

Judice à quo, vel alio loco factum, censetur quis renunciare: præsertim, quādo actus fuit acceptus per alteram partem, vt hic vtrique factum est, eleganter Franc. in c. sollicitudinem, de appell. num. 11. 12. 13. quia isti actus sunt incompatibiles cum appellatione.

25 Quodque exceptio incompetentiæ, † sicque grauamen prætenfum, minime sit hoc nostro casu releuans, imprimis elucet ex eo: quod licet bona controuersa afferantur feudalia, & sic decisio causæ pertineat ad dominum feudi, prout etiam Iudices secundæ instantiæ arbitrati sunt, & ex eo fundamento præcipue primam sententiam reformarunt: attamen in eo erratum censet. Iuris enim & obseruationis est: quando contentio est † inter vasallum & extraneum, (vt nostro casu) actiue & passiuæ, causâ corâ ordinario, vt hic est Dux Iuliacensis, agitari debet, & non in curia domini, ne in propria causa, & pro suo interesse, videatur iudicare. *Zaf. in epit. feudal. part. II. num. 9. Myns. obser. 99. cent. 1.*

Quod vero d. Mann Cammer / non sit iudicium partium, sed subdelegatorum, & vicetenentiū, ipsius præpositi, satis patet ex actis, imprimis, quod etiam castrum, & alia feuda, ab ipsis præsidiibus der Mann Cammer / nomine & loco præpositi conceduntur, & ab eis iuramenta recipiuntur à vasallis.

Et nisi permitteretur appellatio ad Iuliacensem, tales causæ facile extra iurisdictionem Imperii, ad Ecclesiasticum, & denique Romam traherentur. Quod non facile est permittendum, sed pro retinenda & † amplianda authoritate Imperii prouisi esse debemus. Quod satis notum & receptum est.

Facit tandem pro iustificanda sententia proxima, quod immissio, siue der Entschlag / rite & legitime facta est, prout ex aduerso nullæ rationes eius nullitatis deducuntur, sed solummodo prætenditur declaratoria, ex causa rei feudalis.

Hinc concludo, grauamina non admittenda, sed causam pro conclusa acceptandam esse, & pronuntiandum, bene iudicatum per proximum Iudicem, & male appellatum. Expensas compensarem. Et ita definitiue pronuciari posse & debere, puto è re collegii & partium esse. Quod & Dominis non displicuisse animaduerti.

D.L. In hac causa, quamuis non satis compertum habeat, quod Referens in ea concludere velit: tamen propter eminentem probationem, & cum satis sibi ex actis primæ, secundæ, tertiæ & quartæ instantiæ liqueat, quoniam in statu causæ sit, & vero ex dictis testium non satis compertum habet, an in literis hypothecata bona pertinētia, sint feudalia, ad castrum Eschweiler. Existimat in isto dubio definitiue pronuciandum non esse, sed magis in puncto deuolutionis pronuciandum: quia in vnum recidit, & magis tutum, pronuciatum esse in hoc puncto non deuolutionis, si attentis iisdem exceptionibus pronuciemus, causam non deuolutam.

D.Q. Corraferens: in omnibus cum Referente, etiam quoad expensas.

D.Bq. Putat etiam, potissimum esse argumentum, quod causa inter vasallum & extraneum coram ordinario tractetur: & quia non præiudicatur Iuliacensis priuilegio. Possit ita pronuciari, non obstante exceptione incompetentiæ, cum in eundem effectum concurrant.

V O T V M L I I.

In causa O. contra T.

S V M M A R I A.

- 1 Appellationem duplicem interponenti Camera electio nem liberam permittit appellanti.
- 2 Articuli exceptionales tribus potissimum nituntur fundamentis, contra appellationis deuolutionem & desertionem obiectis, vt sub n. 3. 4. 5.
- 4 In fauorem quod est adiectum, in odium non est retorquendum.
- 5 Notarij saepe instrumentis inserere solent clausulas, quas ipsi nec satis intelligunt, neque partibus satis declarant: vnde eiusmodi clausula nihil operantur, eiusque ratio qua, ibi. n. 6.
- 7 Consortis vnus precipitantiæ, aliis obesse non debet.
- 8 Appellationis renuñciatio, donationis seu dilapidationis instar obtinet, quæ mandatum speciale requirit.
- 9 Procuratores in alternatiuis, sine speciali mandato, vel subsequata ratificatione, domini voluntatem declarare vel eligere non possunt.
- 10 Litis contestatio eadem, cum in Camera non iteratur, ex præscripto ordinationis, & stylo Camera, conclusio rescindenda, & partibus litis contestatio iniungenda videtur.
- 11 Definitiuè in hac causa principali quare pronuciandum, vt n. 12. 13. 15. 18. 20. 22.
- 12 Litis contestatione non est opus, quando causa concernit punctum iuris.
- 14 Litis contestatio in omnibus causis, in quibus non requiritur libellus, omitti potest.
- 16 Litis contestationis omissa reparatio, quæ in secunda instantia facta est, extenditur etiam cum effectu ad instantiam Camere.
- 17 Verba cum effectu accipienda sunt.
- 19 Litis contestationis effectum habet Rei negatio ad postulationem verbalem: Actoris in continenti iudicialiter facta.
- 21 Sine litis contestatione vt procedatur, in rusticis tribunalibus plerumque moris est.
- 23 In recessibus Anno 1570. Spira habitis sub vers. Demnach sollen / c. inunctum est partibus, vt exceptionibus quibusuis, & defensionalibus articulis, litis contestationem euentualem annectant.
- 24 Regula nulla tam firma, quæ exceptioni non sit obnoxia.
- 25 Iudex in Camera, litium finiendarum gratia, magis secundum equitatem, quam rigorem iuris iudicare debet, & ex officio supplere, quoties ob defectum alicuius solennitatis iudicium deficeret. Ratio eius, ibi. num. 26.
- 27 De re siue hereditate aliena & viuentis, neque pacisci, neque testari, neque causa mortis donari, neque tandem hy=

- dem hypotheca nomine, aut per quemuis alium contractum obligari potest.
- 28 Pater de hereditate filij sui disponere nequit.
- 29 Inclusio vnius, est exclusio alterius.
- 30 Ius alicui quesitum, nec priuata, nec publica auctoritate auferri potest.
- 31 Miserabilibus prospicere ad officium iudicis spectat.
- 32 Iudex qualem & quantam curam, diligentiamque circa furiosos gerere debeat, & n. 33. 34. 35.
- 36 Superfluum non dicitur, quod addit maiorem declarationem, ac dilucidius animi sensum exponit.
- 37 Onus sentiens, commodum ferre debet.
- 38 Heredes suos, praesertim naturales & legitimos, nemo deterioris conditionis velle efficere, quam ipse sit, praesumitur.
- 39 In dubiis interpretandis eo intenti esse debemus, vt gesta & acta à partibus non sint frustratoria, sed vt subsistant.
- 40 Cessante ratione prohibitionis, cessat quoque prohibitio.
- 41 Magistratus praesentia omnem sinistram suspicionem excludit.
- 42 Magistratus non praesumitur ansam inibiandi alienis bonis praebere, vel fenestras insidias struendi vitae alterius, contra legem naturae aperire, sed potius eas se praecauere, &c.
- 43 Magistratus solus scelerum vindex constitutus est.
- 44 Magistratus imprimis incumbit, vt sine maligna suspitione pupilli alantur & educantur.
- 45 Furiosi pupillis equiparantur.
- 46 Illud quod non potest fieri pure, non potest fieri sub conditione, contrarium quando. n. 47.
- 48 Furiosus ratione destitutus, licet non solum pro absente & ignorante, sed etiam pro mortuo habeatur, tamen idem etiam pro consentiente in l. reputatur, maxime in causis, fauorem ipsius concernentibus. num. 49.
- 50 In iudicis auctoritas aut decretum supplet defectum.
- 51 Voluntas vltima saltem vnius testatoris, contractus vero duarum personarum voluntate & auctoritate consistit.
- 52 In contractum deduci potest res incerta, atque spes ex futuro pendens.
- 53 In dispositione dubia quacunque, recurrendum est ad iudicem, qui secundum suum arbitrium, dubium contractum interpretari debet; Et qualis interpretatio amplectenda, vt n. 54. 55. 56. 57. 58. 59.
- 60 Conditiones casuales, seu euentum futurum respicientes, actiue & passiue, in contractibus ad heredes trahuntur.
- 61 Casus & fortuna quandocunque euenierit, sufficit ad consequendum id, quod alicui ex contractu conditio nali debetur.
- 62 Intentio contrahentis propter affectionem naturae hominum erga suos inditam, in dubio qualis praesumenda.
- 63 Heredum cur hic potissima habenda sit ratio.
- 64 Actus per interuenientem consensum conualidari potest.
- 65 Litis contestatio de stylo & ordinatione, in genere & indistincte iniungitur.
- 66 Litis contestationem, licet causa summaria de iure non requirant, hoc tamen procedit, quando constitutione aut statuto ita disponitur, aut causa simpliciter & de plano, committitur expedienda.
- 67 Litis contestatio, in omni causa, in qua speratur certa sequi sententia, necessaria est, licet ipsa causa debeat summarie expediri.
- 68 A litis contestatione, in Recept. Imperij, de Anno 70. solum punctus attentatorum, & inhibitionis excipitur, vel eximitur.
- 69 Furiosus custodiendus à venientibus ab intestato, alias ei non succedunt.
- 70 Actionis intentate qualitas demonstratur, propter medium concludendi in libello.
- 71 Rationes pro parte negatiua pugnantes in hoc casu qua, vt numer. 73. 74. 76. 80. 88. 90. 91. 93. 94. 95. 103. 104.
- 72 Furiosus furore cessante, administrationem rerum suarum ipso iure recuperat, sicut & prodigus: vbi sanos mores receperit.
- 75 Cessante necessitate, & sic causa, cessat effectus.
- 77 Iudex bonus pupilli vt litatem arbitrari debet.
- 78 Pupilli vbi & penes quos educari debeant, & n. 76. 79.
- 80 Succedendi certi sunt modi.
- 81 Hereditas pacto dari nequit, & n. 123.
- 82 Substitutiones odiose habentur, quia occasionem capiendae mortis praebent.
- 83 Promissio per socerum fatuo genero facta si eius filiam accipiat in uxorem, de faciendo eum heredem, non valet.
- 84 Hereditas quod non nisi testamento dari possit, ab hac regula tres casus excepti reperiuntur & n. 85. 86.
- 87 Pacta mutua & vicisitudinaria, & si alter sine liberis mortuus fuerit, ad supersitem bona perueniunt, vt valeant quaeruntur.
- 89 Odium videtur personale esse.
- 95 Pactum de futura successione, quando valet.
- 96 Pactum de futura viuentis successione, in quibus casibus, etiam si viuus non senserit, & vsque ad mortem in eo consensu perseverauerit, non valet, praesertim in hoc nostro, & n. 97. 98. 99. 100. 113. 119. 121. 124. 125. 126. 127. 129. 130. 131. 134.
- 101 Pactiones de futura successione viuentis, quod non valeant, extenditur etiam ad parentes, & ad liberos, & n. 102.
- 105 Pactum de succedendo cum fuerit inutile ac nullum nulla heredibus datur actio.
- 106 Testari non possunt, nunquam redientes ad sanam mentem.
- 107 Contractus quoad successionem, euentualis, siue conditionalis valet, nec est odiosus. n. 111.
- 108 Contractus, quando conditio ei adiecta purificatur, perinde est ac si à principio fuisset purus.
- 109 Volunt captanda mortis, in hoc casu, quare dubium reddatur, & n. 110.
- 112 Euenire quod potest, inspicitur.
- 114 Intentio principalis in contractu inito consideratur, & non attenditur, quod in consequentiam cedat.
- 115 Dispositio omnis ampliatur & restringitur, secundum suam causam finalem, & disponentium intentionem.

