



**Adami Tanneri E Societate Iesv, S. Theologiæ D. Et In
Academia Ingolstad. Professoris, Theologiæ Scholasticæ
Tomus ...**

Cum triplici Indice

De Fide, Spe, Charitate, Iustitia, Religione, caeterisq[ue] virtutibus [et]
vitijs: ac varijs hominum statibus. Secvndæ Secvndæ S. Thomæ
Aqvinatis Respondens

Tanner, Adam

Ingolstadii, 1627

XIII. Quid restituendum ob contractum illegitimè peractum; speciatim ex
defectu solemnitatum iuris: & quid de testamentis minus solemnibus
sentiendum.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72877](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72877)

DVBIUM XIII.

Quid restituendum, ob contractum illegitime peractum; speciatim ex defectu solennitatum; & quid de testamentis minus solennibus sentiendum?

Ad S. Thomam 2. 2. q. 62.

361 **Q**uaritur I. An & quando generatim restitutio facienda sit propter contractum illegitime peractum.

Respondeo breuiter, generatim loquendo, ex triplici capite fieri posse, vt contractus sit nullus, aut alioquin id, quod per eum acquisitum est, restituendum. Primo; Si ipso iure naturali sit irritus, aut saltem ita iniustus, vt retractandus sit à contrahente, etiam citra Iudicis sententiam, prout ex parte dictum dub. 11. & in particulari melius constabit infra de contractibus quæst. 7.

Recte tamen notat Sa V. *Contractus* & V. *Respublica*, cum Caietano, contractum, qui communitate in usu, & Reipublicæ utilis est, non debere facile condemnari, nisi aperte constet esse illicitum; cum possit Respublica supplere, quod contractus deficit. Nec etiam facile damnanda statuta, quæ videntur iniusta, vel usuraria; cum Respublica ob bonum commune rem vnus transferre possit in alterum, vt dictum etiam superius quæst. 1. dub. 5. & in materia de legibus.

Quod si contractus non aduersetur iustitiæ, licet aliunde sit illicitus v. g. ex parte loci, temporis, &c. tum per se, & secluso iure positivo, ipsiusque iudicis sententia, non est irritus.

362 **S**ecundo irritus est contractus; si lex non solum prohibeat contractum, sed etiam simpliciter & absolute dominij, omnisque iuris translationem impediatur, vt ex communi recte docent Sa loc. citat. & Angles in 4. part. 2. de dominio, alijque infra citandi. Qua ratione, nec Testatores suos necessarios hæredes defraudare sua legitima possunt; nec Clerici inferiores, sua auctoritate, bona Ecclesiæ alienare, vt habetur extra de alienatione rerum Ecclesiasticarum. Simile est, ne valeat donatio inter maritum & uxorem; inter patrem & filium non emancipatum; nisi in quibusdam casibus, apud Syluestrum V. *Donatio* 2. & Medinam Cod. de restitut. q. 23. & 24. Ex parte etiam, ne pupilli absque tutoris auctoritate, contrahant, iuxta dicta dubio 9.

Quod si lex in præsumptione fraudis & doli fundetur, adeoque contractum irritet, non absolute, sed propter dolum, quem subesse præsumit, tunc si absit fraus & dolus, veritasque stet contra præsumptionem, in conscientia non est irritus contractus, ante sententiam iudicis, vt ex communi docent Syluester V. *Lex* q. 9. Nauarrus c. 17. n. 83. vel 301. & c. 23. n. 62. Valentia q. 6. pun. 5.

Tertio irritus redditur contractus, si, quamuis non sit ipso iure in conscientia nullus & irritus, à iudice tamen legitime irritetur, vt ex communi docet Valentia alijque citati. Exemplum esse potest, si contractus ex graui metu, vnde cuncte tandem iniecto, sit irritus, iuxta dicta dub. 11. aut si ob præsumptionem fraudis sit prohibitus: quo casu putat Valentia, talem contractum semper à iudice rescindendum; quod tamen per Episkiam limitat Molina disp. 224. in causa pupilli, vt diximus dub. 11. n. 310. Imo de testamento minus solenni contrarium colligitur ex iure, saltem in casu, vt mox dicam.

