



*Script.*





**CARLEVALII  
DE JUDICIIS  
IN GENERE,  
JUDICIO EXECUTIVO,  
ET  
CONCURSU CREDITORUM,  
TOMUS POSTERIOR.**

GRANITI  
DE INDIA  
en el celo  
INDIO AZTECA  
de la  
CONCEPCION

DISPUTATIONUM  
JURIS VARIARUM  
AD INTERPRETATIONEM  
REGIARUM LEGUM  
REGNI CASTELLÆ,  
ET ILLIS SIMILIUM , TAM EX JURE NEAPOLITANO , QUAM EX  
utroque communi Civili & Canonico.

LIBRI PRIMI DE JUDICIIS  
TOMUS POSTERIOR,  
CONTINENS TITULOS ULTIMOS

*De Judiciis in genere , Judicio executivo , & Concursu creditorum.*

AUCTORE  
**D. D. THOMA CARLEVALIO,**  
HISPANO , PATRICIO BAECENSI , PHILOSOPHO , THEOLOGO ,  
& Jurisconsulto, olim in Baecensi Academia ingenuarum Artium Professore ,  
POST IN SACRO SUPREMO JUSTITIÆ CONSILIO REGNI NEAPOLITANI  
Regio Consiliario.

OPUS OMNIBUS TUM THEORICIS , TUM PRACTICIS UTILISSIMUM.

*Cum summis in cuiusque Disputationis Capite , & duplice Indice locupletissimo.*

EDITIO AUCTIOR,

CUI ACCREDIT APOLOGIA PRO QUIBUSDAM AUCTORIS SENTENTIIS.



CUM LICENTIA REGII CONSILII.

Valentiae: Ex Typographia BENEDICTI MONFORT, Anno M.DCC.LXVIII.

**MÚNIQUA TÀTORGA**  **Biblioteca de Ciències Socials**

# МИРСЯН СІРИ

Майоцтакияпяятии да

# Легенда о Генея

L'IRRE PRIMITIF DE L'ESPAGNE

# D.D. THOMAS CARLEVALIUS

## AD LECTOREM.

**H**ABES ( studiose Lector ) Opus meum de Judiciis perfectum, tribus distinctum titulis , ut promiseram , fidem meam solvi. Admono vidisse me omnia loca , quæ allego originalia , neque unquam ea transcripsisse ex aliis , fidens eorum testimonio , & allegatione, fastidiosus sanè , & prolixus labor , & qui scribendi munus non solum reddit molestum , sed etiam exosum , & detestabile , nostro præsertim tempore , in quo tot sunt libri.

*Quod lepores in Atho , quod apes pascuntur in Hibla.*

Sequutus sum rationis ductum potius , quam alienam authoritatem, veritatem , & justitiam amplexus amantissimè noxios mihi hucusque comites ; sed quos nunquam deserere , juvante Deo , erit in animo. Dices quis fructus laborum tuorum , quodnam præmium studiorum? Odium , invidia , despectus , tempus benè actum : Nonnè sunt dulces , & gratiosi fructus? Percipientur fortasse alii post hanc vitam, est enim futura alia post istam , in qua unus dominus , qui unicuique secundum merita sua tributurus est , non ex aliorum injuriosa , & mendaci relatione , sed ex vera , & justa meritorum uniuscujusque ponderatione , juxta propriam , veram , & infallibilem notitiam , ubi non valebunt adulationes , non falsæ , & calumniosæ delationes , ubi non prævalebunt , qui dicunt , malum bonum , & bonum malum : ponentes tenebras lucem , & lucem tenebras ponentes , amarum in dulce , & dulce in amarum , interim quæ accident patienter ferenda sunt , & à me non sunt speranda pulchra scripta. VALE.

# INDEX ARGUMENTORUM

DISPUTATIONUM HOC OPERE CONTENTARUM.

Biblioteca de Ciències Socials

- T**itulus II. De Judiciis in genere. . . . . pag. 1.  
Disp. I. An, & quatenus in judicio celebretur inter litigantes  
quasi contractus? de quasi contractu Fisci cum reo: & an ex de-  
lictio habeat hypothecam? de ejus effectu erga alios creditores,  
& efficacia poenarum ipso jure incur sarum an requirat sen-  
tentiam declaratoriam? . . . . . pag. 2.  
Disp. II. An, & quando debeat in judicio fieri actorum cumulatio? pag. 19.  
Disp. III. Utrum judicium cœptum ex instantia unius possit ex instan-  
tia alterius terminari? ubi multa notatu digna circa praxim statu-  
torum de puritate sanguinis, aut nobilitate, & earum proba-  
tionem. . . . . pag. 29.  
Disp. IV. Utrum in initio judicii, & ante litis contestationem sit legiti-  
manda actoris persona; an potius satis sit eam legitimare in ter-  
mino probatorio, & ante decisionem causæ? . . . . . pag. 43.  
Disp. V. Quando in judicio sit reservanda decisio super exceptioni-  
bus allegatis in tempus sententiae diffinitivæ: quando verò statim,  
& ante diffinitivam sit super illis diffiniendum? . . . . . pag. 52.  
Disp. VI. Utrum in concursu actionis civilis, & criminalis in judicio  
una præjudicet alteri, & quænam sit prius exercenda, & inter cau-  
fas civilem, & criminalem quænam sit prius expedienda? . . . pag. 64.  
Disp. VII. De Reconventione. . . . . pag. 78.  
Disp. VIII. Utrum judicium executivum possit verti in ordinarium,  
& quando id locum habeat? . . . . . pag. 83.  
Titulus III. De judicio executivo, & concursu Creditorum. . . pag. 98.  
Disp. I. Quænam sit executionis forma juxta jus commune, juxta jus  
Neapolitanum, & juxta jus Castellanorum? . . . . . pag. 100.  
Disp. II. Quomodo sit perficienda executio facta in pecunia? . . pag. 113.  
Disp. III. Quomodo sit facienda executio obligationis ad factum? pag. 117.  
Disp. IV. An viæ executivæ præscribi possit, & quanto tempore:  
Quomodo perpetuetur, & quando, & ex quibus actibus ejus  
præscriptio interrumpatur? . . . . . pag. 135.  
Disp. V. Utrum sententiae, & instrumenta habeant executionem  
paratam, non solum quoad expressa, sed etiam quoad obligatio-  
nem tacitam, in eis virtualiter contentam? . . . . . pag. 145.  
Disp. VI. Utrum instrumenta mandatorum de solvendo, quæ vulgo  
vocabus libranças, seu liberantias, quibus vel debitori, vel depositario,  
Ærario, Capserio, & similibus mandatur, ut solvant alicui certam  
pecuniæ quantitatem, habeant paratam executionem? . . . . pag. 154.  
Disp. VII. Utrum possit fieri executio pro capitali societatis, vel ad-  
mi-

ministratiois ante redditam rationem? . . . . .	pag. 166.
Disp. VIII. Utrum instrumentum obligationis pro interesse liquido taxato ab initio contractus, possit executioni mandari absque alia probatione? . . . . .	pag. 175.
Sectio I. De necessitate probationis ad exactionem ejus, quod interest judiciale. . . . .	pag. 178.
Sectio II. De interesse taxato in initio contractus, in quo promittitur factum. . . . .	pag. 179.
Sectio III. De interesse taxato in constitutione dotis à principio inter maritum, & dotantem. . . . .	pag. 180.
Sectio IV. De interesse taxato in restitutione dotis convento inter viduam, & hæredes mariti. . . . .	pag. 185.
Sectio V. De interesse taxato inter emptorem, & venditorem interim dum non solvitur prætium rei venditæ. . . . .	pag. 191.
Sectio VI. De interesse taxato in contractu mutui à principio inter contrahentes, aut in quolibet alio debito pecuniario pro tempore futuro. . . . .	pag. 200.
Sect. VII. De interesse taxato à principio in contractu Cambii. p. 220.	
Disp. IX. Utrum executio locum habeat adversus hæredem adeunt cum beneficio inventarii? . . . . .	pag. 222.
Disp. X. Utrum executio possit fieri adversus socios, & participes conductionis Regiorum reddituum, quos in hoc Regno vocant Caratarios? . . . . .	pag. 226.
Disp. XI. An, & quando adversus tertium possessorem executio locum habeat? . . . . .	pag. 228.
Disp. XII. Utrum executionem impedit tertius oppositor, qui habeat similiter contra reum viam executivam, dum contendit, se esse priorem, & potiorem, quam ille, qui prius contra eundem reum executionem petierat, & obtinuerat? . . . . .	pag. 232.
Disp. XIII. Utrum executionem impedit hæres debitoris cum beneficio inventarii; qui se opponit executioni tanquam creditor? pag. 238.	
Disp. XIV. Utrum executionem impedit exceptio litis pendentiae in via ordinaria? . . . . .	pag. 241.
Disp. XV. Utrum executio liquidi retardetur ex illiquido? . . pag. 246.	
Disp. XVI. Utrum executionem impedit allegatio nullitatis, aut restitutionis in integrum? . . . . .	pag. 249.
Disp. XVII. Utrum exceptiones, quæ legitimè possunt objici contra executionem, sint allegandæ coram Judice requisito, an coram requirente? . . . . .	pag. 263.
Disp. XVIII. Utrum executio possit fieri contra Officialem publicum in stipendio, vel salario? . . . . .	pag. 271.
Disp. XIX. Utrum executio possit fieri in bonis dotalibus, aut eorum	

- rum fructibus constante matrimonio? . . . . . pag. 273.
- Disp. XX. Utrum executio possit fieri contra filium in alimentis præstandis à patre? . . . . . pag. 279.
- Disp. XXI. Utrum venditio pignorum captorum in causam judicati sub hasta mandato Judicis instantे creditore, vel pluribus creditoribus, censenda sit fieri à debitore; an à creditore jure creditoris? pag. 282.
- Disp. XXII. Utrum pignoribus ex causa judicati venditis sub hasta extinguitur quævis hypotheca, illis antea imposita? . . . . . pag. 285.
- Disp. XXIII. Utrum hypotheca contracta in bonis feudalibus extinguatur per devolutionem feudi ad Dominum directum? . . . . . pag. 291.
- Disp. XXIV. Utrum debitor pignora capta in causam judicati, & vendita possit recuperare? . . . . . pag. 315.
- Disp. XXV. Utrum debitor possit renunciare lucris obvenientibus in præjudicium creditorum? . . . . . pag. 321.
- Disp. XXVI. Utrum creditor possit liberare debitorem post factam sui crediti cessionem? . . . . . pag. 331.
- Disp. XXVII. Utrū debitor creditoris obligati aliis creditoribus possit compensare suū debitū in præjudiciū creditorum sui creditoris? p. 335.
- Disp. XXVIII. Utrum creditor, qui dedit pecuniam ad rem emendam cum pacto, quòd res empta remaneat specialiter hypothecata pro solutione creditæ pecuniæ præferatur in illa re, omnibus creditoribus emptoris etiam anterioribus? . . . . . pag. 339.
- Disp. XXIX. Utrum creditores ex alimentis præferantur creditoribus hypothecariis anterioribus ex cæteris causis? . . . . . pag. 351.
- Disp. XXX. Utrum creditores posteriores hypothecarii ex causa onerosa præferantur creditoribus anterioribus etiam hypothecariis ex causa lucrativa? . . . . . pag. 357.
- Disp. XXXI. Utrum creditores ex deposito præferantur inter se ex antiquitate temporis; & quonam modo illis in concursu aliorum creditorum sit satisfaciendum? . . . . . pag. 369.
- Disp. XXXII. Utrum creditores ex causa expensarum factarum in bonis debitoris præferantur cæteris? . . . . . pag. 374.
- Disp. XXXIII. Utrum creditor ex redditibus anni introitus prioris anni præferatur creditori ex redditibus posterioris anni? . . . . . pag. 375.
- Disp. XXXIV. Utrum Fiscus, qui contraxit cum debitore, cuius bona etiam futura erant jam priori creditori obligata præferatur anteriori creditori in bonis post contractum cum eodem Fisco quæsitis à debitore communi? . . . . . pag. 377.
- Disp. XXXV. Quænam requirantur, ut creditor posterior succedat, & subrogetur in locum prioris? . . . . . pag. 388.
- Apologia pro quibusdam Authoris sententiis adversus quasdam decisiones Scipionis Roviti. . . . . . . . . . . pag. 405.

D. D. THOMAE  
 CARLEVALII  
 DISPUTATIONUM  
*JURIS VARIARUM.*  
 LIBRI PRIMI  
*DE JUDICIIS CONTINUATIO.*

Dominus illuminatio mea.

**TITULUS II.**

*De Judiciis in genere.*

*SUMMA DISPUTATIONIS PRIMÆ.*

- 1 Elebrari in judicio quasi contractum communi sententia.
- 2 Ex quasi contractu judicij resultat novatio.
- 3 Voluntas duorum requiritur in quasi contractu, & valet argumentum à contractu ad quasi contractum.
- 4 Consensus fictus invenitur in quasi contractu.
- 5 Judicium redditur in volentem, qui potest evitare judicium solvendo.
- 6 Civis consideratur, ut pars Reipublicæ, & ut singularis persona, & judicium suscipit voluntariè, ut pars Reipublicæ, invitatus ut singularis persona.
- 7 In judiciis criminalibus non celebrari quasi contractum sententia Baldi.
- 8 Contrarium est verius.
- 9 Litis contestatione celebrari quasi contractum.
- 10 Per sententiam celebrari quasi contractum.

Tom. II.

- 11 In judicio celebrantur duo quasi contractus.
- 12 In judicio celebrantur quasi contractus per alta emergentia.
- 13 Ex maleficio oriuntur obligatio, & actio ad pœnam ultra interesse.
- 14 Obligatio ad pœnam an oriatur à tempore delicti.
- 15 Hypotheca in bonis delinquentis pro pœna fisci, an contrahatur à tempore delicti.
- 16 Obligatio favore fisci ad pœnam, atque hypotheca non contrahuntur à tempore delicti.
- 17 Acti nes pœnales ad heredes non transeunt.
- 18 Pœna non debetur ante condemnationem in criminalibus.
- 19 Cum dicitur delinquens obligatus ad pœnam, verbum, Obligatus, sumitur largo modo.
- 20 Obligatio ad pœnam non est obligatio orta ex consensu.
- 21 Hypothecam in bonis rei numquam competere fisco quorundam sententia.
- 22 Hypothecam competere fisco à tempore litis contestationis in bonis delinquentis, qui dixerint.
- 23 Hypothecam in bonis delinquentis pro pœna à tempore sententia concedendam esse fisco.

Fiscus semper habet hypothecam, ibid.

A

Hy-

- 24 Hypotheca fisci à tempore sententiae arguitur ex similitudine, quasi contractus cum contractu.

25 Quasi contractus litis contestatione obligat litigantem ad instantiam.

26 Hypotheca fisci pro pena afficit bona rei, non tamen afferit prejudicium creditoribus. Est similis hypothecæ legatariorum, ibid. Qui tractat de lucro captando non profertur ei, qui agit de damno vitando, ibid.

Fiscus in pœnis tractat de lucro, ibid.

27 Hypotheca fisci pro resarciendo damno sibi illato ex maleficio est privilegiata.

28 Fiscus an sit præferendus creditoribus cùm agit pro interesse suo, & expensis factis pro capiendo malefactore, & incorporandis ejus bonis confiscatis, & qui affirmaverint.

29 Sententia negativa est verior. Fisco incumbit onus impensarum pro puniendo delinquentibus, ibid.

Princeps nisi servet Regnum securum, & iustitiam faciat absque subditorum gravamine, tenetur resarcire passis omnia damage, ibid.

Principi possunt denegari introitus, qui debentur pro administranda iustitia, si deficiat in iis, quæ ejus muneri incumbunt, ibid.

Qui facit expensas pro capiendo, & puniendo delinquentे potest eas à fisco recuperare, ibid.

30 Onus puniendi delicta incumbit fisco, pro quo recipit omnes introitus fiscales. Expensa funeralium, & expensæ pro puniendo delicto in quo differant, ibid.

31 Cùm expensæ fisci cedunt in utilitatem creditorum delinquentis, fiscus præfertur in illis omnibus creditoribus.

32 Fiscus præfertur privato, cùm concurrunt pro exigenda pena.

33 Fiscum concurrere pro rata cum privato exigenda pena applicata unicuique pro parte.

34 In dubio esse judicandum contra fiscum.

35 Intellectus 1. non puto, ff. de jure fisci, quæ probat contrarium, scilicet in dubio esse judicandum pro fisco.

36 Ubi ex eodem facto duo oriuntur creditores,

*neuter alteri præfertur, sed ambo concur-  
runt pro raro.*

*Pacta contenta in instrumento eodem, & legata, etiam si ordine scriptura unum præcedat alteri, ex eodem tempore sumunt vires, ibid.*

37 Cum ex eodem actu resultant duo creditores, inaequales tamen privilegio, unus alteri potest preferri.

38. *Hypotheca non competit fisco in bonis rei,  
que ipso jure fisco quaeruntur.*

39 *Pœna imposta ipso jure non mandatur executioni, nisi subsequatur sententia declaratoria super factō, &c n.40.*

41 Pœna, quæ non eget ministerio hominis, & executione exteriori, non indiget sententia declinatoria.

**42** *Hæc limitatio est controversa.*

43 Pœna quoad effectus internos incurritur ipso jure, & non indiget sententia declaratoria, sed non potest sine illa procedi ad effectus externos ortos ex pœna.

44 Lex cum operatur interius per se ipsam operatur super certo, & non potest errare, sed in effectibus exterioribus potest contingere error, & exempla.

45 Cum iudex est competens ad executionem  
penae incurse ipso jure, non esse necessa-  
riam sententiam declaratoriam, qui sen-  
serint, & non est verum.

46 Cum delictum est notorium, non opus est sententia declaratoria, ut pena mandetur exequutioni.

47 Contrarium sententiam multi defendunt, &c  
num. 48.

49 Notorium dicitur duobus modis.

50 *Fiscus cedit creditoribus in pœnis:*

## DISPUTATIO I.

An, & quatenus in judicio celebretur inter litigantes quasi contractus? De quasi contractu fisci cum reo. Et an ex delicto habeat hypothecam? De ejus effectu erga alios creditores, & efficacia poenarum ipso jure incursarum. An requirat sententiam declaratoriam?

**I**Concors est omnium Juristarum consensus, in judicio celebrati inter*li-*  
*ti-*

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

tigantes quasi contractum , juxta textum celebrem in l. licet Prator 3. §. idem scribit, ff. de pecul. ibi, nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi , ubi notat glossa, verbo, Judicio contrahi, declarat laic Bartol. n. 1. & seqq. Baldus in utraque lectura, Angel. Salicet. Fulgos. in eadem l. 3. §. si servus, n. 3. Paulus ibi in §. si filiusfamilias, n. 7. iterum glossa ultima, juxta textum ibi in l. 2. §. ultim. ff. de prator. stipulat. ubi Imola , & Paulus , & Cumanus , n. 5. Fulvius Constantius in l. 1. n. 106. in fine, cum n. seqq. C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. Felin. in Rubric. n. 23. de sentent. & re judic. Gregor. Lopez in l. 25. tit. 1. part. 7. gloss. 5. in princip. Didacus Perez in l. 1. tit. 3. lib. 3. Ordinament. verbo , Contestando el pleito, post quæst. 13. colum. 1866. vers. Item nota, Castillo in l. 55. Tauri, verbo , en juicio, Tepatus in compendio variarum, tit. 111. cap. 4. vers. In judiciis, dixi superiore tom. tit. 1. disputat. 2. n. 173.

2 Neque solum quasi contrahitur in judicio , sed etiam ex isto quasi contractu resultat novatio quædam , novaque actio, l. aliam 29. ff. de novat. Ubi notant Scribentes. Per eam verò novationem , novaque actionis ortum non perimitur antiqua actio, neque actoris jus fit deterius , imò melioris conditionis, d. l. aliam, l. 1. C. de judiciis, ubi glossa verb. Usurarum , & verb. Possis, Bart. ibidem n. 1. & 8. Non enim fit deterior conditio eorum , qui jura sua in judicium deduxerunt , quām si non deduxissent , l. non solet 87. l. nemo 88. ff. de regul. juris, imò plerumque melior, notat Cinus in l. 1. ante n. 1. Salicet. n. 1. Fulgos. n. 1. C. ex delict. defunct. dixique supra tit. 1. disput. 5. n. 43. & disput. 2. n. 173.

3 Non obstat , quod quemadmodum in contractu requiritur voluntas contrahentium , cùm contractus conventio sit , & conventio consensum utrinque requirat, l. 1. §. conventionis, cum §. adeo, & legibus sequentibus, ff. de pact. ita etiam videatur requiri in quasi contractu , ut ex illo nascatur obligatio , nam ex contractu ad quasi contractum valet argumentum , §. namque agit, ubi glossa verb. Et aliis quibusdam mo-

Tom. II.

dis, Inst. de actionib. l. si pupilli 6. §. sed si quis ita, ff. de negot. gest. l. impuberes 13. ff. de auctor. tut. Everard. in locis legalibus, loco 37. à contractibus ad quasi contractus. Cùm igitur judicium reddatur in invitum, & non consentientem, l. inter stipulantem 83. §. si fibi chum, ff. de verb. oblig. non poterit in judicio celebrari quasi contractus.

4 Non, inquam, obstat , nam respondendum est. Primò post Bart. in dict. §. idem scribit ex n. 10. latissimè , judicium reddi in invitum, qui nullum habeat consensum actualem, neque tacitum, neque expressum. Posse tamen in judicio quasi contrahi, quia in quasi contractu nullus requiritur consensus actualis, seu tacitas, sive expressus utriusque contrahentis ad producendam obligationem ; sed sat est consensus fictus, quem lex per fictionem inducit , ad producendam istam obligationem resultantem ex quasi contractu judicii. Atque eatenus in hoc articulo posse duci argumentum à contractu ad quasi contractum, non ultra, cum dispar sit in utroque ratio.

5 Secundò respondet Salicet. in d. §. idem scribit , judicium reddi in invitum, quia reus nollet compelli ad solvendum, reddi tamen ex altera parte in volentem, quia reus judicium evitare potuit solvendo , & noluit , unde videtur consentire, quod stabit Judicis sententiæ, ideo per prolationem sententiæ obligatur, & quasi contrahitur.

6 Tertiò melius respondetur , unumquemque civem posse duobus modis considerari. Primò ut partem Reipublicæ , simul cum aliis componentem universitatis corpus , membrumque totius : altero ut singularem personam segregatam à reliquis. Quatenus membrum est Reipublicæ , & universitatis , concurrit in consensum communem, quo tota Respublica suæ conservationis avida statuit , & consensit , ut constitueretur Magistratus, qui singulis jus redderet, & suum unicuique tribueret, iustiam administrans, cuique omnia Reipublicæ membra obedirent , cùm non posset aliter, neque vigere pax, neque conservari corpus universitatis : de quo communi

A 2

con-

consensu participant singuli cives, nullo dempto. In quo communi Reipublicæ totius, omniumque civium consensu prævio, & antecedenti fundatur, ex eoque resultat quasi contractus in judicio celebratus, ut Magistratui obtemperet, ejusque sententiæ obediatur. Quatenus autem quilibet est singularis persona, nollet ad judicium duci, Judicique obedire. Quod eleganter expressit Hispanum proverbium, *Todos quieren justicia, y ninguno por su casa.* Etenim unusquisque odio habet Judicem, qui ejus delicta puniat, qui eum alteri injuriam inferre non sinat, qui aliena, sive bona, sive mala fide possessa restituere cogat; aversaturque virginem illam inflexibilem scelerum ultricem aspero, & severo vultu contuentem, ancipiteque, & minaci gladio armata; justitiam, dico, omnibus invisam, & odiosam ideò dicitur, judicium in invitum reddi. Invitum, inquam si voluntatem consequentem, singularemque uniuscujusque civis species, non si præviam illam, & antecedentem omnium: nam ut universi consentiunt, amplectunturque Judicem, ac judicium, ut singuli, repugnant, invitique trahuntur ad illud.

7 Istam tamen communem sententiam in judicio celebrari quasi contractum limitandam credit Bild. in l. 1. n. 14. C. ex delictis defunctor. ut in judiciis criminalibus locum non habeat, in quibus existimat, non celebrari quasi contractum. Quod ex eo probat, nam alioqui oriretur actio civilis ex judicio criminali.

8 Verum communiter Doctores istam limitationem prætermittunt, quasi communis consensu, præsupponentes, ampliandam potius esse communem prædictam resolutionem, & quasi commune proverbium, etiam ad judicia criminalia, quemadmodum significant Angel. in l. si quis posthac 9. n. 4. C. de bonis proscript. Salicet. & Fulgosius in d.l. 1. n. 1. C. ex delictis defunct. & multi, quos inferius referemus. Quare existimo, Baldi sententiam veram non esse. Neque quidquam facit ejus fundamentum, non est enim necessarium dicere, oriri actionem civilem ex quasi contractu in ju-

dicio criminali, sed criminalem. Atque rametsi diceremus, ex quasi contractu judicii criminalis oriri actionem civilem, quæ superadderetur criminali ortæ ex delicto, nullum quoque esset incommodum, cum regulare esse in omnibus judiciis, ut ex illis resultet nova actio, notent Scribentes in d. l. aliam, ff. de novationib. quemadmodum advertimus supra n. 2.

9 Controvertunt tamen Scribentes in qua parte litis, & per quem judicii actum celebretur iste quasi contractus, an, inquam per litis contestationem, an per sententiam. Et celebrari per litis contestationem affirmat Glos. in d. l. 2. §. sed si liti, verb. Ex parte, ff. de prætor. stipul. quam approbat, & sequitur Angel. in l. rescriptum 11. in princ. n. 2. ff. de pact. & in l. si quis posthac 9. n. 4. C. de bon. proscript. Paulus in d. l. rescriptum, in princ. n. 3. Cuman. in d. l. 2. §. sed si unus, n. 5. & in d. l. aliam, n. 10. ff. de novar. Bald. in l. si magnum 13. n. 4. C. qui accus. non poss. Felin. in c. significantib. 2. n. 14. vers. Est quædam principialis regula de libelli obligatione. Gregor. Lopez in l. 25. tit. 1. part. 7. glos. 3.

10 Verum quasi contractum judiciis celebrari per sententiam, asseruit eadem Glosa in dict. §. idem scribit, verbo, *Judicio contrabi*, dum exposuit, id est, *sententia*, quam sequuntur ibi Bart. n. 1. Bald. n. 1. & alii communi ferè consensu.

11 Componunt tamen communiter DD. hanc glossarum discordiam, dicentes, in judicio celebrari duos quasi contractus, primum per litis contestationem; alterum per sententiam: cum hoc tamen discrimine, quod per primum quasi contractum litis contestatione celebratum, litigantes remanent ad stricti instantia, & tenentur prosequi judicium usque ad sententiam, ita ut non possit unus altero invito à judicio reducere, ut probat text. in Authent. qui semel, C. quomodo, & quando Judex, & in cap. causam que 3. de dolo, & contumac. Habet etiam iste quasi contractus alios effectus, quos notat Bart. in d. §. idem scribit, n. 6. & 7. & alii. Per secundum autem quasi contractu per sententiam initum obligantur pa-

parere sententiæ , eaque quia in sententia continentur proficere , & adimplere. Ita sentiunt Bart. in d. §. idem scribit, n. 7. Bald. in 2. leet. Salic. n. 20. Fulg. in eadem l. 3. §. si servu , n. 3. Paul. ibi in §. si filius familias, n. 3. ff. de pecul. Imola in d. l. 2. §. sed si unus, vers. In eadem glossa ibi, §. idem scribit, ff. de prætor. stipul. Alex. in d.l. rescriptum 11. in princ. n. 9. ff. de paet. Neg. de pign. 2. part. memb. 4. n. 116. Fulv. Const. in l. unic. n. 107. C. pœnis fiscal. cred. præferri.

12 Neque verò solum per litis contestationem celebrantur in judicio quasi contractus, sed etiam per alia, quæ emergunt ante litis contestationem , quamvis enim in eis lis non contestetur, tamen quasi contestatur, ut probat textus expressus in l. de etate 12. §. qui interrogatus, ff. de interrogator. actio. notat Bart. in d. §. idem scribit, n. 8. Canonistæ post gloss. in cap. prudentiam 21. §. sexta , verbo , ex confessione , de offic. & potest. jud. deleg.

13 Ex hac concordia infertur resolutio illius utilissimæ , & quotidianæ, quamvis controversæ quæstionis , an , & à quo tempore competat fisco hypotheca in bonis delinquentis pro pœna debita ex delicto. In qua mirum est , quantum Doctores variaverint. Et ut incipiamus à radice, scilicet à principali obligatione, cui accessoria est hypotheca, l. in omnibus 43. ff. de solut. l. contrahitur 4. l. res hypothecæ 5. ff. de pignor. l. item liberatur 6. ff. quibus mod. pign. vel hypotheca solv. notat Negus. de pign. 3. p. memb. 1. ex n. 8. certissimum est ex maleficio , præsertim ubi privatum est delictum, oriri actionem in favorem partis offendæ , non solum pro restauratione damni, & interesse, sed etiam pro pœna, quam leges ipsi parti applicandam statuunt, Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt. per totum tit. §. ex maleficiis, cum seq. Inst. de act. cum concordantibus. Et quod consequens est , ex parte rei oritur obligatio ex maleficio, mater prædictæ actionis, ad satisfaciendum offendio damna incursa , & solvendam pœnam illi legibus designatam, Inst. de obligat. quæ ex delict. in princip. & per totum. Verum hæc actio , & obligatio, quamvis ex

maleficio ortæ sapiunt civilitatem , & personales sunt , non reales , operanturque suum effectum in beneficium offensi , non fissi. Quid vero servandom sit, cum in judicium deducuntur, statuunt apud nos Hispanos l. 7. & 8. & 25. tit. 1. p. 7. ubi notat Greg. quoad hæc non est difficultas. Controversia est de criminalitate, & pœna applicanda fisco, an obligatio aдеam contrahatur à tempore delicti , & an sub hypotheca.

14 In quo articulo nonnulli sentiunt, à tempore delicti contrahi obligationem ex parte rei obnoxii reatui , ex qua manet ad pœnam obligatus, ita senti Odofredus, quem refert Alberic. in l. post contractum 15. n. 2. ff. de donat. dicens, id esse certum, Francisc. Aret. in l. divortio 8. in princ. n. 7. vers. Secunda autem ratio, ff. solut. matr. cui sententiæ videtur acquiescere gloss. in l. 1. §. bestias, verb. Honorari, ff. de postulan. Bart. in l. ex hoc jure, n. 15. ff. de just. & jur. ubi ait , ex maleficiis oriri naturalem obligationem, item Bald. in l. servus cuius 14. n. 2. vers. Posset tamen dici, ff. de iis, qui notantur infam. Angel. Perus. in l. per omnes , C. de collat. fundor. patrimon. lib. 11. Angelus Aret. in §. jus autem gentium, n. 12. Inst. de jure natur. gent. & civil. dum enim delinquens committit maleficium , videtur in pœnam consentire , conformans se legum dispositioni , l. Imperatores 34. ibi , ipse te huic pœne subdidisti, ff. de jure fisci, l. 15. tit. 13. p. 2. post medium, & ibi gloss. 6. ita fit, ut reus ex tempore delicti videatur cum fisco quasi contrahere, Joannes Lupus de Palac. Rub. in repet. Rubr. de donat. inter. §. 66. n. 24. Molina de primog. lib. 4. c. 11. n. 8. & pœnæ acquiescere, Lara in l. si quis à liberis, §. sed utrum, n. 22. ff. de liber. agnosc. Azeved. in l. 1. n. 56. tit. 21. lib. 4. Recop. Thuscus litter. A. concl. 151. n. 5. & 11. & litt. D. concl. 189. ex quo quasi contractu , & consensu oritur prædicta naturalis obligatio.

15 Ex qua priori sententia consequens est altera, nempe à tempore delicti contrahi hypothecam in bonis delinquentis favore fisci ad consequendam pœnam, quod simili modo certum esse dicit Odo- fre-

fredis relatus ab Alberico *ubi supra*. Eam amplectitur Dynus relatus à Cyno in l. si quis posthac 9. n. 5. C. bonis proscript. eique favet Accursius in l. unic. scholio 2. C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. Ubi nulla facta temporum distinctione tribuit fisco hypothecam in bonis delinquentis, motus auctoritate Azonis, qui in summa de privilegio fisci n. 1. Fisco tribuit hypothecam, non tamen tam generaliter, quam ab Accursio refertur, sed limitatè in bonis delinquentis contra fiscum. Sequitur Parladorius in sesquicenturia differentia 111. n. 14. & 15. & Garsias Toletanus ad tit. 7. n. 8. lib. 10. Codicis, qui credit, id statutum esse de jure Castellæ in l. 9. tit. 3. part. 5. Fundamentum est, quoniam fiscus semper habet hypothecam, l. auferitur 46. §. *Fiscus, ff. de jure fisci*, ergo ex illa naturali obligatione patiendi poenam pro delicto, & ex illo quasi contractu, necessarium est, ut oriatur hypotheca in favorem Fisci: quæ tametsi sit conditionalis, nempè sub conditione, si condemnatio sequatur, purificata tamen conditione retrotrahitur ad initium, & tempus delicti, l. potior 12. §. 1. l. qui balneum 9. in fin. princip. ff. qui potiores in pign. habe.

16 Verum contraria sententia, quinimo ex maleficio, non oriri obligacionem favore fisci, qua delinquens maneat obligatus ad poenam fisco acquirendam, neque tunc temporis cum fisco quasi contrahi, & quod consequens est, non acquiri fisco hypothecam in bonis delinquentis ex tempore delicti, est communissima ferè omnium Doctorum sententia, & verissima. Quæ ex eo probatur primò, quoniam si à tempore delicti fisco competenter hypotheca super bonis reorum, quoties reus alienaret bona post delictum, non esset opus revocatoria, sed posset per hypothecariam actionem antè alienationem quæsi tam avocare bona à quocunque possessore, cùm hypotheca adhæreat rei quocumque pervenerit, & res transeat cum suo onere in quemcumque possessorem, l. alienatio 67. ff. de contrah. empt. l. ad eum ult. §. Lucius, ff. de donat. l. si creditor 7. ff. de distract. pignor.

l. si debitor 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoib. sol. l. traditio 20. §. quoties, ff. de acquir. rer. domin. & ex litter. 5. in fin. & ibi gloss. ult. de pignor. l. 53. tit. 6. p. 1. Sed fiscus contra alienationes factas à reo uitetur revocatoria, quæ actio subsidiaria est, l. in fraudem 45. in prins. ff. de jure fisci, l. post contractum 15. ff. de donat. l. si quis posthac 9. C. de bonis proscript. ubi Doctores communi consensu notant. Ergo fiscus non habet hypothecariam in bonis delinquentium.

17 Secundò, quoniam actiones pœnales ad hæredes non transeunt, l. ex judiciorum 20. ff. de accusat. l. si poena 20. ff. de pœnis, l. ejus, qui delatorem, in princip. ff. de jure fisci, §. non autem omnes, inst. de perpetuis, & temporal. action. Ergo pro pœnis non datur hypotheca: alioqui in hæredes, & omnes bonorum possessores poena transiret.

18 Tertiò, quia poena non debetur ante condemnationem in criminalibus, l. si qua poena 244. ff. de verb. signific. ea ratione, quia poena infertur officio judicis, §. in summa, inst. de injuriis, ac per consequens nullam præsupponit obligationem, l. cum postulassim 44. in princip. ff. de damno infect. l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. empt. Quibus rationibus motus delinquentem non esse debitorem poenæ à tempore delicti, asseruit Bart. in l. de injurya ult. n. 3. ff. de injuriis, & in d. l. in fraudem 45. in fin. princ. & in l. auferitur 46. §. fiscus, n. 1. ff. de jure fisci, & in l. post contractum 15. n. 16. ff. de donat. & in extravaganti, qui sint rebelles, verbo, Meretur, Albericus in d. l. post contractum, n. 2. Salicet. in d. l. si quis posthac 9. n. 10. C. de bon. proscript. Joan. de Anania in Rubr. n. 11. extra de furtis, Anton. Gom. tom. 3. variar. c. 14. n. 3. sentit Barb. in l. hæres absens, §. proinde, in art. de for. delicti, n. 177. ff. de judiciis. Ego dixi cum plurimis, quos retuli supra tit. 1. disp. 2. n. 850. Ex quo consequens est, à tempore delicti non posse constitui hypothecam in favorem fisci pro consequenda poena, quippe cùm non possit hypotheca oriri, nisi sit obligatio principalis, cui accedat, quia non potest esse accidens sine substantia, l. fidejussor obligari 17. in princ. ubi notat Bart. ff. de

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

*fidejussor. Negusant. de pign. 3. part. memb. 1. n. 9. Surdus decis. 271. n. 4. & consil. 243. n. 10. Gaspar Roder. de annuis reddit. lib. 2. q. 9. n. 52. vers. Imò videtur.*

**19** Ad fundamenta contrariae sententiæ respondendum est, cùm delinquens dicitur obligatus ad poenam, vel sumi verbum *obligatus* largo modo, ut ait Bart. in d. l. ult. ff. de injur. vel agitur de obligatione, & actione quæsita offenso ex delicto forsan privato, de qua diximus *supra* n. 13. non de obligatione quæsita fisco, in qua possit fundari hypotheca.

**20** Neque sat est improprius ille consensus, quod delinquens in poenam videotur consentire. Quoniam vel ex consensu unius, sine concursu alterius consensus nunquam oritur obligatio naturalis, ut notat Bald. in l. 1. §. Bestias, n. 1. ff. de postulan. vel potius ille quasi consensus non est sufficiens ad producendum obligationem naturalem, aut constituendum quasi contractum, ut rectè notavit Angelus in d. l. si quis posthac n. 4. negans, ex delicto quasi contrahi, sed est consensus improprius, interpretativus, & fictus, ut observat Palacios Rubios in repet. Rubr. de donat. inter, §. 66. n. 24. Nam obligatio ad poenam qualis qualis sit, non est obligatio orta ex consensu, qualis erat futura, ut resultaret hypotheca, quæ ex consensu oritur, l. contrahitur 4. ff. de pign. sed provenit ex lege publica, subditos etiam invitatos obligante, ut pluribus prosequitur Covarruvias optimè explicans in cap. alma mater, part. 1. §. 10. n. 10. & 11. de sent. excommunic. in 6. notat Thuscus litter. D. concl. 189. n. 8. videtur assentiri Gregor. in l. 15. tit. 13. p. 2. glos. 6. in fine, post Baldum, in authent. ad bac, n. 32. & 33. C. de usuris, & Balb. de prescription. 1. part. quest. 7. ex n. 3. prosequitur Pinellus in auth. nisi tricennale, ex n. 32. C. de bon. matern. cui obligationi hypotheca accedere non potest, nisi à lege ipsa constituantur, quod in hoc casu non contingit.

**21** Doctores autem, qui in hac sententia communiter hactenus convenient, non una incedunt via, sed in diversas sec-

tas, & opiniones dividuntur. Prima est, Fisco pro consequendis poenis in bonis rei numquam competere, aut concedi à jure hypothecam. Hanc tuetur Accutius in l. aufertur 46. §. Fiscus, verb. Pignoris, ff. de jur. fisc. & in l. rescriptum 11. in princip. verb. Hypothecas, ff. de pactis, quem sequitur Cujac. in l. quod placuit 37. ff. de jure fisc. in eadem est Guillelmus de Cuneo relatus à Constantino in l. 1. n. 106. C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. Cinus in l. si quis post hac 9. n. 5. Bald. n. 4. C. de bon. præscript. idem Bald. in l. 1. n. 14. C. de jure fisc. & in l. 1. C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. & ibidem Joannes de Platea n. 4. in fin. Angelus Aret. de maleficiis, verb. Dictum Sempronium n. 11. Fulgos. cons. 179. n. 2. Ripa in l. 1. n. 9. in fin. ff. in quibus causis pign. tacit. contrah. Imò & Bart. in d. l. 1. n. 3. C. pœnis fiscal. & in d. l. rescriptum in princ. n. 2. ff. de pact. & in d. l. aufertur 45. §. Fiscus, ff. de jure fisci, & in l. post contractum 15. n. 16. ff. de donat. in quibus locis aperte docet, fisco ante sententiam bona delinquentis non esse hypothecata, non aperit, nec declarat, an sint hypothecata, post sententiam, quasi significet, nunquam esse. Fundamentum hujus sententiae est primò, quia hanc fisci hypothecam pro poenalibus, non invenimus in jure concessam. Secundò est pro ea textus à nullo, quem viderim, expensis in l. condemnatus 11. in fin. ff. de portion. quæ lib. damnat. expensis conced. alias tit. de bonis damnatorum, ibi, post condemnationem verò revocantur, quæ in fraudem fisci alienavit. Ergo neque per condemnationem fisco acquiritur hypotheca, nam si acquireretur, non esset necessaria revocatoria subsidiaria actio ad recuperanda alienata, sed per hypothecariam recuperarentur.

**22** Secunda est, fisco pro consequendis poenis esse concedendam hypothecam in bonis delinquentis; quamvis non à tempore delicti, à tempore tamen litis contestationis in judicio, & processu criminali factæ. Hanc amplectitur Angel. in d. l. si quis posthac 9. n. 4. C. de bonis præscript. quem sequuntur Fulgosius in d. l. rescriptum 11. in princ. & Paulus ibi, n. 3. ff. de pact. Fundamen-

mentum est, quoniam fiscus acquirit hypothecam, non solum ex contractu, sed etiam ex quasi contractu, qui contractui æquiparatur, ut mox constabit. Sed per litis contestationem celebratur, quasi contractus, ut diximus *supra n. 9. & 11.* Ergo ex tempore litis contestationis, & quasi contractus per illam celebrati acquirit fiscus hypothecam in bonis delinquentis.

**23** Tertia, & ultima opinio est, fisco acquiri hypothecam super bonis delinquentis à tempore sententiæ prolatæ in judicio criminali, non ante ipsam. Pro hac refertur Bart. *in l. post contractum 15. n. 16. ff. de donat.* verū neque ibi, neque ullo alio loco, quem viderim, Bart. expressè asserit, bona delinquentis esse hypothecata fisco post sententiam non esse hypothecata, ut notavi superius *n. 21.* Eam tamen amplectitur Baldus sibi contrarius *in d. l. rescriptum 11. in princip. n. 4.* post longum discursum, & *ibid. n. 2.* sibi etiam contrarius notat, per sententiam criminalem quasi contrahi, *ff. de past.* Albericus *ibi n. 4.* Alexand. *n. 8. & 9.* Jason *n. 10.* Salicet. *in d. l. si quis post hac, n. 10. C. de bonis proscript.* Paulus de Montepico *in d. l. post contractum, n. 13. & 87.* Joannes Annibal. *n. 313. ff. de donat.* Falvius Constantius *in l. 1. n. 107.* Jac. Rebiffus *n. 3.* C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. August. Ariminensis *ad Angelum de malefic. verb.* Dictum Sempron. *n. 11.* Negusant. *de pignor.* 2.p. memb. 4. *n. 115.* Peregrin. *de jure fisc.* 5. tit. 1. *n. 182. & libr. 6. tit. 6. n. 12.* Julius Clarus *libr. 5. sentent. §. fin. q. 78. n. 32.* Thesaurus *q. Forens.* lib. 1. *q. 85. n. 5.* Gregor. Lopez *in l. 9. tit. 3. p. 5. gloss. 6. & in l. 25. tit. 13. ead. part. gloss. 6.* Tellus Fernandez *in l. 4. Tauri, n. 60.* Alfaro de officio fiscalis, *gloss. 35. n. 133. & 134.* Thuscuss *litt. F. concl. 385.* Bossius *diversor. tract. crim. tit. de bonor. publicat.* *n. 81. & 82.* Farin. *in praxi crim.* *q. 25. n. 163.* Hieron. de Laurentiis *decis. 121. n. 8.* Beccius *conf. 57. n. 6.* Mantica *de tacit. & ambig. convent.* lib. 11. *tit. 18. n. 31.* Sanchez de matrim. lib. 6. *disput. 4. n. 8. sub vers. 3. aliis temperant.* Fundamentum est, quoniam fiscus semper habet hypothecam, *l. auferitur 45. §. Fiscus,*

*ff. de jure fisci, quo fit, ut omnes cum fisco contrahentes subjiciant tacitæ hypothecæ in favorem fisci omnia bona tua, l. 2. & 3.* C. de privil. fisci, *l. 1. & 2.* C. in quibus caus. pignus, vel hypoth. tacit. contrah. Negus. de pignor. 2.p. memb. 4. *ex n. 113.* Peregrin. *de jure fisci, lib. 6. tit. 6. ex n. 1.* Alfaro de officio fiscal. *gloss. 34. §. 5. n. 116.* Mantica *de tacit. & amb. convent.* lib. 11. *d. tit. 18. ex n. 4.* Quod p. ivilegium ad quasi contractus cum filio celebratos extendunt ferè omnes *supra* relati, & in specie Bald. Angel. Fulgos. Negusant. Alfar. & Mantic. Sed in judicio celebratur cum fisco quasi contractus per sententiam, ut notavi superius *n. 10. & 11.* Ergo post sententiam manent obligata tacite fisco bona delinquentis.

**24** Ex quibus facile satisfit fundamentis duarum priorum opinionum. Nam ad fundamentum primæ, primum dicendum est, quamvis non sit expressè statutum in jure, ut pro pœnis concedatur fisco hypotheca, colligi argumento probabili similitudinis contractus cum quasi contractu, à quorum uno ad alterum desumitur efficax argumentum, juxta notata ab Everardo *in locis legalib. loco 37.* à contractibus ad quasi contractus. Ad secundum dicendum est, verbum revocari *in d. l. condemnatus, ff. de bonis damnatorum,* non significare, res à reo alienatas post condemnationem recuperati per revocatoriam, sed recuperari, & avocari à possessore, quo autem genere actionis revocantur, non declarat Jurisconsultus, quare nihil probat contra sententiam eorum, qui credunt avocari per actionem hypothecariam.

**25** Ad argumentum Angelii pro secunda opinione respondeatur, quamvis celebretur quasi contractus per litis contestationem, illum tamen celebrari dumtaxat ad eum effectum, ut quis remaneat adstrictus instantiæ, non autem ut maneat obligatus ad pœnam contentam in futura condemnatione, & ad implementum contentorum in sententia, ut dixi *supra num. 11.* Quare non potest ex eo quasi contractu resultare hypotheca tacita in favorem Fisci in bonis delinquentis ad exigendam pœnam.

nam. Ita respondet Alex. *in d.l. rescriptum, in princ. & ferè alii omnes eum sequuntur.*

26 Hæc tamen recepta, & communis sententia habet duas solemnes limitationes. Prima est, hanc hypothecam in bonis delinquentis contractam, operari effectum suum comparatione delinquentis solum, & bonorum ejus, non comparatione creditorum aliorum ipsius; etenim quantum ad istum effectum censenda est inutilis, nam omnes creditores delinquentis, quamvis chirographarii præferuntur Fisco agenti pro poena. Hanc limitationem probat textus *in l. in summa 17. l. quod placuit 37. l. Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de jure Fisci, l. unica, cum Rubr. C.pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10.* & ipsis locis Doctores unanimi consensu notant. Hæc fuit originalis animadversio Dyni, quem refert Cynus *in d.l. si quis post hac 9.n.5. C.de bonis proscript. non verò ab eo recedens, illum enim unanimi consensu sequuntur cæteri relati supra num. 23. utuntur ad hac rem explicandam Paulus, & Jason in dict. l. rescriptum 11. in princ. ille n. 3. hic n. 10. ff. de pactis, Lucas de Penna in d.l. 1.n.2. Fulvius Constantius n. 107. C.pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. appositissimo exemplo legatiorum, qui habent hypothecam tacitam super bonis defuncti, juxta l. 1. & 2. C. commun. de legat. & tamen creditores defuncti, etiam chirographarii, illis præferuntur, prius enim solvenda sunt debita defuncti, quam legata, aut fideicomissa, l. scimus 22. §. fin. verb. Creditores, ubi notat Gloss. verb. Accommodare, C. de jur. deliber. l. si universa 15. C. de legat. l. 1. §. si is qui, ff. ad Trebel. l. in ratione 11. §. quod vulgo, ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. in quibusdam ff. si cui plus quam, per leg. Falcid. l. creditoribus 4. & ibi gloss. verb. Potuit, l. quoties, in princ. ff. de separat. gloss. in l. hereditiarum 39. verb. Loco, ff. de action. & obligat. Asinius de execution. §. 7. cap. 17. Phanutius de inventar. tract. diversor. q. 242. n. 140. & 141. Molina de justit. tract. 2. disp. 216. n. 8. Nam habens hypothecam pro lucro captando in his casibus non præfertur illis, qui tractant de damno vitando. Cùm verò Fiscus agit pro*

Tom. II.

poena, tractat de lucro, ut notant Cumanus in l. 1. n. 11. Jason n. 37. Barbosa ibi 2. p. n. 13. ff. solut. matrim. Decius in l. in ambiguis pro dotibus 85. n. 2. ff. de regul. jur. idem Jason conf. 39. n. 5. & conf. 99. n. 3. volum. 1. & conf. 167. n. 21. vol. 4. Negusant. de pignor. 2. p. memb. 4. n. 117. & 118. Martin. Laudens. de Fisco, q. 242. Francisc. Lukanus de privil. Fisci, 1. p. n. 8. Menoch. de præsump. lib. 2. præsumpt. 72. ex n. 5. Peregrin. de jure Fisci, lib. 7. tit. 3. n. 45. Caballus resol. crim. centur. 1. casu 56. n. 21. in fin. & centur. 3. casu 201. n. 48. & 49. & casu 203. n. 12. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 271. n. 20. & 21. Caballinus millequio 198. Adnotatio ad Mathesil. singulari 71. n. 4. quæ fuit etiam consideratio Angeli in summa, verb. Pœna, n. 13. in fin. Hanc limitationem præter Doctores in prædictis locis tradunt Afflict. in cap. 1. n. 9. privil. 31. de fratribus, de novo benefic. investit. Bossius trat. crim. tit. de bonor. publicat. n. 82. Jul. Clar. lib. 5. sent. §. fin. d.q. 78. n. 29. & 31. Peregr. de jure Fisci, lib. 4. tit. 8. n. 11. & lib. 5. tit. 1. n. 54. & 86. Caballus resol. crim. d. casu 201. n. 47. & seqq. & casu 202. n. 12. & casu 234. ex n. 2. & casu 266. ex n. 2. Franch. de if. 317. n. 7. Thesaurus lib. 4. q. forens. q. 3. Farin. in praxi, q. 25. n. 189. Sanchez operis moralis, lib. 2. cap. 22. n. 95. Anna singul. 139. Riccius collectan. 244. vers. Infertur tertio, Thuschus litter. F. concl. 383. n. 47. Everard. in locis legal. loco 62. à Fisco ad dotem, n. 6. Decius conf. 57. n. 7. Parlador. in sesquicenturia, different. 111. n. 15. Garcias Toletan. ad tit. 7. n. 6. C.pœnis fiscal. cred. præf. lib. 10.

27 Sublimita primò hanc limitationem, ut non procedat, cùm Fiscus agit actione ex maleficio, non ad pœnam, sed pro resarciendo damno sibi per maleficium illato: nam tunc uitur actione hypothecaria privilegiata, etiam contra creditores, ut illi prius satisfiat de suo interesse. Ita probat textus *in l. quod placuit 37. ff. de jure Fisci, ubi gloss. verb. Ius commune, & in l. unica, C. pœnis fiscal. cred. præferri, lib. 10. & de jure Castellæ in l. 9. tit. 3. p. 5. ubi gloss. 9. eam in hanc sensum interpretatur. Sub limitationem, tradunt Azo in summa, C. de privil.*

B

Fis-

*Fisci, n. 1. Baldus in d. l. rescriptum, in 2. lect. n. 1. in fine, Alexand. n. 9. ff. de parr. Vinc. de Anna singul. 139. qui refert sic decisum in Sacr. Consil. doctissimus Riccius collect. 244. vers. Infertur tertio, quod creditur; Everardus in locis legal. loco 62. à Fisco ad dotem, n. 6. Caballus resol. crim. cent. 3. casu 202. n. 12. & 13. Julius Clarus libr. 5. sent. §. fin. q. 78. n. 31. Thuscus litt. F. conclus. 383. n. 47. Negus. de pignor. 2. p. memb. 4. n. 116. in fin. Mantica de tacit. & ambig. convent. libr. 11. tit. 18. n. 34. Garsias Tolletanus in Lucerna Rubricar. ad tit. 7. n. 6. C. poenit. fiscal. cred. præferri, libr. 10. Et planè eidem assentitur Farinac. in praxi crim. q. 25. n. 189. ubi privatum creditorem ex delicto pro damno sibi illato præfert Fisco prosequenti poenam ex eodem delicto, ex consequenti prælatus Fiscum, cùm agit pro damno sibi illato, quem sequitur Sanchez operis moralis libr. 2. cap. 22. n. 95. consenit Peregrinus de jure fisci, lib. 4. tit. 8. n. 13. Caball. d. casu 202. n. 12. Thesaurus decis. 18. n. 8. in fin.*

28 An verò sublimitatio ista extendenda sit ad eum casum, quo Fiscus agit ad interesse suum pro expensis factis in capiendo malefactore, & incorporandis ejus bonis confiscatis, ita ut quoad has expensas sit præferendus cæteris creditoribus, controversum est apud Doctores. Nam nonnulli affirmant, Fisci privilegium prioritatis, & prælationis in hoc casu locum habere adversus alios creditores. Ex his est Afllict. in cap. 1. verb. *Et bona committentium, n. 47. in tit. qua sint regalia, Peregr. de jure fisci, lib. 5. tit. 1. n. 193. & 194.* Probatur ea ratione, quoniam cum publicè intersit delicta puniri, l. ita vulneratus, aliàs l. si ita vulneratus 52. §. finali, ff. ad l. Aquil. cum similibus, impensa facta pro punitione delicti, ut potè pro interesse publico, speciale me retur favorem, quemadmodum c. b eandem rationem impensa funeris, quæ publicam causam continet, in concursu præfertur cæteris creditoribus, l. impensa 45. ff. de religios. & sumpt. funer. Riccius collect. 9. & collect. 483. & collect. 2081. Negus. de pignor. 5. part. membr. 2. ex num. 28. cum in-

finitis Doctoribus consultò omissis.

29 Alii verò negant, Fisco pro istis expensis privilegium prioritatis inter cæteros creditores, quinimò existimant, si reus non sit solvendo idoneus, creditores esse præferendos Fisco. Ita sentit Gigas tractat. de crim. laesa maiestatis, sub tit. ult. de variis, & diversis quaest. q. 12. n. 6. quem sequuntur Hieron. de Laurent. decis. 121. ex n. 4. Bajardus ad Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. fin. q. 78. n. 169. & 170. Sanchez operis moralis, l. 2. cap. 22. n. 93. Caballus resol. crim. casu 201. ex n. 21. qui optimè prosequitur. Ratio est, quoniam Fisco incumbit facere impensas pro puniendis criminibus, purgandaque malis hominibus provincia: ideo enim Fisco Regio alsignantur redditus Fiscales, mulctæ, & poenæ, ut hoc onus in se suscipiat. Quoad impensas aut factas in incorporandis bonis, & reducendis ad manus Fisci, utile sibi negotium facit, quare eas nemini debet imputare, quemadmodum hæres agnoscere debet expensas, quas facit pro consequenda hæreditate, bonisque defuncti. Confirmatur ex eleganti doctrina D. Thom. 2. 2. q. 62. art. 7. in corpore, quem sequitur Andreas de Isernia in tit. de statutis, & consuetudin. &c. n. 39. & in Constit. super incisionibus, verb. Inveniri, vers. Nec dicit, in fin. & Lucas de Penna in l. 1. n. 16. & 17. C. ne rusticani ad ullum obseq. Constantius in l. unica, n. 38. C. de clasificis, lib. 11. & Gregor. Lopez in l. 2. tit. 20. p. 2. gloss. 2. Joann. Gartia de expensis, & meliorationibus, cap. 21. n. 35. Ponte de potest. Proreg. tit. 4. in princ. n. 65. & tit. 5. ex n. 11. notantis, Principem, ut qui percipit fructus Regni, & habet Regalia, dominia, & vectigalia, nisi Regnum servet securum, & absque subditorum gravamine justitiam faciat, teneri de omnibus maleficiis, ut resarciat passis omnia dama, ex ejus culpa, & negligentia provenientia. Quare (ait Lucas) si Rex, aut ejus Magistratus velit fortè capere maleficos, & latrones, non potest ad hoc cogere sibi subditos, maximè homines Civitatum, quia stipendiis Regiis sunt hujusmodi malefici capiendi, sequitur Fellelius in pract. crim. 1. p. 2. p. verb. Notatos ca-

piat

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

piat de persona, n. 10. in fin. Hinc Bald. in cap. 1. §. Marchio, n. 5. de iis, qui feud. dar. poss. docet, Comites, & Barones teneri Curtes suas, in quibus colligunt pedagia, habere securas à latronibus, alias tenentur emmendare damna deprædatorum, juxta tradita per Archidiac. in cap. si quis peregrinos, alias cap. si quis Romipetas, n. 1. in fin. 24. q. 3. quos sequitur Palac. Rub. in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 9. n. 8. in fin. & n. 9. de donat. inter. Mastrill. de Magistrat. 2. p. libr. 4. cap. 16. n. 213. qui plures allegat, Capic. in investitura feudal, verb. Gabellis, §. colligentes pedagia, pag. 115. Molina de justitia, tract. 2. disp. 667. n. 3. 4. & 5. & Palac. Rub. in l. Tauri 45. n. 21. Item si in istis deficiant, quæ eorum muneri incumbunt, poterunt eis justè denegari introitus, qui debentur in compensationem gravaminis, & oneris illis impositi in administranda subditis justitia, ut latè tractat Afflictis in Rub. qua sint Regalia, ex n. 7. & 8. vers. Unde si Rex, & notat Caballus dict. casu 201. n. 34. & idem Palacios ubi supra ait, subditos non teneri ad servitia, si Rex non bene regat. Inde etiam fit, ut qui fecit expensas pro capiendo delinquente, & eo puniendo, possit eas à Fisco recuperare, quasi negotium ejus utiliter gesserit, & onus ejus subjerit, ut rectè, & cum judicio tradiderunt Baldus in cap. 1. n. 3. in tit. hic finitur lex, & eum sequutus Petrus Gerard. de Petra sancta singulari 14. n. 13. Julius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. q. 29. n. 7. & ad eum locum Bajard. n. 20. Petrus de Monteforte in Constit. Clementia, n. 4. in recollectis, seu additionibus Grammatica ad Constit. Regni, lib. 2. Puteus de Syndic. tit. Salarium, cap. 6. n. 7. Additio ultima ad Cappellam Tolosanam, q. 41. Palac. Rubr. in repet. cap. per vestras, §. 39. n. 6. de donat. inter. Avendanus de exequend. mandat. 2. p. cap. 10. n. 15. Caballus resol. crimin. d. casu 201. n. 16. & seqq. Idque magna cum ratione, nam istæ expensæ sunt onus fisci, & illum oportet in his rebus expendere, ut probat textus in l. mulier inops 6. ff. de captiv. & postlim. revers. agnoscentque ibi Doctores, ego dixi supra tit. 1. disp. 2. n. 865. & disp. 5. n. 21. in fin. ubi Tom. II.

plures retuli, sentiunt Jul. Clar. d. §. fin. q. 99. n. 5. Boer. decis. 303. n. 10. Bernardus Diaz in pract. crim. canon. cap. uit. Caballus d. casu 201. n. 14. Thusc. litt. E. concl. 632. n. 11. & illos quos post D. Thomam paulò superius retuli, facit adnotatio Cabedi decis. 8. n. 33. 1. p. Atque hæc videtur verior sententia.

