sit tutor, sed quod sit libertus quem à Pupillo Patrono ali oportet l. 5.
§. 1. de Jure Patr.) æqua tamen est & ipsi pupillo commoda, ne alias
paupertatis stimulis urgeretur tutor ad deprædandum pupillum.

Inde autem quod nullum lucrum temporale ex tutela redundat
in Tutores, ipsi negligentes esse haud debent circa officium suum,
sed memores juramenti, quod, antequam tutelæ se immisceant, præ-
stare tenentur; cujus formul. vid. in Ord. Pol. renovata Anno 1538.
fideliter agere oportet. Cum vero tutores sæpe nulla habita ratione
vindictæ, quam gravissimam DEUS impiis tutoribus minatur. Exod.
XXII. 22. seqq. & Hiob. XXIX. 12. & 17. nihilominus animo non
conservandi, sed deglutendi patrimonii pupillaris ad tutelam acce-
dant. Nov. 72. pupillis sane pinguius variis remediis non contra
male administrantes solum, sed etiam in subsidium contra alios est
consultum. Quo autem ordine, quem in subsidium pupillus con-
venire debet, difficile est propter varios casus accurate definire,
præstabitur tamen id, quod vires nostræ sinent.

Et quidem I. videndum an unus sit tutor, an plures: si unus,
tunc is erit conveniendus, ejusque hæredes, quoniam quia hære-
des tutoris Dd. hic tanquam singulare vulgo notent & mirentur.
C quod

23.

24. & 25

quod tutor teneatur ex culpa levi, hæres vero saltem ex lata, l. 1. Cod. de Hered. Tut. vel Cur. quod miraculum tamen se detexisse Dn. Thomafius in speciali Difs. de Culpa ab Heredibus Tutorum præstanda, gloriatur. Scil. distingvit, an hæres conveniatur ex proprio, an ex defuncti factio; Ad priorem catum restringit *cit. leg. 1.* posteriori vero ipsum etiam de levi teneri probat ex l. 49. de obl. & art. l. 57. §. 2. de R. J. Et sic inquit nihil hic habemus singulare. At quam etiam sibi de nova hac inventa distinctione blandiatur Dn. Thomafius, cæteros omnes Dd. cæcitatibus arguat, quod hanc, quæ ex ipsius saltem cerebro profluxit, videre nequiverint distinctionem: Affirmo tamen ipsum si non alienis incedat plumis, non tamen novum hodie inventum nobis obrudere, dum illustris *Mevius* jamdudum ante ipsum p. 8. d. 27. præcipue n. 12. eam proposuit & secundum eam judicatum refert. Sed ut redeam unde digressus: si nec hæres sint solvendo excutiendi sunt fidejussores. Si nec hi sufficientes demum adversus magistratum actione subsidiaria agendum est, de qua infra plura.

26. Majorem res difficultatem habet, si (2) plures sint tutores. (a) enim diversi Tutores discernendi. Est enim tutor alius honorarius, qui est inspector reliquorum, l. 3. §. 2. ff. de adm. tut. ubi dicitur *observator actuum tutoris administrantis & custos*, vid. *Lamerb. disp. specialis de Tutore honorario*, alius est notitia causa datus l. 14. ff. de solutoribus, cui incumbit saltem reliquos informare, de prudenter suscipienda administratione, alius denique est administrans, si jam plures sint tutores administrantes dati, sique omnes gesserint tutelam, non male unus eligitur & in solidum convenitur, l. 2. C. de div. tut. l. 6. C. de arbi. tut. electo tamen conceditur beneficium divisionis. l. 10. §. 11. de tut. & rat. distrab.

27. Sin unus male gessit, administratione conventionem tutorum divisa, is prius excutiendus ejusque hæres l. 39. §. 11. de admis. tutor. l. ult. C. de divid. tut. hinc qua hæredem male dissentit *Petr. Antiboli in tr. de muner. quem sequitur Escobar tr. de ratocinis Cap. IV. n. 15. Andler. tom. 2. Corp. Const. imper. voc. Bermundshaff* qui volunt, non gerentem, ante hæredem gerentis conveniendum esse, sed contra expressam *cit. l. fin. C. de divo. tut.* ubi: *ejusque success.*

successores conveniendos. &c. (β) Cum conditio obligationis ex persona hæredis non soleat mutari, & quod pro ratione adducunt, hæres socii socius dici non potest, si nistre applicatur, & concessa applicatione, tamen hæres socii, licet socius non sit, de gestis defuncti socii actione pro socio æque ut ipse socius conveniri potest. l. 35. *Et seqq. de soc.* Si autem nec ipse administrans ejusq; hæredes solvendo existant, tum si fidejussores adsint, ii post suos principales conveniri poterunt. Jure enim novissimo exceptio excussionis his denegari haud debet, per *Nov. 4. Cap. 1. nec oblt. l. 1. C. de fidej. tut.* quæ sublata per *cit. nov.* Si tamen plures dati à tutore fidejussores, singuli in solidum tenentur & conveniri possunt, nec beneficium divis. quo ceteri fidejuss. gaudent, ad fidejussores tutoris perinet. l. ult. ff. *rem pupilli salvam fore.*

Si divisio administrationis facta à magistratu vel testatore, tum singuli de sua administratione tenentur, nisi dolus aut culpa cæterorum argui possit, quod Collegam suspectum non fecerint, aut fecerint quidem, sed collusorie, evertis jam ejus facultatibus l. 2. C. *de divid. tut. l. 46. §. penult. de admin. tutor.* Hinc etiam est quod tutor honorarius non gerens saltem teneatur in subsidium, scil. si tutorem male administrantem suspectum non fecerit, prout loquitur *Ulpianus in l. 3. §. 2. ff. de admin. tutor.* Et ibi omnino *Brunn. in Com. add. Montanum de tut. C. 26. §. 63. 64.* Notitiæ tamen causa datus conveniri non potest, nisi forsan in consilio dando dolum malum adhibuerit.

Si jam omnes enumeratæ personæ non sint solvendo, ad extremum subsidiaria actio est in magistratus, quæ actio pupillis ultimum est refugium & tanquam sacra anchora l. 4. §. C. *de Magistr. Conven.* Et quanquam hoc remedi. subsid. praxi non amplius obtinere scribat *Mev. in Comm. ad Jus Lubec. l. 1. Tit. 7. art. 2. n. 56.* contrarium tamen præjudicia, quæ passim extant, evincunt, & praxin hodiernam adhuc probant *Wesemb. C. 245. 266. per tot. Hering. de Fidej. c. 8. n. 26. Berlich. p. 26. 29. 79. Et seqq. Carpov. l. 5. resp. 82. n. 15. seq.* Idem *Jurisp. for. pag. 2. C. 11. d. 4.* ubi in fine hanc sententiam duobus præjudiciis firmat, & idem facit *Flahn. ad Wesemb. tit. ff. de Mag. Conv. adde Paponium l. 10. t. 4. arr. 10.* ubi ita judicatum

28.

29.

C 2

catum

caturum refert, imo etiam ipse *Mevius cit. loc.* asserit, adhuc nostro ævo Remed. hoc usurpatum esse, quapropter in præcedentibus verbis illis *sed desuetudo aliud invexit*, forsitan saltem respexit ad rationem hujus remedii practicam, cui enim facile cum toto magistratu lite congruere est animus? Et sane in Pomerania Jus scriptum Roman. valere debere hac in parte indubium est *per Ord. Polit. Pom. c. 12. p. 32.* Ut autem huic remedio sit locus, debet probari ipsius magistratus dolus aut culpa, *l. 4. de mag. conven.* si neutrius argui possit, ipsa quoque actio deficit. Fit autem dolosus vel culposus, habito simul respectu ad mores hodiernos vel in tutelæ constitutione, vel inspectione. In consuet. vel circa tutoris dationem, vel satisfactionis exactionem. Circa dationem magistratus huic remedio se obnoxium reddit, si tutorem plane non dederit. *l. 1. §. 6. ff. de mag. conveni.* Limitatio vero, quam Jctus ibi subijcit, respicit jus antiquum, hinc hodie postquam tutoris datio generali Germ. consuetudine facta est Jctionis ordinariæ, Magistratus in dando tutore jussu alterius magistratus expectare haud tenetur. II. Si dederit, sed minus idoneum, seu eum, qui tempora dationis non erat solvendo, *l. 1. §. 11. ff. de Mag. conven.* & hoc casu pupillis damnum passis paratum est remed. hoc subsid. *l. 1. §. 5. ff. eod.* quod & praxi receptum, uti præjudiciis firmat *Carpz. l. 5. R. 82. n. 14. Hartm. cit. loc.* vide omnino *l. 1. §. 13. ff. eod. junct. l. 1. §. 1. ff. de probation.* Circa exactionem satisfact. peccat (1) si nullam *§. 2. Inst. de satisfact. tut. l. 6. ff. de Mag. conven.* vid. *ampl. in l. 1. §. 15. ff. eod.* & (2) si non idoneam cautionem exegerit, *cit. §. 2. Inst. de satisfact. tut.* quoties enim vitiose cautum, non videtur cautum, *l. 6. qui satisfact. cog. & quancquam Jure Rom. per §. 4. Inst. de satisfact. tut.* majores magistratus tutores dederint, minores autem exegerint satisfact. & hinc contra majores propter non exactam satisfact. five non idoneam *l. 2. 3. rem pupilli salvam fore* non prodictum hoc remed. subsid., hodie tamen, cum qui tutores dat, etiam satisfact. exigere teneatur, & Majores Magistratus, si quid circa officium neglexerint, à pupillis conveniri, posse tradit, *Fuchs ad Inst. §. fin. de satisfact.* & præjudicio corroborat *Carpz. p. 2. c. 11. d. 41.* Circa inspectionem peccat, si ipsam administrationem debita diligentia non observaverit.