364 **Q**uaritur II. An contractus mere ciuiles, ob defectum solennitatum iure requisitarum, sint in foro conscientie irriti. In controuersia hac grauissima quinque sunt sententiæ. Primo enim Couaruias in regulam *Peccatum* part. 2. §. 3. num. 8. & lib. 3. variat. resolut. cap. 2. num. 5. Carbo de restitut. quæst. 46. Beia calu 53. Salton quæst. de dominio artic. 4. Aragonius tractat. de dominio ad quæst. 62. Azor tomo 3. lib. 6. cap. 9. & apud eisdem Baldus, Ledesma, & alij, absolute docent, tam testamenta, quam alios contractus, iuris solennitate destitutos nullos esse etiam in foro conscientie; quandoquidem absolute in iure irriti decernuntur. Excipiuntur tamen semper legata pia, etiam testamento minus solenni coram duobus testibus relicta, quæ valere docent iidem, ex cap. *Relatum* 1. de testamentis, de quo infra.

Secundo Syluester V. *Alienatio* §. 12. & V. *Testamentum* §. 5. Angles part. 2. de dominio, Panormitanus, Adrianus, Medina, Tabiena, Armilla apud Carbonem, & alij quidam absolute putant, tales contractus in conscientia, si fraus absit validos esse; adeo vt nec apud iudicem quidem eorum rescissio postulari possit. Fundamentum est, quia putant eiusmodi solennitates solum pertinere ad forum externum, vt acta iudicis auctoritate rata habeantur; non ad forum internum conscientie, seu obligationem naturalem.

365 **T**ertio Sotus lib. 4. de iustitia quæst. 5. artic. 3. Sa V. *Contractus*, Lopez 2. part. cap. 14. item Victoria, Paulus de Castro apud Carbonem & Molinam, putant, tales contractus in foro quidem externo irritos haberi; at in foro conscientie esse validos: & nihilominus per iudicem irritari posse; idque ipsum alteram partem licite procurare, quamuis ei de contraria voluntate, Testatoris v. g. constet. Idem docet Bannes hac q. 62. de dominio, excipiens tamen matrimonialem contractum (qui semel validus irritari non potest); & electionem Ecclesiasticam, quam iure irritam, nec in conscientia quidem transferre titulum probabilis putat, quicquid dixerint Panormitanus & alij, &c. Sed de his non est quæstio.

366 **Q**uarto, Valentia disputat. 5. quæstione 6. punct. 5. docet, contractus absolute propter bonum commune prohibitos, etiam in conscientia irritos esse: at vero qui solum ob præsumptionem fraudis prohibiti sunt, inter quos numerat etiam ipse testamenta minus solennia (quamuis Sotus, Couaruias, Molina de his aliter loquatur)

non esse irritos in conscientia, donec per Iudicem irritentur, vt supra dictum.

367

Quinto Molina tom. 1. disputatione 81. docet, testamenta quidem minus solennia in conscientia rata esse, nec irritari posse per Iudicem, si aliunde, nimirum ex confessione hæredis, cui testamentum aduersatur, constet, eam esse voluntatem testatoris. Id quod firmis argumentis ex iure probat idem Molina, præcipue ex leg. *Est inutiliter*, & l. vltim. C. de Fideicommissis. Item l. *Non dubium* C. de testamentis. Additque nec apud Iudicem quidem talis testamenti irrationem exigere posse hæredem, qui comperitam habeat eam testatoris voluntatem: at vero alios contractus destitutos debita iuris solennitate, non solum in foro externo, sed etiam in conscientia irritos esse; ac proinde quæ per eos acquisita, etiam ante sententiam, restituenda, cum in iure absolute irriti decernantur, nec a libi declaretur, solum in externo foro irritos esse. Eandem sententiam & distinctionem tanquam probabiliorem sequitur Lessius lib. 2. c. 19. dub. 3.