30 Qua retenta non obstat fundatum prioris, quo nituntur Afflict. Peregrin. nam respondendum est, onus puniendi delicta, in quo versatur publicum interesse, esse impositum fisco, & ut hoc onus agnoscatur, & suscipiat, recipit omnes introitus fiscales: ideoque pertinet ad ipsum facere impensam pro satisfaciendo prædicto oneri, neque ad rem facit exemplum impensæ funerariæ, quo Peregrinus utitur, quoniam omissa adnotatione Caballi, d. casu 201. n. 43. circa æquiparationem expensarum fisci, & funeralium, qua ostendit istas expensas maximè inter se differre, ego animadvero, inter utrasque expensas, quamvis ad publicam causam pertinentes, versari maximum, & evidens discriminem, quamvis in cæteris omnibus convenienter, quod in præsenti articulo est maximi effectus, nempè expensas funeris, & infirmitatis non incumbere, nisi patrimonio defuncti, ac per consequens, ab eo solo agnosci debere, ita mirum non esset, si præferretur omnibus creditoribus: at impensa pro puniendis delictis incumbit fisco, pertinetque ad munus ejus. Ita fit, ut si patrimonium rei non sit solvendo creditoribus, & fisco pro istis impensis, nihilque ex eo remaneat, solutis privatis debitibus, idem censendum sit, ac si reus nihil haberet in bonis, cum bona non dicantur, nisi quæ deducto ære alieno superfluit, l. sub signatum 39. §. bona, ff. de verbis. signific. Itaque cum causa publica non invenit patrimonium aliud, cuius onus esse possit, præfertur privatis, ut contingit in funerali, at cum habet cui incumbat, præter patrimonium debitum exhaustum, privatis creditoribus cedit.

31 Hæc tamen sententia tunc est limitanda, cum expensæ à fisco factæ pro perseguendo, & carcerando delinquente,

aut ejus bonis capiendis, sequestrandis, & annotandis, cedunt in utilitatem creditorum, quoniam per eas bona sint manifestata, quæ alioqui occultarentur, aut conservata, quæ alioqui dissiparentur; etenim quoad has expensas præferretur fiscus omnibus creditoribus ob æquitatem, l. interdum 13. ff. qui potiores in pign. hab. locum enim haberet illa ratio, quod expensæ fisci salvam fecissent totius pignoris causam, quomodo conciliare voluit duas prædictas dissidentes sententias Fulvius Constantius in d.l. unic. n. 109. C. pœnis fiscalis cred. præferri, lib. 10. Sed ideò hæc conciliatio non videtur esse ad rem, quod sit indubitata, & in eo casu nullus ex Authoribus posterioris sententiæ negabit fisco prælationem: difficultas enim, in qua Doctores discordant, est quando expensæ fiunt ob causam publicam puniendi maleficii, & nullo modo creditorum utilitatem, quæ ex præcisa delinquentis punitione, & incorporatione bonorum ejus nulla resultat.

32 Sublimita secundò primam prædictam limitationem, cùm fiscus agit ad pœnam contentam in condemnatione, verùm concurrit cum privato, ad quem pars ejusdem pœnæ ex eadem condemnatione pertinet. Ponamus, condemnatum esse reum in pœna centum pro fisco, & centum pro accusatore: & concurrere fiscum cum accusatore pro exigenda pœna tunc reo non existente solvendo utriusque pœnæ quantitatem, fiscus præfertur in exigendo suo credito, & parte pœnæ, excluditque privatum. Ita sentit Baldus in d. l. rescriptum 11. in princ. n. 4. in 1. lect. ff. de pactis, Negusantius de pign. 2. part. memb. 4. n. 115. Covarruv. lib. 1. var. cap. 16. n. 8. qui pro ea refert Guillelmum de Cuneo, Jacobum Butrigarium, & Ancharranum, Everardus in locis legalibus, loco 62. à fisco ad dotem, n. 6. Thusc. litter. F. concl. 399. n. 13. Julius Clarus lib. 5. sent. §. fin q. 78. n. 31. Farin. in praxi crimin. q. 25. n. 188. Sanchez operis moral. lib. 2. cap. 22. n. 94. Villadiego in polit. cap. 2. n. 134. Hinc sublimitationem Covar. dicit probari ex text. in l. quod placuit, ff. de jur. fisci, & in l. unic. C. pœnis fiscal. cred.

præferri, lib. 10. credo ob id, quod probare videantur, fiscum in pari causa præferri privato, quemadmodum itidem ex text. in l. si is qui 28. ff. de jure fisci, & in l. 1. C. cod. tit. lib. 10. prosequitur Peregrinus de jure fisci, lib. 6. tit. 6. n. 21. cum seqq. Barbosa in l. 1. 2. part. n. 12. & 13. ff. solut. matrim. quam esse communem Doctorum conclusionem affirms Gabriel Sarayna ad Matesilanum, singulari 71. n. 1.

33 Contrariam nihilominus sententiam huic sublimitationi quinimò in prædicto casu fiscum privato præferendum non esse, sed æquali concursu pro rata cum privato participaturum ex bonis rei condemnati, sequutus est Senatus Parisiensis apud Joannem Gallum q. 139. revocans contrariam sententiam à Judicibus inferioribus latam, ut refert ubi supra Covarr. Galli quæst. est 256. in stilo Parlamenti Parisiensis, part. 5. ubi habes quæstiones Joann. Galli per arresta Parlamenti decisas in libro meo, eidem sententiæ subscribit Peregrinus de jure fisci, lib. 4. tit. 8. n. 12. & Caballus resol. crim. cent. 3. casu 202. n. 11. dicens, eam in prædicta observari, quamvis contrariam agnoscat substantiiliorem in puncto juris, sic ille dicit. i

34 Hæc sententia in primis vdebatur probari ex text. in l. non puto 10. ff. de jure fisci. Secundum communem intellectum, juxta quem Doctores communiter notant, in dubio esse judicandum contra fiscum, animadvertisit Matesilanus singulari 71. Covarr. lib. 1. variar. cap. 16. in princip. & n. 1. Negusant. de pign. 2. part. membr. 4. n. 118. Simancas de Catholic. instit. tit. 9. n. 53. Parlador. lib. 1. rerum quotid. cap. 3. §. 2. n. 36. & latè tractat Barbosa in l. 1. 2. part. n. 11. ex vers. Ad complementum autem, cum n. seq. ff. solut. matrim. Farin. in fragment. crim. litter. F. n. 188. & 189. & Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. per totam.

35 Veruntamen text. in d. l. non puto, mihi non probat communem illam Doctorum traditionem, contra fiscum in dubiis quæstionibus esse judicandum, imò verò tantum abest, ut id proberet, ut ferè credam probare contrarium, videlicet in dubiis esse

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

esse judicandum pro fisco. Etenim in dubiis contra fiscum judicare adeò periculosest, ut Judex sic judicans incurrat suspicionem delicti, & dubitatum jure fuerit, an deliquerit. De qua quæstione interrogatus Modestinus J. C. non afferendo, & firmiter affirmando, sed dubitando potius respondit per verbum, *Non puto delinquere, quo respondendi modo non utimur, cùm de re certa, & indubitata pronunciamus, sed cum dubitanter definimus, quod probabile nobis videtur, sed tamen incertum esse judicamus. Quis verò prudens exponat se suspicioni delicti? Quis volet facere actum, de quo non sine ratione dubitari possit, an sit delictum. Quis volet apparere delinquens? Itaque Judex ille, qui in ambiguis quæstionibus contra fiscum judicaverat, ut demus à J. C. excusatum fuisse à culpa, & delicto, proculdubio ab imprudentia non est excusatus, qui non debuit ei periculo se exponere, ut delinquens apparuerit. Ex quo fit, Judicem prudentem, qui ante sententiam tutiorem partem debet eligere, ut animadvertismus supra tit. 1. disp. 3. n. 29. non contra fiscum, sed in favorem fisci judicatorum. Itaque juxta verum, & genuinum intellectum in illo textu solum deciditur, fiscum non habere privilegium, ut in dubiis quæstionibus pro ipso judicetur, quemadmodum habet dos, l. in ambiguis 86. ff. de regul. jur. non tamen inde colligitur, pro privato contra ipsum esse judicandum, non enim omnia, quæ licent, expedient, docente Paulo 1. Corint. 6. n. 12. & cap. 10. n. 22. Quo pertinet J. C. sententia in l. non omne 187. in princ. ff. de regul. jur. & Ciceron. orat. 35. pro Lucio Cornelio Balb. n. 8. est enim aliquid, quod non oporteat, etiamsi licet. Quam interpretationem reprobata multorum diversa sententia, eleganter prosequitur Barbosa in l. 1. 2. part. ex n. 14. ff. solut. matr. eamque tradiderunt Bulgarinius in eadem l. 1. n. 5. Barthol. Socin. n. 8. Marian. Socin. Junior, n. 26. & 27. Duarenus ad l. 1. ff. solut. matrim. col. 4. & ad tit. de re judic. prælect. 3. 1. ad leg. inter pares, circa fin. Curt. Jun. & Ruyn. ab eodem Barbosa relati, Joan. Garcia de*

*nobilit. gloss. 25. num. 6. vers. Ea autem.*

36 Igitur prædicta sententia probatur à Peregrino d. tit. 8. n. 12. vers. Mihi verò, quoniam nullibi in jure reperitur, quod ubi ex eodem facto duo oriuntur creditores, seu ex sententia, alteri præferatur in concursu, sed ambo æqualiter admittuntur. Prælatio autem consideratur, cùm ex duabus diversis factis duo creditores resultant: tunc enim de jure prioritatis in concursu oritur controversia. Cùm igitur in præsentí casu fiscus, & privatus ex eadem sententia fiant creditores, dicendum erit, in bonis rei pariter concurrere debere fine prælatione ulla, juxta regulam l. reos 11. §. cum tabulis, ff. de duobus reis, & in l. 1. C. si plures una sententia, & dicta supra tit. 1. disp. 5. n. 42. Confirmat eandem doctrinam ex alia Bart. in l. Contract. 17. n. 4. & 5. C. de fide instrum. ubi docet, si in instrumento uno, & eodem reperiantur plura pacta, unum scriptum prius in favorem unius, alterum scriptum post in favorem alterius, unum non posse contra alterum prætendere prælationem in tempore, quia omnia desumunt vires, & robur simul, & semel ex perfectione unius contractus. Et in legatis etiamsi alia prius, alia posterius scribantur in testamento, aut codicillis, nullum prioritatis ordinem servari, docuit J. C. in l. is cui 5. §. qui prior, ff. ut in posse. l.

37 Fateor quidem, opinionem Peregrini, esse satis æquam, & verisimilem: sed cum prior autoritate præponderet, sitque magis communis, crederem, difficulter pro ea obtinendum, quidquid eam magis praxi receptam dicat Caballus. Præsertim cùm fundamento Peregrini facile possit occurri, si dicamus, cùm ex uno, & eodem actu resultant duo creditores cum æquali, & pari jure, inter eos non inveniri prioritatis prærogativam, quo pertinent text. & doctrinæ à Peregrino allegatae ad suæ sententiæ confirmationem, sed cùm inter ipsos non est paritas, sed inæqualitas, quamvis ex eodem actu resultent, posse inter eos inveniri prælationem. Sic contingit in casu, de quo loquimur, nam quamvis fiscus, & privatus sint creditores ex eadem sen-

## TITULUS II. DISPUT. I.

tentia , jus ipsum prætolit privato fiscum, dum induxit in favorem fisci hypothecam, non in favorem privati. Cum igitur fiscus sit creditor hypothecarius post sententiam, ut dixi superius n. 23. præferretur privato creditori chirographario ex eadem sententia. Neque oberit , quod hypotheca fisci sit item inutilis contra creditores, ut superiorius adveit n. 26. Id enim intelligendum est de creditoribus , qui creditum fisci antecedebant , non de illis , qui ex una , & eadem causa cum fisco simul cœperunt esse creditores, ut insinuat text. in d.l. quod placuit , ff. de jure fisci. Quæ considerationes conjunctæ cum maxima auctoritate Doctorum, qui primam sententiam tuentur, reddunt probabilissimam opinionem pro fisco.

38 Secunda limitatio est non minus celebris, ut fisco non competat hypotheca in bonis rei , quæ ipso jure fisco addicuntur , sive quota pars ejus , sive universitas bonorum,sive singulæ res confiscentur.Ratio est , quia quando pœna confiscationis ipso incurritur , fiscus in bonis rei statim acquirit dominium , & plenum jus, l. commiss. 14. cum gloss. ibi , verb. Statim, quæ refert concordantes, ff. de publ. & vectig. Non igitur potest habere hypothecam, quæ non cadit in re propria , l. si rem 29. ff. de pign. action. l. neque pign. 46. in princip. ff. de reg. jur. Hæc fuit originalis doctrina Gulielmi de Cuneo in d.l. rescriptum 11. in princip. ff. de pact. quem omnes referunt , & approbant, Bald. ibi n. 3. Albericus n. 4. Fulgos. n. 4. Salicetus in l. si quis postbac 9. n. 10. G. de bon. proscript. Fulvius Constantius in l. unic. n. 106. circa fin. C. pœnis fisc. cred. pref. lib. 10. Tellus Fernand. in l. 4. Tauri n. 60.

39 Illud tamen Doctores unanimi consensu notant , pœnam omnem , etiam ipso jure , & ipso facto impositam , quamvis ipso jure incurritur , ut contingit in pœnis impositis in l. quisquis , C. ad l. Jul. Majest. & in Authent. incestas , C. de incest. nupt. & in l. ultima, §. jubemus , C. de locato, & in d.l. commissa 14. ff. de publican. & vectigal. non posse tamen effectum sortiri , aut executioni mandari, nisi subsequatur sententia declaratoria super facto , juxta text. in l.

ejus qui delatorem 29. in princip. ff. de jure fisci , & expressam conclusionem text. in cap. cum secundum leges 19. de hereticis in 6. pro qua sententia Tiraquellus in l. si unquam, verb. Revertatur , n. 400. C. de revoc. donat. Anton. Gabr. libr. 7. communium concl. 12. Thomas Sanchez operis moral. tom. 1. lib. 2. cap. 22. n. 7. referunt septuaginta sex Doctores Legistas, Canonistas, Theologos, & Summistas. Quibus addendus est Alciatus in l. si quis major. n. 61. C. de transact. qui loquitur de pœna infamiae, Franciscus Suarez, qui rem doctissimè tractavit, lib. 5. de legibus, cap. 8. & seqq. Salas de legibus, disp. 15. sect. 3. Decianus tract. crim. libr. 4. cap. 40. n. 20. qui loquuntur de pœna privationis rationis testamenti, quæ incurritur ipso jure ob delictum laſe Majestatis, Peregrin. de jure fisci, lib. 3. tit. 8. n. 11. Farin. in praxi crim. q. 113. ex n. 89. & q. 116. n. 17. vol. 4. & q. 190. n. 5. vol. 7. Thuscus litt. D. conclus. 98. n. 1. & litt. P. concl. 23. 8. n. 15. Thesaurus lib. 2. quæst. forens. q. 40. Menochius cons. 99. ex n. 168. lib. 1. Surdus cons. 425. ex n. 22. lib. 3. Ceballos in spec. præt. q. 901. num. 34. tom. 4. Galganetus de condit. & demonstr. 2.p. q. 26. n. 2. Ludolfus Scraderus de feudis, 2.p. 9.p. principalis, sect. 8. n. 47. qui plurimos allegat , Gregorius Lopez in l. 4. tit. 2. p. 7. gloss. 3. Ricciullus tractat. de jure personarum extra Eccles. grem. constitut. lib. 5. cap. 31. n. 8. & 11. ex quibus resultat numerus nonaginta duorum Doctorum pro hac sententia.

40 Et quamvis Tiraquellus, & Antonius Gabriel , referant quatuor , vel quinque Doctores contrarium sententes , visis quantum licuit locis, planè non asserunt affirmativè oppositam huic resolutioni sententiam , sed vel reducendi sunt ad limitationes inferius referendas , vel utuntur argumento ad decisionem casuum , in quibus vigebant aliæ rationes solidiores, & urgentiores, vel proposuerunt contra se argumentum ex opposita sententia, cur solutionem adhibuerunt, remanentes in nostra, quod fecit Decius. Quare proculdubio illa censenda est certissima juris conclusio, & axioma incontrovertibile textuale. Be-

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

nè verum est, lata post sententia declaratoria facti retrotrahi poenam ad tempus commisi delicti, ut ex eo tempore fiscus censeatur fuisse dominus bonorum rei confiscatorum, ut notat Angel. in d.l. si quis post hac, n. 3. vers. Sed ego limito, C. de bon. proscript. & quam plurimi, quos refert Sanch. operis moralis, lib. 2. cap. 22. n. 2. in fin. quos ego in hunc sensum interpretor, & animadvertis idem met ibid. n. 5. in solut. ad 4. & clarius n. 26. & q. 3. n. 33. Ricciullus d. cap. 31. n. 7.

41 Hæc tamen resolutio limitanda est primò ex multorum sententia, quando poena legis ipso jure imposta non eget ministerio hominis, vel Judicis, vel exequutione exteriori, tunc enim poena secum habet exequutionem paratam, & lex suum effectum operatur sine nominis ministerio, & ad hujus effectus exequutionem non est opus sententia declaratoria. Hæc fuit doctrina Baldi in l. 1. n. 2. ff. de iis qui notant. infam. & in l. qua sub condit. 8. §. ult. n. 4. ff. de condit. inst. quam amplexi sunt Dominicus, Gemin. in cap. felicis 5. n. 8. de poenis in 6. & Philip. Francus ibi in §. nullus, n. 3. Felinus in cap. Rodulphus 35. num. 38. vers. Limita 4. de rescript. & in cap. cum non ab homine 10. n. 10. de judiciis, Jason in l. 3. §. quod autem, n. 7. ff. quod quisque juris, Anton. Gabr. lib. 7. commun. d. concl. 12. n. 11. Farin. in praxi crim. q. 116. n. 20. Cajetan. 2. 2. q. 62. art. 3. Alfonsus de Castro de potest. legis poenalis, libr. 2. cap. 8. per totum, praesertim in §. Cajetanus, Franc. Suarez de legibus, lib. 5. cap. 9. n. 1. exempla sunt infamia, incapacitas successionis, excommunio.

42 Verùm hæc limitatio est controversa, quoniam Archidiac. in cap. 1. n. 2. de homic. in 6. cuius doctrinam approbant ibi Geminianus, & Francus, docet ad incursionem cuiuslibet poenæ legalis, vel canonicae, cuiuslibet existat conditionis, & naturæ esse necessariam sententiam declaratoriam, saltem super facto, alias incurri non posse, cui eidem adhæret ibidem Joan. Monachus n. 9. & ad eum Probus. Cum vero jura Canonica, vel Civilia imponunt poenam ipso jure, vel ipso facto, ita sunt in-

telligenda, & interpretanda, ut poena incurrienda sit sine sententia condemnatoria, solum cum declaratoria super facto, sine ultra alia ulteriori condemnatione. Eandem sententiam sequutus est Alciat. in l. si quis major 41. n. 61. C. de transact. sentiens, infamiam incurri non posse sine declaratoria. Idem sensit Decianus tract. crim. lib. 7. cap. 40. n. 20. de privatione factionis testamenti. Et additio ad tractatum Doctoris antiqui Joan. de Terrarubea de rebellibus, tract. 3. art. 6. in fine, dixit, etiam si jura expressè dicant, poenam incurri ipso jure sine sententia, intelligenda esse sine sententia condemnatoria, non sine declaratoria. Imò vero addunt Doctores, quamvis jura poenam imponant ipso facto, & ipso jure, absque alia declaratione exponenda esse, ut poena ipso jure incurritur absque sententia declaratoria poenæ, non tamen absque sententia declaratoria super facto. Ita sentit Sanchez operis moralis, lib. 2. cap. 22. n. 20. post plurimos, quos allegat Matienzus in l. 5. tit. 11. lib. 5. Recop. in qua inveniuntur similia verba, gloss. 1. n. 2. Geminianus autem, & Francus dicunt, impositionem poenæ ipso jure habere duos effectus. Primus est prædictus, videlicet, ut incurritur cum sola declaratione super facto, ex ea enim sola intelligitur facta condemnatio. Secundus, ut pronunciata declaratoria, retrotrahatur condemnatio ad tempus delicti, ut notavi superius n. 40. Alium effectum notat Matienz. ubi supra n. 4. Tiraquel. autem in l. si unquam, verb. Revertatur, ex n. 266. propriè ex n. 268. C. de revoc. donat. confessit 104. discriminæ, seu effectus, ex eo, quod aliquid fiat ipso jure, an per sententiam. Adde Garcia de benef. 11. part. cap. 10. in princ. n. 37. qui plures refert Doctores, agentes de his discriminib, & Menchacam quest. usufreq. cap. 7.

43 Dato tamen esset vera prædicta limitatio (quæ satis est dubitabilis, ut ex prædictis constat) proculdubio sublimitanda est juxta eosdem Doctores, qui illam tradiderunt, ut intelligenda, & accipienda sit quod effectus internos, quos operatur lex sine ministerio hominis, ut quod reus sit infa-

famis, sit incapax, sit excommunicatus: verum quoties ex ipsis intrinsecis, & interioribus effectibus processurus, & oriturus sit aliquis alius effectus exterior, ad quem necessarium sit, ut concurrant homines, non potest iste effectus nasci absque sententia declaratoria, neque absque illa potest ad similem effectum procedi, ut pena locum habet, aut exequutioni mandetur. Verbi gratia, excommunicatus vitari, denegari illi Ecclesiasticae sepulturam, infamis ab officio repellendi, aut incapax à successione excludi non potest, non procedente sententia declaratoria, hanc elegantissimam doctrinam tradunt Innocentius, loquens de excommunicato, in cap. inquisitioni 44. n. 2. de sent. excommunic. Ancharr. conf. 189. tribus de causis, Gemin. in d. cap. fælicis, n. 8. Philippus Francus ibid. in §. nullus, n. 3. in fin. de penit. in 6. & in cap. 1. n. 8. de homicidio, in 6. ubi Joann. Monach. d. n. 9. in fine, Felinus in cap. Rodulfus 35. n. 39. de rescript. & in cap. cùm non ab homine, n. 10. de judiciis, Decius consil. 145. n. 4. Anton. Gabriel. d. lib. 7. commun. conclus. 11. n. 8. Didacus Perez in l. 1. tit. 3. libr. 3. Ordinamenti, in verb. Aunque non sea dada la sentencia, colum. 1893. Franciscus Suarez de legibus, lib. 5. cap. 8. n. 3. cum seqq. Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 435.

44 Et hujus sublimitationis (cujus in his terminis nullum invenio contradictrorem) reddit optimam, & elegantissimam rationem Baldus in d. l. quæ sub condit. §. ult. n. 4. ff. de condit. instit. & in cap. 1. in princip. n. 3. de feud. sine culp. non amitt. quam eandem reddit Alfonso de Castro de potest. legis penalnis, lib. 2. cap. 15. §. secunda conclusio, quamvis paulò aliter. Quoniam cùm lex operatur interius per se ipsam solam operatur super certo, & non potest errare, excommunicat verum contumacem, & delinquentem verum infamat, verum rebellem, aut reum læsæ Majestatis reddit incapacem successionis activè, & passivè. Respicit enim facta, quæ per rerum naturam certa sunt, quamvis apud nos sint incerta, §. Conditionis, instit. de verbor. oblig. l. 2. tit. 4. p. 6. ubi Gregor. in princip. refert concordantes

textus. Verum cùm agitur de effectibus exterioribus, qui ex ipsis interioribus oriuntur, in quorum exequutione debent intervenire homines erroribus, & falsitatibus obnoxii, & qui factorum certitudinem habere non possunt, necessarium est, ut exequutionem exteriorem poenarum præcedat declaratio super facto, ne poenæ exequutio fiat contra innocentibus, & immitterebus. Itaque in hoc articulo differunt valde forus interior conscientiæ, & exterior, quod significamus Hispani eo modo loquendi. *Para lo de Dios está descomulgado, es infame, & incapaz: en quanto à los hombres no lo está mientras no se declara por culpado.* Exempla sunt in l. Barbarus, ff. de offic. Prætor. quo usus est Felinus, excommunicari non declarati, quo usus est Ancharr. d. consil. 189. peccatoris tolerati, quo usus est D. Thom. 3. p. q. 80. art. 6. & textus in cap. non prohibeat, cap. sicut Judas de consecrat. dist. 2. optimus textus in cap. ex tenore 4. de temp. ordinat. ibi: *Veruntamen quia peccatum occultum est, si promoveri voluerit, cùm non debes aliqua ratione prohibere.* Igitur ubi non fuerit sententia declaratoria, non potest repelliri à successione incapax, neque indignus, neque excommunicatus potest privari Ecclesiastica sepultura, & aliis beneficiis.

45 Non est dissimulandum Geminianum corsil. 146. n. 1. vers. Non obstat, cap. cùm secundum, & Alciatus in d. l. si quis major, n. 61. C. de transact. ejus doctrinam sequutum subobscure, cui idem videtur acquiescere Gregor. Lopez in l. 4. tit. 2. p. 7. gloss. 3. post med. item Tiraquell. in l. si unquam, verb. Revertatur, n. 403. C. de donat. dicere; tunc non esse necessariam declaratoriæ sententiam ad exequendam penam ipso jure incursum; cuius Judex est competens ad exequutionem ejusdem, tametsi idem Tiraquellus ab hac sententia recedat. Quæ quidem merito displicet, est enim contra textum expressum in d. cap. cùm secundum, de hæredit. in 6. juxta communem interpretationem. Nam decisio illius text. in vers. Confiscationis, non solum procederet si exequutio contra hæreticum facienda esset à sæculari, sed etiam si fieret ab Ecclesiastico,

&amp;

& ratio decidendi illius utrumque casum comprehendit, eaque quam considerat Baldus *num. præced. commemorata*. Quod ex eo planè colligitur, quoniam cùm in *I. ejus, qui dilatorem, in princ. ff. de jure fisci*, agatur de Judice competente ad exequutionem nihilominus dicitur: *Oportet constare prius, & de crimine pronunciari*. Semper igitur declaratoria sententia præcedere debet exequutionem.

46 Secundò limitanda est prædicta resolutio, quando delictum est notorium: nam quando poena ipso jure incurritur, & simul delictum est notorium, non est necessaria sententia declaratoria, sed standum est facto notorio, & illo stante absque sententia, potest poena exequutioni mandari. Hanc limitationem tradit Antonius Gabr. *lib. 7. commun. d. conclus. 12. n. 2.* pro qua refert quam plurimos. Capiclus *decis. 12. 1. n. 2. 5.* Gregor. Lopez in *d. l. 4. tit. 2. part. 7. gloss. 3. vers. Quod tamen limita*, Alfons. de Castro *de potest. legis pœn. libr. 2. cap. 8. §. Dominicanus de S. Gemin.* & *cap. 10. §. Felinus, Mascardus de probat. concl. 12. 6. 4. Ad hoc ut quis pro rebelle, volum. 3.* quia in notorios ordo est ordinem non servare: & in illis non est opus cognitione, sed executione, ut ex Baldo, Saliceto, Panormitano, Socino, & Felino, notavit Colerus *de processib. executiv. p. 3. cap. 1. n. 1. 5.* & probat textus *in cap. super eo 3. de testib. cogend.* Ratio fundamentalis esse potest, quoniam in hoc casu ob notorietatem facti cessant rationes, ob quas dum factum est dubium, & incertum, exequutionem pœnae debet præcedere sententia, non enim est periculum, ne erretur, ut consideravimus *supra n. 4. 3.*

47 Contrariam tamen huic limitationi sententiam, quinimò in delictis etiam notoriis requiri ad exequutionem pœnae præviam sententiam Judicis declaratoriam, pinguisissimè defendunt Cajetan. *2. 2. q. 12. art. 2. Covarr.* in *cap. alma mater, I. p. §. 2. n. 9. & 10. Farin.* in *praxi crim. q. 2. 1. n. 1. 1. 6.* qui dicit, hanc sententiam esse æquiorem, communiorem, & in praxi receptam, Thomas Sanchez *operis moral. libr. 2. d. cap. 2. 2. n. 1. 5.* cum multis, quos allegat Hippol. de Mar-

siliis post multa hinc inde allegata *in repet.* Rub. C. de probat. *n. 2. 4. 6.* apud quos vide fundamenta, ne nimis digrediamur.

48 Nihilominus negari non potest, prædictam limitationem secundam esse probabilissimam, quam confirmat text. *in l. palam 4. 3. §. Quæ in adulterio, ff. de ritu nupt.* in cuius casu non sat est absolutam esse mulierem, ne incurrat pœnam legis ob criminis notorietatem. Idem probat text. ita intelligendus *in Extravag. quoniam nuper, in princ. qui sint rebelles, ibi: Acta prava malorum potius, quam verba sententiarum ipsos faciunt pœna condignos*, & eodem modo accipiens est Isernia in *cap. 1. n. 1. 3. quæ sit prima causa benè amit.* juxta text. quos allegat ad suam doctrinam confirmandam, videlicet *d. l. palam*, quæ loquitur de delicto notorio. Neque tamen omitendum est text. *in d. Extravag. solum caderre in rebelles Imperio*, cuius auctor fuit Henricus Imperator, non autem extendit se ad rebelles aliis Regibus, ut sentiunt Bart. *in eadem Extravag. verb. Rebellando, n. 3.* & Peregrinus cum multis, quos refert *de jur. fisci, lib. 3. tit. 8. n. 9.* quodad quos locum habent text. *in l. amissione 5. §. Qui deficiunt, ff. de cap. dimin.* & *in l. quisquis, C. ad ful. Majestatis.*

49 Cùm verò notorium duobus modis dicatur, ut notat Abbas Panormitan. *in cap. vestra 7. n. 1. 4. de cohabit. Cleric. & mul. Farin. in praxi crim. q. 2. 1. n. 9.* videlicet, aut notorium juris, aut facti, cùm Doctores dicunt, in delictis notoriis non esse necessariam præviam sententiam declaratoriam, in delictis notoriis de facto, illis scilicet, quæ coelari minimè possunt, quia per evidenter oculorum apparent, vel sunt commissa coram populo, aut ejus majori parte, vel impletea, vel coram multitudine personarum, juxta latè deducta à Farinac. *d. q. 2. 1. ex n. 3. 8.* per multos sequentes. Hanc declarationem tradit idem Farin. *ibidem num. 1. 6. 6.*

50 Illud super est adnotandum, quoties incurritur ipso jure pœna confiscationis, seu rei singularis, quæ in commissum inciderit, seu quotæ partis bonorum rei, si

ipse non habeat aliunde, undè solvat creditoribus, seu totius patrimonii, quia non habet aliunde undè solvat: creditores esse fisco præferendos, & fiscum post incorporata bona rei manere obligatum ad satisfaciendum creditoribus, etiam chirographariis, quatenus tamen est in bonis, ut observat Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quæst. 78. n. 30. servata decisione text. in l. unic. C. pœnæ fiscalib. cred. præferri, lib. 10. & l. in summa 17. l. quod placuit 37. ff. de jure fisci, juxta dicta superius n. 26. in casu, quo in favorem fisci contrahitur hypotheca. Tractat Peregrin. de jure fisci, lib. 5. tit. 1. n. 54. ex vers. Sic etiam, Jul. Clar. d. quæst. 78. n. 28. & 29. Bossius tract. crimin. tit. de bonorum public. ex n. 11. Cujacius in d. l. in summa, & in d. l. quod placuit, prosequiturque latius Sanchez operis moralis, lib. 2. cap. 22. quæst. ult. ex n. 74. Atque ita practicatum est anno 1610. cum mandato Philippi III. Hispaniarum Regis domini nostri, facta est in Provincia Boetica, & Oretana, quam vulgariter Estremadura dicimus, expulsio Moriscorum, pro qua facienda publicatum est Bannum 17. die mensis Januarii prædicti anni, quo confiscata sunt omnia eorum bona stabilia. Cumque confiscatio facta esset pro criminibus læsa Majestatis divinæ, & humanæ, ob quæ ipso jure incurritur pœna amissionis omnium bonorum, nihilominus Piissimus Rex jussit solvi ex illis omnibus creditoribus, reservatis bonis omnibus mobilibus, eisdem expulsis, & expedita sunt Regia rescripta, quibus id injungebatur Judicibus designatis pro prædictorum bonorum administratione, è quibus ego fui unus, qui præceptum illud exequutioni mandavi in villa dicta Hornachos, ejusdem Provinciæ Oretanæ, quæ integrâ Moriscis habitabatur. An verò indifferenter omnibus sit solvendum, an illis solum, qui antè delictum contraxerunt, & quando censendi sint contrahere in fraudem fisci, tractant Doctores in l. post contractum, ff. de donat. & in l. si quis post hac, C. de bonis proscript. Sanchez ubi supra, quæst. 3. ex n. 31.

## SUMMA DISPUTATIONIS SECUNDÆ.

- 1 **C**umulare quid sit, & de cumulatione actionem. De cumulatione judicii pectorii cum possessorio, qui tractent.  
Agere nos de cumulatione processuum, quæ est multo diversa cumulatio, ibi.
- 2 Cumulatio processuum ex quibus causis fiat, juxta sententiam Parladorii.
- 3 Exceptio, nè continentia causæ dividatur locum facit cumulationi processuum, & sub se comprehendit omnes alias causas.
- 4 Mutare judicium, & dividere judicium differunt.
- 5 Exceptio litis pendentia, seu præventionis, & exceptio, ne continentia causa dividatur locum faciunt cumulationi actorum.
- 6 Quod attinet ad exceptionem litis pendentiae quibus modis limitetur hæc resolutio, remissivè.
- 7 Ut exceptio, nè dividatur continentia causa operetur cumulationem, opus est allegatione, & oppositione.
- 8 Et opponi debere antè litem contestatam, qui senserint, & n. 9.
- 10 Posse hanc exceptionem opponi in qualibet parte judicii verior sententia.
- 11 Una causa non habet continentiam ad se ipsam.
- 12 Usus recepit, ut in qualibet parte litis opposita hac exceptione utantur processus, ut causa tractetur coram eodem judge.
- 13 Causæ continentia dividitur, cum actor, & reus sunt diversi fori.
- 14 Causæ continentia potest dividi cum reus est contumax, quia amittit exceptionem, eam tamen recuperat, si se sisstat coram judge citante, refectis expensis.
- 15 Causæ continentia dividitur cum judeex non habet jurisdictionem super tota lite.
- 16 Continentia causæ potest dividi in executivis.
- 17 Non possunt cumulari processus, qui exercentur sub diversis instantiis.
- 18 Quando in contractu intervenit juramentum posse agi coram diversis judicibus qui senserint, sed sententia est falsa.
- 19 Continentia causæ potest dividi, & cessare

- re cumulatio actorum, quando judicium ex instantiis aliis rationibus divisionem receperit.
- 20 Actorum nomine qui comprehendatur.
- 21 Reprehenditur praxis Regni Neapolitani circa cumulationem actorum.
- 22 Detegitur fraus frequentissima in libellis porrectis coram Praeside S. C. & quid debat attendi ad vitandam fraudem.
- 23 Acta originalia debent trasmitti ad actuarium, apud quem fit cumulatio.
- 24 Reproductio actorum debet fieri post cumulationem, ut acta fidem faciant.
- 25 Reproductio non est necessaria in Regno Castellæ, nec in Neapolitano.
- 26 Cumulatio apud quem Actuarium fieri debat, & n. 27.

## DISPUTATIO II.

An, & quando debeat in judicio fieri actorum cumulatio.

**C**umulare universim est multa in unum coacerbare. Cumulatio autem sæpè sæpius apud Professores juris civilis accipitur pro jure persequendi in uno, atque eodem judicio, quod cuique debetur multis editis actionibus gratia minuendarum litium permisso, l. si idem cum eodem 11. in princ. & per tot. ff. de jurisd. omn. jud. l. ult. C. de annal. except. alias definitiones cumulationis retulit Farin. in prax. crim. quest. 100. cap. 3. n. 120. Quemadmodum enim cumulus debiti vocatur coadunatio multarum summarum, l. si plures 9. §. Cumulum, ff. de pact. ita cumulus actionum est editio simultanea plurium actionum, ut notavit Calvinus in Lexico, verb. Cumulatio, ex Oldendorpio, & Prateio. De cumulatione actionum tractant Doctores communiter in l. edita 3. C. de edendo, & in §. Si minus, In stat. de actionibus, ubi Jason n. 12. & 26. Angelus Aretinus ex n. 35. Dynus in cap. nullus pluribus 20. ex n. 8. de reg. jur. in 6. Felinus in cap. significantib. 2. ex n. 21. de libell. oblat. Thusc. lit. C. concl. 1095. & 1096. Fachinæus controv. jur. lib. 12. cap. 1. & 2. Villadiego in Polit. in exordio form. libellandi, ex n. 4. & ex

n. 7. Surdus conf. 266. lib. 2. De cumulatione autem judicii petitorii cum possessorio agunt in l. naturaliter 12. §. Nihil commune, ff. de acquir. poss. Menoch. de possess. remedii in diversis locis, in specie de adipiscend. possess. remed. 4. ex n. 502. ubi latè, copiosè, & optimè Joannes Garcia de nobilitate, gloss. 11. per totam, Rebuffus in repetition. cap. Pastoralis, ex n. 105. præsertim ex n. 145. de causa possess. & propriet. Tasc. ubi supra, Villa diego ubi supra, ex n. 23. De cumulatione unius remedii possessorii cum alio, Surdus conf. 273. lib. 2. & videatur Menochius in judice operis de remed. possess. verb. Cumulatio, Cumulari. De cumulatione actionis civilis, & criminalis, Farinac. in prax. quest. 100. cap. 3. ex n. 119. & Surdus conf. 139. lib. 1. Fachinæus lib. 9. controvers. cap. 2. Nos hoc loco strictius agimus de cumulatione, quando scilicet actorum cumulatio locum habeat, quæ vel à diversis Actuariis facta sunt, vel coram diversis judicibus agitantur, vel coram uno judice sub diversis processibus, & quando sint unienda acta, ut coram uno tantum Actuario, unoque dumtaxat judge, & uno solùm judicio, & sub uno processu causa sit prosequenda, & terminanda? Quæ est multò diversa ab actionum cumulatione, ut rectè admonuit Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. 9. n. 8.

2. Et idem Parlador. d. cap. 9. de hac cumulatione fusiùs, & melius omnium, quos viderim, agens, quem sequitur Villa diego in Polit. cap. 1. ex n. 13. docet, prædictam cumulationem fieri debere ob qualibet ex tribus causis. Primò ratione exceptionis rei judicat. videlicet, quoties res judicata in uno judicio pareret exceptionem rei judicatæ in alio, juxta l. Julianus 3. l. singulis 6. l. si qua 7. §. & generaliter, ff. de except. rei judic. Quorsum enim causa tractabitur coram duobus judicibus, aut sub diversis processibus, terminanda erit diversis temporibus, si semel ab uno judicata, potest coram alio exceptio rei judicare proponi, quæ diverso judicio obstatura sit, juxta text. in cap. 2. de except. in 6. Secundò ratione exceptionis litis pendentia, non est enim procedendum coram secundo Judice

## TITULUS II.

quando cœpta est causa agitari coram primo, juxta l. ubi acceptum 30. ff. de jud. Iste enim est unus ex effectibus præventionis, ne possit alias Judex, quām præveniens ulterius de causa cognoscere, ut latius dixi priore tom. tit. 1. disp. 2. q. 7. sect. 3. ex n. 899. Tertio, ratione exceptionis, nē continentia cause dividat. l. nulli 10. C. de jud. l. cognitio 8. §. Si plures, ff. de liberal. causa, cap. 1. de caus. possess. & propr. cap. 1. de sequest. possess. & fruct. Etenim quoties hæc exceptio opponi potest, acta sunt cumulanda, & ex duabus judiciis unum faciendum, unusque processus, quoniam connexorum idem est judicium, ut dixi tit. 1. d. disp. 2. n. 176. connexa verò sunt quæ habent eandem continentiam.

3 Ego existimo, tametsi Parladorii sententia vera sit, melius illum dictum fuisse, si dixisset, ex una sola causa cumulationem fieri debere, quæ sub se comprehendit omnes alias, videlicet, cùm non facta cumulatione continentia causæ dividetur. Itaque sola exceptio, nē continentia cause dividatur, locum facit unioni, & cumulationi actorum. Ratio est, quia continentia causa, seu causas habere unam, & eandem continentiam multis modis dicitur, ut idem Parladorius eodem loco, n. 2. animadvertisit, juxta doctrinam Alberic. in d. l. nulli, n. 2. C. de judiciis, Bald. ibidem n. 1. Angel. ante n. 1. Salicet. n. 1. Paul. Castrens. n. 3. circa fin. Alexand. n. 2. & 3. Jason. n. 3. Matth. de Afflict. decis. 354. n. 13. Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 4. casu 371. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de judiciis, resol. 3. n. 2. Primò, ubi eadem est actio eadem res petita, idem actor, & idem reus. Secundò, ubi est identitas rei petitæ, & litigantium, etiamsi sit diversitas actionis, ut contingit in petitorio, & possestorio. Tertio, ubi est identitas personarum, & actionis, etiamsi sit diversitas rei petitæ; ut in judicio actionis tutelæ, & negotiorum gestorum. Quartò, ubi est identitas actionis, quæ ex uno, & eodem fonte procedit contra plures, quamvis sit diversitas personarum, & rei petitæ, ut in judicio actionis tutelæ contra plures tutores, aut quando

## DISPUT. II.

multi sunt debitores uni creditori alicujus quantitatis ratione unius obligationis, aut quando multi habent unam rem communem, aut sunt multi creditores unius debitoris concurrentes contra ejus bona, ut notavit Villadiego in Polit. d. cap. 1. n. 13. vers. 7 en concurso, cum vers. seqq. Quintò, ubi est eadem actio, & eadem res petita, sed personæ sunt diversæ, ut in duplicitibus iudiciis, finium regundorum, familiae erciscundæ, communi dividendo. Sextò, quando judicia se habent ut genus, & species. Paulò aliter explicat Gail observ. pract. lib. 1. observ. 32. ex n. 3. reducens continentiam causarum ad quatuor genera, & Joan. de Imola conf. 139. Præfatus Sumus, n. 2. & 6. tres enumerans modos, quibus dicitur causas habere eandem continentiam. Cùm igitur continentia causa quatenus ad omnes istos modos extenditur tam latè pateat, ut sub se comprehendat, & complectatur omnes casus, ex quibus primæ illæ exceptiones oriuntur: nam continentia causa primo modo accepta includit primum casum, in quo exceptio rei judicata obstat novo judicio, ut in l. 1. & an eadem 14. ff. de except. rei judic. & in cap. 1. de litis contest. in 6. & secundum, quando idem Judicium proponitur, & exercetur coram diversis Judicibus, non attenta exceptione præventionis, ut in d. l. ubi cœptum, ff. de jud. tunc enim dividitur continentia causa quodammodo, tametsi minus propriè, cùm major sit continentia unius causæ ad se ipsam, quām duarum inter se, ut notarunt Cynus in d. l. nulli, circa fin. Jason. ibidem n. 6. C. de jud. fit ut generalis exceptione continentia causa dividatur, juxta Parladorii, & Afflictī sententiam, faciat locum unioni, & cumulationi processuum sine necessitate alicujus alterius causæ.

4 Verum est Jason. in d. l. nulli, n. 1. & 3. animadvertere, versari discriben inter mutare judicium, & dividere judicium. Nam mutare judicium est causam coram uno Judice cœptam, trahere, & prosequi coram alio judice, contra text. in l. si quis postea 7. & l. ubi acceptum 30. ff. de jud. obstante exceptione præventionis, seu

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

21

litis pendentia. Consonat Paulus de Castro in d.l. nulli, n. 2. dicens, hunc casum nullo modo pertinere ad d. l. nulli, sed ad d. l. ubi acceptum. Item Afflictis d. decis. 354.n. 2.3.4. Dividere vero judicium est separare connexa, & conjuncta, eaque, quæ se contingunt, & ad eandem continentiam pertinent, & tractare unum coram uno Judice, aliud coram alio, & hoc est propriè dividere continentiam causæ. Quæ autem dicantur continentia, rectè animadvertisit Thuscus, afferens exempla, litter. C. conclus. 975. ejusdem enim ad se ipsum non potest esse propriè continentia quippè cum continentia relatio sit, ac proinde præsupponat diversitatem inter relata, non enim refertur idem ad se ipsum. Et ea ratione, qua similitudo relatio esse dici solet, simile non esse idem, gloss. in verb. *Dolum esse*, in l. quod Nerva 32. ff. depositi, ex autoritate Aristotelis, gloss. in cap. capitulum 30. verb. *Consimili*, de rescript. ubi Felin. n. 4. & more suo multa allegat Gutierrez lib. 2. pract. q. 176. n. 4. Quod adeò verum est, ut sit commune Theologorum axioma, desumptum ex D. Anselmo lib. de processione Spiritus Sancti, non esse in divinis distinctionem, nisi ubi obviat relationis opposito. Meminit D. Thom. 1. part. q. 28. art. 2. & art. 3. ad 3. ubi Cayetanus, Molina disp. 3. Vazquez disp. 138. cap. 1. n. 2. & disp. 147. cap. 4. n. 16. & cap. 5. n. 21. & 22. & disp. 148. cap. 2. n. 5. Francisc. Suarez 1. p. *Summa Theologiae*, tract. de Trinitate, lib. 5. cap. 5. n. 1. Tām repugnat relatio cum identitate, & tām inadvertenter dixerunt Cynus, & Jason suprà relati, majorem esse continentiam unius causæ ad se ipsam, quam duarum causarum inter se. Et de hac divisione continentiae causæ agitur in d.l. nulli, per quam fieri prohibetur sub certa poena denegationis audientia, & alia arbitrio Judicis reservata.

5 Juxta hanc igitur doctrinam, quæ verissima est duæ sunt exceptiones, quæ cum objici possunt, locum faciunt cumulationi actorum, & unioni processuum. Prima est exceptio litis pendentia, seu præventionis, nam ista cum habet effectum, ut

Judex, qui prævenit deinceps cognitus sit de causa, exclusis aliis omnibus, ut notavi d. tit. 1. disp. 2. ex n. 899. ac per consequens omnia acta circa eandem causam ad eum sunt remittenda, & conjungenda cum actis, per quæ facta est præventio, ut planè probat text. in d. l. si quis postea 7. & in d. l. ubi acceptum 30. ff. de jud. l. cùm quædam puella 19. in princip. ff. de jurisd. omn. judic. l. 1. §. ult. C. de assert. toll. l. tam collatores, §. ult. C. de re milit. lib. 12. cap. proposisti, de for. comp. notat Didac. Perez in Rubr. tit. 1. lib. 3. Ordinam. col. 743. §. quaro cœptum est judicium, ubi plurimos allegat Giurba decis. 23. ex n. 1. Secunda exceptio est, ne continentia causæ dividatur, ea enim, quæ ad eandem continentiam pertinet, coram uno, & eodem Judice sunt tractanda, sub unoque & eodem processu, dixi d. tit. 1. d. disp. 2. n. 732. & 894. juxta notos text. in l. si plures, ult. ff. rem pupill. salvam fore, in l. 1. & 2. ff. de quib. reb. ad eundem jud. eatur, in l. cognitio 8. §. si plures, l. si pariter 9. ff. de liberal. caus. d. l. nulli 10. C. de jud. l. omnes 5. C. arbitrium tutela, l. non cogitur 22. ff. de jud. cap. ult. de rescr. cap. dispendia 3. eod. tit. in 6. l. 12. tit. 1. lib. 8. Recop. notat Innocent. in cap. cùm M. Ferrarensis, n. 10. de constit. Baldus in l. si idem cum eodem 11. §. quod si mutua, in l. leet. n. 2. & 3. ff. de jurisdict. omn. judic. Marian. Socinus, omnino videndus, in cap. prudentiam, art. 11. ex n. 21. circa fin. de mutuis petition. ubi latè, & melius omnibus tractat, Bofsius divers. tract. tit. de foro competen. ex n. 116. Gail. observ. lib. 1. observ. 32. Minsyngerius singul. observ. cent. 1. observ. 97. Gratianus decis. 180. n. 5. 6. & 7. Igneus in repet. §. non alias, n. 537. in l. necef. sarios, ff. ad Senatus, Conf. Syllanian. Didacus Perez ubi supra, col. 745. §. ultra eos suadetur, cum §. seq. Vivius decis. 136. Chassanæus in consuetud. Burgund. Rubr. 11. §. 1. verb. Lots, n. 11. & 12. Thuscus litter. C. conclus. 159. & conclus. 976. Riccius collect. 368. Joan. de Imola, omnino videndus, conf. 139. præfatus Sumus n. 1. & seq. conf. 140. & 141. & adde notabilem Baldi ad notationem in l. cùm Papinianus 14. n. 1. C. de sentent. & interloc. omn. judic. post glossam

*not.in l. 1. ff. de quib. reb. ad eund. jud. datur.*

6 Quam tamen resolutionem quod attinet ad exceptionem litis pendentiae, seu præventionis, ut ex ea oriatur actorum cumulatio limitabis juxta notata à nobis tit. 1. d. disp. 2. ex n. 900. eisdem limitationibus, quibus limitandus est primus effectus præventionis, & d. 1. ulti acceptum 30. ff. de jud. quas nos ex parte tradidimus dicto loco, & latius concessit Felin. in cap. cùm M. Ferrariensis 9. n. 25. de constit. & in cap. ex tenore 16. ex n. 15. de rescript. & in cap. proposuisti, n. 2. de foro comp. Dec. in d. cap. ex tenore, ex n. 34. Paul. in d. l. nulli, n. 3. C. de judic. Marian. Socin. in d. cap. proposuisti, ex n. 29. Afflict. in cap. Imperiale, §. praterè si inter duos, n. 10. Alvarot. ibi, n. 4. vers. Nec obstat regula, Propositus n. 4. vers. Nec obstat, de prohib. feud. alien. per Feder. Lancellot. de attentatis, 2. part. cap. 4. limit. 2. ex n. 44. Cacheran. decis. 78. n. 18. Trentacinq. variar. resol. lib. 2. tit. de judic. resol. 10. Marcellus Cala de modo art. gloss. 1. ex n. 27. Castill. quotid. controv. lib. 3. cap. 25. ex n. 39. ubi plurimos refert, & alii, quos d. disp. 2. n. 904. retulimus. Ubi enim cessaverit effectus præventionis, cessare quoque debet acrem cumulatio, quæ ex ea originem ducit.

7 Eandem resolutionem qua ex parte tangit exceptionem, ne continentia causæ dividatur, ut tunc sit facienda actorum cumulatio limita primò, ut procedat tunc cùm à parte litigante opponitur petente unionem processuum, alioqui si nihil opponatur, poterit simul à duobus Judicibus procedi in causis, quæ pertinent ad eandem continentiam, aut sub diversis, & disjunctis processibus. Quemadmodum idem dixi supra. tit. 1. disput. 2. n. 900. loquens de exceptione præventionis, seu litis pendentiae. Etenim cùm actorum cumulatio oriatur ex exceptione illa, ne continentia causæ dividatur, ubi illa cessaverit, hanc etiam cessare necesse est, & acta non cumulari. Nam cessante causa, cessat effectus, cap. cùm cessante 60. de appell. cap. & sc̄ Christus 26. paulò ante fin. jurejurand. cap. cùm infirmitas 13. de pœn. & remiss. plurima allegat Tiraquell. in tract. cessante causa, in princ. n. 12. & in

specie exceptionis causa cessante, cessat ejusdem exceptionis effectus, l. si pupilli, §. si autem debitor pupilli, & ibi Bart. ff. de solut. Tiraquel. ubi supra n. 96. Exceptio autem, ne continentia causæ dividatur, cessat, ubi non opponitur, ut docet post multos antiquos Jason in d. l. nulli, n. 5. C. de jud. Felinus in cap. significaverunt 21. n. 8. de jud. Afflict. decis. 354. n. 2. Menoch. de arbitrar. centur. 4. casu 371. n. 20. Graveta conf. 60. n. 5. & conf. 258. n. 7. Syntagma commun. opin. lib. 3. tit. 1. n. 26. vers. Quintò fallit, Gail. lib. 1. observ. pract. observ. 32. n. 12. & 13. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de jud. resol. 3. n. 10. Ergò similiter cessavit actorum unio, & comulatio.

8 Quærer quispiam, quo tempore debeat opponi ista exceptio, ne continentia causæ dividatur, ut debeat Judex, coram quo proponitur supersedere, & unio, seu cumulatio processuum locum habeat?

9 Et Jason in d. l. nulli, num. 6. sentit, hanc exceptionem dilatoria debere opponi ante litem contestatam, postea non posse, juxta textum in l. Prator, §. ult. ff. de vacat. & excus. mun. l. exceptionem, C. de Probation. l. penultima, & ultima, Cod. de except. cap. inter Monaster. 20. de sent. & re jud. l. 9. tit. 3. p. 3. l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. & quæ notat Paz in praxi 1. tom. 1. p. 5. tempor. n. 14. Minsyng. singul. observ. cent. 1. observ. 97. n. 3. esseque hanc exceptionem ex illis, quæ impediunt litis ingressum, cùm textus in d. l. nulli, dicat, denegandam audienciam continentiam causæ dividenti. Probat suam sententiam, quoniam major est continentia unius causæ ad se ipsam, quam duarum inter se. Sed exceptio litis pendentiae, seu præventionis debet opponi ante litem contestatam, & post litem contestatam non potest, id docentibus Bald. in l. peremptorias n. 40. C. sent. rescind. non posse, & in Auth. sed novo jure, n. 12. C. de serv. fugit. Alex. conf. 105 n. 26. lib. 3. Felin. in cap. cùm M. Ferrariensis, n. 25. de const. Ergò simili modo exceptio, ne continentia causæ dividatur, erit dilatoria, & ante litis contestationem proponenda.

10 Contraria sententia, quinimò except-

ceptionem, ne continentia causæ dividatur, etiamsi sit dilatoria, posse opponi in qualibet parte judicii verior est; quam amplectuntur Alberic. in d.l. nulli, n. 2. post Jacobum de Belloviso, quem refert, & Alexand. ibi n. 6. Afflictis d. decis. 354. n. 8. & 9. qui reprehendit Jasonem, Joann. Francisc. de Ponte consil. 70. n. 13. Trentacinq. variar. resol. lib. 2. tit. de jud. d. resol. 3. n. 10. vers. Secunda est, insignis Ricc. amicus noster, collect. 368. Asinius in praxi, §. 13. cap. 2. limit. 18. Rationem verò, cur hæc exceptio quāvis dilatoria possit in quacumque parte litis opponi, reddunt; quoniam, inquam, divisioni judicii lex resistit, & imponit pœnam juxta text. in d.l. nulli, ac per consequens quidquid contra sit, nullum est, l. non dubium 5. C. de legibus, judiciumque post oppositionem istius exceptionis quandcumque opponatur, erit nullum: in cæteris verò exceptionibus dilatoriis, id non contingit, quia earum oppositioni post litem contestatam, & earum effectui lex non resistit, sed dumtaxat non assistit.

11 Ad argumentum verò Jasonis, quod ipse vocat fundamentum fori, facile respondetur, nullam causam cum se ipsa habere posse continentia, quia continentia cùm relatio sit, presupponit diversitatem inter extrema, ut dixi superius n. 4. itaque major propositio falsa est, & sic illud forte fundamentum corruit. Præsertim cùm inter cæteras exceptiones dilatorias ex una parte, & exceptionem, ne continentia causæ dividatur, ex altera, versetur discrimen illud traditum ab Alberico, & cæteris, quod superius expensum est n. præced.

12 Quoad usum, & praxim attinet, certissimum est, tam in Hispania, quam in hoc Regno Neapolitano, quoties petitur cumulatio actorum, seu unio processuum ex quavis, causa seu priuæ exceptionis litis pendentiæ, seu nè continentia causæ dividatur, post habitis istis juris subtilitatibus in quavis parte litis cumulationem fieri, ut tota causa coram eodem Judice tractetur sub uno, eodemque processu, ea ratione, nè vel in una causa, vel in duabus invicem connexis, & quæ ad eandem con-

tinentiam pertinent, oriuntur diversæ, repugnantesvè sententiæ, quod permitti non debet, d.l. cognitio, §. si plures, ff. de lib. caus. l. tām collatores 17. §. ult. C. de re milit. lib. 12. notant Joannes de Imola, conf. 139. n. 4. vers. Quinimò, & quintò. Ignæus in repet. §. non aliàs, n. 537. in l. necessarios, ff. ad Sylanianum, Ponte d. consil. 70. n. 2. vol. 1. Quæ ratio æquè militat, sive proponantur prædictæ exceptiones ante, sive post litem contestatam.

13 Limita secundò, quando actor, & reus sunt diversi fori, diversi, inquam, & omnino dissimilis, ut si actor sit fori sacerularis, reus verò fori Ecclesiastici, tunc enim non est incommode dividere causæ continentiam, & quod consequens est, processus esse separatos, & non uniri, aut cumulari, quoties nisi continentia divideretur, esset convenientius reus coram Judice incompetenti. Hanc limitationem probat cap. significaverunt, ultimum, de jud. & ego notavi superiore tit. disp. 2. q. 7. sicut. 3. ex n. 955. post Butrium, Panormit. Imol. Ancharr. Felin. & Anton. Fabrum, quibus addo Hostiensem in d. cap. significaverunt, ante n. 1. Jason. in d.l. nulli, n. 6. Paul. n. 2. Francisc. Marcum quæst. 77. 1. part. Cravet. consil. 258. n. 7. Menoch. d. casu 371. n. 21. Cephal. conf. 387. n. 28. lib. 3. Trentacinq. d. resol. 3. n. 8.

14 Limita tertio, quando reus conventus esse contumax coram Judice primò præveniente, tunc enim perdit beneficium, d.l. nulli, ut ibidem notat Paulus n. 3. Jason. n. 6. vers. Tertio notabiliter limita. Syntagma commun. opinion. lib. 3. tit. 1. n. 26. Trentacinq. d. resol. 3. n. 9. quemadmodum, & beneficium d.l. ubi acceptum, ut notavi superius tit. 1. d. disp. 2. n. 901. ubi n. 902. sublimi-tandam dixi hanc limitationem, si reus contumax refectis expensis se astat coram Judice, nam recuperat dicta beneficia, quidquid alii senserint. Idem prorsus dicendum est de beneficio cumulationis actorum, quod consequens est ad illa.

15 Limita quartò, quando Judex non habet jurisdictionem super tota lite, nam tunc oportet dividere judicium, & super illo

illo pluri ultra Judicis jurisdictionem adire alterum Judicem. Ita sentit Bart. *in l. in commodato 17. §. duabus, ff. commodati, ubi videbis longam additionem satis intrincatam, Jason. in d. l. nulli, n. 6. vers. Quartò, Joannes de Imola d. conf. 139. n. 7. & conf. 140. n. 2. 4. & 5. & conf. 141. n. 1. Matesilan. singul. 115. nota quod si ex centum, ubi duæ egregiæ additiones, Menoch. d. casu 371. n. 23. Trentacinq. d. resol. 3. n. 11. ubi latè declarat. Circa quam limitationem, quæ multum est dubitabilis, vide Alexand. in l. si mibi, & sibi 12. in princip. n. 6. ff. de legat. 1. qui ostendit, quatenus vera esse possit, & eo casu non est facienda actorum cumulatio.*

16 Limita quinto in executivis, nam incommodum non est adire diversos Judices, & agitare diversos processus apud diversa tribunalia, quò debitor solvere compellatur: quemadmodum non est incommodum simul, & semel impetrare diversas vias executivas, seu diversa remedia executiva. Hanc limitationem tradit Jason. quamvis dubius *in d. l. nulli, n. 8. vers. Sexto, & ult. cogita, magis tamen firmiter, & resolutè, confil. 9. ex n. 41. & conf. 28. n. 8. vol. 1. Beccius conf. 17. n. 3. lib. 1. Robertus Lancellotus de attentatis 2. part. cap. 4. limit. 2. n. 50. Anton. Gabriel. lib. 2. commun. tit. de jud. conclus. 1. n. 33. & tit. de actionib. conclus. 4. n. 9. Quintilianus Mandosius de inhibitionib. q. 121. Anton. Massa Gallef. ad formul. cameral. obligat. ad tertiam particul. quæst. 2. n. 2. aliàs quæst. 11. n. 2. Scaccia de appellation. quæst. 17. limit. 9. n. 45. versic. Comprobatur Paz in prax. 1. tom. 4. part. cap. 2. n. 4. Azevedus, qui tamen limitat *in l. 1. n. 154. tit. 21. lib. 4. Recop. Matthias Colerus de process. executivis, 4. part. cap. 1. n. 72. Thuscus litter. C. conclus. 976. n. 4. ubi dicit communem opinionem, Maranta disput. 6. n. 2. post prax. Hævia Bolaño in Curia Philippica 2. part. §. 1. n. 3. & 4. Cavalcanus decis. 1. n. 15. 1. part. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 3. cap. 2. n. 9. Seraphin. de priv. jur. priv. 77. n. 81. in fin. Graffis de exceptionibus in præludiis, n. 59. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de jud. resol. 3. n. 13. & resol.**

10. per totam, Atmator Rodriguez de execut. cap. 2. n. 2. Faciunt quæ tradit idem Jason. in l. unica in princ. n. 22. & 23. & in §. is videtur, n. 1. ff. si quis jus dicen. non obtemperaverit, & incertus Author inter consilia Alexandri conf. 130. n. 15. lib. 4. Decius conf. 460. n. 8. & 9. & Bart. in l. consentan. 8. n. 17. C. quomodo, & quando Jūdex. Videlicet plura remedia, quæ tendunt ad eundem finem esse secum compatibilia, & electionem unius alterum non tollere, quam doctrinam omnes adducunt, admittunt, & approbant.