- 116 Actus vtiliter presumitur factus, quando Iudicis auctoritas interuenit.
- 117 Necessitatis causa multa, qua alioquin sunt prohibita, admittuntur.
- 118 Necessitas ex illicito actu, licitum plerumque facit.
- 120 Necessitas & pia causa cessare faciunt presumptionem doli.
- 122 Actus de futura successione vt valeat, impropriatur etiam verbum, hereditas.
- 128 Substitutio pupillaris fieri potest pupillo furioso, in potestate testatoris constituto.
- 132 Bona in pactum deducta, statim ex obligatione debentur.
- 133 Verba quando improprianda.
- 135 Pacta dotalia, quibus disponitur super successionebus, casu, quo vnus coniugalis faderis premoriatur, quis cognatoru succedat, quo iure defendantur.
- 136 Vasallo alienante feudum sine consensu domini in agnatiu alias successurū, est potius refutatio quam alienatio.
- 137 Consuetudines, quibus fiunt pacta familiae, circa dispositiones succedendi, defenduntur.
- 138 Index quod facit aut decernit, id recte & rite factum dicitur.
- 139 Ius non transmittitur ex obligatione, cuius conditio deficit.
- 140 Possessiones pupillorum sine decreto praesidis, beneficio diui Seneri, in l. i. ff. de reb. eor. qui sub tut. detrahi prohibitum.
- 141 Furioso, cui a patre nullus datus est tutor, lex, qua eius curam habet, proximum agnatum vocat.
- 142 Queritur, an talis conuentio inter magistratum loci, & assignatum curatorem inita, de iure subsistat, nec ne; Et an expresso modo potuerit. Respon detur affirmatiue. n. 143.
- 144 Constitutio, vt tutor vel curator, omnium, siue quorundam bonorum pupilli fructus habeat, valet. & nu. 145.
- 146 Iudicis auctoritas efficit licitum, quod alias est illicitum; Eiusq. officium est latissimum. n. 147.
- 148 Magistratus curatoris ex causa, pro qualitate cura, de bonis minorennis siue furiosi mercedem dare potest. & n. 145.
- 149 Actus agentium, vltra eorum intentionem nihil operatur.
- 150 Furiosus actiue nullam factionem testamenti habet, ergo ei nulla testandi facultas auferri potest.
- 151 Furiosus quando habeatur pro consentiente.
- 152 Ad hereditatem furiosi defuncti qui vocentur.
- 153 In contractibus sub conditione mortis factis, neque cedit, neque venit dies, pendente conditione. Ratio qua. num. 154.

DC. Referens. Nullitates nullæ, procuratoria iusta, tam quoad principales, quam quoad interuenientem, qui duplicem interposuit appellationem: vnā Spiræ coram Notario & testibus 16. Martij Anno 71. vt patet ex instrumento Appellationis in Camera 27. Octobris Anno 72. & sic intra decedum. Alteram in scriptis, coram iudicibus secundæ instantiæ, à die notitiæ, vt in actis secundæ instantiæ fol. 32.

Quamuis autem hoc casu contrariæ & diuersæ sint interpretum sententiæ, vtra Appellatio prosequenda sit: Tamen præualuit eorum sententiæ, quæ liberam electionem permittunt Appellanti: quam etiam de stylo huius tribunalis summi receptam, præiudicio attestatur *Mynsing. obser. 7. cent. 1.* Recte igitur interueniens, relicta secunda, primam appellationem prosecutus est.

Submissum in punctis, Exceptionaliū, & Replicatorialium articulorum: In illis, an sint probati: in his vero, an ad probandum admittendi, discutiendum venit. Vnde tertia submissio, ratione Commissionis decernendæ subiungitur.

Exceptionales articuli quibus potissimum nituntur fundamentis, contra Appellationis deuolutionem & desertionem obiectis: quorum primum principales Appellantes, reliqua duo, interuenientem à *Styppenburg* concernunt.

Quoad primum: quod Appellatus dicit in 13. articulo Exceptionalium, Principales appellantes in secunda instantia iudicialiter appellationi renunciaisse: idque patere ex actis secundæ instantiæ, & confessione propria ipsorum, ad d. artic. 13. Appellantes autem Replicando in articulo 22. 23. 24. Replicator. non diffitentur quidem, renūciationem à procuratoribus factam, prout & ex actis clare patet: Sed eo ipso Procuratores, fines mandati excessisse prætendunt: referendo se ad procuratoria illius instantiæ.

Ex quibus liquet, partes sibi beneficium appellandi reseruasse: Tantum abest, vt procuratoribus renunciandi potestatem dederint: nisi ipsos contrarietatis insimulare velimus. Licet igitur principales in dictis procuratoriis, arbitrio procuratorum permiserint, *hey der Brithel gublieben* Tamen propterea non cesserunt illis ius appellandi, quo minus & ipsimet, casu, quo à procuratoribus Appellatio fuisset intermissa, appellare potuissent, sed potius sibi reseruauerunt quemadmodum animum suum per appellationem intra decedum declararunt. Quare verba dicta, *hey der Brithel zu bleiben*, ad procuratores: reliqua vero, beneficium Appellationis reseruantia, ad principales sunt referenda: ne id, quod in fauorem adiectum est, in odium contra retorqueamus. Imo clausula hæc, potius ex Notariorum concepta formula, quam principalem iussu & voluntate, adscripta videtur: quæ sæpe solent instrumentis inferere clausulas, quæ quas ipsi nec satis intelligunt, neque partibus factis declarant. Vnde tales clausulæ, quæ quoniam abierunt in formulam & consuetudinem scribendi, magis accipiendæ sunt pro verbis styli cõmunis, quam dispositiuis, & nihil operantur *Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. decimo. Bartol. l. 1. Cod. de iure Codicill.* Atqui licet *Dhwald Strödtin* vnus ex confortu numero, præsens in Iudicio fuerit, & sic nõ per se tantum, sed etiam confortu nomine Appellationi renunciaisse dici possit: Tamen cū hoc factum confortu reliquorum mandato manifeste repugnet, ipsis præiudicare non debet.

debet, nec potest: Imprimis, cum ex post facto id nō ratificarint, sed potius contrarium, & verbo & facto præsterint.

7 Vnius igitur † confortis præcipitania, aliis obesse nō debet. Sic procuratores quoq; sua renunciatione iisdem præiudicare non potuerunt: † quia talis renunciatio, donationis, seu dilapidationis instar obtinet l. filius familias. de donat. leg. contra iuris. §. filius iuncta gl. verb. nō habere de pact. quæ mandatum speciale (quo tamen procuratores hi destituti fuerunt) omnino requirit, Angel. l. ab executione. §. final. de appellat. l. Liberatorum. rem ratam haberi. In tantum, vt etiam procurator cum libera, non nisi in commodum sui principalis, firmiter renunciaret. l. si procurator. numero tertio, de oper. noui nunc.

9 Imo nec etiam in alternatiuis, † sine speciali mandato, vel subsecuta ratificatione, Domini voluntatem procuratores declarare vel eligere possunt Molin. in consuetud. Paris. tit. i. de mar. feud. §. 14. n. 11. post Bart. in l. si stipulatus fuerim circa finē, numero 6. & l. si ibid. numero 9. de verbor. obligat. Posito ergo, quod Procuratorum arbitrio relicto esset, alternatiue, aut acceptare sententiam, aut appellare: Tamen penes eos non sterisset, libera eligendi voluntas, maxime id, quod Dominos improbasse, ex interiecta, intra decendum, appellatione, satis superq; constat. Quamobrem procuratores, renunciando appellationi, potius fines mādati transgressi sunt, quam, quod iussa fideliter peregerint. Hinc factum illorum est irritum, & nemini præiudiciale, ac per consequens, renunciatio pro nulla habenda. Idq; eo magis, cum de contraria mente ex dict. appellatione constet, nu. 12. Concludit Referens, prætentam renunciationem deuolutioni Appellationis, quoad principales, non ob stare.

Interuenienti obiicitur, Appellationem non esse deuolutam, propter interesse nullum, & desertam, propter defectum formalium. Et quamuis in formalibus nullum defectum videat: Tamen cum interesse sit nullum, aut sane admodum exiguum, nec ordinationi Camerae conueniens, quoad ipsum, appellationem non deuolutam, nisi ex communi Appellationis beneficio admittatur, concludit. Atq; hinc etiam articulos Replicatorios pro interueniente, reiicit.

An vero grauamina ad probandum admittenda, vel super principali causa, cum de eius meritis satis constet, pronuntiandum sit, subsistit: quia in prima & secunda instantia lis contestata. Quamuis autem omissio eius in prima instantia, vt est iuris positiui, & processum solum respicit, videatur in secunda instantia reparata, vt Gail. obseruat. 75. libro primo. adeo, vt definitiua ferri possit, in hac causa plana, præsertim, vbi de meritis satis constat: Tamen cum eadem litis contestatio † in Camera non sit iterata, ex præscripto ordinationis, & stylo Camerae, conclusio potius rescindenda, & partibus litis contestatio potius iniugenda videtur, Gail. obs. 76. lib. 1.

Sed non obstantibus his (saluis votis) in causa principali, † secundum qualitatem cōtrouersæ, definitiue pronuntiandum putat, per rationes.

Primo: quia † præsens causa concernit pun- Etum ituris, quo casu non opus est litis contestatione: Innoc. c. cum inter. de consuet. Lanfranc. Clemen. sepe. verb. de plano. de verb. signif. Secundo: † Quia lis est mota inter partes, seu homines rudes ac simplices, in quorum causis processus, absq; libelli oblatione subsistit: Socin. reg. 289. fall. 5. Ergo etiam absq; litis contestatione: cum in iure nostro pro regula tradatur: in omnibus causis, † in quibus non requiritur libellus, litis contestationem omitti posse, Gail. obs. 76. n. 4. Socin. c. quoniam frequenter. n. 27. & n. 77. vt lite non contest.

Tertio: † quemadmodum litis contestationis effectus, in prima instantia factæ, se extendit ad secundam instantiam, vt in illa denuo repeti necesse non sit: sic reparatio omiffæ litis contestationis, † quæ in secunda instantia facta est, intelligitur cum effectū interuenisse, adeo, vt ad instantiam Camerae extendatur: siquidem verba † cum effectu accipienda sunt l. pen. §. docere. ne quis eum, qui in ius.

Quarto, † id que eo magis, cum etiam in prima instantia lis contestata videatur, eo ipso, quod Reus postulationem verbalem Actoris † statim in continenti, respondendo iudicialiter negat. Eiusmodi negationem litis contestationis habere effectum, tradit Bartol. in l. 1. C. de lit. contestat. num. 3. Marant. de lit. contest. num. 4. per l. si dubitatur. §. ita dēnum. defid. iuss.

Quinto: † quia Actores diuisionem hæreditatis auitæ, secundum morem illius Iudicij petunt: Prout secundum morem eiusdem loci, & illis dict. hæreditas in sententia pro rata adiudicata. At in rusticis tribunalibus † plerumque moris est, vt sine litis contestatione procedatur. Ergo eo magis reparata est in secunda instantia.

Sexto: † quoniam Exceptiones 1. Iunij Anno 71. & sic post recessum Imperij Spirensis, Anno 79. versic. Demnach sollen ic. in quo iniunctum est partibus, † vt exceptionibus quibusuis, & defensionalibus articulis, litis contestationem euentualem annectant, productæ sunt: cui cum tamdiu, tot terminis & prorogationibus obtentis, & elapsis non obtemperauerint, absque cunctatione lis pro contestata acceptari, & ad definitiuam procedi posse putat. Concludit, ex rationibus prædictis, grauaminibus reiectis, definitiue pronuntiandum. Nec mouetur, quod ex Gail. supra adduxit, propter omiffam litis contestationem, in Camera conclusiones rescindi, & litis contestationem iniungi. Quamuis enim cōmuniter ita obseruetur: Tamen non admodum rigorose huic solennitatī (quæ alias etiā de iure communi, in instantia appellationis omitti posse, dictum est) inhærendū. Quin habita ratione circumstantiarum, negocij

gocii definiendi, ab ea recedere non liceat: cum
 24 nulla regula tam firma sit, quæ non exceptioni
 sit obnoxia, maxime in hoc summo iudicio, in
 25 quo iudex litiu finiendarum gratia, tam magis
 secundum æquitatem, quam rigorem iuris, iudi-
 care debet. *Gail. obseruat. 42. lib. 1. num. 1. & ex offi-
 cio supplere, quoties ob defectum alicuius sol-
 lennitatis (quæ, vt dicit Abb. cap. in causis. de re iudic.
 iusticiam causæ non alterat) iudicium deficeret.*

26 Quia eiusmodi supplementum, tam non solum
 partium commodum, sed etiam publicum fa-
 uorem, vt videlicet sit litiu finis, cõcernit. *c. fin.
 litibus. de dolo & contumac.*

Procedendo ad causam principalem, intentã-
 tam hæreditatis petitionem, concludit: Quia illa
 non solum competit pro vniuersa, sed pro eius
 parte, & c. *l. si pars hæred. pet.*

Actores sic probant: conuentum sic esse inter
 magistratum & Auum litigantium, de bonis cu-
 iusdam furiosi ipsorum propinquum, vigore cuius
 petunt bona eiusdem diuidi. Hæc conuentio,
 cum sit in confesso, & saltem de eius intellectu
 controuertatur, videbimus primo, an de iure ta-
 lis conuentio consistat. Deinde de eius intelle-
 ctu, & an ius transmittendi ex illa auo delatũ sit.
 Et pro parte negatiua, nepe, quod non consistat,
 facit: Quod hoc non solum hæreditatem viu-
 entis, sed etiam alienam cõcernat, vnde neque vim
 contractus, neque pacti, neque vltimæ volun-
 tatis, neque alterius cuiusque conuentionis robur
 obrinere potest.