368

ASSERTIO I. Testamenta minus solennia ad causas pias, tam in foro externo, etiam extra terras Romanæ Ecclesiæ, quam in foro conscientia valida sunt; modo adint duo testes iure gentium requisiti. Ita communis omnium Theologorum, & Iuristarum sententia, nominatim Valentia questione 14. punct. 3. Azor libro 5. cap. 21. tom. 1. Lessij libro 2. cap. 19. dub. 2. Molina tom. 1. disputatione 134. qui dicit, hoc seruare praxin vtriusque fori. Ex Iuristis idem docent Couarruias in capit. 11. de testamentis numero 9. Iulius Clarus §. *testamentum* numero 1. Tiraquellus in tract. de priuilegijs causæ piæ, priuilegio 1. vbi cum sex sententias de valore testamenti, seu legati minus solennis in genere retulisset, denique concludit, *Non tamen mihi est animus*, inquit, *omnium omnia adducere, satis est, quantum ad hunc locum pertinet, quod omnes in hoc conueniant, quod in relictis ad pias causas ubique sufficiant duo testes, iuxta cap. cit. de testamentis.*

369

Quibus postremo adiungo Iasonem male à nonnullis in contrarium citatum. Is enim in l. 1. numero 21. Cod. de sacrosanctis Ecclesijs sic ait: *De Iure Canonico clarum est, quod cessant solennitates iuris civilis in testamento condito ad quamcumque causam piam, cap. Cum esset, & cap. Relatum de testamentis: qua iura procedunt non solum in foro Canonico, sed etiam in foro civili, & in terris non subiectis Ecclesiæ, secundum glossam, & magis communem opinionem.* Ita Iason, nec vnum quidem referens, qui contrarium senserit, vt proinde iam dudum etiam libro 2. defens. Eccles. libert. c. 8. contrariam sententiam, velut in re graui, & cum Ecclesiæ præiudicio coniuncta, non satis tutam putarim: Nec his repugnat Henricus Canisius Ingolstadiensis Academiae vna mecum olim Professor, qui & se ad eosdem authores refert lib. 3. summae iuris Canonici cit. tit. & eandem sententiam suam et Testamenti factione comprobauit, multis pijs legatis testamento minus solenni relictis.

Ratio est. Quia cum ad summum Pontificem spectet, ordinare hominum actiones ad finem supernaturalem, & pia eorumdem studia fouere, submotis etiam quibuslibet impedimentis contrarijs; ideo potuit is quidem, hac in re, legibus derogare: voluisse autem derogare, satis aperte colligitur ex cit. cap. *Relatum*, de testamentis.

Addit Lessius primo, idem dicendum esse de legatis pijs, in profano testamento contentis, iuxta citat. capit. *Relatum*, & Couarruiam citatum. Secundo, etiam legata profana posita in testamento ad pias causas minus solenni valere, ex communi apud Clarum. Tertio, nec duos quidem testes ad pia testamenta, & legata in foro conscientia necessarios esse, sed solum probationis causa in foro externo. De quo loquitur citat. cap. *Relatum*. Quod etiam cum Molina doceo inferius questio. 7. dub. 11. num. 307.

Quod vero ad cætera testamenta, aliosq; contractus mere ciuiles attinet, sit,

ASSERTIO II. Nulla sententia ex citatis aperte falsa videtur; minus tamen est cæteris probabilis prima, quoad testamenta minus solennia; quæ in conscientia irrita non esse, eo præcise, quod debita solennitate destituantur, ex iure efficaciter probare videntur Molina, & Lessius. Eademq; etiam communis est sententia Theologorum, vt ex dictis constat.