17 Limita sexto, ut non debeant, nec possint cumulati processus, qui excentur sub diversis instantiis, videlicet processus primæ instantiæ, ante sententiam, cum processu causæ appellationis, vel processus in prima instantia appellationis, cum processu in instantia reclamationis, seu revisionis. Ratio est, quoniam inde oriretur summa perplexitas, & insuperabile incommodum. Nam ante finitam primam instantiam restant in lite ferendæ tres sententiæ, ut illa omnino finiatur: finita verò prima instantia, restant ferendæ solum duæ: post finitam primam instantiam appellationis reliqua est dumtaxat ferenda sententia reclamationis. Quid igitur erit faciendum, si uniantur acta primæ instantiæ cum actis secundæ, fiatque unus processus, & una causa decidenda? Ferendæ nè erunt duæ sententiæ, an solum una, vel tres potius? Non quidem tres; alioqui post latam primam sententiam in actis secundæ instantiæ, si pronuntiantur tres, causa diffinietur per quatuor sententias, quod ordini judiciario repugnat. Neque item duæ solum, quia magnum oriretur damnum illatum causæ tractatae in actis primæ instantiæ, quæ poterat ex natura sua decidi per tres sententias, si illi auferatur recursus ad tres sententias, ablata illi una instantia appellationis, vel reclamationis, & duabus dumtaxat finiatur. Neque item potest ferri una dumtaxat sententia, quia quamvis sit secunda respectu actorum secundæ instantiæ est prima respectu actorum primæ instantiæ, à qua competit appellatio, vel recla-

matio. Hanc limitationem videtur tradidisse Franciscus Marcus *quest. seu decis. 77. n. 5. 1. part. Menoch. d. casu 371. n. 21. in fin.* Pro quo facit quod tradit Thusc. litter. C. *conclus. 1096. n. 22.* videlicet, non posse cumulari eodem tempore judicium ordinarium, & executivum, quod asserit probari in l. 1. C. *de execut. rei jud.* quidquid contra dixerit Alexand. *conf. 58. n. 3. lib. 5.* & eum sequutus Craveta *conf. 6. n. 8. in fin. lib. 1.* Conferunt etiam quæ tradit Barbos. *in l. qui prior 29. ex n. 34. ff. de jud.* ubi ait, conventionem, quæ est ordinaria, & re-conventionem, quæ est summaria, non posse pari passu ambulare.

18 Limita septimo, quando juramentum intervenisset in promissione, nam tunc potest simul agi coram diversis Judicibus, & quod consequens est, sub diversis processibus, nempe coram Ecclesiastico, & saeculari, cum juramentum addat forum foro, ut notavimus *supra tit. 1. disput. 2. n. 204. ex textu ult. de foro compet.* in 6. cum plurimis, quos allegavimus. Hanc limitationem, tametsi dubius, tradit Jason. *in d. l. nulli, n. 6. vers. Quinto cogita,* firmius eandem defendit d. *conf. 9. ex n. 4.* eum sequitur Menoch. *d. casu 371. n. 24.* & Trentacinq. *d. resol. 3. n. 17.* Ego de illa multum dubito, & ut ingenuè fatear, non credo veram. Nam quod dicitur juramentum addere forum foro, non est quod apud diversos foros, simul agi possit de contractu jurato: sed quod sit in potestate actoris eligere ex duobus foris Ecclesiastico, vel saeculari, quod malit, in quo debitorem suum conveniat, ut recte animadvertis *ubi supra* Trentacinq.

19 Limita octavo ut & continentia causæ possit dividi, & cessare cumulatio actorum, quando causa ex justis aliis rationibus divisionem receperit. Ita sentit Marianus Socinus Junior *conf. 136. n. 6. lib. 2.* & illum sequutus Menoch. *d. casu 371. n. 26.* Cephal. *conf. 387. n. 26. & seq. lib. 3.* Trentacinq. *d. resolut. 3. n. 14.* Thusc. litter. C. *d. concl. 976. n. 14.* potest Alexand. *conf. 64. n. 6. vers.* Non obstat, quod non debuit, lib. 7. qui exemplificat in casu, quo unus ex

reis recusat Judicem, alius non. Potest autem proponi commodissimum exemplum in judicio factō adversus plures reos ob delictum commissum, in quo sint complices unus laicus, alter Clericus, vel in negotio tangente Clericum, & laicum; nam judicium dividendum est, tametsi sit ejusdem continentiae, & qua ex parte tangit laicum tractandum coram saeculari, qua ex parte Clericum coram Ecclesiastico, ut docent Covarruv. *in pract. cap. 34. n. 1. Jul. Clarus lib. 5. sentent. §. fin. q. 36. n. 46.* Farnac. *in prax. quest. 8. n. 151. vers. Contrarium,* Cacheran. *decis. 103. & 173.* Capicius *decis. 122.* Grammaticus *decis. 21.* Franchis *decis. 426.* & ibi Addentes, Anton. Gomez *tom. 3. variar. cap. 10. n. 6.* Gutierrez *lib. 1. pract. quest. 6.* Foller. *in prax. crim. 1. part. 2. part. verb. Audiuntur excusatores, n. 157.* Gratian. *regul. 9. n. 5.* Padilla *in l. 1. n. 6. C. de diversis rescript.* Bobadilla *lib. 2. Polit. cap. 17. n. 91.* qui ibi in glossa penultim. refert plurimos, Trentacinq. *lib. 2. variar. tit. de jud. resolut. 3. n. 3. & 18.* Fachin. *controv. juris, lib. 9. cap. 31.* Cevall. *in Specul. pract. tom. 4. quest. 897. ex n. 595. & de cognit. per viam violentiae 2. part. quest. 69. ex n. 7.* Riccius collect. 368. Emanuel Roderic. *Quest. Regul. tom. 2. q. 2. art. 4.* Ignæus in *repet. §. non alias, l. necessar. n. 441. ff. ad Senatusconf. Syllanian.* Quidquid immerito contradicat Antoninus Diana *resol. moral. 3. part. tract. 1. resol. 1.* Tametsi casus iste videatur pertinere ad limitationem quartam supra traditam.

20 Sed cum de actorum cumulatione agamus, queret quispiam, quid actorum nomine significemus? Et respondendum est, actorum nomine contineri scripturas omnes factas ab Actuariis de quocumque facto in Judicis praesentia, etiamsi non fiat in figura judicii. Ita docet gloss. 1. in l. acta 45. & ibi Paulus n. 2. Alexand. n. 3. idem Paulus in l. actor. 46. n. 3. Alexand. ibi n. 5. ff. de re jud. Baldus in l. interrogatam 24. per text. ibi, C. de liberal. cauf. Doctor, in l. is apud quem, C. de edendo, Felinus in cap. quoniam contra, ex n. 7. de probationib. Boerius conf. 44. n. 8. Maranta in Specul. part. 5. n. 55. Asinius in prax. §. 14. cap. 3. ex n. 1. cum cap. seq.

& Pacianus de probation. lib. 1. cap. 65. ex n.  
1. Thuscus litter. A. conclus. 86. & 87.

21 Ex prædictis infertur. Primò, valde erroneam esse praxim Regni Neapolitani, juxta quām, quando coram Domino Præside S. R. C. postulatur unio actorum, solet interloqui Præses, videant Magistri actorum hebdomadarii, & ex eorum sententia acta unienda, vel non unienda decernit. Cum enim in actorum cumulatione, seu unione occurrant tot juris articuli decidendi, & ante oculos habendi, neque multum faciles, neque sine controversia, ab omni ratione alienum est, eos hominibus semper ignorantibus, sæpè sæpius omnino inexpertis decidendos committere, quos certissimum est nescire, ex qua causa, & in quibus casibus acta sint, vel non sint cumulanda, & unienda.

22 Secundò infertur, cùm in libellis noviter præsentatis coram Præside S.C. ad finem eos postea præsentandi apud acta, quos vocant supplicationes, qui aliquid novi continent, circa causas jam commissas, & post decretationem Præsidis remittuntur ad causæ Comissarium expediti per solitæ formæ decretum, idem Magnificus, cùm, inquam, in istis supplicationibus denū committendis, seu remittendis, occurrant eadem considerationes, quæ in actorum cumulatione, & ex commissione, seu remissione earum sæpè sæpius oriantur cumulationes iniquissimè quæsitæ, & injurissimè factæ, studio iniquissimorum litigantium, & calumniosissimorum Advocatorum, quorum in tribunalibus Neapolitanæ civitatis ex maxima copia, in magnum periculum, imò detrimentum animarum Superiorum, qui illos impunitos tolerant, toleratis impensè favent, & ex prædictis perversis cumulationibus frequentes mutationes veri, & competentis Comissarii, & multoties omnium judicum causæ variatis Rotis, oculatissimè debere attendi ab eodem domino Præside, eo tempore, quo similes supplicationes porriguntur, quid illæ contineant, & an habeant eandem continentiam cum causa, quæ tractatur coram Judice illo, quem litigator petit, an

verò potius concernant causam alteri Judicii commissam, quem hoc simulato stratagemmate refugere intendit, ut impetreret sibi Judicem, quem malis fortassis artibus attraxit, aut quem sibi nimis facturum sperrat, quamvis contra jus, fasque: atque ita causa cognita citatis, & vocatis adversariis providere, an idem, an non idem Magnificus processurus sit, & cognitus de contentis in supplicatione, non subito, & ex improviso, non citata parte, cuius interest Judicem non mutari. Plerumque enim istiusmodi supplicationes præsentantur quolibet quæsito colore, verè tamen in eum finem, ut Magistri actorum aliis auferant suas causas, aut litigantes refugientes iustitiam eligant sibi Judicem ad placitum suum; ipsisque placentem, & quod maximè dolendum est, sæpe numerò obtinent, quod operant ex Superiorum socordia, aut iniquitate, quod Deo reddituri sunt rationem. Quantas, bone Deus, sub hoc occulto, & calumnioso velamine vidi iniquitates, & pauperum litigantium oppressiones?

23 Tertiò animadvertisendum est, in omnibus prædictis casibus, in quibus est facienda cumulatio actorum, debere Actuarium acta originalia transmittere ad tabellionem, apud quem actorum cumulatio est facienda. Et de jure Castellæ ille Actuarius, à quo removentur acta, nullas sportulas eo nomine desiderare potest ab eo tabellione, apud quem sunt remansura, neque à litigantibus, quemadmodum statuitur in l. 1. tit. 27. lib. 4. Recop. §. Item de qualquier processo. Cum verò cumulatio, & unio actorum jure fieri non debet, non est compellendus Actuarius invitatus consignare acta originalia, ut uniantur cum aliis, etiamsi apud ipsum utraque causa actitetur, juxta doctrinam Bart. in l. eos, §. super his, n. 2. C. de appell. Bald. in l. is, apud quem 2. n. 2. Alexand. ibi, n. 3. Fulgos. n. 1. Pauli n. 2. & seq. Jason. n. 3. C. de eden. Boerii deois. 15. n. 4. §. notat Parlador. lib. 2. quotid. d. cap. 9. n. 4. & §. Villadiego in Polit. cap. 1. sub tit. accumulation, n. 13. §. Ten los casos.

24 Quartò advertendum occurrit, quoties cumulatio fit, debere eum, quia

interest facere reproductionem actorum in novo judicio post factam cumulationem, alioqui acta unita fidem non facerent, ut potè alterius judicij, quemadmodum notarunt Bart. in *l. naturaliter* 12. §. nihil commune, n. 32. ff. de *acquir. possess.* Antonius de Butrio in *cap. cum dilect.* 6. n. 10. *circa fin.* de *causa possess.* & propriet. Matesilanus singul. 160. Alexand. in *d. l. is, apud quem,* n. 30. *in fin.* Jason. n. 14. vers. Nota tamen, Decius n. 33. C. de *edendo, idem* Alexand. *confil.* 82. *in causa vertente,* n. 5. lib. 1. Parladi. *d. cap.* 9. n. 9. & Villadiego *ubi supra.*

25 Quæ tamen doctrina secundum eundem Parladi. *ibid.* utiliter limitanda est, ut non procedat in Regno Castellæ, in quo proceditur in causis spretis juris solemnitatibus, & sola facti veritate inspecta, juxta *l. 10. tit. 17. lib. 4. Recop.* Et ex eadem ratione limitanda quoque est in Regno Neapolitano, in quo in omnibus causis proceditur sola facti veritate inspecta, juxta *Ritum* 288. & 289. & *pragmat.* 1. *dispensatio litium, de ord. jud.* Itaque in istis Regnis dum acta uniuntur, non oportet Advocatos sollicitos esse de reproductione actorum unitorum, cum veritas facti satis Judici ex actis unitis innotescat.

26 Quinto tandem sciendum est, cumulationem, & unionem actorum, quoties sit, aut fieri inter Actuarios diversi fori, aut ejusdem fori. Primo casu planè pertinent acta unita ad actuarium illius Judicis, qui de causa debet cognoscere, apud quem, & adducenda, & unienda sunt acta, argumento *cap. translato* 3. *de confit.* & eorum, quæ ibi traduntur, quod enim de uno connexorum statuitur, ad aliud connexum extenditur. Cum ergo acta siant, & producantur, ut definiri possit causa, ille tabellio, apud quem sententia proferenda est, debet apud se habere acta. Secundo casu cumulatio, & unio sit apud tabellionem, apud quem prius est cœpta lis, juxta regulam *cap. qui prior* 54. *de regul. jur. in* 6. & *in cap. capitulum* 30. & ea, quæ ibi notant Doctores, *de rescript.* & tradit à Baldio in *l. si idem cum eodem* 11. §. *quod si mutua, n. 3. ff. de jurisd. omn. jud.* & à nobis prior

*Tom. II.*

*re tit. disp. 2. ex n. 899.* Quia in re oportet præoculis habere ea, quæ de remissionibus, & præventionibus dixi *eadem disput. 2. q. 7. sect. 2. & 3.* nam unio processuum est quodam genus remissionis ex uno Judice ad alterum, quæ ex præventione sàpè sàpius ortum dicit. Appositissimo exemplo confirmat hanc sententiam Avendañ. *de exequend. mandat. 2. part. cap. 15. n. 6. vers.* Sed pone, cuius doctrinam Parladi. *d. cap. 9. n. 7.* Si Judex commisso aliquo delicto procederet ex officio coram uno tabellione, inquirendo, carcerando, aut sequestrando, & procedente Judice ex officio coram illo tabellione superveniret accusator, qui coram alio tabellione accusationem proponeret, acta nihilominus debent uniri coram tabellione, qui prius cœpit actitare, & in causa ex officio procedere. Quamvis enim majus sit, & fortius jus accusatoris, quam Judicis respectu rei accusati, atque ideo præferatur Judex, coram quo porrecta est accusatio Judici inquirenti ante ipsam accusationem, ut dixi *superiore tit. disput. 2. n. 891.* tamen respectu tabellionis, & Actuarii, cui quæsitum est primò jus ex sua diligentia, atque industria, aut fortuna, non est tantæ potentia, ut possit privare ipsum processu, quem ante cœpit scribere, ex beneficio text. *in l. 1. C. de sport.* ubi notant Bald. n. 2. Angel. n. 1. & Doctores.

27 Oportet autem adnotare, id esse verissimum, cum idem est Judex, qui procedit ex officio, & coram quo proponitur accusatio, aut essent duo Judices ejusdem fori, qui eisdem tabellionibus uterentur, aliud esset si Judices essent diversi fori: nam coram illo tabellione acta erunt unienda, cuius Judex in cognitione causæ fuerit præferendus, juxta dicta à nobis *priore tit. disp. 2. ex n. 807.* Idem observandum esse in executione rei judicatae, aut evictionis causæ, videlicet agendum apud eum Actuarium: apud quem primalis cœpta est, quando videlicet istæ causæ in eodem actitantur foro, notavit Parlador. *d. cap. 9. n. 7.* Bobad. *Polit. lib. 3. cap. 14. n. 85.* & Villadiego *in Polit. cap. 1. dict. n. 13. §. T quando.*

D 2

SUM-

## SUMMA DISPUTATIONIS TERTIÆ.

**1** *J*udicium cœptum coram uno Judice , an possit coram alio terminari , ubi trætent DD.

*Hic tractamus , an judicium cœptum ab uno actore , vel cum uno reo , illis desistentibus possit à tertio exerceri , ibid.*

**2** Exempla.

**3** Exemplum in habitibus militaribus , & quæ qualitates ad eos obtinendos requirantur.

**4** Honos vita , & rebus omnibus prefertur.

**5** Tertius potest finire judicium cœptum , cum aliquo principali defuneto , aut desistente ea invito , si illius interfit.

**6** Causæ nobilitatis sunt ardua , quæ tangunt bonorem , famam , & existimationem totius familie.

**7** Causæ nobilitatis sunt ex illis in quibus nullius detrimentum versatur , & per consequens benignè tractandæ.

**8** Fama publica probat nobilitatem , ignobilitatem , puritatem , & impuritatem sanguinis , ortum , & descendantiam ab his , vel illis parentibus.

*Omnia , quæ possunt ad notorietatem pervenire , per vocem famæ investigari , & ostendi solent , ibid.*

*Testis de fama publica satis est , si deponat , se publicè audivisse , licet non deponat à quo audivit ex stilo Rotæ , ibid.*

**9** Facta antiqua , & quæ excedunt hominum memoriam probantur ex sola fama.

**10** Antiquum quid dicatur.

*Christianus antiquus , aut vetustus quis sit , ibid.*

**11** Fama quomodo probetur , & qualis esse debeat.

*Fama differt à vano rumore , ibid.*

**12** Cognatio , & genus quoad successionem quomodo probentur , remissivè.

**13** Generis identitas præsumitur ex identitate cognominis , sed ea non satis est ad probationem , sed exigitur concursus aliorum conjecturarum.

*Identitas insignium , seu armorum gentiliorum , cum identitate cognominis probat identitatem generis.*

**14** Difficultas frequenter occurrrens in causis puritatis , vel nobilitatis proponitur.

**15** Sententia Perez de Lara pluribus testibus de ponentibus de bona fama alicujus , uno verò de mala , excludendum esse ab honoribus , & fundamenta , n. 16. 17. & 18.

**19** Contraria sententia communis , & vera. Probatio bona famæ , per pauciores testes prævalet probationi malæ famæ per plures testes , ibid.

**20** In omnibus probationibus regulare est , ut plures testes ceteris paribus præferantur paucioribus.

**21** Ubi invenitur discordia testium major fides adhibetur deponentibus in specie , quam in genere , deponentibus verisimilia quam inverisimilia , dignioribus , quam minus dignis ; deponentibus cum redditione causæ , quam sine ulla , melius informatis , quam aliis non benè informatis ; deponentibus pro causa favorabili , quam contra.

**22** Hispania praxis quæ sit , & an Perez potuerit de illa testificari.

**23** Praxim , de qua testatur Perez esse iniquam , & reformatione dignam.

**24** In casibus à jure permisis adhibetur fides paucioribus testibus contra plures.

**25** Reprobatur distinctio adducta in hoc articulo à Christophoro de Paz.

**26** Collega ex præsentatione eandem qualitatem habere debet , quam Collega ex elektione , & eidem subditur statuto.

**27** Arbitrium concessum Electoribus , aut Votantibus in Ecclesia , Collegio , vel habitu , est arbitrium regulatum juxta jura , non liberum.

**28** Reprobatur argumentum temeritatis plenum , quo utitur Paz ad confirmandam sententiam Peretii.

*Multoties timendum est potius , nè sint falsi testes , qui contra prætensores , quam ii , qui pro illis testimonium dicunt , ibid.*

**29** Doctrina Bart. circa legitimacionem contra jus quæsum , quo utitur Paz non esse ad rem.

*Cùm agitur de probanda nobilitate agitur de causa , in qua interest multorum , & magnum versatur detrimentum , ibid.*

**30** Testes in informationibus puritatis , aut nobi-

## DISPUTATIONUM

## JURIS DE JUDICIIS.

29

bilitatis recepti pro istis prætorsibus non publicantur, & quid de hoc senserint Hispani Doctores.

Multa hodie immutata sunt ex nova pragmatica, circa has informationes, & multa poterunt mutari, ibid.

31 Informationes semel factæ in istis causis possunt iterari.

32 Ex ista probatione non oritur exceptio rei judicata, cum sit summaria, & facta sine citatione Partis.

33 Probationes summariae receptæ antè litem contestatam fidem non faciunt, & possunt iterato fieri.

34 Usus Consilii Ordinum.

35 Fama integritas comprobata per plures testes, non luditur ex unius depositione contraria.

36 Testes examinati à Commissario in istis causis non censentur presentati à prætorsibus.

37 Testis unicus presentatus à producente deponens contra ipsum, non probat plenè contra ipsum.

38 Testes producti pro puritate sanguinis, non deponunt denegativa.

Negativa solet includere affirmativam, quando est prægnans, ibid.

Magis credi duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus, quomodo intelligatur, ibid.

## DISPUTATIO III.

Utrum judicium cœptum ex instantia unius, possit ex instantia alterius terminari? ubi multa notatu digna, circa proxim statutorum de puritate sanguinis, aut nobilitate, & earum probationem.

I **A**n judicium ab uno Judice cœptum possit terminari ab illo Judice, tractant Doctores in l. posteaquam 7. & in l. ubi acceptum 30. ff. de judiciis, & in l. cum quædam puella, ff. de jurisdictione omnium judicium, & in cap. proposuisti, de foro competent. ego tetigi supra tit. 1. disput. 2. quest. 7. secl. 3. ex n. 899. Nunc diversam propono

difficultatem, quæ ex facto sàpè solet in disputationem venire, videlicet, an judicium cœptum ab uno actore, vel cum uno reo, illis desistentibus, vel mortuo sine herede actore, vel reo, vel existente causa ejus conditionis, ut ad heredes non transeat, possit, vel heres, ad quem non transit, vel tertius quilibet, qui possit pretendere sua interesse, judicium finiri; possit, inquam, illud idem judicium cœptum suscipere, ut illud prosequatur, & finiat.

2 Subjiciamus exempla, quò disputationis utilitas manifestius appareat. Ponamus, aliquem inquisitum, vel accusatum de crimen, infami, quod totam familiam inficeret, & infamaret, verbi gratia, de heresi, Judaismo, peccato nefando, vel proditione in Regem, aut ejusmodi alio, & pendente inquisitionis, vel accusationis processu mortem rei intervenire, quæ cum omnia solvar, & in specie accusationem, crima, & delicta, ut latè prosequitur Sebastianus Medices in tract. mors omnia solvit, part. 2. concl. 2. n. 5. concl. 27. n. 75. & concl. 32. n. 86. videbatur judicium per mortem rei finem accepisse, ita ut deinceps à nullo esset prosequendum, & tertius quisque de cognitione defuncti, quem delictum infamiae nota aspergit, ut cognitionem totam, vult judicium prosequi, eo fine, ut defuncti innocentia innotescat, quo cognitionem suam purget, infami macula, quam illi delicti defuncti diffamatio inuferat, an sit ad prosequendum judicium admittendus, queritur? Secundò, mota est aliqui de statu quæstio, dubitatum est, an ingenuus sit, an libertinus, demus, siliusse judicium, mortuum esse reum, & lapsum esse quinquennium, intra quod possit exerceri, l. 1. & seq. C. nè de statu defunct. habereque filium, qui non sit ejus heres, tamen sua intersit patris ingenuitas, an possit judicium prosequi dubitamus, quo comprobet patris ingenuitatem.

3 Tertiò (& in hoc casu contigit dubitari de hoc articulo) ut quis admittatur ad gestandos habitus militaris Sancti Jacobi Calatravæ, & Alcantaræ in Hispania, requiritur sanguinis puritas, & generis

## TITULUS II.

ris nobilitas , juxta Constitutiones illorum Ordinum : atque ista etiam generis puritas requiritur , ut quis admittatur ad omnia Collegia , præbendasque , & dignitates multarum Ecclesiarum Cathedralium , in quibus servantur statuta puritatis sanguinis , & excluditur ab ipsis omnibus quicumque est impuri sanguinis , à Judæis , vel Mauris primogenitus , quemadmodum ab habitibus militaribus , procreatus à parentibus , aut ignobilibus , aut aliqua ex prædictis maculis infectis , ut notant Redin . de Majestate Principis ; ad verbum , sed etiam per legitimos tramites , ex num. 199 . ad 201 . Menchaca de successionum progressu , lib. 1 . §. 4 . num. 44 . Rojas singul . 104 . Hojeda de incompatibilitate beneficiorum , 1 . part . cap . 23 . num . 1 . & n . 136 . & 137 . & seq . Gratianus regul . 223 . n . 4 . Ojalora de nobilitate , 2 . part . 3 . part . cap . 7 . n . 26 . Valenzuela conf . 90 . ex n . 1 . ad 4 . vol . 1 . D . Ferdinandus Matute in illo suo opere : Triunfo del desengaño , 1 . part . in ult . discursu , § . 4 . ex n . 79 . latè tractans cum multis omissionis . Quod tamen statutum odiosum , & contra jus commune vocat Mantica decis . 307 . n . 1 . post Puteum , quem allegat , & ideo strictissimè intelligendum , juxta cap . statutum , Il seconde , de hereticis in 6 . Facta igitur alicui gratia cuiuslibet habitus , dum informationes fiunt , vel discutiuntur in Ordinum Consilio , demus , vita fungi . Et ut difficultas magis urgeatur , demus , intervenire mortem eo tempore , quo in Ordinum Consilio incidisset dubium de veritate informationum , eo quod aliqua difficultas emergerit circa eas , quominus approbentur , quibus casibus provideri solet nonnunquam , ut informationes iterum , & secundò fiant , quod provideri posse , & debere , inferius annotabimus , n . 31 . & 32 . Certè interest omnium consanguineorum informationes captas exitum habere , nè posteris relinquatur memoria injustæ generi impunitatis notæ , ex habitus repulsa , & tota cognatio ignobilitatis , vel maculæ virtutis notata apud posteros male audiat .

4 Versatur autem hac in re magnum interesse totius generis , quippe cùm in dif-

## DISPUT . III.

crimen adducatur honos , fama , & existimatio , & honos tum virtæ , tum rebus omnibus sit præferendus , l . 2 . vers . Virginius , ff . de origin . jur . l . isti quidem 8 . § . quod si dederit , ff . quod met . causa , l . 55 . in fin . & ibi gloss . ult . tit . 5 . part . 1 . l . 4 . l . 23 . tit . 13 . l . 2 . tit . 14 . l . fin . in fin . tit . 23 . part . 2 . Chassan . in Cathal . glor . mund . 1 . part . considerat . 2 . Sebastianus Medices in tract . septem opuscul . 3 . ex n . 1 . & in tract . mors omn . solvit 1 . part . n . 170 . & 171 . & in tract . de legib . & statut . 2 . part . quest . 4 . n . 7 . Grammatic . decis . 98 . n . 3 . Alciat . conf . 2 . n . 6 . lib . 7 . Menoch . conf . 96 . n . 15 . lib . 1 . conf . 302 . n . 2 . & 6 . lib . 4 . conf . 1078 . n . 14 . & 15 . lib . 11 . Intrigliolus conf . 15 . n . 21 . & 22 . Valenzuel . d . conf . 90 . ex n . 7 . ad 11 . Segura Davalos in Directorio Judicium Ecclesiastico rum , 2 . part . cap . 14 . ex n . 23 . Ideò bona fama præfertur rei familiari . Proverv . 22 . n . 1 . melius est bonum nomen , quam divitia multæ , Ecclesiastes 7 . n . 2 . Melius est bonum nomen , quam unguenta pretiosa , quasi melius oleat , Ecclesiast . 41 . n . 15 . & 16 . Curam habe de bono nomine , hoc enim magis permanebit tibi , quam mille thesauri pretiosi , & magni , meminit Bobad . Polit . lib . 5 cap . 2 . n . 39 . August . Barbos . axiomat . 95 . Quapropter laus famæ deterior est funer cap . deteriores 6 . quest . 1 . Defuncto igitur eo tempore , quo totius generis honore , existimatione , & fama tractatur , militaris habitus prætensore , dubitatum scio , an licet ret consanguineis summarium illud judicium prosequi , donec debito sine terminatur , complanatis , quæ fortè tunc emergerant , difficultatibus , circa explorationem nobilitatis , & puritatis sanguinis defuncti , tametsi ex ea prosecutione , non sit resul tatus finis primò intentus gestationis habitus , cuius gratia defuncto facta erat . Contingit itaque in hisce casibus , aut aliis similibus , dubitari , an defuncto , vel cesante eo , quia præcipue interest , judicium finiri , possit tertius judicium suscipere ob proprium interesse , ut illi finem imponat .

5 Dicendum est posse tertium , cuius interest finiri judicium coemptum cum aliquo principali , eo defuncto , aut vivo , & desistente ; aut etiam eo invito judicium sus-

fuscipere, & reassumere ad illud finiendum. Probatur ex textu optimo in l. i. ubi notat Alericus l. cognitio 8. l. si pariter 9. ff. de liberal. caus. l. princip. 14. l. princip. 19. & ibi gloss. ult. C. eod. tit. idem probat text. in l. si suspecta 29. in princip. ff. de inoffic. testam. & ibi gloss. verb. Adesse, item text. in l. quamvis 3. C. n. de statu defunct. l. si is qui 3. l. quamvis 5. C. si pend. appellat. mors inter v. l. ult. C. de assert. tollend. & facit text. in l. ab executore 4. §. alio condemnato, ff. de appellat. Ita sentit Fulgofius in l. ad probationem 18. vers. ex l. princip. C. de liberal. caus. & Baldus in d. l. princip. prima, n. 2. ubi ait, *Nota, quod de statu defuncti agi potest, non propter defunct. sed propt. viventes, & in d. l. princip. secunda, n. 1. ait. Tu nota istam solemnem legem, quod quoties aliqua causa agitur cum aliquo, cuius eventus mihi præjudicare potest, possum ego probationem inducere etiam invito eo, cum quo negotium principaliter agitur.* Faciunt quæ notat idem Bald. in Auth. nunt si bares, C. de litigiosis, & Felin. in cap. cùm super 17. n. 11. vers. Etiam si princip. non appellat. de re jud. & Delrius in Miscelanea, ad l. ampliorem, ult. C. de appell. Eandem sententiam in specie, de qua tractamus, amplectitur, & multis probat Valenzuela conf. 95. ex n. 27. vol. 1. Ponte conf. 6. ex n. 31. vol. 1. & ibi, ex n. 39. tradit, qua forma sit proferenda sententia pro tertio, vel contra tertium. Sequitur Otalora de nobilitate, 2. part. 3. princip. cap. 6. per totum. Imò vero, & Gregorius Lopez in l. 7. tit. 1. part. 7. gloss. 4. ubi agens de delictis, pro quibus post mortem potest fieri accusatio, ait. *Et erit tunc offendendus libellus hæredi volenti purgare, & defendere memoriam defuncti,* secundum Albericum in l. fin. ff. ad l. Jul. Majest. In eadem sententia est Guillelmus Benedictus in cap. Rainuntius, verb. Mortuo itaque testatore, Il primo, ex n. 140. ubi etiam refert exemplum notatu digum, de testam. & probat ex l. filio 31. §. Seja, ff. de adim. l. & l. 1. §. quoties, ff. de injuriis, & Bald. in l. unic. n. 10. C. ex delict. defunct. qui dicit, textum in d. §. Seja, esse unicum in jure. Et ut benè memini, cùm ex facto mihi proposuisset, inter privata colloquia inter nos frequentis-

sima, hanc quæstionem, quæ tunc temporis in disputationem venerat, clarissimus ille, & doctissimus, multisque nominibus insignis vir, cuius memoriam animo meo satis insitam frequentissimè maxima cum veneratione, neque minore dolore recolo, D. Fernandus, inquam, Carrillo, eques Ordinis Sancti Jacobi, Præses primum Regii patrimonii, & simul deinde Præses supremi Indiarum Consilii, assentiebatur, tunc doctissimus ille vir eidem huic sententiæ allegans pro ea duas illas leges principaliter, C. de liberal. caus.

6 Postquam verò incidimus in causas, in quibus agitur de probandis hisce qualitatibus puritatis, & nobilitatis, ex natura sua gravissimas, ut potè, quæ tangunt honorem, existimationem, & famam, non earum solum personarum, quæ interveniunt in judicio, sed etiam integrarum familiarum, quas ideò arduas censet Chafaneus in Catalogo Glor. mund. 1. part. considerat. 2. ex textu in ratione sui in l. si inimicitiae 9. in fin. ff. de iis, quibus ut indig. Redin. de majest. princ. verb. Sed etiam per legitimos tramites, n. 199. Craveta conf. 168. n. 2. in fin. Mantica decis. 307. n. 3. 4. & 5. Menoch. conf. 96. n. 15. Valenz. conf. 90. n. 9. & conf. 92. ex n. 76. Segura Davalos in directorio judicum Ecclesiast. 2. part. cap. 14. ex n. 23. Perez de Lara de anniversariis, & cappellan. lib. 2. cap. 4. n. 55. & seq.

7 Non gravabor admonere, tam eos, qui probationes, testesque recepturi sunt, quàm illos, qui de similibus causis sunt cognituri, easque indicaturi, imprimis has esse causas, in quibus nullius detrimentum versatur, si in favorem actoris pronuncietur, maximum autem, si contra ipsum, ac per consequens benignè, & non rigidè, nec amarè, & tanquam inter infestos esse tractandas, juxta egregiam animadversionum Bald. Pauli, Jason. Alciati, Rebuffi, & Menoch. quos retuli, & sequutus sum priori tit. disput. 2. n. 108. quàm ultra illos approbat Cagnol. in l. quoties nihil, n. 5. ff. de regul. jur. idem Menoch. d. consil. 96. ex n. 27. lib. 2. Franchis decis. 2. n. 28. versc. Concurrit etiam, decis. 207. n. 8. & decis. 357. n. 6.

6. Valenz. *d. consil. 90. n. 5. cum seq. usque ad 11.* Rovit. *cons. 80. ex n. 9.*

8 Secundò deinde, hasce generis qualitates, nobilitatem, inquam, & ignobilitem, puritatem, & impuritatem sanguinis, ortum, & descendantiam ab his, vel illis progenitoribus, probari ex fama publica, ut docent Baldus in *l. providendum 7. n. 2.* C. *de postulando*, Joannes Andræas in *cap. licet ex quadam 47. ex n. 7. ad 8. de testibus*, ubi Panormit. *ex n. 1. ad 3.* Decius in *cap. 1. n. 38. de appellat. & in cap. veniens 10. n. 41.* Felin. ibi *n. 9. de testib.* Præpositus Cardinal. Alexand. in *cap. 1. §. si miles adversus militem, n. 1. de pace tenend.* & ejus violat. Tiraquel. *tract. de nobilitate, cap. 10. n. 8.* Cassanæus in *Catalogo glor. mund. 8. part. considerat. 16. & cons. 64. n. 10.* Craveta *de antiquit. tempor. 1. part. §. 11. viso de fama, ex n. 3.* Mascardus *de probationib. concl. 104. Antiquum ex n. 16. concl. 411. Consanguinitas ex n. 1. concl. 512. Descendentia, & concl. 841. Genus ex n. 1.* Fulvius Pacianus *de probat. lib. 1. cap. 49. n. 54. & lib. 2. cap. 12. n. 24. & cap. 26. n. 62. & seq.* Joannes Gutierrez *lib. 3. tract. quest. 14. ex n. 6.* Avendañus in *dictionario, verb. Indios, Joannes Garcia de nobilit. gloss. 7. ex n. 11. & ibi n. 22. & gloss. 18. §. 1. ex n. 1.* Dueñas *regul. 296. limit. 3.* Salzedo *ad tract. Bernardi Diaz cap. 23. novè edito n. 20.* Azeved. in *l. 22. n. 3. tit. 7. lib. 1. Recop.* Perez de Lara *de anniversariis, & capellaniis, lib. 2. d. cap. 4. ex n. 11. & ex n. 143.* Guido Papæ *decis. 196. n. 1. & decis. 387. n. 2.* Rota *diverfor. decis. 29. n. 2. part. 2.* Mantic. *decis. 154. ex n. 1. & decis. 317. n. 2.* Larrea *dec. 41. n. 13. tit. 1. Caved. decis. 73. num. 5. & num. 11. & 12. & seq. 2. part.* Francisc. Marc. *decis. 596. n. 5. 2. part.* Vivius *decis. 225. n. 3.* Verallus *decis. 277. ex n. 5. part. 1. Farin. decis. crim. 57. decis. 264. decis. 290. decis. 315. vol. 2. & in prax. crim. quest. 47. n. 94. & ex n. 101. & quest. 69. ex n. 101.* latissimè Riccius collect. 1260. Menoch. *cons. 161. n. 10. cum seq. lib. 13.* Fabius de Anna *cons. 88. lib. 1. & cons. 110. lib. 2.* Joannes Baptista Valenzuela *cons. 90. ex n. 36. & iterum ex n. 175. vol. 1.* Cephalus *cons. 137. n. 45. vol. 1.* Thuscus

*litter. C. conclus. 739. ex n. 21. & litter. D. post concl. 220. vers. Descendentia.* Nam omnia, quæ possunt ad notorietatem pervenire, per vocem famæ, & vulgaris existimationis, investigari, atque ostendi solent, præsertim in causis modici præjudicij adversus tertius, ut docet Bart. in *l. si constante 25. in princip. n. 11. & 12. seq. ff. soluto matrim.* afferit Dueñas *d. regul. 299. limit. 5.* Pacianus *de probat. lib. 1. d. cap. 49. n. 39.* Et ex stilo Rotæ non est necessarium depone-re testem, à quo audivit; sed sat est dicere, se publicè audivisse, esseque vulgarem, & communem opinionem in eo loco, in quo agitur de probanda nobilitate, & puritate sanguinis, aut impuritate, ut testatur Æmilius Verallus *decis. 7. part. 2.* Cornaz. *decis. 45. n. 10.* Perez de Lara *de anniversariis, lib. 2. cap. 4. n. 11.* & ante omnes docuit Innocentius *in cap. veniens, n. 2. & 4. de verb. signific. in 6.* Etenim si ex sola fama non probarentur istiusmodi qualitates generis, fieret ut probatio sæpiissimè esset impossibilis, cùm sæpè sæpius origo generis, de cuius probatione agitur, excedat hominum memoriam, cùm tamen probationum facultas angustanda non sit, quinimò facilior red-denda, *l. ne quid 7. vers.* Et quò facilior, *ff. de incend. ruin. & naufrag. l. quoniam multi 21. §. ult. in fin. C. de haeret. & manich. l. generaliter 12. §. necessitate, C. de reb. cred. §. si quis igitur in fin. in Auth. de instrum. caut. & fid.* Hippol. de Mars. in *rep. Rub. C. de probation. ex n. 461.* Joan. Garcia *de nobilit. gloss. 7. n. 36.* Pacian. *de probation. lib. 1. cap. 5. ex n. 9.* Surd. *decis. 277. n. 9. & seq.*

9 Ideò receptum est, ut facta antiqua, & ea, quæ hominum memoriam excedunt, plenè probentur per solam famam, ut notavit Angel. in *l. atqui natura, §. cùm me absente, n. 2. ff. de negot. gest.* & in *l. Titius, n. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Decius in *cap. 1. n. 43. & seq. de appellat. sequut.* Innocent. in *d. cap. veniens, ex n. 1.* Bald. & plurimos alios, Gozadin. *concl. 8. ex n. 47.* Silvanus *cons. 57. ex n. 5.* Bursatus *cons. 330. n. 13. lib. 3.* Menchaca *controvers. illustrium, lib. 3. cap. 84. n. 15. 16. & 17.* Joannes Garcia *de nobilit. gloss. 18. §. 1. ex n. 1. & per totam,*

Gre-

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

Gregor. Lopez in l. 29. tit. 16. p. 3. gloss. 2. per textum ibi, Mascard. de probationib. conclus. 754. Fama regulariter, n. 7. Afflict. decis. 23. n. 5. & decis. 83. n. 7. Dueñas d. regul. 199. limitat. 7. Et antiqua probatur per testes de auditu. Menoch. de arbitrariis, lib. 2. centur. 5. casu 475. ex n. 10. Antonius Gabr. lib. 1. commun. tit. de testibus, concl. 3. Joann. Garcia d. gloss. 18. §. 1. n. 6. & 7. & gloss. 38. n. 1. & 2. Sesse decis. 198. tom. 2. Hojeda de incompatibil. beneficior. d. cap. 23. ex n. 140. Farin. in praxi crimin. q. 69. plenissime ex n. 125. Mascard. de probationib. concl. 410. & 411. & concl. 512. descendantia. In antiquis enim levior probatio requiriatur, ut notat insignis ingenio, & eruditio- ne, doctissimusque Praeceptor, & amicus noster, Joannes Solorzano Pereira, Regius in Supremo Indiarum Consilio Confilia- riis in eruditissimo suo opere de Jure India- rum, lib. 1. cap. 9. n. 33.

10 Quid autem dicatur antiquum, tra-  
ctant Simon de Prætis de interpret. ultim.  
volunt. lib. 5. interpret. 2. dubit. 4. ex n. 231.  
Cravera de antiq. temp. 1. p. in princ. ex n.  
2. Menoch. de arbitrariis, lib. 2. cent. 1. ca-  
su 3. Milanens. decis. 7. n. 35. Brunorus à  
Sole in q. legalibus, q. 42. Joann. Garcia de  
nobilit. gloss. 37. Gaspar Antonius Thesau-  
rus quæst. forens. lib. 4. q. 41. n. 6. Pelaez de  
majoratib. 1. p. q. 45. ex n. 13. Franchis de-  
cis. 357. n. 4. & 5. Gaspar Caballinus mil-  
leloquio 64. Afflict. decis. 13. n. 23. Riccius  
collect. 327. & 383. Thuscus litter. A. concl.  
341. Augustin. Barbosa de appellativis, Ap-  
pellativo 19. Ex quibus colliges, proculdu-  
bio antiquum vocari, quod excedit vivo-  
rum hominum memoriam: & quod conse-  
quens est, Christianum veterem, aut vetu-  
stum, seu antiquum esse illum, cuius genus  
Christianum est ab immemoriali, idest, de  
quo non extat memoria, quando suscep-  
rit Christianismum, aut quando cœperit  
esse Christianus, quisque primus ex illo ge-  
nere fuerit baptizatus.

11 Fama autem qualis esse debeat, &  
quomodo probari, tradit elegantissime  
Bart. in l. de minore 10. §. plurimum, ex n. 5.  
ff. de q. omnino videndus, Marian. Socin.  
Tom. II.

in cap. qualiter, & quando 24. ex n. 482. de  
accusationib. Mascard. de probat. concl. 749.  
Fama est, & 750. cum seqq. volum. 2. Me-  
noch. de arbitrariis, libr. 2. cent. 1. casu 89.  
& cent. 3. casu 261. Thuscus litt. F. ex con-  
clus. 63. Riccius collect. 206. & 1133. Fa-  
rinac. remissivè in praxi crim. q. 47. n. 2. &  
latè ex n. 208. Valenzuela d. cons. 90. ex n.  
179. & cons. 92. ex n. 103. vol. 1. Quia in  
re animadvertere oportet, famam differre  
à vano rumore. Fama enim attendenda est,  
sed vanæ voces pupilli non sunt audiendæ,  
l. ad bestias 31. ff. de pœnis, l. decurion. 12.  
C. eod. tit. Gregor. in prologo partitarum,  
gloss. 14. & in l. 3. tit. 30. p. 7. gloss. 1. Gram-  
maticus voto 33. ex n. 14. & n. 15. Bobadilla  
lib. 5. Politic. cap. 2. ex n. 91.

12 Hoc modo probatur cognatio, &  
genus quoad nobilitatem, vel ignobilita-  
tem, puritatem, aut impuritatem: an verò  
hæc probatio per famam sufficiat ad pro-  
bandam generis descendantiam, seu cog-  
nationem quoad effectum succedendi; vel  
potius aliquid ulterius requiratur, videndi  
sunt Marescotus variar. resolut. libr. 1. cap.  
70. Gaspar Antonius Thesaurus, quæst. fo-  
ren. lib. 1. q. 61. Surdus decis. 145. Mascard.  
de probat. concl. 410. consanguinitatem, n. 10.

13 Generis autem identitas præsumi-  
tur ex identitate cognominis, ut argumen-  
to, l. cum precum 9. de liberal. caus. notat  
Cassianæus in Catalog. glor. mund. 1. p. con-  
sider. 38. concl. 41. Menoch. de præsumpt. libr.  
6. præsumpt. 15. n. 47. 48. & 49. & consil.  
1261. ex n. 5. libr. 13. Cephalus consil. 90. ex  
n. 17. libr. 1. Fabius de Anna consil. 88. ex n.  
1. libr. 1. & consil. 110. ex n. 1. libr. 2. Ricc.  
collect. 761. Pelaez de major. 2. p. q. 7. ex  
n. 87. in noviss. Perez de Lara de aniversa-  
riis, libr. 2. cap. 4. ex n. 46. Neque verò sat  
est ad probationem identitatis generis,  
identas nominis, juxta singularem textum  
in l. Imperatores 38. §. item rescriperunt,  
ibi: Nam solam nominis similitudinem ad con-  
firmandam cujusque originem satis non esse,  
ff. ad municip. & de incol. notant Signoro-  
lus de homodeis, ita intelligendus, consil. 81.  
n. 5. Menoch. d. præsumpt. 15. n. 48. & con-  
sil. 321. n. 16. & 17. libr. 4. Fabius de Anna

d. consil. 110. n. 4. Sed necessarius est concursus aliarum conjecturarum, & judiciorum, ut si concurrat identitas insignium, seu armorum gentiliorum, quæ similiter identitatem generis, & parentelæ, seu consanguinitatis arguunt, ut docuit Bart. in l. tutelas 7. n. 4. ff. de cap. diminut. & in tractat. de insigniis, & armis, n. 10. Cassanæus ubi supra, Calcaneus cons. 8. n. 3. 6. & 12. in fin. Menoch. d. consil. 1261. n. 5. Fabius de Anna d. consil. 88. n. 4. & d. consil. 110. n. 8. Joan. Vincent. de Anna allegat. 57. n. 19. & 20. Marcelus Cala de modo articuland. & proband. §. 2. glossa unica, n. 945. Josephus de Rusticis, tract. de liberis in condit. posit. lib. 2. cap. 6. n. 71. & 72. eruditissimus Riccius collect. 1062. Perez de Lara d. cap. 4. n. 134. Thesaurus decis. 270. n. 1.

14 Ante verò quam hinc discedamus, animadvertisendum est, occurrere sàpè sàpius in similibus causis, inter testes receptos pro probatione puritatis sanguinis, vel nobilitatis prætensoris habitus Militaris, Collegii, aut Præbendæ, requirentium has qualitates, contrarietatem, & discordiam; plurimis deponentibus de bona fama in favorem præensoris, quibusdam verò tametsi paucis deponentibus contrarium de mala fama, videlicet illum decerpere à Judæis, vel Mauris, reputarique communiter pro habente infectam originem, & cognitionem, dubitarique solere, quid in hoc casu agendum sit, an sententia ferenda sit pro præensori, an contra ipsum, nam non omnes uno modo sentiunt.

15 Perez de Lara d. cap. 4. ex n. 6. cuius sententia non videtur displicere Christophoro de Paz de tenuta, 1. p. cap. 32. n. 89. tametsi sub quadam distinctione illi acquiescat (ut inferius tangemus) qui rem tractat ibi ex n. 50. sentit hoc casu præensoris excludi debere ab honoribus, & commodis, quæ petunt, & contra ipsos esse ferendam sententiam: aitque ita observare Hispaniæ praxim in omnibus statutis puritatis sanguinis, ut ex minori numero testium repellatur præensor harum dignitatum, & de ea sententia neminem esse, qui dubitet. Rationes verò istius suæ indubitatæ senten-

tiæ non adducit, nisi quod ex iis, quæ respondet argumentis, quæ possent in contrarium objici, possunt colligi subsequentes.

16 Prima, quoniam is, de quo asserunt testes descendere ex Judæis, vel Mauris, vel aliis alia macula infectis, non potest dici integræ opinionis, cui per testes sinistra infertur, bonum enim dicitur ex integra causa, malum ex quocumque defectu. Iste igitur, ubi similia statuta vigent, admitti non debet, cùm requirant virum integræ famæ, & bonum sine contraria opinione.

17 Secunda, quoniam testes recepti à Commissario missi pro capiendis istis informationibus in ejuscemodi causis, videntur produci, & præsentari ab ipso petitore Colegii, Prebendæ, Officii, aut Habitus Militaris; cùm recipiantur ob ejus instantiam, & factum Judicis censeatur factum partis, ex vulgato textu in l. si ob causam, C. de evictionib. Succedit igitur communis conclusio, videlicet quemlibet testem quantumvis singularem deponentem contra partem, quæ illum produxit, convincere producentem, plenèque probare contra ipsum, etiamsi deponat solum de credulitate, ut docent Roman. consil. 104. n. 6. Parisius consil. 50. n. 6. p. 1. Craveta consil. 201. n. 7. Socinus Junior consil. 69. n. 13. & 14. p. 1. Jason. consil. 57. n. 15. vol. 1. & in Rubric. n. 9. ff. de jurejur. Maranta in speculo, p. 6. tit. de testium productione, seu §. Sextus actus, n. 16. Anton. Gabriel lib. 1. commun. tit. de testibus, concl. 1. n. 14. & 15. qui dicit opinionem veram, & communem, Mascard. de probationib. concl. 1242. producens testem, n. 2. vol. 3. Cephalus consil. 65. n. 55. & consil. 141. n. 16. lib. 1. Surdus consil. 61. ex n. 40. lib. 1. Barzius decis. 64. n. 25. Farin. in praxi, q. 62. n. 237. cum seqq.

18 Tertia, quoniam testis, qui depositit aliquem non descendere à Mauris, aut Judæis, aut se non audivisse illum descendere ab infecto genere, aut à notatis macula impuri sanguinis, aut damnatis ab Officio Sanctæ Inquisitionis, depositit per negativam: at testis, qui depositit aliquem descendere à Mauris, aut Judæis, aut à maculatis qualibet nota, depositit per affirmativam

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

35

vam. Ergo magis creditur uni testi, quamvis singularis, vel duobus sic deponentibus contra petitorem, quam mille aliis deponentibus per negativam pro petitore. Consequentia ex eo probatur, quoniam magis creditur uni, vel duobus testibus deponentibus affirmativa, quam mille aliis deponentibus per negativam, ut communiter dicunt Doctores post gloss. in l. diem proferre 32. §. si plures, verb. Consenserunt, ff. de recept. arbit. & gloss. in cap. I. verb. Memoriae, de prescript. in 6. Socinus regula 508. alias litter. T. regul. 36. Gullielmus Benedict. in repet. cap. Rainuncius de testam. 3. p. verb. Qui cum alia matrimonium contrahens, n. 252. Covarr. de sponsal. & matrim. 2. p. cap. 3. §. 5. n. 10. Afflict. decis. 324. num. 9. Gamma decis. 346. n. 3. Cevallos in specul. practic. lib. 4. q. 900. ex n. 76. & n. 81. Joan. Garcia de nobilit. gloss. 17. n. 36. & 37. & gloss. 34. n. 2. & 3. & de expens. & meliorationibus, cap. 9. n. 29. & 30. Gutierrez allegat. 6. ex n. 1. Pacian. de probationibus, lib. I. cap. 50. ex n. 1. Antonius Gabriel lib. I. commun. tit. de testib. concl. 4. n. 1. Farin. in praxi crim. q. 65. ex n. 200. Sanchez de matrim. lib. 4. disput. 27. ex n. 1. Riccius collect. 673. Curtius tract. de testibus, concl. 2. n. 8. & concl. 25. n. 54. Thuscus litt. T. conclus. 259. & concl. 270.

19 Contrariam sententiam, quinimò testibus examinatis in similibus causis, tam nobilitatis, quam puritatis sanguinis inter se dissentientibus, aliis deponentibus de nobilitate, vel puritate, aliis paribus, aut paucioribus de ignobilitate, aut impuritate, adhibendam esse fidem deponentibus de bona fama, & bona qualitate potius, quam deponentibus de mala, tuerunt Farinac. decis. 315. ex n. 10. vol. 2. crim. quest. apud Ludovisium, decis. 498. ex n. 11. & vide ibi Additionem Oliverii Beltrandini, Hojeda de incompatibil. beneficior. I. p. cap. 23. n. 143. qui plurimos allegat, & n. 147. Cevallos, qui ex professo rem tractat in speculo practicar. q. 900. ex n. 84. Valenzuela d. cons. 90. n. 34. & seqq. ad 37. & n. 50. 51. & seqq. & cons. 92. ex n. 203. lib. I. Riccius tract. de Neophitis cap. 7. ex n. 20. Coccinus

decis. 68. Mantica decis. 274. & decis. 285. & decis. 317. Riccius collectan. 3374. lib. 8. facit Seraphinus decis. 50. ubi stante statuto de puritate, ut in Ecclesia Toletana, potest obtinere admittendus data contrariata probationum. Eandem sententiam tueritur doctissimus D. Ferdinandus Matute amicus noster, in illo opere, cui imposuit nomen: *El triunfo del desengaño*, I. p. in ultim. discursu, §. 4. n. 246. Iстis annumerari possunt quicumque sentiunt, probationem bonae famae per pauciores testes preferri probationi male famae, seu infamiae per plures, aut etiam data testium paritate. Inter quos sunt Rolandus à Valle cons. 63. ex n. 39. qui alios allegat Franciscus Curcius tract. de testibus, concl. 48. n. 95. Mascard. de probationib. concl. 223. & concl. 234. ex n. 2. & concl. 235. ex n. 1. volum. I. & conclus. 1226. naturae presumptio, n. 9. & 10. vol. 3. Thuscus litt. B. concl. 98. vers. Bona fama, & litt. F. concl. 69. n. 13. & 15. & lit. T. concl. 240. n. 28. & seqq. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 6. casu 526. n. 37. Coccinus d. decis. 68. n. 11. & n. 17. Mantica d. decis. 31. n. 15. Riccius collect. 206. versic. Et num bona fama, idem Valenz. consil. 92. ex n. 203. lib. I. Anton. Gabriel lib. I. commun. tit. de testibus, d. concl. 4. n. 24. & 25. & 52. Ricciulus ubi supra, n. 22. qui plures allegat, & duas Rotæ Romanæ decisiones.

20 Fundamentum hujus sententiae est primò, quoniam regulare est, ut in omnibus probationibus datis testibus hinc inde contrariis plures numero cæteris paribus vindicant pauciores, sitque standum depositionibus testium numero plurimum, ut probat textus expressus in cap. in nostra 32. de testibus, in cap. licet causam 9. versic. Ex præmissis de probationibus, ubi notant Canonicistæ post gloss. Anton. Gabriel lib. I. commun. tit. de testib. d. concl. 4. n. 50. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 6. d. casu 526. ex n. 19. Mantica d. decis. 317. n. 11. Fabius de Anna cons. 59. n. 7. lib. I. Farin. qui plurimos refert, in praxi crim. d. q. 65. ex n. 106. Ricciulus ubi supra, n. 21. Atqui hæc regula non limitatur in præsenti casu, imò, ut

superius animadvertisimus, plures testes de mala fama vincuntur à paucioribus deponentibus de bona. Ergo sine fundamento, sine ratione, sine lege, sine autoritate ab hac regula recedendum non est.

21 Secundò, quoniam in omnibus probationibus, in quibus invenitur testimoniorum contrarietas, & discordia, major fides adhibetur testibus deponentibus in specie, quam in genere, testibus deponentibus verisimilia, quam inverisimilia, testibus dignioribus, quam minus dignis, testibus deponentibus cum redditione causæ, & per rationes urgentiores, quam illis, qui rationem sui testimonii non reddunt, aut reddunt minus urgentem; testibus, qui juris præsumptione possunt esse melius informati, quam cæteris non ita informati, testibus deponentibus pro causa favorabili, quam deponentibus contra, ut rectè animadvertisit Hojeda de *incompatib. beneficior.*  
*I.p. d. cap. 23. n. 142. 144. 145. 146. & 148.* qui optimè rem illustrat, loquens in hoc individuo casu cum multorum allegatione, Menoch. *de arbitriis, d. casu 526. ex n. 19.* Mantica *d. decis. 317. ex n. 12.* Fabius de Anna *d. conf. 59. n. 10. 11. & 12. lib. 1.* & Farinacius *in praxi, d. q. 65. n. 114. 128. 165. 172. & 188.* in genere loquens. Cur ergò sine ratione, & lege omnes istæ regulæ sunt limitandæ contra jus, contra omnem æquitatem, contra usitatum omnium judiciorum morem, & afferendum in hoc casu standum esse indifferenter pauciorum testimonio, contra plures fortassis digniores, verisimilia deponentes, reddentes meliorem rationem, melius etiam informatos, & pro causa favorabili testantes, maximè cùm Perez de Lara loquatur ex capite, nulla nixus autoritate, aut ratione?

22 Neque ejus, quod idem ille Perez asseverat, nempè Hispaniæ praxim observare, ut ex pauciore numero testium repellatur alicujus officii, præbendæ, Collegii, aut alterius dignitatis prætentor, stante statuto de sanguinis puritate, & neminem esse, qui de ea sententia, & usu dubitet, ulla habenda est ratio. Primò, quoniam non potuit ille testificari de praxi totius Hispaniæ,

qui neque totam Hispaniam, neque maiorem illius partem peragraverat, cùm illa scripsit, Doctor autem testatus de consuetudine extra suam patriam, & Curiam, fidem non facit, dixi priori tit. *disput. 2. n.*

62. *circa fin.* Imò verò de contraria praxi testatur Concivis ejus non inferior autoritate, Cevallos *d. q. 900. n. 95.* ubi jure optimo mittatur de animositate, ne dicam temeritate Perezii, qui dicere audeat, neminem de illa doctrina dubitare, cùm Doctores omnes non dubitent quidem de illius veritate, sed indubitanter existiment falsam, & iniquam, & adversus illam invehantur; ratioque juris, & æquitas, pietasque, & praxis Ecclesiarum Cathedralium, Collegiorum, & Confraternitatum, Regiique Consilii Ordinum, contrariam sententiam frequentissimè admiserit, se sicque vide observatum afferit Cevallos, dum Collega fuit, (Nam Perezius Collega non fuit, quod ego sciam, qui benè illum novi, & successor fuit illius in delegatione pro exequitione sententiæ latæ adversus Comitem de Villalonga, dum aſisterem in Curia Regia) & refert pro ea praxi decisionem quandam recentem Rotæ Romanae, duasque alias refert Ricciulus *de Neopbitis, d. cap. 7. n. 22.* Ergò & omnes tæpissimè vidimus, quod attinet ad Regium Ordinum Consilium, plurimos Equites ex primis informationibus non admissos ad Habitum Militarem, tamen concessis illis secundis informationibus, obtinuisse Habitum, quo in casu proculdubio habuerunt contra se testes. Et scio in quodam Collegio majori, in quo aderat simile statutum fuisse primò quandam insignem hominem fortassis ob contraria testimonia exclusum, posteaque re in Regio supremo Castellæ Consilio discussa, admissum, & approbatum obtinuisse Collegiaturam, quod oculatus testis vidi. Idque jure optimo, nam contraria praxis præterquamquod esset contra justitiam, & æquitatem, omniq[ue] juris ratione adversa, aperiret planè viam, qua possent iniqui calumniatores, & adversarii cupientes evertere familiarum honorem, & existimationem clam submittere unum,

vel

## DISPUTATIONUM

## JURIS DE JUDICIIS.

37

vel duos quoslibet testes deponentes de impuritate potentium Habitus, Præbendas, & Collegia, atque eo modo antiquis, & nobilibus familiis infamiae notam inurere, facereque, ut benemeritissimi homines ab honoribus arcerentur, quod permittere esset iniquissimum, Reipublicæque pernitosissimum.