27 Indubitati nãque iuris, quod de re. tam siue hæ-
 reditate aliena, & viuentis, neque pacisci, *lege pa-
 ctum quod. l. fin. C. de pact. ibi Dd. neque testari l. here-
 ditas. C. de pact. conuent. filius noster de testament. ne-
 que causa mortis donare l. licet. iuncta gloss. ibi. verb.
 mortis causa. C. de pact. l. stipulatio hoc modo. de verb. ob-
 ligat. Neque tandem hypothecæ nomine, aut per
 quemuis alium contractum obligationem con-
 trahere liceat, d. l. fin. in fin. Atque hæc adeo pro-
 cedunt, vt nec pater quidem ipse, tam de hæredita-
 te filij sui disponere possit, *lex factio. in princ. de vulg.
 & pupill. §. qua ratione. Instit. eod. At si patri non in-
 tegrum sit, de rebus seu iuribus filij sui puberis
 disponere, & ei inuito hæredẽ obtrudere, mul-
 to minus id magistratui licebit, qui non eandem
 in subditũ, quam pater in filiũ habet potestatem.**

Quin imo cum patri soli hæc potestas, filio
 substituendi furioso exemplariter, legibus con-
 cessa sit, omnibus aliis, & sic etiam magistratui
 29 videtur interdicta: cum vnus inclusio, tam sit ex-
 clusio alterius, *iuribus vulga.* Quod præcipue in
 præsentis facti specie attendendum, cum id in
 30 præiudicium tertij, cui ius suũ tam nec priuata, nec
 publica authoritate auferri poterit, vergere vi-
 deatur.

Pro parte autem affirmatiua, quam etiam se-
 quendam putat, militat officium Iudicis, ad
 31 quod spectat, tam prospicere miserabilibus, ma-
 xime iis, qui, vt inquit I C. l. prima, de maior. ob æ-
 tatis infirmũ consiliũ, aut etiam propter defe-

ctum rationis & iudicii. §. qua ratione. *Instit. de
 vulg. & pupill. rebus suis præesse nequeunt.*

His in primis annumerantur furiosi, de quo-
 rum tam non solum alimentis, sed etiam custodia, 32
 ne sibi, vel aliis sint nocumento, Iudex diligen-
 tem curam habere debet, *l. congruit. §. fin. de inoffic.
 præsid.*

Non enim patrimonium, solum furiosi, tam sed 33
 etiam corpus, ac salus eius tuenda est, *lege consilio,
 de curat. fur.* Quanto enim digniores sunt perso-
 næ, quam res, tanto acriori indigent cura & pro-
 uidentia. Vnde etiam Iudex, vel magistratus,
 tam necessarios furiosi, si in eius custodia sint ne- 34
 gligentes, æque ac custodem carceris negligem-
 tem, non tantum punire, dicit. *l. congruit. §. furiosi.
 iuncto §. sequenti, & ibi Odofred. de offic. præsid.* Sed &
 proximos agnatos furioso alimenta detrectan-
 tes, tam hæreditate eius priuare, & alium extrane- 35
 um, qui eum alat, casu, quo intestatus decesse-
 rit, ad eandem admittere potest: *authentic. vt cum
 de appellat. §. si quis de prædictis. & ibi gloss. verb. neglexe-
 rint: aurb. liberi furiosi. iuncta gloss. verb. nuptias de
 Episcop. aud. facit l. 3. de his quibus vt indign.*

Neque hic pro abundanti reputanda adie-
 cta clausula: cũ maioris declarationis gratia adie-
 cta videatur, *l. si. ibi Bald. C. de Donat. l. testamentum.
 C. de Testam. l. non solent. de Reg. iur. & superfluum
 non dicatur, tam quod addit maiorem declaratio- 36
 nem, ac dilucidius animi sensum exponit glossa
 cap. primo, verb. in filio. notatur in l. fin. C. de pact. ibi Bo-
 logn.* Idcirco hanc fuisse mætẽ contrahentis, vt
 scilicet conditio in commodum hæredum re-
 trotrahatur, quod hæredum repetitio toties re-
 petita testatum facit.

Deinde nõ solum in contractibus principiõ,
 sed etiam in receptione furiosi, bonorumque
 ipsius & tandem in obligatione reciproca, con-
 trahens nõ solum se, sed etiam hæredes suos ob-
 ligatos voluerit. Quare enim voluisset hæredes
 grauare, onere alimentorum, custodiæ & cu-
 ræ furiosi, nisi eosdem cõmodo quoque bono-
 rum ipsiusmet furiosi affici voluisset: cum onus
 sentiens, tam commodũ ferat. Quamnam ob cau- 37
 sam, non solum sua, sed etiam post mortem hæ-
 redum, bona in commodum furiosi obligasset,
 nisi & ipsiusmet eo in statu decedentis bona,
 hæredibus suis affecta voluisset. Cum nemo hæ-
 redes suos, tam præsertim naturales & legitimos, 38
 deterioris conditionis velle efficere, quam ipse
 sit, præsumatur. *l. fin. C. de curat. furios.*

Proinde, quid opus fuisset, hæredem obliga-
 re, nisi tam voluntate contrahentium, quam
 ipso iure, implementum conditionis ad hæredes
 transmitti debuisset? Nonne si dicere mus, hunc
 contractum, defuncto Olyvaldo, conditione
 pendente, extinctum, obligatio illa esset vana,
 nulla, & irrita, ac prorsus concideret: Cum ta-
 men in interpretandis dubijs tam eo intenti ef- 39
 se debeamus, vt gesta & acta à partibus, non
 sint frustratoria, sed quantum fieri potest, sub-
 sistant: notatur in c. in ver dilectos, de fid. instrument.

cap. contra eum. & cap. vile. de regul. iur. in 6. l. quor. in fin. de reb. dub. Quid quæro, si in interpretatione sequendum est id, quod verisimile est, ut supra dictum: vero magis consentaneum est, si naturam ipsam in hoc sequamur ducem, quâ contrahentem, eo ipso, quo hæredes onerare, etiam commodare eisdem propensum fuisse: & sic de ipsorum potius dispendio, quâ cōmodo tractare noluisse.

Quod dicere haud possemus, si opinioni Appellatorum accedamus, & cōtractum in defuncto Osvaldo expirasse dicamus, reducendo hanc interpretationem ad æquitatem & benignitatem. Quid æquius, quâ ut hæredes factum promissumque præsent defuncti, & ut pactorum fides seruetur, quid benignius, quam eos declarare eius successores quæ auus & pater ipsorum per multos annos fuit, aluit, & sustinuit, suaque, & hæredum suorum bona pro alimētis eiusdem casu, quo bona sua non sufficerent, obligavit. Quod equidem nulla alia, nisi successione aut transmissionis spe in se recepisse præsumendus est: nemo enim suum iactare dicitur.

Præterea magis magisque cōfirmatur hæc sententia ex eo, quod Iudices primæ instatiæ, & ipse loci Dominus, in quorum iudicio celebratus, reseruatus & reproductus fuit præfens contractus, sic eundem declararint & interpretati sint: atque etiam huius vigore omnibus hæredibus contrahentis, pro rata, bona cōtrouersa adiudicarint: qui licet propter longi tēporis interual- lū, quod ab initio hoc cōtractu præterit à principio huic trāfationi vix interfuerint: Tamen ex circūstantiis tēporis, loci, personarum, & aliis coniecturis, quæ plurimū in hoc suppeditare solent, verisimilem huius rei notitiā habuisse censentur. Atque hinc magis dextre, quam alii, quibus hæc fuerunt incognita, hunc cōtractum declarasse videntur. Quare nō facile, nec ex graui ratione ab illorū intellectu recedendū, quia forsitan & propter hanc causam hæredes ex hoc contractu voluerunt effici, ne forte, prout est humanæ fortis fragilitas, principali decedente, ipsi magistratus hac cura & sollicitudine iterum constitarentur: Sed ut præfatus furiosus perpetuo quosdam haberet obstrictos, quorum beneficio ipsi, dum viueret, prospiceretur, & magistratus in posterum hoc onere subleuaretur.

Nec obstat, quod in principio eiusdem dispositionis contrahenti in compensationem vsusfructus bonorum furiosi cōstituatur: Et si quid ultra impensum fuerit, iudicis moderamini reseruetur. Nam ea satis explicantur per sequentia, qui hæreditaria eiusdem proximo agnato cui alias lege ciuili deferebantur, sub hoc pacto seu cōditione, si furiosus in furore decedat, & ipse interim eū alat, custodiat & curet, cōferre poterit.

Secundo: Contractum hunc de bonis furiosi si consistere; quod cesset ꝛ ratio prohibitionis, qua cessante, cessat prohibitio lege, quod dictum. de pact. Sed hic esse sublatum, inde colligitur: nam inter alias, quas leges, earūque interpretes, hu-

ius prohibitionis adducunt causas, & hæc referatur: votum nimirum captandæ alterius mortis: quam ratione substantialiorem & principaliorē, vnde reliquæ, tanquam rami ex arbore descendant, nominat Bologn. l. fin. c. de pact. numer. 23. Quod hic subesse non suspicandum, cum magistratus auctoritate hæc pacta inita sint, cuius præsentia ꝛ omnem finistram suspicionem excludit, l. fin. quod met. caus. Bartol. l. fr. à fratre. n. 41. de condit. ob caus. De magistratu enim nō est presumendum, ꝛ quod animam inhiandi alienis bonis præbere, vel fenestram insidias struendi vitæ alterius contra legem naturæ aperire, sed potius easdem præcauere, & præscindere maluerit: cum ipse solus ꝛ scelerum vindex constitutus sit: Imo potius contrarium certo statuendum: Nemp̄ si Iudex veritus fuisset, Osvaldū captaturū mortem furiosi, procul dubio hunc contractum cum eo non iniuisset, multo minus eius curam & educationem sub pacto & spe succedendi, eidem commisisset. Quia magistratui in primis incumbit, ꝛ ut sine maligna suspitione pupilli, quibus furiosi ꝛ in hoc æquiparantur, Gloss. in l. 2. C. de curat. fur. tot. tit. de curat. furios. alantur & educantur. l. 1. vbi pupill. educ. Atque in hoc imprimis personæ, temporis, conditionis & coniunctionis ratio habēda est, ne committatur ei, in quem ex spe successionis, vlla insidiarum, mortis, suspicio cadere posset, lege 2. Codice. vbi pupill. educ. leg. vidua. Cod. de nupt.

Tertio: ꝛ pactum de succedendo & propter hanc causam à legibus nō approbatum: quia impedit liberam testandi facultatem l. pactum. Codic. de pact. l. si quando §. primo. de inoffic. testamen. & propterea turpe dicitur, quia facit non esse liberi arbitrij, quod esse debeat: Gloss. l. auferre. de pact. gloss. lege 1. de SS. Eccles. cum tamen nec directe, nec per indirectum libertas supremi iudicij extingui possit, l. cum duobus. §. idem respondit pro socio. Panor. consil. 41. libr. 2. Hanc rationem hic deficere, verba dict. conuentionis testantur, quæ in eum saltem finem & sub ea tantum conditione concepta sunt, si furiosus in furore decesserit, Quo casu alias testamenti condendi ius, propter rationis defectum non habet, §. præterea. quib. non est permis. sac. testament. Bart. in l. 1. Codice de SS. Eccles. Subsistit itaq; & propter hanc causam contractus, de sustentando furioso sub cōditione de succedendo initus.