Et rursum ex eo etiam confirmatur, quia communis sententia Doctorum vtriusque iuris est, ex testamento minus solenni oriri obligationem naturalem, vt testatur Iulius Clarus §. *testamentum* questione 90. numero 1. & Iason. l. *Cunctis* 10. C. de Iuris & facti ignorantia numero 13. & fatetur Couarruias numero 10. at qui hoc nihil aliud est, quam testamentum tale in foro conscientia esse validum; ita vt hæres ab intestato teneatur ei satisfacere; quamuis Ius ciuile actionem ex eo non concedat; sicut etiam accidit in simplici promissione: quandoquidem naturalis obligatio nihil aliud est, quam quæ præciso omni iure positiuo, oritur ex natura actus, & à iure positiuo superueniente non irritatur.

ASSERTIO III. Probabilissima tamen videtur tertia illa Soti, Victoriae, Lopez, Bannis & Sa sententia, nisi forte in aliquo particulari casu, ius, aut consuetudo recepta, aperte impediatur omnem dominij, iurisque translationem; aut etiam ante sententiam præcipiat restitutionem, vt supra dictum; & modo etiam hæres ab intestato, qui legatum sibi commissum testamento minus solenni irritari procurat, fraude non agat, sed totam Iuris & facti controuersiam, iudici ita candide dirimendam proponat, voluntatemque testatoris, si scit, patefaciat, ad quod etiam sub iuramento cogendum à Iudice, ex l. vlt. C. de Fideicommissis, valide probat Molina.

Hanc sententiam ideo mihi præ cæteris persuadeo. Tum quod in foro conscientia apud Theologos magis practicatur, vt notant Bannes &

Lessius;

Lessius; sicut etiam ad praxin facilior & accommodatior est. Tum quia cum iura eodem modo de Testamentis, & alijs contractibus minus solennibus loquantur; & tamen ex iure satis constet, testamenta minus solennia non esse in foro conscientiae irrita ut dictum, recte ob paritatem rationis, idem de alijs contractibus dicendum erit.

DVBIVM XIV.

De Circumstantiis Restitutionis; nimirum quid seu quantum; cui, & quo loco; à quibus; quo ordine; & quando, restituendum.

S. Thomas 2. 2. q. 62. a. 3. 5. 6. 7. 8.

373 **Q**uæritur primo; Quid & quantum restituendum? Quatuor præcipuas circumstantias restitutionis q. 62. a. 3. 4. 5. 6. 7. & 8 hoc ordine persequitur Sanctus Thomas, ut art. 3. & 4. agat de circumstantia *Quid*, artic. 5. de circumstantia *Cui*, art. 6. & 7. de circumstantia *Quis*, art. 8. de circumstantia *Quando*. De quibus ordine agemus. Quod vero ad præsentem quæstionem attinet, sit

374 **ASSERTIO I.** Idipsum (in specie, vel indiuiduo) per se loquendo est restituendum, quod ab altero ablatum est, siue re ipsa iam ab altero possessum fuerit, siue ex spe probabili possidendum; quamquam hoc casu, bonum ablatum, seu potius impeditum, ad æqualitatem compensandum non sit, sed iuxta arbitrium boni viri. Ita S. Thomas a. 4. & patet ex dictis supra dub. 2.

375 **ASSERTIO II.** Si res ablatam consumptibilis non est, tum eadem numero restituenda est; secus, si sit vsu consumptibilis, ut pecunia, frumentum &c. tunc enim regulariter satis est æquivalens restituere; nisi ex rationabili causa constet, aliam esse domini voluntatem. Ita communis apud Valentiam q. 6. pun. 6. quicquid Petrus Nauarrus lib. 4. cap. 1. num. 5. vniuersim dicat, eum qui rem æque præstantem restituisset, sine omni iniustitia, rem ipsam ablatam, quamuis postulanti domino, negare: quod non probatur; poruit enim ob quandam circumstantiam extrinsecam ut quia à maioribus accepta, vel magno principe donata, res in indiuiduo rationabiliter & iure exigi.