23 Secundò, dato illam praxim, de qua testatur Lara esse quandoque servatam (quod negamus) dicendum erat, esse iniquam, juri, & æquitati adversam, ac proinde reformatione dignam, non enim quid factum sit inspiciendum est, sed quid fieri debeat, ut rectè adnotavit Franchis *decis.* 278. n. 6. nec exempla, nisi bona sequenda, cùm sana ratio exemplis sit anteponenda, ut probat textus desumptus ex D. Augustino *in cap. sana, distinct. 9.* notavi *supr. titul. I. disput. 2. n. 967.* meminit Lucas de Penna *in l. 2. n. 11. C. ne fiscus rem, quam vend. evinc. libr. 10.* & faciunt quæ notat Everardus *loc. 95. ab authoritate, n. 10. cum seqq.* omnino videndus, & Josephus Ludovicus *decis. Lucens. 28. n. 73.* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. q. 1. ex n. 20.*

24 Tertiò respondendum est, si fortè aliquando testibus paucioribus contra plures fides fuerit adhibita credendum est, esse in casibus à jure permisis. Videlicè si plures deponant de negativa, pauciores de affirmativa; si pauciores fuerint digniores pluribus; si magis verisimilia deposuerint, si redditum meliore, & urgentiore ratione; si fuerint melius informati, quas limitaciones tradit Farinacius *d. q. 65. ex n. 108.* ad regulam textus *in d. cap. in nostra, de testibus,* à se prius propositam: non verò ideò, quia statutum de sanguinis puritate ullam præbeat occasionem limitandi prædictam generalem regulam, cùm nullus Doctor similis limitationis meminerit, nec appareat ratio, cur limitari debeat.

25 Neque item placet distinctio adhibita à Christophoro de Paz *de tenuta 1. p. d. cap. 32. n. 66, & 67. cum seqq.* videlicè considerari posse duplum casum. Primum, quando quis petit Collegium ex præsentatione patroni, aut præbendam collatam,

tum habitum militarem Regia gratia concessum, quibus casibus tractatur de jure quæsito, & in eo primo casu credit observandam esse supradictam resolutionem, quam sumus amplexi. Secundum, cùm quis petit Collegium sine præsentatione, aut alio jure quæsito, in quo credit concedi liberam potestatem Collegio, aut alteri Communiat, & ejus Commissariis, ut animum suum ex qualicumque probatione instruere possint, cùm tunc nullum jus quæsitus fuerit iis, qui Collegium petunt, quare nulla species probationis, etiam imperfecta censemtur exclusa, juxta doctrinam multorum, quos allegat. Et hoc secundo casu non videtur illi omnino displicere opinio Peretii de Lara, in quam se dicit propendere, *d. cap. 32. n. 89.* adjiciens, & illam rationem pro ejus probatione, quoniam nisi prædicta opinio esset vera, sequeretur nullum esse, qui puritatem sanguinis majori testimio numero non probaret.

26 Non, inquam, placet, quoniam ex ea sequeretur, non eandem qualitatem requiri in eo, qui ex præsentatione futurus est Collega, quām in eo, qui futurus est ex Collegarum electione, cùm tamen idem, & æquale sit statutum pro omnibus, & universim omnes comprehendat, & de omnibus per eadem verba loquatur, quod esset manifestum incommodeum, contra textum *in cap. cum omnes 6. de constitut.* & quæ ibi Doctores notant, & textus *in l. tam hoc jure 4. in versic.* Sed si aliter, & in *l. Lucius Titius 45. ff. de vulgar. & pupill. substit. l. hereditatem 2. l. quamvis 4. C. de impuber.* & aliis, & ibi notata à Doctoribus, quibus probatur subintelligi debere etiam ea, quæ expressa non sunt pro servanda inter plures æqualitate, nec enim debet una res diverso jure censeri, *l. eum, qui ades 23. ff. de usucaptionib. cap. cum in tua 30. de decimis.* Si igitur censendum est, probatam esse plenè puritatem sanguinis præsentati ad Collegium, etiamsi habeat aliquos testes contra se, & eo non obstante tanquam suam puritatem verè probans, & de cuius puritate satis constat, debet admitti, cur etiamsi non præsentatus eodem prorsus modo probans suam

pu-

puritatem erit rejiciendus, eo quod habeat unum, vel aliquos testes contra se? Certè hoc repugnat justitiæ, & æquitati.

27 Neque obstabit diversitas in istis duobus casibus considerata à Paz, videlicet, quod in primo arbitrium concessum admis-  
soris ad Ecclesiam, Collegium, vel habi-  
tum prætensorem, est arbitrium regulatum,  
& juri conforme: secundò verò sit libe-  
rum, non obstabit, inquam, quoniam &  
falsum est, & nullo jure probatur, aut sta-  
tutorum verbis. Statuta enim requirentia  
sanguinis puritatem, non concedunt libe-  
rum arbitrium admittendi quem velint ad  
Collegium Collegis, vel ad Ecclesiam Ca-  
nonicis, aut excludendi quem velint, nec  
habendi quem velint pro Neophito, &  
quem velint pro Christiano antiquo; sed  
eligendi digniorem, dummodo sit puri san-  
guinis; scilicet probata ista qualitate, jux-  
ta juris formam. Et illum arbitrium non est  
diversum ab eo, quod jus concedit Judici  
circa probationes, quas vulgo dicitur, si-  
tas esse in Judicis arbitrio, juxta tradita à  
Joanne de Nevizanis in *Silva Nuptiali*, lib.  
5. n. 122. & 123. Menoch. de arbitr. ju-  
dic. lib. 2. casu 90. Felicio de societ. cap. 24.  
n. 49. Grammat. decis. 92. ex n. 24. & decis.  
34. n. 47. Farin. conf. 70. n. 63. & textus in  
l. 3. §. 1. ff. de testib. & in cap. ex litteris 3. de  
probab. & ibi notata à Doctoribus. Verùm  
illud arbitrium debet regulari secundum  
leges, ut docet Decius in d. cap. ex litteris,  
n. 15. & 16. & ante docuerat Bart. in l. Lu-  
cius Titius, n. 3. ff. de iis, qui notantur infam.  
notant Farin. conf. 59. n. 29. versic. Et fa-  
cit generalis ratio, & in praxi crim. q. 37. n.  
194. ubi multos allegat, Menoch. de arb-  
itrar. lib. 1. q. 7. n. 3. & 4. q. 8. per totam, q.  
9. & q. 13. & q. 77. n. 1. & seqq. Thuscus  
litter. A. concl. 470. & 476. Barbosa de clau-  
sul. claus. 10. & 11. & de Axiomatibus ju-  
ris, Axiomate 32. Marta de clausul. 1. p. clau-  
sul. 13. Arbitrio Rotæ, ex n. 1. Riccius col-  
lect. 1064. Calvin. in lexic. verbo, Arbitrium,  
ult. verb. Ubicumque, & idem Paz, cum quo  
agimus, d. cap. 32. n. 54. & seqq. post mul-  
tos, corruptissimè tamen allegatos in toto  
illo cap.

28 Neque quidquam valet ratiō illa,  
quam ad confirmationem sententiæ Pere-  
tii adjecit Paz, nullum, inquam, fore, nisi  
vera esset, qui majore testimoniū numero non  
probaret sui sanguinis puritatem. Neganda  
est enim ista temeritatis plena consequu-  
tio: erunt enim multi, qui puritatem pro-  
bare non possint majori testimoniū numero,  
illi videlicet, qui puritatem non habuerint,  
qui nisi per testes falsos probare non po-  
terunt, quod non est verum. Esse verò ex-  
positas probationes omnes falsorum te-  
stimoniū periculo non tollit, quin regulæ à  
Doctoribus, & legibus traditæ servandæ  
sint in probationibus, quæ item tradunt  
multa indicia, & conjecturas, quibus testes  
falsi à veris sunt discernendi; Judicesque  
reddunt cautos, & providos circa fidem te-  
stimoniis adhibendam, eorumque authori-  
tatem examinandam, ut in l. testim. 3. & in  
l. ob carmen 21. §. si testes, ff. de testib. Quod  
si significare velit Paz, in ipsis causis produ-  
ci solvere testes falsos, id calamitati tem-  
porum attribui debet, non causarum gene-  
ri, in quibus certè multoties timendum est,  
nè sint falsi testes, qui contra potius, quam  
qui pro petente testimonium dicunt. Idque  
ipsis temporibus, tam ipsis causis, quam cæ-  
teris commune est, ut rectè adnotavit Pon-  
te de potest. Proreg. tit. 3. §. 7. n. 12.

29 Non item obstat doctrina Bart. in  
l. Gallus, §. & quid si tantum, n. 14. ff. de li-  
beris, & posthum. dicentis, non posse Prin-  
cipem legitimare spurium, circa successio-  
nem hæreditatis paternæ, quando circa il-  
lam jus quæsitum est consanguineis, posse  
verò quando nondum est jus quæsitum, cui  
assentitur Molina de primogen. lib. 1. cap. 8.  
n. 28. & lib. 2. cap. 7. n. 19. & 30. cum plu-  
rimis, quos allegat, & additio ad primum  
locum, quam malè, & violenter pro sua  
sententia adducere conatur Christoph. de  
Paz d. cap. 32. n. 68. quasi quia Princeps plus  
potestatis habeat, circa jus non quæsitum,  
quam circa jus quæsitum in illo casu expre-  
so à DD. inde sequatur, quemlibet Com-  
missarium plus potestatis habiturum in quo-  
libet alio casu, quo jus quæsitum non fue-  
rit, quæ planè consequentia nullo vinculo  
con-

connecti potest. Etenim potentia Commisarii dependet à mandato, & delegatione data illi, & à statutis de illa disponentibus, quæ nullum discrimin inducunt inter duos istos casus, sed per eadem verba de illis loquuntur. Sine fundamento igitur inducitur inter illos discrimin. At potentia Principis est plenissima, omni nexu libera, & nullis coarctata militibus, quoad ea, in quibus jus tertii non lèditur, & non derivatur ab aliquo Superiore, illam moderatè, & limitatè concedente. Quid quod, cùm agitur de probanda puritate sanguinis, aut nobilitate cuiuslibet petentis Collegium, aut Officium, etiam dato illi nullum jus fuisse quæsitum, agitur de re maximi prejudicii, & in quo versatur maximum interesse totius familie, jusque tertii maximè lèdi potest, ut superius adverimus. Quare quantumvis consequentia illa rectè connectetur, doctrina non posset huic casui adaptari. Nam Doctores dicunt, potestatem Principis esse maximam, ubi jus tertii non lèditur: in hoc verò casu agitur de re, quæ in maximum, non unius solum, sed plurimorum quoque detrimentum cedere potest, tractaturque de detimento incurrendo, non solum à petitore, sed ab amplissima fortassis, & nobilissima familia, contra omnes regulas juris, & usitatum judiciorum more. Quo sit, ut prædicta doctrina à præsenti casu longè distet.

30 Testes autem recepti pro probanda nobilitate, vel puritate sanguinis, ad obtinendum Collegium, vel præbendam, aut habitum militarem, aut familiaturam Sancti Officii non publicantur, neque eorum nomina eduntur, neque parti agenti datur testimoniorum, seu depositionum copia, ut observant statim referendi. An verò id fieri deberet, non convenit inter omnes. Nam proxim Hispanie ordinariam defendunt, Redin. *de Majestat. Princip. verb.* Sed etiam per legitimos tramites, n. 199. & Olanus in *Antinomia*, litt. T.n. 26. quos sequi videtur Salcedo ad *practicam Bernardi*, cap. 23. novæ edito n. 21. Eam tamen improbat Segura Dávalos in *directive Judicum Ecclesiast.* 2.p. cap. 14. ex n. 19. validis-

simis rationibus. Et Cenedo illum sequutus 3.p. *collectaneorum*, collect. 6. n. 2. submurmurat Menchaca de *success. progressu*, lib. 1. §. 4. n. 45. ubi ait, vereri se, ne crucientur hujus mali authores, seque loquitur quam expertum, cùm Collega fuerit. Certè negari non potest, usum hac in re esse durissimum, & multa parere incommoda, abhorrente à jure, & æquitate; sed tamen vetustis moribus introductum, & hodiernis observatum. Tempora tamen multarum rerum, & usuum afferunt mutationem, quemadmodum jam hodie multa mutata, & innovata sunt circa probationes harum qualitatum puritatis, & nobilitatis, quæ fiunt tum ad suscipiendos habitus militares, tum ad obtainendas præbendas Ecclesiarum, & Collegia per *Constit.* seu *pragmaticam Extravagantem Regis*, & *Domini nostri Philippi IV.* publicatam Matriti 11. die Februarii anni 1623. cui titulus est: *Capitulos de reformacion*, n. 22. omnino vindicandam, & addes quæ scripsit post hæc scripta visus Hieronymus de la Cruz in *defensione statutorum, & nobilitatum Hispaniarum*, lib. 2. cap. 5. & 6.

31 Illud etiam est in istiusmodi causis notione dignum, ut si quis prætentor videatur excludendus ex informatione, seu probatione semel facta de puritate, vel nobilitate sui generis, ab Officio, Collegio, præbenda, vel habitu militari, seu quia non probavit qualitatem suam, sive quia malè probavit, habens aliquos testes contra se; adhuc poterit petere iterato fieri informationem, si statuto specialiter non prohibetur.

32 Quia cùm talis informatio sit summaria, & imperfecta, fiatque per Commisarios deputatos à Capitulo, Collegio, aut Ordinum Consilio, sine causæ cognitione, citationeque partis ad videndum juramenta testium, ex ea nunquam oritur exceptio rei judicatae, ut animadvertis Perez de Lara lib. 2. de capell. d. cap. 4. ex n. 90. Ricciulus eum sequutus tract. de *Neoph.* cap. 7. ex n. 23. Allegant Bart. in *extravag. ad reprehendendum, verb. Denunciationem*, quomodo in crim. *laesa majestat.* proced. non allegato spe-  
cia-

## TITULUS II.

cialius loco. Verùm Bartolus ibi per virginis numeros nihil dicit, ex quo hoc inferri possit, judicio meo, aut ego non rectè intellecti Bartolum, aliqua dicit quæ videntur ad rem facere *in subseq. verb.* *Summaria*, n. 7. & seqq. & n. 24. & 25. cum seqq. & Alexand. in l. à D. Pio 15. §. *Si super rebus, ex n. 4.* & in l. 63. n. 81. ff. *de re judic.* Zasius in d.l. à D. Pio, d. §. *Si super rebus, n. 9. 10. & 11.* cum seqq. Jason. n. 6. qui ait, quod ex summaria cause cognitione non oritur res judicata, quin possit denuò ordinariè agi, Bellonus *decis. 3. ex n. 5. ad 9.*

33 Quatenus dicunt, probationes summarie receptas ante litem contestatam fidem non facere, & posse in alio judicio iterato fieri.

34 Quidquid sit de jure, certum est, quod atinet ad usum Regii Consilii Ordinum sèpè concedi secundos informantes, tametsi credam, id non ex jure ordinario, sed ex gratia concedi solere, quia non semper, nec omnibus, nec facile conceduntur. Vidi item concedi secundos informantes petenti Collegium ex præsentatione, quod ex prima petitione non obtinuerat. Verùm in re tam gravi, & periculosa nulli viderentur denegandi, cùm non solum summarie procedatur, sed etiam sub occultis probationibus, & ignorantibus testibus.

35 Reliquum est, ut satisfaciamus argumentis Peretii de Lara, quibus suam sententiam videtur comprobare. Ad primum respondetur, non ledi integratem famam, aut puritatis comprobatae per plures testes fide dignos ex detractione, vel depositione contraria unius, vel alterius calumniatoris, aut falsi testis qualis præsumendus est, qui deponit contrarium ejus, quod deponunt multi fide digni, & omni exceptione majoris, alioqui neque Martyres, neque Dominus noster Jesus Christus censerentur integræ famam aduersus quos insurrexerunt multi, quamvis falsi testes. Neque est ullum statutum, quod exigat integratam famam puritatis sanguinis eo sensu, quod nullus sit testis, qui contra puritatem deponat. Imò verò si inveniretur tale statutum, esse planè irrationabile, & captiosum, evidenter

## DISPUT. III.

expositum falsitatum, & calumniarum periculis. Sed ille existimandus est vir integræ opinionis, & famæ quoad suam puritatem, nobilitatem, qui eam comprobaverit testibus, & instrumentis, aut probavilibus conjecturis, à jure approbat, etiamsi habeat aliquem, vel aliquos testes contra se, quorum ratio habenda non sit, juxta præscriptam à jure, & legibus probandi formam, ut rectè prosequitur Cevallos d. q. 900. num. 90.

36 Ad secundum argumentum primò negandum est, testes receptos à Commissario destinato ad recipiendas informationes prætensorum Ecclesiæ habitus, aut Collegii in quibus servantur ista statuta puritatis sanguinis, videri præsentatos ab ipsis prætensionibus, alioqui cùm Judex procedit ex officio ad capiendam informationem delicti, reus ipse videtur testes producere, quod est absurdum. Quo casu neque accusator, aut denuntiator censentur testes præsentare, quos Judex ex officio examinat, quamvis informatione ex eorum instantia capiatur. Neque juvat vulgare dictum, factum Judicis censeri factum partis, tum quia illa propositio non universim accipienda sit, ut notavi *supra titul. I. disput. 8. n. 8.* tum etiam, quia nostro casui accommodari non possit, in quo Judex procedit ad actum, ad quem ipsa pars non erat obligata, ad examinandos videlicet testes, quos pars etsi vellet producere, non posset. Quare & ipsem Perezio de Lara tandem displicuit idem argumentum d. cap. 4. n. 66. ubi sentit, in similibus informationibus à prætensore non approbari personas testium examinatorum, quin possit contra eos opponere quoslibet defectus.

37 Secundò negandum est, esse verum quod præsupponitur in argumento, videlicet testem etiam unicum productum à litigante, qui deponat contra ipsum producentem, probare planè contra ipsum producentem, etiamsi habeat contraria multa testimonia plurium aliorum testium deponentium pro producente, quæ sententia attribuitur Romano d. conf. 304. n. 6. Quinimò verius est, fidei testis deponentis con-

tra producentem , dummodo vincatur ab aliis ab eodem productis , standum non esse. Nam quamvis producens testem non possit illius personam reprobare, & repulsare, juxta textum in l. si quis testibus 16. C. de testib. & ibi Doctores, quoniam censetur per productionem illum approbasse, & illum repulsando videretur sibi contrarius, potest tamen dictum testis à se produceti reprobare, & impugnare, falsumque ostendere , ut probat idem textus in d. l. si quis testibus, Panorm. in cap. præsentium 31. n. 6. & 7. de testib. Maranta in specul. p. 6. actu 13. seu tit. de testium repulsa , n. 10. 11. & 12. Farinac. in praxi crimin. q. 62. n. 185. & n. 228. & 241. qui plurimos allegat, & consentit idem Perez de Lara, d. cap. 4. n. 63. ex vers. Sed hæc solutio, cum n. seqq. Apud nos Hispanos est textus expensus, qui id probat in l. 41. tit. 17. p. 3. ubi optima redditur disparitatis ratio , cur videatur per productionem approbata persona testis, non testimonium, & dictum ejus, seu depositio, in instrumentis verò contra accidat, ut procedens instrumentum omnia in eo contenta approbasse videatur. Quoniam , in quam, procedens instrumentum potest videre, & scire omnia in eo contenta , at testem producens ignorat , quid sit depositurus. Sententiam autem Romani d. consil. 104. explicat, quatenusque vera esse possit, declarat latè Josephus Ludovic. commun. opin. tit. de testibus, concl. 1. vers. Allegant enim passim, cum seqq. Farin. d. q. 62. ex n. 226. Perez de Lara d. cap. 4. n. 65.

38 Ad tertium argumentum respondeatur , testes productos pro puritate sanguinis, non deponere de negativa , & deponentes de impuritate, de affirmativa, ut Lara præsupponit, ut possit cadere doctrina vulgaris, plus credi duobus testibus de affirmativa , quām mille deponentibus de negativa. Nam fieri poterit è contra, ut testes deponentes de impuritate , deponant per negativam , & deponentes de puritate per affirmativam : veluti si deponat testis de impuritate, se nescire prætensorem descendere à Christianis antiquis, aut non descendere à Christianis antiquis ; & testis de

puritate se scire , prætensorem descendere à Christianis antiquis, ex quo appetet vanitas argumenti. Et veritas est, in hoc casu, quemadmodum in multis aliis , negativam propositionem (quæ non est facti , nec juris, sed qualitatis, & vocatur prægnans) includere sub se affirmativam , & in illa resolvi : & è contra affirmativam includere negativam idem enim est, negare aliquem esse descendente à Judæis , vel Mauris, quod affirmare esse descendente à Christianis veteribus: item negare , quem descendere à Christianis antiquis, quod affirmare, descendente à Judæis , vel Mauris , vel aliis sanguine infectis. Et affirmare, quem esse Christianum ab antiquo, idem est, quod negare, esse descendente ab infecto sanguine. Item affirmare , esse Christianum novum , idem est quod negare, descendere illum ab antiquis Christianis. Quemadmodum idem est affirmare, quem vivere, quod negare esse mortuum: & qui negat , quem esse mortuum , affirmat esse vivum: qui negat quem esse divitem, affirmat esse pauperem: qui negat esse mentem sanum, affirmat esse mente captum: qui negat esse mente captum, affirmat esse mentis compotem. Hujusmodi autem negativa qualitatis jure vocatur negativa prægnans, ut potè intra se includens affirmativam. Ita docuit Innocent. in cap. super hoc 4. n. 7. in fin. de renuntiat. Speculator lib. 2. tit. de probat. 6. 1. n. 3. Hostiensis in summa , tit. de probat. n. 2. vers. Negativa verò facti prægnans. Marianus Socinus in cap. super his 16. n. 105. de accusat. Cynus in l. actor 23. n. 3. Bald. n. 12. & 15. & Salic. n. 10. & 15. C. de probat. idem Bald. in cap. tertio loco 5. n. 9. de probat. Romanus in l. in illa stipulatione 8. n. 24. ff. de verbis obligat. Rebuffus in repet. glossæ , in cap. cum Ecclesia Sutrina, de causa posseff. & propriet. sub tit. explicatio gloss. verbi vocem, ex n. 37. latè, & propriè n. 45. Jacobus de Arena tractat. de positionibus in præfatione , n. 35. Herculanus de negativa probanda , n. 10. & n. 157. cum seqq. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 36. ex n. 19. & cap. 43. ex n. 1. Cevallos d. q. 900. ex n. 135. ad 140. Illa verò communis

nis Doctorum doctrina post gloss. in l. diem proferre, §. si plures, verb. Consenserit, ff. de recept. arbitr. magis credi duobus testibus affirmantibus, quām mille negantibus, non est intelligenda de hac re negativa qualitatis prægnanti, quæ affirmativam includit, sed de negativa facti simplici, & indeterminata, quam dicunt communiter Doctores probari non posse, ut eleganter admonuit Pacianus d. cap. 36. n. 11. vers. De bac eadem negativa, Anton. Gabr. libr. 1. commun. tit. de testib. concl. 4. n. 6. Nam cùm negativa qualitas prægnans, de qua agimus, æquivaleat affirmativæ, juxta traditionem Doctorum superius allegatorum, idem de illa dicendum est, quod de affirmativa dicitur. Quò fit, ut vis argumenti, quo utitur Perez de Lara, pœnitus evanescat, maneat sententia ejus sine fundamento.

### SUMMA DISPUTATIONIS QUARTÆ.

- 1 **I**N omni judicio legitimanda est actoris persona.
- 2 **D**ifficultas est, an debeat fieri ante contestationem litis, vel satis sit in termino probatorio.
- 3 **L**itis contestatio in quo consistat in causis plenariis.
- 4 **I**n causis summariorum de jure Castellæ requiritur etiam litis contestatio.
- 5 **I**n causis summariorum de jure communi non est necessaria litis contestatio.
- 6 **Q**uae sint causæ summariorum, remissive.
- 7 **I**n Regno Neapolitano omnes causæ sunt summariorum, & in eis non est necessaria litis contestatio.
- 8 **I**n causis summariorum vim litis contestationis habet primus actus, qui solet fieri post litis contestationem, dum Judex incipit cognoscere de causa.
- 9 **C**oncessio termini ad probandum habet vim litis contestationis in Regno Neapolitano.
- 10 **E**xceptio declinatoria ante litis contestationem opponenda, & aliae dilatoria, possunt opponi statim post intimatum terminum.
- 11 **Q**uae in continentis sunt, inesse videntur, ibi.
- 12 **C**um quis agit nomine proprio, non est ne-

cessarium, ut legitimet personam suam ante litis contestationem, sed sat erit, ut id efficiat ante sententiam.

- 13 **C**essionarius potest agere duobus modis.
- 14 **Q**uomodo cognoscatur cessionarium agere uno, vel alio modo.
- 15 **A**n sit idem cedere actionem, quod facere mandatum in re propria.
- 16 **Q**uatenus in hoc articulo Bartoli sententia vera sit.
- 17 **C**um actor in primo libello facit mentionem instrumenti, reo petente, compelletur illud ostendere ante litis contestationem.
- 18 **I**d vero procedit cùm sit mentiō limitative, non si fiat assertivè, ex sententia Baldi.
- 19 **D**eclaratio Bartoli in hoc articulo.
- 20 **A**n sit, vel non sit necessaria editio instrumenti, ut reus deliberet, an debeat cedere, vel contendere, est in arbitrio Judicis.  
Quid statutum sit de jure Castellæ, ibi.
- 21 **I**n causis executivis ab initio, & ante omnia debent legitimari personæ actoris, & rei.
- 22 **C**um à lege, vel statuto requiritur aliqua qualitas, ut quis admittatur ad judicium ante litem contestatam, debet ostendere inesse sibi illam qualitatem.
- 23 **I**d tamen procedit, cùm reus negat.
- 24 **J**udex ex officio reppellit ab accusando mulierem.
- 25 **C**um est notorium, qualitatem exclusivam inesse actori, Judex ex officio reppelli, secus cùm est dubium.  
In Regno Neapolitano nullus potest accusare, nisi prosequendo suam, vel suorum injuriam, ibi.
- 26 **I**n Regno Neapolitano cùm quis agit nomine proprio, non tenetur ostendere qualitatem requisitam ad agendum ante litis contestationem, sed in processu, & exceptio contra objecta reservatur ad merita cause.
- 27 **C**um quis agit nomine alieno, ante litis contestationem debet legitimare personam suam.

28 Id etiam procedit cum cessionarius agit nomine cedentis.

## DISPUTATIO IV.

Utrum in initio judicii, & ante litis contestationem sit legitimanda actoris persona, an potius satis sit eam legitimare in termino probatorio, & ante decisionem causæ?

**R**es est sine controversia, in omnibus iudicio, sive civili, sive criminali, sive ordinario, sive executivo, sive plenario, sive summario, etiamsi causa sit talis, in qua procedatur de plano, sine strepitu, & figura judicij, & quamvis judicium sit extraordinarium, & improprium, semper esse legitimandam personam actoris, inquirendum videlicet, quis, & quomodo agat, ut reus possit esse certus, an item prosequi, an potius liti cedere debat. Ista est communis traditio Doctorum, juxta textus notos in l. qui stipendia 9. in l. licet 24. C. de procurat. in l. non ignorat 9. in l. si quis 20. in l. si liberti 21. C. de iis qui accusare non poss. & in cap. 1. de accusat. docet Bart. in l. 2. n. 3. C. de Edict. D. Adriani tollend. & in Extravag. ad reprimendum, verb. Et figura, n. 7. eleganterque quam plurimis Doctoribus allegatis prosequitur. Scraderus de feudis p. 10. in praambulis, ex n. 32. ad 38. Avendañus ad leg. 3. & 4. tit. de las excepciones, n. 22. §. Primo debet advertere, cum n. 23. Maranta in praxi, part. 4. 20. distinct. n. 16. & p. 6. tit. de except. nono membro judicij, n. 3. & 4. Brunorus à Sole in quest. legalib. q. 11. per totam, & num. 6. Muscatellus in praxi, lib. 1. p. 3. gloss. comparantis, ex n. 1. Carolus de Grassis de exceptionib. except. 4. ex n. 88. & latè ex n. 95. Vantius de nullit. tit. 11. de nullitate ex defectu inhabilitatis, seu mandati comparentium, ex n. 1. Rovitus in pragmat. 5. n. 10. de ordin. judicior. Castillo quotid. controversiar. libr. 3. cap. 24. n. 130. Thuscus lits. C. conclus. 244. Achilles Personalis de adipiscend. possess. n. 65. Colerus de processib. executiv. p. 4. cap. 1. n. 75. Antonius de Amato va-

Tom. II.

riar. resol. lib. 2. resol. 78. ex n. 1. tradit Gregor. Lopez in l. 3. tit. 10. p. 3. gloss. 1.

2 Verum difficultas est, an id debeat fieri statim in initio litis, & ante ejus contestationem, an satis sit legitimare actorem suam personam in termino probatorio, vel ante sententiam.

3 Oportet tamen animadvertisse, cum causæ plenariè aguntur, & ordinariè, consistere litis contestationem in narratione libelli producti ab actore, & responsione affirmativa, vel negativa rei ad narrata in actoris libello, ut prosequitur Maranta, & ad eum Follerius in prax. p. 6. tit. de litis contestat. n. 3. 4. & 5. Quæ dicitur lapis angularis judicij, & ejus fundamentum, ut tradit Baldus in cap. 1. n. 2. de litis contestat. cuius omissio de jure communi vitiat processum, cum sit de substantia judicij juxta sententiam Speculat. lib. 2. princ. n. 1. & 2. Hostiensis in summa de litis contest. n. 1. 4. & 5. & in tit. ut lite non contestata, num. 2. Gloss. in cap. dudum 54. verb. Irritum duimus, de elect. & in cap. de causis 4. verb. Consensu partium, in fin. de offic. delegat. Bart. in l. prolatam 4. n. 1. & 5. C. de sent. & interrog. omn. judic. & ibi Legistarum, Zabarella in Clem. sapè, n. 6. de verb. signif. Afflict. in Constat. Pacis cultum, n. 44. & in dectis. 191. n. 8. Et ibi Ursil. n. 7. Caravita ad Ritum 48. n. 1. & 2. Trevisan. decis. 53. n. 3. 1.p. & est communis sententia, teste Mariano Socino in cap. 1. n. 8. de litis contestat. Item de jure Castellæ litis contestatio est necessaria in omni iudicio, juxta l. 1. tit. 7. & l. 1. tit. 8. lib. 4. Recop. & l. 3. tit. 10. p. 3. ibi, Gregor. gloss. 1. & in l. 8. eodem tit. gloss. 4. & quæ notat Didacus Perez in l. 1. tit. 2. lib. 3. Ordinam. ad verb. Contestando el pleyto, vers. Dubitatur 3. colum. mihi 862. Azeved. in d.l. 1. n. 3. & 6. tit. 7. lib. 4. Recop. Paz in praxi, tom. I. 1.p. sexto tempore, num. 2.

4 Imò, ibi n. 7. rectè animadvertisit de jure Castellæ in causis etiam summarisiis requiri litis contestationem, juxta l. 10. tit. 17. lib. 4. & l. 5. tit. 7. libr. 9. Recop. cui consonat per omnia Volaño in Curia Philipp. 1.p. 6. 14. n. 3. & 4. tametsi contra sentiant Aven-

F 2

dañ.

dañ. responso 1. n. 21. & Parlad. rer. quotid. lib. 2. cap. 10. n. 1. & 2.

5 Jure communi tamen attento, in causis sumariis litis contestatio non est necessaria regulariter, Clem. sapè, & ibi gloss. verb. Litis contestationem, & Zabarella n. 6. de verb. signif. Marian. Socinus in cap. quoniam frequent. n. 26. ut lite non contestata, Maranta in præx. d. tit. de litis contestatione, n. 1. in fin.

6 Quemadmodum neque servatur in illis ordo juris, ut notat Afflict. in Constit. Pacis cultum, num. 47. ubi per numeros sequentes colligit, & enumerat causas summarias, de quibus etiam vide Marantam in præxi, 4. p. distinct. 9. ex n. 41. & Asinius in præxi, §. 3. cap. 31. qui congerit 31. causas summarias. Quamvis vario modo loquatur Bart. in l. nec quicquam 9. §. plano, n. 2. ff. de offic. Proconsul. & legat. & in l. si constante 25. in princ. ex n. 81. ff. solut. matrim.

7 Ex quo cùm in Regno Neapolitano omnes causæ sint summariae, juxta cap. Detestantes, contentum in Ritu 288. & Ritum 289. & pragmaticam, dispendia litium 1. de ordine judiciorum, cum traditis à Maranta in præxi, 4. p. dict. distin. 9. n. 11. hodie in Regno litis contestatio non est necessaria, neque in usu, notat Paris de Puteo de Syndic. tit. seu, verb. Sententia, cap. 2. n. 6. ubi latè explicationem d. cap. Detestantes, prosequitur per sequentia capita, Afflict. decis. 283. n. 3. & 4. & 7. ubi Ursillus n. 8. & ad decis. 191. n. 7. Maranta in præxi, p. 6. d. tit. de litis contest. n. 2. idem Afflict. in præludiis Const. q. 12. n. 16. & in d. Const. Pacis cultum, n. 49. lib. 1. Rubr. 8. & in Constit. Consumacem, n. 2. lib. 1. Rub. 97. & in Constit. Jurisperitorum, n. 18. lib. 2. Rubr. 48. Caravita ad Ritum 48. n. 3. Tapia lib. 3. Juris Neapol. Rub. 44. ad d. cap. Detestantes.

8 Sed quemadmodum in causis sumariis, in quibus non fit litis contestatio, habet vim litis contestationis primus ille actus, qui solet fieri post litis contestationem, dum Judex incipit cognoscere de meritis causæ, habeturque locus illius, quoad omnes effectus, ut docuerunt Bart. in Extravag. ad reprimendum, verb. Et figura, n.

10. & in l. nihil 20. in antiqua lectura, C. de procurat. Ludovicus Romanus conf. 174. n. 5. Lapus allegat. 112. n. 3. idem Bart. in l. ab executore 4. §. Si Procurator, n. 2. ff. de appellat. & in l. nulla 23. & ibi Bald. n. 3. C. de procurat. Angelus Aret. in l. 1. §. Libelli, num. 16. ff. de appellat. Zabarella in Clem. constitutionem 4. §. ultimo, n. 7. de elect. Felinus in cap. exceptionem 12. n. 10. de exception. Alexand. conf. 50. n. 7. lib. 2. & conf. 147. n. 10. lib. 6. Valenzuela conf. 21. n. 4. Joann. Garcia de expensis, & meliorationib. cap. 9. ex n. 82. Maranta d. tit. de litis contest. n. 2. Paris de Puteo de Syndicatu, verb. Sententia, cap. 2. n. 12. circa medium, Asinius in præx. judicior. in princ. cap. 3. n. 38. & 39. 44. & 48. & §. 3. cap. 8. n. 2. & §. 17. cap. 4. n. 4. & cap. 6. n. 7. Baldus tract. de præscript. 3. p. 6. principal. q. 4. n. 32. Cartar. decis. 63. n. 7. & 8. Paz in præxi, tom. 1. I. p. 6. tempore, n. 7. Didacus Perez in l. 1. tit. 3. lib. 3. Ordinam. ad verbum, Contestando el pleyo, col. mihi 861. vers. Quero 1. qui plurimos allegat Azeved. in l. 1. n. 12. titul. 4. lib. 4. Recop.

9 Ita in Regno Neapolitano concessio termini ad probandum habet vim litis contestationis. Sic tradunt Afflict. in Constit. Dilations, n. 6. in fin. cùm n. seq. lib. 2. Rubr. 17. & in Constit. Exceptiones, n. 5. eod. lib. 2. Rubr. 18. Maranta, Caravita, & Tapia supra relati. Muscatellus in præxi, libr. 1. p. 5. verb. Seu, gloss. defendantum, n. 21. cum seqq. Gallup. in præxi S.C. p. 2. cap. 15. n. 3. Et quæ ante terminum fiunt, aut in continenti post terminum intimatum, vindentur fieri ante litis contestationem.

10 Sic receptum est, ut declinatoria exceptio, quæ ante litis contestationem opponenda est in judicio ordinario, l. ultima. C. de except. cap. inter Monasterium 20. d'ere judic. notat Maranta in præxi, 4. p. distinct. 12. principal. n. 12. & p. 6. tit. de exceptione, nono membro judicit, n. 1. & 8. Vantius de nullit. tit. 14. qualiter sent. & processus, qui dicuntur nulli defendi possint, n. 57. Asinius in præxi judiciorum, §. 13. cap. 10. n. 4. statim post intimatum terminum opponatur, & simili modo aliæ dilatoriæ, quoniam quæ in

in continentí fiunt, inesse videntur, l. lecta 40. in princ. vers. Dicebam, ff. si cert. petat. Ita notat gloss. in l. Pompon. §. Ratihabitionem, verbo, Contestationem, ff. de procurat. Innocent. in cap. Pastorale 4. n. 1. vers. Et appello initium litis, de except. Socinus regula 167. in princ. & regula 171. limit. 8. alias litt. E. regul. 4. in additionib. regular. Imola in l. 2. n. 15. vers. Praterea illa, quæ in continentí, ff. de vulg. & pupill. subst. Anton. de Butrio in cap. dilectus 2. n. 13. de ordin. cognit. Felinus in cap. exceptionem 12. num. 30. vers. Fallit 10. de except. Tiraquell. de retractu conventionali, §. 1. gloss. 5. n. 2. 3. & 4. Asinius in praxim, §. 3. cap. 2. limit. 9. per totam, ubi refert plurimos. Igitur, ut disputationem ad praxim hujus Regni accommodemus, idem fuerit querere, ante termini concessionem, vel in continentí post ipsam, oporteat, actorem se legitimare, quod querere, an id debeat facere ante litis contestationem.

11 In qua difficultate Doctores communi consensu existimant distinguendos esse duos casus. Primus est, cùm quis agit nomine proprio. In quo dicendum est, non esse necessarium, ut actor in initio judicii, & ante litis contestationem personam suam legitimam ostentat, & producat instrumenta, ex quibus constet se legitimè agere, sed sat erit, si id efficiat ante sententiam, ostendendo se legitimè petere, quæ petit, & favore justitiam. Verbi gratia, si quis petat tanquam hæres, vel donatarius, non est opus ostendere ab initio litis testamentum defuncti, in quo institutus est hæres, vel instrumentum donationis: sed sat erit, producere instrumenta donationis, vel testamenti in termino probatorio, & antequam proferatur sententia. Quoniam tunc instrumenta ista magis deserviunt ad justificacionem causæ, quam ad legitimacionem personæ, ac per consequens respiciunt merita causæ. Ita sentiunt Bart. in l. si duo 93. n. 3. ff. de solut. & in l. qui stipendia 9. n. 3. & 5. Baldus n. 5. Salic. n. 9. Angelus n. 3. Fulgos. n. 3. C. de procurat. idem Bart. in l. 1. n. 13. Bald. n. 21. C. de action. & oblig. Albericus in Rubr. n. 2. & 3. C. de hæred. vel

act. vend. & in l. & quæ à divo 8. n. 9. in fin. C. de edendo, Speculator lib. 1. tit. de actor. §. expedito 1. n. 72. & lib. 2. tit. de instrumentor. edit. §. Nunc dicamus 5. ex n. 4. Alexand. in l. Aristo 28. n. 4. ff. de adquir. hæred. Anton. de Butrio in cap. 1. n. 16. in fin. & ibi Aretin. n. 62. & 63. Felin. n. 28. de probat. Caravita ad Ritum 191. n. 7. & ad Ritum 294. n. 8. & 9. Gaspar Roderic. de annuis reddit. libr. 2. q. 17. n. 34. vers. An autem, Cartarius decis. 63. ex n. 14. Anton. de Amato resol. variar. lib. 2. resol. 78. n. 4. Surdus consil. 22. n. 1. & 19. Natta consil. 152. n. 11. Cacheranus decis. 58. n. 4. vers. Non obstat.

12 Amplia hujus primi casus resolutionem, ut etiam procedat in cessionario, qui si agat nomine proprio exercens pro se, & in utilitatem suam actiones utiles per cessionem in se transfusas à cedente, non tenebitur cedere instrumentum cessionis in litis initio, seu ante litem contestatam, sed sat erit, si illud producat in termino probatorio, & ante sententiam. Ita sentiunt omnes relati n. antecedenti, & præter eos Lanfrancus, Baldus decis. 45. Syntagma commun. lib. 8. tit. 29. n. 15. & 17. Parlador. in sequent. differ. 57. in princ. n. 9. Guzman. de evictionib. q. 35. n. 167.

13 Ex quorum omnium doctrina pro explicatione ampliationis animadverendum est eum, qui habuit ab alio mandatum in rem propriam, & cessionem, posse agere duobus modis. Primo nomine mandantis, & cedentis exercendo actiones directas procuratorio nomine cedentis, & mandantis, quæ quamvis remanserint penes cedentem, seu mandantem, quia eas non potuit à se avellere, & à suis ossibus (ut Doctores loquuntur) separare, l. quis ergo casus 16. ff. de peculio, ubi gloss. ult. l. ea verò 3. in princ. ff. pro socio, l. si delegatio 3. in princ. ubi etiam gloss. verb. Exigere, C. de novation. earum tamen exercitium potest transferri mandatarium simul cum actione utili. Secundo modo cessionarius, seu mandatarius in rem propriam potest agere proprio nomine exercendo utiles actiones in se per cessionem, aut mandatum in rem propriam translatas. Et ampliatio tra-

tradita intelligenda est, cùm cessionarius agit hoc secundo modo, nam tunc non tenetur in principio litis legitimare personam suam, ostendendo instrumentum mandati, seu cessionis.

14 Quæret quispiam, quo signo cognoscatur, procuratorem in rem propriam, & cessionarium exercere utiles, vel directas actiones? Respondent doctores in l. 1. C. de act. & obligat. id cognosci ex libello; nam si cessionarius, & procurator in rem propriam petat reum condemnari sibi procuratorio nomine cedentis, aut cedenti ipsi, credendum est, proponi actiones directas, & ipsas exerceri à cessionario tanquam à procuratore cedentis: si verò petat condemnari sibi reum in utilitatem propriam, tanquam de re ad se pertinente, censendum est, utiles actiones in judicium deductas. Eadem doctrinæ assentitur Maranta in repet. l. si actor. n. 41. ff. de procurat. Thuscus litt. C. concl. 214. n. 3.

15 An verò idem sit cedere actionem, quod facere mandatum in rem propriam, non omnes uno modo sentiunt. Nam Bald. in d.l. 1. n. 17. & Fulgos. n. 8. & 9. post maiorem Glossarum partem, & Martinum, quem refert Glossa in d. l. 1. verb. Mandatum, ultimo loco, Parlador. ubi supra num. 8. censant idem prorsus esse cessionem, quod mandatum in rem propriam, & eosdem prorsus habere effectus. Bartolus verò in eadem l. 1. n. 7. & 22. C. de actionibus, & obligationib. & ibidem Cynus n. 4. Anton. Faber. lib. 8. C. tit. 29. definit. 1. Maranta in repet. l. si actor. n. 29. & 35. ff. de procurat. post suam praxim, & idem Baldus in l. certi, & indubitati, n. 5. & 6. C. de bared. vel act. vend. & ad Speculator. libr. 2. tit. de cessione action. in fin. Sicardus in l. 3. n. 5. C. de novat. & delegat. sentiunt diversum quid esse cedere actionem, & facere mandatum in rem propriam. Quoniam cessio fit translatio actionum utilium, non translato exercitio directarum, quas ideo non poterit cessionarius exercere nomine cedentis, sine mandato in rem propriam, sed solùm poterit suo nomine exercere actiones utiles in se per cessionem translatas. At, qui

habet mandatum in rem propriam non habita cessione, solùm poterit nomine cedentis exercere actiones directas, quarum exercitium mandatum in rem propriam in ipsum transtulit, non verò utiles, quas per cessionem non acquisivit.

16 Ego (ut ingenuè dicam quod sentio) facile assentior Bartolo quoad primam partem, ut qui cessionem obtinuit sine mandato in rem propriam, exerceat solùm actiones utiles, & non possit directas. Secundam verò partem, ut qui habet mandatum in rem propriam, solum possit exercere directas, non utiles, difficulter mihi persuadeo. Nam in quo differret procurator ordinarius à procuratore in rem propriam? aut quid erit in rem propriam agere, si procurator nihil habet proprium, & ad se pertinens? Consequens est igitur, per mandatum in rem propriam aliquid transferri in mandatum, quod illius proprium sit: quod aliud esse non potest, quām actio utilis. Iaque (judicio meo) sic res habebit, ut mandatum in rem propriam includat cessionem, & transferat non solum exercitium directarum actionum, sed etiam actiones utiles: at cessio solum transferat actiones utiles, non exercitium directarum. Primum videtur apertè probari in l. 1. C. de act. & obligat. in l. procuratores 55. ff. de procurat. l. qui stipendia 9. C. eod. tit. Secundum in l. ultim. C. quando fiscus, vel privatus debitoris sui debitores convent. possit, vel debeat. Quamvis sciam glossas variis modis loqui. Quoad usum hæc quæstio nullius utilitatis est, nam ut rectè animadverterunt Bart. in d.l. 1. n. 1. & Fulgos. n. 9. notarii in omni instrumento cessionis dicunt, *Mandavit, cessit, & tradidit, & transtulit*, ut omnia complecantur, & istam dubitationem excludant.

17 Limita primò eandem primi casus resolutionem, ut non procedat, cùm actor in primo libello, quem producit, facit mentionem instrumenti cessionis, donationis, testamenti, aut cuiusvis alterius: tunc enim etiam ante litis contestationem, reo petente, compelletur ostendere, & edere instrumentum, de quo in libello mentionem fecit, ut possit reus deliberare, an debeat ce-

dere, vel contendere, & ab hac editione nullo alio modo excusabitur, nisi juramento adhibito afferat, se non posse instrumentum exhibere, quia illud apud se non habeat. Hanc limitationem tradit Innocent. in cap. 1. n. 3. in fin. de probationib. quem ibi sequuntur Hostiensis n. 6. Butrius n. 16. Zabarella n. 7. Panormit. n. 26. Imola n. 11. Joan. Andreas n. 4. Ancharr. n. 4. Aret. n. 56. 57. & 63. Felinus n. 26. Decius n. 158. & ex n. 306. & 307. Speculator lib. 2. tit. de instrumentor. edit. §. nunc dicamus §. n. 5. Bart. in l. edita 3. n. 29. C. de edendo, in l. si legatum 2. ff. eod. tit. in l. postquam §. §. Si dies, n. 1. ff. ut legat. seu fideicomm. nomine cave, Baldus in l. qui stipendia 9. n. 6. C. de procur. Angel. Aret. in §. præterea, n. 45. Instit. de exceptionib. Rota decis. 2. de probationib. in novis. Guido Papæ decis. 116. Lanfrancus Baldus decis. 45. Additio ad Cappellam Tolos. decis. 295. n. 1. Minadous dec. 40.

18 Sublimitatamen, & declara hanc limitationem ex mente Bald. in l. edita 3. n. 109. 110. C. de edendo, & ferè omnium prædictorum, ut procedat, cùm in libello sit mentio instrumenti limitativè, non verò si mentio fiat assertivè. Dicitur fieri mentio instrumenti in libello limitativè, cùm libellus se refert ad instrumentum non satis declarato facto, neque expressa penitus narratione, quali oporteret ad instruendum plenè reum de intentione actoris. Verbi gratia, si diceretur, Titius vendit mihi fundum, prout constat ex instrumento manu talis notarii: tunc enim sit relatio ad instrumentum limitativè. Dicitur autem fieri mentio assertivè, cum proposita narratione libelli clara, & aperta, subjungitur, & de hoc facto factum est instrumentum manu talis notarii. Primo casu debet, instante reo, produci instrumentum, de quo sit mentio in libello statim etiam ante litis contestationem. Secundo non debet fieri producio; sed sat erit, producere instrumentum ante sententiam.

19 Non multum abest ab hac declaratio Bartoli in d.l. edita, n. 29. qui sic distinguit: *Quandoque in libello sit mentio de aliquo instrumento non per modum limitatio-*

*nis, sed per modum cuiusdam asserta probatio-  
nis; verbi gratia: dicit actor, quod Titius ven-  
didit mihi talem rem pro tanto pretio, & quod  
de hoc rogatus est talis notarius, vel quod de hoc  
apparet per publicum instrumentum talis nota-  
rii, tunc reus potest esse certus ex ipso libello.  
Non enim fit mentio instrumenti, ut limitet  
contenta, seu narrata in libello, sed dicit ac-  
tor, qualiter narrata probare potest. Si verò  
fieret mentio de instrumento limitativè, verbi  
gratia, dico, quod Titius vendidit mihi fun-  
dum pro tanto pretio, prout appareat manu ta-  
lis notarii, quae editio, prout est limitativa, ut  
hic vides, tunc adverte, aut reus non debet esse  
instructus ex illo instrumento, de quo fit men-  
tio in libello, quia ad eum non pertinet, &  
tunc debet ei fieri copia instrumenti ante li-  
tem contestatam, quia alijs deliberare non po-  
test, ita loquitur dictum Innocentii. Si verò  
est aliquid instrumentum, exemplum, legata-  
rius petit ab herede legatum prout continetur  
in tali testamento, certè quia apud heredem  
debet esse testamentum, non debebit fieri copia,  
& istud probatur expreßè, ff. eod. leg. 2. Hec  
Bartol.*

20 Certè solemnis ista limitatio vide-  
tur reducta ad vanam verborum formu-  
lam, & regula imposta esse verbis, non  
rebus, contra text. in l. 6. C. commun. de le-  
gat. ut adnotavit quoque Ranchinus ad  
Guidonem Papæ, d. decis. 116. Ego spectato  
jure communī dicerem, quoties reus in-  
diguerit instrumento, de quo sit mentio in  
libello actoris, ut possit deliberare, an ve-  
lit cedere, vel contendere, sive fiat men-  
tio limitativè, sive assertivè, semper esse  
dandam copiam, edendumque instrumen-  
tum, etiam ante litis contestationem, nisi  
juraret actor, instrumentum non esse apud  
se. Quoties verò ad deliberandum, an de-  
beat reus item prosequi, aut liti cedere,  
non est opus instrumento, cujus in libello  
mentio sit, cùm ex narratione clara, &  
aperta possit esse certus de facto, quovis  
modo fiat mentio, sive per verba limitati-  
va, sive assertiva, non esse edendum instru-  
mentum ante litis contestationem: sed sat  
erit, instrumentum produci ante senten-  
tiā ad probandam intentionem actoris.  
Hec

Hæc resolutio planè colligitur ex communione hac in re Doctorum traditione, ita ut dubitari non possit, quin sit communis omnium mens. Nulla enim alia ratione moventur ad asserendum, editionem instrumenti faciendam esse ante litis contestationem, nisi quia videatur esse necessaria, ut reus possit deliberare, an debeat cedere, vel contendere: quare illa cessante non erit opus editione. In qua sententia videtur esse Muscatellus in *prax.* libr. I. p. 3. gloss. mentionatorum, n. 4. cum seqq. Quando vero editio instrumenti sit, vel non sit necessaria ad hunc effectum, erit in arbitrio Judicis, qui diligenter attendat, ut malitiis utriusque tam actoris, quam rei obviam eat, ne malitiis sit indulgendum, juxta præceptum Jurisconsulti in l. in fundo 39. §. Censuimus, ff. de rei vindic. De jure Castellæ ad obviandum istis calumniis, statutum est, ut sive actor, sive reus velit se juvare scripturis ad comprobandum suam intentionem, illas producat simul cum libello, ut possit eas videre adversarius, cui statim debet dari earum copia. Ita statuit l. I. tit. 2. l. I. 2. & 3. tit. 5. lib. 4. Recop. & ad eas notant Scribentes, & juxta eas intelligi debet Guzman. de evictio. q. 35. n. 141. generaliter, & indistinctè loquutus.

21 Limita secundò ejusdem primi causæ resolutionem, ut procedat solum in causis ordinariis: secus tamen in executivis, in quibus ab initio, & ante omnia debent produci instrumenta omnia, quorum virtute quis vult executionem obtainere, & Judex non debet, nec potest expedire mandatum executivum, nisi productis, & visis instrumentis habentibus executionem paratam, quibus constet, petenti executionem competere viam executivam. Nam etiam si quis agat nomine proprio, debet justificare viam executivam, non solum ex parte sua, sed etiam ex parte rei. Verbi gratia; si agat contra hæredem, ostendere illum esse hæredem, si agat contra fideiussorem, ostendere illum esse fideiussorem, & sic de aliis. Ita sentit Bald. in l. Bebius Marcellus 30. in lectura antiqua, n. 2. ff. de pact. dotalib. & in l. per diversas 22. n. 21.

22. C. mandati, & in l. non ignor. 9. n. 1. C. de iis qui accus. non poss. Hyppolit. de Marsil. singul. 26. Boerius decis. 10. Avend. ad l. 4. & 5. tit. de las excepciones, n. 20. Gaspar Roder. de annuis reddit. lib. 2. q. 17. n. 34. à princ. & vers. Hæc tamen distinctio, Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap fin. 4. p. §. 1. ex n. 1. & 5. p. §. 2. à princ. Roland. à Valle cons. 20. vol. 1. Brunorus à Sole quest. leg. q. 11. Roder. Suarez in l. post rem judicata, ff. de re judicat. in declar. legis Regni, ampliat. I. n. 2. & per tot. Afinius tractat. de executionib. §. 2. cap. 6. n. 3. Colerus de processib. executiv. p. 3. cap. 1. ex n. 17. & ex n. 21. & 28. Giurba decis. 10. & decis. 17. ex n. 9. Et de jure Castellæ probat hanc limitationem text. in l. 35. tit. 4. libr. 3. & in l. 2. & 19. tit. 21. lib. 4. nova Recop. Ratio est, quam reddit Bald. ubi supra, in d. l. per diversas. Nam in via executiva initium sumitur à captura bonorum, & personæ rei, quæ continet damnum, & injuriam si iniuste fieret, ut rectè notavit Afinius ubi supra, d. §. 2. cap. 15. Quare ab initio via executiva debet justificari, facile Paulus Castrensis consul. 31. I. p. Milanensis decis. 3. lib. 2. Josephus Ludovicus decis. Perusin. 40. Secus est in via ordinaria, in qua durante iudicio, & ante sententiam reo nullum damnum infertur.

22 Limita tertio, ut eadem resolutio non procedat, si specialis aliqua qualitas requiratur à lege, vel statuto, ut quis admittatur ad judicium: nam tunc quantumvis agat nomine proprio, in initio judicii, & ante item contestatam, debet ostendere inesse sibi illam quantitatem, & esse se talem, qualem dicit, & qualem requirit lex, vel statutum, ut possit agere, & judicium ingredi. Hanc limitationem probat expresse text. in l. non ignorat 9. C. de iis qui accus. non poss. ubi mater, quæ vult ultionem mortis filii sui persequi, quantumvis agat nomine proprio, non admittitur ad accusationem, nisi prius matrem se esse probaverit. Et ex illo textu colligunt Doctores unanimiter, quemcumque qui vult admitti, ut talis debere probare se esse talem. Notat Lucas de Penna in l. 2. n. 24. C. de delator. lib.

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

49

*lib. 10. Menoch. de presumt. lib. 2. praf. 32. Brunorus à Sole qneft. legal. q. 11. ex n. 10. & n. 15. & 16. qui refert plurimos, meini- nit Caravita ad Ritum 191. n. 7. Pereg. de fideicomm. art. 43. n. 60. Quæ propositio sic universaliter sumpta planè destrueret do- & trinam supra traditam, videlicet, eum, qui agit nomine proprio non adstringi ante litis contestationem ad probandum, se esse talem, qualem asserit in libello, vide- licet hæredem, donatarium, cessionarium. Quare propositio illa universalis restrin- genda est ad terminos hujus limitationis, cùm videlicet lex, vel statutum requirat ali- quam qualitatem, ut aliquem admittat ad judicium, & sic procedit casus in d. l. non ignorat. nam mulier non poterat accusare, nisi suam, vel suorum injuriam prosequeretur, l. qui accusare 8. l. bi tamen 11. ff. de accusation. l. Senatus consulto 5. l. de crimine 12. C. de iis qui accus. non poss. Cum igitur sit exclusa à lege, ut sibi pateat accusandi via, oportet, ut ostendat in ipso limine, & antequam judicium ulterius procedat, li- cere sibi accusationem prosequi. Sic Bald. qui nihil ignoravit, in d.l. non ignorat, n. 1. & 2. animadvertisit esse duplē qualitatē, aliam, quæ est causa introducendæ petitionis in judicio, aliam, quæ est causa pronunciationis diffinitivæ. Primam qualitatē docet, debere probare ante litem contestatam, & antequam judicium ul- terius procedat, ut in d.l. non ignorat, idem, ait, servandum esse, quoties qualitas est causa excludendi aliquem à limine judicii, nam in ipso limine judicii probari debet, qualitatē non adesse, quod confirmat ex text. in l. quoniam Alexandrum, C. ad leg. Jul. de adult. Secundam verò qualitatē probari debere līte tam contestata, & ante diffinitivam.*

*23 Sublimita primò præcedentem tertiam limitationem, ut tunc procedat, cùm reus excipit, non inesse actori qualitatē requisitam ad introductionem judicii; se- cūs erit, si reus nihil opponat, nam tunc potest judicium ulterius procedere. Ita sen- tit planè Bald. in d.l. non ignorat, n. 2. dum addit illa verba: Si adversarius negat, quem*

sequitur ibidem Salicet. n. 2. glossa in Con- stit. Exceptione filiationis, verb. Exceptione, & ibi Andr. de Isernia verb. Exceptionem, in princ. & in fin. Caravita ad ritum 191. n. 7. insinuat Afflict. in ead. Constit. Exceptione, n. 2. sentit Gofred. Lanfrancus Balbus de- sis. 513.

*24 Verum est Iserniam eodem loco in vers. Putamus, dicere, posse Judicem ex offi- cio suo reppellere ab accusando mulierem, quam jura volunt non recipi, nisi suam, vel suorum injuriam prosequatur, etiam si adversarius non excipiat, supplendo def- fectum advocati, vel litigantis, juxta Rubr. & l. 7. C. ut quæ desunt Advocat. jud. supple. Nam ita fieri debere, probat text. in l. quos prohibet 7. ff. de postul. notat Panorm. lo- quens generaliter de illegitimo accusatore in cap. 1. n. 13. de accus. Specul. libr. 1. tit. de officio omnium Judic. §. impedit. 4. n. 3. Quoniam vigant rationes, ob quas jus, il- lam statuit, reppelli: scilicet ne Conven- tui virorum irreverenter se ingerat, l. ma- ritus 21. C. de procurat. l. optimam 14. §. Cùm itaque, C. de contrah. & commit. stipu- lat. & propter honorem, & autoritatem Tribunalis, quam Judex ingenio suo debet augere, l. obseruandum 19. ff. de offic. Pra- fid. oportet itaque, ne mulieres intersint judiciis, nisi propter suam, vel suorum in- juriam. Subjungit tamen regulariter Judi- cem non teneri supplere de facto, non e- nim tenetur, l. non quidquid 40. ff. de judi- ciis, l. 1. C. quomodo, & quando Judex, Ale- xand. in l. 1. n. 6. C. ut quæ desunt Advocati, tractat Speculator lib. 2. tit. de dispu- tationib. & allegat. §. Satis clare 6. n. 14. & ad eum Bald. ibi, addit. ult. Ego existimo sic distinguendum.*

*25 Aut est notorium, qualitatē ex- clusivam inesse actori, ut cùm accusat mu- lier, quem esse mulierem, est notorium, & tunc Judex ex officio debet excludere ac- torem, nisi probet se posse admitti, juxta doctrinam Andreæ de Isernia, quam con- firmant tradita à Felin. in cap. exceptionem 12. n. 6. circa fin. de except. & ibidem Pa- normit. n. 7. ubi additio. Aut est dubium, an insit actori qualitas exclusiva, ut si quis*

G

ac-

accusaret tanquam frater, vel tanquam hæres, stante statuto, quod quis non possit accusare, nisi prosequendo suam, vel suorum injuriam, aut proprium interesse, ut est in Regno Neapolitano *Ritus* 191. & 192. ad quos notat Caravita, & Maranta in *prax.* 6.p. tit. de *inquisit.* n. 59. meminit Afflict. in *Constit.* *Præsentilege,* n. 2. lib. 1. *Rubr.* 51. Franch. *desis.* 382. n. 8. Jul. Clar. lib. 5. *Sententiar.* §. 1. n. 6. & §. fin. q. 3. n. 6. & q. 14. n. 12. quem Ritur, & præxim veror, ne correxerit *pragm.* *unic.* de *privileg.* *concessis Universitatib.* tunc Judex non tenebitur ex officio reppellere, nisi reus opponat, juxta sententiam Baldi, & aliorum, cui conciliationi ex parte videtur acquiescere Caravita ad d. *Ritum* 191. n. 7.