Nec obstat, quod illud, quod non potest fieri pure, non potest fieri sub conditione. l. Seius & Augerius. ad l. Falcid. Castr. in l. Seruo alieno. §. fin. de legat. 1. notatur. in l. fin. c. de pact. Quia hoc non procedit, quando per appositionem conditionis, ꝛ tollitur ratio prohibitionis: Tunc enim, ꝛ pure non procedit, sub cōditione recte fieri potest: Bart. in l. Diuus §. fin. de fals. Bologn. d. l. fin. n. 62. Quamobrem cum pactum tale iure conceptum, ne impediat libera facultas testandi, nō subsistat, valebit saltē, si hanc minime remoratur, vel impedit, vt in terminis nostris, si sit conceptū sub conditione.

tionem. Quæ conditio tacite referuat ius testandi ei, de cuius bonis pacificatur, si compos mentis redditus fuerit.

Quarto, contractus initus, tacita voluntate furiosi, de cuius bonis actum est, quodammodo confirmari debet, quo sane casu, accedente nimirum consensu eius, de cuius bonis, vel hæreditate agitur, eiusmodi conventiones, tam anterioribus, quam nouissimis Codicis constitutionibus licitas esse, Imperator fanciuit, in dicta l. 48 fin. Cod. de pact. Tamen si furiosus, ¶ quia ratione destitutus est, non solum pro absente, l. sed si vnus. §. filiusfam. de iniur. l. 2. §. furiosus. vbi Bartol. de iure Codic. Et igno. ante leg. filiusfamilias. ibi Bartol. ad fin. de test. sed etiam pro mortuo habeatur, Bald. in l. humanitatis in 5. colum. Codic. de impub. & aliis substituit.

49 Tamen idem etiam pro consentiente ¶ in ll. reputatur, maxime in causis, fauorem ipsius cõconteribus: qualis in præsentia videtur esse alimentorum, & custodia constitutio. Quo in casu iustam contradicendi causam non videtur habere, vnde consensu: præsumitur, notatur in leg. 2. §. voluntate. per Castrens. sibi numero 7. & las. numero 10. solut. matrim. Imo decretum ¶ aut autoritas iudicis supplet defectum, Bald. in leg. si furiosus, de nupt. Alex. d. §. voluntate.

Concludit Referens, Magistratū optime potuisse de alimentando furioso, sub spe successionis, contrahere: Imprimis cum illo ipso, qui eidem defuncto alias, cognationis iure esset successurus: Et hic nullum subit tertij præiudicium: Quamuis etiam cum dispendio tertij proximioris cognati, detrectatis curam furiosi, hoc de iure fieri possit, ex supra traditis constet.

Nunc de intellectu conventionis disquirendum: Videmus enim eandem in diuersas & contrarias hinc inde à litigantibus trahi sententias: Tria præmittit. Primo: presentem cõventionem sapere potius naturam contractus quam vltimæ voluntatis: Quandoquidem vltima voluntas ¶ saltem in vnus testatoris, contractus vero duarum personarū voluntate & autoritate constitit, prout notant Dd. in §. ex conditionali. de verb. obligat. post glos. ibid. in contractum autem ¶ deduci posse rem incertam, atque spem, ex futuro pendente, textus sumi in lege. nec emptio de contrah. empt. l. quod si in venditione. de hered. vel act. vend.

53 Secundo: In omni dispositione dubia, ¶ recurrendum est ad iudicem, qui secundum suum arbitrium, dubium contractum interpretari debet, Bald. in l. voluntatis. numero. 1. Cod. de fideicom. Et

54 semper illam, ¶ quæ æquitatem sapit, amplecti. l. in his. de cond. & demonstr. Bald. l. cum allegas. in fin. C. de vsur. & maiorem benignitatem continet. l. fin.

55 qui bon. ced. poss. Quæque iuri cõmuni conuenit, l. si stipulatus de vsur. Menoch. de arbitr. iud. quest. libro 1.

56 q. 7. numer. 18. 19. Verisimilis ¶ est, Grauet. cõsilio 135.

57 num 33. Et infior, ¶ ex multis scripturæ sensibus, Grauet. cõsili. 70. numero 14. atque eam denique

58 ¶ qua vtrique parti cõsultum atque satisfactum, l. adoptiuus. §. 1. de ritu nupt. Bald. in l. bonorum, qua. C.

qui admitti ad. &c. Et tandem ¶ minime præiudicialis sit. l. 1. de suspect. tut. Menoch. de arb. iud. quest. q. 2. casu 199. n. 16. per tot.

Tertio: de iure ciuili definita est regulā certa & immota: quam etiam interpretes vno ore communiter sequuntur: quod videlicet in contractibus, ¶ condiciones casuales, seu euentū futurum respicientes, actiue & passiuæ ad hæredes transeant, §. si quis. Institut. de iuril. §. ex conditionali. Institut. de verb. obligat. l. decem si petiero. vbi Dd. & l. si quis de verb. obligat. l. veteris iuris. Codic. de contrah. & commit. stipulation.

His sic præmissis, per cõtractum præsentem, sub conditione, si furiosus in furore decesserit, conceptum, ius transmittendi ad hæredes per auum fuisse delatum, & per consequens, implementum conditionis, eo defuncto, ad hæredes deuolutum, per iura proxime supra dicta, statuit. Quia talis conditio per hæredem non impletur, sed casu, & fortuna. Ideoque quodocunque casus & fortuna euenerit, ¶ hoc sufficit, ad consequendū id, quod sibi ex contractu conditionali debebatur: Gail. obs. 2. n. 2. li. 2. Quod adeo verū est, vt procedat, et si in contractu hæredum facta non est mētio, l. veteris, C. de contrah. & commit. stipul. l. viā veritatis. C. locat. Quia intentio cõtrahentis, ¶ propter affectionē naturæ hominum erga suos inditam, in dubio præsumitur esse talis, vt non solum sibi, sed etiam hæredibus suis prospicere: lege iuris gentium. §. pactorum. lege tale pactum. de pact. l. si pactum. de probat. Et contrahendo ius aliquod, quamuis conditionale, acquirere velit. l. nec emptio. Codic. de contrah. empt. l. si iactū. de actionibus empti. Wesembec. in dict. §. ex conditionali Institut. de verbor. oblig.

Quapropter hic potissima ¶ hæredū habenda erit ratio, cum non ex præsumptionibus & iudiciis de mente contrahentis diuinandum, sed expressis verbis eius voluntas satis superq; declarata sit, quod videlicet de hæredū commodo prouidere voluerit: dum semel atq; iterum, quo magis hanc suam affectionē exponat, hæredum mentionem faciat.

Quamuis autē glossa in leg. eum qui ita. §. 1. verb. superuacanea. ibi Caslr. numero 1. de verb. oblig. Quod in instrumēto contractus, clausula hæredum, sit superflua: Tamen hoc, contractui adiectum, sane interpretandi modus omnino frequens est. l. qui filiabus. & l. si seruus. §. fin. de legat. 1. Sicut enim in sequentibus, cõtrahenti, & eius hæredi, cauetur, in casu, quo furiosus in furore decedat: ita in præcedētib; prospicitur de illo casu, si furiosus compos mētis effectus sit, ne cõtrahens, vel eius hæredes, ppter fructus, ex bonis ipsius perceptos, ad rationem reddendam, & restitutionem conueniantur. Quare nec hæc clausula hæredibus erit præiudicialis.

Inde, (saluis minorum votis) concludit in prima instantia bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis: Quia propter dubium sensum pacti, videtur iusta causa litigandi.

Votum aliud, in eadem causa

D. Bq. Correferens: Quoad legitimaciones, desiderat ex parte Appellati, quod ipse, nomine vxoris se non legitimauit. In puncto deuolutionis, secundum submissionē nostram: dubitatur. Primo, An renunciatum sit appellationi, per quem. Secundo si non renunciatum, An debite appellatum sit? & an, per habentem mandatum? Tertio: Si absque mandato appellatum, An debito tempore facta sit ratificatio? Quarto, an interfit ipsius Nippenburg, quod in secunda instantia contra eius ordinat. pronunciatum.

Quantum ad primum caput, constat quidem ex actis, fol. 12. quod vtrinque appellationi renunciatum: Et quoad Actores, hoc factum per Procuratores illorum N. N. de quibus in primo mandato, fol. 3. Qui tamē fines mandati in eo excessisse dicuntur. Quia in d. generali mādato beneficium appellādi expresse reseruatum est. Nec etiam per principales eorum d. renunciatio ratificatur, vt constat ex ipsa appellatione: Secus, si ratam illam habuissent: quia tunc per interuenientem † consensum, actus conualidari potuisset: *Natta consil. 262. num. 9. 10. 11. tom. 2.*

Deinde quoad secundum dubium, constat ex iisdem actis, eo ipso die quo causa in secunda instantia capta, lxxam quoque sententiam, hoc est 6. Martij An. 71. fol. 29. Et pro iustificatione appellationis, reperitur ibi missua Nippenburgs pro suo interesse, de dato Stuttgart 19. Martij, Anni eiusdē (quæ iudici à quo præsentatur eodem die, hora tertia vespere. fol. 31.) qua appellatur à die scientiæ, vt dicit ad Cameram: licet decimus dies ille fuerit. Quantum vero ad principales attinet, liquet ex instrumēto appellationis, quod 16. Martij D. Wrenshin hic pro illis, ac simul etiam pro Nippenburg, vigore mandati, corā Notario & testibus in scriptis appellavit. Quam appellationem d. principales etiam ratā habuerunt, vt constat ex eorū Epistola de dato 18. Martij m. 1. Et sic intra decēdium. Vnde etiam tertium dubium resolutum est.

De quarto, multa verba fiant: In eo autē solum versatur, quod putat, sibi ac sigillo suo iniuriā fieri, atque ignominiosum fore: Imo & multorum interesse, si eiusmodi contractus siue ordinationes Dominorum irritentur. Quod non magnificandum putat, quatenus Nippenburg cōcernit, cum interim, quoad alios, fieri debeat, quod iuris est: vt sic maxime attēdamus, de quorum præiudicio hic agatur.

Concluditur, exceptionibus nō obstantibus, causam deuolutam, nec locū esse vltiori probationi in hoc puncto.

Quoad causam principalē, de meritis similiter constat, vt frustra libellus ad probandum admitteretur. An autē litis contestatione nondum facta definitiue pronūciandum sit, dubitatur: Et videtur quidem sufficere, quod in secunda instantia cōtestata sit *Mynsing. obs. 1. cent. 1. præsertim, quia de meritis causa laus liquet: idem obs. 27. cent.*

1. & obseru. 62. cent. 4. Facit Gail. obseru. 76. numero 5. lib. 1. Sed aliud est de stylo & ordinatione, † part. 65 3. tit. 32. 4. §. vbi in genere, & distincte litis contestatio iniungitur. Deinde, licet causa summaria, † talem solennitatē de iure non requirant, Clem. 66 *sape. de verb. sign. Marant. part. 4. dist. 9. numero 1. Hoc tamen procedit, quando constitutione aut statuto ita disponitur, aut causa committitur, expedienda simpliciter, & de plano: Socin. in c. quoniam frequenter. numero 26. vt lit. non contest. Bartol. in lege 4. §. hoc autem. num. 11. de damno infect. vbi dicit, in omni causa, † in qua speratur certa sequi lententia, necessariam esse litis contestationē: licet ipsa causa debeat expediri summarie.*

Præterea aliud in Camera obseruatur, teste Gail. obs. 21. numer. 9. de pignorat. facit Recess. Imperij de Anno 70. vbi solum punctus attentatorum, † & 68 inhibitionis excipitur. Ne igitur præiudicium hoc in consequentiam trahatur, tutius erit, ante omnia litis contestationem iniungere, quod fieri poterit, ad proximam. Qua facta, causam ex officio pro conclusa acceptaret, & definitiue pronūciaret.