vaverit. Magistratus enim officium est, tutores ineptos, negligentes, suspectos removeere aliosque substituere in eorum locum, non saltem ad accusationem aus *S'age der Freunde* / sed & ex officio von *Ampts wegen l. 3. §. 4. ff. de Insp. tut. conf. Mev. ad Jus Lub. l. 1. §. 7. art. 5. n. 14. & seq.* Non solum autem ipse magistratus, sed ejus hæredes quoque hoc subsid. remed. conveniri possunt. *§. 2. Inst. de satisd. tutorum. Jung. l. 6. de mag. conv.* De usu hodierno, vid. *Christinaus vol. 3. d. 181.* ubi expositum videbis, quando hæres magistratus conveniri possit, quo brevitate gratia lectorem remitto. Nonnunquam tamen prius ad magistratus venit, quam ad contutores, scilicet si contutor est saltem honorarius aut non gerens administratione divisa à testatore, vel à iudice. Quid enim si his nil imputari possit? sat cito suspectum male administrantem postularunt, sed iudex negligens eum removeere superfedit? aut quid si iudicem satisd. exigentem monuerit tutor honorarius, exactam esse inidoneam, iudex vero hanc admonitionem spreverit? dubio sane vacat, his casibus magistratum ante contutorem conveniendum. Fecit enim tutor, quod facere debuit, accusavit, removeere non potuit, quod solius est magistratus & hinc merito his casibus ante contutorem conveniendi. *l. 1. §. 15. de iur. & rat. distrab. junctim l. 1. §. 4. de admin. tutor. l. 2. §. 3. de mag. conven.* Non quidem me fugit *Gl. in §. penult. de satisd.* quam sequitur pluribusque defendit *Harum. Pistor.*, statuere. ubi tutela à testatore vel iudice divisa, magistratum semper ante contutorem non gerentem conveniendum esse, licet per dolum aut culpam contutores suspectos non arguerit, vel nimis tarde, vel per lusorie propter *l. 1. §. 15. de iur. & rat. distrab. per l. 46. §. 6. de admin. tutor.* Est tamen contrarium verius casibus recensitis in *l. 2. C. de divid. tut.* contutorem non gerentem ante magistratum excutiendum, *per cit. loc. 2. §. ff. de mag. conv.* & quia actio contra Magistratus est subsid. quæ locum haud habet, ubi alio modo consultum, nec obstat, *cit. §. 15.* accipiendus enim est de casu, ubi contutori nil imputari potest, & *ad l. 46. §. 6. de admin. tutor.* respondent, quod in ea contineatur casus plane specialis & singularis. Sed quid si & hic sustineamus, *cit. §. 6.* loqui de casu ubi tutori testamentario nil potest imputari, quam interpretationem præci-

præcipue svadent verba fin. cit. §. 6. qvanqvan simul fateor, in eodem §. maxime obltare verba: hinc si in solitum &c. qvæ præcipue hanc in rem urget Dn. Pistor cit. loc. qvem omnino vide.

30.

Usqve adeo itaqve orphanis pupillis Jura nostro provifum, fed nec hic tamen jura confiftunt, no vum enim adhuc Prætor lætis minoribus auxilium excogitavit, qvò dicitur Restitutio in integrum, & etiã est remed. fubfid; qvanqvã propter nimium minorem favorem fæpe fit exorbitans deferatqve naturam R. S. Ideoqve in cognitione id præcipue verfabitur, num forte alia actio poffit competere citra in integr. refit.; nam fi communi auxilio & mero jure (fc. civili) munitus fit minor, non debet ei tribui extraordin. auxilium l. 16. de minoribus Mo. p. 1. d. 133. n. 3. 5. Hinc generaliter frustra refititionis in integrum auxilium quis defiderat, qvando gefa funt ipfo jure nulla l. 3. C. de tut. qvi factus. utpote fi cum pupillo contractum fine tutoris autoritate nec locupletior factus. it. fi rem immobilem cum autoritate tutoris alienaverit fed sine decreto magiftr. vid. Finkel. obs. 122. n. 210 ubi fingularem explicationem l. d. l. 16. & lectionem pro alia, aliqua, autoritate qvorundam Codicum (legitur autem ita in Haloandri edit. contraria tamen est edit. Gloffata Pacu & ipfum digeft. Florent.) qvæ explicationo valde placet Brunn. ad cit. l. 16. qvò vero idem Finck. c. l. dicit. refit. in int. in cit. leg. dici remed. extraord. non vero fubfidiar. nos non moratur, dum remed. extraord. in fubfidium dari folet teste Cofal. in l. 9. ff. de edend. non tamen hoc ita accipiendum qvafi femper, ubi præfto actio ordinaria, huc iri neqveat. Hoc enim contradicit integer titulus C. fi Tut. vel cur interven. nec admittit favor, qvem jura erga minores gerunt. Et lane l. 3. cit. ut. fi tutor. exprefse actio ordinaria personalis contra autorem inflituenda permittitur & etiam conceditur potestas petendi refit. in int. prout utile id vifum fuerit minori vid. Mauri. de refit. in int. c. 11. n. 17. Sfort. Odd. de refit. integr. p. 1. p. 17. n. 3. cujus rationem vulgo Dd. ad cit. loc. hanc afferunt; qvò, qvoties remed. ordin. & extraord. contra diverfa intentantur perfonas & ad diverfum tendunt, toties extraord. præ ord. eligi poffit, cui adjungunt regulam, qvò ubi pingvius extraord. eff. remed. ipfo ordinario, ad id recurri poffit Brunn. in l. 3. C. fi int. vel cur. Cofal. in l. 16. ff. de min. fed nos putamus, electionem hoc casu competere

31.

tere propter favorem erga pupillos, conf. *Harim. Pif. Qv. XII.* ubi per
 tot. tractat illam quæſtionem, an termino probatorio elapſo ob ne-
 gligentiam tutorum minor reſtituendus, prius non excuſſis tutoribus
 & læſione a. iter non probata? Et affirmative deciſum refert, quan-
 quam maxime obſtet *lex properandum* §. f. C. de *iudic.* per quam plu-
 res concludunt, electionem quæ pupillo aſſeritur *cu. l. 3. ſi tutor vel*
curator ad negotiâ extrajudicialia reſtringendam vid. *tamen reſp. apud*
Pif. cit. loc. n. 13. adde *Barboſ. Brunn. ad cit. leg. properandum.* ubi
 hoc remedi. ſubſid. notat. Et hæc reſtitutio minori conceditur non
 ſolum ad verſus eum qui læſit *l. 2. §. 1. ejusq. hæredem l. 14. de min.*
 ſed & in ſubſidium adverſus rei poſſeſſorem, licet cum eo non con-
 tractum *C. A. ad tit. de min. ib. 96.* dico in ſubſidium ſcil. (1) ſi
 minoris interſit magis rem (forſan quod prædium ſit avitum) ha-
 bere quam prætium, caſum vid. propoſitum, à *Brunn. ad l. 13.*
ff. de min. n. 3. ibi all. Dd. (2) ſi ſciwiſſet ſecundus emtor rem à
 minore venditam, *Brunn. cit. loc.* (3) licet hoc ignoraverit ſecun-
 dus emtor, emtor tamen primus non ſit ſolvendo, *Brunn. ad cit.*
loc. 13. §. 1. de min. C. A. cit. loc. alias non facile contra tertium
 reſtituitur: hinc etiam minori adverſus geſta procuratoris ſui per
 reſt. in Int. ſaltem in ſubſidium ſubvenitur, quando ſcil. à Procu-
 ratore reſ ſervari non poteſt propter *l. 23. ff. de min. Harim. Pif.*
p. 1. qv. 36. n. 6. conf. Ant. Peregr. C. 44. n. 58. v. 2. quæ lex
 licet de minoribus ſaltem loquatur, & quâ majorem læſum ex
 facto Procuratoris contrarium potius innuat per verba *ſin. cit. leg.*
impulari debet hoc Domino, qui tali commiſiſſe negotia, & cum ipſi
 contra Procuratorem conſultum ſit actione mandati, à Præſidis
 tamen recepta eſt opinio, majorennibus læſis ex negligentia Pro-
 curatoris, ſi ſolvendo non ſit, reſtitutionem concedendam in ſub-
 ſidium ex generali clauſula, ut teſtatur *Gail. 1. obſ. 45. n. 6. ibi Greu.*
Harpr. ad §. 1. tit. Inſt. de iis per quos agere. poſſ. n. 293. add.
Pif. c. l. n. 178. Carpz. p. 1. C. 1. D. 23. ubi præjudicium habet Ant. Fab.
l. 2. C. Tit. 6. def. 3. n. 2. Math. de Affl. dec. 344. Myſ. com. 2. obſ. 2.
Jur. Lub. tamen ſecundum Mev. l. 4. p. 150. Domino reſtit. non
dari videtur, dicendum.

CAP. III.

CAPUT III.

- N. 1. Ratio connexionis hujus capituli cum preced.
- N. 2. Substitutio est remedium subsidiar.
- N. 3. Querela inofficiosa est remedium subsid.
- N. 4. Clausula Codicillaris est remedium subsid.
- N. 5. Successio ab intestato est in subsid.
- N. 6. Successio conjugum est maxime subsid. ii. successio fisci
- N. 7. Bonorum possessio est R. S.
- N. 8. Res fidei commissio obnoxie alienate quomodo ab emtore in subsidium revocari possunt.
- N. 9. Quando quis in subsidium ad contrahendum cogi potest.
- N. 10. Generalis hypothecca concurrens cum speciali est subsidiaria.
- N. 11. Exceptio excussionis est remedium subsid.
- N. 12. Aliud pro alio invito creditore in subsidium quando solvi potest.
- N. 13. Compensatio speciei pro specie in subsidium quando admittitur.