26 Sublimita secundò prædictam tertiam limitationem, ut non procedat attento jure Neapolitano, quo constitutum est, ut qualitas requisita ad agendum in eo, qui agit nomine proprio non sit probanda ante litis contestationem, sed in processu litis, & exceptio objecta actori carentia similis qualitatis, reservatur ad merita causæ, non impedita litis contestatione. Sic statuitur in *Constit.* *Exceptione filiationis*, ubi *gloss.* *verb.* *Filiationis*, ait per illam corrigi d.l. non ignorat, C. de iis qui accusar. non poss. quam sequuntur ibi Afflict. ante n. 1. Isernia in *princ.* Caravita ad d. *Ritum* 191. n. 7. Muscatellus in *prax.* libr. 1. p. 5. *gloss.* *reservatis* n. 8. Quæ *Constitutio* reducit resolutionem ad regulam prius propositam, ut sufficiat eum, qui agit nomine proprio, probare se esse talem, qualem dicit in libello, durante judicio usque ad diffinitivam. Idem dicendum est de jure Castellæ, stante l. 10. tit. 3. p. 3. & ibi *gloss.* 1. quæ lex concordat cum prædicta Constitutione.

27 Secundus casus est, cùm quis agit nomine alieno tanquam procurator alterius, vel ut tutor, vel curator nomine pupilli, aut minoris. In quo communis est omnium DD. resolutio, necessarium esse, ut in initio litis, & ante illius contestationem exhibeat mandatum, & legitimet personam suam, ostendendo se legitimum procuratorem, tutorem, vel curatorem, alioqui

obstat exceptio, tua non interest, & poterit à Judice ipso, ex officio à judicio repellere tanquam actione carens, Gigas de pension. q. ult. n. 25. l. veluti 27. in *princ.* ff. de *verbor.* obligat. *gloss.* in l. ubi pæct. 40. *verb.* Poena, C. de *transf.* Bart. in l. si unus 28. §. pactus ne peteret, num. 20. ff. de *pact.* Alex. in l. 1. n. 6. C. ut quæ desunt *Advoc.* *jud.* supp. Pacian. de *prob.* lib. 1. cap. 57. n. 28. & seqq. Menoch. cons. 1244. n. 59. lib. 13. qui ibidem cum multis, quos refert, animadvertisit, procedere hoc etiam parte non petente, & tametsi videatur contradicere Scrad. de *feud.* p. 10. in *praamb.* n. 33. postea tamen n. 37. videtur consentire, & Muscat. in *prax.* lib. 1. p. 3. *gloss.* *actionis*, n. 8. & 9. Et hanc resolutionem amplectuntur Scribentes in d. l. qui stipendia 9. C. de *procur.* & in l. 1. C. de *aet.* & *oblig.* & omnes relati supra n. 11. & præter eos Isernia in *Constit.* *Except.* *filiationis*, *verb.* *Except.* *Afflict.* ibid. n. 1. vers. Sed quaro, & n. 1. lib. 2. *Rub.* 22. Ratio autem videtur esse, quia iniquum est molestari, & fatigari quemquam in prosequitione judicij ab eo, qui fatetur, suam nihil interesse judicium prosequi, cùm agat alieno nomine, & nihil proprium habeat antequam constet habere ab alio, ut possit molestare reum, & se legitimè agere, aut accusare alieno jure, cap. 1. de *accus.* ubi notant Canonistæ. Alioqui calumniatoribus, & malevolis videtur occasio molestandi quos vellent, sub eo prætextu, quòd alieno nomine agerent, sive que Judicis authoritas, & judiciorum vis illudetur, si spectandus esset litium finis, ut vel legitimaretur actoris persona, vel eam illegitimam esse constaret post molestiam, & injuriam, aut infamiam, damnaque rei familiaris reo illata, cui per solam absolutionem non foret plenè satisfactum. Ideò jure optimo de jure Castellæ constitutum est in l. 2. & 3. tit. 2. lib. 4. Recop. ne possit expediri citatio rei, cùm producitur libellus contra eum alieno nomine, nisi producatur mandatum procuratorum, & examinetur per advacatum, qui afferat subscribens se à tergo mandati, illud esse mandatum legitimum, & sufficiens, ut procu-

## DISPUTATIONUM

## JURIS DE JUDICIIS.

51

rator nomine mandantis agat, & in l. 5. tit. 17. lib. 2. ejusdem Rec. statuitur, ne Scribæ Consil. aut Regiorum Auditoriorum, consignent processus Relatoribus, quod faciant relationem coram Judicibus, nisi mandata procuratoria sint approbata, & subscripta ab advocatis litigantium tanquam legitima: atque item, ne Relatores relationem faciant: nisi præcedat similis approbatio mandatorum cùm subscriptio ne advocate, & earum constitutionum ibidem redditur eadem ratio, quam nos redimus. Et idem ferè constitutum est de jure Neapolitano noviori, ut in pragmat. 79. cap. 5. de officio S. R. Cons. in noviss. compil. Idem ferè servatur in Cathalonia, ut observat Cancer variar. resol. 2. part. cap. 14. n. 62.

28 Amplia resolutionem hujus secundi casus, ut sit etiam observanda, cùm quis cessionarius procurator in rem propriam agit nomine cedentis, & mandantis, exercens tanquam ejus procurator actiones directas, quarum exercitium transfertur in ipsum per mandatum in rem propriam, nam tunc tenetur in initio litis, & ante ejus contestationem edere, & ostendere instrumentum cessionis ad legitimandam ejus personam, ob eandem rationem, qua adstringitur ostendere mandatum agens nomine alieno. Hanc ampliationem tradunt omnes allegati supra n. 11.

## SUMMA DISPUTATIONIS QUINTÆ.

- 1 **E**xceptionum multa sunt genera, & primum est merè dilatoriarum.
- 2 Exceptiones dilatoriaæ aliae respiciunt Judicem, aliae Litigantes, aliae Libellum.
- 3 Aliae sunt exceptiones peremptoriae merè.
- 4 Aliae sunt exceptiones anomalaæ.
- 5 Exceptiones merè peremptoriae opponenda sunt post litem contestatam, & non sunt decidenda ante sententiam diffinitivam.
- 6 Exceptiones dilatoriae opponenda sunt ante litis contestationem.
- 7 Inter exceptiones dilatoriaes, quae respiciunt Judicem, ut declinatoria, & recusatoria, ante omnes sunt opponenda.

Tem. II.

- 8 Exceptio declinatoria opponenda est ante recusatoriam.
- Decidenda est ante omnia, ibi.
- Idem dicendum est de aliis dilatoriis concernentibus legitimationem personæ litigantis, ibi.
- Sententia illis non decisus est nulla, ibi.
- Quamvis Judex procedens ad ulteriora videatur rejicere alias exceptiones, id non habet locum in declinatoria, sed expressè, & specificè est decidenda.
- 9 Exceptio declinatoria videbitur decisa per interloquitionem verbis generalibus factam, non obstantibus oppositis esse procedendum.
- 10 De exceptione declinatoria cognoscit Judex coram quo opponitur, qui existimat, an sit sua jurisdicçio, & limitationes, remissive, ibi.
- 11 Exceptio recusatoria ligat manus Judicis. Quomodo sit proponenda, & quid in ea servandum, remissive, ibi.
- Cause recusationis, ibid. remissive.
- 12 Proponitur difficultas de exceptionibus anomalis.
- 13 Exceptiones anomalaæ cùm de eis in continentí constat, statim sunt diffinienda, quando requirunt altiorem indaginem reservanda sunt in tempus diffinitivæ.
- 14 Idem servatur in dilatoriis, quae respiciunt merita cause.
- 15 An id sit intelligendum de exceptionibus intricatis in facto, an etiam in intricatis in jure.
- Dubium superfacto eget termino, ubi verè factum est certum, expeditur causa sine termino, ibi.
- 16 Exceptionem in jure dubiam posse reservari in finem litis, quorundam sententia.
- 17 Verius est, solum posse reservari in finem litis exceptionem in facto intricatam, non in jure, sed contrarium frequentius reservatur, & ratio.
- 18 Exceptiones, quae respiciunt processum statim sunt diffinienda.
- 19 Quando dicantur exceptiones probari in continentí.
- 20 Quid significet dictio Incontinenti.
- 21 In arbitrio Judicis situm est, quid dicatur

- tur Incontinenti fieri.  
 22 De jure Castellæ quid significetur per verb.  
 Incontinenti.  
 23 Exceptiones præjudiciales quæ sint.  
 24 De jure Neapolitano quomodo accipiatur  
 verbum Incontinenti.  
 25 Arbitrarium est Judici, quænam exceptio-  
 nes requirant altiorem indaginem.  
 26 Quomodo opponatur exceptio anomala cum  
 proponitur tanquam dilatoria. Quomodo  
 quando tanquam peremptoria.  
 27 Exceptio solutionis, acceptilationis, præscri-  
 ptionis, tua non interest, sunt anomala.  
 28 Duæ formæ pronunciandi super reservatio-  
 ne exceptionum animadversio Afflīct.  
 29 An cùm reservantur exceptiones sit facien-  
 da de illis mentio in sententia.  
 30 An sit valida sententia, quæ non pronun-  
 ciat super exceptione reservata expresse,  
 etiam instanti parte.

## DISPUTATIO V.

Quando in judicio sit reservanda decisio  
 super exceptionibus allegatis in tempus  
 sententiæ diffinitivæ: Quando verò sta-  
 tim, & ante diffinitivam sit super  
 illis definiendum?

**E**xceptionum, quibus reus ab ac-  
 tore impetus in judicio se de-  
 sendit multiplex est, & varia natura. Pri-  
 mum genus est ( more Legistarum lo-  
 quor) merè dilatoriarum, quæ opponuntur  
 ad differendum judicium, non directo  
 impugnantes actionem agentis: quasi per  
 eas reus non directò velit negare, actorem  
 fovere justitiam in causa principali; sed  
 veluti quodam diverticulo procuret acto-  
 rem morari, ac detinere, & in aliud tem-  
 pus, aut casum in sententiam rejicere.

2 Hoc autem primum exceptionum  
 genus in tria alia membra, seu species sub-  
 dividitur. Nam quædam ex ipsis dilatoriis  
 exceptionibus Judicem respiciunt: ut de-  
 clinatoria fori, aut recusatoria ob suspicio-  
 nem Judicis. Quædam ad litigantes refe-  
 runtur, videlicet exceptiones legitimatio-  
 nis personæ (de quibus disputatione præ-

cedenti) verbi gratia, exceptio objecta  
 minori, quod agat sine curatore, vel quod  
 tutor non implevit solemnia, quod pro-  
 curator agat sine mandato, aut cum manda-  
 to minus sufficienti. Quædam tamen per-  
 tinent ad libellum, seu totam causam, ut  
 exceptio, quod libellus sit obscurus, vel  
 ineptus; aut exceptio pacti temporalis, de  
 non petendo, aut exceptio, ante diem agis.  
 De ipsis exceptionibus agit Speculator lib.  
 2. tit. de exception. & replicat. §. exceptionum  
 1. ubi tradit divisionem exceptionum, &  
 §. nunc videndum 2. Felinus in cap. excep-  
 tionem 12. ex n. 7. de except. Thusc. litter.  
 E. concl. 389. & 390. Maranta in spec. p. 6.  
 tit. de exceptione, nono membro judicij, ex n.  
 1. Asinius in prax. judicior. §. 13. cap. 1. &  
 2. Paz in prax. 1. tom. 1. p. 5. temp. ex n. 9.  
 Muscatellus in p. ax. lib. 1. p. 3. gloss. dilato-  
 rias, ex n. 1. Volaño in Curia Philippica, 1.  
 p. §. 13. Villadiego in Polit. cap. 1. num. 8.  
 Scaccia de judic. lib. 1. cap. 101. ex n. 6. &  
 n. 31. cum seqq. & n. 58. cum seqq.

3 Secundum genus est exceptionum  
 merè peremptoriarum, videlicet, quæ per-  
 rimunt omne jus actoris, §. appellantur,  
 Instit. de except. ut est exceptio non num-  
 erata pecuniæ, exceptio doli, exceptio me-  
 tus, exceptio pacti de non petendo perpe-  
 tuò, & similes. De ipsis agit Spec. d. tit. de  
 except. §. dicto 3. Angel. in d. §. appellantur,  
 ex n. 47. Instit. de except. Maranta in prax.  
 d. tit. de exception. n. 12. Asinius in prax. d.  
 §. 13. cap. 3. 4. 5. & 6. Paz in prax. 1. tom.  
 1. p. septimo temp. ex num. 1. Muscatellus in  
 prax. lib. 1. p. 4. gloss. peremptorias, ex n. 4.  
 Volaño in Curia Philipp. 1. p. §. 15. ex n. 1.  
 Villadiego in Polit. cap. 1. n. 9.

4 Tertium genus est exceptionum ano-  
 malarum, seu mixtarum, quæ participant  
 naturam, tam dilatoriarum, quam peremp-  
 toriarum, & possunt opponi tam ad impe-  
 diendum ingressum, aut processum liris an-  
 te ejus contestationem, quam ad elidendam  
 actionem actoris post contestationem, ut  
 sunt exceptio rei judicatae, transactionis,  
 liris finitæ, juxta text. in cap. 1. de litis con-  
 test. in 6. ubi glossa, verb. Finita, de ipsis  
 agunt, easque recensent Bart. in 1. ultima,

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

53

*ff. pro suo*, & in l. cùm quærebatur 13. n. 3. *ff. de judicat. solv.* Additio longa Alexand. ad Bart. in l. vir bonus 18. *ff. eod.* Baldus in l. postquam liti 4. ex n. 7. C. de paet. & in l. exceptionem 19. ex n. 1. C. de probat. ubi etiam Salicet. aliquid etiam idem Baldus in l. peremptorias 2. C. sentent. rescin. non poss. Paulus in l. ait Prator 7. n. 8. *ff. de jurejur.* Angel. Aretin. in §. æquè, ex n. 15. Instit. de except. Congensit quadraginta quatuor exceptiones anomalas, Marian. Socin. in cap. olim inter, ex n. 16. de litis contest. Ennumeravit 33. exceptiones anomalas impedientes litis ingressum, Philipp. Franchus in d. cap. 2. ex n. 18. de litis contest. in 6. in 43. limitationibus. Recenset totidem exceptiones anomalas, Martinus de Fano in tract. de exceptionib. impedientib. litis ingress. tom. 3. tract. 2. p. recensuit 34. exceptiones Ominus copiosissimè Marcus Anton. Blancus tract. de excep. impedient. litis ingressum, tom. 3. tract. 1. p. coacervavit 70. exceptiones, Felin. in cap. exceptionem 12. n. 36. & 37. cum seqq. quarundam meminit, & remittit se ad multa loca, ubi de illis agitur. De illis tractarunt Asinius in prax. §. 13. cap. 3. 6. 7. & 9. Maranta in prax. d. tit. de except. ex n. 12. Paz in prax. 1. tom. 1. p. septimo tempore, ex n. 2. Muscat. in prax. libr. 1. 4. p. gloss. perjurii, gloss. finitæ, gloss. judicata, gloss. transactionis, gloss. petendo, gloss. & similia, Pacian. de probat. lib. 1. cap. 58. ex n. 11. Thusc. litt. E concl. 394. Viljadiego in Polit. cap. 1. n. 10. Scribentes in cap. 1. de litis contest. in 6.

5 Quod attinet ad exceptiones merè peremptorias (ut incipiamus à facilitori resolutione) illæ opponendæ sunt post litem contestatam, & nullo modo sunt decidenda ante diffinitivam: nam diffinitiva super ipsis ferenda est, qua totalis finitur. Id apertè probat text. in cap. 1. de litis contest. in 6. Sentit Speculat. lib. 2. d. tit. de exception. & replis. §. dicto 3. n. 3 Felin. multis relatis, in d. cap. exceptionem 22. n. 36. & ibi Panorm. n. 15. de except. Philipp. Franchus in d. cap. 1. n. 18. de litis contest. in 6. Salic. in l. exceptionem 19. n. 9. C. de probat. Maranta in prax. d. tit. de except. n. 13. Paz in

prax. d. 7. temp. n. 4. & 8. Quod adeò verum est, ut Doctores isti dum loquuntur de exceptionibus mixtis, tametsi multi confundant tractationem earum cum doctrina de merè peremptoriis, tamen cùm illæ opponuntur in vim peremptoriarum, dicant, earum definitionem reservandam esse in tempus diffinitivè, ac per eam esse determinandas, non ante.

6 Quod verò pertinet ad dilatorias, regula est, esse opponendas ante litis contestationem, non post, l. ult. C. de except. l. ita demum 13. C. de procurat. l. exceptionem 19. C. de prob. Et omittendo earum allegationem videtur illis renunciatum, cap. inter Monasterium, de re judic. Hanc regulam tradit Felin. in d. cap. exceptionem 12. ex n. 7. cum tredecim limitationibus, ubi vide de except. Asin. in prax. d. §. 13. cap. 1. n. 17. & 18. & cap. 8. n. 4. Ampliations autem, & limitationes regulæ in cap. 2. per tot. Maranta in prax. p. 6. d. tit. de except. ex n. 8.

7 Inter hæs exceptiones dilatorias, illæ, quæ respiciunt personam Judicis, vide licet declinatoria, & recusatoria ante omnes sunt opponendæ, ne illis omissis, & procedendo ad ulteriora videatur Judicis persona approbata, & prorogata ejus jurisdictio, juxta tradita à nobis priore tit. disp. 2. q. 8. ex n. 991. & notata ab Asin. in prax. d. §. 13. cap. 8. n. 4. Maranta in prax. p. 6. d. tit. de except. n. 1. & Acacio Anton. Ripol. variar. resol. cap. 2. ex n. 84.

8 Exceptio quidem declinatoria ante omnes, etiam ante suspicionem Judicis, seu recusationem proponenda est. Nam suspicio Judicis objecta, & recusatio videtur præsupponere Judicem competentem, cùm incompetens per ipsam declinatoriam faciliter, & sine ambagibus removeatur, non per recusationem, quæ plures solemnitates requirit, propositionemque, & examen causarum, propter quas recusatur Judex notavi superiore tit. disput. 2. q. 7. sect. 1. n. 794. Sic sentit Bald. in l. ult. ex n. 6. C. de judiciis, & ibi Additio Andreæ Barbatæ, Salic. ibidem n. 8. Felin. in cap. inter Monasterium 20. n. 4. & 6. de re judic. Ripol. var. resol. d. cap. 2. ex n. 88. idem Bald. in l. excep-

ceptionem 19. n. 11. C. de probat. & videtur esse in eadem sententia Bart. in l. quidam consulebant 37. n. 9. & 11. ff. de re judic. Et de hac exceptione prius etiam, & ante omnia cognoscendum est, & statim est decidenda, & determinanda, ut docet Bart. in l. ultim. n. 5. ff. pro suo, Bald. in l. 1. n. 11. versic. Præterea pone, C. de ordin. judic. Paul. Castr. in l. ex quacumque 2. n. 10. ff. si quis in jus vocat. non jer. & in d. l. 1. n. 9. C. de ordin. judic. Jas. in l. ait Prator 7. n. 25. ff. de jurejur. ubi ait, id procedere, etiam si exceptione ista requireret altiorem indaginem.

Et idem dicendum esse de aliis exceptionibus dilatoriis concernentibus legitimationem personæ, de quibus egi *disputatione præced.* quando scilicet quis agit nomine alieno, nam quando agit nomine proprio, quid sit servandum, dixi *dicta disput. præced.* idem docet Bald. in l. exceptionem 19. n. 7. C. de probat. Abbas Panormit. in cap. *Pastoralis* 4. n. 14. de except. Marcus Anton. Blanc. tract. de except. impedientibus litis ingressum, n. 36. Afinius in prax. §. 13. cap. 8. n. 2. & §. 18. cap. 1. n. 3. & 6. & cap. 2. n. 4. & 5. & cap. 3. ex n. 1. & n. 4. Grammat. decis. 65. n. 81. 83. & 84. Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. p. 3. gloss. 1. Scraderus de feud. p. 10. in *præambulis*, n. 36. ubi multos allegat, Scaccia de judiciis, libr. 1. cap. 102. num. 3. Salgado de Regia protect. p. 2. cap. 18. ex n. 1. & n. 9. 10. & 13. cum seqq. & per totum, Rovitus in *pragm.* 5. n. 16. de ordin. judicior. Quo adeò verum est, ut sententia lata in causa principali, pendente, & non decisa discussione dilatoria sit nulla, Mastr. decis. 127. n. 3. Bellon. decis. 167. n. 2. & 3. Imò & totus processus, Paz in prax. 1. tom. 1. p. 5. temp. n. 36. & 37. Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. p. 5. gloss. 1. Bald. conf. 275. *præmisso statuto Communis Verona*, n. 1. vol. 5. Pacianus de probationib. cap. 58. n. 23. cum seqq. & n. 35. Quoniam propria declinatoria revocatur in dubium potestas Judicis, & donec declaraverit se competentem, videntur esse ligatae ejus manus, ne ulterius procedat, ut notant Paulus Mastrillus, Rovitus ubi supra.

Et quamvis regulariter eo ipso, quòd

Judex procedit ad ulteriora videatur exceptiones oppositas à partibus rejicere, cap. ex part. M. 67. de appell. & ibi Bald. n. 12. Zabarella n. 1. Panorm. n. 2. Ancharr. n. 2. Imola n. 4. Philipp. Franch. n. 4. & 5. Decius ex n. 8. ad 11. Hyppolit. de Marsiliis in l. si quis ne quæstio, n. 83. ff. de quæst. Vantius de nullit. tit. 11. quibus modis sententiae nullæ defendi possint, n. 9. Anton. Gabr. lib. 2. commun. tit. de exceptionib. concl. 1. ex n. 1. Scraderus ubi supra n. 39. Menoch. de *præsumpt.* libr. 2. *præsumpt.* 64. n. 10. Afinius in prax. §. 18. cap. 6. Pacianus d. cap. 58. n. 22. Felin. in cap. *suborta* 21. n. 4. vers. Ad idem de re judic. Tamen hæc regula locum non habet cum proponuntur exceptiones respicientes personam Judicis, aut defectum jurisdictionis, nam debent expresse determinari, ut docet Paul. Castrensi. ubi supra, Antonius Gabr. d. concl. 1. n. 3. & seqq. ubi multos allegat, Scraderus d. 39. Natta conf. 271. n. 3. Menoch. d. *præsumpt.* 64. n. 2. cum seqq. ubi adhibet quatuor declarationes, Carrocius de exception. except. 22. q. 8. n. 3. Rovitus ubi supra, Felin. in d. cap. *suborta*, ex n. 6. de re jud. Neque item locum habet regula cum opponuntur exceptiones respicientes legitimationem litigantium, ut notat Hyppolit. de Marsiliis ubi supra n. 84. Vantius n. 10. Scraderus d. n. 39. Perez de Lara de annivers. & capel. lib. 2. cap. 10. ex n. 65. Et idem universimi censendum existimo, quandocumque opponitur quælibet dilatoria, quæ si locum habeat, reddit judicium retro nullum, ideo enim statim est decidenda, & non in fine litis reservanda, ne judicium reddatur elusorium, dum Judex frustra ulterius procedit, & reus inutilibus sumptibus vexatur, quam ratione præsensit Gregor. in l. 5. tit. 10. p. 3. gloss. 1. Nisi quod similes dilatoria opponi possunt, non solum ante litis contestationem, sed etiam in quacumque parte judicii, imò etiam post sententiam, aut tres sententias conformes, ut notavi loquens de declinatoria fori, cum jurisdictione est improrogabilis, priore tit. disp. 2. q. 7. sect. 2. n. 811. in fin. cum multis, quos allegavi, & præter eos tradit Felinus in d. cap. exceptionem 12.

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

55

n. 28. post multos, quos refert, & Natta consil. 271. n. 4.

9. Censebitur autem Judex expressè determinasse super declinatoria, si causa cognita post illam propositam interloquatur verbis generalibus, non obstantibus oppositis esse procedendum ad ulteriora, tametsi in decreto non faciat expressam mentionem de declinatoria, dicendo, declinatoriae non esse locum, vel remissioni petitiæ, ut animadvertisit Menoch. d. presumpt. 64. n. 5. post Felinum in d. cap. suborta, n. 6. varie. Tertius casus, de re judic. Anton. Butrius in cap. super litteris 20. n. 37. in fin. de rescriptis, ubi Imola n. 12. Angelus consil. 200. in Civit. Lucana n. 3. Pacian. de probatio-rib. lib. 1. cap. 58. n. 24. atque ista forma decreti sub verbis generalibus in hoc Regno Neapolitano sèpissimè est in usu.

10. Regalariter de ista exceptione declinatoria potest cognoscere Judex, coram quo opponitur, ad quem pertinet determinare, an sua sit jurisdictio, l. ex quacumque 2. in princ. ff. si quis in jus vocat. non jerit, l. si quis ex aliena 5. de judiciis, ubi Glossa, & Doctores Canonistæ in cap. super litteris 20. de rescriptis, ubi Panormit. ex n. 10. Butrius ex n. 37. Imola ex n. 12. Felinus ex n. 18. Corsetus in singularib. verb. Jurisdictio 1. sub n. 149. Bart. in l. de jure 37. in princip. n. 1. ff. ad municip. & incol. Scaccia de judiciis, lib. 1. cap. 101. n. 9. cum seqq. Grassis de exceptionib. except. 18. n. 9. Afflictis decis. 354. n. 15. cum seqq. Barbosa in d. l. si quis ex aliena, ex n. 111. Thuscus litter. I. concl. 414. Cabedo decis. 41. 1. p. Aviles in cap. 3. Pratorum, verb. Abogados, n. 12. paulò post medium, Ponte decis. 33. Gratianus reg. 123. Maita de jurisdict. p. 2. cap. 4. Valenzuela consil. 52. n. 23. cum seqq. & consil. 200. ex n. 53. Apud quos videbis limitatio-nes prædictæ regulæ, & casus, in quibus Judex non potest, an sua sit jurisdictio cog-noscere.

11. Exceptio recusatoria, ut ad eam ve-niamus, ligat etiam manus Judicis, ne possit post ejus objectionem ulterius procedere, aut saltem non debeat. Nam an acta facta à Judice recusato sit nulla, controversia

magna est inter DD. ut refert Thuscus litt. S. concl. 913. Bobad. lib. 3. Polit. cap. 8. ex n. 118. Scaccia de judiciis, lib. 1. cap. 101. ex n. 16. Probabilissima quidem sententia est, nullitatis vitio laborare acta facta à Judice suspecto, & recusato solemniter, quam amplectitur, Bart. in l. quia poterat 4. n. 3. Alex. ex n. 6. ff. ad Trebell. Andreas Bartia in tract. de Cardinalibus legatis à latere, q. 3. ex n. 3. & ibi n. 26. resolvit, hanc esse ve-riorem opinionem, Cacheranus decis. 84. ex n. 1. Vantius tract. de nullitatib. tit. 9. de nullit. ex defectu jurisd. ordinaria, ex n. 140. Adde Bobad. lib. 2. Polit. cap. 21. n. 159. ubi multos allegat, & Didacum Perez in l. 1. tit. 5. lib. 3. Ordinam. col. mibi 955. 6. Præterea, & 6. dubitatur, Azevedum in l. 1. ex n. 8. tit. 16. lib. 4. Recop. Canonistas in cap. cum speciali 61. ubi Franchus ex n. 47. de appellat. refert omnium opiniones. Et de jure civili antiquo, quando, & quo-modo sit proponenda, & quid in ea servandum, vide textus, & Doctores in l. qui ju-risdictioni 10. ff. de jurisd. omn. jud. l. aper-tissimè 16. Auth. si verò, l. cùm specialis 18. C. de judic. De jure Canonico, quod quoad hunc articulum in multis à Civili differt, vide cap. causam, q. 17. cap. insinuante 25. cap. suspicionis 39. de offic. & potest. judic. delegat. cap. cum speciali 61. de appell. Scacciām ubi supra d. cap. 101. n. 22. & seqq. De jure veteri Castellæ, l. 22. tit. 4. p. 3. & ibi Gregorium. De jure noviori quoad recu-sationes Judicum inferiorum, l. 1. & 2. tit. 16. lib. 4. Recop. quæ in veteri Ordinamen-to erant, l. 1. & 2. tit. 5. lib. 3. Quoad re-cusationes verò Judicum Superiorum, l. 1. & toto tit. 10. lib. 2. Recop. in veteri Ordinamento, l. 3. tit. 5. lib. 3. Didacum Perez, & Azevedum ad hac loca, Paz in prax. 1. tom. 1. p. 10. tempore, n. 18. cum seqq. & 5. p. cap. 3. §. 12. n. 31. in fin. & 6. p. cap. 1. §. unico, Monterroso in practica vulgari, tract. 5. fol. mibi 82. Covarr. in pract. cap. 26. Avendañum de exeq. mandat. 2. p. cap. 23. De jure Neapolitano, quoad usum, qui est in viridi observantia, integrum tit. Prag-maticarum de suspicionibus Officialium, & ad omnes ejus Pragmaticas Rovitum, qui se-  
fa-

satis suspiciosum ostendit, dum nimis scrupulosè sensit de suspicionibus, argumento Poetæ Horatii lib. 1. Epistolarum, Epist. 19. versu 945. Laudibus arguitur vini vinosus Homerus, quare in hac materia ab illius opinionibus cavendum est, neque enim securæ sunt, nec Reipublicæ utiles, Gallupum in praxi Sacri Consilii, p. 1. cap. 5. Scacciam d. cap. 101. n. 28. in fin. Et universim de recusationibus, Marantam in praxi 4. p. dist. 5. n. 42. & 6. p. tit. de appellat. ex n. 25. Rebuffum in Constit. Regi tom. 3. tract. de recusationibus, Ropol. variar. resol. cap. 2. Thuscum litt. S. ex concl. 906. usque ad 913. & Scacciam d. cap. 101. ex n. 21. Causas autem justas recusationis recensent diversi Doctores, Philippus Francus in cap. postremo, ex n. 20. de appellat. enumerat quadraginta causas, totidem Maranta in d. tit. de appellat. ex n. 28. Steph. Aufrerius nonaginta tres, in tract. de recusationib. suspectorum judic. Cavalc. decis. 28. ex n. 114. 2. p. refert 84. causas, quas assumpsit Novarius in pragm. 15. de suspicionib. Official. collect. 6. n. 46. Carrasco del Saz ad novam Recopil. cap. 9. ex n. 96. nonaginta & una causas. Vide Farin. in fragmentis criminalib. litt. I. ex n. 777. Thuscum litt. S. concl. 908. Graffsis de exceptionib. except. 24. ex n. 23. Ropol. variar. resolut. cap. 2. ex n. 161. Speculatorum lib. 1. tit. de Judice delegato, §. supereft 7. per totum. Apud quos latè, & ad facietatem omnia huc attinentia reperies.

12 Reliqua est igitur proposita difficultas, circa exceptiones anomalas, quæ opponuntur in vim dilatoriarum, & peremptoriarum, quæ impediunt litis ingressum, ut sunt exceptio litis finitæ, transactionis, de quibus in cap. 1. de litis contest. in 6. & aliae similes, quas commemorat, de jure Castellæ, l. 1. & 11. tit. 3. p. 3. & ibi Gregorius, quid sit agendum; an statim in ipso litis initio, & antequam procedatur ad contestationem sint determinandæ, an potius reservandæ sint ad merita causæ, seu in tempus diffinitivæ?

13 Et resolutio communis est cum distinctione. Aut enim de istis exceptionibus constat incontinenti: cùm opponuntur, vel

offertur à reo earum probatio incontinenti, & hoc casu ante omnia sunt definiendæ, ut sopiaitur lis, & ulterius non procedat, concessò eas alleganti brevi termino ad eas comprobandas. Aut non constat de illicis, quia requirunt altiorem indaginem, nec possunt breviter liquidari, quia sunt intricatae in facto, & tunc reservandæ in tempus diffinitivæ, hanc resolutionem probat text. in l. nam postea 9. in princip. & ibi gloss. verb. Exceptioni, ff. de jurejur. & ibi Bart. n. 2. & 5. Baldus n. 1. Angel. n. 1. Salic. ante n. 1. Fulgos. in l. ait Prætor 7. n. 7. Paulus n. 6. ff. eodem, item text. in l. ille à quo 13. §. si de testamento, ff. ad Trebell. & ibi Doctores, docet idem Bart. in l. ult. n. 3. & 4. ff. pro suo, & in l. cùm quærebatur 13. n. 3. ff. judicat. solvi, Baldus in l. postquam liti 4. n. 7. & 8. C. de pact. Marian. Socinus in cap. 1. n. 47. de litis constet. Alex. in longa additione ad Bart. in l. vir bonus 18. ff. judicat. solv. Hyppol. de Marsiliis singulari 365. Gregor. Lopez in l. 10. tit. 3. p. 3. gloss. 1. in fin. in l. 5. tit. 10. eadem part. gloss. 1. Molina de primog. lib. 4. cap. 9. ex n. 39. Azevedus in l. 1. n. 33. & 34. tit. 5. lib. 4. Recop. Maranta in praxi p. 6. tit. de exceptione ex n. 14. Menoch. de arbitrar. libr. 1. q. 53. & lib. 2. cent. 1. casu 19. & casu 20. n. 4. & casu 167. & conf. 125. n. 13. lib. 2. Thuscus litt. E. concl. 379. Scraderus de feudis p. 10. in præambulis, n. 36. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 160. ex n. 1. Surdus conf. 252. ex n. 9. Valenzuela conf. 68. ex n. 52. Cancer variar. resol. p. 3. cap. 17. n. 20. Salgado de Regia Protect. vi oppressorum, p. 2. cap. 18. ex n. 45. & ex n. 62. Asinus in praxi, §. 13. cap. 3. n. 6. & §. 18. cap. 3. ex n. 1. Paz in praxi 1. tom. 1. p. 7. tempore, n. 4. & 5. Muscatell. in praxi lib. 1. p. 5. gloss. reservatis, ex n. 20. ad 25. Franciscus Marcus decis. 418. n. 8. 1. p. Afflictis decis. 52. & 63. & in Constit. Exceptione filiationis, num. 8. & 9. Capicius decis. 10. n. 19. & 20. Franchis decis. 289. n. 4. Marius Giurba decis. 21. Mastrillus decis. 8. ex n. 5. & 6. Trivizanus decis. 2. lib. 2. insignis amicus noster collect. 1519.

14 Amplia prædictam resolutionem,

ut

ut idem prorsus servandum sit, quoties opponuntur exceptiones dilatoriæ tertii generis ex illis, quas *supra* enumeravimus, n. 2. videlicet illis, quæ respiciunt merita causæ, ut est exceptio de non petendo temporalis, aut exceptio ante diem agis, & similes. Quas quamvis sint dilatoriæ, inter anomalas enumerari à Doctoribus adnotavit Marcus Antonius Blancus *tract. de except. impedientibus litis ingress. n. 118. in fin.* de quibus quandocumque constiterit reus est absolvendus ab observatione judicij. De duobus enim aliis dilatoriis generibus, videlicet, quæ respiciunt personam Judicis, & litigantium quid sentiendum sit, & servandum, cùm opponuntur, diximus *supra* n. 8. Quare solum restant exceptiones dilatoriæ istius tertii generis, de quibus possint intelligi quæ Doctores dicunt.

15 Duxi, quando exceptiones sunt intricatae in facto, esse reservandas, nam si sunt intricatae, & dubiae solum in jure non esse reservandas, sed statim decidendas interim suspenso processu causæ principalis sentiunt Bald. in *d.l. postquam liti 4. n. 8. C. de pa&t. & in l. ancilla 12. n. 2. C. de furt. & serv. corrupt. Alex. in addit. ad Bart. in *l. vir bonus 18. ff. judic. solv. Marian. Socinus in cap. 1. n. 25. & 26. de litis contest. Marcus Antonius Blancus tract. de except. impedient. litis ingress. n. 102. Philipp. Francus in cap. 1. n. 18. limit. 11. de litis contest. in 6. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 53. num. 4. & 5. Mastrillus decis. 8. ex n. 7. & n. 20. circa fin. vers. Licet in alia causa, Salgado de Regia Protect. vi oppressorum 2.p. cap. 18. ex n. 50. Ratio est, quia super disputatione juris non requiritur ordo judiciarius, & una semper debet esse apud Judicem determinatio. Confirmatur, quia lis, in qua solum de jure dubitatur, non de facto, quod certum est, & de quo partes convenient, expeditur nulla concessa dilatione; termino enim solum eget dubium superfacto, quod in termino liquidatur, juxta doctrinam Innocentii in cap. cùm inter R. 16. n. 3. vers. Sed dic, quod ubicumque, de elect. quam sequuntur, & approbant Anna singul. 470. Franch. decis. 221. n. 12. Rovitus in *Prag. 7. n. 12. de ord.***

*Tom. II.*

cogn. Mastrill. *decis. 217. n. 5. 17. & 18.*

16 Contrariam nihilominus sententiam; quinimò exceptionem in solo jure dubiam, intricatam, & difficilem, posse in finem litis reservari, tanquam requirentem altiorem indaginem, amplectuntur Angelus Aretinus in *§. bona fidei, n. 6. instit. de actionib. & in §. aequè, n. 16. instit. de except. Bartol. Socinus conf. 59. n. 2. & 3. libr. 3. & in Rubr. n. 1. 2. & 3. ff. de rebus dubiis, Capicus decis. 10. n. 19. & 20. Franchis decis. 289. n. 4. Castillo decis. 124. n. 9. lib. 2. Mastrillus decis. 8. Surdus conf. 252. n. 10. & 11. libr. 2. Natta conf. 152. n. 2. Ratio est, quia dubitatio juris æquiparatur dubitationi facti, & quamvis juris determinatio certa sit, quod attinet ad rerum naturam, tametsi quatenus ad hominis intellectum applicatur, lex dicitur esse dubia propter varias Doctorum opiniones. Tractat optimè Argelius *de acquir. possess. q. 2. art. 4. per tot. notat Mastrillus decis. 227. n. 19.**

17 Verum est, Menochium *ubi supra*, d. q. 53. n. 9. & 10. satisfacere istis rationibus probabilissimè. Quapropter existimo primam sententiam veriorem de jure: verum secundam magis accommodatam ad usum, convenientemque judicium ignaviae, & socordiae, qui decisiones dubias semper procrastinare, & differre solent, quia exsum habent studiorum laborem. Nec mirum, cùm ejus laboris, & officii strenue, & studiosè executi nullum spectent præmium, nullum fructum consequantur in hac vita, futuræ autem, utinam simus memores.

18 Addendum item est omnes exceptiones emergentes, quæ respiciunt processum, non merita causæ, ut exceptio brevitätis dilationis, an testes sint recipiendi, vel nè, & similes, statim, & ante omnia esse decidendas, & super illis interloquendum tacite, vel expressè, nam nisi hoc fiat, negotium principale non potest expediri. Et ideo non esse reservandas in tempus diffinitivæ, docet Innocentius in cap. cùm inter R. 16. n. 3. vers. Si vero questiones de elezione, gloss. 1. in cap. 1. & Abbas Panorm. ibi n. 11. de ord. cognit. Bart. in l. de quare 74. in princip. ff. de judiciis, post gloss. ibi,

H

Pau-

Paulus Castrenſ, in l. 1. n. 9. C. de ordin. judiciorum, Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. p. 3. gloss. 1. in fin. Asinius in praxi, §. 18. cap. 3. n. 3. Muscat. in praxi, lib. 1. p. 5. gloss. reservatis, ex n. 31. Afflictis in confit. si civi-liter agens, n. 14. vers. Decimo & ultimo nota, Tepatus in compendio variarum, tit. 15. versic. Quando quæſtio, Menoch. consil. 367. ex n. 1. lib. 4. qui alios allegat, adde eundem de arbitrar. lib. 2. centur. 2. caſu 167. per totum, & Amendolam ad Franch. decis. 513. n. 2. Nattam cons. 138. n. 28. tom. r. Paulum Castrenſ. cons. 281. n. 5. libr. 1. & iterum in l. qui prior 29. n. 3. in ultima oppositione, ff. de judiciis, Angelum ibidem, n. 2. circa fin. versic. Quandoque vertitur, Partianum de probat. libr. 1. cap. 58. n. 19. cum ſeqq. Bald. in Auth. habitæ n. 72. C. ne filius pro patre, & text. in cap. exhibita 19. de judiciis, tandem Bart. in l. ait Prætor 7. in princ. n. 5. ff. de minor. ubi ait, quod etiam si Jūdex ulterius procedat, & non pronunciet super exceptione emergenti, judicium non annullabitur, quod probat ex text. ibi, & in cap. ex p. 67. de appellat. Tametsi ego, ut verum fatear, non video, quomodo hæc Bartoli assertio ex prædictis textibus probetur, & contrarium videtur docere idem Bart. in l. 1. n. 7. & 8. C. de ordin. judicior.

19 Quando verò dicantur exceptiones probari incontinenti, & quod temporis spatium significetur per hanc vocem, incontinenti, diſſentient Doctores. Nam Bartol. in l. ultima, n. 5. ff. paſ ſuo, existimat, accipiendoium esse verbum, Incontinenti, in hoc caſu, ut dicitur in l. ſi is, à quo 3. in princ. ff. ut in poſſ. legator, ſi is, à quo ( ait Ulpianus ) ſatis petitur offerat cognitionem, & dicat, hodie conſtat de fideicommiſſo, hodie agatur, diendum eſt, ceſſare ſatiſfactionem. Itaque qui offert ſe velle incontinenti probare exceptionem, ſic ſe paratum oſtendere debet, hodie conſtat, hodie agatur. Fa-ciunt quæ tradit Natta consil. 152. n. 2. & consil. 153. ex n. 1. & Trivisanus d. decis. 2. n. 4. lib. 1. Baldus verò in l. cùm ſpecialis, ultima, n. 1. C. de judiciis, ait, fieri incontinenti, quod fit intra triduum, juxta textum ibi, & in l. ultim. C. de error. Advocat. ubi

notat, iterum n. 2. & in l. petens 27. n. 54. C. de paſt. & in l. 3. §. ibidem, n. 1. ff. ad exhibendum, & in l. 2. ante n. 1. C. de edicto D. Adrian. tollend. ubi non ſolū quod intra triduum fit, dicit fieri incontinenti, ſed etiam quod intra quinque dies, quod intra decem dies, quod intra duos menses.

20 Quid significet universim dictio, Incontinenti, in diversis juris articulis multi tractant, Menoch. de arbitrariis, lib. 2. renturia 1. caſu 7. caſu 9. 10. 11. 12. & 13. Augustin. Barbosa tract. de dictionibus uſu frequentibus, dictione 155. Argelius de acquirenda poſſeff. q. 2. per totam, latifimè, & ante illos Marianus Socinus in cap. 1. n. 9. versic. Glosſa ſuper, verb. Incontinenti, de mu-tuis petition. Et quod attinet ad præſentem articulum prædictus Argelius tangit art. 8. & 9. ibi: Imprimis cenſeri probatam incontinenti exceptionem, de qua conſtat per instrumentum producētum, ſimul cum libello rei, illam allegantis, ſentit Baldus in d. l. 2. n. 1. Pistor lib. 4. quæſt. juris, q. 10. n. 19. Menoch. de arbitrari. lib. 2. caſu 17. n. 8. Bernard. Pandus tract. de præſentatione, & executione instrument. 4. p. 10. declarat. n. 70. Colerus de processibus executivis 4. p. cap. 2. n. 23. Maranta d. tit. de exceptione, n. 16. Natta d. consil. 152. n. 2. & consil. 153. n. 4. At tamen hæc probatio incontinenti facta poſſit inturbidari ex replicatione actoris, ſi alleget falsitatem, vel dolum, aut metum interveniſſe in confectione instrumenti, non eſt ſine controverſia. Nam Argelius d. q. 2. art. 9. ex n. 1. contendit, ex replicatione actoris poſſe exceptionem, ita inturbidari, & difficilem reddi, ut rejicienda ſit ad merita cauſæ, & quamvis reſolvat diſcultatem ſub diſtincione ex n. 335. in hanc ſententiam magis inclinat, pro qua refert inter alios Vivium decis. 409. lib. 3. & eam planè am- plectitur Surdus consil. 252. ex n. 16. Afflict. verò decis. 63. quem ſequitur Muscatellus in praxi, lib. 1. p. 4. glosſa perjurii, n. 16. con-trarium affirmat decisum in S.C. quinimò probatam incontinenti per instrumentum exceptionem anomalam, non poſſe ex re-plicatione actoris inturbidari, ita ut ex ejus objectionibus videatur requiri re altiore in-

indaginem, & ad merita causæ reservari debet; sed dari debere brevem terminum ad probandum super replicatione, & interim causam principalem ulterius non procedere. Vide Surdum *ubi supra*, qui reprobatur Afflictum.

21 De jure communi sentiendum est, esse in Judicis arbitrio quoad præsentem casum, quomodo sit accipendum verbum, *Incontinenti*, & ei, qui offert se incontinenti probaturum allegatas exceptiones anomalas, quantum temporis sit indulgendum. Ita sentit Baldus *in d.l. 2. n. 1. in fin.* Felin. *in d. cap. exceptionem 12. n. 36. de exceptionibus*, cum multis, quos allegat, quos sequitur Menochius *de arbitrar. lib. 2. casu 19. n. 2. & casu 20. n. 3.* & latè de recuperand. possess. remedio primo, *n. 259.* & ibi rem tractat relat. omnium sententiis *ex num. 253.* Craveta *consil. 156. n. 17.* Tiraquell. *in l. si unquam, verb. Omnia, vel partem, n. 31. colum. 3.* C. de revoc. donat. Barbosa *ubi supra*, dictione *155. n. 11. & 12.* Scraderus *de feudis, tomo 1. 2.p. 9. partis, sect. 11. ex n. 43. & 52.* Muscat. *in praxi, lib. 1.p. 4. gloss. ulteriora, n. 4.* Pistor *lib. 4. quæst. juris, q. 10. n. 18. cum seqq.* Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. 5. n. 4.* Anton. Gomez *in l. 45. Tauri n. 145.* & apertè videtur probari ex text. *in l. 1. 6. item si ita, ff. ad l. Falcid. ibi, & quod dixi incontinenti, ita accipiendum est cum aliquo spatio.*

22 De jure Castellæ hoc spatium temporis, quod dicimus, *Incontinenti*, est spatium novem dierum, illorum videlicet eorumdem, qui conceduntur reo ad respondendum primo actoris libello, numerandorum à die intimationis ejusdem libelli, seu citationis, intra quos reus tenetur allegare exceptiones dilatorias, easque probare ante litis contestationem, quæ finita hac prima dilatione, præcisè facienda est, aut habetur pro facta, juxta *l. 1. tit. 4. l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop.* & sic lis, finito hoc termino manet contestata. Datur autem reo alias terminus viginti dierum numerandorum à lapsu prædictorum primorum novem dierum ad allegandas omnes exceptiones sibi competentes anomalas, præjudiciales, &

peremptorias, post litem jam contestatam, ut sentit Gregorius *in l. 10. tit. 3. p. 3. gloss.* *1. in fin.* Azevedus *in d. l. 1. n. 32. & 33. tit. 5. lib. 4. Recop.* Hoc tamen limitandum credit Gregorius, quando exceptiones impediennes litis ingressum non constat incontinenti, aut offertur eorum probatio incontinenti, idest, intra illos primos novem dies, alioqui si de ipsis incontinenti constaret, impediendam esse litis contestationem, & ulterius non procedendum, sit concordans prædictam *l. 10. tit. 3. cum l. 5. tit. 10. eadem part. 3.* quæ sine ista conciliatione sibi apertè repugnarent. Quam eandem concordiam amplectuntur Molina *de primogen. lib. 4. cap. 9. ex n. 39. ad 42.* Azeved. *in d.l. 1. n. 33. 34. & 46. tit. 5. lib. 4. Recopil.* & Villalobos *ad Olanum in concordia antinomiarum juris communis, & Regii, litt. E. n. 16.* Ex qua manifestè infertur, illam *l. 1. tit. 4. lib. 4. Recop.* quatenus comprehendit exceptiones præjudiciales, & anomalas, loqui de illis, quæ requirunt altiorem indaginem solum, non de illis, quæ in promptu constant, quæ possunt allegari, & probari in termino illorum primorum novem dierum ante litis contestationem, quemadmodum & declinatoria, probataeque impedient processum ad ulterioria.

23 Et quoniam meminit illa lex de exceptionibus præjudicialibus, quas in tota hac disputatione non commemoravimus, sciendum est, illas contineri in genere dilatoriarum, & quænam illæ sint, curque sic vocentur, vide Marantam *in praxi, p. 4. dist. 20. ex n. 1.* Azevedum *in d.l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. n. 45.* Didacum Perez *in l. 1. tit. 8. libr. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1007. §. præjudiciales.* Animadvertisit tamen Maranta *d. dist. 20. n. 29. & Muscatellus in praxi, lib. 1. p. 4. glossa, & similia, n. 12.* exceptiones præjudiciales in Regno Neapolitano esse sublatas per Constit. Si civiliter agens, ut ibidem notavit Afflictis *ex n. 7. versic. Sexto nota,* & Aloisius de Leo *in l. 1. ex n. 5. C. de ordin. judicior.* Verùm (ut eo redeamus à quo digressi sumus) Author additionum *ad Molinam de primog. lib. 4. cap. 9. ad n. 40.* usque ad 43. agens de recentiori practica

Regni Castellæ, subjungit. *Hodie verò similes exceptiones dilatoria, quæ litis ingressum impediunt, de stilo cum causa principali terminantur, & usque ad illud tempus reseruantur, quamvis prædictæ exceptiones in promptu sint, & liquide, & ita in praxi sapienter receptum vidimus.* Aliquando verò si exceptio dilatoria, quæ impedit litis ingressum magni ponderis est, de eaque liquet aperte, solet prius de ea cognosci, prout in exceptione transactionis rerum majoratus, & in exceptione rei judicata fuisse obtentum testamur. Hucusque additio. Quæ ut obviter id notemus, impropriè loquitur, & deviat à terminis Jurisconsultorum, dum exceptiones anomalas, dilatorias vocat, scilicet exceptionem transactio- nis, & rei judicatae. Aliud enim est opponi posse in vim dilatoriarum, aliud esse dilatorias, istas enim exceptiones potius inter peremptorias, quām inter dilatorias enumerant Doctores. Ego non recederem à sententia Gregorii, & Molinæ, quæ con sonat cum jure communi, & practicorum communi opinione, & doctrina.

24 De jure verò Neapolitano, Mar- ta in praxi, p. 6. tit. de exception. n. 16. quem sequitur Muscatellus in praxi, libr. I. p. 4. glossa ulteriora, n. 5. sentit verbum, *Inconti- nenti*, quoad præsentem articulum, in Regno Neapolitano accipi debere pro termino quinque dierum, quem *Pragmat. comparente* 5. de ordine judicior. statuit dum decernit, exceptiones impedientes litis ingressum proponi debere intra tres dies numerandos ab intimatione libelli actoris: probandas verò esse intra quinque dies immediatè sequentes, alias intelligi ad merita causæ reservatas. Verùm est, eundem Muscatellum tam ubi supra, quām in glossa termin. sequent. n. 3. animadvertisse, dictam *Pragm. comparente* 5. quoad terminum opponendi exceptiones impedientes litis ingressum: non reservari in practica; sed usum conformasse se juri communi. Sed Rovitus in eadem pragmat. n. 11. significat, non solum servari, sed impositam esse poenam Advocatis, nisi illam servaverint. Quoad terminum verò quinque dierum assignatorum à dicta pragmatica pro proba-

tione prædictarum exceptionum, quomo do sit intelligenda, & practicanda, docet Afflictis in constit. Exceptione filiationis in princ.

25 Quando autem, & quæ exceptiones requirant altiorem indaginem, verius est Judici esse arbitrium, ut sentiunt Romanus consil. 244. n. 6. in fin. Barthol. Socinus consil. 59. n. 2. vol. 3. Felinus in cap. cùm contingat 36. n. 18. vers. 2. fallit de of- fice. & potest. judic. delegat. Rebuffus in Con- stit. Galliae tom. 3. tit. de materiis possessoriis, art. 7. glossa unic. n. 15. Asinius in praxi ju- dicior. §. 18. cap. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 20. n. 3. Salgado de Regia Protect. 2. p. cap. 18. n. 47. 48. 64. & 65. Paz de te- nuta cap. 38. n. 26. Rota diversorum, decis. 619. n. 2. 1. p. Castillo decis. 124. n. 10. lib. 2. Etenim cùm in hac re nulla sit juris ex pressa determinatio, Judicis arbitrio relin quatur, necesse est.

26 Quomodo verò sit opponenda excep- tio anomala, quando objicitur tanquam dilatoria, quomodo tanquam peremptoria, & ex quibus verbis cognoscatur uno, vel alio modo opposita? Bart. in l. ultima, ff. pro suo, ait, si opponatur exceptio anomala (& loquitur de præscriptione) ad pro cessum, ut si dicat reus, actorem non esse audiendum, vel agere non posse, vel litem contestandam non posse, quia actor caret actione, tunc opponitur in vim dilatoria. Si verò opponatur ad justitiam causæ, ut si dicat reus, actorem jus non habere, vel se absolvı debere, quia solvit, vel præscrip sit, vel quia actio est perempta, tunc op ponitur in vim peremptoria, Maranta in praxi, p. 6. d. tit. de exception. n. 13. post Baldum, & Alex. dicit, cùm istæ exceptiones opponuntur ante litis contestationem, opponi in vim dilatoriæ; cùm verò post litis contestationem, opponi tanquam peremptorias, idem dixit Paz in prax. 1. tom. 1. p. septimo tempor. n. 3. & 4. Muscatello in praxi, libr. I. p. 4. glossa ulteriora, n. 7. & 8. displicet uterque modo declarandi, & ait, exceptiones anomalas quandcumque oppositas, si sint claræ, & liquidæ, videri oppositas in vim dilatoriæ; si verò requi- rant

rant altiorem indaginem, in vim pereemptoriā. Sed hic explicandi modus non placet, quia aliud est, quod intendit litigator, aliud quod Judex pronunciat, neque semper hoc est unum, & idem. Quamvis ergo Judex tunc admittat exceptionem anomalam in vim dilatoriæ, cùm de illa clare constat in initio litis, tunc in vim peremptoriæ, cùm requirit altiorem indaginem, non idem sentiendum erit, cùm reus eam proponit, qui fortassis tunc illam objicit in vim dilatoriā, cùm requirit altiorem indaginem, etiamsi non obtineat quod intendit. Deinde quoniam exceptio anomala proposita post litis contestationem, non videtur opponi in vim dilatoriæ, cùm non possit litis contestationem jam factam, & ingressum litis impedire. Ego existimo, cautiorem esse praxim modernam, qua utitur Paz d. 7. temp. n. 6. in forma libelli, quo reus objicit exceptiones anomalas, ut videlicet reus in eodem libello expressè dicat, se objicere exceptiones in vim dilatoriū, vel peremptoriū, prout melius de jure locum habuerit, ad impediendum etiam litis ingressum, & progressum. Quomodo oppositī, non poterit dubitari, an in vim dilatoriū, an in vim peremptoriū fuerint objecta.

27 Illud videtur notatione dignum, inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis acceptilationis, præscriptionis, tua non interest, & si quæ sunt aliæ, quæ significant, actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est, perempta actione agere. Nam sine actione nemo permittendus est experiri in judicio, & reum vexare, l. si pupilli, 6. §. Videamus, ubi glossa verb. Non habuerit ff. de negot. gest. l. si quid 34. §. illud, ff. de petit. bared. l. quoties 10. §. item si temporali, ff. de administ. tut. l. tutores, qui 40. ff. eod. tit. gloss. in cap. constitutis 47. verb. Quo jure, de elect. & tetigi supra, disp. præced. n. 27. De exceptione præscriptionis sentit, Bart. in l. ultim. n. 3. ff. pro suo, Afflict. decis. 52. Padilla in l. fratrīs 10. n. 4. C. de transact. Trentacinq. variar. resolut. lib. 2. tit. de exception. resol. 3. De exceptione so-

lutionis, acceptilationis, & de qualibet alia, per quam concluditur, actori actionem non competere, idem Bart. in l. cùm quærebatur 13. n. 3. ff. judicat. solvi. Marcus Ant. Blanckus tractat. de exceptionibus impedientibus litis ingressum (quem inferuit in tract. de compromissis) n. 49. & 50. & sub tit. 4. ex actionis defectu, ex n. 91. Surd. cons. 252. n. 1. & 4. lib. 2.

28 Illud deinde oportet adnotare, Afflict. in Conſt. Exceptione filiationis, n. 8. quem sequitur Muscatellus in praxi, lib. 1. p. 5. gloss. reservatis, n. 27. & 28. animadvertisse, versari discrimen inter duas formas pronunciandi super reservatione exceptionum. Nam aliud est reservare exceptiones ad merita causæ, vel processus: aliud reservare ad finem judicii, seu ad tempus ferendæ sententiæ diffinitivæ. Nam pronuntiatio facta primo modo cùm habet effectum, ut facta publicatione in causa, primus actus, qui debet expediri parte petente est, utrum exceptiones reservatae obstant. Quando verò reservantur in finem causæ, seu tempus sententiæ, tunc examinantur in fine causæ prædictæ exceptiones, & si constiterit eo tempore exceptiones obstat, totus processus redditur nullus. Nam, ut recte docet Baldus cons. 96. decretō cavetur, n.

4. volum. i. reservare exceptiones non est aliud, nisi reservare effectum ipsarum, l. si fidejussor. 7. in principio, ff. qui satisfare cogant. Effectus autem earum erat impediare litis contestationem, & processum causæ, unde cùm ex post facto appareat, litem non debuisse contestari, neque in causa procedi, per consequens constat, quidquid factum est, non esse ritè, & rectè factum, quia contestatio non ritè facta pro nulla habetur, Auth. offeratur, in fin. C. de Litis contestat. & quivis actus non ritè factus, censetur non factus, l. quoties vitiōsè 6. ff. qui satisfare cogant. Idem docent Bart. in l. ille à quo 13. §. si de testamento, n. 5. Angel. n. 2. ff. ad Trebell. Jason in §. Præterea, n. 58. inst. de action. ubi alios allegat, Maranta in prax. p. 6. d. tit. de exceptione, n. 15. Giurba decis. 21. n. 5. qui limitat n. 7. Trivisanus decis. 2. n. 7. & 8. lib. 1. Salgado de Regia Protect.

text. p. 2. cap. 18. n. 59. & 66. Muscat. in prax. lib. 1. p. 5. gloss. reservatis, n. 26.