Ad merita. Actum petitione hæreditatis, quæ fundatur in actis, non solum super iure cognatis, respectu Martin Eht. mente capti, de cuius bonis agitur: Sed potissimum etiam super d. ordinatione, siue prouisione magistratus, de qua ibidem. Cuius vigore successionem sibi competere contēdunt Actores, & vtrinque est in confesso, non quidem ex persona d. Eht. sed cui potius sui, Anno 45. defuncti vt in actis fol. 73. 76. 97. Quasi dicta. Osvvaldus, ex pacto & conditione ibi adiecta dictorum bonorum proprietarius factus sit, vt fol. 70. & 77. Ac tamē illa conditio, Osvvaldo viuente, non euenerit, ex quo ipse, ante Eht. neccessit: Tamē quia contractus siue pactū illud non solum pro se, sed etiam pro suis hæredibus interpositū, parū referre videtur, siue ipse, siue hæredes eius proprietarij facti dicantur. Constat enim, quod in personis hæredum cōditio impleta fuerit, & mēte captus etiam ab illis sustentationem habuerit. Atq; eo magis valida videtur dicta prouisio, quod in successione furiosi, aut dementis mortui, etiam proprius filius & facilius parens, vxor, maritus, & quicumque alius cuiuscūque capitis legitimus successor, per illum, licet extraneum, ac penitus incognitum, qui talem furiosum aut dementē in vita sua rexit, curauit, & aluit in negligentia prædictorum (qualis de Actotibus nostris dici nequit) ei in iure sanguinis, vel alias succedere debentium, excluditur, vt in auth. liberi. Codic. de Episcop. audient. Quæ iuri diuino conueniunt. l. Luc. 10. Guilielm. Bened. in cap. Raynutius. verb. & vxorem nomine Adel. decis. 5. numero. 259. Chassan. in consuetud. Burg. rubr. 7. §. 4. Furiosus enim † custodiendus, à veniētibus ab intestato, l. diuus. de offic. præsid. alias ei non succedunt: §. si quis. aurb. vt cum de appell. cog. Cardin. Clem. 1. de homicid. Hinc pactum tale non contra bonos mores, sed propter utilitatem

litatem furiosi, pro valido reputandum videtur.

Præterea in dubio, vel quando de contrario non constat, de omnibus hæredibus, eadem est præsumptio, quod nullus eorum, quoad curam infani, in culpa negligentia fuerit, ac magis verisimile est, vt statim incipiente dementia, magistratus ipse, ex officio, cum d. Osvaldo & eius coniuge, vt proximioribus, tunc temporis coneraxerit. Quare eo iustior videtur sententia primæ instantiæ, vbi omnes ex æquo admissi sunt.

An elisa.

Verum in cõtrarium mouetur Correferens, hoc principali Rei fundamento: actionem nimirum fundatam, non super d. prouisione, vel bonis d. Osvaldi, sed super consanguinitate & bonis d. infani, vt constat ex libello & petitione Actorum. Iuris autem, vt quia tempore mortis Elythini, vxor Rei, gradu proximior (sicut est in confesso, in actis secundæ instantiæ, post litis contestationem, fol. 73. quod & Reus accepit, fol. 18.) Hoc est, neque fratres, neque filios fratrum infanus reliquerit, omnes ex trãuerso cognati ordine vocentur ad hæreditatem, vt qui gradu proximiores, præferantur *auth. post fratres. C. de legit. hered. §. si vero neg. auth. de hered. ab intest. venient.* Quod (si alia nõ oblitent) firma est obiectio prop. er mediũ concludendi in libello, ¶ cum ex illo qualitas actionis intetata demonstratur: *Barol. l. certi conditio. in princip. n. 2. si cert. pet. Idem in leg. si prius. numero 31. de operis novi nunc. Dec. consilio 136 in princip. num. 1. & cons. 28. numero 3.*

Deinde posito simul etiã ex d. ordinatione actum: Tamen adhuc in dubium reuocatur, num illa de iure subsistere, & actores releuare possit, vel non.

Nam pro parte negatiua, multę sunt rationes:

71 Primo: ¶ quia durante dementia, & eo viuente, bona eius fuerunt in suspenso: neque extitit, vel existeret potuit conditio, nisi post mortem: Sicut & in ipsa ordinat. cautum est. Ergo Osvaldo contrahente præ defuncto, quo ad eius personam, nunquam ad impleta est cõditio: ita vt tanquam bonorũ proprietarius, ad hæredes suos, vel minimum transmittere potuerit, per regulam vulgatam, nemo plus iuris in alium, &c. Vnde Actores male in eo se fundant, sicut alias clari iuris est quod cessante furore ¶ (cuius euentus, vsq; ad mortem, incertus est) administrationem rerum suarum ipso iure recuperet furiosus, sicut & prodigus, vbi sanos mores receperit *l. i. ibi tam ff. de curat. furios. Gail. obs. 85. lib. 2.*

72 Secundo: ¶ d. ordinatio de succedendo, non potest dici cum proximioribus inita (licet aliud sit, respectu curationis, & alimentorum) ex quo proximitas hic solum à tempore mortis furiosi spectanda & non tempore d. pacti *l. 2. §. legitima. & §. proximum de suis & legit.* Ergo iniuste videtur exclusus ille, qui postea morienti fuit proximior.

73 Tertio: ¶ Appellati vxor, quæ tempore mortis proximior, & sic de iure legitima ab intestato successor est. *d. §. legitima.* non probatur in cura

dementis vnquã fuisse negligens, nisi quod maritus eius, verbotenus tatum, vt fieri solet, aliquo modo inculpatur, vt in actis fol. 75. Adeo, quod hæreditatis eius incapax vel indigna dici nõ possit. Excusatur enim (si vel initiũ furoris spectemus) quod pater Osvaldus ei gradu præcessit, cui magistratus, matura prouisione curam mandauit, vt supra dixit. Cessante itaque necessitate, ¶ & sic causa, cessat effectus, hoc est, priuatio successiois: Ex quo illa solum fundatur super negligentia, culpa & impietate, qua nimirũ debito auxilio, cura & obsequio, furiosus à suis proximis, & venientibus ab intestato destituitur, *d. auth. liberi. & dict. §. si quis de predictis. & arg. l. indignum. de his quibus, vt indig.* Sicut etiam nusquam in Actis apparet, contra Reum, siue vxorem eius, vt indignã ista hæreditate, vnico verbo actum est. Quin potius illam ad æqualem portionem cum Actoribus admittendam, in confesso est. Nimis ergo mature, ac nulla adhuc legitima causa existente, per magistratum loci, & dict. Osvaldum patrem, de successione tractatum fuit: idque in præiudicium successu temporis proximiorum: sicque nulliter: Imo forte etiam minori ipsius furiosi commodo, si alij deinceps æque, vel magis idonei & parati, inuenti fuerint: qui ob id neq; à cura, neq; succedendi ordine & iure, excludendi erant: præsertim obtento, quod etiam electa industria personæ, ea non semper, vel tam diu viuere possit, vt in præsentis casu accidit.

Quarto: ¶ licet quando esset altercatio inter coniunctos, quisnam illorum debeat alere minorem (cui etiam pupillo in plerisque æquiparatur furiosus. *§. quaratione. Instit. de pupill. substit. §. pupillus. ibid. de inutil. stipul.*) & tenere in domo, tunc debet ¶ Iudex bonus arbitrari vtilitatẽ pupilli, *Caualean. in tract. de tutor. & Curat. n. 300.* Tamen si neque mater, nec auia, vel auus extat (qui præferendi, licet ab intestato successuri) debet iste pupillus ¶ educari penes patruos agnatos, nõ habentes filios (quod hoc casu secus factũ est, cum dict. Osvald. quinque liberos habuerit) si autẽ haberent filios, & ab intestato d. pupillo essent successuri: Tunc penes auunculos, ¶ nõ successuros, propter votum captandæ mortis, *Caualean. d. loco num. 301.* Ex quibus, & aliis infinitis iuribus conuincitur, quod eiusmodi casibus, vbi solum habenda est ratio administrationis alimẽtorum, & curæ, de nulla ob id fideiussione pacificãda, vt sic cesset dict. ratio: Imo nec cura quidẽ suspecto demãdanda sit, quo pertinet etiam *d. l. 1. de curat. furios.* alias perquam facile euenire posset, quod multi hoc in exemplum traherent, & nullus esset eiusmodi pactorum (sæpe etiam maximo cum pupillorum, minorum, furiosorum, & similibus, tum & hæredum quoque eorum, et venientium ab intestato, dispendio) vel modus, vel finis, in quo etiam magistratus ipse, in ordinandis semel pro semper tutoribus vel curatoribus, abuti sua potestate posset.

Quin-

- 80 Quinto, ¶ sunt certi modi succedendi, vel iure sanguinis, vel lege duodecim tabul. vel iure solennis voluntatis. quorum nullus est in tali factō de succedendo: quod non valet, cum sit contra mores bonos, *Dec. consilio 613. numero 2.* Et hic omnes allegant votum captandæ mortis, de quo & *Caualean. dict. loco. n. 32.* Vnde cautum est, quod
- 81 pacto ¶ hæreditas dari non possit. *l. hereditas. de pact. leg. fin. de suis & legit. l. si quando. §. illud. Codice. de inoffic. testam. l. licet. l. fin. C. de pact. Cephal. consilio 44. numero 11 libro primo.* Adeoque etiam substitutiones ¶ odiosæ habentur, quia similem occasionem præbent captandæ mortis: *Sebast. Medices. tractū. Mors omnia soluit. part. 1. numero 161.* Quo fit,
- 82 vt promissio, ¶ facta genero fatuo per focerum, si eius filiam accipiat in vxorem, de faciendo eum hæredem, non valet. *Caualean. an d. loco numero 303. Franc. Viuius, in commun. opin. verb. pactum.* Et pauci sunt casus, quia regula illa, quod hæreditas non nisi testamento dari possit, excipiuntur, quorum duo apud *Zaf. l. stipulatio hoc modo. numero 51. de verb. oblig.* Primus, ¶ si de successione disponitur per occasionem dispariter, non principaliter, vt si statuto cauetur, quod filia sint exclusæ, non extantibus masculis. Quo casu admittitur,
- 83 vel excluditur masculus. Secundo, ¶ de patre inter liberos, qui quomodocunq; faciat testamentū vel diuidat, per eas ordinationes acquiruntur successiones liberis. Adde tertium in mutuo, & vicissitudinario pacto. ¶ vt si alter sine liberis mortuus fuerit, id superstitem bona perueniāt: quod valet cum sit obligatio conditionalis, & eueniente conditione, ad tempus conuentionis retractorabit, & in speciem donationis inter viuos cadit: *Boer. decis. 355. per tot. part. 2. Gail. obseru. 126. lib. 2. Wesemb. consilio 51. part. 2. numero 45. dicit, talia*
- 84 pacto ¶ vt valcā, natura sua reciproca esse oportet, *per iura vt ibi.*
- 85 Sexto: ¶ principaliter hæreditas per d. magistratum Reo, siue vxori eius, adimi non potuit, per *l. iura sanguinis. de reg. iur. l. ius autem agnationis de pact. Ferrar. in form. libell. in causa societatis. verb. societatem. numero 7. Alexand. consilio 20. lib. 3.* Etiam si proximiores ante ipsam negligentes in cura fuissent. Cum illa, *vt supra ostensum, nullius negligentia conuicta sit l. 2. §. si mulier alias §. videndum. ad Tertul. vbi mater ex delicto. quia non fecit tutorem filiis, exclusa, non intelligitur exclusus filius ex ea, & sequens in gradu admittitur, Bald. in leg. maximum virium. colum. 2. Codice. de liber. praxer.*
- 86 Qua vt inquit, videtur odium ¶ esse personale, de quo etiam *Natta consilio 581. n. 25. 31. 32.*
- 87 Septimo: ¶ Si extranei ex d. ordinatione egissent non aliter ad successionem admitterentur, quam si eis, qui ab intestato ad furiosi hæreditatem vocantur, denunciationem in scriptis fecissent, vt eū procurare festinent, & iis nihilominus in cura negligentibus, ipsi in suam domum furiosum susceptum, sumptibus propriis, vsque ad finem vitæ, procurasse monstrarent. *dict. §. si quis de predictis.* Vade patet, quod non quiuis, vel ita simpliciter ad eiusmodi successiones admittatur, neque ab intestato venientes tam subito excludantur, nisi certis interuenientibus solennitatibus & requisitis. Quod cum in proposito non liqueat, nec probetur, imo nec allegetur quidem, quin potius contrarium, quoad sumptus, hic factum reperitur. Ideo minus per magistratum festinandum fuit, ad dictam ordinationem siue pactum de succedendo: licet secus, quoad curationem, vt *dict. l. 1. de curat. furios.*
- 88 Octauo: ¶ quia d. Osvaldus pactus est de futura successione viuientis: Licet postea ea hæreditas sibi delata fuisset, ei tamen vt indigno, adimeretur, *l. 2. §. fin. de his, quib. vt indign. l. quidam in iure §. fin. de donat. Valsq. lib. 2. de success. resolut. §. 28. nu. vigesimo secundo, nisi in hoc autoritas & interuentus magistratus excusasset.*
- 89 Nonno: ¶ non obstat, quod idem Osvaldus, & post eum filius Mauritius, per aliquot Annos aluerint d. E. eiusque curam administrarint. Quia illud de solo vsu fructu bonorum d. furiosi, non de propriis factum est, prout etiam ad hoc bona sufficientia dicuntur, referendo ad confessionem Actorum. *fol. 74.* Et sic absque damno illorum, prout idem Reo ab Actoribus obiicitur: adeo quod etiam quilibet extraneus hoc fecisse dicatur. Multo minus asseritur, quod Actores, vel dict. Osvaldus & Mauritius, propter oppignorationem, de qua predicto contractu nullum in bonis suis propriis detrimentum accepit.
- 90 Accedit, ¶ quod ipsemet Reus per 15. vel 16. 91 Annos, idem, quoad curā, præstitit. Imo multæ adhuc molestiæ, si diutius superuixisset insanus, ei forte perferendæ fuissent. Item, ¶ recte 92 etiam retorqueri posset dict. oppignoratio, per omnia alia pacta, quæ in damnum administrantis vergere potuissent contra Actores ipsosmet, vt qui dicunt Reum eadem conditione & qualitate ad d. administrationem & curam admissum: sicque priora pacta de nouo iterum consummata & reiterata esse.
- 93 Decimo, ¶ non obstat *d. l. fin. C. de pact.* vbi pactum valet, si viuus consentiens, in eodem consensu perseverauit, vsque ad mortem: quia hic sumus in alio casu: Primo: ¶ quod Eht. non potest 94 dici consensisse, tanquam mente captus, neque villo textu iuris probari potest, quod Magistrati hoc licitum fuerit, pro illo. Secundo: ¶ is, de cuius 95 ius hæreditate agitur, non potest ipse sic pacisci. *d. l. hereditas C. de pact.* Minus ergo magistratus pro illo: Secus in *d. l. fin.* vbi tertiæ personæ de alterius viuientis hæreditate inuicem paciscuntur. Tertio: ¶ illi tantum pacisci possunt, quibus alienæ 96 hæreditatis spes est, & quidem de ea certo modo diuidenda & disponenda: *d. l. fin.* quod hic secus est. Quarto: ¶ non videt fauorē vel commo- 97 dum aliquod furiosum in eo versari, nisi quatenus de alimentis & curatione actum est. *Ei supra dictum, quod etiā quilibet extraneus, de vsu fructu bonorum eiusdem idem fecisset.* Quinto: ¶ regula: 100 Quod