1. **C**apite 2. actum est, de remed. Subsid. quæ propter litigantium personarum qualitatem & conditionem conceduntur; nunc lex methodi exigit, ut ad Negotia, super quibus litigatur, transeamus disquirendo, annon & hic habeamus remed. subst. In judiciis autem vel de successione & ultimis voluntatibus morientium vel negotiis contractis inter vivos lis esse solet. Successio alia est universalis, alia singularis. Successor universalis aliquis fit vel per successionem civilem, vel prætoriam. De jure civili succeditur vel ex testamento vel ab intestato ex lege. Semper autem prior ratio habetur hæreditatis testamentariæ quam legitimæ; nec enim majus solatium fati quam voluntas ultra fatum ut loquitur *Lips. in Praef. libr. de Cruc.* Inde etiam jure Rom. adeo ultima voluntatis liber est stylus, ut non solum primum heredem quis sibi scribere possit, sed & in deficientis primi locum alios instituire, ut primo gradu deficiente, ex secundo heredem testamentarium habeat, quod dicunt Substitutionem, quæ vera est institutio subsidiaria, ut vocatur *Rebh. in Hodoget. ad tit. de vulg. subst.* nec enim prius substitutus admit-

2.

admittitur quam si institutus deficiat & in vulgari quod non possit vel quod nolit esse hæres, in pupillari autem si quidem heres erit, sed intra pubertatem decesserit, primus institutus.

3.

Inde primo adente in vulgari, statim omnis secundi spes est extincta. Deficiente verò statim substitutus admittitur, qui tunc æque est successor universalis ac primus fuisset si adisset hæreditatem. Ut autem & institutus & substitutus ex testamento successor universalis existere possit, necessum est, ut testamentum secundum præcepta juris sit ordinatum, ubi à quibusdam Testatoribus quædam specialiter sunt observanda, iis scilicet qui liberos, Parentes, & fratres habent, quæ si non observaverint dicitur eorum testamentum inoffic. tanquam in quo neglectum officium liberis Parentibus & fratribus debitum & rescindi potest per querelam inoff. Test. quæ secundum quosdam toties locum habet quoties pater suos aut emancipatos nominatim exhæredavit, mater autem quocunque modo liberos exclusit, ut & liberi Parentes suos & fratres, instituta turpi persona semet invicem, ut pro hac sententia late disputat. *Pinn. ad ut. de inoff. test. pr. n. 3.* à quo tamen communis sententia discedit quæ eo saltem casu querelæ dat locum, quando secundum *Nov. 115.* ex hæredatio ex iusta causa facta, eaque adjecta, ab hærede autem probari nequit. Ratio hujus ipsis hæc est, quia remedium substit. est querela, quando vero testam. non est confectum secundum formam in *Nov. 115.* præscriptam tum est ipso jure nullum *arg. l. 5. C. de LL.* Competente autem remedio ordin., non datur recursus ad odiosum subsidiarium. Et sane quod querela sit remedium subsid. ex primis Instit. elementis constat *S. 2. ut. de inoff. test.* ibi si nullo alio jure ad defuncti bona venire possit, hinc in *l. 4. C. de liberis pret.* dicitur ultimum adjutorium, ad quod nemo alio tutus præsidio decurrere possit. Sed an testam. contra formam *Nov. 115.* conditum ipso jure nullum dici possit, est petitio principii, & à dissentientibus recte negatur, ut est videre apud *en. Pinn. n. 3. § 4.* quanquam affirmantes numero vincant, quorum opinio verissima si modo ejus fundamentum firmiter jactum esset. Est enim querela Inoff. adeo subsidiaria ut non solum per nullitatis querelam, per conditionem *en. l. 10. C. de inoff. test.* licet unus obulus modo relictus, excludatur, sed

D fed



sed etiam per aliud quod libet remedium, licet & ipsum sit subsid. Sic liberi emancipati præteriti quia jure honorario ad B. P. contra tabb. admittuntur de inofficioso quæri non possunt *lex 23. de inoff. test. quia*, licet bonorum possessio contra tabb. sit rem. subsid., est tamen magis subsid. nostra quærela. vid. *diff. Ludov. ad ff. 2. inst. de inoff. Test. In summa*, de inofficioso agi non potest, nisi omne aliud auxilium tam civile quam prætorium deficiat vid. *Vinn. ff. 2. n. s. d. t. & Rubinus tr. de inoff. test. C. 3. 4.* ubi ad obstantia respondet.

4. Cum vero test; quod in scriptis conficitur, tanta sit solennitas Jure Civ. ut *Roland à Valle Conf. 35.* referat: Bartolum dixisse, quod nunquam viderit aliquod testamentum solenne aptum & in scriptis, nisi unum quod fuit confectum à Doctore, quod ipsum tamen ultimo deciderit ad interitum, propter defectum solennitatis. Inde quotidie videmus, scriptis testamentis adjici clausulam, quæ dici solet Codicillaris, etiam salutaris. Addimus, & subsid., quæ operatur in subsidium, ubi scilicet testam. ut solenne consistere nequit, ut tum saltem valeat jure codicillorum. E. si testamentum, cui hæc clausula adjecta subsistat tanquam solenne, nil operatur, *Turret. tr. de claus. cod. qu. 31. n. 29.* quia scilicet ex mente testatoris hæc clausula in subsidium saltem operari debet.

5. Quod si defunctus secundum principium *Inst. de Her. quæ ab intest. &c.* intestatus decesserit, hæreditas ex lege secuta tacitam defuncti voluntatem, defertur proximis hæredibus; quam success. ab int. *D. Strykus intr. de Success. ab int.* non male dicit subsidiarium. Quo ordine autem ab intestato succeditur, exponitur in *Nov. 118.* Ubi (1) vocantur descendentes (2) ascendentes cum fratribus germanis eorumque liberis (3) cæteri collaterales proximi tam agnati quam cognati.

6. Deficiente autem omni propinquorum successione, à Præ-tore vocatur vir & uxor: sed de hoc infra. ad successionem præ-toriam hic modo notandum rem subsid. quod uxori est paratum de jur. Civ. *Nov. 53. 117. 127. 74.* it. *authentica præterea Cod. unde vir & uxor.* quibus textibus uxor indotata succedit marito divitiis quartam partem ususfructus, si tres vel pauciores liberi adsint sim. plures, in virilem. Si autem nulli extant liberi, pro numero in liberis

liberis determinato vel quartam capit, vel filialem portionem, & quidem pleno jure. Cum vero istud remedium secundum *Adrian. Negusant. B. 438. n. 14.* sit subsid. nec locum habebit, ni scil. possint doceri requisita quæ in *cur. textibus* desiderantur (1) matrimonium debet esse justum, (2) absque dote, (3) defunctus conjug debet esse dives & superstes inopia laborare. An vero hic inopia mendicitati æqualis requiratur, an levis sufficiat, non conveniunt Dd. vid. *Surd. de alimenu. Tir. 9. qv. 37. n. 8.* Sed nos determinationem paupertatis & opulentæ Judicis arbitrio relinqvimus. *Hahn. ad Wesenb. unde vir & uxor n. 2. 3.* Non itaq̃ simpliciter probandum assertum *Negusant. cit. loc.* qvo saltem in casu novissimæ paupertatis uxorem admittit, subsumendo: ubi aliter mendicitatem evitare potest, verbi gratia, filando, texendo, vel alii nobilissimæ Matronæ inserviando, eam excludendam esse, forsan quod subsidiis nemo destitutus videatur, qui ea commodè nancisci potest, adde *l. 5. §. 7. ff. de agnosc. vel al. lib.* Sed hujus contrarium merito tenet *Decius in distam. avth. n. 21* tanquam magis consonum intentioni Imperatoris, qui inopiam non respectu bonorum futurorum, sed presentium æstimavit. Et senium morbus, &c. intervenire possunt, quæ subsidiis vitæ ulterius quærendis forent impedimento. Hinc certis quibusdam vitæ subsidiis, ut instrueretur uxor, Imperator exegisse videtur. *Stryk. cit. in dist. 4. c. 1 §. 20.* At quid dicemus de hoc casu, Uxor est inops, maritus defunctus dives, sed habet patrem locupletem uxor? Admittendam eam ad R. hoc S. negant, *Sirwv. Exerc. 38. th. 38. Stryk. cit. loc. §. 21. arg. Nov. 53.* sed ajunt *Törning. dec. 40. ibiq̃, alleg.* ubi rationes pro & contra allegatas reperies, quem itaq̃ve pro negativa minus recte allegat *Brunnemann. ad cit. aurb.* sed secundum nostram hypothefin, ubi diximus remedium authenticæ esse subsid. *Sirwvii Strykiq̃,* opinio est verior.

Per prætoriam successionem quis sit universalis successor petendo B. Poss. de cujus hodierno usu vide *Stryk. in spec. Diss. C. A. Tir. de B. Poss. §. 3.* Et sane bonorum Poss. originem si spectemus, utiq̃ve est remedium subsidiarium, quos enim Jus Civile contra naturalem æqvitatem hæreditate excluderat, illi eam benignitate juris prætorii adipisci possunt, licet deinceps prætor secundario bon. Poss.

D 2

illis,

7.

illis, qui jure civili vocabantur, accommodaverit, Pr. §. 1. *Infl.*
b. 1. dum autem in genere diximus bon. Possess. esse remedi. subsid.
 utique omnes species comprehensas volo, tam quæ ex testamento
 intellige Bon. Poss. secundum & contra tabb. quam quæ ab intest.
 conceduntur, quo referenda famosa successio uxoris prætoriam unde
vir & uxor, de qua in lege unica C. unde vir & uxor & apud Ruterb.
 p. 7. Nov. Cap. 16. ubi omnia requisita succincte tradit.