29 Sed occurrit difficultas, an reservatis prædictis exceptionibus in tempus sententiae, debeat Judex in sententia de illis facere mentionem, aut ante sententiam super illis specificè interloqui, & an earum omissione vitiet sententiam? Respondendum est cum distinctione, nam aut reus instat, decidi exceptiones reservatas, aut non instat. Primo casu sententia lata, non decisis exceptionibus reservatis erit nulla. Secundo vero casu erit valida, sic resolvit Trivisan. *decis. 2. n. 8. cum sequentibus, lib. 1. Giurba d. decis. 21. n. 9. & 12. cum sequentibus, Salgado de Regia Protectione vi oppressorum 2.p. cap. 18. ex n. 61.* Quoad primum casum resolutio videtur probari, ex *l. de qua re 74. in principio, ff. de judiciis.* Certè isti Doctores non probant, sed quasi certam deglutiunt. Quoad secundum casum resolutio ex eo probatur, quia reus dum patitur Judicem ad sententiam procedere, & non infat decidi exceptionem reservatam, videtur illi renunciasse, juxta tradita à Decio in *l. res judicata 208. n. 4. ff. de regulis juris, Craveta consil. 140. n. 4. Afinio in praxi, §. 19. cap. 5. limitat. 12. Montero decis. 12. n. 56.* Cancer variarum resolut. p. 1. cap. 20. ex n. 20. & 21. & p. 3. cap. 17. n. 23. Gonzalez in regul. 8. Cancell. gloss. 66. ex n. 38. Caesar Barzio decis. 154. ex n. 8. Nam omnia, quæ in jure disponuntur in favorem alicuius, intelligenda sunt habere locum parte petente, & opponente, non secus, ut dixi cum multis priore titulo, *disputat. 2. quæst. 7. sect. 1. n. 797.* & præter eos tradunt Rodericus Suarez in *l. quoniam in prioribus, ampliatione 10. n. 2. C. de inofficio testamento, Franchis 487. n. 9.* qui multos allegat.

30 Ego multum dubito de resolutione primi casus, quinimo crederem, validam esse Judicis sententiam, qui specificè non pronunciaverit super exceptione reservata, etiamsi pars petierit, & instet pro specifica determinatione; sed solùm causam determinaverit prolata diffinitiva sententia super principali negotio. Quæ videtur esse sententia Muscatelli in praxi, lib. 1. 5. p. d.

*gloss. reservatis, n. 42. imò vero & Bartoli in l. 1. n. 6. 7. & 8. C. de ordin. judicior. & in l. à procedente, n. 3. 4. & 5. C. de dilation. Baldi in d. l. 1. ex num. 11. Pauli ibidem, n. 8. & 9. & Angeli in l. quoniam, n. 1. verific. Attende tamen, C. ad l. ful. de adulter. Menochii de arbitrar. lib. 2. centur. 2. cas. 167. exn. 4. Et ratio est, quoniam dum Judex pronunciat super principali, non est necessarium commemorare expressè exceptionem oppositam, illam reprobando per ipsam sententiam, ut illam videatur rejisse, sed sat est pronunciare super principali, nam sic etiam censetur tacitè pronunciasse super exceptione, dummodo de illa plenè cognoverit, & tunc ex sententia oritur exceptio rei judicatæ adversus prædictam exceptionem, ut multis confirmat, & probat Gratianus disceptat. forens. tom. 3. cap. 945. ex n. 13. Pacianus de probationibus lib. 1. cap. 58. ex n. 63 Farinac. in praxi, quæstione 100. cap. 2. n. 89. & 90. Afflictis in Confit. Si civiliter agens, n. 11. ubi limitat Rubric. 20. lib. 2. Et de isto articulo, an sentencia lata in principali præjudicet incidenti, vide Angel. Aretin. in §. præjudiciales, n. 1. instit. de action. Jasonem ibi, n. 26. Cum igitur Judex tacitè videatur pronunciasse, processus non vitiabitur, ut docuit Bart. in d. l. à procedente, n. 4. & in d. l. 1. n. 8. ubi expressè loquutus de exceptione transactionis rei judicatæ, & juris jurandi, ait, si opponantur in vim dilatoriam, & tanquam emergentes, esse de illis pronunciandum, si vero in vim peremptoriam, & tanquam incidentes; satis esse pronunciare super principali, proponens vero quæstionem, an omissione pronunciationis super emergenti exceptione vitiet processum, remittit se ad dicta in prædicta l. à procedente, ubi, ut modo diximus, docet, non vitiare processum prædictam omissionem, cum Judex, qui de exceptione emergente cognoverit, per processum ad ultiora videatur tacitè super illa pronunciare, eam rejiciendo. Idem docet Baldus in l. cum civili 3. n. 2. C. de ordin. judicior. & Paul. de Castro in l. qui prior 29. n. 3. in ult. opposit. ff. de judiciis. A qua regula Paul. de Castro in d. l. 1. n. 8. & 9. solum*

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

63

Biblioteca de Ciències Socials

lum excipit exceptionem dilatoriam incompetentiæ Judicis, super qua dicit expressè prænunciandum, ut latius diximus hac eadem disput. n. 8. & vide quæ dicemus tit. 3. sequenti, disput. 17. n. 8.

## SUMMA DISPUTATIONIS SEXTÆ.

- 1 **D**istinguuntur tres diversi casus.
- 2 Non potest quis simul agere actione civili, & criminali, sed quando uni, & eidem competunt debet eligere, qua agat.
- 3 Finito judicio civili potest actor intentare criminale.
- 4 Quando actor agit civiliter, & reus accusat, supersedendum est in judicio civili, & tractandum de criminali.
- 5 Hujus regula novem ampliationes remissive.
- 6 In causa præjudiciali prius est procedendum.
- 7 Quid sit, causam esse præjudiciale alteri.
- 8 Causa præjudicialis est quando tractatur de statu persona.
- 9 Causa civilis præjudicialis facit silere criminalem.
- 10 Causa major facit supersedere in minori.
- 11 Quando possit accusatus recusare, remissive.
- 12 Reo accusato de diversis criminibus majori, & minori, ob majorem accusationem non supersedetur in minori.
- 13 Si reus accuset actorem civilem de falsitate instrumenti, supersedetur in causa civili, donec de criminali cognoscatur.
- 14 Idem si reus accuset actorem, vel testes de falso, vel subordinatione.
- 15 Si reus criminis proponat accusationem falsitatis contra accusatorem, & testes ejus, supersedendum est in causa principali, & procedendum in incidenti, & quomodo id procedat, ibidem.
- 16 Criminaliter accusatus non potest reconvenire civiliter suum accusatorem.
- 17 Accusatus non potest simul conveniri civiliter à suo accusatore.
- 18 Contra tamen sentit Decius.
- 19 Tunc supersedetur in causa civili durante criminali, cum interest conveni, secus si non interfit.
- 20 In causa civili supersedetur, quando crimi-
- nalis est illi præjudicialis, ex sententia querundam, non aliâs.
- 21 Contraria sententia, ut supersedeatur, etiam si non sit præjudicialis, est communis.
- 22 Magis operatur pendentia processus quoad supersessionem, quam sententia lata.
- 23 Sententia posterior est juri conformior, prima verò magis ad usum accommodata.
- 24 Causa criminalis facit supersedere civilem quoad sententiam, non quoad prosequitionem processus.
- 25 Quando causa criminalis proposita fuerit cum dolo, & malitia, non supersedetur in causa civili.
- 26 Quando accusator fuit negligens in accusando, non supersedetur in causa civili.
- 27 Quando dicatur quis fuisse negligens in accusando, & nimium se arctasse, & n. 28. 29. & 30.
- 31 Quando dilatio proponendi accusationem accedit, sine culpa accusatoris, ei non imputatur.
- 32 Proposita accusatione falsitatis contra actorem, & testes, supersedetur in causa civili, secus si proponatur solum contra testes, non contra prudcentem.
- 33 Contraria querundam sententia.
- 34 Cum iudex procedit ex officio contra reum, & dubitat, an testes sint falsi, & procedit contra eos, poterit supersedere in principali inquisitione.
- 35 Tunc supersedetur in causa prius mota, cum tota vis causæ consistit in testibus, vel instrumentis accusatis de falso, secus si non consistat.
- 36 Tunc supersedetur in causa primum mota, cum intentatur nova per eundem reum conventum, secus si intentaretur ab aliquo tertio.
- 37 Causa criminalis non facit suspendere civilem possessori.
- 38 Sed id non procedit de jure Neapolitano.
- 39 Quid servandum in causis propositis coram eodem, aut diversis iudicibus æqualibus, aut inæqualibus.
- 40 De jure Neapolitano actiones prædictales simul procedunt, & in eo omnia prædictalia sunt sublata.
- 41 In Regno si reus falsitatis obtineat primam sen-

- sententiam, tenetur præstare fidejussoriam cautionem in casu succumbentia in processu falsitatis.*
- 42 *Quando iudiciei constat aperte de falsitate, etiam in Regno iudex supersedere debet in causa principaliter intenta civiliter.*
- 43 *Causa criminali finita, potest actor prosequi actionem civilem.*
- 44 *Sublimitatur prædicta limitatio.*
- 45 *Causa civilis non supersedetur ob objectum exceptionis criminalis.*
- 46 *Sententia quorundam contraria, & conciliatio, remissione.*

gratia, fingamus, actorem petere legatum ex testamento, vel codicillis, aut domum donatam ex instrumento donationis: reum verò insurgere contra actorem, accusando illum de falsitate testamenti, vel donationis, quæ accusatio cognata est prædictæ actioni, per actorem propositæ, vel accusat actorem de homicio, vel læsa Majestate, aut de alio delicto, quod cum actione proposita nullam habet connexionem. Et hic est secundus casus, de quo agit de jure communī text. in l. ultima, C. de ordin. iudicior. & de jure Regni Neapolitani Const. Si civiliter agens, lib. 2. sub Rubrica 20. Secundo modo potest accidere, ut reus non proponat contra actorem accusationem criminalem principaliter, sed objiciat per modum exceptionis crimen, quod obstat ejus intentioni. Verbi gratia, demus, actorem petere centum aureos sibi debitos causa mutui ex instrumento in actis præsentato; reum verò excipere, instrumentum esse falsum, vel contractum usurarium. Et hic est tertius casus, de quo tractat text. in l. cum civili 3. C. de ordine iudicior. De istis tribus casibus hoc loco à nobis agendum est, declarandumque, an, & quatenus in illis criminalitas impedit prosecutionem iudicii civilis, quæ existimatur materia subtilis, difficilis, & implicata, & nimis confusa tractatur à multis.

2 Primo igitur casu, quando ex eodem facto oritur actio civilis, & criminalis in favorem unius, & ejusdem actoris, actor potest ab initio eligere, qua agere velit, non enim potest simul duabus uti, verum si eligit actionem civilem, non potest postea cumulare actionem criminalem, aut si intentavit criminalem, non potest postea intentare civilem: durante, inquam, primo iudicio, & non finito, & hæc conclusio habenda est pro regula. Quæ probatur in l. 2. §. hoc editio, ff. vi bonorum raptor. l. interdum 4. ff. de public. judic. l. ex morte 3. juncta glossa ibi, C. ad l. Aquil. & in l. ultima, C. ad l. Cornel. de fals. & in l. 1. C. ad l. Flav. de plagiari. & expresso textu in l. unica, C. quando civilis aet. crimin. præjudic. Eam statuunt Bart. in d. l. Prætor 2. §. hoc editio, in princ. ff.

## DISPUTATIO VI.

Utrum in concursu actionis civilis, & criminalis in iudicio una præjudicet alteri, & quænam sit prius exercenda, & inter causas civilem, & criminalem, quænam sit prius expedienda?

1 Pro explicatione hujus disputatio-  
nis tres casus principales distin-  
guendi sunt. Primus est, quando una, &  
eadem persona prius proponit actionem ci-  
vilem, & postea vult proponere crimi-  
nalem, aut è contra, prius criminalem, postea  
civilem, vel simul vult proponere actionem  
civilem, & criminalem, easque cumulare,  
cùm videlicet ex eodem facto oriuntur duæ  
actiones in favorem unius, & ejusdem per-  
sonæ: ut oriuntur ex eodem furto conditio  
furtiva, quæ est actio civilis ad recuperan-  
dam rem furtivam, & actio furti ad poe-  
nam pro furto stabilitam, l. ultim. ff. de pri-  
vat. delict. Et de hoc casu agit text. in l.  
unica, C. quando civilis actio crimin. præjudicet.  
Secundò potest contingere, ut civilis  
actio, & criminalis non proponatur ab una,  
& eadem persona, sed diversis, videlicet  
ut actor intentet actionem civilem, reus  
verò crimen objiciat actori, quod duobus  
modis potest contingere. Primo cùm pro-  
ponente actore actionem civilem, reus pro-  
poneret contra actorem accusationem cri-  
minalem principaliter, concernentem idem  
iudicium prius intentatum, vel non con-  
cernentem, sed penitus separatam. Verbi

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

65

*ff. vi bonorum rapt. & in d.l.unica, n. 3.4. & 5. C. quando civilis act. crim. præjudic. ubi gloss. i. & in verb. Utraque, Albericus ibi, n. 11. Cynus n. 5.6. & 7. Angelus n. 1. Salic. ex n. 3. & n. 8. Scribentes in l. edita 3. C. de edend. ubi Cynus n. 16. vers. Tertium genus est, & verfic. In tertio genere, Bart. n. 16. & 19. Roman. n. 140. Vicomercatus n. 120. & 146. Corneus n. 30. Gozadin. n. 22. Butigella n. 71. Julius Clarus lib. 5. sent. §. fin. q. 2. ex n. 1. Thesaurus decis. 18. ex n. 3. Lancellotus de attentat. 2.p. cap. 4. limitat. 23. n. 24. Maranta in praxi, 4.p. distinet. 1. n. 19. Antonius Gomez tom. 3. variar. cap. 1. n. 11. & cap. 5. n. 4. vers. Confirmatur, & verfic. Unum tamen est, Paz in praxi, tom. 1. 5.p. cap. 3. in princip. n. 31. & 32. Fachin. controv. juris, lib. 9. cap. 2. vers. Primus casus, Bossius tract. crim. tit. de foro compet. n. 122. & tit. de pluribus violentiis, n. 113. Natta cons. 138. n. 1. tom. 1. & consil. 407. n. 14. tom. 2. Thuscus litt. C. concl. 1087. n. 9. & 10. cum seqq. ubi tamen confundit multos casus, & conclus. 1095. n. 2. Riccius collect. 409. Muscatellus in praxi, lib. 1. p. 3. gloss. actorem, ex n. 36. Farinac. decis. 201. criminali, ex n. 1. vol. 2. quæ est apud Coccinum decis. 123. & omnium optimè idem Farin. in praxi crim. q. 100. cap. 3. ex n. 123. qui latissimè prosequitur, & prædictam regulam illustrat tribus ampliationibus, & duodecim limitationibus; illam autem non universim procedere, sed quandoque esse limitandam adnotavit Cujacius observat. lib. 20. cap. 25. & 26.*

3 Dux durante primo judicio, & non finito, quoniam finito primo judicio civili, potest actor intentare judicium criminale: & è contra, finito criminali judicio primum intentato potest intentare judicium civile. Ita probat textus in l. damus licentiam 23. in principio ff. ad l. Cornel. de fals. & in l. 1. C. ad l. Flav. de plagiari. & in l. quoniam civili 4. C. de ordin. judicior. ubi Cynus in verfic. Secundo queritur, & text. in d. l. unica, C. quando civilis actio, qui hujus casus adducit sex exempla, & ibi glossa ultima, & Doctores latissimè prosequuntur. Tradunt Bart. in d. l. interdum 4. Albericus n. 2. & 3. Angelus Tom. II.

*n. 1. ff. de public. judiciis, Joannes Faber. in l. 1. n. 1. Paulus de Castro n. 2. C. de appellat. Bossius tractat. crim. tit. de pluribus violentiis, d. n. 113. Jul. Clarus lib. 5. sentent §. fin. d. quæst. 2. n. 7. Farin. d. quæst. 100. n. 157. ubi n. 158. post Bossium animadvertisit, non dici finitum judicium, nisi lata sententia in rem judicatam transitum fecerit, & sit mandata executioni, & condemnatio exacta.*

4 Secundo casu principali, quando actor agit civiliter, reus verò postea proponit principaliter contra actorem accusacionem criminalem, dicendum est, causam criminalem principaliter intentatam efficeret, ut supersedendum sit in causa civili prius cœpta, silere debeat judicium civile, donec tractatur de criminali, & quousque illud finiatur. Idque ob duas rationes. Primo ratione præjudicii. Secundò ratione majoritatis. Nam causa criminalis major est civili. Et hæc resolutio habenda est pro regularia. Eam probat aperte text. in l. quoniam civili, ultima, C. de ordin. judicior. quæ ita habet. Quoniam civili disceptatione intermissa sapè fit, ut prius de crimine judicetur, quod (ut potè majus) meritò minori præfertur, ex quo criminalis quæstio quocumque modo cessaverit, oportet civilem causam velut ex integrō in judicium deductam distingui, ut finis criminalis negotii ex eo die, quo fuerit lata sententia initium civili questioni tribuat, ubi glossa verb. Sapè fit, vers. Item hic erant, Cinus, Bart. Alber. Angel. Bald. n. 1. Salic. n. 1. Paulus n. 1. Fulgos. in princ. & n. 1. qui text. est canonizatus post cap. non est credendum 3. §. civili q. 3. q. 11. Idem probat text. notatu dignus in l. adulterii 33. C. ad l. Jul. de adult. & text. in l. per minorem 54. ubi notant omnes, & præsertim Paulus ex n. 1. & n. 5. & in l. qui prior 29. ff. de judic. item gloss. in l. cum civili 3. verb. Tempore, C. de ordin. judic. & ibi notat Bart. in prima opposit. Salicetus item in prima opposit. idem Cynus in l. unica, n. 1. C. quando civil. actio crimin. præjudicet, ubi etiam Albericus n. 1. iterum Cynus in l. 1. n. 17. C. qui accusat. non pos. Vicomercatus in repet. l. edita, n. 125. C. de edend. Ancharr. cons. 62. n. 1. in fin. cum

n. 2. 3. & 4. Afflictis in Constit. Si civiliter agens, n. 1. lib. 2. Rubr. 20. & decis. 103. n. 2. & decis. 229. n. 1. & 3. Julius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. q. 2. n. 4. & ad eum Bajard. Capic. decis. 25. n. 1. Grammat. decis. 60. n. 23. & 24. Merlin. decis. 51. num. 1. & 2. Hieron. de Laurentiis decis. 10. ex n. 3. Mastrill. decis. 220. n. 1. Cæsar de Grass. decis. 92. alias decis. 3. de except. n. 1. Puteus decis. 93. agebat Alex. n. 1. lib. 1. Farinacius in praxi crim. q. 100. cap. 2. n. 59. & cons. 199. ex n. 1. & ex n. 14. lib. 3. Thuscus litt. C. concl. 1087. n. 1. & n. 9. cum seqq. Azevedus in l. 2. n. 57. tit. 10. lib. 7. Recop. Trentacinq. variar. resol. libr. 1. tit. de judiciis, resol. 7. ex n. 1. Muscat. in praxi, lib. 1. p. 3. gloss. actorem, n. 28. Mastrillus decis. 220. n. 1. Faber. diffinit. 1. tit. 18. lib. 9. Cod.

5 Hujus regulæ novem ampliationes congesit Farinac. d. q. 100. cap. 2. ex n. 60. quæ à nobis erunt breviter percurrendæ, ne quid, quod ad hanc rem satis implicata attinet, desiderari possit.

6 Amplia primò prædictam regulam, & illam declara, ut procedat absque dubio, cùm causa criminalis est præjudicialis civili, vel cùm se non compatiuntur, vel cùm absorbet civilem, vel cùm est exclusiva juris agentis civiliter, quibus diversis modis significatur à Doctoribus præjudicialitas causarum inter se. Hoc enim casu concurrentibus duabus quæstionibus, & causis, sive una sit civilis, & alia criminalis, sive ambæ civiles, sive ambæ criminales, si una sit præjudicialis alteri, procedendum est in ea, quæ est præjudicialis, & in alia superedendum, juxta communem Doctorum sententiam. Ita sentit Cynus in l. 1. n. 15. versic. Præterea quotiescumque, & n. 17. C. qui accus. non poss. Angelus in l. qui prior 29. n. 2. ff. de judiciis, Ancharr. consil. 62. n. 1. Craveta consil. 280. n. 1. & 2. Natta consil. 138. n. 1. & n. 24. vers. Reddetur etiam, tom. 1. Hieronymus Giacharus ad ful. Clar. lib. 5. sentent. §. fin. q. 1. n. 1. ad verbum, Civilis, vel criminalis, Lancellotus de attentatis, p. 2. cap. 4. limit. 23. n. 21. cum seqq. Puteus decis. 93. Agebat Alexander n. 1. lib. 1. Farin. d. q. 100. n. 60. Pacianus de probatio-

nibus, libr. 1. cap. 58. numer. 73.

7 Quando verò una causa dicatur alteri præjudicialis, explicant Doctores afferendo diversa exempla causarum, quod idem fecit Imperator in §. præjudiciales, instit. de actionibus, sed non tradunt definitionem causarum præjudicialium. Non inepte autem definiretur causa præjudicialis sic. Præjudicialis causa illa est, quæ ex natura sua postulat, ut prius de illa judicetur in concursu aliarum. Hæc enim definitio omnia exempla comprehendit, & omnibus adaptari potest. Et planè videtur tradi à Balduino in d. §. præjudiciales, n. 1. & 2. instit. de action. & colligitur ex traditis ibidem à Jafone ex n. 1. & Angelo Aretno n. 3. 9. & 10. Joann. Fabro n. 3. & 9. Gomez n. 1. Calvino in lexico, verbo, Præjudiciales actiones, & verbo, Præjudicium 1. 2. 4. & 5. Exempla afferuntur in d. §. Præjudiciales, & à Paulo Castrensi. in l. per minorem 54. ex n. 2. ff. de judiciis, & consil. 267. in facto, n. 3. vol. 1. à Craveta d. consil. 280. n. 1. & 2. & Farin. d. q. 100. ex n. 78. n. 84. & ex n. 128. Et ut accedamus ad species, & exempla, illa causa est alteri præjudicialis, in qua sententia lata parit præjudicium in alias; ita ut prima definita, amplius in alia procedi non possit, quia illam absorbet, & silere facit, & totum jus illius tollit, & excludit. Verbi gratia, si agenti petitione hæreditatis moveatur quæstio libertatis, prius tractatur causa libertatis, & interim filet judicium petitionis hæreditatis; quia lata sententia super libertate declarante eum, qui hæreditatem petit, liberum non esse, parit præjudicium in causa hæreditatis, cùm non possit esse hæres, nisi sit liber, l. si quis libertatem 7. ff. de petit. hæredit. liber 8. C. eod. tit. Item, agit quis tanquam hæres petitione hæreditatis, contra ipsum verò agitur, quod prohibuerit defunctum testari, & ob id privandus veniat hæreditate; prius cognosci debet de ista prohibitione testandi, & interim silere judicium petitionis hæreditatis, ratione præjudicii, nam si constet de petitione testandi, frustra tractabitur de petitione hæreditatis, l. 1. & 2. C. si quis aliquem testar. prohib. Item,

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

67

si quis agat ex testamento, vel instrumento donationis, contra verò adversarius accuset actorem de falsitate testamenti, vel instrumenti donationis, causa falsitatis erit præjudicialis, ut in l. si testamentum 6. ff. de petit. hæred. ubi notat Bart. in sumario. Alio modo dicitur præjudicialis causa criminalis comparatione civilis, videlicet ob majoritatem, major enim est causa criminalis causa civili, & ob id prius tractanda, ut notant Doctores in l. qui prior 29. & in l. per minorem 54. ff. de judiciis, & apertè docet text. in d.l. quoniam civili 4. C. de ordin. judicior. ibi: Petrus de crimine judicetur, quod ut potè majus, meritò minori præfertur. Et ob eandem rationem idem fit in aliis causis, quæ ob auctoritatem majorem, & præminentiam minoribus præferuntur, & eas sillere faciunt, ut in l. ult. C. de petit. hæredit. & in l. 3. §. cùm extaret, ff. de Carbonian. edict. notat Ancharr. d. consil. 62. n. 3. & Paulo de Castro in d.l. per minorem, n. 2. explicans, qualiter una causa dicatur major altera, ait, omnia exempla Glossæ eò tendere, ut una causa tunc dicatur major altera, quando se invicem contingunt, & una est alteri præjudicialis, quasi majoritas non sit aliud, quam prioritas, & prælatio, quoad ordinem, nam potior, & major videtur ea causa, quæ ex natura sua petit, ut præcedere debeat. Tribus autem modis docet, præjudicialitatem causarum posse contingere. Primò, quando una est universalis, ut petatio hæreditatis; altera particularis, ut petatio certæ rei hæreditatis. Secundò, quando una est causa status, alia pecuniaria, quod inferius magis declarabimus. Tertiò, quando una est de re principali, ut de dominio rei, altera de accessionibus, ut de fructibus, vel servitute. Adjicit ibidem Paulus n. 5. 6. & 7. alios modos, quibus una causa dicitur major altera, etiamsi se invicem non contingat. Primò, quando una causa est civilis de una re: altera est criminalis de altera, nam criminalis dicitur major, scilicet majoris præjudicij: & ita intellegit d.l. ult. C. de ord. judicior. Item ratione ordinis potest esse major, ut in l. ut debitum 5. C. de hæredit. action. & in petitorio, &

Terci. II.

possessorio, ut in l. si de vi 37. ff. de judiciis, & in l. 1. C. de appellat. Vicomercatus autem in recept. l. edita, n. 125. C. de edendo, ad quatuor modos reducit majoritatem unius cause comparatione alterius, imitatus Bart. & Angel. quos nos allegavimus in d.l. per minorem.

8 Proculdubiò verò causa præjudicialis est illa, in qua tractatur de statu personæ, an, inquam, sit servus, vel libertus, aut ingenuus, filius familias, vel solitus patriæ potestate, nam de hac causa prius, & ante omnia tractandum est, l. i. & per totum tit. C. de ord. cognit. l. quoniam Alexandrum 26. C. ad l. ful. de adult. Item simili modo quælibet aliæ quæstiones, quæ ex sui natura postulant, ut prius definitur, præjudiciales sunt, ut in l. Praes 8. C. ad l. Flaviam de plagiar. in l. fundum 16. l. fundi 18. l. rei majoris 21. ff. de except. cap. 1. de ordin. cognit. ibi: Cùm, exceptione probata, quæstio principalis perimitur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur. Notat gloss. l. ibid. De jure Castellæ est text. in l. 5. tit. 10. p. 3. & ibi notat Gregor. idem igitur quod de exceptionibus, de actionibus dicendum est.

9 Amplia secundò, ut sicut causa criminalis post civilem intentata facit supersedere civilem; ita civilis præjudicialis intentata post criminalem facit criminalem supersedere, & prius de illa cognoscendum est, quam de criminali primo loco intentata. Nam quamvis criminalis sit major civili, ut dixi n. 7. & 8. precedentibus, præjudicium tamen majorem vim habet, & præstat fortius impedimentum, quam majoritas. Ita probat text. in l. 1. C. de appellat. & in d.l. quoniam Alexandrum 26. C. ad l. ful. de adult. & in l. Praes 8. C. ad l. Flav. de plagiar. notat gloss. in verb. Sapè, in d.l. ult. G. de ord. judic. Angel. in d.l. quoniam, n. 1. C. ad l. ful. de adult. Cumanus in l. interdum, n. 1. & 4. ff. de public. judic. Vicomercatus in repet. l. edita, n. 125. C. de edendo, Craveta consil. 280. n. 2. vers. Et ideo, Natta consil. 138. n. 3. 26. & 27. lib. 1. Afflict. in Constat. Si civiliter agens, n. 2. & 3. lib. 2. Rub. 20 Trentacinq. variar. resol. lib.

2. tit. de *judiciis*, resol. 7. n. 8. Farin. d. q. 100. ex n. 61. ad 64. nam ampliatio tertia, quam tradit n. 62. & 63. includitur sub hac secunda, Gratian. *discept. forens. cap. 394.* n. 25. 26. & 27.

10 Amplia tertio, ut quemadmodum causa criminalis suspendit cursum causæ civilis antea motæ, ita pariter si utraque causa fuerit criminalis, una videlicet proposita ab uno ex litigantibus, altera ab adversario, & secunda major, supersedendum est in prima, donec discutiatur secunda. Ita sentit Salicetus in d. l. *ultim. in 4. oppositione, vers.* Et idem si utraque esset criminalis, C. de ordine judicior. Paulus de Castro in l. qui prior 29. n. 3. ff. de *judiciis*, Farin. d. quæst. 100. n. 64. Videtur autem probari hæc ampliatio. Primò ex verbis d. l. ult. ibi: *Quod ut potè majus meritò minori preferuntur*, quandocumque igitur crimen majus est, faciet ut cognitio de minori crimen suspendatur, donec de ipso fuerit cognitum. Secundò videtur probari ex d. l. per minorem 54. ff. de *judic.* ibi: *Major enim questio minorem causam ad se trahit*. Tertiò ex textu in l. 1. C. qui accusar. non possunt. Quartò apud Hispanos ex l. 4. tit. 10. p. 3. & ibi notat glossa 2.

11 Quando autem possit esse verum, causam criminalem propositam ab una parte, suspendere aliam criminalem prius ab altera parte intentatam, seu quando possit accusatus suum accusatorem reaccusare, vel quando habeat locum reconventio criminalis in causa criminali, tractatur à Doctoribus in l. 1. & in l. neganda 19. C. de iis, qui accus. non poss. & l. is, qui reus 5. ubi latè Joannes de Imola, ff. de public. jud. Marianus Socinus in cap. 1. ex n. 64. latissimè de mutuis petition. Maranta in praxi, 4. p. distinct. 6. ex n. 56. Caravita ad Ritu 197. ex n. 1. juxta textum ibi, & in Ritu 193. Farin. in prax. quæst. 12. n. 23. Jul. Clar. lib. 5. sent. 6. fin. quæst. 14. ex n. 12. Decian. tractat. crimin. lib. 3. cap. 24. Afflict. iu d. Conf. Si civiliter agens, per textum ibi. De jure Castellæ ex textu in l. 4. tit. 1. p. 7. ubi latè Gregorius per omnes *Glossas*, maximè gloss. 3. & 4. & in l. 4. tit. 10. p. 3. ubi idem

Gregorius *gloss. 2. Azevedus in l. 2. ex n. 55.* tit. 10. lib. 8. *Recopilat.*

12 Quid verò dicendum sit, si à duobus accusatoribus proponantur duæ causæ criminales contra eundem reum, an major, seu de majori crimen faciat, ut superseedatur in minori? Responde negativè ex optimo textu in l. si cui 7. §. cùm sacrilegium, ff. de *accusation.* Ubi accusato reo de majori crimen post accusationem de minori, prius finiendus erat processus de minori, quām tractaretur causa criminis majoris, & ibi notat Bart. in *summario*, Gamma decis. 52. & ad eam Flores de Mena, vide quæ dixi circa ista priori titulo, *disputation. 2. quæstione 7. sectione 2. n. 815.* Et quamvis verum sit, prædictum textum loqui, cùm crima illa majus, & minus objecta erant uni, & eidem reo coram diversis Judicibus, videtur tamen idem dicendum, quamvis duo illa crima coram uno, & eodem Judice proponerentur. Imprimis, quoniam non facile reddetur diversitatis ratio. Deinde efficacius, quoniam si causa de majori crimen esset prius tractanda, cùm reus de duobus criminibus accusatur, inde fieret, accusatorem minoris criminis sèpius remansurum, sine satisfactione injuriæ sibi illatæ, per crimen minus grave, & reum impunitum evasurum de minori crimen ob ciimen gravius commissum, contra textum in l. nunquam 2. in principio, ff. de *privatis delict. nunquam* (ait Vlpianus) *plura delicta concurrentia faciunt, ut illius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam.* Consequentia autem ex eo probatur, nam sèpius contingit, ut pœna gravioris criminis sit capitalis, qua imposta, nulla allia possit imponi ob crimen levius, & prior accusator maneret delusus, & sine suæ injuriæ satisfactione. Convenientius est igitur, prius agi de crimen minori, & de eo puniri reum, postea verò de crimen graviori, nè posterioris pœna impedit primam, & reus ex perpetratione criminis gravioris consequatur impunitatem levioris. Ideò in l. qui de crimen 9. si tamen, C. de accusat. statuitur, ut cùm reus apud eundem Judicem de pluribus criminibus accusatur, Judex super utroque

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICHS.

69

que crimine audientiam accomodet, nec liceat illi separatim de uno crimen sententiam proferre prius quam plenissimè examinatione super altero quoque crimen fiat. Qui textus quamvis agat de casu, quo ex eodem facto plura crimina nascuntur, tamen *Glossa ibi, verbo*, *Si tamen ex eodem facto, majori cum ratione existimat, locum habere, si crimina plura ex diversis factis, oriantur.* Et Angelus in *l. cum civili, C. de ordin. judicior.* docet, duas accusationes de diversis criminibus ab eodem, vel diversis accusatoribus propositas contra eundem reum, se non impedire, sed super utraque esse procedendum.

**13** Ex predictis infertur primò, si reus accuset actorem de falsitate instrumenti, per ipsum producti in causa civili contra ipsum agitata, esse supersedendum in causa civili, & prosequendam causam falsitatis, antequam in civili procedatur. Ita sentit Paulus Craestensis in *l. ultim. n. 2. de ordin. judicior.* Salicetus in *l. si docueris 9. n. 1. C. ad l. Cornel. de falsis,* Afflictis in *d. Constitut.* *Si civiliter agens, n. 1.* Maranta in *prax. p. 6. tit. de incidenti criminali,* seu duodecimo actu, *n. 1.* Barbatia *consil. 43. n. 7. versic.* Venio nunc ad aliam dubitationem, cum numeris sequentibus, *lib. 1.* ubi dicit, haec esse conclusionem veram, & indubitatam Trentacinqui *variarum resolution. lib. 2. tit. de judiciis, resolut. 7. n. 2.* Mastrillus *decif. 220. n. 3.* Farin. in *praxi, dict. q. 100. n. 66.* qui pro eadem sententia refert Bellaperticam, & Odofredum, Paulus Æmilius Verallus *decif. 274. n. 1. & 2.* ubi dicit, executionem retardari debere objecta falsitate instrumenti, idque probat textus expressus, *in l. ultima, C. si ex fals. instrument.* ab ipso non allegatus. Allegat tamen Bart. & Cassador. pro sua sententia. Utrumque falso, nam nihil tale dicunt, atque ita refert decimum in una causa ferrariensi. Ergò multò magis id efficiet falsitas opposita criminaliter. Ratio hujus illationis est eadem, quæ regulæ superius traditæ. Prima, quoniam tam exceptio, quam accusatio falsitatis instrumenti est præjudicialis causæ civili, cum sententia lata de ejus falsitate ob-

stet sententia in causa civili ferendæ. Secunda ob majoritatem, & præminentiam, ratione cuius causa criminalis præcedere debet civilem, *l. adulterii 33. C. ad l. Jul. de adult. & d.l.ult. C. de ordin. judicior.*

**14** Secundò infertur, simili modo si reus in causa civili accuset actorem, seu testes ejusdem causæ de falso, & subornatione, supersedendum esse in causa civili, donec peragatur causa criminalis, ob rationes supra commemoratas. Ita sentit Bart. in *l. Divus 4. §. D. Adrianus, n. 3.* & in *l. si testamentum 6. n. 6. ff. de petit. heredit. Panormit. consil. 16. n. 3. 2.p. Ancharr. consil. 61. n. 1. vers.* Item si accusatus, Afflictis in *d. Constitut.* *Si civiliter agens, num. 16. & 17. & in decis. 103. n. 2. & decis. 229. n. 1. 2. & 3.* Gramat. *decif. 60. n. 23. & 24. & ad eum locum Addentes Petra, & Didacus de Mari, Capicius *decif. 25. n. 1.* Mastrillus *decif. 220. n. 3.* Muscatellus *in praxi civili, lib. 1. p. 6. gloss. termino, n. 4. in fin.* Bossius *tract. crim. tit. de foro compet. n. 123. cum 124.* & *tit. de falsis, n. 111.* Julius Clarus *lib. 5. sentent. §. fin. q. 2. n. 4.* ubi ait, ita concludere communiter Doctores, Lancellotus *de attentatis, 2.p. cap. 4. limitat. 23. n. 8. & 9.* Farin. *in praxi, d.q. 100. n. 67.* Trentacinqui *variar. resolut. libr. 2. tit. de judiciis, resol. 7. n. 2. vers.* In prima nota.*

**15** Tertiò infertur, ob easdem rationes, si in judicio criminali rens proponat contra suum accusatorem, & testes ab eo productos accusationem falsitatis, supersedendum esse in causa criminali principaliiter intentata, & procedendum in causa incidenti à reo posterius mota. Etenim ista secunda causa præjudicialis est primæ. Si enim sententia lata propter detectam falsitatem testium, & instrumentorum, quibus nitebatur, revocatur, *l. 2. & 3. C. si ex falsis instrument.* multo majori cum ratione differetur sententia, donec cognoscatur, an testes examinati sint falsi, dicam *infra n. 29.* Quemadmodum ob eandem rationem suspenditur executio judicati, *l. judicati executio ultima, C. eodem tit. si ex fals. instrument.* Ita sentit Cynus in *l. 1. n. 17. C. qui accusat. non poss.* Paulus in *l. qui prior 29. n.*

## TITULUS II.

3. vers. Idem videtur, si non esset major, ff. de judiciis, Ancharr. consil. 62. num. 1. vers. Item si accusatus de homicidio, Angel. de maleficiis, verb. Comparent dicti inquisiti, & qui libet eorum, n. 20. & ad eum locum Augustinus Ariinensis, ubi multos antiquos allegat, Barbatia d. consil. 43. n. 10. lib. 1. Farinac. d. q. 100. n. 68. Mastrillus decis. 220. n. 3. Quæ tamen illatio ita intelligenda est, ut procedat, quando falsitatis accusatio proponitur coram eodem Judice, coram quo causa principalis accusationis agitur, nam non esset permittendum, ut reus coram uno Judice accusatus proponeret accusationem falsitatis contra testes in eo judicio productos, coram diverso Judice, alioqui divideretur continentia causæ, si reus in uno Tribunal cauam suæ defensionis prosequeretur, in alio autem vellet causam emergentem adversus suum accusatorem agitare. Illud certum est apud omnes, quoties reus vult reconvenire criminaliter suum accusatorem, id apud eundem Judicem debere facere, ut iradunt Bart. in Authent. & consequenter n. 7. juxta textum ibi, C. de sent. & interloc. omn. judic. Innocentius in cap. 1. n. 4. in fin. Butr. num. 12. vers. Prima est dubitatio, Marianus Socin. n. 84. col. 3. vers. Et prædicta procedunt de mutuis petit.

16 Amplia quartò regulam, & resolutionem prædictam, ut tam verum sit, suspendendam esse causam civilem, dum tractatur criminalis, ut criminaliter accusatus non possit convenire, aut reconvenire civiliter suum accusatorem. Ita sentit Bart. per textum ibi in l. 2. §. sed si agant, ff. de judiciis, & idem videtur sentire in l. edita 2. n. 16. C. de edendo, & in Authent. & consequenter, n. 7. vers. Nam causa criminalis, & n. 10. C. de sent. & interloc. omn. jud. Angelus in l. qui prior 29. n. 2. vers. Quandoque una questio, ff. de judiciis, Romanus in in d.l. edita, n. 135. contentit Alexand. in l. reum criminis 6. n. 2. & ibi Fulgos. n. 1. qui allegat Bart. C. de procurat. Salicetus in l. ultima, vers. Sed glossa nostra, C. de ord. judicior. Ubi refert pro hac sententia Odofredum, & Cynum, qui dicit, ita tenere

## DISPUT. VI.

communiter Doctores, Julius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. q. 2. n. 5. qui ait, hoc probari ex d.l. ult. C. de ordin. judic. & ita concludere omnes. Sequitur Farin. d. q. 100. n. 71. Moventur ea ratione, ne propter item civilem, qua à suo reo impetratur, accusator distrahatur à prosecutione judicij criminalis, in quo vertitur publicum interesse, ne scilicet delicta maneant impunita, l. si ita vulneratus 32. §. estimatio, vers. Quod si quis, ff. ad l. Aquil. Præsumit enim lex, non posse simul quem, & prosequendæ accusationi attendere, & defensionibus suis in causa civili, l. ult. §. Nec sit concessum, C. de assessor. & domest. ibi: Neque enim facile credendum est duabus necessariis rebus unum sufficere. Verum quoniam hæc ampliatio contradictores habet, ut dicemus inferius n. 21. ubi sententiam nostram aperiemus.

17 Amplia quintò, ut quemadmodum non potest reus accusatus reconvenire civiliter suum accusatorem, nec sic conveniendum ipsum retrahat à prosequendo judicio criminali accusationis, sic è contrario accusatus non poterit conveniri civiliter ab accusatore, ne sic conventus à suis defensionibus avocetur. Ita sentit Bart. in l. edita, n. 16. C. de edendo, ubi ait, proposita inter duos actione criminali, nullum aliud judicium posse inter eos agitari, etiam ex causis poenitù separatis, & hoc ratione majoritatis, quod existimat probari ex textu in d.l. per minorem 54. ff. de judiciis, & in l. ult. C. de ord. judic. Bartolum sequitur Fulgos. in eadem l. edita, n. 11. Jul. Clar. lib. 5. sent. §. fin. q. 2. n. 3. Farinac. qui alios allegat, d. q. 100. num. 73. & creditur esse communis opinio.

28 Contra hanc ampliationem, quinimò non impediri accusatorem, quomodo possit proponere actionem civilem, etiamsi intentaverit contra eundem reum judicium criminale, sentit Decius in d. l. edita, n. 67. Pro qua sententia allegat textum in l. rerum amotarum actio ob adulterii 27. ff. action. rerum amotar. & sententia est satis probabilis, ut constabit ex dicendis inferius n. 20. cum seqq.

19 Regulam autem supra traditam non

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

71

non universim sequendam , sed aliquando deficere , & non procedere , satis indicat idem ipse texius, qui illam tradit in d.l.ultima, C. de ordin. judicior. dum ait: *Sæpè ut prius de crimine, &c. sæpè*, quasi non semper, ut ibidem notavit *Gloss. verb. Sæpè fit.* Ideò eam limita primò , ut procedat , & tunc sit supersedendum in causa civili, donec sit cognitum de criminali quando interest conventi , ut supersedeatur : aliàs autem secus. Hanc limitationem tradit *glossa prima magna* , ibi : *Item nec cohæres, quia utriusque expedit, non differri judicium liberale in l. si quis libertatem 7. in princ. ff. de petit. hæred. & gloss. quæ clarius loquitur in l. 1. verb. Differri, C. de Carbon. edit. ubi Bart. n. 2. Salic. n. 2. Angel. in l. per minorem 54. n. 2. ff. de judiciis, Vicomercatus in repet. l. edita, n. 126. C. de edendo, Farin. d. q. 100. n. 111.*

20 Limita secundò , ut procedat quando causa criminalis est præjudicialis civili: secus si causa criminalis non sit præjudicialis, sed una sit cum altera compatibilis. Verbi gratia, si te agente contra me ad mutuum restituendum , ego te accusarem de homicidio, quæ est causa separata, & nullo modo causam prædictam civilem contingens, tunc enim procedendum est in utraque causa , & non supersedendum in causa civili. Hanc limitationem tradit Irner. seu Guarnerius , glossator antiquus , quem retulit Accursius , quamvis ab eo discesserit in l. ultima, verb. *De criminis, C. de ord. jud.* Eum tamen sequuntur Jacobus Butrigarius ibi & Baldus , & Paulus Craestensis , n. 2. & n. 3. ait , hanc limitationem esse magis rationabilem , etiamsi contraria sententia sit magis communis , Angelus in l. 2. C. eodem tit. Decius in l. edita , n. 67. C. de edendo, Natta cons. 138. n. 7. Cæsar de Grassis decis. 92. n. 2. cum seqq. quæ est 3. de exceptionibus , Rotta diversorum , decis. 113. lib. 2. 3. p. Puteus decis. 93. agebat. Alexander ex n. 7. lib. 1. ubi ait , quamvis Salicetus in d. l. ultim. dicat opinionem huic limitacioni contrariam esse commuuem , stantibus tamen authoritatibus Doctorum eam amplectentium non facile discerni , quænam

sit communis opinio. Et Angelus in eadem l. ult. quamvis dicat , illam esse ampliandam , etiam ad eum casum , quo causæ invicem non sint præjudiciales , tamen asserit, id de consuetudine non servari. Ex quo planè fit , hanc limitationem esse praxi receptam. Quod confirmat Farin. dict. q. 100. n. 77. dicens, in omnibus Urbis Tribunalibus, & in Signatura justitiae passim esse receptam , & ab ea in judicando , & consulendo recedendum non esse. Idem repetit n. 85. Probat hanc limitationem Baldus ubi supra , quia quod non operatur sententia lata , non debet operari pendentia processus, l. sed se ante 17. ff. de exception. Sed lata sententia in judicio criminali , potest actor regredi ad judicium civile in causis separatis, ex text. in d. l. ult. C. de ord. judicior. Ergo etiam pendente judicio criminali potest prosequi judicium civile.

21 Contrariam tamen sententiam huic limitationi, quinimò supersedendum esse in causa civili , quando reus proponit contra actorem accusationem criminalem, etiamsi causæ sint pœnitus separate , & se non contingentes, ac per consequens una alteri non sit præjudicialis, sentiunt *gloss. in d.l. ult. C. de ord. jud. verb. De criminis, & ibi Cynus, Salicetus, ex oppositione 5. usque ad finem*, ubi dicit hanc opinionem communem. Item *gloss. 1. in fin. in leg. interdum 4. ff. de public. judiciis* , & ibi Imola n. 2. vers. In eadem *glossa in fin. Bart. in l. edita, n. 16. C. de edendo, & in l. Prator 2. §. hoc edito, n. 1. vers. Videte Domini, & vers. Prohibetur etiam concursus, & ibidem Angel. n. 3. ff. vi bonor. raptor.* idem Angelus in l. qui prior 39. n. 2. vers. *Quandoque una quæstio, & ibi Paulus n. 3. ff. de judiciis, Albericus in l. unica , n. 11. circa fin. versicul. Tertio casu, Cod. quando civilis actio, Vicomercatus in repet. dict. l. edita, n. 125. vers. Quarto modo , C. de edendo. Ancharr. cons. 62. n. 3. Jul. Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quæst. 2. n. 5. Trentacing. var. resol. lib. 2. tit. de judiciis , ref. 7. n. 2. circa medium.* Et hæc sententia est conformis ampliationibus quartæ , & quintæ, de quibus *supra n. 16. & 17. dictum est.* Videtur autem aperte probari

ex

*ex textu in d.l. ult. C.de ordin. judicior. ubi reddens rationem Imperator, cur in causa civili supersedeatur intentata criminali, non considerat præjudicium illatum uni per alteram, sed solam majoritatem. Nam ideo dicit supersedendum in civili, quia criminalis est major. Idque confirmari videtur ex dict. l. per minorem 54. ff. de judiciis, juxta communem interpretationem.*

22 Ad argumentum verò Baldi, quo prædictam limitationem probat, facile respondetur, negata majori propositione, magis enim operatur pendentia processus, hac in re, quam sententia lata. Quoniam litis civilis pendentia facit, ut reus retrahatur à prosequenda accusatione proposita contra actorem, & intentus suis defensionibus in lite civili impediatur actitare judicium criminale, quod publicè interest exitum habere, ut considerabamus *suprà ampliat.* 4. n. 16. quod non contingit post latam sententiam, qua pronuntiata manet liber, & expeditus, ut possit liti civili attendere, & se defendere, quod planè indicat textus ipse in dict. l. ultima, *Cod. de ord. judicior.*

23 Quod si inter has sententias judicium nostrum requiras, credimus, istam secundam esse rigori juris conformiorem, verùm priorem secunda limitatione contentam usui magis accommodatam, quam utilitas publica, quæ in breviandis litibus versatur, juxta l. properandum 12. in princip. & ibi notata à Doctribus, C. de judiciis, & tollendis impedimentis eas differentibus in proxim paulatiū introduxit, juxta adnotationem Angeli in l. qui prior 29. n. 2. ff. de judiciis, & in l. 1. n. 5. C. de calumniatorib. Cui quamvis Barbatia conf. 43. n. 11. lib. 1. dicat, non esse credendum, ei fidem adhibent, eumque sequuntur Annania in cap. 1. n. 10. de calumniator. Socin. conf. 118. n. 1. in fin. cum. n. 2. vol. 1. Afflictis in Constat. si civiliter agens, n. 2. Rubrica 20. lib. 2. Julius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quest. 14. n. 12. circa medium, & Farin. in prax. dict. quest. 100. n. 75. 91. & 92. qui non sunt inferioris authoritatis, quam Barbatia.

24 Limita tertio, ut causa criminalis faciat superfederi in civili, quoad illius ex-

pitionem, & sententiam: non autem quoad prosequutionem processus. Potest enim procedi in causa civili simul cum criminali, verùm non debet expediri causa civilis, nisi prius fuerit expedita criminalis. Hanc limitationem tradit Afflict. decis. 103. ubi refert sic decisum in S.C. eum sequuntur Capicus decis. 25. n. 1. & 2. qui refert sic vocatum, & rectè expendit verba Cyni, Bartoli, & Baldi, Gramat. decis. 60. n. 23. & 24. Jul. Clarus lib. 5. sent. §. fin. q. 2. n. 4. Farin. in praxi, d. q. 100. n. 9. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de judic. resol. 7. n. 3. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 394. n. 30. Mastrillus decis. 220. n. 8. Et sententia contraria secundæ predictæ limitationi si ad istam reducatur, minus erit dubitabilis.

25 Limita quartò, ut non sit suspendenda causa civilis intentata postea criminali, quando constiterit, accusationem proponi cum dolo, & malitia, solum eo fine, ut suspendatur causa civilis, ita tamen ut malitia sit clara, patens, non præsumpta, juxta regulam, l. qui sententiam 16. in fin. C. de pœnis. Hanc tradit Cynus in l. 1. n. 16. Baldus n. 52. Salicetus n. 17. C. de iis qui accus. non possunt, Albericus in l. judicati, n. 4. vers. Et hoc nisi constaret, C. si ex fals. instrum. Felinus in cap. de cætero 5. n. 11. vers. Limita omnia prædicta, desent. & re judic. Barbatia conf. 43. ex n. 7. lib. 1. Capic. d. decis. 25. n. 4. August. Ariminens. ad Angelum de malefic. verb. Inchoata facta, n. 19. Bossius divisor. tract. crimin. tit. de falsis, n. 150. Farin. dict. q. 100. n. 103. Trentacinq. dict. resol. 7. n. 4. Bajardus ad Clarum, §. fin. q. 2. n. 14. vers. Item adde. Et probatur ex l. 2. Cod. ad leg. Cornel. de fals. & ex l. 1. C. de jurejur. propter calumn. & ex textu in cap. suscitata 6. de in integr. restitut. Neque enim mali- tiis indulgendum est, leg. in fundo 39. ff. de rei vindic. l. 19. in fin. tit. 32. p. 3. Hyppolyt. de Marsil. sing. 177. malitiis, & ex dolo suo nemo debet lucrari, l. ne ex dolo, 13. ff. de dolo malo, l. non fraudantur. 177. §. Nemo, ff. de regul. jur. Thuscus littera D. conclusione 581.

26 Limita quintò, quando quis diu di-  
stulit

stulit proponere accusationem criminalem contra adversarium, qui prius actionem civilem contra ipsum proposuerat, & sic quando fuit negligens in accusando, nimiumque se arctavit ad promovendam causam præjudicialem causæ prius motæ: tunc enim non est supersedendum in causa civili ex supervenientia accusationis criminalis. Hanc tradunt Cynus in l. 1. n. 15. vers. Prætereà imputandum est ei qui se arctavit, & n. 16. vers. Aut non constat, C. de iis qui accus. non poss. Albericus in l. judicati 4. n. 4. vers. Idem si imputari posset, C. si ex fals. instrum. Salic. in l. si docueris 9. n. 2. C. ad l. Cornel. de fals. August. Ariminens. ad Angelum de maleficiis, verb. Inchoata facta, n. 20. Afflictis decis. 229. n. 1. & 2. Capicius decis. 25. n. 5. Grammat. decis. 60. n. 24. Faber. lib. 9. Codicis, tit. 18. definit. 1. Trentacinq. d. resol. 7. n. 6. Farin. d. q. 100. n. 102. Probant arg. text. in l. 2. §. Si quis tamen, §. si quis cautionibus, & in l. qui bona fide 13. §. Si quis quia, l. cum postulasssem 44. in princ. ff. de damn. infect. l. petenda 6. C. de in integr. restit. l. nemo 3. §. 1. C. de tempor. appellat. Eo enim casu præsumitur calumniosè agere, cùm randiū accusationem distulerit, neque enim debuit tantam rem tandiu reticere, juxta text. in l. si quis fortè 6. in fin. princ. ff. de pœnis. Ideò ob dicta in præcedenti limitatione non debet in causa civili supercederi.

27 Quando verò dicatur quis nimium se arctasse, & fuisse negligens in proponenda accusatione, non omnes uno modo sentiunt. Quidam dicunt, accusatorem nimium se arctasse, quando intentavit causam criminalem post litis contestationem in civili. Ita sentit Parisius in addit. ad Bartol. in d. l. ult. C. de ord. judicior. remittens se ad Inolam, & Abbatem in cap. 1. de mutuis petition. ubi prædicti agentes de reconventione, primus n. 5. secundus n. 13. dicunt, reconventionem habere duo privilegia. Primum, ut processus reconventionis debeat simul actitari cum processu conventionis, & utriusque cursus debeat esse par, & simultaneus; scilicet ut Judex simul debeat super conventione, & reconventione pro-

cedere, & eas simul una sententia terminare. Secundum, ut reconventio sit prorogativa jurisdictionis Judicis cognoscentis de conventione, juxta dicta à nobis priore tit. disp. 2. q. 8. sect. 1. n. 576. & latius tractata à Doctoribus in l. cum Papinianus 14. & in Auth. & consequenter, C. de sentent. & interloq. Canonistis in d. cap. 1. de mutuis petit. de quibus privilegiis benè tractat Barbosa in l. qui prior 29. ex n. 7. ff. de judiciis, & dicimus infra disput. sequent. n. 3. Atque dicunt, ut utrumque privilegium habeat, debere reconventionem proponi ante litem contestatam, vel paulò post: non verò agunt de effectu suspendendi causam prius intentatam, & ejus processum, de quo modò agimus.

28 Alii dicunt, si reus distulit propone accusationem contra adversarium agentem civiliter usque ad conclusionem in causa, & eam postea proponat, videri nimium se arctasse, & accusationem tanquam calumniosam, & factam solùm ad finem differendi priorem litem, esse rejiciendam, ita sentiunt Afflictis decis. 103. n. 1. & decis. 229. n. 1. & 2. Capic. decis. 25. n. 5. Trentacinq. d. resol. 7. n. 6.

29 Alii contra videntur sentire, non solùm accusationem criminis adversus agentem civiliter proponi posse à reo post litem civilem contestatam, & conclusionem in causa, sed etiam post prolatam diffinitivam sententiam: & effectus erit, ut differatur executio, donec fuerit cognitum, & judicatum de crimen. Ita sentit Augustinus Ariminensis ad Angelum de malefic. in verb. Comparent dicti inquisiti, & quilibet eorum, n. 20. post Angelum ibidem, qui loquuntur de crimen falsitatis objecto contra testes, & producentem eos, quæ objectio juxta eorum sententiam faciet, ut supersedeatur in executione sententiæ condemnatoriæ. Et in eo loco allegantur ab eisdem pro sua opinione Bart. Bald. Alberic. Federic. de Senis, & Ancharr. Eam autem probant, quoniam sententia jam lata propter falsitatē testimoniū revocatur, l. 1. l. falsam 3. C. si ex fals. instrum. Ergò multò majori cum ratione differetur executio, donec cognoscatur;

tur: an sint falsi testes producti, quod aper-  
tè docet *text.* in *l. iudicari* 4. *C. eod. tit.* Et  
ex eo confirmatur, quoniam melius est re  
integra damno occurtere, quàm post cau-  
sam vulneratam remedium querere, *l. i.*  
*C. quando liceat unicuique sine jud. se vindi-  
care,* *l. ult.* *C. in quibus caus.* in integr. refit.  
neceſ. non est. Faciunt tradita à Barbatia *conf.*  
43. n. 10. lib. 1. quibus consonat Felinus in  
cap. de cetero 5. n. 11. de re judic. dum ait,  
merum executorem posse cognoscere de  
exceptione falsitatis, & ex illa impediri exe-  
cutionem, etiamsi opponatur post senten-  
tiam, & dixi *supra* n. 13. & 15.