101 Quod pactiones eiusmodi non valeant, &c. extēditur ꝛ etiam ad parentes. Licet enim cesset in illis vna ratio, scilicet, quod non infidietur vitæ liberorum: Tamen adhuc militat ratio generalis, in dict. l. fin. l. as. num. 5. Roman. num. 11. V. as. qu. cent. lib. 3. de success. Schurff. consilio 20. cent. 1. Quod idem, si liberi

102 ri ꝛ inter se fecerunt pactum, de hæreditate patris viuentis, idem libro secundo, de success. progress. §. decimo octavo, num. 65.

103 Vndecimo, ꝛ non obstat, quod in conuentione Osvaldus, sua etiam bona hypothecauit, & in euentum alimenta promisit: Quia non ideo magis confirmatur contractus, quoad successionem, licet ratione curæ & administrationis, magis sic fuerit in lano, suisq; bonis prouisum & cautum, ne videlicet minus debite tractaretur, vel bona alienarentur, vel dilapidarentur, vel etiam deteriora redderentur. Ac verisimile est, hoc eo facilius ab Osvaldo factum, quod furiosum citius morituum & hoc pactum sibi omnino lucrosum fore sperauit.

104 Vltimo, ꝛ non obstat l. i. vt action. ab hered. & contra hered. quasi Osvaldo defuncto, ante impletam conditionem, hæredes in idem ius successerint. Quia cum pactum de succedendo fuerit inuile, ac nullum, Ferrar. d. loco. nulla hæredibus datur actio: sicut nec ipsi quidem paciscenti, d. leg. hæreditas. Nec potest villo pacto reseruari hæreditarium ei, cui prius non competierat, Iason consilio 1. numer. 100. lib. 2. Quare consideratis hic omnibus, & quod nusquam reperitur, eiusmodi pacta esse concessa, vel fundata, non videt, quomodo stricte iure vxor appellati, à successionis prælatione, hac gradus prærogatiua, vllatenus excludenda, vel appellantes simul cum ea admittendi sint.

Concludit in secunda instantia bene iudicatum, male appellatum: nisi ex æquitate quadam, secundum plures hic circumstantias, & rationes concurrentes, quibus in contrarium argumenta, aliquo forte modo dilui possent, Magistratui (vt cui hæc omnia nota & perspecta fuerunt, quique furioso optime prouisum voluit) pro illo sic pacisci licitum fuisse, ac partes, tanquam ex dicto pacto hæredes, recte omnes concurrere statuamus. Vbi tamen mihi non constat, an defuncto Osvaldo, & vxore eius Magdalena, omnes quinque liberi illorum adhuc supetites fuerint, necne: Ita vt æqualis fieri debeat diuisio.

Et pro illa sententia facit primo. Quod Eyster-

106 tin ꝛ nunquam ad sanam mentem rediit, & sic testari non potuit: Institut. quibus non est permiff. fac. testament. §. præterea. leg. furiosum. Codic. qui testament. fac. poss. Et per consequens, cessat ratio Doctorū, cur tale pactum sit inuolidum, scilicet, quod impediatur liberam testandi facultatem. Secundo: quod cōtractum hic ꝛ fuit, quoad successionem, euentualiter saltem, siue conditionaliter, si in furore manserit: quia prouisio talis, mediante magistratu, & loco furiosi, respectu alimentorum, & in recompensam grauioris curæ atque incerti euentus impensarum (etiam de propriis Osval-

di, & coniugis suæ bonis, si furiosi non sufficienter) per stipulationem facta, non videtur proprie pactum futurae successionis: sed potius obligatio, descendens ex contractu, de præsentis, inter viuos celebrato: licet effectum post mortem demum fortiaur, vt in simili de donatione inter viuos. tradit Gail. d. obseruat. 126. numero 6. libr. 2. Et de reciproco pacto, vt supra, & Iason in d. l. fin. numero octauo, ibi, ex præsentis collatione. Alber. de Rosat. l. 2. Codic. de pact. vbi etiam dicit, quandocunque existet conditio, retrahitur, per iura, vt ibi, Bartol. Socin. leg. pecuniam. numero 7. si cert. per. at. vbi dicit: quod quando purificatur conditio, ꝛ perinde est, ac si contractus à principio fuisset purus, per leg. qui balneum. §. potior. qui pot. in pignor. hab. leg. necessario. §. quod si pendente. de peric. & commod. rei vend. Alberic. in d. loco vocat promissionem, ob honestam causam factam: Ita in proposito etiam pia & necessaria causa dici potest. Vnde propter dictam conditionem iterum libera testandi facultas, si ad sanam mentem rediisset, non fuit adempra. Quoad votum autem captandæ mortis, ꝛ ignoratur, an ex d. pacto id inducatur, cum in animo paciscentis versetur, Stephan. Aufreer. ad decis. Tholos. quast. 452. citans ad hoc Bald. in cap. moribus si de feud. fuerit controuerf. Imo propter magistratum, ꝛ qui officium & auctoritatem suam hic interposuit, & quodammodo iussit, omnis sinistra suspicio videtur cessare, Alexand. consilio sexagesimo quarto, numero secundo, in fin. libro quarto. Et proinde hoc pactum non videtur odiosum, ꝛ maxime, quia euenire potuisset, quod parum, vel nihil etiam lucri ex illo paciscentes, vel nunc hæredes, habuissent: Inspicitur enim, ꝛ quod euenire potest, glossa in leg. si idem, §. fin. verb. adiudicari potest. de iur. iudic. om. iud. gloss. in §. illud. in verb. copias. Institution. de rer. diuis. Et in iis incerta Iudicis ratio, dubiisque euentus consideratur, vt per Gail. dict. loco, numero quinto.

Tertio: ꝛ pactum de hæreditate viuentis admittitur, si fiat in consequentiam prioris contractus liciti: licet secus sit, si per se principaliter fiat: quia reprobatum est: Zephal. consilio 406. numero 17. libro 3. & consilio 466. numer. 69. & 70. lib. 4. Sed prior & principalis cōtractus hic iniustus est, ratione curæ & administrationis, & sic licito modo. Ergo, &c. Nam principalis intentio ꝛ consideratur, & non attenditur, quod in consequentiam hoc cedat in utilitatem dict. Osvalden, & hæredum eius, vt puta, propter adiectum pactum de succedendo in residuo. Dec. consilio 31. nume. 4. per l. si quis nec causam. si cert. per. Sicut omnis dispositio ꝛ ampliatu & restringitu, secundum suam causam finalem, & disponentium intentum. Wesembec. conf. 51. part. 2. Imo quando interuenit ꝛ Iudicis auctoritas, tunc præsumitur actus utiliter factus, vt nor. Bald. in cap. sicut. circa fin. vers. item quæro. num. 6. de re iudic. & in c. in princ. vers. quarit Iacob. num. 7. de his, qui feud. dare possunt. per l. 1. C. de pradiis decur. sine de cret. libr. 10.

Quarto, ꝛ necessitatis causa multa, quæ alio-

quin sunt prohibita, admittuntur *l. casus. ibi Bal. C. de testam. l. 1. vers. sane de offic. consul. cap. 1. de pignor. Et necessitas ꝑ illicito actu licitum facere plerunque solet. l. tutor qui repertorium. in princip. de administ. tut. l. qui potuerunt. de manumiss. testam.*

Quinto: hic agnatus proximus, tam ratione curæ, quam successione ab intestato, & non tertius, vel extraneus pactus est, ꝑ qui etiam ad d. curam, præ cæteris remotioribus, tanquam habilis & idoneus merito electus fuerit *l. 1. in fin. l. 2. 4. de curat. furios.* Et quæuis nec in tali videtur cessare votû captandæ mortis, *Riminald. in d. l. fin. n. 3.* Tamen, vt ex supra dictis patet, hic aliud præsumendum est, præfertim propter piam causam & necessitatē, ꝑ quæ facit quoq; cessare præsumptionem doli. *§. si quis hominem. de pace tenend. Afflic. ibi n. 4.*

Sexto: ꝑ valet pactum de succedendo favore piæ causæ, *l. 1. in l. stipulatio hoc modo. numero nono, vbi citat Bald. & Alexand. in dict. lege fin. Et Tiraque. de priuileg. piæ causæ. in 105. priuileg. vbi tamen in contrarium multo plures Zaf. d. l. fin. Ompbal. libr. primo, c. 77. numero 12. tractat. civilis politia.* Noster autem casus, si principalem intentionem consideremus, pro tali pia causa reputari potest: vnde pactum, in consequentiam adiectum, eo magis valere, quis dixerit.