8. Successori universali, de quo hucusque actum, opponitur suc-
 cessor particularis, qui fit qua ultimam voluntatem per M. C. dona-
 tionem, legatum, fidei commissum. Et licet legata & fidei commi-
 ssa sint ex æquata, §. 2. *Infl. de leg.* essentialis tamen differentia
 non penitus sublata, præcipue quam verba imperativa & præcaria
 inducunt. Sic quando hodie, ut frequenter fit, in fidei commi-
 ssum familiae perpetuis Senior de familia gravatur fideicommissum con-
 servare in familia, & post mortem suam alteri futuro seniori resti-
 tuere, est & manet fideicommissum, nec erit legatum, inde etiam
 bona ejusmodi fideicommissum obnoxia alienari non possunt. Inter-
 dum tamen evenit, ut alienatio valeat, nec revocari simpliciter
 queat, sed cum distinctione: an alienans sit solvendo, an non, ita
 ut priori casu res alienata revocari nequeant, bene tamen poste-
 riori in subsidium per notabilem leg. fin. §. fin. ff. de legatis. II. *Berk.*
P. 2. D. 267. add. *Peregrin. de fideicommissis.* art. 40. ubi late expo-
 nit quando alienatio bonorum fidei comm. obnoxium permittitur, quan-
 do non, ad quem lectorem remitto.

9. Plura remedi. Subsid. ratione ultimæ voluntatis facili negotio
 adducere possem, nisi terminos disp. excederem; festino itaque adne-
 goria inter vivos, qualia sunt innumera. Præcipue tamen super cre-
 ditis quotidiè pulsantur judicia, voce autem crediti cum *Donello ad tit.*
de reb. cred. n. 14. & à *Dn. Goddeo ar. l. 12. tit. de P. S. n. 2.* comple-
 ctor quemcumque contractum in quo alterius fidem sequimur ut
 inde aliquid recipiamus l. 1. de Reb. Cred. Ad contrahendum vero
 invitatus nemo cogi potest l. 16. C. de jure delib. l. 11. Cod. de contrahi-
 emt. aliquando tamen in subsidium quis compelli potest, si scilicet id
 flagitat utilitas publica *Affl. dec. 265. Gail. 2. obs. 5. Vinc. de Fran. dec.*
23. Vallasc. conf. 22. & alii innumeri *Dd.* quos allegatos vide à *Brunn.*
 ad cit.

ad cit. l. 11. Hinc quando publicam frumenti inopiam respubl. patitur, & nobiles qui horrea onusta habent, & mercatores grana ad cariorem annonam servantes, cogi possunt iusto pretio à iudice taxato ea vendere arg. L. 1. d. Episc. aud. Fabian de Monte de eme. & vend. qu. 3. pr. n. 39. Pegver. dec. 88. Steph. Gratian. disc. forensi C. 149. n. 40. 41. vid. Barbosam ad c. l. 1. ubi plures illationes ex data limitatione necit.

Quo creditores eo magis sint securi, præcipue duobis modis sibi prospicere solent: vel 1. enim curant sibi constitui jus pignoris in bonis debitoris vel 2. exigunt fideiussores. Per pignus constitutum res oppignoratæ adeo afficiuntur, ut ad quæcumq; transeant, onus pignoris ipsas comitetur. Est autem pignus aliud generale, aliud speciale, & quidem hodie de utroq; sibi prospicere solent, quod si fecerint, notari meretur. remed. subst. quod extat. in l. 2. Cod. de pign. quam legem Baldus vocat singularem id est unicam, vi cuius non prius hypothecaria persequi potest cætera bona debitoris creditor priusquam egerit in re specialiter obligata; generaliter enim accipiens hypothecam, una cum speciali hoc quasi tacite agere videtur, ut generalis sit subsidiaria ad quam non nisi post specialem excussam fiat recursus Carpz. P. 2. cons. 23. d. 29. n. 7. 8. Ant. Faber. l. 6. Conf. cap. 13. & optime Siehardus ad cit. l. 2. per tot. Harim. Pist. p. 3. qu. 13. n. 9. Ubi id extendit, si ve agatur cum creditore si ve cum debitore aut cum extraneo, dissentit & Gothofredus qua tertios possessores ad cit. l. n. 38. vid. tamen Brunn. ad cit. l. 2. Et sane licet nolimus commodum dictæ l. 2. derivare in tertios possessores, illi tamen fere idem consequentur ex auth. hoc si debitor C. de ping. Quæ debitorem autem dissentit Muddæus Q. M. P. S. n. 39. ob eam rationem, quia dicta l. 2. saltem. in favorem posterioris cred. lata, jam de iure alterius mere personali non licet excipere Salic. in l. Si. cui C. de non numerata pec. Sed huic rationi reponit D. Pistor. cit. l. negando eam adæquatam esse, hac meliori substituta, scil. quoties quis generalem & specialem simul accipit, toties tacite hoc actum videri, ut, si sufficiat specialis, non habenda sit generalis ratio add. Connan. l. 4. C. 17. n. 6.

10.

Fideiussores accipi solent, ut, si forte rem servare nequeant à
D 3 Princi-

11

Principalis, in subsidium contra ipsos regressum habeant. Et quamvis ex ratione juris veteris, creditori post moram debitoris liberum fuerit, omisso principali reo Fideiussorem convenire l. 3. §. C. de fidejuss. ni inter contrahentes aliud conventum l. 19. ff. §. C. eodem. hoc tamen nimis asperum & durum visum posterioribus temporibus, hinc inductum beneficium quod dicitur Excussiois, quia bona rei excutiuntur, item Ordinis propter ordinem conveniendi, & hoc beneficium excussiois merito a nobis hic inter remedia reponitur subsid. Id enim eo adepti fuerunt fideiussores ut hodie prius excuti debeat reus principalis, si autem suum ab eo creditores consequi nequeant, demum pervenitur ad fideiussores vid. Nov. 4. C. 1. & inde sumtam *auth. presente. Cod. de fidejuss.* Duobus autem casibus accidit scilicet si non sit solvendo principalis (2) si sit absens, ut debitor a creditore conveniri nequeat, quibus statim actio contra fideiussorem intentari potest, quo ultimo tamen iudex desideranti fideiussori tempus definiri debet, intra quod perducatur reum primum conveniendum, ipso in subsidium reservando *Hering. de fidej. p. l. C. 27.* Quod si debitor notorie non solvendo, excussioem non necessariam, referunt *Myns. cent. 2. obs. 50. Gail. 2. obs. 27. n. 14. Mew. p. 9. D. 187.* Ceteros casus ubi remedi. subst. cessat; vide late apud *Hering. c. l. n. 186.* & multis seqq. adde *Mew. ad. jus Lub. l. 3. tit. 5. art. 1. Sc.*

12.

Sed fidejuss. accepti & pignora data eousque saltem tenent, donec principalis durat obligatio, quæ soluta, & accessoria hæc liberanter. Solvitur autem principalis per solutionem, ubi tamen necesse ut ipsa res debita solvatur; non æque si aliud pro alio invito creditori quis dare velit, veluti si pro pecunia obtrudatur species vel pro specie offeratur æstimatio speciei vel alia species l. 16. C. de solut. At in subsidium aliquando id admitti constat. ex *auth. hoc nisi C. de solut.* ubi creditor tenetur in solutum accipere pro numeris res mobiles, aut, his non extantibus, immobiles, quod tamen remedi. subst. saltem extorsit ipsa necessitas, penuria nempe pecunie, quæ ubi est parata, non potest hoc remedio quis uti. Deinceps hoc remedi. subsid. ipse creditor quodammodo evitare potest, si paratus sit, alium emptorem rei præstare per verba *fin. dicte auth. vid.*

vid. omnino D. Richt. in Comm. ad cit. auth. Qvi compensat etiam solvit; est enim compensatio debiti & crediti inter se contributo. Fit autem compensatio in rebus ejusdem generis. l. 4. Cod. Comp. hinc speciei pro specie, vel speciei pro quantitate compensatio non admittitur l. 13. de pign. l. 12. de pign. act. l. 11. Cod. de contr. emt. ut enim aliud pro alio solui nequit, sic nec compensari, cum compensatio sit solutionis species, sed ut in subsidium interdum in solutione id admittitur, sic quoque in compensatione, si scilicet species debita forsan non extet, tum enim devenitur ad estimationem & fieri potest compensatio vid. Alex. p. 2. d. 132. Sebast. Med. tr. de comp. qu. 3.

CAPUT IV.

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| N. 1. Ratio connectendi & dispositio caput IV. | N. 12. Comparatio literarum est rem. subsid. |
| N. 2. Actio personalis contrarium possessorem, quando datur in subsidium. | N. 13. Inhabiles testes aliquando in subsidium admittuntur. |
| N. 3. Rem. legis 2. Cod. de rescend. vend. quando in subsidium datur contra successorem singularem. | N. 14. Examen testium ante litem contestat. fit in subsidium. |
| N. 4. Actiones subsidiariae quarum. | N. 15. Juramentum adhibendum saltem in subsidium. |
| N. 5. Una actio subsidiaria est in factum. | N. 16. Juramentum judiciale suppletorium, & quidem praecipue credulitatis. Item purgat. est remed. subsid. |
| N. 6. 2. actio utilis. | N. 17. Torura est rem. subsid. |
| N. 7. 3. Condicio ex lege. | N. 18. Juramentum in litem est remed. subsid. |
| N. 8. 4. officii judicis imploratio. | N. 19. Restitutio in integr. item supplicatio sunt rem. subsid. |
| N. 9. Cautio edictualis est subsidiaria. | N. 20. Revisio est rem. subsid. |
| N. 10. Cautio juratoria quando est subsid. rem. | N. 21. Quae res in executione. Imo quae in subsid. capiendae. |
| N. 11. Praesumptiones sunt R. subsidiariae. | N. 22. Cessio bonorum est rem. Subsid. |

Nunc

1. **N**unc ordo nos ducit ad iudicia, ubi sane uberem remedi. Subsid.
 offendimus messem. Iudicii, quatenus pressius sumitur, quædam sunt preparatoria, quæ aguntur, antequam litis sit contestatio, quædam ipsum ingrediuntur iudicium, ejusque propria sunt partes, v. gr. litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Quædam sunt consequentia, quæ aguntur lata sententia. Et inter cætera quidem preparatoria primum locum obtinet actionis datio, quam dabit Prætor; & sine qua nemo experiri potest, nullumque est iudicium, ubi actio deficit l. 6. §. fin. ff. de negot. gest. l. 3. §. 4. ff. de petit. heredit. Consil. Marp. v. 4. conf. 21. n. 16. Gail. 2. obs. 17. n. 2. qui dicit, iudicem agentem sine actione ex officio repellere debere.