30 Possent ista concordari sublimi-  
tando prædictam limitationem. Primò si  
falsitas, quæ objicitur post conclusionem in  
causa, aut sententiam, constaret evidenter,  
ut quando appareret ex perspicuis indiciis,  
& indubitabilibus præsumptionibus, juxta  
*l. qui sententiam* 16. *in fin.* *C. de pœnis*, aut  
incontinenti probaretur: tunc enim super-  
sedendum esset in processu civili, aut cri-  
minali anteriori, quantumvis proponens  
falsitatem tardasset. Nam evidens est, il-  
lum non proponere cālumniosè falsitatem,  
de qua tam clare, & apertè constat. Ita sen-  
tit Farin. *d. q. 100. n. 107.*

31 Sublimita secundò prædictam quin-  
tam limitationem principalem, si dilatio  
proponendi accusationem accidit sine cul-  
pa accusatoris, & ei imputari non possit,  
quod se nimis arctaverit. Hanc sublimita-  
tionem tradit Bald. in *l. i. n. 52.* *C. de iis*  
*qui accus. non poss.* quem sequuntur August.  
*ad Angel. de malefic. verb.* *Inchoata facta*,  
*n. 20.* & Farin. *d. q. 100. n. 107. in fin.* Pro-  
bat verò Baldus, quoniam necessitas facit  
probabile quòd aliàs non esset, *l. qui potue-  
runt* 27. *ff. de manumis. testam.* & civili mo-  
do ista arctatio accipienda est argumento,  
*l. si cui* 9. *ff. de servit.* & ideo si constiterit,  
accusatorem non dolo, & culpa distulisse  
accusationem, audiendus est, argumento *l.*  
*desertorem* 3. *ff. si ad diem, ff. de re milit.*

32 Limita sextò supradictam regulam,  
ut *supra* declaratam, & quæ ex illa intuli-  
mus *n. 13. 14. & 15.* ubi diximus, accusatio-  
nem falsitatis testium, tām in causa civili,

quām in criminali efficere, ut illis priori-  
bus sit supersedendum, ut illud procedat,  
si accusatio proponatur, tām adversus te-  
stes, aut instrumenta, quām contra acto-  
rem, seu primum accusatorem eos produ-  
centem: secus si accusatio solum propona-  
tur contra testes, non verò contra produ-  
centem eos, aut contra tabellionem, vel  
notarium confidentem instrumentum, non  
contra eum, qui illud produxit, tunc enim  
non debet supersederi in causa prima, sive  
civilis, sive criminalis. Hanc limitationem  
tradunt Cynus in *l. i. n. 15. & 17.* *C. de iis*  
*qui accus. non poss.* Bart. in *l. testamentum* 6.  
*n. 3. ff. de petit. hered.* Alberic. in *l. judica-  
ti* 4. *n. 4.* *C. si ex fals. instrument.* Bald. in  
*l. Lucius* 21. *n. 3.* quinto notabili, *ff. de iis*  
*qui notant. infam.* & *in l. ult. n. 13.* *C. de fi-  
de instrum.* & *in d. l. i. n. 49. 52. & 53.* *C. de iis*  
*qui accus. non poss.* Salicet. in *l. si docue-  
ris* 9. *n. 2. vers.* Secundo casu, *C. ad l. Cor-  
nel. de fals.* Abbas Panorm. *conf. 16. n. 5.*  
*2.p.* Roland. *confil. 13. ex n. 12. vol. 2.* An-  
gel. *de malefic. verb.* Comparent dicti inqui-  
siti, *n. 20.* & ad eum locum August. Arimi-  
nens. idem August. *ad eundem Angel. verb.*  
*Inchoata facta*, *n. 15. & 17.* Gandin. tract.  
*de malefic.* Rubr. *de falsariis*, *n. 19.* Maran-  
ta *in praxi*, *p. 6. tit. de incidenti criminali*, seu  
*§. duodecimus actus*, *n. 1.* Afflict. in *Conſt.* *si*  
*civiliter agens*, *n. 15. 16. & 17.* & *in decis.*  
*103. n. 1. & 2.* & *decis. 229. n. 2. & 3.* Ca-  
picius *decis. 25. n. 1.* Grammat. *decis. 60. n.*  
*23.* Mastrill. *decis. 220. n. 4. 5. & 6.* Cor-  
nazanus *decis. 110. n. 10.* Cæsar de Graffis  
*decis. 92.* aliàs 3. *de exceptionib.* *n. 10.* Farin.  
*d. q. 110. n. 94. & 95.* Trentacinq. *d. resol.*  
*7. n. 2.* *§. in prima nota duo,* Gratian. *dis-  
cept. forens.* *tom. 2. cap. 394. ex n. 28.* Ratio  
hujus limitationis quoad primam partem  
est, quoniam, ut *supra* diximus, cùm sen-  
tentia lata ex falsis instrumentis revocetur,  
multò magis differenda erit ejus prolatio,  
si objiciatur falsitas, qua detecta reus ve-  
niret absolvendus, *d. l. iudicati*, *C. si ex fals.*  
*instrum.* alioqui dabitur occasio damnandi,  
aut afficiendi poena innocentem, ut rectè  
expendit Bald. in *d. l. i. n. 48. & 49.* Quoad  
secundam verò partem, quoniam accusatio  
fal-

falsitatis instrumenti, vel testium, ubi non accusatur producens, non tangit ipsum producentem. Ergò non potest suspendere causam producentis: nam res inter alios acta non præjudicat aliis, *i. sèpè 63. ff. de re judic.* ubi *gloss.* i. adducit concordantes, & expendit Roland. *d. conf. 13. n. 10.*

33 Contra hanc limitationem, quinimò suspendendam esse causam civilem, vel criminalem accusatis testibus, vel instrumentis, etiamsi non accusetur producens, sentiebant quidam Bononienses, quos refert Cynus in d.l. 1.n. 17. vers. *Quidam Doctores, C. de iis, qui accus. non poss. moti ea præsertim ratione, quia qualitercumque constet de falsitate testium accusatoris, & innocentia rei, iniquum erit exequutioni mandari sententiam criminalem adversus eum latam, fortassis etiam capitalem, quamvis testes postea essent etiam capitaliter damnandi.* Quam sententiam continere æquitatem dixit Bald. in d.l. 1.n. 49. in fin. quamvis contrariam n. 50. dicat de juris rigore veriore, quem sequitur Augustinus Ariminens. *ad Angelum de malefic.* in d. verb. *Inchoata facta, n. 20. & 21.*

334 Sed non est recedendum à præcedenti limitatione, quæ communior est, & juri conformior, idque proculdubio, quando causa prius intentata est causa civilis. Poterit tamen sublimitari, ut tunc non procedat, cum Judex adversus reum procedit criminaliter via inquisitionis, eo enim causa si de testium falsitate dubitaverit, ita ut incipiat, inquirere debet in processu principalis inquisitionis. Ita docet Bald. in d.l. 1. n. 50. vers. *Sin autem per inquisitionem, C. de iis qui accus. non poss. quem sequitur Afflictis in d. Const. Si civiliter agens, n. 16. Farin. d. q. 100. n. 99.* Ratio est, quoniam tunc supersedendo in processu principalis inquisitionis, in qua ex officio proceditur, nullius jus læditur, nullique fit injuria, quemadmodum in processu accusationis fieret accusatori. Imò verò credo, idem etiam servaretur in causa criminali accusationis, & difficulter obtineretur contra sententiam Doctorum Bononiensium à Cy- no relatam, si causa esset ejus naturæ, ut

*Tom. II.*

esset capitalis sententia ferenda. Nam cùm grave damnum sit, & irretreatabile inferendum reo; ex altera verò parte in mora modici temporis, quo suspenditur prior causa, dum detegitur falsitas testium, damnum sit leve, juxta *l. s. debitori 21. ff. de judic.* notavi supra tit. i. disp. 5. n. 2. in fin. durissimum esset, leve damnum præponere gravi, & irretreatibili.

35 Limita septimò, ut tunc supersediri debeat in causa primùm mota, quando tota vis ipsius causæ consisteret in testibus, vel instrumentis accusatis de falso: secus si data etiam falsitate testium, vel instrumentorum, quæ de falso redarguuntur, adhuc per alios testes, vel instrumenta remaneret probata actoris intentio: tunc enim non est supersedendum in causa principali, cùm planè certum sit, hoc casu falsitatem non officere sententiae ferendæ ex aliis probationibus. Hanc limitationem tradit Baldus in dict. leg. 1. num. 50. vers. *Sed de rigore juris, C. de iis qui accus. non poss. Angelus de malefic. verb. Inchoata facta, numer. 14. in fin. & verb. Comparent dicti inquisiti, n. 20. in fin. Afflict. in d. Const. Si civiliter agens, n. 16. & decis. 229. n. 3. ubi Ursill. n. 1. Capicus decis. 25. n. 3. Gramm. decis. 60. n. 24. Cæsar de Grassi decis. 92. n. 4. Mastrill. decis. 220. n. 9. Rota divers. decis. 206. ex n. 1. p. 2. Faber. lib. 9. C. tit. 18. diffinit. 1. Roland. *conf. 13. n. 17. volum. 2. Trentacinq. d. resol. 7. n. 5.* Gratian. *discept. forens. tom. 2. cap. 394. n. 31. Farin. d. q. 100. n. 101. & decis. crim. 79. & ibid. Fam. Centolin. in additionib.* Atque ex doctrina hujus, & præcedentis limitationis in S.C. me interveniente, qui Judex eram causarum nobilitatis Sedilium hujus Neapolitanæ civitatis, decisum est in causa illorum de Transo cum Sedili Montanæ, non esse supersedendum in causa civili ob falsitatem objectam cuiusdam instrumenti, sed ea oppositioni non obstante procedendum esse ad ea, quæ incumbebant pro expeditione dictæ causæ nobilitatis, non impedita tamen prosequitione processus criminalis. Latum fuit decretum in causa reclamacionis confirmans primum aliud simile decretum,*

K 2

die

die 27. Novemb. ann. 1636. Act. Jadonisio.

36 Limita octavò, ut tunc sit supersedendum in causa primum mota, intentata post causa criminali, quando intentatur per eundem reum conventum: secus si causa criminalis intentaretur à tertio; veluti si causa criminalis proponeretur à Fisco, vel Judice procedente ex officio: tunc causa criminalis non suspendit civilem, seu criminalem priùs motam. Ita sentit Cynus in d. l. i. n. 17. vers. Sed si alius accusaret, C. de iis qui accus. non poss. Alber. in l. judicati, n. 4. vers. Si autem extraneus, C. si ex fals. inst. August. ad Angelum, de malefic. verb. Inchoata facta, n. 17. in fin. Puteus decis. 93. Agebat Alex. num. 1. vers. Sed posset ad istud fundamentum responderi, & vers. Si ergo in casu nostro, lib. 1. Rota diversor. decis. 133. libr. 2. p. 3. Bajard. ad Clarum lib. 5. sent. 6. fin. q. 2. n. 14. Trentacinq. d. resol. 7. n. 12. qui sublimitat Farin. d. q. 100. n. 114. & 115. Ratio est, quia, ut supra diximus, res inter alios acta aliis non præjudicat, l. sapè 63. ff. de re judic.

37 Limita nono, ut causa criminalis non fiat suspendere causam civilem possessorii. Hanc limitationem tradit Bart. in l. 2. n. 2. tametsi agat de crimine objecto per modum exceptionis, Salic. n. 2. C. de edict. D. Adr. toll. ubi etiamsi crimen objiciatur per modum principalis accusationis, & similiter Fulgos. ibid. n. 2. Alex. n. 4. Capic. decis. 25. n. 6. Lancellot. de attentat. 2. p. cap. 4. limit. 23. n. 11. 12. & 13. ubi refert pro hac limitatione duas decisiones Rotæ, Farin. d. q. 100. ex n. 108. Trentacinq. d. resol. 7. n. 7. Ratio est, quia possessorium non suspenditur ex causa requirente altiorem indaginem, quia est judicium summarium. Causa autem criminalis altiorem indaginem requirit, juxta egregiè notata à Menoch. de retin. possess. remed. ult. n. 43. & doctissimo Riccio, amico nostro, collect. 3802. p. 8. Videtur aperte probari ex text. in l. 1. C. appellation.

38 Sublimita tamen, ut non procedat prædicta limitatio, attento jure Neapolitano in pragm. 1. de falsis, qua statuitur, ut ille puniatur ammissione causæ, qui scien-

ter produixerit testes falsos, aut falsa instrumenta. Sic tradit Capic. d. dec. 25. n. 6. in fin. Quæ tamen intelligenda, & explicanda sunt juxta dicenda inferius, n. 40. 41. & 42.

39 Limita decimò, ut tunc causa criminalis faciat supersedere civilem, & ejus processum impedit, cum utraque causa proponitur coram eodem Judice: vel causa criminalis proposita est coram superiore Judice, civilis autem coram inferiore. Verbi gratia, causa civilis proponeretur in M. C. V. criminalis autem in Sacro Regio Cons. quod est Tribunal superius. Secus quando causa civilis primum introducta est in Tribunal superiore, causa autem criminalis in inferiore: vel quando utraque causa proponeretur coram diversis Judicibus jurisdictione paribus. Tunc enim quoniam pars imparem non habet imperium, l. ille à quo 13. 6. tempestivum, ff. ad Trebell. cap. innotuit 20. & ibi Gloss. verb. In parem, de elect. & Gloss. in cap. studiisti, verb. Mandatum speciale, de offic. legat. & multò minus inferior in superiore, l. minor autem 10. in princ. ff. de minor. cap. cum inferior 16. de major. & obed. non potest unus Judex inhibere alteri, ne procedat in causa sua, nec Judex causæ criminalis jubere, ut supersedeat Judex causæ civilis. Hanc limitationem tradit Bald. in l. 1. n. 19. C. quomodo, & quando Judex, & est de mente Federici de Senis conf. 93. n. 3. in fin. quem allegat Baldus non designato loco. Sequuntur August. Ariminensis ad Angel. de malefic. verb. Comparant dicti inquisiti, n. 20. vers. Limita tamen prædicta, & Farin. d. q. 100. n. 112. qui tamen n. 113. tradit cautelam, qua possit subterfugi hæc limitatio, si Judex, inquam, coram quo causa criminalis agitatur, non inhibeat Judicem superiorem, aut parem, quos inhibere non potest, ut dictum est, sed inhibeat ipsum litigantem, ne prosecutatur causam civilem.

40 Limita undecimò, ut non procedat regula de jure Neapolitano, quo attento, quemadmodum exceptiones præjudiciales non habent effectum suspensivum, sed simul cum causa principali examinantur, juxta Conf. Exceptione filiationis, lib. 2. tit. 23. apud

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

77

*Afflīct. Rub. 22.* ita actiones præjudiciales non suspendunt cursum causæ prius motæ, sed simul procedit cursus utriusque causæ, absque impedimento actionis præjudicialis, ex *Const. Si civiliter agens, lib. 2. tit. 21.* Omnia enim præjudicialia sunt sublata in Regno per istas duas Constitutiones, ut notant Scribentes Regnicolæ ad ipsas. Concordat *pragm. 2. de falsis, in princ.* qua statuitur, ne impediatur cursus causæ civilis ex supervenientia accusationis criminalis de falsitate, sed in utraque causa simul procedatur, & criminalis civilem non impedit, neque sententiam diffinitivam illius retardet. Ita sentit *Gloss. in d. Const. Si civiliter agens, Isernia, & Afflīct. ibidem in princ.* notantes, per illam corrigi jus commune, Trentacinquiūs *d. resol. 7. n. 10.* Grammat. *decis. 60. n. 22.* Mastrillus *decis. 220. n. 1.*

41 Sublimita primò de jure ejusdem Regni, ut quamvis causa criminalis falsitatis non retardet sententiam causæ civilis, tamen victor in causa civili, qui obtinuit sententiam pro se ~~re~~neatur præstare fidejussionariam cautionem de restituendo quidquid ex dicta sententia fuerit consequutus, una cum expensis litis, si succubuerit in causa criminali, eo quod pronuncietur, falsitatem locum habere in favorem accusatoris. Sic statuitur in *d. pragm. 2. de falsis, in fin. prima partis*, quæ lata est à D. Raymundo de Cardona. Ratio hujus sublimitationis est, quia per *pragm. 1. de falsis*, statutum est, ut qui scienter produxerit testes falsos, vel instrumenta falsa, perdat causam, qua propter æquum est, ut caveatur reo in eum casum, quo constiterit, actorem obtinentem in causa civili produxisse testes, vel instrumenta falsa, cùm ipsem acto non impediatur prosequi suam causam, & quominus sententiam obtineat, dum adhuc de falsitate testium, vel instrumentorum non constat.

42 Sublimita secundò, ut tunc etiam in Regno sit supersedendum in causa civili ob accusationem criminalem falsitatis, quando allegata falsitate, Judici procedenti constiterit de ipsa falsitate ex eisdem actis, & processu currenti super causa prin-

cipali. Ex eo enim temporis articulo in causa principali supersedere debet, & super falsitate providere, & pronunciare. Sic statuitur in *d. pragm. 2. de falsis, in 2. p. cui standum esse in Regno dicit Grammat. d. decis. 60. n. 24. & ibi n. 25. vers.* Ex quibus omnibus, recte declarat prædictam pragmat. D. Raymundi de Cardona. Cujus sensum sic accipit, ut dum de falsitate Judici non constiterit, ita ut possit causam falsitatis definire, beat procedere in causa civili, & criminali simul ad recipiendos plures testes, & probationes falsitatis impinguandas, ut tunc demum supersedeat in civili, cùm de falsitate constiterit, non antea. Consonat Mastrillus *decis. 220. n. 7.*

43 Limita duodecimò, ut licet supersedeatur in causa civili, dum durat criminalis, tamen criminali finita, possit actor prosequi suam actionem civilem. Hanc limitationem expressè probat *text. in d. l. ult. C. de ordin. judicior.* & ibi notat *gloss. verb. Lata sententia.*

44 Sublimitanda tamen est, & declaranda prædicta limitatio, ut procedat in causis præjudicialibus, cùm causa criminalis finita est per absolutionem; tunc enim potest procedi in causa civili, secus si causa criminalis finiatur per condemnationem, quoniam tunc sententia præjudicavit causæ civili, notat *d. Glossa, verb. Lata sententia,* & Paulus *in d. l. ult. n. 2. in fin.* Cùm verò causa criminalis non fuerit præjudicialis civili, ita ut sententia in criminali pariat rem judicatam, quæ obstet civili, tunc quocumque modo finita criminali, sive per absolutionem, sive per condemnationem, patet via actori ad prosequendam causam civilis. Hæc quoad secundum casum principalem.

45 Tertio tandem casu principali, quando videlicet actor proponit actionem civilem, reus verò non proponit principaliiter accusationem, sed incidenter opponit exceptionem criminalem; verbi gratia, si actore petente hereditatem ex testamento, vel rem donatam ex instrumento donationis, reus opponeret per modum exceptionis falsitatem testamenti, vel instrumenti do-

donationis (quod Practici dicunt, redarguere civiliter de falso) dicendum est, ex ista incidentia exceptionis criminalis non esse supersedendam causam civilem, sed procedendum usque ad diffinitivam, præsupposito examine istius exceptionis, ut cuiuslibet alterius peremptoriæ. Hanc resolutionem continet expressis verbis, l. cùm civili 3. C. de ordin. judic. per hæc verba: *Cum civili disceptationi principaliter mota quaestio criminalis inciderit, vel criminis prius instituto civilis causa adjungitur, potest Jus dæ eodem tempore utramque questionem sua sententia dirimere, & ibi notat gloss. verb. Tempore, Bartol. Baldus, Angelus, Salicetus, Paulus, Fulgos. Cynus in l. ult. in princ. C. eod. tit. Afflict. in d. Const. Si civiliter agens, n. 3. Trentacinq. d. resol. 7. n. 9. Farin. d. q. 100. n. 86.* Ratio est, quia usus judiciorum ita fert, ut super exceptionibus incidentibus pronuncietur, cùm diffiniatur causa principalis, ut diximus *disput. precedenti*, num. 30.

46 Adversus hanc resolutionem refert quorundam Doctorum sententiam Farin. ubi supra, n. 87. quam conciliare conatur cum prædictis n. 88. Ego vero parum curo de sententia contra expressum jus contentum in d. l. 3. C. de ordin. judicior.

### SUMMA DISPUTATIONIS SEPTIMÆ.

- 1 **Q**ui Doctores, & in quibus locis agant de reconventione.
- 2 **T**roctantes de reconventione, quæ ad illam attinent reducunt ad quatuor capita.
- 3 **R**econventio habet duo privilegia, seu duos effectus, primum, ut faciat concurrere simul processum cum causa conventionis, secundum est, ut proroget jurisdictionem Jūdicis conventionis.
- 4 **R
- 5 **R
- 6 **D**e jure Castella quando sit proponenda reconventio.****

- 7 **Reconventio coram quibus Jūdiciis proprie posse, remissive.**
- 8 **Reconventio in causa appellationis admitti non potest.**
- 9 **I**n causa executiva an habeat locum reconventio, & communis est sententia negativa.
- 10 **Reconventio executiva potest admitti in causa executiva.**
- 11 **N**ova consideratio, & distinctio.
- 12 **I**nstrumentum guarentigium est simile sententiae, sed non in omnibus, & per omnia.
- 13 **I**n quibus causis habeat locum reconventionio, an in causis summaris, & possessoriis, remissive.

### DISPUTATIO VII.

#### De Reconventione.

1 **A**d hunc planè locum ubi de judicis in genere agitur, pertinebat de reconventione disputatio, nisi quæ ad ipsam spectant, tam fusè, tanquam plenè essent apud Doctores tractata, ut nihil sit, quod addi possit. Tamen ne videamur omisisse tam celebrem, tamque in judiciis frequentem materiam, indicabimus solum loca, ad quæ, quoties opus fuerit, recurritur in quibusque quivis casus occurrentis possit inveniri. Agunt DD. de reconventione occasione textus ibi in l. cùm Papinius 14. & in Auth. & consequenter, Cod. de sent. & interloc. omn. jud. ubi Cyn. Bart. Alberic. Bald. Angel. Salic. Fulgos. Paul. idem Cynus in l. per hunc 4. C. de tempor. & reparat. appellat. & in leg. qui non cogitur 22. ff. de iudic. ubi Angelus, Paulus, & Fulgos. Canonistæ in cap. 1. de mutuis petit. ubi Innocent. Hostiens. Joan. Andr. Zabarell. Baldus, Burrius, Panorm. Joan. de Imola, Felin. & Marianus Socinus, qui latè, & optimè prosequitur materiam per duodecim articulos. Et in cap. dispensia 3. §. Reus quoque de rescript. in 6. ubi post glossam Archidiac. Joann. Monachus, Gemin. Butrius, Philp. Francus, Petrus, Ancharr. Spec. lib. 2. tit. de reconvencione, Socinus regula 412. alias litt. R. regula 1. Dueñas regula 102. Anton. de

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

79

de Matthæis tract. de prorogat. jurisdict. ex n. 59. tom. 3. tract. p. 1. Maranta in Speculo aureo, p. 4. dist. 6. Muscat. in praxi S.C. lib. 1. p. 3. gloss. actorem, Syntag. commun. opin. lib. 7. tit. 8. ex n. 37. Hippol. de Marsil. in repet. cap. at si Clerici, ex n. 213. de judic. Barbosa latè in l. qui prior 29. ex n. 3. ff. de judiciis, Scaccia de judiciis, lib. 1. cap. 11. ex n. 93. Franchis decis. 193. & decis. 349. & decis. 376. Vivius decis. 128. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 44. & lib. 2. casu 184. Anna singular. 429. cum seqq. ad 433. Tepatus in compend. variar. tit. 148. Thusc. litt. R. concl. 60. & 61. Hondoned. conf. 21. vol. 1. Grafsis de effectibus Clericat. 1. effectu, ex n. 745. qui plurimos allegat eruditissimus Riccius amicus noster, col. 112. 1159. 1969. 2287. 2753. Cancer. variar. resol. p. 2. cap. 13. Gallupp. in sua praxi, p. 2. cap. 14. Ropol. variar. resol. cap. 4. ex n. 51. Trentacinq. variar. resol. lib. 2. tit. de mutuis petit. resol. 1. Caravita ad Ritum 67. ubi textus, idem Scaccia de sent. & re judic. gloss. 7. q. 4. specul. 3. ex n. 4. & ex n. 48. Mattha de jurisdict. p. 4. casu 107. Castellani agunt de reconventione, juxta text. ibi in l. 1. & 2. tit. 5. lib. 4. Recop. Azevedus in d.l. 1. ex n. 60. Paz in praxi 1. tom. 1. p. 7. tempor. n. 12. & 29. Villadiego in Polit. cap. 1. n. 11. & 12.

2 Isti quæ de reconventione tradiderunt, ad quatuor capita reducunt. Primum de natura reconventionis, & ejus privilegiis. Secundum, quo tempore sit proponenda. Tertium coram quibus Judicibus. Quartum, in quibus causis locum habeat.

3 Quoad primum dicunt, reconventionem habere duo privilegia, ego dicerem effectus. Primum, ut faciat currere simul processum, in quo sit ipsa reconventio cum processu causæ conventionis prius motæ, & debeant simul terminari diffinitiva sententia lata super utroque judicio conventionis, & reconventionis: quia conventio, & reconventio pari passu ambulare debent. Quod si reconventus actor reconventioni respondere noluerit, eam poenam patietur, ut illi in conventione denegetur audientia, ut notant gloss. 1. in cap. 1. de mutuis petitionibus, & ibi Bald. n. 9. Hostiens. n. 3. Bu-

trius n. 21. Marian. Socin. in cap. 2. n. 9. eod. tit. Speculat. d. tit. de reconvent. §. Videndum 4. n. 1. & §. rest. 5. n. 1. Gulielm. Benedict. in rep. cap. Rainuncius, verb. Et uxorem, nomine Adelasiam, decis. 2. n. 124. de testam. Franchis decis. 193. n. 15. Maranta d. dist. 6. n. 9. quemadmodum in aliis casibus justè posse contumacibus, & inobedientibus denegari audientiam, diximus priore tomo, tit. 1. disp. 2. q. 1. n. 42. Secundum privilegium reconventionis est, ut proroget jurisdictiōnem Judicis cognoscentis de conventione, quamvis alioqui incompetentis, tetigi d. tit. 1. disp. 2. q. 8. sect. 1. n. 976. & hoc eodem tit. disp. præcedenti, n. 27. idque ob rationem redditam à Justiniano in d.l. cùm Papinianus, 14. C. de sent. & interloq. omn. jud. & in Auth. & consequenter. Tertium reconventionis privilegium addit Panorm. in dict. cap. 1. n. 4. de mutuis petitionibus, quem alii sequuntur, ut videlicet reconventio sit causarum adæquativa, quoniam facit dispare causas eadem forma tractari. De quo iterum agit ibidem n. 19. & in cap. 2. n. 2. eod. tit.

4 Quoad secundum caput, ut reconventionio habeat duos effectus, seu privilegia simul, omnes dicunt, esse necessariò præponendam, vel antè, vel paulò post litis contestationem; alioqui si ultrà hoc tempus differatur, non operabitur, ut uterque processus pari passu ambulet, quod est primum privilegium, sed dumtaxat gaudebit secundo privilegio prorogativo jurisdictiōnis: hoc juxta communiorem sententiam. Nam sunt multi, & magni nominis Doctores, qui credunt, ista esse privilegia inseparabilia, & si reconventio tardius proponiatur, utroque carituram.

5 Igitur juxta prædictam communem sententiam reconventio cum solo privilegio, seu effectu prorogationis potest præponi quandocumque durante judicio conventionis, multò etiam post litem contestatam, juxta textum in cap. dispensia 3. §. Reus quoque, de rescr. in 6. id est, usque ad conclusionem in causa, ut explicant gloss. in d. cap. 1. Schol. 1. de mutuis pet. Innocent. ibi n. 4. Baldus n. 12. Zabarel. ex n. 12. Philippus Franch. in d. §. Reus quoque, n. 5. Anchar-

charranus n. 1. qui se refert ad prædictam glossam, Bart. in Auth. de executorib. & his qui convenientur, & reconven. §. Illud, n. 5. Albericus in d. l. cùm Papinianus, n. 4. idem Bald. in d. Aut. & consequenter, n. 8. Vel, ut alii dicunt, usque ad sententiam è quibus est Bart. in eadem Auth. & consequenter, n. 12. Henricus Boverius in suis singularib. singul. 34. verbo Reconventio, n. 2. Tepatus in compendio variar. tit. 148. cap. 3. vers. Reconventio potest, Syntagma commun. opin. lib. 7. dicto tit. 8. n. 37. Franchis decis. 376. Vivius decis. 128. n. 2. qui dicit, esse communio rem opinionem, referens Zasium, Caravita Ritu 67. n. 6. Graffis de effectib. Clericat. effect. 1. n. 762. Carcer. variar. resol. p. 2. cap. 13. n. 9. Barbosa in d. l. qui prior 29. n. 26. ff. de judiciis, & Novarius de electione fori, sect. 1. q. 15. n. 8. & 9. Neque enim conclusio ex toto æquiparatur sententiæ, Franch. decis. 286. n. 8. Tametsi explicatio d. §. Reus quoque, multum sit controversa, ut latè tractant Panorm. in d. cap. 1. n. 12. & 13. de mutuis petit. & Marianus Socinus ibidem art. 7. per totum, credentibus multis, esse correctum, seu declaratum ex textu in Clement. sapè, §. Verum, de verb. signific. ubi notat gloss. in verb. Exordio, & priori sententiæ non levem ingerat difficultatem doctrina, quam ex Bart. Baldo, Joann. Fabro approbavit Rota, ut refert Ludovicus Gomez decis. 14. lib. 1. Ex qua colligi videbatur, etiam post sententiam posse proponi reconventionem, ad effectum prorogandi, si dicendum esset reconventionem durante primo judicio propositam operari effectum prorogationis. Cùm post sententiam dicatur etiam lis pendere propter executionem, etiamsi sententia transierit in rem judicatam, ut notavimus supra huc titulo, disp. 6. n. 3. in fin.

6 Hæc autem difficultas cessat juxta jus Castellæ, quo attento, reconventio debet proponi intra viginti dies, eo jure concessos reo ad opponendas suas exceptiones peremptorias, & alias cujuscumque generis: post illos verò viginti dies reconventionio non admittitur, ac per consequens nullum habebit effectum, Ita statuitur in l. 1.

lib. 4. Recop. notat Azeved. ibi n. 60. Monterroso in sua practic. tract. 2. pag. 2.

7 Quoad tertium prædicti tractant, an reconventio possit proponi coram Judicibus ordinariis, an coram delegatis, an coram prorogatis, & an coram arbitris, & vi de ultra illos Zasium responsor. lib. 2. cap. 37.

8 Quoad quartum, reconventio in causa appellationis admitti non potest, ut communiter consentiunt Doctores, Cynus in l. per hanc, n. 7. C. de tempor. & reparat. appellat. & in d. Aut. & consequenter, n. 6. C. de sent. & interloq. omn. jud. ubi Bart. n. 15. Bald. n. 12. Fulgos. n. 13. Innoc. in d. cap. 1. n. 3. in fin. de mutuis petit. & ibi Hostiensis n. 10. Zabarella n. 4. Butrius n. 12. vers. Quartò dubitatur, Joannes Andreas n. 3. vers. Coram Judice appellationis, Panormitan. n. 31. Marianus Socinus n. 95. Hippol. de Mafiliis in repet. cap. at si Clerici n. 217. de judiciis, Speculat. d. tit. de reconven. §. Nunc, n. 6. Barbosa in d. l. qui prior 29. n. 49. ff. de judiciis, qui reddit optimam rationem, Maranta in prax. d. dist. 6. ex n. 24. ad 26. Caravita Ritu 67. n. 10. Balbus decis. 65. Rota in antiquis, decis. 1. de mutuis petition. alias decis. 61. Guido Papæ decis. 436. n. 102. Mastrill. decis. 136. Anna singul. 430. Tepatus in compendio variar. tit. 148. cap. 2. vers. In causa appellationis, Hondebedus conf. 22. n. 14. Cancer. variar. resol. p. 2. d. cap. 13. n. 50. Ripol. variar. resol. cap. 4. n. 63. Trentacinq. variar. resol. lib. 2. tit. de mutuis petit. resol. 1. n. 29. Ratio autem videtur esse ea, quam tetigimus supra tit. 1. disput. 2. n. 1175. & n. 1227. Hanc, & alias commemorat Scaccia de sentent. & re judic. gloss. 7. q. 4. speculatione 3. n. 125. Tametsi Hostiensis in summa. tit. de mutuis petit. n. 4. referat quorundam contrariam sententiam, & idem Speculator d. n. 6.

9 In causa executiva ex instrumento guarentigio vigore statuti, vel consuetudinis, an habeat locum reconventio, res est controversa. Nam communior sententia est, reconventionem universim locum non habere. Ita sentit Baldus in dict. Aut. & consequenter, n. 17. Quod probat, quia instrumentum guarentigium habet vim sententiæ ei-

eique æquiparatur, notat cum multis Cancer. var. resol. p. 2. cap. 3. n. 17. Post sententiam verò reconventio locum non habet. Eidem sententiæ adhærent Speculat. d. tit. de reconvent. §. Nunc 2. n. 5. Marian. Socin. in d. cap. 1. n. 60. de mutuis petit. & conf. 41. n. 6. & 9. vol. 1. Bartolom. Socinus litter. R. regul. 1. fallentia 18. Hyppolitus de Marsil. in d. repet. cap. at si Clerici, n. 218. de judiciis, Maranta in praxi, p. 1. d. dist. 6. n. 39. Cravet. conf. 826. n. 4. p. 5. Hondon. d. conf. 21. n. 28. Trentacinq. var. res. lib. 2. tit. de mutuis pet. res. 1. n. 14. Parlador. in lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 11. n. 31. Medices tract. de compensationib. p. 2. q. 1. n. 11. Scaccia de sent. & re jud. gloss. 7. q. 4. spec. 3. n. 156. Thusc. lit. R. concl. 61. n. 15. & 16. Cassadorus decis. unica, n. 2. de mutuis petition. Mastrill. decis. 41. n. 7. Avendañus de exequend. mandat. 2. p. cap. 30. n. 6. & ad 1. 4. & 5. tit. de las excepciones, n. 51. Menoch. de adipis. possess. remed. 4. n. 649. Quæ sententia confirmatur ex multis congestis à Tiberio Deciano respons. 98. vol. 3.

10 Verùm præsupposita hac sententia tanquam regula, eam esse limitandam, & sic in causa executiva locum habere reconventionem, si reconventio sit etiam executiva, & possit intra terminum primæ executionis liquidari, senserunt multi. Inter quos Salicetus in d. Auth. & consequenter, n. 14. vers. Quero secundò, Didacus Perez in 1. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. colum. mihi 1081. §. quid autem in exceptione reconventionis, Azevedus in l. 1. ex n. 68. vers. Contraria tamen opinionem, tit. 5. lib. 4. Recop. qui adducit multa, & bona fundamenta, Cavalcanus decis. 28. n. 11. lib. 2. Honde-deus d. conf. 21. n. 28. Muscatellus in prax. lib. 1. p. 3. gloss. actorem, n. 14. Ripol. variar. resol. cap. 4. n. 52. & 53. Gutierrez lib. 1. pract. q. 112. n. 1. 2. & 3. Rodriguez tract. de execut. cap. 6. n. 11. Paz in praxi, tom. 1. 4. p. cap. 3. n. 7. Caravita Ritu 67. n. 7. In eadem videtur esse Alexander conf. 166. n. 5. 6. & 7. lib. 2. & est de mente Cartarii decis. 3. & 4. imò & Decian. d. respon. 98. vol. 2. Ratio est, quia quando reconventio est executiva, & potest liquidari in Tom. II.

tra terminum primæ conventionis executivæ, nihil obstat, quominus procedatur simul in utraque causa, neque reconventio impedit celeritatem executionis. Ergò in causa executiva potest proponi talis reconventio.

11 Ego existimarem distinguendum esse. Aut reconveniens in via executiva vult uti primo privilegio reconventionis, & sic impedire effectum executionis, & ejus celeritatem, quia proposita reconventione ejus processus debet esse simultaneus cum processu conventionis, & non potest id facere. Quare nisi reconventionem probet intra tempus executionis, ejus nulla ratio habenda est quoad hunc effectum. Quòd si reconventio sit executiva, & eam probat intra tempus primæ executionis, poterit sine ullo incommodo uterque processus pari passu ambulare, & una sententia simul terminari. Aut reconveniens solum vult uti privilegio secundo prorogatio jurisdictionis Judicis exequentis, ut causa reconventionis ventiletur coram eodem Judice, coram quo fuit petita executio, & crederem posse reconventionem proponi in qualibet causa executiva, etiam si reconventio sit illiquida, & non possit intra terminum primæ executionis liquidari. Et effectus erit, ut executione finita processus reconventionis agitetur postea coram Judice executionis. Ratio est, quia in hoc casu viget eadem illa ratio contenta in d. l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloq. omn. jud. juncta Authent. & consequenter, nempe quia actor, cuius in agendo observat arbitrium, eum habere, & contra se, Judicem in eodem negotio designari non debet, quam ibi expendunt Doctores, & explicat benè Barbosa in d. l. qui prior 29. ex n. 10. ff. de judic. quam sententiam amplectuntur Muscatellus in prax. lib. 1. p. 3. d. gloss. actor, n. 14. Cancer. variar. resol. 2. p. cap. 13. n. 33. cum antecedentib. & in eam inclinat Maranta d. dist. 6. n. 36. vers. Non tamen intelligas, & n. 39. vers. Puta tamen posse concordari, & Scaccia de sent. & re judic. gloss. 7. q. 4. specul. 3. n. 140. & 141. cum seqq.

12 Neque obstat argumentum Baldi,  
L quòd

quod instrumentum gaurentigium æquiparetur sententiæ: quoniam respondendum est, instrumentum gaurentigium esse simile sententiæ quoad id, quod potest quemadmodum sententia executioni mandari: sed non in omnibus, & per omnia esse exequatum sententiæ obtinenti autoritatem rei judicatæ ut animadvertismus tit. 1. disp. 2. q. 7. sect. 3. n. 921. notaruntque Natta cons. 51. n. 4. tom. 1. Grammaticus cons. civili 96. n. 29. & desumitur ex Baldo in l. peremptorias 2. n. 19. C. sent. rescindi non poss. Cumano in l. si se non obtulit 4. §. Condemnatum, n. 5. vers. Ultimo dicebam, Alexand. ibidem n. 17. & 18. ff. de re judicata. Refert Asinius tract. de executionibus, §. 2. capit. 23. & Sigismundus Baldus, Baldi Perusini nepos in tract. de statutis, attributo ipsi Baldo Perusino verb. Instrumentum, n. 17. pluribus prosequitur Benedict. de Barzis tract. de gaurentigia, 2. p. & 3. p. Antonius de Canario de execut. instrument. n. 15. & 16. apud quos videbis multa discrimina inter executionem sententiæ, seu rei judicatae, & instrumentorum gaurentigiatorum executionem. Quare non rectè colligitur ex ea similitudine excludi reconventionem in executione instrumenti, quemadmodum in executione sententiæ. Ratio autem disparitatis est evidens, quoniam videlicet, qui omis- sa reconventione item est prosequutus usque ad sententiam, manifestè fuit negligens quod tamdiu reconventionem distulerit, ideo mirum non est, si ei jura privilegium prorogationis denegaverint. At verò ei, contra quem intentatur via executiva vigore instrumenti gaurentigiati, imputari non potest, cur reconventionem non proposuerit, aut cur eam tempore executionis proponat, cùm ante non potuerit.

13 Apud eosdem prædictos Doctores videre poteris, an reconventio in causis summariorum locum habere possit, item an in causis possessoriis, item quando imploratur officium Judicis, & ejusmodi alias difficultates, & dubia, quorum resolutioni nihil habemus, quod addamus.

## SUMMA DISPUTATIONIS OCTAVÆ.

- 1 *Via executiva potest converti in ordinariam.*
- 2 *De jure Castella executio fit non solum virtute sententie, sed etiam rigore instrumenti.*
- 3 *In executione de jure Castellæ ante citationem rei capiuntur pignora, sed postea ante sententiam ultimæ additionis citatur. Si ex probationibus summariorum, aut exceptionibus factis, & objectis, à reo constet in justè executum, sed tamen potuisse condemnari, via executiva convertitur in ordinariam, ibi.*
- 4 *Legibus juris civilis nititur hæc praxis.*
- 5 *Circuitus inutilis est vitandus.*
- 6 *Non est retractanda executio non iure facta, cùm constat, vel constare potest, incontinenti eum, cui facta est, esse verum debitorem.*
- 7 *Cùm datur possessio ex inordinato processu rei obligatae, retinetur pro debito, donec solvatur.*
- 8 *Idem jus servant in Castella Judices appellationis inferioris, quod Judices supremi in hoc casu.*
- 9 *Subrogatus sapit naturam, & qualitates ejus cui subrogatur.*
- 10 *De jure Castella tertius oppositor convertit judicium executivum in ordinarium.*
- 11 *Quo differat jus Castellæ à jure communi.*
- 12 *De jure Neapolitano quænam habeant parata executionem, & n. 13. & 14.*
- 13 *Ritus M.C.V. de exequendis decretis ejusdem M. C. explicatur.*
- 14 *Decretum negativum revocans affirmativum N. Curia Vicaria in judicio assistentiæ an habeat paratam executionem.*
- 15 *Prima sententia affirmativa. Si retractatur sententia exequibilis, retractatur executio, ibi. Actoris, & rei in judicio aequalis est favor, & non debent ad imparia judicari, ibi.*
- 16 *Secunda sententia negativa verior. Via executiva extinguitur cùm semel est executum, ibi.*
- 17 *Si qualibet sententia mandaretur executioni, lites essent immortales.*

Con-

## DISPUTATIONUM

## JURIS DE JUDICIIS.

83

- 20 Confirmatur ex lege Regia Castellæ.
- 21 Ritus 259. & pragmat. 2. de appellat. expenduntur, & declarantur.
- 22 Glossa in cap. accidens, ut lite non contestata declaratur.
- 23 Regula correlativorum, ut quo de uno disponitur, intelligatur dispositum in alio, patitur multas fallentias.  
Fallit, ubi est diversa ratio in uno quam in alio, ibi.
- 24 Regula de aequalitate favoris actoris, & rei quando locum non habeat.
- 25 Sententiae affirmativa in judicio assistentia antiquius executioni mandabantur quoad caput adjudicationis, & venditionis. Quando recessum fit ab antiqua consuetudine, & cur modo executioni demandentur solum quoad caput adjudicationis, ibi.
- 26 Ratio hujus novæ introductionis non placet.
- 27 Significatoria expedita contra debitores Universitatis habet executionem paratam de jure Neapolitano.
- 28 Instrumenta publica, & guarentigia habent executionem paratam eodem jure. Proceditur ad executionem via ritus per liquidationem, ibi.
- Apocæ Bancales adnumeranda sunt instrumentis publicis, quæ sunt liquidabiles via Ritus, ibi.
- 29 Vigori pacti potest fieri executio instrumentorum publicorum, haec tamen executio procedit ex moribus.
- 30 Via liquidationis est criminalis, via vero pacti est merè civilis, & in multis differunt.
- 31 Sententia Judicis delegati non habet executionem paratam. Ubi permitta est appellatio suspenditur executio, ibi.
- 32 Pragmat. 1. de delegationibus declaratur, ut locum habeat in delegationibus factis Tribunalibus, seu Congregationibus. Exemplum, ibi.
- Sententia prima S. C. in criminalibus non mandantur executioni, ibi.
- Reclamatio non datur à sententiis criminalibus Collateralis Consilii, ibi.
- 33 Verba prædictæ pragmaticæ fortassis ex errore orta.

Tom. II.

- 34 Cum delegatus procedit nomine Regio, ab eo non appellatur. Sententia unius Consiliarii Regii in causis infra summam unciarum duodecim executioni demandatur, appellatione non obstante, ibi.

- 35 Cum delegatur cum clausula, Appellatio ne remota, delegatus exequitur sententiam non obstante appellatione.

- 36 Causa executiva in Regno quomodo vertatur in ordinarium, & distinguuntur quatuor casus.

- 37 In casu liquidationis vertitur judicium executivum in ordinarium.

- 38 Item in casu executionis obligationis penes acta.

- 39 In casu executionis facta vigore pacti sit etiam via ordinaria.

- 40 In sententia assistentia convertitur via executiva in ordinarium.

Refertur novus casus, & illius decisio, ibi.

## DISPUTATIO VIII.

Utrum judicium executivum possit verti in ordinarium, & quando id locum habeat.

**1** **E**xistimanda est certissima conclusio in hac disputatione, posse, & debere in multis casibus viam executivam converti in ordinarium, & ex judicio executivo fieri ordinarium judicium. Solummodo oportet explicare, in quibus casibus id contingat, tam juxta jura Castellæ, quam juxta jura, & usum Regni Neapolitani, & quomodo veritas haec sit ad usum, & proxim reducenda in casibus occurrentibus.

**2** Juxta jura Castellæ executio sit non solum virtute sententiae diffinitivæ in rem judicatam transactæ, sed etiam vigore instrumentorum publicorum, arbitrorum, transactionum, confessionum, aut chirographorum recognitorum, juxta l. 1. & l. 2. quæ vocatur lex Toleti, l. 4. 5. & 6. tit. 2. lib. 4. Recop. & ad eas latè scribit Azeved. in veteri Ordinam. l. 4. l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordinam. quas commentatus est copiosè Didacus Perez ex column. mibi 1064. scripsit

L 2

la-

latissimè Rodericus Suarez in repet. l. post rem judicatam ff. de re judicata, notabili 1. & seq. & in declaratione legis Regni, Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. p. 1. per 12. §§. Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 1. Rodriguez tract. de execut. cap. 1. Hævia Bolaño in Curia Philipp. 2. p. ex §. 2. ad 7. Villadiégo in sua Politic. cap. 2. ex n. 1. Monterroso in praet. tractat. 3. Qui plenè tractant de iis, quæ illo jure pararam executionem habent.

3 Quoniam vero eodem jure, quamvis cum executio fit, expeditur mandatum executorium, seu litteræ executoriales, quarum virtute capiuntur pignora in causam judicati vendenda, ut satisfiat sententiæ, aut obligationi contentæ in instrumento sine citatione debitoris, seu rei; posteà tamen ulterius procedente causa executiva ante sententiam diffinitivam executionis, seu ultimæ additionis, quam Hispani vocant: *Sentencia de trance, y remate*, citandus est reus, ut opponat, si quas habet adversus executionem legitimas exceptiones (ut dicemus tit. seq. disp. 1.) ex quarum oppositione, & earum probatione, quæ infrà decennium fieri debet, solet apparere, actorem non rectè egisse vis executiva, quoniam illi non competebat, etiamsi justè potuisset agere via ordinaria, qua si egisset obtenturus fuisset pro se sententiam: isto casu via executiva injustè coepit, aut non ritè, & rectè prosequuta converti debet in ordinariam, sic formata sententia, ut reus absolvatur ab exequitione, & jubeantur illi restitui pignora capta in causam judicati, dum tamen solvat creditori quantitatem petitam contentam in instrumento, cuius vigore petebatur executio. Quo item casu actor, quamvis exequitionem non obtinuerit, sed à via executiva ceciderit, retinet tamen pignora in causa exequitionis capta, donec ista sententia lata in via ordinaria exequitioni mandetur, & obligationi satisfiat. Idem servari solet ubi lata sententia ultimæ additionis contra reum, interponitur ab eo appellatio ad suprematribunalia, judicesque superiores animadvertisunt, inferiorem non rite exequitionem perfecisse, quoniam non servaverit ad unguem solemnitatis à lege præscriptas in

via exequutiva, aut aliquam earum omiserit, nam eodem modo solent suam formare sententiam, estque justior, & utilior proferendi modus, quā si absolverent simpliçiter reum, præcipiendo, restitui illi capta in causam judicati pignora: quoniam tunc actor cogeretur inutili circuitu de novo instituere litem ordinariam, postquam se favore justitiam in eadem via ordinaria superioribus ostendisset: ex quo oriretur, ut & proferrentur lites, quas breviandas esse omnia jura proclaimant, & lites oriuntur ex litibus adversus eadem jura, & gravarentur litigantes onere dupicum expensarum, quæ incommoda proculdubio debent vitari. Hanc praxim planè docet Alexand. conf. 34. n. 4. lib. 3. & Cavalcanus decis. 35. n. 5. lib. 1. qua utuntur Hispani Doctores, & eam servandam tradunt Covarr. lib. 2. variar. cap. 11. n. 3. Didacus Perez in d.l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. glof. 1. ad verbum: *Mandamos que, col. mibi 1071. §. contingere solet sapissimè*, Joan. Gutierrez conf. 19. n. 19. ubi refert se sic judicasse, quandam litem, & ejus sententiam fuisse confirmatam in Regali Cancellaria Vallisoletana per duas sententias conformes. Idem sentit tractatu de jurament. confirm. 3. par. cap. 19. n. 7. Paz in prax. 1. tom. 4. par. cap. 3. n. 43. & 44. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 26. n. 8. Azeved. in l. 17. n. 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Amator Rodriguez tract. de exec. cap. 6. n. 56. Perez de Lara de anniv. & cappellan. lib. 1. cap. 10. n. 72.

4 Hanc resolutionem, & praxim probat apertè text. in l. ult. §. ult. ff. quod met. causa, l. ult. C. si advers. Fiscum in l. si minori 3. C. de jure Fisci, lib. 10. & in l. 1. C. de fide instrum. & jur. hast. Fiscal. eod. lib. In quibus locis exequutionibus non ritè, & solemniter factis pignora debitoris capta sic restitui jubentur, dummodo debitor debitum, de quo constabat, exolvisset. Facit doctrina, quam ex Bart. & Decio tradit Anna alleg. 93. n. 8. videlicet, quando sententia est nulla, & exequuta, posse retineri rem exequutam virtute hypothecæ, idem allegatione 22. n. 4. & allegat. 80. n. 9.

5 Secundò idem probatur, quoniam cir-

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

circuitus inutilis est vitandus, l. dominus 53. ff. de condit. indeb. Clement. Auditor, de rescript. Tiraquel. de retract. convent. §. 2. gloss. 1. n. 24. Surdus decis. 174. n. 23. & 24. & cons. 248. n. 18. lib. 2. Thusc. liu. C. concl. 229. Anton. Massa Gallesius ad formal. cameral. oblig. 3. p. 1. particul. tit. de instrum. q. 4. n. 5. & 6. Grammaticus decis. 103. ex n. 189. Barbosa in axiomatibus juris, axiomati 43. Ergo frustra annullatur exequitio; ut iterum moveatur lis ordinaria, quæ in exequitionem tandem iteratam devenire debet eo casu, quo reum, aduersus quem facta est, constat esse verum debitorem, ut recte animadvertisit Gamma decis. 237. n. 3. alioqui lites ex litibus orientur, contra tex- tum in cap. Pastoralis, 5. §. Si vero renun- ciatum, de caus. possess. & propriet. & in cap. finem litibus 5. de dolo, & contum. notat Colerus de proces. execut. p. 3. cap. 11. n. 95. Quare si reus vult restitui sibi capta pignora, debet ipse prius debitum exsolvere, ut notat Surdus cons. 39. n. 24. & 25. lib. 1.

6 Tertio confirmat eandem resolutio- nem doctrina communis, quam Doctores colligunt ex d. l. ult. §. ult. ff. quod met. caus. videlicet, non esse retractandam exequitionem non jure factam, aut capturam personæ factam ob devitum, non servato juris ordine, quando incontinenti potest consta- re, aut constat, illum esse verum debito- rem, sic limitata regula, l. si cum nulla 58. ff. de re judic. Eam tradit Paulus in eadem l. si cum nulla, & ibidem Alex. n. 8. Jason in l. à Divo Pio, §. in venditione. n. 12. ff. eodem, idem Paulus cons. 472. in causa captu- ræ, n. 4. vol. 1. Aviles in cap. 11. Prætorum, verb. Sentenciadas, n. 1. vers. Et licet executio, Mieres de majoratib. 3. p. q. 24. ex n. 8. & n. 15. ubi accommodat doctrinam ad ex- quitiones nulliter factas, Grammat. cons. crim. 40. n. 26. & 27. Bernardus Diaz lit. D. regula 168. Azeved. in l. 2. n. 50. tit. 13. lib. 4. Recop.

7 Quartò facit, quoniam quoties ex in- ordinato processu fuit data possessio, seu tenuta alicujus rei, si per prius illa referat obligata pro debito, potest pro illo retine- ri, donec solvatur, neque revocanda est

possessio, quam possessor fundat denuò concedendam, ut docet Grammaticus decis. 58. n. 5. Decius consil. 449. n. 17. & 18. Cremensis singulari 93. ex Baldo in l. fun- dus 9. n. 5. ff. de rescind. vendit. Hyppolyt. de Marsil. in pract. crim. §. secundo, n. 38. & 39. Rolandus consil. 5. n. 6. & 7. vol. 2. Negusant. de pignor. 3. p. memb. 2. ex n. 20. Craveta consil. 65. n. 4. qui multos allegat. Anna alleg. 80. n. 9. Pelaez de Mieres d. q. 24. n. 5. & 7. cum sequentib. Azevedus in d. l. 2. ex n. 49. tit. 13. lib. 4. Recop. Gutierrez de juram. confirm. 3. p. cap. 19. ex n. 7. Perez de Lara de annivers. lib. 1. cap. 10. n. 71. Joseph. Ludovic. decis. Perus. 40.

8 Ex hac resolutione infert Didacus Perez in d. l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, gloss. 1. colum. mibi 1072. §. sed dubitari pos- test, idem prorsus, quod efficiunt Judices superiores, qui convertunt judicium ex- cutivum in ordinarium prolata sententia sub ea forma, quam retulimus, quoties vi- dent actorem fore justitiam, quamvis Ju- dex inferior in exequendo non servaverit solemnitates requisitas; non enim revocant executionem non ritè factam, sed pronun- tiant condemnationem in via ordinaria, ju- bentes restitui reo pignora capta, dummo- do solvat actori debitum, idem, inquam, superiorum exemplo posse, ac debere fa- ctere Judices Conciliorum, Civitatum, ac Villarum Regni Castellæ in illis causis, de quibus cognoscunt in gradu appellationis à Judicibus inferioribus ordinariis, juxta l. 7. tit. 18. lib. 4. Recop. & l. 18. eodem tit. in C. additionum (quarum memini priori tit. dis- putat. 2. n. 1174.) & notata ibidem ab Aze- vedo, Gutierrez lib. 1. pract. ex q. 106. ad 109. Bobadilla in Politic. lib. 3. cap. 8. ex n. 183. usque ad 284. & Ignatio Villar in silva responsorum, lib. 1. responso 15. per to- tum, Narbona in predicta l. 18. qui ibi n. 8. alios refert de ea retractantes.

9 Quam illationem probati dem Didac- cus Perez ex eo, quod isti Judices Concilio- rum in predictis causis constituti sunt in lo- cum supremorum Judicium, ac per conse- quens eisdem prærogativis gaudere debent ex regula illa, quod subrogatus assumit na-

turam , & qualitates ejus , cui subrogatur , vulgata quidem ; sed notanda ob limitatio- nes , quas patitur . Eam probat *textus in l. si eum 10. §. injuriarum, ff. si quis cautionibus, l. Imperator 70. §. ultimo, cum duabus legibus seqq. l. ultim. §. ult. ff. de legat. 2.l. fideicom. 11. §. si servo, vers. Ex his appareat, ff. de leg. 3. l. filia sua 28. §. Titia, ff. de condit. & demonstrat. ubi Paulus n. 2.l. 1. §. si quis sub conditione, ff. ut leg. seu fideicom. nom. cave. §. fuerat, ubi Jason ex n. 4. instit. de action. Hippolyt. de Marsil. singul. 255. Decius in cap. 1. 19. de præbend. & consil. 190. n. 3. colum. 3. versic. Quarto hoc idem confirmatur, Everard. in locis legalibus, loco 122. à vi subrogationis, Anton. Gab. libr. 6. commun. tit. de regulis juris, concl. 2. Greg. Lop. in l. 7. tit. 18. p. 2. gloss. 2. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 4. ex n. 24. & n. 36. Valasc. consult. 132. n. 25. & 26. Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 54. n. 29. cum seqq. Bobadilla lib. 5. Polit. cap. 6. n. 31. Mieres de majorat. 1. p. q. 11. ex n. 1. Peregrin. de fideicom. art. 16. n. 30. Cabed. decis. 22. 2.p. Franch. decis. 544. n. 12. Sesse decis. 130. tom. 2. Mastrill. decis. 200. ex n. 27. Deçian. resp. 27. n. 1. volum. 1. Thusc. lit. S. conclus. 757. Surd. conf. 138. ex n. 20. lib. 1. & conf. 269. n. 17. 18. & 30. lib. 2. & de alimentis sæpiissimè tit. 1. q. 23. n. 21. q. 42. n. 46. tit. 3. q. 1. n. 30. & 34. tit. 5. q. 1. n. 32. & 34. tit. 7. q. 27. n. 5. tit. 9. q. 21. n. 1. 21. & 22. & q. 27. n. 9. q. 43. n. 7. 41. & 42. passimque ab omnibus usurpatur. Nos verò multo majori cum ratione in hoc casu hanc doctrinam admissuri sumus , qui etiam ab inferioribus in prima instantia eam sequendam diximus cum Parlador. lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 5.p. §. 16. n. 7. vers. Si ergo inferiores.*

10 Eodem jure Castellæ attento in alio casu solet converti judicium executivum in ordinarium , videlicet cum aliquis tertius , adversus quem non citatum , non condemnatum , non obligatum , executio locum non habet , opponit se executioni factæ in bonis rei obligati , aut condemnati , contendens se esse possessorem bonorum exequitorum , executumque in bonis alienis, indebetè in causam executionis cap-

tis , seu cum quis tertius facta executione in bonis rei , se opponit executioni , contendens se esse præferendum actori. Tunc enim via executiva vertitur in ordinariam; non quidem simpliciter , & absolutè , sed per modicum dumtaxat tempus , dum inquam , auditur iste tertius oppositor , & exceptiones , quas proponit , probat , cui conceditur terminus ordinarius ad eas probandas, suumque jus defendendum. Qui si quæ allegavit , probat , ita ut justè debeat obtinere , declaratur adversus ipsum , & ejus bona in causam judicati capta, executionem locum non habere , aut eum esse præferendum in pretio bonorum executorum : sin minus, sed ipse auditus in via ordinaria jus suum non patefacit , redditur ad viam executivam , pronuntiatur adversus reum , & pignora pro executione capta, sententia ultimæ additionis , non obstantibus oppositis. Sic statuitur in l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop. quæ quamvis sita sit in dict. tit. 4. de los Adelantados , y Merinos , universim recepta est omnium Tribunalium , & Judicium usu , etiam eorum , qui non sunt Adelantados , y Merinos habita pro vera sine contradictione illa doctrina Bart. in l. relegatorum 7. §. interdicere , n. 3. per textum ibi, ff. de interdict. & releg. videlicet si Imperator rescribit uni Præsidi , videri rescriptum omnibus : quare quod uni imperat , ab omnibus observari debere , quam recipiunt Angelus in l. item veniunt 22. §. Ceterum , vers. Et ex his, ff. de petitione hereditat. Paulus in l. 1. n. 5. ff. de constitut. Princip. Alex. in l. civitas 27. n. 20. Jason n. 7. ff. si certum petatur , Feli- nus in cap. 1. n. 8. vers. In text. ibi, de probationib. Socinus conf. 44. n. 5. volum. 1. Gutierrez in repet. l. nemo potest, n. 391. ff. de leg. 1. Paz in praxi 1. tom. 4.p. cap. 4. n. 2. Solorzanus de Jure Indiarum. tom. 2. lib. 4. cap. 12. n. 66. & 67. Gaspar Rodericus de annuis redditib. lib. 1. q. 12. n. 4. Azevedus ad Rubricam dict. tit. 4. lib. 3. Recopilat. statuitque apud Neapolitanos Pragmat. 40. §. 5. in fin. de offic. S. R. C. Atque ita quotiescumque tertius executioni se opponit , converti viam executivam in ordinariam , donec sententia feratur modo prædicto,

sen-

sentiunt Doctores Castellani , Rodericus Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, limitat. i. ex n. 2. Gutierrez ubi supra, & lib. i. pract. q. 114. Avendaño de exequend. mandat. i.p. cap. 16. n. 6. & 7. Azevedus in d. l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop. Gratian. reg. 418. n. 10. Parlador. liba. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 11. ex n. 58. sub tit. de except. tertii oppositoris. Paz ubi supra, d. cap. 4. n. 2. & 7. Hævia Bolaño in Curia Pphilip. 2.p. §. 26. n. 12. & 13. Villadiego in Polit. cap. 2. ex n. 126. Monterroso in sua pract. tra- Etatu 3. in princ. vers. T no solamente, folio mibi 27. pag. 1. facit Dueñas litt. E. regul. 274. limit. 2. Rodriguez de execut. cap. 8. ex n. 2. dicemus iterum tit. 3. disp. 12. n. 5. & 6.

11 Differt autem jus Regium Castellæ à jure communi in eo , quod juxta jus commune tertius iste oppositor executionem impediens summatim de jure suo docere debet, juxta textum expressum in l. à D. Pio 15. §. si super rebus, verb. Sed scien- dum, ff. de re judic. & ibi notant communiter Doctores, Bart. n. 1. Albericus statim in princ. Cumanus ante n. 1. Paulus n. 1. Imo- la n. 14. in fin. Alex. n. 1. & 2. Jafon in princ. & n. 4. & text. in cap. veniens 38. de testib. ibi, dictus P. si posset, in continentia, suam intentionem fundaret, ubi Panorm. ex n. 9. ad 11. & Felin. n. 13. 14. & 15. idem Panor- mit. in cap. cum super 17. n. 7. 31. & 32. Fe- lin. n. 16. de re judicata, Covarr. in practicis, cap. 16. n. 1. Capicius decis. 55. n. 4. Pegue- ra decis. 7. n. 7. tom. 2. Joseph Ludov. decis. Perus. 26. n. 10. Marius Giurba decis. 61. n. 1. & 2. Cancer variar. resol. p. 2. cap. 16. n. 62. Cum quo jure concordat de antiquo jure Castellæ l. 3. tit. 27. p. 3. ubi gloss. 10. At jure noviore Regio tertius oppositor non tenetur summatim de jure suo docere, sed illi conceditur terminus ordinarius, ut jus suum ostendat , ut planè statuitur in d. l. 41. tit. 4. lib. 3. Recop. & adnotavit Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 4. n. 2. Rodriguez d. cap. 8. n. 4. Parlador. d. §. 11. n. 59. ubi etiam censuit lapsum Covarruviam, quod hoc dis- crimen inter jus Regium, & commune non animadvertisit, adhærens communi. An ve- rò iste tertius oppositor executionem im-

pediat, & quando, & quatenus, dicemus se- quenti tit. Deo volente, disput. 12.