Septimo, in d. pacto non comprehenduntur bona futura, ergo videtur pactû valere: quia tunc vt actus valeat, ꝑ impropriat etiam verbum hereditas. (quod tamen hic non reperitur) & intelligitur, id est, bona, quo verbo etiam solo vsi sunt in nostro facto, *Grauet. cons. 19. n. 7.*

Octauo: sicut recipitur pacta dotalia, aut promissoria referuandæ successione futuræ, veluti in euentum, liberis non extantibus, aut si paciscens moriatur sine liberis, successio referuatur agnatis proximis, si hæc publicam vtilitatem respiciant, & ius agnationis conseruent: quia in tali prouisione siue ordinatione, ꝑ cessant illæ causæ, cur pactum futuræ successione affirmatiuum, non recipiatur, & hereditas pactis stare nequeat:

Ac spectatur ius publicum & agnationis, ꝑ cuius studio omnes commouemur, vt tradit *Ompbal. dicto loco, libro primo, cap. septuagesimo septimo, numero 33.* Et facit, vt magis communiter *Dd. volunt, substitutionem favorabilem esse, ꝑ favore agnationis, vt bona conseruentur in familia, Medicis, in d. tractat. mors omnia soluit. part. 1. numero sexagesimo secundo. quibus adde Boer. decisio 355. numero tertio, vbi dicit, communiter teneri talem donationem:*

societatem ꝑ & fraternitatem reciprocam (scilicet, vt superuiuens, vel eius liberi, haberent omnia bona decedēt sine liberis) valere inter fratres, ratione conseruationis agnationis factam: sed etiam inter alios initam, tam in contractu matrimonii quam alias, si aliquid sibi pro iure testandi retinuit. Ita & eadem ratione præsens quoque contractus seruandus videtur, cum & ius publicum, & autoritas magistratus, in dandis tutoribus versetur, ne furiosi, & huiusmodi miserabiles personæ in damnum etiam Reipublicæ, cu-

ra & administratione Reipublicæ destituantur: Tum agnati quoque bene meriti, ꝑ debita successione & conseruatione agnationis gaudere, fruique possint.

Nono: Exemplaris substitutio ꝑ fieri potest *pu. 128* pillo furioso, in potestate testatoris constituto, vt contra communem, *Vasquius, post alios tenet, dict. l. 2. de success. progress. §. 17. numero 39. cum seq. & numero sexagesimo octauo.* Etiam absque impetratione à Principe, vt idem communem ibi dicit *numero septuagesimo quinto. Dd. in l. humanitatis. Codic. de impub. & alicor. substit.* Quod idem magistratui ꝑ in simili concessum videtur: cum iterum eadem militet ratio, videlicet, humanitas Imperatoris, erga tali morbo laborantes, *Vasq. di. loco, numero vigesimo nono, per d. l. humanitatis. & l. Imperialis. C. de nupt.* vt illis sic prouideatur, qui per mentis defectum testari nequeunt, *Vasq. numero primo & quinto, in d. l. humanitatis, leg. ex facto. in princip. de vulg. & pupill. §. quæ ratione. Instit. eod. titulo.*

Decimo: si furor, siue dementia in d. Est, vel per interualla saltem cessasset, ac de mente sua interrogatus fuisset, proculdubio (sicut & verisimile est) factum hoc magistratus, tanquam in vtilitatem eius, ex iusta necessaria causa gestum, non improbasset, sed libenter annuisset: sufficit enim, si vel postea superueniat consensus, cum sit ambulatorius, & fictione partium retrotrahatur, & vitium purgetur: *Roman. in d. l. fin. n. 89. Dec. dict. cons. 31. n. 4. Grauet. dict. cons. 19. n. 3.* Vnde, rebus sic stantibus, in eadem voluntate permanisse præsumitur, vt sic locus sit *dict. l. fin.*

Vndecimo: ꝑ si hoc de consuetudine etiam sit (de qua tamē non constat) non fortius procedit tale pactum, & valet, *Guiliel. Bened. in dict. cap. Raynutius. verb. duas habens filias n. 97.*

Duodecimo: ꝑ Quia d. *Osvaldus, pro se & hæredibus, ita cum magistratu conuenit, merito etiam hæredes obligantur, & in factum, vel præscriptis verbis tenentur l. facto successorum. in fin. Codic. de pact. Actiue enim & passiuæ, in omne ius eius successerunt l. qui in ius. leg. in ius. §. cum quis. de reg. iur.*

Tredecimo: Quia bona in pactum ꝑ deducta, statim ex obligatione debeantur, vt supra deductum, merito ad hereditatem *Osvaldi* pertinere dicuntur, vnde diuisio ex d. ordinatione, siue simpliciter, tanquam bona *Osvaldi*, vel etiam tanquam furiosi, iuste petita videtur. Improprandi enim sunt verba, ꝑ cum de meritis conitat, & respectiue intelligendo, num vera sint. Vel possunt etiam, & quidem verius, ad hereditatem liberorū *Osvaldi* (quorum tempore conditio euenit) dici pertinere, cum etiam pro ipsis pactum sit, & non nihil hic rusticitati & simplicitati cōdonandum, quoad *Klag.*

Decimo quarto, ipsemet *Reus* non solum consensit in d. ordinationem, & sub priori pacto bona litigiosa consecutus est, sed etiam reliquis *Osvaldi* hæredibus, quibus ius ex primo contractu acquisitum apparet, minime præiudicare potuit.

cur. l. in insulam. in fin. l. mulier. vbi gl. solut. matr. l. stipulatio de iure dot.

Si igitur maioris voti Dominis ita visum fuerit, vt pondera is supra dictis, ex æquitate & interpretatione, siue in argumētum potius, quam expresso & stricto iure, controuerſiam hęc decidamus: non refragabitur, vt cum Domino Referente pro sententia primæ instantiæ pronuncietur. *Compensatis omnino expensis.*

Aliud, in eadem causa.

Ego, cum Dominis Referentibus, in concernentibus processum, sentio. Et quoad lris contestationem, consilium Correferentis, propter litteram ordinationis tit. 2. §. 4. libr. 3. & stylum receptum approbo.

Circa causæ merita, Appellantes nituntur obtinere, se in defuncti Eherſini bonis, cohæredes pronunciarī, duplici ex causa: vel principaliter ex duobus fundamentis. Primo: quia cum Reo sint veri & legitimi cohæredes, in d. bonis furiosi. Secundo: quod id ius succedendi, ex pacto & conuentione partim, cum Osvaldo, Auo ipsorum, partim inter ipsos Actores & Reum, siue Appellatum inito, acquisierunt.

De primo, Actum est in prima instantia, id quod aperte docet libellus, siue actio, tunc proposita, & insuper lata sententia. Quod vero id fundamentum iure non subsistat, sed contrariam habeat determinationem, per se manifestū, & à Dominis Referentibus deductum est. Cui nec opitulatur consuetudo loci, in sententia quidem allegata, sed nullibi probata, sicut & iuris decisione, etronce nixa est ea sententia.

Secundum fundamentum, pactio videlicet, siue conuentione, de alendo & sustentando demente, donec is viuat, cum Osvaldo, interueniente autoritate & consensu legitimi magistratus, sub conditionibus illis, quas tenor conuentionis exhibet, inita, mea opinione in iure permilla, & quo ad personam ipsius Osvaldi, valida est, & subsistit. Est enim pactum successionis ꝛ referuandæ, quod ius potest is, qui alias successurus est, ei, de cuius hereditate agitur, pacto sibi referuare, nec vicarij tali pacto, quamuis sit super successione, per tex. qui ab omnibus allegatur, in §. fin. *Institur. de legit. agnat. success.* Isto iure defenduntur pacta

135 dotalia, ꝛ quib. disponitur super successione, casu, quo vnus coniugalis fœderis præmoriatur, quis cognatorum succedat: cum tamen in solis testamentis id fieri receptum sit, & non in pactis dotalibus, *leg. hereditas. de pactis. conuent. leg. pactum quod dot. ali. Codic. de collat. leg. pactum. Cod. de pact. l. cum donationis. Cod. de transact.* Sic alienat Vafallus feudum, ꝛ sine consensu Domini, in agnatum alias successurum: quia is contractus concernit ius successionis referuandæ, & est potius refutatio, quam alienatio, inter agnatos, *c. 1. in glossa. verb. concederetur. ibi Bald. & Aluarot. in c. fin. que fuit prim. caus. benef. amit.*

137 Hinc etiam defenduntur cōsuetudines, ꝛ quibus fiunt pacta familiæ, circa dispositiones, quod

certo modo succedatur *Dd. in leg. omnes populi. ff. de iustit. & iure. Schurff. consilio 17. numer. 17. cent. 1.* Cumque furiosus tali casu prodigo & pupillo æquiareretur, authoritas (in specie vide *Zaf. in leg. ex factio. numero 29. in fin. de vulg. & pupill.*) & ratificatio magistratus, fictum consensum adhibens, actui nostro robur addit. Quod enim ꝛ Iudex facit aut decernit, id recte, & iure factum dicitur. *Bald. in l. errore. Codic. de testam.* Inde enim fit licitum, quod alias est illicitum, *l. ait prator. §. pen. ibi glossa. verb. imputandum. de minoribus l. 2. §. Casius. de aq. plu. arcend. Damhoud. de pupil. patroc. fol. 19. n. 60. 63.*

Quod vero d. Osvaldus, dum vixit, & post eius obitum noster Appellatus, dicto Eherſini mortis eius tempore, proximi cognati & hæredes fuerint, ex actis, & confessione patris constat. Ideo infertur, pactū id, in personis ipsorum defendi posse, notat *Vital. de Cambinis in tract. Clausul. rum. verb. renunciatio successionum mibi sol. 254. & Dd. in l. stipulatio hoc modo. de verb. obligat. & in l. fin. C. de pact.* Accedunt & alia rationes, per Dominos Referentes lata, ad hoc propositum adducta.

Cum itaque Appellantes nostri, & primarii Actores, gradu remotiores sint Appellato, & Reo sicque per ipsum appellatum, successionis ius illis præcludatur, & consequenter, eorum respectu, prædictum pactum, quo maxime in grauaminibus Cameræ nituntur Appellantes respiciat ius successionis acquirendæ, & non id, quod iam habent, referuandæ, sicut de prædictis personis dictum (quo fit: vt ea grauamina ad probandum minus sint admittenda) Ideo puto, nec id pactum, cum auo, & patre ipsorum, tanquam proximis hæredibus inito, ad Appellantes, veluti gradu remotiores ipsi furioso, de cuius successione agitur, extendi debere, per rationes & argumenta, à Domino Correferente primo loco adducta. *Quibus addo, quod ꝛ non transmittitur ius ex obligatione, cuius conditio defecit, per textum in l. 1. §. si impubere. ibi. questio est, an heredi suo relinquat arrogatum. Quarta actionem? Respondet Vlpianus, præmaturam speciem esse collationis, cum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur: id est, Arrogator: facit tex. in auct. si qua mulier. C. de SS. Eccles. per Bart. in l. si arrogator. in 2. lectura. n. 19. de adopt. Cyn. post in l. fin. de liberis agnoscendis.* Quibus & ipse tenor conuentionis, si exactius perpendatur, potius accedere, quam resistere videtur: ne is emolumentum habeat, qui onus non sustinuit.

Inde concludo, in secunda instantia bene iudicatum, male appellatum, *Compensatis expensis.*

Salus votis Dominorum.

Aliud, in eadem causa.

D.L. Diui Seueri beneficium, quod habetur in l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel. quo possessiones, ꝛ sine decreto præfidi pupillorum, detrahi prohibitum est, non iniuria ad agnatos etiam furiosi porrigi, tradit Imperator in l. 2. Cod. de curat. furios. Si igitur citra præfidi decretum res mente capti etiam ab agnato eius distractæ sunt, alienatio non subsistit. Hinc Vlpian. in l. 1. dicit: quod si forte as

alienum tantum erit, vt ex rebus mobilibus non possit hoc solui, tunc Prætor vrbanus, vir clarissimus a deatur: qui pro sua religione existimet, quæ possint alienari, & quæ obligari debeant.

Quibus præmissis, in præsentī casu patet, ex actis non relucere, quod parens furiosi ei in testamēto curatorem dederit: Ea propter cum nullus à patre ei sit datus, † lex, quæ eius curam habeat, proximum agnatum vocat. §. furiosi. de curat. Instit. l. fin. §. inuentario. C. de Curat. furios.

Quo cessante, aut non ideo forsitan existente, ex iudiciali electione, curatorē ei dari necesse est: plane vigore harum constitutionum à Iudicibus istius loci, nostro furioso, agnatus eius Olvvaldus, tunc temporis furioso proximior, quantum ex actis liquet, datus est Curator, qui eum certis conditionibus educandum, alendum & sustinendum 142 recepit. Quæritur, an talis conuentio † inter magistratum loci, & assignatum eius Curatorem, iniusta, de iure subsistat, necne. Et certum est, ex d. iuribus, magistratum loci, de alendo furioso, cum proximior agnato, vel quouis alio, si is, vel ei, minus idonei reperiantur, agere potuisse. Quæritur ergo de modo: An scilicet expresso modo, in 143 d. concepto potuerit? Et sane existimat, † quod etiam supra scriptis conditionibus & modis, recte magistratus furiosum alendum curarit. Nam licet id munus tutelæ sit gratuitum, & mercedem non recipiat. gloss. in l. in eos. de tutel. gloss. in l. a. mandaro. verb. nisi gratuitum. D. Mandat. Tamen ob iustam causam, Iudici cognitam, nihil prohibet, taliter cum curatore furiosi conuenire, & loco mercedis, curatori bona furiosi applicare. Damhoud. in patrocin. pupill. c. de tutorum & curat. merced. n. 8. & seqq. Guid. decif. 68.