2. Cum autem diversi sint fontes, ex quibus actiones nascuntur, inde quoque diversimode dispesci solent. Inter cæteras autem divisiones non infima est in ordinarias seu præcipuas & subsidiarias. Ordinariæ sunt pleræque, quæ ipsæ tamen aliquando degenerant & subsidiariæ fiunt, sic actio personalis ex contractu, licet reali, orta est ordinaria, cujus natura est, ut non egrediatur personas ex contractu obligatas Mod. Pisl. conf. 13. n. 22. vol. 1. Conf. Marp. vol. 3. C. 22. n. 39. Kloc. Conf. 150. n. 26. Postius dec. 632. n. 8. vid. l. fin. §. fin. ff. de contrab. emi. §. l. 8. ff. de servit. l. cum. Cod. de obl. & act. adde Gloss. notabilem in l. 2. §. ff. de alien. Iudicii mut. causa. de eo, qui promittit sub pæna non facere fenestram in domo, nam si alienat, emtor non tenetur add. Christin. v. 2. dec. 17. n. 1. Sed regula ista, quod actio personalis non detur contra successorem singularem, suas habet exceptiones vid. Socin. reg. 276. inter quas hanc præcipue afferunt. quod detur in subsidium contra tertium possessorem. l. 7. ff. de fundo dot. l. 49. §. 1. de leg. l. 1. §. 16. ff. ad. Trebell. Hon. ded. consulti. 37. n. 48. 49. Inde etiam Negusantiq. v. 553. n. 49 in distincte scribit, hærede non existente solvendo, creditores actionem personalem intentare posse, contra v. gr. emtorem hereditatis, quod & æquum iudicat Habn. ad tit. ff. de Her. vel Act. vend. & ita pronuntiatum refert Arum. dec. 12. per 101. & praxin servare testatur Lau. verb. ad tit. de hered. vend. Mox p. 2. dec. 296. Sed quicquid sit, de communi opinione mihi tamen reg. Arumæi cit. l. n. 18. qua huius decisio

decisio innititur. suspecta visa & magis placet opinio Ripe in l. i. §. 16. ff. ad Trebell. n. 13. 17. qvi motus l. 2. Cod. de deb. civit. & l. fin. qv quisque ord. conv. ita argumentatur. In cit. LL. dicitur, qv od in subsidium actio Personalis detur contra singularem successorem in favorem Reip. si illud igitur e speciali favore reip., in contrarium erit jus commune. Ea propter jam putarem, creditoribus contra successorem singularem actionem personalem non aliter competere quam in casu actionis Pautianæ de qua in §. 6. Inst. de act. In qua opinione confirmor l. 2. de hered. l. act. vend. ibi emtorens cogi non posse. ut in vitus actiones hered. excipiat. Casus autem, in quibus contra tertium possessorem datur in subsidium actio personalis, non reperto solvendo debitore, qvi alias tenetur actione personali vid. declarantem Gvid. Pap. dec. 576.

De remedio l. 2. Cod. de rescind. vend. valde controversitur, an detur? & quando contra singularem successorem? & regulari non dari, qvia est actio personalis, omnes tenent Vid. Cohors Dd. all. à Barb. ad. l. 2. n. 133. add. Mev. p. 5. d. 22. ubi ita in S. Trib. judicatum refert. Multipliciter tamen hæc assertio à Doctõribus limitatur, ut id videre est apud Barbos. cit. l. ubi primo emtore prius excusso ex æquitate in subsidium contra tertium possessorem agi posse, asserit, si scit. tertius possessor habeat ex tit. lucrativo (qvin hoc casu ipsum conveniri posse, licet primus emtor sit solvendo tradit. Ant. de Gamm. dec. 21. per tot.) vel sciverit vitium rei, ut ita judicatum refert. D. Ceval. comm. contra commun. qv. 444. in fin. & sane Barbose opinio licet de praxi obtineat, rectius tamen de jure asseritur remed. l. 2. non dari contra tertium possessorem, licet ille tertius tit. lucrativo rem acceperit, vel prior emtor non solvendo sit Merend. l. 1. controv. 9. cap. 43. ubi n. 14. & 15. bene notat, quando alienatio facta est in fraudem creditorum, tum ipsis non succurri remed. l. 2. cod. de rescind. vend. sed ex edicto de his qua in fraud. credit.

Et hæc de actionibus ordinariis, qvæ aliquando per accidens sunt subsidiariæ, obiter attulisse satis erit. Nunc ad actiones ipsas subsid. transeo. Voco autem subsid. actiones, qvæ tum demum dantur, quando ordinario jure nullæ aliz datæ, & certis quasi statibus

3.

4.

g

onibus collocata, in subsidium adhibentur. Hic ordo enim actionum est perpetuus, vel datur actio civilis ex contractu vel delictis descendens & si hæc adsit, ceteræ non dantur. Subsidiariæ vero ex variis causarum figuris nascuntur, variæque earum sunt species.

5.

Sic enim (1) actio in factum, quæ tanquam postremus comes alius succedens per leges subrogatur, meretur dici subsid. *Molus. in L. 4. C. ut q. n. 10. Mev. P. 1. D. 144. n. 4.* Datur autem actio in factum, quando non est factum, quod in certam juris formam cadit. Et cum talium casuum, quorum ratio nec dominii, nec certi contractus, aut delicti, vel alterius juris formam habet, multi subinde occurrerunt, post communes formas agendi necessitate exigente, peculiare actiones in factum in quibusdam casibus LL. Civilibus, in quibusdam edictis, vel inter dictis prætorum sunt prodita. Subdivid. in speciales, generales, & generalissimas. Speciales sunt vel ex legibus, ut de pastu data adversus eum, qui alienas fruges suo pecore depastus est. Item ex rejudicata, aquæ pluviz. Vel ex edictis ut nautæ caupones stabularii &c. Calvinianæ, Revocatoria, de incendio, Ruina, naufragio, & quas plures consignatas invenies in ff. propriis singulis tit. Vel ex interdictis. Ne quid in loco sacro, nequid in flumine publico &c. quorum etiam existant proprii huius inscriptionis Tituli in ff. Generales duplicem habent facti rationem, aut enim in factum est conventio absque dolo inita, aut delictum dolo perpetratum, priori casu, si ea nequit referri sub certam appellationem contractus nominati, & cupimus conventum præstare, agitur actione in factum præscriptis verbis, quæ petimus juxta verba in quæ conventum est præstare promissa, quæ actio toties locum habet, quoties conventio (excipie nudum pactum) intervenit, quæ appellatione specialis contractus non comprehenditur l. 2. 3. 4. ff. de præser. verbis. Posteriori casu, si delictum extra contractum dolo perpetratum, persequitur, vel civiliter actione de dolo l. 3 §. 1. pen. Et fin. de dolo vel criminaliter actione Stellionatus. Generalissima in factum dicitur non quod sub ea reliquæ contineantur sed quia deficientibus reliquis omnibus ista succedit. Quæ omnia quæ de subsidiariis actionibus in factum dicta sunt, eadem libertate accepta sero *Conrado Logo Juris Coo.*

*Civ. Methodol. 4. C. 60. usque 67. quæ eadem transtulit in suam Syn-
tagm. Juris univ. D. Gregorius l. 21. C. 8. conf. Hot. diss. de præ-
scriptis verbis ubi c. 2. multa de ordine actionum subsidiarum habet.*

(II) Actio subsidiaria est actio utilis (quæ quotupliciter acci-
pitur vid. eleg. apud Vinn. ad §. fin. Inst. deleg. Aquilia add. Eugen.
Conf. 65. n. 35. it. Brunn ad 1. §. 1. ff. is qui test. libr. n. 7. ubi
in praxi non agnoscit diff. inter actionem utilem & directam) quam
licet coincidere cum actione in factum velit Thom. diss. 3. Lips. Philos.
juris de oblig. & act. & inde quoque incuset Tribonianum erroris
quod has duas in citato §. fin. de lege Aquilia separaverit tanquam
discretas, & hæc opinio non videtur temnenda, dum nonnunquam
appellatione actionis in factum venire utilem quæ ex sententia
legis per interpretationem inducta constat ex l. 7. §. 3. l. 9. in
princ. l. 11. §. 8. l. 29. §. pen. ff. de leg. Aquil. proprie tamen in
§. fin. inst. de leg. Aquil. per actionem in factum designatur actio
ab illa utili distincta quæ scilicet id factum persequitur cui nec oratio
nec sententia legis convenit & est in factum prætoria totaque sub-
sidiaria Vinn. cit. l. add. Huber. ad Inst. cit. l. thes. 3.

(III) Actio subsidiaria est conditio ex lege, quam ideo solum
inter eas reponimus, quia per eam aliquid petimus ultra jus com-
mune assistente nobis lege speciali ultra communes formas agendi.
Minus itaque proprie conditio ex lege dicitur act. subsid. quam
actio in factum. Conditio enim non succedit aliis tanquam Comes
subsidiarias, sed urget id quod peculiariter ultra communis juris
formas publica autoritate est concessum Lagus cit. l. Huc referri
posse mihi videtur actio, quam lex propter solam æquitatem con-
cedit, non exprimendo nomen actionis, quo experiendum; cujus
materia sedes est in famosissima lege 32. ff. de reb. cred. ubi hæc reg.
fundata, pecunia mea quæ ad Te pervenit, eam à Te mihi reddi
bonum & æquum est, ad quam reg. teste Stryk. de act. forensibus
sect. I. m. 2. §. 43. 44. tanquam ad sacram ancoram confugiunt
communiter qui alio æquitatis remedio destituentur vid. spec. diss.
Lauterb. ad l. 32. de reb. cred.