376 **ASSERTIO III.** Nunquam etiam plus restituendum, quam ablatum fuerat; nisi vel post sententiam iudicis, in pœnam; aut per accidens, cum res restitutioni obnoxia forte meliorata fuit, iuxta dicta superius dub. 9. Atque ita ex communi Sanctus Thomas hic artic. 3. Ratio patet; quia restitutio æqualitatem spectat, non excessum: & pœna ante sententiam iudicis non est soluenda ut dictum tomo secundo, disputatione quinta, quæstione 6. dub. 4.

Quæritur secundo; Cui & quo loco, restituenda res accepta.

377 **ASSERTIO I.** Regulariter restituenda est ei, à quo accepta est, si quidem is ad eam vel tanquam dominus, vel saltem tanquam custos, aut depositarius ius aliquod habebat. Ita Sanctus Thomas quæst. 62. art. 5. ex communi, idque Caietanus ibidem & in summa V. *Restitutio* & Nauarrus cap. 17. Manual, nu. 29. etiam extendunt ad furem & prædonem; tanquam si ipsis quoque immediate res restituenda sit, non domino ex l. 1. §. *Prædo* ff. depositi; saltem ubi non constet, furem domino restitutum.

Sed hoc improbabile videtur, nec rationabiliter præsumi potest, esse domini voluntatem, sine qua fur nullum ius ad rem illam acquirendam, nec restituendi quidem gratia habere potest, ut recte Salon, Aragonius, Bannes, hic loc. cit. Valentia quæst. 6. punct. 4. & plane, indicat Sanctus Thomas citatus. Et lex illa intelligitur, si de vero domino non constet; aut cum res in iudicium deducta est, ut per auctoritatem iudicis, nomine prædonis, sit restituenda; aut cum forte dubium est, num fur ille habeat ius ad eam rem. An vero liceat quandoque restituere furi, dictum est supra, tam de bonæ, quam malæ fidei possessore dub. 2. & 9.

378 **ASSERTIO II.** In quibusdam tamen casibus, non est restituenda res iusto possessori, à quo accepta erat. Ita omnes cum Sancto Thomæ, cit. art. 5. Primus casus est; si talis restitutio sit nociva ei, cui fieri deberet; aut alteri, præsertim ipsi domino: tunc enim aut restitutio differenda aut res apud alterum tutiore loco deponenda est, ut de gladio furiosi dicit S. Thomas art. 5. ad 1. Id vero etiam necessario faciendum esse, si dominus aut possessor antiquus re illa abuti velit in aliorum iniuriam, aut etiam in suam ipsius nocuentum, per eius rei læsionem, quæ ipsius dominio subest, ut vitæ, membrorum, &c. communis est sententia.

379 At si solum per prodigaliteriam, vel intemperantiam re sua abusus est, putant quidem, nihilominus Melina tom. 1. tractat. 2. disputat. 755. Angles art. 1. de restitut. difficultate 2. & Lessius lib. 2. cap. 16. dub. 4. (citanturque in eandem sententiam Sotus lib. 4. quæst. 7. artic. 1. Nauarrus cap. 17. num. 62. & 63.) posse, & quandoque etiam debere differri restitutionem. Sed si dominus exigat rem suam, verius existimo, debitum hic nullum esse; posse quidem, differri restitutionem concessero, si dominus non nimium urgeat: at si fortiter instet, videtur iuste negari non posse, ut vniuersim docet Azor tom. 8. lib. 3. cap. 39. & de re deposita ex communi Aragonius art. 5. post Adrianum, Sotum, &c. etsi negare videatur Caietanus hic. Eadem videtur ratio rei mutuata.

Imo Sotus, Salon, Petrus Nauarrus, putant, etiam domino restituendum, si plane urgeat, quomodocunque in eius nocuentum restitutio vergat, quod non credo: & recte negant Angelus, & alij citati, cum S. Thomæ; nisi forte adeo importune urgeat, ut sine proprio debitoris in-