Et in præcedenti casu iudices asserunt: Das die Notarst erfordert ihm ein Ketten vnd Eysen anzulegen. Item möcht mit ihm ärger werden. &c. Ea verba satis indicant, causa cognita, necessitate vrgente, & furioso omnibus diebus vitæ suæ prouisum esse, præscripto modo cum Olvvaldo, ipso curatore, actum esse, adeoque ex certa causæ cognitione, ordinatum & constitutum fuisse, vt is furiosum, sub conditionibus, in contractu expressis, alendum suscipere, custodire, expensas necessarias facere, molestias denique, & pericula perferre. Quæ, & similia, Iudices loci permouere, vt taliter cum ipso contraherent, talemque mercedem cōstituerent. Et id fieri posse, dicit text. & ibi Dd. in leg. à tutoribus. §. fin. de administ. tut. Nam si isthæc iudicem non permouerent, non fieri posset: Et vā 144 lere constitutionem talem, † vt tutor vel curator, omnium, siue quorundam bonorum pupilli, aut minoris, fructus habeat, tradit Paul. de Caltr. conf. 371. Bart. Chassan. ad consuetud. in titul. des infans. §. 4. fol. 416. numero 1. Damhoud. d. c. de tutor. merced. num. 19. Plane si magistratus d. Olvvald. curam non mandasset, atque præscripto modo ei bona furiosi applicasset: Tamen huicis, quia furioso proximior, tanquam ab intestato venienti, custodiendus erat l. Diuus Marcus. de offic. presid. Aut sane ipse

hæreditate indignum constituisset. §. si de prædict. auth. vt cum de appell. cog.

Concludit, causa cognita magistratum huiusmodi contractum sub conditionibus præscriptis cum Olvvaldo, in iure potuisse, adeoque in remunerationem laboris & periculi subsistere. Potest enim Iudex, † ex causâ, vt dixi, curatori non solum 145 certum salarium constituere, sed &, dum res ita postulat, integram substantiam furiosi, pro alimentis, cura, &c. ipsi deputare. Quia auctoritas Iudicis † efficit licitum, quod alias esset illicitum 146 leg. iuste possidet. de acquir. poss. c. qui peccat. quæstion. 24. Quin & Iudicis † officium latissimum, leg. 1. de iurisd. 147 omn. iud.

Nec obstat, quod pactum de succedendo non valet l. pactum quod dot. ali. l. fin. C. de pact. leg. ex eodem de inutil. stipul. Atqui videri tale esse nostrum pactum: Ergo, &c. Hæ tamen rationes non omnes simul, sed singulis casibus locum habent. In præsentī vero casu nulla illarum rationum locum habet. Ergo supra d. textus non obstat.

Nam quoad primam rationem, supra ostensum est, hanc conuentionem magistratus, cum Olvvaldo, non esse contra mores bonos: quin potius esse secundum iuris constitutionem. Nam qui rebus suis superesse non possunt, iis recte magistratus curatores constituit. §. furiosi quoque. Instit. de Curat. Et porro magistratus † curatoribus ex causâ, pro 148 qualitate curæ, de bonis furiosi, mercedem dare potest. in d. l. tutoribus, &c.

Secunda ratio etiam non militat: quia magistratus loci, per hanc conuentionem principaliter non voluit prouidere, vt Olvvald. dicit. Chytrius hæres ellet, vel ei succederet: Quo casu † reuera esset 149 pactum de futura successione: Sed vt Olvvald. furiosum reciperet, eumque ad dies vitæ aleret, curaret & custodiret, & in consequentiam huius contractus, loco remunerationis, & vt ad hoc d. Olvvald. procliuior esset, res in contractu specificatæ, illi euentualiter attributæ & traditæ sunt, glossa & Dd. in supra dictis locis: Et sic actus agentium nihil operatur, vltra eorum intentionem leg. non omnis. si cert. pet. at. l. fin. C. de non num. pecun. l. obligationum. de Act. & oblig.

Neque tertia locum habet: quia priuatio præsupponit habitum: furiosus vero † actiue, nullam 150 factionem testamēti habet l. furiosum. C. qui testam. fac. non poss. leg. is cui l. de testam. leg. que testamenta. §. nec furiosus. D. eod. Ergo per hanc conuentionem nulla ei testandi facultas sublata est. Quin & eadem conuentione prouisum, quod casu, si ad sanam mentem redierit, hanc conuentionem præiudicare non debere, referendo se ad tenorem contractus.

Quarta etiam cessat ratio: quia ea suspicio, scilicet captiua mortis, tollitur, ex quo Iudex interuenit: Quin si ipse furiosus consensit, & sic perseuerauit, huiusmodi pactum valere l. fin. C. de pact. Furiosus enim † habetur pro consentiente, in casu, si fuisset sanæ mentis, non habuisset causam contradicēdi, aut verisimiliter consensisset: Alex. 151 in l. 2.

in l. 2. §. voluntatem. 2. col. solut. matrimon. Bertach. in re-
pert. verbo, furiosus. Ergo.

His familia, & si quæ alia sint, prædictum con-
tractum nec euertere, à dominis, supra ostensum est.
Vnde ex quo tam Actor, quam Reus simul, vi-
gore huius contractus, d. furiosi bona sibi appli-
cari petunt; Concludit, eos simul ad eadẽm ad-
mittenda: Et in prima instantia benè iudicatum,
male appellatum: *Compensatis expensis.*

D. I. Concludit cum Referentia: quia bona esse
affecta post obitum Osvaldi, qui ius ex pacto
transmisit ad hæredes: Ergo omnes admittendi
ad hæreditatem: Quia non obstat gradus proxi-
mitas.

D. Bq. addit suo Voto.

152 Illos solos, ¶ qui tempore obitus furiosi in vi-
uis fuerunt, ad hæreditatẽ eius admittendos cen-
set, siue Rei vxor vnica, siue plures simul cum illa
ex appellatibus, idque ex pacto conuenito: Quia
tunc demum cessit, & venit dies. Ita quod solum
tempus existentis conditionis, hic inspiciendum
sit, sicut in legatis & fideicommissis, per l. si vxorẽ.
C. de condit. insert. l. qua legata. ibi Dd. de regul. iur. Licet
secus sit in contractibus, vbi tempus contractus
inspicitur, gl. in l. quidam cum filiusfamilias. in verb.
inu. de hered. instit. leg. si filiusfamilias sub conditione. in
princip. & ibi gl. & Barr. de verb. oblig. text. in l. fin. de sti-
pul. seruior.

153 Imò etiam in contractibus ¶ sub conditione
mortis factis, neque cedit, nec venit dies, penden-
te conditione. Barto. d. l. filiusfamilias. Quia effectus
154 conditionalis stipulationis est, ¶ quod, antequã
extat, nec actio, nec obligatio nata sit leg. cedere, de
verb. significat. Bart. in l. ita stipul. nu. 4. de verb. obligat.
Et tantum spes est, pendente conditione. §. debi-
tum iri. §. ex conditionalis. Institut. de verb. obligat. leg.
conditionales, de verb. signif. Stipulatore autem dece-
dente, ante euentum conditionis, transmittit qui-
dem illam spem, exituræ conditionis ad hære-
des, non tamen aliter, nisi quod illi, existente con-
ditione, promissorem conuenire possint. d. §. con-
ditionalis. ibi Dd.

Ergo in proposito, ante aduentum illius diei,
qua furiosus obiit, & sic, antequam conditio fuit
impleta, nihil de bonis illius ad hæredes Osvaldi
transmitti potuit leg. si cum hæres, in secundo respons.
quando dies legat. ced. l. huiusmodi. vers. nam tale legat. l. si
dies. vers. at si incerta. eod. tit. l. si ita scriptum. §. si sub con-
ditione. de leg. 2. Cum neque obligatio neq; actio
nota fuerit, ex quo viuentis Osvaldi, dies non-
dum cesserit, nec venerit, propter conditionem
pendentẽ. Sicque eorum tantum hæredũ habenda
erit ratio, qui tempore mortis Ehtersins / dum
impleta fuit conditio, adhuc vixerunt. Non
autem reliquorum prædefunctorum, vt, ad quos
solum dicta spes conditionalis transmissa fuit, per
supra dicta. Et non vlla successio, vel ius successio-
nis, ex persona patris Osvaldi: ille enim in vita
sua nunquam actualiter, & cum effectu Domi-
nus, siue proprietarius factus est, vel hæreditas
furiosi ipsi delata fuit: Dec. cons. 443. n. 29. Aret. cons.

162. n. 1. Vnde nec iure repræsentationis, in locum
d. patris sui, venire potuerunt, cum nemo plus iu-
ris in alium, & c. reg. vulg. Nam cum proprie, nihil
mihi quæsitũ sit, alteri non quæro, nec moriens
transmitto: Raph. Cuman. in d. l. si vxorem, quem al-
leg. t. Cagnol. in d. l. qua legat. de regul. iur.

Neque obstat, quod dicitur, ¶ quando con-
ditio retrahitur, attendi debere tempus con-
tractus: secus, quando retro non posset trahi, vbi
attendi debet tempus existentis conditionis, Bar.
d. l. si filiusfam. Bart. Socin. cons. 183. n. 3. vol. 2. Quia li-
cet impleta conditio retrahatur, quantum ad
obligationem, acquisitionem, & alios certos esse
ctus, non tamen hoc fit, quoad omnia, etiam
in contractibus, vt per las. in d. l. si filiusfam. n. 2. Et
hoc etiam intelligendum putat, quoad illos hæ-
redes tantum, qui tunc vixerunt, & non quoad
alios, iam defunctos: alias retrò acceptis personis,
qui tempore contractus vixerunt, soli contrahen-
tes venirent, & illis defunctis, res ad ius commune
redigeretur. Cum tamen illi nihil, nisi spem
habuissent, quæ cum persona contrahente, respe-
ctu sui nimirum, extincta fuisset: satis itaque est,
quod admittantur illi, qui proximiores sunt tem-
pore, quod, purificata conditio, in quibus etiam
verificari potest pactum pro hæredibus: nec opus
est, vt ordine successiuo, retrò computentur per-
sonæ defunctæ, magna fortè etiam confusione.

Quæ autem in contrarium à Dd. in d. l. si filius-
familias adducuntur, in suis terminis, & certis casu-
bus, suo iudicio procedunt, neque huc rectè ac-
commodari posse censet. Concludit, vt supra.

VOTVM LIII.

In causa Episcopi V. contra Ciui-
tatem V.

SUMMARIÆ.

- 1 Ad litis contestationem impediendam Rei triplici Ex-
ceptione vtuntur, vt n. 2. 3. 4. Quæ tamen non re-
leuant, n. 5. 6. 7.
- 2 Procuratores quando vigore ordinationis, nihil plura
in puncto aliquo producere possunt, tunc in eo
causa ex officio pro conclusa acceptari & desuper
pronunciari potest.
- 3 Pro Actore potius, quam Reis, quare hic pronuncian-
dum. & n. 10. 11. 13. 14. 33. 37. 38. 41. 42. 43. 44.
45. 46. 48.
- 4 Vocabulum, Diener / longe generalius est, quam
Commensalium.
- 5 Litem hanc, huius causa finaliter definiendam fore, ex
quibus declaretur, vt n. 16. 19. 20. 21.
- 6 Dispositio articuli 50. transactionis, in hac causa quæ
& n. 18.
- 7 Pena respectu alicuius rei vel iuris, cuius rei vel iuris
veritas, per actorem, iuris ordine seruato, nondum
est definita, exigere non potest.
- 8 Exceptio qui nititur, is ait.
- 9 Actoris partes in præiudicis quis sustineat.
- 10 Significatio præiudiciorum cur hic largius, quam in
§. præiudicialis Insit. de act. accipiatur. vt n. 16.
27. 28. 29. 30. 31.