(IV) Remedium Subsid. est imploratio officii Judicis. Officium
enim Judicis rectissime ponitur inter remedi. subsidiar. quanquam

6.

7.

8.

improprie dicatur actio subsid. quia illud non ut actio proponitur, sed loco actionis imploratur. Vid. it. *Lag. c. 69. cit. loc.* hæc strictim indicasse de action. subsid. sufficiant, quanquam earum difficultas, quam antiquum Jus Rom. hic involvit, mereatur exactiorem disquisitionem. Sent tamen hæc magis subtilia, quam utilia.

9. Secundum iudicium Præparatorium est citatio dicitur sabung / quæ est vel privata, vel publica, quæ etiam edictalis dici solet; & est exorbitans, cui locus dandus haud est, nisi in casu necessitatis, quando scilicet privata citatio commode locum habere nequit, v. gr. si vagabunda sit persona citanda, &c. *Carpz. Tit. VII. Process. 7. Sax. art. IV. §. 1.* Hinc consilium dat Judici volenti edictaliter quem citare, ut requirit consilium Jctorum, ne forsan ex præcipitantia gravet citandum, sequæ actione injuriarum implicet, add. *idem Carpz. cit. tr. Art. 3.* ubi agit de irreg. citat. extra territorium per subsidium.

10. Insinuata factaque citatione reus se sistere debet: Solent tamen in ingressu iudiciorum satisfactiones cautionesque interponi, quas congescit *Marant. in spec. aureo p. 6. m. 8. de satisf. v. gr. de stando juri, iudicatum solvi.* Licet autem hic regulariter datis fidejussoribus cavendum, l. 1. ff. *qui satisf. cogantur.* aliquando tamen admittitur cautio juratoria in subsidium. *Mev. P. 4. Dec. 125. n. 1. §. 5.* Si scilicet fidejussores invenire nec pignora dare possit, cum iniquum esset aliquem ob defectum cautionis repellere à limine iudicii. Hinc nata reg. generalis: Quoties quis ex necessitate tenetur præstare cautionem, toties admittitur ad juratoriam, si scilicet fidejuss. dare nequit nec pignora habet, *Mev. cit. loc. Carpzov. Pros. Sax. tit. 9. Art. 3. §. 3.* Sed à subsidiaria hac cautione excludunt Dd. personas, quæ non sunt comprobatae probitatis & virtutis. *Berlich. Concl. P. 1. C. 20. n. 53. Myns. 2. obs. 11. Höpp. Cons. 8. Gosw. ab Esbach ad Carpz. P. 1. C. 30. def. 20.* Quæ infinite à Dd. tradita licet in Usufr. cautione concedam, cum hic res aliter exitum habere non possit; in cautionibus tamen quæ moribus nostris pro expensis & reconventionem præstantur diversum sentio, salva Berl. & cæter. autoritate. Quis enim unquam audivit, quoniam propter inopiam & impossibilitatem cavendi sub iusto quoque clypeo persire i. e. iusta causa cadere debere, neque enim à cautione usufr. ad hanc

Hanc iusta est illatio vid. *Brunn ad auct. generaliter. c. de Episc. & Cler.*
 nec minus graviter scribit *Mov. P. 9. Dec. 94.* Ubi tradit ita
 anno 1662. in supremo Wism. Trib. iudicatum esse, conf. omnino
D. Ferd. Christ. Harprecht. specialis diff. de cautione jurat. Th. 10.

Tempore, cautione de se sistendo, comprehenso elapso. Se
 sistere omnino debet reus litemq; contestari, qua contestata, incipit
 proprie iudicium, & iam causa ventilatur, disceptaturq; Et Actori qui-
 dem incumbit probatio suae intentionis, reo suae exceptionis. Fit
 autem probatio vel per praesumptiones vel scripturam vel per testes.
 Et quidem probatio per praesumptiones est maxime subsidiaria, &
 admittitur, ubi deficit directa probatio per instrumenta & testes.
 Non indigemus enim conjecturis, ubi alias de negotio certo con-
 stare potest *Arg. l. 33. ff. de legatis l. Praeprimis autem Praesum-*
tionibus faciunt probationem in iis actibus, qui directe difficile
probari queunt, ut adulterium, in quo delicto praesumptiones loco
probationis haberi scribit Masc. vol. 1. concl. 57. n. 7. de probas
quia ubi concludens probatio non potest haberi, lex contenta est
ea probatione, quae fieri potest, quoniam Masc. in fin. refert testes
deponentes, se praecise vidisse conjunctionem veneream, in suspi-
cionis crimen incidere, & nil probare, quia inquit adulterium non
potest directe per conspectum probari, bene tamen per aspectum
Masc. in fin. cu. concl. Sic dolus quoque cum in animo consistat,
verè probari nequit l. 6. C. de Dolo Men. de arbit. jud. sent. Cas.
116. n. 2. Hinc fit ut ex conjecturis & praesumptionibus probari
debeat c. l. 6. ibi Brunn. add. Masc. concl. 531.

Altera probatio fit per instrumenta. Instrumentis autem con-
 tra aliquem productis fides habenda non est, antequam, negata
 scriptura, producens eam probaverit. Cui fini peti solet ut institua-
 tur comparatio literarum, quam cum *Carpx, L. III. Resp. 34. n. 5.*
 merito dicimus remedi. subsidiarum, quod non datur nisi deficien-
 tibus aliis probationibus, nempe si scriptura negata propter mor-
 tem scribentis vel testium subscriptorum heredibus sit incognita ac
 propter ea recognosci haud queat; quo casu ne instrumento omnis
 denegetur fides, succedit in locum recognitionis comparatio lite-
 rarum *Carpx. cil. l. hinc pars, quae petit comparationem, debet*
 jurare,

jurare, se non habere aliam probationem secundum glossam, ad cit. l. 20. ff. de fide instr. lit. O. add. Novell. 73. c. 7. Insuper scriptura, quæ eget comparatione, comparanda cum scriptura deprompta ex Archivo publico vel à testibus subscripta, & confirmata, dista l. 20. Cod. de fide Instr. Sicb. in dist. l. 20. & alii alleg. à Carpx. cit. resp. n. 13. ubi in fine habet præjudicium, quod rejecta comparatio cum scriptura privata add. Brunn. ad cit. l. 20. ubi notat falsam Dd. hypothesein, qui putant, scripturam propter quam fit probatio, subscriptam esse debere à tribus testibus contra tenorem dictæ leg. 20. Quæ vero diximus de comparatione literarum limitata vide in aurb. seq. at si contractus. Cum vero hujusmodi comparatio sit fallax, multi enim reperiuntur, qui alienas manus imitari solent, ita ut nulla cognoscatur differentia inter veram & fictam nanum, ut exemplo id comprobat Masc. concl. 330. n. 2. 3. ideo sane diversimode de effectu comparationis literarum sentiunt Dd., non plene enim eam probare, sed tantum semiplene, & quidem de jure aurb. volunt. Allegat. Dd. à Barb. ad cit. Aurb. At si contractus n. 2. de fide Instr. aliquando vero plene probare, testatur Decius conf. 11. n. 126. Carpx. cit. l. n. 6. Alii arbitrio judicis id relinqunt. Cynus Casb. in dist. l. 20. Rebuff. de Chirogr. n. 34. in pref. Menoch. A. 1. C. cas. 114. quæ opinio præferenda videtur ut scil. ille impiciat personam producentem, an sit probatæ fidei, nam nec impossibile est scripturam propter quam fit probatio, esse fictam.

13.

Tertius modus probandi fit per testes, estque ordinarius, in duorum enim vel plurium ore omnis consistit veritas, modo tamen testes sint omni exceptione majores. Quidam enim tanquam inhabiles merito rejiciuntur, quanquam & hi in subsidium, ubi scil. veritas aliter haberi nequit, admitti soleant. Pro reg. enim tenendum, in Casu ubi veritas haberi nequit, testes inhabiles & aliàs rejiciendi in subsid. admituntur, arg. l. 5. §. 6. ff. de re milit. hancque sententiam generaliter veram esse, sive alii testes intervenire potuerint, sive non, modo non intervenerint scribit Carpx. P. 1. c. 16. def. 69. Sic minor viginti annis in causis criminalibus est testis inhabilis, l. 20. ff. de testibus. nisi in subsidium, ubi veritas aliter haberi nequit.

Carpx;

Carpz. P. III. qu. 124. n. 42. Idem de Advoc. in causa ubi Patro-
cinium praestitit asserit. *cit. def. 60.* Et de teste domest. vid. *l. 8. §. 6.*
C. de repud. Sed quando inhabilis testis in subsid. admittitur eius di-
ctis non plena habenda est fides, adeo ut sola ad condemnandum suffi-
ciant, quanta vero is fides danda, Judicis relinquendum arbitrio.

140

Sin autem testes producti sint habiles, debent examinari, ubi
quidem tratitium est, ante litem contestatam nil probandum, &
sic nec testes examinandos, cum incertum an intentionem actoris
teus negaturus sit nec ne. Interim tamen quandoque in substi-
dium testes ante L. C. examinandos probat examen Testium, quod
ad perpetuam rei memoriam fieri solet, de quo aperte dispositum
Jur. Can. *Cap. quamvis X. ut lue non contestata*; Et sane, hoc exa-
men in omnibus civilibus causis obtinere posse, est in confesso,
sed an in criminalibus disceptatur; & vulgo l. d. id negant, *Rut.*
Ruland. tr. de commiss. p. 2. tit. 1. c. 4. n. 1. Carpz. Proc. Saxon.
T. 13. a. 7. n. 5. Mev. tamen P. IV. D. 230. n. 2. §. p. 8. d. 470.
communem JCrorum negativam sententiam errore magis communi,
quam ratione suslineri asserit. Examen testium ad perpetuam rei
memoriam petenti incumbit allegare causam & necessitatem *Mev.*
p. 6. d. 304. qualis in genere est metus media probandi amittendi
Pomm. Hoffa. Ord. P. 2. tit. 23. §. 1. 3. egr. in Valetudinariis
mortis metus &c. vid. plura de hac materia *apud. Mev. P. 2. D. 413.*
P. 6. D. 303. P. 2. D. 471. P. 2. D. 90. &c. Actore ita per
testes plene probante, ulterior non desideratur probatio; hinc nec
cogi potest ad juramentum, cum tum demum ad hujusmodi suffra-
gium sit recurrendum, cum alia legitima probationes deesse noscun-
tur. *c. 2. X. de probationibus & ibi Ferret. n. 5* ubi consuetudo, quae
ultra plenam probationem adhuc juramentum praestari vult, tan-
quam irrationabilis rejicitur. Juramentum enim saltem succedit
in vicem probationis deficientis *arg. l. 3. C. de reb. cred. ibi. inopia*
probationi conf. XXII. Synops. Basil. 5. c. 42. Schultze. obs. 12. n. 17.
Gulken. n. 19. & Sib. n. 3. ad cit. l. 3. Coll. Arg. Tit. ff. de Juram.
quin omnes Dd. fatentur jusjurandum esse speciem probationis ire-
gularis exorb. tantis extraordinarie imo non tam probationem quam
a probatione revelationem & exonerationem *l. 30. ff. de jurj. Cothm.*

150

Conf.

Conf. 82. n. 36. ubi ex aliis recitat, quod, ubi actor actionem suam
 ordinaria via probare potest, utiq; ad extraordinariam non debeat
 admitti. Idem n. 37. 38. conf. eleganter *Mev. p. 7. D. 356.* & nos
 infra plura. Econtra actore non probante reum esse absolvendum
 est decantatum advocatorum Brocardicum l. 23. Cod. de R. V.
 quod tamen non indiscrete adhibendum, bene monet *Mev. p. 8.*
 d. 368. Ubi ei saltem locum esse dicit, quando actor nil probavit,
 fecus itaq; si semi plene aut plus: imo secundum nonnullos non
 statim locum habebit, etiam si nil probatum sed adhuc deferri
 posse contenditur. Scil. juramentum quod in judicio defertur
 est vel judiciale in specie sic dictum, german. der Haupt. Eyd.
 aliud est necessarium, hoc vel suppletorium vel purgatorium.
 judiciale in specie sic dictum quod pars parti iudice com-
 probante, defert, nequaquam locum habet, ubi alio modo plena
 probatio haberi potest, cum hic modus probandi sine periculo per-
 jurii fieri nequit. *Cobm. cit. l. An actor, qui nil probavit, hoc jura-*
mentum deferre possit, vid. affirm. Vinn. l. 1. qv. c. 42. ubi se ex
 facto consultum ita bis terve respondisse affirmat add. *Diss. Schöpf.*
de juram. delat. sine probat. Necessarium juram supplet. esse rem-
 subsid. expresse asserit *D. Scheffel. nunc consiliarius Meglenburgius*
7 Cto celeb. ubi C. 1. §. 9. recte argumentatur, Juram. supplet,
cum sit remed. extraord. & subsl. nullo modo competere potest ubi
aliæ legitimæ probationes præsto sunt, nec etiam, pergit, compe-
tit ubi nullæ probationes adsunt l. 4. Cod. de edendo. Ipsa enim
 nominis juramenti suppletorii ratio innuit, adesse debere, imperfe-
 ctas probationes, quas suppleat hocce juramentum. Et sane ita in
 terminis disputat *D. Mev. P. 7. D. 376.* Sed cum juramentum
 aliud sit veritatis, aliud, credulitatis, non ineleganter sane *D. Scheffel.*
cit. disp. disquirat, an detur Juram. cred. supplet. ? & tandem deci-
dit, Judicem juri convenienter agere, si pro circumstantiis sup-
pletorum etiam credulitatis, nonnunquam admittat, quod com-
probat tenore Ordinat. S. Tr. p. 2. tit. 34. §. 6. 7. Quæ omnia
 haud invitus complector, quando de veritate jurari nequit, nemine
 scil. existente, qui rei scientiam habet, ut ita ipse hoc restringit
Scheffel.

Scheffel. eis. diff. a. 1. §. 3. Purgatorium juram. defertur gravato
 suspitionibus ut plurimum reo, sed & hic, ut illi juramento locus
 esse possit, requiritur, ut deficient aliz legitimæ probationes, arg.
l. 3. C. de Reb. Cred. l. 3. ff. h. l. fin. §. 10. de jure delib. C. 6. X. de
Purgat. & ut suspiciones aliquem gravent. l. 6. §. 4. vers. scabi C. de
his qui ad Eccles. Non enim hoc jusjur. inventum est ad rei con-
 scientiam illaqueandam, sed ad indicia legitima purganda. Hæc
 autem si urgentia adsint, ut non multum plenæ desit probationi,
 tum non tantum juramento purgatorio locus est, sed etiam reus
 quaestionibus non injuria subicitur. Nam & tortura est remedi-
 subsid., ad quam non deveniendum ubi veritas aliis probationibus
 illuminari potest. *l. 9 ff. de quæst. l. 12 C. eodem. Cravetta Conf. 287. n. 2.*
 ubi scribit: quod quando alicui contra reum potest alio subveniri
 remedio, non decurrendum ad torturam, quæ dicitur R. Subf. hinc
 reus plene convictus, v. gr. duobus testibus omni exceptione majo-
 ribus non erit torquendus, vid. *Farenac. tr. crim. p. 2. qu. 41. n. 3. 4.*
conf. Carpy. prax. crim. quæst. 119 n. 66.

17.

Ubi jam reus plene convictus, sequitur sententia condemnato-
 ria, & quidem in negotiis, ubi agitur de restituenda, vel præstanda
 re, quæ est in obligatione, in rem ipsam, sed cum sæpe eveniat, ut
 res petita vel ob dolum, vel ob culpam rei restitui nequeat, adin-
 ventum est juram. quod dicitur in litem, quo permittitur actori, rem
 quam petit, dolo autem vel culpa alterius restitui nequit, æstimare.
 Dist. tamen Dd. communiter inter veritatis & affectionis juram. in
 illo supponentes dolum, vel culpam latam, in hoc aliam culpam
 minorem, talem scil. qualem reus præstare debet. Et licet *Wusensb.*
& Hüb. ff. h. l. 2. solum juramentum affect. agnoscant, quorum sen-
 tentiam noviter sequitur, lateque propugnat *Thomas. in Dist. de*
pretio affect. in res fung. non cadente à §. 3. 6. excl. & demum aliam
in regulare & irregulare substituit, simul etiam solide restitatis iis,
qui omne juram. affect. negant & solum veritatis agnoscent, Cap. 3.
§. 6. & ibi alleg. Lyolama. Mihi tamen videntur, & *Thomas. &*
Lyolama verbis ludere vocesq. captare, hinc merito retinereus com-
 munem Dd. divisionem hæcenus à pluribus Celeberr. JCtis defere-
 sam. Et licet quidem verum, quod *D. Thomafius §. 3.* dicit:
 F
 Judi

18.

Judicem ipsum æstimare debere, cum agitur de vero rei pretio restituendo, non actorem jurare, cum tamen loquimur de juram. in litem, supponimus rem non exstare, & sic Judicem non posse æstimare rem quæ non exstat. *l. 5. §. fin. ff. h. t. nec est, quod Thomas puer, Jctum Marcianum somniasse cum hanc rationem appofuerit aut illam rationem esse emblemã Triboniani, quod probabilius judicat, cum non credibile Marcianum in eadem lege sibi contradicendum, v. gr. in §. 3. disto l. 5. Cui consentire inquit Ulpianum l. 4. §. 4. h. t. sed non subest causa, ut adeo vehementer aut in Marcianum, aut in Tribonianum invehamus, distinctione enim hæc dubia tolli possunt, scil. quando Marcianus in disto l. 5. §. 3. & Ulp. in l. 3. §. 4. dicunt, ex culpa levi non jurari in litem, sed æstimationem fieri à Judice, hoc verum, si adsint testes, qui aut ipse Judex rem perditam viderunt apud possessorem aut Domum rei, quo casu, cum æstimatio expediri possit citra juramentum in litem, ad id non deveniendum, cum sine necessitate non jurandum & præprimis cum juram. in litem, veritatis sit remedi. undequaque subsid. Cum autem nulli testes adsunt, qui, uti nec ipse Judex, rem amissam conspexerunt, sanè non video, qui possit res confici citra præstationem juramenti in litem veritatis. Et hunc ultimum casum ipse Dn. Thomas. tacite tanquam irresponsalem prætermittit. Ut autem res fiat clarior exemplo eam illustrabo. Scil. commodo alicui gemmam sive anulum cujus valorem cum nemo illum viderit, nemo etiam scire potest: Accipiens anulum istum levi culpa amittit, quem Dominus deinde repetit. Hoc sane casu aliter fieri non potest æstimatio, quam per juram. veritatis tanquam in ultimum subsidium reservatum.*

19.

Reus condemnatus vel in rem ipsam, vel æstimationem factam, à Judice, vel ab actore per juram. in litem, si ista sententia gravatum se putet, legitimis remediis impugnare eam solet. Prostant autem ejusmodi remedia satis plura. Præter Nullitatis enim quærelam, potest petere Restitutionem in integrum, quæ quærenda apud Judicem à quo, cum beneficium restitutionis non sit remedium causas ad superiorem devolvendi, vid. Trib. Dren. P. 3. tit. 6. Pomm. Hoff. Ser. Dren. P. III. tit. 3. Et hanc restitutionem

nem in integrum, *Adv. Negusant. qv. 86. u. 3. vocat rem. subsid.*
indeque concludit stante nullitate sententiæ, quæ rem. Ordin. cessare
extraordin. sive subsid. hoc est ipsam restitutionem, vid. tamen Pomm.
Hoffg. *Ordn. modo cit. loc. §. 2.* Si coram Iudice à quo reus nequeat
medelam invenire, tum alio remedio appellationis potest uti secun-
dum Pomm. Hoffg. *Ver. Ordn. P. III. ut. II. §. 2.* per quod causa
ab inferiori ad superiorem devolvitur. Sed quid si reus & in judi-
cio appellationis causa cadat, & ulterior appellatio non permittitur?
an hic reus omni exclusus remedio & præsidio? Sane nec hic jura
reum quamvis maxime malitiæ suspicionibus gravatum deserunt.
Indulgendo ipsi Supplicationem quæ est rem. maxime extraord. &
subsid. locum habens ubi appellatio amplius admitti nequit ob per-
sonæ qualitatem, quæ sententiam tulit *amb. quæ supplicat. Cod. de
pres. Imper. off. vid. Trentacinq. in l. 2. ref. l. n. 33. Carpz. l. const. 20.
d. 35. Mco. l. dec. 180. add. Rebuff. in tr. de suppl. n. 55.* ubi re-
censet casus in quibus hoc remedium habet locum. Hodie in hu-
jus locum tam in *Camera, Ord. Cam. p. 3. tit. 51.* quam *Ord. S. Trib.
P. III. ut. 7.* successit Revisio actorum, quæ identidem maxime est
remed. subsid. habet enim saltem locum adversus sententiam, à qua
appellari nequit & simul in Patria nostra ad id nemo admittitur
ni summa sortis in iudicium deducta excedat 1000. Imperiales.
Sed cum hoc rem. sit maxime pretiosum & sumtuosum (nam tene-
tur revisionem petens de singulis centum unum deponere quo
acta describi & à S. R. M. specialiter ad iudicium revisorium de-
putatis exhiberi possit, deinde à Deputatis Regis acta transmit-
tenda ad facultatem jurid. nostram & ad Dicast. & simul terminus
præfigendus, quo Deputati ex consiliariis Reg. & Provinc. unà
cum Decano facultatis nostræ Jurid. in S. T. R. W. comparere & acta
cum gravaminibus conferre, & tandem certâ sententiâ rem definire
debent. Quod si jam prior sententia confirmetur, qui hoc reme-
dio temere usus est non tantum amittit pecuniam depositam, sed
etiam præterea damnatur in expensas, & propter hoc periculum
raro hoc rem. apud nos adhibetur. Semel tamen institutum judi-
cium revisor. cui B. M. P. tunc temporis Decanus tanquam Depu-
tatus interfuit, fando audivi & testantur recessus ab ipsis tum tem-
poris

30.

poris deputatis compositi & clementer gloriosissimo rege Carolo XI. annuente promulgati.

21.

Si autem omnibus haecenus tentatis reus nihilominus succumbat, non melius sane sibi providet quam partitionem praestando sententia. Alias enim inevitabilis sequetur executio tanquam iudicii finiti consequens & quidem si res restituendo adhuc exstet apud reum, manu militari auferenda *l. 68. de R. V. fin non exstet, tunc pignori- bus captis distractisque ex pretio creditori aestimatio solvenda l. 15. §. 2. seqq. de re iudica sed hic ex cit. l. 25. §. 2. observan- dus ordo circa res, quae in executione vel quae in subsidium capi- endae (1) enim res mobiles capi debent vid. *l. 6. §. 4. Cod. de His qui ad Ecol. & ex his omnium primo pecunia numerata, (2) res animales vid. Syn. Libr. Basfl. p. 260. Sin vero res mobiles non reperiantur, aut illarum, quae sunt, pretium non sufficiat, tum (3) capi possunt res soli, modo tamen non res magni pretii pro exiguo debito distrahatur *Duar. ad l. 15. si nec res soli sufficient. tunc (4) ad iura pervenitur l. 15. §. 2. Et hunc ordinem in pigno- ribus capiendis magistratus invertere nequit per expressum textum in dicta l. 15. Quod vero Dd. plerique indistincte tradunt instru- menta ad culturam agri pertinentia iudicati causa capi non posse *l. 7. 8. C. quae res pign. oblig. it. stipendia militum armatae militiae quod & alii affirmant de libris Dd. & studiosorum *Hulliger in Don. enucl. l. 27. c. 3. & de vestibus per l. 6. de pign. hoc merito ita alii temperant scil. i las res in eo esse privilegiatas, ut statim ab initio non possint execu- tari, in subsidium tamen, ubi aliae res mobiles & immobiles & no- mina deficiunt, bene ejusmodi res capiuntur. Ut ita de vestibus testis *Colerus P. II. c. 3. n. 136. Proc. exec. ubi in fine scribit hanc sententiam communiter praestari, quod verum puto cum *Tab. in not. ad Coll. A. de re iud. n. 95. quae vestes quae ad ornatum faciunt, & quae habentur extra usum necessarium *Monachus de execut. in vest. c. 1. n. 28. In vestem enim unicam necessariam, nequidem in subsidium fieri posse executionem, humanitatis & honestatis pari- ter ratio postulat per cit. text. Contra naturam enim esset ita exuere debitorem, ut nudus incedere cogatur. Quae instrumenta ad culturam plerique volunt nec in subsidium executionem in ea fieri********

fieri posse, cum per eam retardetur tributorum illatio *C. A. cil. l. ibi ad. Dd.* à quibus tamen discessum facere videtur *D. Colerius cit. l. n. 189.* ubi scribit ex Baldo tota die praticari, in subsidium aliorum bonorum deficientium in his rebus permissam executionem quod convenit Ordin. *Dicall. Pomm. P. 3. Tit. 11. §. 24. & 25.* Possem hic latius expatiari deducendo an & quando in res dotales nec non bona feudalia, deficientibus allodialibus, executio fieri possit, ni finem respicerem eo citato cursu properans. De rebus dotalibus interim vid. potest. *C. A. de effect. sent. ib. 95.* & præcipue *l. 62. ff. de jure dotium* ubi illa regula fundata, propter æs alienum mulieris res dotalis marito non auferenda. De executione in fructibus feudi vid. *isidem C. A. cit. l. add. Mev. Part. IV. Dec. 325. & P. VI. Dec. 353.*

27.

Hanc executionem jam reus condemnatus potest evitare, si velit uti flebili beneficio Cessionis, quæ ipsam suspendit. Potest autem Cessio bonorum merito dici remed. subsid. *Mev. disc. levam. inop. debit. C. 5. n. 40. & n. 165.* ubi dicit. eam Remed. Extraord. & in subsidium permissam iis quibus alia via consuli nequit. Hinc jam facilis decisio quæstionis, An debitor non molestatus bonis cedere valeat? quam movet *Brun. in. cess. bon. p. m. 69.* & tenet, quod non, ratione subjactâ, quia cessionis beneficium est auxilium subsidiarium adinventum ut quis carcerem evitare possit. Cum ergo à Creditoribus non molestetur non est ad cessionem admittendus. Deinceps si creditoribus non petentibus admitteretur cessio, de facili posset in bonis quærendis creditoribus magnum fieri præjudicium quod esse non debet, ibi *alleg. Bar. dec. 349.* Et hæc sunt quæ L. B. cedere volui remedia subsidiaria, plura de facili sistere potuissim, ni memor me Dissertationem non Tractatum eruditi orbis censuræ submissurum. DEO interim immortalis soli sint grates immortales pro concessis viribus à principio Dissertationis usque ad Finem.

145 : (O) : (50)



ERRATA NOTATA,

cætera æqvitas Lectoris corrigat.

Pag. 2. lin. 22. pro l. leg. C. Pag. 2. lin. 23. leg. Part. II.
 D. 21. n. 4. Pag. 7. lin. 21. pro 59. leg. 156. Pag. 9. lin. 2.
 pro qu deficit leg. quam. Pag. 12. lin. 19. pro 3. leg. 4. Pag.
 13. pro 115. Cc. leg. 125. 126. 127. Pag. 17. lin. 25. pro leg.
 gravissimam. Pag. 18. lin. 13. pro 27. leg. 22. Pag. 18. lin. 7.
 pro 57. §. 2. leg. 59. §. 156. §. 2. Pag. 33. lin. 15. pro regu-
 lari leg. regulariter. Pag. 38. lin. 14. pro nanum leg. manum.
 Pag. 40. lin. 21. pro Brasid. leg. Presid.



(30):(0):(30)

(1706-25)

Greifswald, Diss., 1706-25

ULB Halle
005 372 038

3



56







DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE
REMEDIIIS
SUBSIDIARIIS,


Quam
JEHOVA *Clementer adspirante,*
Autoritate Magnifici Jure Consultorum Ordinis,
P R Æ S I D E

DN. PETRO MASCOVIO,
Jcto & Antecessore Ordin. Reg. Confist. per Svecicam
Pomeraniam Rugiamque Directore gravissimo,
Patrono studiorum suorum aeternum suscipiendo,

PRO LICENTIA
Summos in utroque Jure honores
rite capeffendi,

Ad d. 1. Novembr. Anno M DCC VIII.
In Inclyta Gryphiswaldensi Academia
publicæ eruditorum disquisitioni

submittit
PHILIP. BALTHASAR GERDES,
Gryphisw.


G R Y P H I S W A L D I Æ,

Typis DANIELIS BENJAMINIS STARCKII,
Reg. Acad. Typogr.

257

1708, 5

13