12 De jure Neapolitano paratam exe- cutionem habet imprimis sententia transfa- ta in rem judicatam, quemadmodum , & jure communi, ex textu in l. post rem 56. ff. de re judicata. Item obligatio contracta fa- vore Fisci juxta Ritum 127. Item obliga- tio stipulata poenes acta Curiæ, ex Ritu 128. qui est conformis juri communi in l. eum pro quo 17. ff. de in jus vocando. Notat Riccius amicus noster collectan. 187. Afflictis decis. 30. & 387. Muscatell. in prax. libr. 2. p. 1. glossa, Sententia, n. 89. Gallupus in praxi, p. 2. cap. 21. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1.p. §. 10. post Bart. in l. tale pactum 41. §. qui provocavit, per textum ibi, n. 2. & 3. ff. de pactis, & ibidem Paulum n. 2. & 4. Ja- son ex n. 8. eundem Bart. Paul. & Bald. in d.l. eum pro quo, Alex. in l. à D. Pio 15. in princ. n. 23. in fin. ff. de re judic. Bernardus Pandus de præsentat. & execut. instrumentor. 3.p. 14. declarat. n. 35. Franchis decis. 118. n. 7. & decis. 200. n. 22. Thesaurus decis. 26. n. 13. Grassis de exceptionib. in præludio, n. 2. & 3. Gaito de credit. cap. 3. tit. 2. ex n. 2. Debet tamen incusari dicta obligatio po- nes acta. Item Sententia S.R.C. etiamsi ab ea sit reclamatum, ut in pragm. 5. de officio S.R.C. quoniam est ad instar sententia Præ- fecti Prætorio , quæ executioni maudaba- tur præstita cautione de restituendo in ca- su retractationis. Auth. Quæ supplicatio, C. de precib. imperat. offerend. notat Rovit in eadem pragmat. 5. ex n. 1. Tapia ad eandem pragmat. ex princ. annotationum, situatam li- bro 2. Juris Neapol. Rub. 2. de officio S.C. Gal- lup. in prax. p. 3. cap. 5. n. 35. Afflict. dec. 231. n. 2. Ego notavi tit. 1. disp. 2. n. 947. Imò neque potest procedi , neque audiri quis in causa reclamationis , nisi exequuta sententia, & ante ejus exequutionem reus condemnatus non auditur, ut notat Franch. decis. 290. & planè statuitur nunc in pragm. 79. §. 9. & §. 10. de officio S.C. in novissima compilat. Quod tamen limitandum est in sententia criminali continentia actum ir- retractabilem, nam reclamans ab ea, etiam- si lata in S.C. auditur ante executionem,

ut animadvertisit idem Franchis *decis. 139.* & Muscatell. *in praxi, lib. 1. p. 7. gloss. condemnando, n. 102.* Item Sententia Tribunalis Regiae Cameræ Summariae, etiamsi ab ea fuerit appellatum, aut reclamatum, juxta *pragm. 38.* (quæ in novissima compilatione est *pragm. 37. de offic. Procurat. Cæsariorum*) ubi notat Rovitus in §. & similiter de diffinitivis, ex n. 1. & n. 16. notat discrimen inter sententias Regiae Cameræ ex una parte, & sententias S. C. ex altera.

13 Habet item paratam executionem sententia diffinitiva Magnæ Curie Vicariæ lata infra summam ducatorum 150. juxta *pragm. 3. §. 4. de offic. S. R. C.* quæ executioni mandatur præstita cautione in casu retractationis, ut *ibidem* notat Rovitus ex n. 8. Muscat. *in praxi, lib. 1. p. 7. gloss. condemnando, n. 106. vers. Sextus casus, & lib. 2. p. 1. glossa sententia, n. 133.* Gallup. *in praxi, p. 3. cap. 5. ex num. 46.* Anna singulari 466. & 469. Franch. *decis. 141. in princip. decis. 138.* & *decis. 703.* Caravita ad Ritum 257. n. 6. Petra ad Capic. *decis. 29. adnotat. 1.* jam ex jure novo, & *pragm. 73. §. 3. de officio S. R. C.* in novissima compilatione, hæc quantitas ducatorum 150. aucta est ad quantitatem ducatorum quingentorum, & usque ad istam summam quingentorum ducatorum habebit executionem paratam sententia M. C. V. & est ordo Regibus ex rescripto expedito 3. die Septembri anni 1597. verum suppresso, usque ad ultimam editionem pragmaticarum.

14 Eodem jure Neapolitano habet executionem paratam sententia affirmativa in judicio assistentiæ lata, juxta receptam consuetudinem ortam ex interpretatione *Ritus 259. relati in pragmat. de appell.* qui sic accipitur. Verba prædicti *Ritus 259.* juxta ordinem Caravitæ sunt, item non appellatur à decreto ipsius Curie civili, vel criminali, loquitur de M. C. V. Quæ verba quamvis pro hoc casu accipiuntur, videlicet de decreto assistentiæ, ut notat Caravita ad eundem Ritum n. 16. tamen ut *ibidem* in additione animadvertisit Constantinus Papa, non significant hunc casum, nec video, qua ratione ad eum dumtaxat restrin-

gantur, cum sint generalia: atque ideo generaliter accipiuntur ab Afflict. *decis. 261. n. 1.* & *decis. 356. n. 1.* & à Capicio *decis. 137. n. 17.* & *decis. 144. n. 2.* quamvis ibi videatur loqui de M. C. V. Regni Siciliæ ultra Farum. Neque item video, cur usus id retinuerit in decretis assistentiæ affirmativis, quæ civilia sunt, cum tamen in decretis criminalibus, de quibus loquitur Ritus per eadem verba, contrarium servari videamus, à quibus quotidie videmus, & appellationem interponi, & ea per appellationem suspendi, quod animadvertisit Caravita ubi *supra n. 17.* dicens prædictum *Ritum 459.* esse correctum ex *Ritu subseq. 261.* ubi videtur permitti appellatio, & ibi iterum notat idem Caravita n. 3. Ut cumque sit negari non potest, esse Ritum, quo disponatur, exequendum esse decretum assistentiæ affirmativum, appellatione non obstante, cum id restetur prædicta *pragmat. 2. de appellat.* Nullus autem alias Ritus est, qui de ea re loquatur, præter prædictum *Rit. 259.* per prædicta verba. Cum vera sit traditio Marantæ post Bart. *in l. admonendi 31. n. 7. ff. de jurejur.* quæ communiter approbatur à Doctoribus, ut notat Additio ibi, & est conformis *Glossa ibidem, verbo, Constitutionibus,* videlicet, legem, vel statutum faciens mentionem de alio statuto, fidem facere, quamvis mentionatum statutum non inveniatur. Habet apud Marantam *in suis singularibus, verb. Statutum imponens poenam.* Ideò id ita in Regno receptum est, ut restatur tum prædicta Additio Constantini Papa, tum etiam Afflict. *decis. 261.* & *decis. 359. n. 1.* Franchis *decis. 120.* & *decis. 136. n. 1.* Maranta *in praxi 6. p. tit.* & quandoque appellatur, n. 185. Lancellotus de attentatis, p. 2. cap. 12. limitat. 28. Muscat. *in praxi, lib. 1. p. 7. gloss. Condemnando, ex n. 110.* & *lib. 2. p. 1. gloss. Sententia, ex n. 135.* Gallup. *in praxi S. C. p. 3. cap. 5. n. 34.* Rovitus in *pragmat. 2. ex n. 1. de appellat.* Novarius in *collectan. 13. ad dictam pragmat. 2.* Horatius Barbatu super *pragm. de assistentia, gloss. 1. ex n. 24.* & *n. 26.* & *27.* Tapia ad eandem pragm. de assistentia, n. 4. lib. 3. *Juris Neapolit. Rubric. 40.*

Quam-

15 Quamvis autem prædictus Ritus loquatur solum de M. C. V. concedens executionem decretis affirmativis ejusdem, non obstante appellatione, tanquam superioris, & eminentis Tribunalis, de quibus etiam solis videtur loquutus Tapia nuper relatus, quæ videtur esse magna præminentia, & insigne privilegium, contra regulam juris communis, *in l. & in majoribus 20. C. de appellat.* quam tradunt Socinus regul. 40. Bernardus Diaz regula 35. Petr. Dueñas reg. 45. Marant. *in praxi p. 6. tit. & quandoque appellatur, n. 246.* Scaccia *de appellat. q. 16. n. 1. & q. 17. n. 1.* meminit, Surd. *de alimentis, tit. 8. privil. 60. ex n. 1.* ac per consequens non communicandum Curiis inferioribus, in quibus non eadem rationes videntur, & proinde potius limitandum, quam extendendum, *l. quod vero 14. ff. de legib. jureque optimo Advocati illi, quorum meminit Constantinus Papa in addit. ad prædictum Ritum 259.* tentaverint, restringi debere ad decreta M. C. V. & in eis tantum servari, quos ille non jure reprehendit: Usus tamen obtinuit, ut in sententiis assistentiarum omnium Tribunalium, etiam inferiorum, observetur, illisque concedatur executio appellatione remota, quæ non habet effectum suspensivum, sed solum devolutivum, ut transmittatur processus ad tribunalia superiora, in quibus examinatur, an sententia assistentiarum recte fuerit lata, ut confirmetur, an minus recte, ut revocetur. Meminique dum ex facto de hoc ob prædictas rationes me interveniente dubitatum esset in S. C. an videlicet ille Ritus, etiam in inferioribus tribunalibus esse practicandus, voluisseque exquirere, & cognoscere ab antiquioribus Consiliariis stylum consuetum, scilicet iisque eorum sententiam, qui responderunt, servari in toto Regno, ut sententiarum affirmativarum assistentiarum mandarentur executioni appellatione non obstante, quamvis latæ à Judicibus inferioribus, quemadmodum servatur in decretis M.C. Quam etiam proximam receptam testatur Horatius Barbatus *super pragmat. de assistentia, dict. 1. gloss. 1. n. 26.* Quæ extensio fortassis orta est ex prædicta prag. 2. *de appellat.* quæ

Tom. II.

est lex universalis, qua ille Ritus servari juvetur, ut videlicet executio decreti affirmativi assistentiarum ob appellationem non retardetur, sed solum ex remedio nullitatis ex eisdem actis. Aut fortassis etiam ex eo, quod Ritus M. C. debeant observari ab omnibus Judicibus inferioribus, ut tradit Franch. *decis. 143. ex n. 6. Grammat. in Constat. Si quis in posterum, n. 3. & 23. lib. 1. Caravita ad Ritum 1. n. 3. & 4.* Dum tamen advertas, sententiam assistentiarum affirmativam tunc non posse executioni mandari, cum conjungitur cum sententia condemnatoria in actione personali, cum caput condemnationis in actione personali suspendatur per appellationem, & certum sit ob mixtionem cum causa appellabili reddi appellabile caput inappellabile, ut dicam infra tit. 3. *disp. 12. n. 8.* & latius tractat Barbat. *super pragm. de assistent. gloss. 1. ex n. 40. & n. 65. & 66.*

16 An verò sententia, seu decretum negativum in judicio assistentiarum lata in M. C. V. in gradu appellationis à tribunalii inferiori, quibus revocantur sententiarum, aut decreta Judicis inferioris, concedentis assistentiam, declarantia, assistentiam esse denegandam, aut locum non habere, ac proinde bona adjudicata creditori ab inferiori Judice esse debitori restituenda, habeant paratam executionem, non obstante appellatione interposita ad Sac. Cons. difficultatem habet. Proposui verò dubitationem in sententia revocatoria M. C. quoniam si sententia revocatoria esset lata in Sacr. Cons. proculdubio erit executioni mandanda, nam omnis sententia S. C. habet paratam executionem, ut dixi *saperius n. 12.*

17 In qua, prima sententia ait, decretum in gradu appellationis latum revocans, sententiam concessam à Judice inferiori, habere paratam executionem, quemadmodum eam habet decretum affirmativum, & quod consequens est, bona adjudicata prioris decreti vigore, esse debitori restituenta cum effectu, virtute secundi decreti revocantis primum. Hanc tuentur Franchis *decis. 136. Vivius decis. 236. n. 8. Novarius d. collectan. 13. ad pragm. Regn. Neapol. n. 4.*

M

Bar-

Barbatus ad pragm. de assistentia, gloss. 1. n. 36. Tapia ad eandem pragm. de assistentia, n. 5. lib. 3. Juris Neapol. Rub. 40. Salernitanus decis. 25. eamque sententiam videtur approbare Muscat. in prax. lib. 1. p. 7. gloss. Condemnando, n. 114. Probatur primò ex adductis ab eodem Franch. decis. 288. n. 1. in fin. ubi ait, si prima sententia executioni mandatur, secundam etiam revocatoriam primæ esse executioni mandandam, quoniam si retractatur sententia exequibilis, retractatur etiam executio, ut tradit Rebussus in Constit. Regn. tom. 1. tractat. de sententiis executoriis, art. 5. gloss. 3. n. 3. & Anna singulari 472. juxta gloss. ultimam in verb. Universa, in cap. accedens, loco 1. ut lite non constet, quam approbat Baldus ibi, n. 6. vers. Item nota. Secundò etiam probatur, quoniam actoris, & rei in judicio par est, & æqualis favor, non enim debent actor, & reus in uno, & eodem judicio ad imparia judicari, l. in sacris 12. §. & quoniam, C. de proximis factior. scrinior. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & litium expens. Alex. in l. scimus 22. §. donec, n. 4. C. de jure deliber. Hippol. de Marsiliis singulari 389. Thuscus, Baldus, Novellus de dote, 6. p. privil. 2. n. 12. Anton. Gabriel lib. 6. commun. tit. de legibus, concl. 3. ex n. 31. Contard. in l. unica, limit. 17. negativa, n. 5. cum seqq. C. si de moment. poss. fuer. appellat. Surd. de aliment. tit. 8. privil. 60. ex n. 28. Guierrez lib. 1. pract. quest. 119. & lib. 7. de Gabell. q. 124. n. 73. Azeved. in l. 19. n. 141. tit. 21. lib. 4. Recop. Thusc. litt. E. concl. 306. & multa pro hac doctrina allegat Gonzalez in regul. 8. Cancellariae, gloss. 6. ex n. 162. usque ad 188. August. Barbos. in locis communibus, loco 3. Ex quo colligunt Bald. Novell. & Hippol. post Antonium de Butrio, quem allegant stante statuto, quod à sententia lata pro executione instrumenti contra reum debitorem non detur appellatio, ejus dispositionem esse extendendam, ut neque concedatur appellatio actori creditori à sententia, qua pronunciatur, instrumentum non esse exequendum. Ergo si sententia lata in favorem actoris habet executionem paratam, similiter habebit secunda lata in favorem rei.

18 Contraria tamen sententia, quinimò sententiam negativam in gradu appellationis latam pro reo, revocatoriam assistentiæ concessæ per primam, ab inferiori pronunciatam in favorem actoris, non habere paratam executionem, si ab ea appellat actor, videtur verisimilior, & urgentioribus rationibus innixa. In eam inclinat Rotitus ad pragm. 2. n. 8. & 9. de appellat. dicens, contra sententiam Vincentii de Franchis, cum casus acciderit, esse ulterius cogitandum. Hanc sententiam, quamvis loquantur in specie de judicio assistentiæ usitato in hoc Regno, loquentes de sententia lata super executione instrumenti guardigii, aut de quavis alia sententia exequibili, tueruntur Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 15. ex n. 4. Gonzalez in regulam 8. Cancellariae, glossa 6. ex n. 188. & ex n. 202. & ibi n. 208. afferit, huic sententiæ conformem esse stylum Curiæ Romanæ, Paz in praxi, 1. tom. 4. p. cap. 2. n. 38. qui refert plures. Et probatur primò, quia postquam semel executio habuit effectum, jam videatur extincta via executiva, & per consequens erit procedendum via ordinaria, l. a D. Pio 15. §. si post addictum, ff. de re judic. ubi probatur, quod si res addicta via exequutiva creditori pro solutione sui debitum vigore rei judicatae, evicta fuerit, non potest amplius creditor agere via executiva, quia jam fuit extincta vis, & effectus executionis, & ibi notat Bart. n. 1. Joannes de Imola n. 17. Paulus, Alex. n. 1. 2. & 3. Jason n. 1. & 2. Parlador. d. cap. fin. 5. p. §. 16. n. 19. 20. & 21.

19 Secundò, quoniam si quilibet sententia esset executioni mandanda, fieret, ut lites essent immortales, nam priusquam lis terminaretur, contingere hinc inde fieri quatuor, vel plures executiones, cum ex unaquaque sententia resultaret translatio rerum captarum pro executione ab actore in reum, & à reo in actorem, & insuper ratione fructuum perceptorum, ad quorum restitutionem fieri deberet condemnatio, lites ex litibus orientur, litesque ex litibus confunderentur, & inculcarentur, contra textum in cap. Pastoralis 5. §. si verò renun-

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

91

ciatum, de caus. poss. & proprietate, & in l. 4. §. ait Praetor, ff. de re judic.

20 Tertiò probatur hanc sententiam ex lege Regia Castellæ, quæ est l. 4. tit. 21. lib. 4. Recop. expensa in eam rem à Parlad. d. cap. fin. 5. p. §. 15. n. 4. qua statuitur, arbitrorum sententiam esse exequutioni mandandam, verùm si sententia jam exequutioni mandata, revocata fuerit per tribunal superius, ad quod fuit provocatum, posse à tali sententia revocatoria supplicari, firma tamen remanente executione prius facta, donec alia sententia in gradu supplicatio-  
nis, seu revisionis proferatur.

21 Quartò tandem probatur ex verbi pragm. 2. de appellat. prædict. Ritum 259. confirmantibus, & servari jubentibus. Nam verba pragmaticæ vim executivam tribuunt solum decreto affirmativo in judicio assistentiæ lato, imò verò testantur, Ritum de solo decreto affirmativo loquutum, audi verba pragmaticæ. Magnæ Curiæ Vicaria Ritum, quod à decreto super assistentia affirmativo non appetetur, ad effectum retardandæ executionis locum habere decernimus, &c. Quare aut Ritus verba corrupta sunt, & immunita, cùm desit verbum illud, Affirmativo, aut certè, quamvis Ritus generaliter loqueretur, verba illius solum pro decreto affirmativo accipiebantur, nam ita videtur illa interpretatus, & accepisse ex usitato tunc sensu, Afflct. d. decis. 261. n. 1. dum ait, fuit in Consilio judicatum, item in quo cumque alio decreto M. C. affirmativo, ut si appetetur, mandetur executioni, &c. Ex quibus pragmaticæ verbis limitatè loquentis, colligitur, leglatorem decretis super assistentia negativis vim executivam denegare voluisse, & illa reliquise sub generali regula l. & in majoribus 20. C. de appellat. dum illam solis affirmativis concessit. Exceptio enim firmat regulam in contrarium, l. nam quod liquidè, §. ultimo, ff. de pœna legata, l. quæsitum, §. denique, ff. de fundo instruct. Decius in l. 1. n. 20. ff. de regulis juris, Covarr. lib. 2. variar. cap. 5. n. 6. Matienzus in l. 1. tit. 10. lib. 5. Recop. gloss. 15. Mieres de majoratibus, I. p. q. 22. n. 2. & 3. cum seqq. Simon de Prætis de interpret. ultim.

Tom. II.

volunt. lib. 4. interpret. 2. dubitat. 3. per totam, Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 7. tit. 16. ex n. 30. vol. 1. Et succedit elegans, & celebris doctrina Angeli in l. si res 7. n. 2. ff. de appellat. recipiend. & in l. quisquis 6. n. 3. C. quorum appellat. non recipi, quam dicit se multoties practicasse, vide licet, quando denegatur appellatio à decretis affirmativis, censeri nihilominus permisam à negativis, cessat enim in illis ratio prohibitæ appellationis, & sic cessat dispositio legis, quia cessat mens, cùm mens, & ratio differant inter se, in quam rem multa congregat Tiraquel. in tractat. de cessante causa, in princ. ex n. 138. Ita contingit in multis aliis juris articulis, ut in causis alimentorum, à decretis affirmativis non appellatur, à negativis autem potest appellari, & in omnibus casibus, quos enumerat d. l. si res, nam à decretis affirmativis statuitur, appellari non posse, à negativis autem in eisdem casibus appellationes recipiuntur. Quam doctrinam sequuntur, & approbant Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. n. 876. Contardus in l. unica, limitat. 17. negativa, ex n. 1. C. si de moment. possess. Lancellotus de attentatis 3. p. cap. 28. n. 89. Surdus de aliment. tit. 8. privileg. 60. ex n. 25. Dueñas regula 44. limit. 1. Scaccia de appellat. q. 17. limit. 6. membr. 4. n. 38. Marcus Antonius de Amatis decis. 75. ex n. 12. & n. 21. cum seqq. Tiraquellus in tract. de mort. p. 6. declarat. 6. n. 3. Rovitus in pragm. 2. n. 9. & 10. de appellat. Paz ubi supra.

22 Hæ rationes non solum reddunt hanc sententiam verisimiliorem, sed fortassis etiam magis veram ostendunt. Ad argumenta verò contrariæ sententiae facile responderi potest. Ad primum doctrinam illam Glossæ in cap. accedens, ut lite non contestat. videlicet revocata sententia exequibili, revocari, & retractari etiam executionem, sic esse intelligendam, ut retractetur quidem executio, non tamen de facto, & incontinenti, sed vel quando sententia retractans habet executionem paratam, vel quando transit in rem judicatam, & ab ea non fuerit appellatum.

23 Ad secundum regulam illam cor-  
M 2 tel-

relativorum, ut quod de uno disponitur, in alio locum habeat, ex qua colligitur, inter actorem, & reum, ut potè correlativos equalitatem servandam, habere plurimas fallen-tias. Centum concessit Joann. Bapt. de S. Blasio tract. de correlativis, ex n. 34. tom. I 8. tract. Septem retulit. Anton. Gabriel lib. 6. commun. tit. de legibus, concl. 3. ex n. 51. Et quod ad rem attinet tunc correlativorum regula locum non habet, cum est diversa ratio in uno, quam in alio, ut multis relatis adnotavit ubi supra Anton. Gabr. n. 51. Joan. Bapt. de S. Blasio n. 39. versic. Duodecimo fallit, ubi id multis textibus comprobatur, docetque Alex. in l. si emancipati 9. n. 6. in fin. C. de collat. quam legit in fine tituli, Cassanæus in consuet. Burgund. in conclus. & approbat. verb. Interprete, n. 10. conclus. 7. vers. Secus autem, August. Barbos. in locis communib. loto 29. n. 2. Everard. in locis legalib. loco 20. à correlativis, n. 7. & 8. Est autem multum diversa, & major ratio, cur decreto affirmativo assistentiae in favorem actoris concedatur vis executiva, quam negativo in favorem rei. Nam decretum affirmativum est conforme contractu facto ab ipso reo in favorem actoris, & sic concurrunt contractus, & sententia, ac per consequens æquum est, ut majorem vim habeant, quo celerius actori satisfiat. At decretum negativum non concurrit cum contractu, imò est disforme, & illi repugnat, quare non potest habere tantam vim, & efficaciam, quantam affirmativum, cum duo vincula fortiora sint, quam unum, l. penult. in princ. C. de adopt. Auth. itaque, C. commun. de succes. Negusant. de pign. 5. p. memb. 4. n. 22. in fin. Joan. Garcia ad nobil. gloss. 6. n. 56. ubi plura adducit.

24 Secundò respondet Parlad. lib. 2. rerum quotid. d. cap. fin. 5. p. §. 10. n. 15. regulam de æqualitate actoris, & rei locum non habere, cum aliquid statuitur in favorem unius ex illis, quòd si communicaretur alteri, resultaret in damnum ejus, cui concessus est favor. Nam cum statuat alia regula, quod favore unius introductum est, non debere in ejus damnum converti, l. nulla 25. ff. de legibus, l. 3. §. Dua autem sunt

causæ, ff. de Carbonian. edict. l. quod favore 6. C. de legib. August. Barbosa Axiomate 96. fit, ut non possint actor, & reus esse æqua-les in eo, quod in hac parte in favorem ac-toris provisum est, alioqui si favor actoris reo communicaretur, actoris favor conver-teatur in ejusdem damnum. Porrò favore actoris, non rei statutum est, ut decretum assistentiæ affirmativum executioni deman-detur, appellatione non obstante, quo ce-lerius creditori satisfiat, quod si hoc reo communicaretur, lis immortalis fieret, pro-crastinante solutionem reo, & res nunquam ad exitum deveniret. Igitur quod in gra-tiam actorum introductum fuit, in eorum-damnum retrorqueretur.

25 Ut verò nihil antiquitatis poenitus ignoretur, sciendum est, ab antiquis tem-poribus, tūm ob prædictum Ritum, tūm ob dictam pragm. de appellation. receptum fuisse, ut generaliter, & in omni casu de-creta assistentiæ affirmativa executioni mandarentur, ut planè significabant dictæ pragmaticæ verba, sine ulla distinctione lo-quentia, & consequenter sine distinctione in omnem casum intelligenda, & accipiendā, l. de pretio, ff. de public. in rem act. l. non distingueamus, ff. de recept. arbitri. l. 1. §. quod autem Prætor, ff. de aleatorib. l. 1. §. & gene-raliter, ff. de leg. præst. l. in fraudem, §. ul-timo in fin. ff. de militar. testam. l. ultima, C. de heredit. vel act. vend. Ludovic. Roman. in l. si verò 65. §. de viro, ex n. 19. ff. solut. matrim. Thuscus litt. L. concl. 261. Socinus litt. L. regula 284. Castillo de usufruct. cap. 3. n. 81. Surdus consil. 271. n. 27. & 28. lib. 2. Ubi enim lex non distinguit, neque nos distinguiere debemus, l. 4. in fin. ff. de offic. Præsid. l. Imperator, §. ult. ff. de postul. cap. si Romanorum 19. dist. Thuscus litt. D. concl. 508. Ex quo non solum quoad caput adjudicationis, sed etiam quoad caput ven-ditionis prædicta decreta effectum suum fortiebantur, juxta tradita ab Afflictis d. decis. 261. Caravita ad Ritu 259. n. 16. Mus-catello in praxi lib. 2. p. 1. gloss. Sententia, n. 163. At tempore verò Vincentii de Fran-chis ob quandam animadversionem Con-siliarii Joannis Fœlicis de Scalaleo recessum est

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

93

est ab antiqua consuetudine , & stylo , & stylus novus introductus , ut prædicta decreta executioni mandarentur solum quoad adjudicationis caput, si creditor eam viam eligat, non verò quoad caput venditionis bonorum , quoad quem effectum appellatio interposita non solum devolvit causam, sed etiam suspendit sententiam. Idque ita ut nostro tempore jam hæc res abserit in consuetudinem incontrovertibilem. Hoc planè colligitur ex traditis à Franchis decis. 120. Muscatello in praxi lib. 1. p. 7. glossa, Condemnando, n. 113. & lib. 2. p. 3. glossa, adjudicantur, ex n. 49. Tapia ad prædict. pragmat. de assistentia, n. 4. libr. 2. juris Neapol. Rubr. 40. Rovito ad pragm. 2. n. 1. de appellat. refert Barbatus ad pragm. de assistentia, gloss. 1. ex n. 52.

26 Ratio tamen illa præcipua hujus novæ introductionis, de qua Franchis d. decif. 120. n. 8. displicet Rovito in d. pragmat. 2. eamque impugnat ex n. 4. ut videamus quam leviter in judiciis introducatur novus stylus , & recedatur à veteri. Sed quoniam prædicta impugnatio involvit difficultatem, an, & quando debitor possit recuperare pignora sua in causam executionis capta, & vendita , de qua nos fuse, & ex professo (Deo volente) agemus tit. sequent. disput. 24. visum est hoc loco eam omittere, & quæ dicenda erant commodiori , & congruentiori loco reservare.

27 Habet item juxta jura Neapolitana exequionem paratam significatoria expedita contra debitores Universitatum per rationales , aut alios Deputatos ad vindendum rationes , & computa Universitatum, juxta pragm. 5. in cap. 20. & ultim. de administrat. Universitatum ; sic intellectam, & acceptam communi interpretatione, teste Vincentio de Franchis, decif. 347. Muscatello in praxi lib. 2. gloss. sententia, n. 173. & 174. quæ est in 1.p. Rovito ad eandem pragmat. ex n. 46. quæ quoad illud caput concordat cum jure Castellæ in l. 22. tit. 6. lib. 3. Recop. juxta tradita à Gutierrez libr. 1. practicar. quest. 37. Bobadilla in Polit. lib. 5. cap. 4. n. 84. Escobar de Ratjociniis, cap. 31. Item juxta eadem jura Neapolitana

executionem paratam habent sententiæ sindicatus quoad pecuniariam poenam , ut in cap. vulgaris fame, Regis Roberti, quod est juxta ordinem, Joan. Anton. de Nigris cap. 260. ubi idem Joan. Anton. Puteus de sindicatu, verb. Appellatio, cap. 1. ex n. 16. quod videtur concordare cum jure communi in l. nulli 3. C. quorundam appellat. non recipi.

28 Habent tandem executionem paratam instrumenta publica, & guarentigia confecta, juxta Constit. instrumentorum robur, lib. 1. tit. 83. apud Afflict. lib. 1. Rubr. 79. Sunt verò duæ viæ exequendi prædicta instrumenta. Altera liquidationis juxta Ritum 166. cum seqq. sub certis quibusdam solemnitatibus , & cæremoniis , ut ibidem notat Caravita, Troysius, & Scagliolus n. 18. Maranta in praxi p. 6. tit. de instrument. productione, seu octavo actu, ex n. 1. Galterius in practica instrumentaria 2. part. prima principialis , Rubr. unica, ex n. 1. Rovitus in Rubr. de instrumentor. liquidatione ex num. 3. Tapia lib. 3. juris Neapol. Rub. 45. in princ. & ad prædict. Ritum 166. Item quod si debitores, Gizzarellus decif. 72. Iстis instrumentis liquidabilibus adnumerandæ sunt Apocæ Bancales, in quarum executione proceditur ad instar instrumentorum liquidatorum via Ritus, juxta pragm. 64. §. 2. & 6. de offic. Procurator. Caesar. ubi prosequitur Rovitus ex n. 32. Galterius in pract. instrumentaria 1. prima part. Rub. 2. n. 46. Gaius de credito, cap. 2. tit. 9. ex n. 3219.

29 Altera executionis via conceditur instrumentis publicis, & guarentigiis vigore pacti executivi, quām ex moribus potius quām legibus descendisse animadverti priori tit. disput. 2. q. 7. sect. 3. n. 913. Iсти sunt frequentiores casus, in quibus patet in Regno via executiva , alios enumerat Muscatellus in praxi lib. 1. p. 7. gloss. sententia, ex n. 133. & ex n. 165. & Mausonius de causis executivis, post quest. 6. ex ampliation. 1. per omnes sequentes.

30 Est autem inter has duas exequendi vias latum, magnumque discrimin. Nam prima liquidationis criminalis est, & in ea morosus debitor, qui suæ obligationi tempore debito non satisfecit, non auditur, ni-

si in vinculis, vel facto deposito, & insuper si vincitur, sic auditus patitur poenam pecuniariam decimæ Fisco applicandam ultra quantitatem debiti ob perjurium incursum, & inobseruantiam juramenti in omni contractu instrumentario in hoc Regno adhibiti, ut observat Afflictis *decis.* 64. & Franchis *decis.* 162. ubi Additio Riccii, & Visconte, & *decis.* 353. Et antiquitus erat imposta debitori contravenienti poena corporalis abscissionis manus, ut in Ritu 171. & in Ritu 179. ubi notat Caravita, & in Ritu 166. n. 1. in fin. Secunda verò agendi via est merè civilis, & in ea reus auditur extra vincula, & non facto deposito, & nullam poenam patitur præter solutionem debiti.

31 Hoc tamen loco obviter se offert advertendum, propter manifestum errorem quorundam mentibus infixum, sententias Judicium delegatorum, etiamsi delegatio sit à Principe, & delegatus sit Judex de gremio alicujus Tribunalis, cuius sententiæ habent paratam executionem, ut si esset Consiliarius S. R. C. aut Præsidens Regiæ Cameræ Summariaæ, non habere executionem paratam, neque executioni mandari debebere appellatione interposita ad delegantem, seu ex concessione Principis ad eadem superiora Tribunalia, ut probant *textus in l. 2. in l. eos etiam 16. l. à Proconsulibus 19.* & in l. *præcipimus 31. §. hac si appellatio, C. de appellation.* Notatque Franciscus Marcus *decis. 73. ex n. 2. & decis. 75. & dec. 345. 1.p.* Maranta in praxi tit. & quandoque appellatur, ex n. 386. Franch. *decis. 684.* Rotitus in pragm. 5. n. 17. de officio S.R.C. qui ita dicit se obtinuisse in quadam causa. Expendo ego pro hac sententia in hoc Regno verba pragm. 10. in §. 2. quæ eadem repetuntur in pragm. 11. §. 2. de Officialibus, & que eis prohibeant. & est pragmatica Magni illius Regis, & Domini nostri Philippi II. quæ ita habent. Pero bien permitimos, que en caso de falimiento de algun Banco, el Virrey pueda nombrar algun Comissario delegado del Consejo, o de la Sumaria, para que haga lo que al tal Banco conviene. Y si alguno se sintiese agraviado de lo que se sentenciase, se

apele al Tribunal, donde de justicia ha de venir, y tratarse la causa, de que apelará. Ex quibus planè fit, non esse denegatam in hoc Regno facultatem appellandi, quam jura communia concedebant litigantibus apud Judices delegatos, si se gravatos senserint ex eorum sententiis. Ac per consequens appellatione interposita eas sententias executioni mandari non posse. Nam, ut rectè adnotavit Jason *confil.* 187. n. 25. in fin. *versic. Tertiò predicta conclusio, vol. 2.* Ubi permissa est appellatio, illa censetur impedire executionem, alioqui futura esset frustratoria, cum tamen lex, & natura nihil faciant frustra, August. Barbosa *Axiomate 33. n. 3.* Brunorus à Sole in *proposit. juris compendio, litt. N. verb. Natura,* ut de lege probat l. *hac stipulatio, §. Divus, ff. ut legat. seu fideicomm. nom. cav. l. qui bis idem 18.* ubi notat idem Jason n. 7. ff. de verbor. obligat. l. postliminit 5. §. ultimo, ff. de capt. & postlim. revers. de natura, testatur Aristoteles lib. 1. Politicor. cap. 2. & lib. 2. de generazione animal. cap. 4.

32 Neque nobis objiciat quis verba pragmat. 1. de delegationibus, in qua dum referuntur incommoda orta ex delegationibus in hoc Regno frequentissimis, tam commissis Tribunalibus, ut universis, quam qui buslibet Ministris, ut singulis, inter cætera dicitur *Dalche è nato, che dalle sentenze, che in virtù di tali delegationi sono fatte le parte non ne hanno possuto appellare.* Nam respondetur, illa verba esse referenda ad delegationes factas Tribunalibus, ut universis, observatur enim in illis, ut cum Judices congregati sunt superiores, sententiæ primæ mandentur executioni, non expectata reclamatione, neque attenta, quod videtur innuere *Pragmatica 13. de officio judicum.* Ita contigit in quadam causa inquisitionis falsitatis contra quemdam Scribam Sacri Consilii. Nam cum me agente partes Fisci instantे, fuisset condemnatus ad tritemes, per Judices Congregationis delegatae contra falsitates, sententia subito fuit executioni mandata, intervenientibus Dominis Regiis Consiliariis Joanne Francisco Sanfelicio, nunc meritissimo Regente, D. Fran-

cif-

cisco Sapiro, D. Flaminio Constancio, & Ju-  
dice M. C. V. Marco Antonio Rossino, vi-  
ris notæ integratatis, ut taceam plurimas  
alias eorumdem laudatissimas virtutes, &  
ornamenta. Cum tamen certum sit, non  
mandari executioni sententias primas S. C.  
in causis criminalibus, continentes grava-  
men irreparabile, cùm proceditur absque  
delegatione, ut dixi *supra n. 12.* Hoc au-  
tem fortassis ex eo provenit, quoniam à  
sententiis latis in judicio criminali in Colla-  
terali Consilio non datur reclamatio, juxta  
antiquam observantiam, de qua testatur  
Vincentius de Franchis *decis. 637. n. 1.* &  
Ponte *de potestate Proregis, tit. 12. n. 6.* for-  
san quia in eis proceditur nomine Regio,  
ut significat Ponte, & sensentur sententiæ  
Principis, aut Senatus, à quibus appellare  
non licet, *l. 1. §. 1. & 2. ff. à quibus appell.*  
*non licet.* Cùm autem istæ Congregationes  
procedant in causis ex delegatione Prore-  
gis in Collaterali Consilio, videntur obti-  
nere locum ipsius Collateralis Consilii in  
istis causis delegatis, cùm sint Tribunal col-  
legiatum. Non esse autem verba illa præ-  
dictæ pragmaticæ referenda ad delegatio-  
nes factas Ministris Tribunalium, ut singu-  
lis, quasi significet, ab eorum sententiis ap-  
pellari non posse. In eis enim planum est,  
non vigere eandem rationem, quippè cùm  
scitum sit proverbium: *Multa manus onus  
levius reddunt, apud Erasmus chiliade 2.  
cent. 3. adagio 95.* plurimum enim industria  
difficultatem minuit, & integrum est judi-  
cium, quod plurimorum sententiis confir-  
matur, *cap. prudentiam 21. in princ. de of-  
ficio, & potest. judic. deleg.* & ut vulgo dici-  
mus, plus vident quatuor oculi, quæ duo,  
è contra autem. *Unus vir, nullus vir,* apud  
eundem Erasmus chiliade 1. cent. 5. *adagio*  
40. & apud Alciatum *emblemate 41.* & ibi  
notata à Commentatore, quæ apprimè in  
hanc rem cadunt.

33 Vel secundò, & melius responde-  
tur, fortassis verba illa pragmaticæ orta  
fuisse ex vana illa persuasione, à delegato-  
rum sententiis non concedi appellationem,  
qua, ut multi in hoc Regno sunt decepti,  
potuit etiam decipi illius pragmaticæ or-

dinator. Quorum verborum ratio habenda  
non est, cùm non inveniantur in decisione  
illius, sed in relatione, & verba sint fortassis  
supplicantum pro ablatione delegatio-  
num potius quæ Legislatoris. Per quæ cen-  
sendum non est, tot, tamque insignia juris  
Civilis, & Canonici loca esse correcta, ar-  
gumento, *l. si quando, C. de inoffic. testam.*

34 Illud tamen est verissimum, præ-  
dictam resolutionem, videlicet conceden-  
dam esse facultatem appellandi à senten-  
tiis singulorum delegatorum, limitandam  
esse primò, cùm delegatio sit cum clausu-  
la, *quod delegatus procedat nomine Regio,* tunc  
enim sententia executioni mandatur appelle-  
tatione non obstante, ut rectè animadver-  
tit Capicus *decis. 111.* & Joannes Vincen-  
tius de Anna *in repetit. Constat. Constitu-  
tionem divæ memorie, n. 10.* Ponte *de potestate  
Proregis, tit. 12. n. 4.* Idque magna cum ra-  
tione, nam à Principe non appellatur, *l. 1.  
in princ. ff. à quibus appell. non licet*, & per  
consequens neque ab eo, qui nomine Re-  
gio judicat. Quod confirmatur apertissimo  
exemplo, nam causæ infra summam uncia-  
rum duodecim committuntur decidendæ  
cuilibet ex Regiis Consiliariis, qui potest  
eas solus decidere, proferendo sententiam  
nomine Regio, quæ sententia executioni  
demandatur, non obstante appellatione ad  
instar sententiarum Sacri Regii Consilii  
juxta pragmat. 41. *cap. seu §. 11. de officio  
S. R. C.*

35 Secundò limitanda est, cùm dele-  
gatio expeditur cum clausula, *appellatio-*  
*remota*, nam tunc sententia delegati non ob-  
stante appellatione, executioni manda-  
tur. Eam autem clausulam Princeps potest  
apponere in commissione, *d.l. 1. §. inter-  
dum, ff. à quibus appell. non licet*, notat Col-  
lerus *de process. executivis, 4.p. cap. I. n. 25.*  
Sanchez *consil. moral. lib. 3. cap. unic. dub.*  
10. singulariter loquens. Et sic habui ego  
commissionem cum prædicta clausula ab  
Excellentissimo Duce de Alcala hujus  
Regni Prorege, & Collaterali Consilio,  
cùm delegata fuisse mihi anno præterito  
1630. instantibus Principe Satriani, &  
Principe Belmontis inquisitio, & punitio

cujusdam scandalosæ seditionis, & resistentiæ, quæ dicebatur facta à Civibus Civitatis Amanteæ Judici designato ad immittendum in possessionem illius Civitatis Principem Belmontis, cui fuit vendita à Regia Curia. Nam hic est effectus clausulae, *appellatione remota*, ut notant Hippol. de Marsiliis singul. 295. Maranta in prax. 6.p. tit. & quandoque appellatur, ex n. 336. Scaccia de appellat. q. 16. limit. 1. ex n. 20. Barbosa tract. de clausulis usufrequentioribus, *clausula* 9. & has easdem duas limitationes admittit Rovitus in d. pragmat. 5. d. n. 17. de offic. S. R. C.

36 Ut verò jam regrediamur ad institutum nostrum, cuius gratia hæc omnia præmissa sunt, agemus, quoniam modo soleat in Regno Neapolitano via executiva converti in ordinariam, idque in quatuor casibus frequentioribus, videlicet: Primo in liquidatione instrumenti. Secundò in executione intentata virtute obligationis apud acta. Tertiò in exequutione petita vigore pacti executivi. Quarto in sententiam assentientiæ. Nam quod de his dicemus, poterit in aliis trahi ad consequentiam.

37 In primis, dum quis citatur super tenore instrumenti, juxta prædictos Ritus 166. & seqq. si appellaret ab indebita citatione ut quotidie contingit, facta relatio ne in S. C. per M.C.V. si reus allegat contra liquidationem aliquam exceptionibus, quas recenset Caravita Ritu 167. ex n. 1. vel contentis in pragmat. 8. cap. 7. de instrumentor. liquidat. in noviss. compilat. aut diceret, instrumentum non esse solemne, juxta Const. instrumentorum robur, quia non intervenient testes omni exceptione majores: cuius exceptionis meminit Afflictis in d. Constit. instrumentorum robur, n. 32. & Freza de præsentat. instrumentor. p. 5. ex n. 3. Gaitus de credito, cap. 3. n. 396. cum seqq. & n. 423. cum seqq. tit. 1. & Caravita in d. Ritu 166. n. 18. Cùm certum sit, ubi statutum, vel lex requirit testes omni exceptione majores, vel testes integros, & bona fama, quemadmodum requirit prædicta constitutio, opus esse, ut integritas, & bona fama testimoni articuletur, & probetur specialiter ab

eo, qui se fundat in instrumento, vel testimoniis, nec sat esse generalem præsumptionem de testimoni idoneitate, ut possit quis obtinere, ut adnotarunt Hippolytus de Marsiliis singulari 187. num. 2. & 3. Alciatus de præumptionib. regula 3. præumption. 2. n. 2. Benintendis decis. 61. ex numer. 15. Rolandus à Valle cons. 84. ex num. 8. volum. 3. Covarr. in cap. relatum 11. ex n. 8. de testam. Gregor. Lopez in l. 117. tit. 18. p. 3. gloss. 2. in fin. Molina de primogen. lib. 2. cap. 6. n. 30. Joannes Garcia de expensis, & meliorationib. cap. 6. n. 14. Velazquez in l. 41. Tauri, glossa 11. n. 2. Avendañus de exequend. mandat. 1.p. cap. 6. n. 7. Azevedus in l. 1. n. 22. & 26. tit. 7. lib. 5. Recop. Cevallos in spec. pract. q. 900. ex n. 141. Bobadilla lib. 5. Polit. cap. 1. n. 224. Farinacius in prax. q. 62. ex n. 6. Mascard. de probat. volum. 1. concl. 222. bonum quemlibet, ex n. 14. & volum. 2. concl. 1022. n. 16. & 17. volum. 3. concl. 1255. qualitas, ex n. 12. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 1. ex n. 35. Pacianus de probationib. lib. 1. cap. 53. ex n. 61. Gratian. discept. forens. tom. 3. cap. 537. ex n. 1. Thuscus litt. Q. concl. 16. ex n. 72. Franchis decis. 644. n. 2. (quam doctrinam, cùm in casu occurrenti, circa Const. instrumentorum robur allegarem in S. C. habita pro vera) aut si facta fuisset præventionis, juxta formam pragmaticæ unica, de præventione moderanda, ut statuit in Ritu 168. versic. Nota, quod ille, & notat Bernardinus Pandus de present. & execut. instrumentorum. 4.p. declarat. 19. ex n. 110. aut cum quovis modo inturbidatur liquidationis via, maximè si causa ipsa liquidationis habet connexionem cum causa pendentii in S. C. interloqui solet idem Sacrum Consilium, procedatur via ordinaria, aut causa remaneat in S. C. utroque enim modo cessat via executiva liquidationis, nam in Sacro Consilio non proceditur ad liquidationem instrumentorum, & sic ex via executiva fit via ordinaria.

38 Quod attinet ad obligationes pœnes acta, tametsi executioni demandentur absque prævia partis citatione, ut statuit Ritus 128. & ibi notat Caravita n. 1. & in

*Ritu 186. n. 2. Muscat. in praxi p. 1. lib. 2. glossa in forma, num. 90.* multi sunt casus, in quibus post ipsas incusatas opponente debitore defectus obligationis supersedeatur in executione. Veluti si opponeretur, obligationem esse contractam à filiofamilias, sine renunciatione exceptionis, *quod cum eo*, vel à muliere intercedente pro alio, quo casu juvatur Senatusconsulto Vellejano, supersedendum est in executione, ut notat Muscat. ubi supra, n. 91. & 92. qui alios allegat, & audiuntur partes in via ordinaria.

39 Simili modo præsentato instrumento guarentigiano, & petita executione vigore pacti executivi, fit debitori præceptum de solvendo, cum comminatione executionis, ut notavi tit. 1. disput. 2. q. 7. sect. 3. n. 913. Quod si debitor alleget solutionem, vel compensationem, aut alias exceptiones legitimas contra obligationem, recedi solet à via executiva, & provideri, quod infra tres, vel quatuor dies partes audiantur super omnibus hinc inde prætensis, & ex via executiva fit ordinaria.

40 In sententia assistentiæ accidit casus in S.C. in aula, in qua ego residebam, qui visus est novus, & revera difficultis, & qui ex utraque parte habet maxima incommoda, in causa cuiusdam Fabritii Ricciardi, & Joannis Felicis Flore Clericorum, cum Eleonora Bonella. Nam cùm tractaretur de exequenda sententia assistentiæ prolata in S.C. in favorem dictæ Eleonoræ contra Ferdinandum Ricciardum fratrem dicti Fabritii, adjudicatis, seu venditis bonis, super quibus erat præstita, quæ putabantur Ferdinandi, ut constat ex processu, comparuerunt prædicti Clerici opposentes se prædictæ executioni, qui asserebant, tempore, quo cœptum erat judicium assistentiæ contra dictum Ferdinandum, se fuisse dominos, & possessores eorundem bonorum, super quibus erat petita assistentia, non citatos, nec vocatos ad judicium, ac per consequens sententiam contra ipsos executioni mandari non posse ut spoliaren tur sua possessione, juxta text. in cap. licet Episcopus 28. de præbend. in 6. & in cap. cum Tom. II.

super 17. de re judic. regulamque tituli, C. res inter alios actas, item textum in l. ultim. C. si per vim, vel alio modo, & notata à Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. 6. Difficultatem faciebat, quod in judicio assistentiæ, ut sententia obtineri possit, duo extrema sunt probanda. Primum, videlicet, illam rem, super qua petitur assistentia fuisse in bonis, & de bonis rei obligati, qui illam obligationi supposuerit, cum clausulis consuetis constituti, & precarii. Secundum, illam eandem rem, super qua assistentia petitur, possideri ab eo, contra quem petitur assistentia, juxta tradita ab Afflito decis. 37. & 383. Franchis decis. 86. n. 5. & 6. & decis. 101. n. 21. 22. & 23. Muscat. in prax. lib. 2. p. 1. glossa sententia, n. 162. Rovito in prag. I. ex n. 27. de assistentia. Ac proinde istos, qui se opponebant executioni sententiæ, videri velle infringere totum processum, in quo probatum erat, prædictum Ferdinandum Ricciardum fratrem prædicti Clerici Fabritii Ricciardi condemnatum posseisse illa bona, super quibus erat præstita assistentia, tempore judicij cœpti. Videbatur autem hæc nova via oppugnandi sententias assistentiæ, quæ si apperiretur admittendo prædictam oppositionem, nulla futura erat sententia ab ista oppugnatione, & nova calumnia libera in isto Regno, in quo nihil est frequentius calumniis reorum, & effugii, quominus contractis obligationibus satisfaciant. Quod si hæc allegatio non admitteretur, fore, ut pateret via spoliandi suis bonis homines incavtos, & securos, non citatos, nec ad judicium vocatos, dum probaretur per testes falsos (quorum in hac Civitate, & Provincia, ut ferè in aliis, in numero est copia) illos reos, contra quos exercetur judicium assistentiæ, sèpè sèpius etiam in contumaciam, possidere bona, super quibus petitur assistentia, ignorantes veris dominis, & possessoribus, quod erat valde durum, & inhumanum. Allegabant autem isti oppositores, errasse testes in judicio assistentiæ, examinatos, dum declaraverant, Ferdinandum esse possessorem illorum bonorum, super quibus petebatur assistentia, & occasionem erroris fuisse,

N

quod

quod prædictus Ferdinandus frater veri domini, & possessoribus, videlicet Fabritii Ricciardi, erat prædictorum bonorum administrator, non possessor verus, sed dum taxat jure familiaritatis, *juxta textum in l.* qui jure familiaritatis 41. ff. de acquirenda possess. & ibi notata à Bart. Paulo, Cumano, Romano, Alex. Mascardo de probat. concl. 1185. n. 11. & 12. & concl. 1204. ex n. 6. vol. 3. Menochio de arbitrar. lib. 2. cent. 2. casu 160. ex n. 12. Petro de Gregorio de censibus, q. 6. n. 12. & 13. & ad eum locum Mastrillo. De quo offerebant promptam probationem, tam per scripturas, inter quas erat etiam titulus prædictæ possessionis, quam per testes. Visum est S.C. junctis duabus aulis tertios istos oppositores admittendos, ut probarent, quæ allegabant, superflua interim executione sententiæ assistentiæ, habito pro constanti, si constaret de allegatis, sententiam non esse executioni mandandam, neque præstandam cum effectu assistentiæ, quæ concessa fuerat super prædictis bonis. Quæ tandem ex parte de-

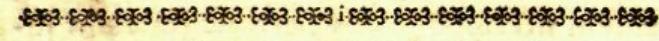
negata fuit prolato decreto Comissarius fuit D. Thomas de Franchis meritissimus Vincentii filius, socius noster, & amicus charissimus, Actuarius Scacciavento. Anno 1637. mense, ut credo, Junio. Et revera nova non erat oppositio, quamvis nova videretur; nam qui hæc opponebat, non aliud opponebat, quam sententiam esse obtentam per falsa testimonia eorum, qui contra veritatem deposuerant, illa bona esse possessa à reo, quæ revera non erat possessa. Sententia autem ex falsis instrumentis, vel testibus lata, non solum non est executioni mandanda, & suspendenda, l. judicati 4. C. si ex falso instr. sed neque ejus ulla ratio habenda est, l. 2. & 3. C. eod. tit. prosequitur Carrocius de remediis contra sententias, except. 39. & 40. & elegantissimè Udalricus Zafius Respons. lib. 1. cap. 13. Volui autem hæc referre pro exemplo futurorum, & ut videatur, quomodo judicium, etiam assistentiæ executivum convertatur in ordinarium. Neapoli die 26. Julii, S. Annæ 1637.



## TITULUS III.

*De Judicio executivo, & concursu creditorum.*

**I**NSTITUTUM nostrum prosequentibus, non est animus scribere integrum de executione tractatum, qui à multis peti potest: neque item tractatum plenum de concursu creditorum, de quo multi etiam scripsierunt. Solum agam de selectis quibusdam difficultatibus, quæ à me in prædictis tractatibus desideratae sunt, & quæ egent ulteriori consideratione, & declaratione.



## SUMMA DISPUTATIONIS I.

- 1 **D**E formis duarum executionum agentium.
- 2 **D**istinguendum est, an possessio rei, in qua

*facienda est executio vacet, vel sit apud reum condemnatum.*

3 *Cum possessio vacat officio judicis, traditur possessio victori.*

4 *Cum possessio est apud reum manu militari aufertur ab eo, & traditur actori victori. Mandatum de parendo expeditur ante litteras executoriales, ibidem.*

5 *Cum quis condemnatur ad solvendam actori quantitatem certam, datur illi quadrimestre tempus ad obtemperandum sententiæ.*

*Antiquus mos exequendi sententias contra debitores condemnatos, ibidem.*

6 *Si debitor intaa quadrimestre tempus non solvit, pignoribus captis compellitur parere sententie.*

Ven-

- Venditio pignorum captorum in causam iudicati debet fieri presenti pecunia, ibidem.  
 Debitor gaudet dilatione sex mensium, ut condemnationi pareat, quatuor antequam pignora capiantur, duorum verò post capita antequam vendantur, ibidem.
- 7 In captione, & venditione pignorum servantur statuta à textu in l. à Divo Pio, §. in venditione, cum sequentibus.
- Pignora judicialia distincta à ceteris, quatuor sunt enim genera pignorum, ibidem.
- Creditor admittitur ad licitationem pignorum judicialium, alio emptore non reperito, imo reperto prefertur, ibidem.
- 8 Nomina debitorum confessa capi possunt pro pignore, & à judice executionis exigi.
- 9 Subhastatio requiritur in omni venditione, quae sit præcedente decreto.
- In venditione mobilium an, & quando subhastatio requiratur, ibidem.
- 10 Substatio bonorum minoris, Ecclesiae, & Fisci stabilium debet fieri, cum termino viginti dierum.
- Ecclesia, Fiscus, Respublica, & minoras equiparantur in jure, ibidem.
- In aliis casibus tempus subhastationis est iudicii arbitrarium, ibidem.
- 11 Ordo relatus I.C. in d.l. à Divo Pio, §. in venditione, an sit substancialis, & omnino servandus, & qui affirmaverint.
- 12 Sententia negativa verior, & minus scrupulosa, & qui eam sequantur.
- 13 Tres vias habet creditor ad exequendam sententiam contra debitorem ultra venditionem bonorum. Primam adjudicationis prævio appretio, & n. 14. & 15.
- 16 Emptore non invento, non addicebantur olim pignora creditori, licet mitteretur in eorum possessionem.
- 17 Cum creditor vult pignora executionis capta in creditum possidere, mittitur in eorum possessionem sine appretio, & non potest petere reliquam quantitatem, licet sit plus in debito, quam in pignore.
- 18 Creditor potest petere immisionem in possessionem bonorum captorum debitoris iure pignoris.
- 19 Cum creditor sic mittitur in possessionem, fructus bonorum extenuant soritem.

Tom. II.

- Creditor non compellitur solutionem debiti per partes accipere, ibidem.
- 20 Utilis est iste modus exequendi, cum res capti subjecta sunt majoratu, aut fideicomisso.
- Possessor feudi, majoratus, vel fideicomisso potest vendere, locare, aut donare fructus pro sua vita, ibidem.
- 21 Denegatio audiencie donec pareatur sententiae, alias modus executionis.
- 22 Instrumenta de jure communi non habent paratam executionem.
- Id tamen in quibusdam casibus limitatur, ibidem.
- 23 An in executione requiratur citatio debitoris, & n. 24.
- Et quid Doctores senserint, ibidem.
- Requiritur citatio apud omnes, sed non eodem tempore, ibidem.
- 25 De jure Neapolitano, & stylis S. C. quid servetur, & n. 26.
- 27 De jure Castellæ quid servetur.
- Instrumentum guarentigium executioni mandatur eodem modo, & forma, quibus sententia in judicatum transacta, ibidem.
- Fidejussio de saneamiento, quæ continet, ibidem.
- Multi sunt qui pro debitis carcerari non possunt eo jure, ut malier honesta, & in honesta, dummodo sit nupta, & nobilis, quem hispanè vecamus Hidalgo, dum debitum sit civile, ibidem.
- Cum lex, vel statutum introducit aliquid de novo cum certis modificationibus, videtur data forma, ibidem.
- 28 Subhastatio in mobilibus, & immobilibus quo tempore facienda sit, & quo tempore duret.
- 29 Quo tempore fiat oppositio, & de forma, quæ executio perficitur per ultimam sententiam addictionis.
- 30 Cautela, qua utuntur practici in licitatione bonorum debitoris, rejicitur.
- 31 Creditor si malit, potest mitti in possessionem bonorum debitoris.
- 32 Quando absolvendus sit reus in processu executivo, & qui tradat ejus formam:

## DISPUTATIO I.

Quænam sit executionis forma , juxta jus commune , juxta jus Neapolitanum , & juxta jus Castellanorum.

**D**E duabus executionibus hoc loco agendum est , qua formæ fieri debeant. Prima est executio sententiæ condemnatoriæ , qua quis condemnatur ad relaxandam rem actori , rem ipsam vindicanti , vel instrumenti , quo se obligavit ad aliquam rem alteri relaxandam , vel restituendam . Secunda est executio sententiæ , qua condemnatur quis ad solvendam creditori certam quantitatem , aut instrumenti publici , & guarentigii , quo quis se obligat ad certam quantitatem alicui persolvendam .

**2.** Primus autem casus duobus modis contingere potest. Primo , si possessio rei pertinentis ad obtinentem pro se sententiam vacat: veluti si plures prætendant , ad se pertinere rem fideicommissio subjectam per mortem fideicommissarii , quam nullus illorum polsideret , quia vel sit sequestrata , vel omnino vacans. Secundo , si possessio rei sententia , vel instrumento comprehensa non vacat , sed est apud reum condemnatum , vel obligatum .

**3.** Primo casu prolata sententia res , quæ declarata est pertinere ad unum ex litigatoribus , officio Judicis traditur eidem , quo immittitur in ejus possessionem , & sic peragit exequutio , cap. cum aliquibus 6. de sent. & re judic. notat Federicus Schenkius tract. de execut. rei judic. n. 1. tom. 5. tractat. Asinarius in praxi judicior. §. 31. cap. 6. n. 3. Et hæc executio hac forma facienda est , tam de jure communi , quam de omni alio indistincte .

**4.** Secundo casu , quando reus est in possessione rei , quam declaratum est ad actorem pertinere , & condemnatur ad eam relaxandam , seu restituendam , si sententiæ non paret manu militaris , idest , adhibita Judicis familia officio ejus possessio auferetur reo , & actori victori traditur , illo in possessionem immisso , l. qui restituere 68. ff.

de rei vindic. & ibi notant glossa , & Doctores , ubi quid agendum sit , si reus rem , quam condemnatus est restituere , non possit restituere , interveniente ejus dolo , vel non interveniente . Hoc ita faciendum est juxta omne jus . Ex stylo tamen Tribunalium superiorum Neapolitanorum condemnato reo ad rem relaxandam , seu restituendam , expeditur confessim mandatum de parente sententiæ (sic vocant practici) priusquam expediantur litteræ executoriales , & deve niatur ad executionem , quem stylum etiam juxta jura Castellæ servandum putat Pardor . lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. 6. 2. n. 4. consonat Anton. Gom. tom. 2. variar. cap. 11. n. 1. vers. Vnum tamen est . Qui urbanior est agendi modus , quo injungitur reo , ut intra brevem terminum Judicii arbitrarium pareat sententiæ , & faciat judicata , cum comminatione executionis , si aliter factum sit . Cui mandato intimato , si reus non paret , succedit prædicta executio manu militari facta , qua res auferitur reo , & transfertur in actorem , quod ex infra dicendis ulterius declarabitur . Hæc quoad primam executionem .

**5.** Quod attinet ad secundam executionem , & casum , quo quis per sententiam , quæ habet autoritatem rei judicatæ , condemnatus est ad solvendam alteri certam quantitatem , juxta jus commune quadrimestre tempus à die condemnationis , vel si provocaverit , à die confirmationis sententiæ connumerandum indulgetur condemnato , intra quod obligationi satisfaciat , l. 2. & 3. C. de usuris rei judic. cap. querenti 26. de offic. & potest. jud. deleg. & ibi gloss. verb. Quadrimestre tempus , Federicus Schenkius tract. de execut. rei jud. n. 2. & 3. Negusant. de pignorib. 6. p. membr. 1. n. 7. Olim erat tempus bimestre , l. debitoribus 31. ff. de re jud. d. l. 3. §. Et quod antiquitas , C. de usur. rei jud. Antiquitus per leges duodecim tabularum triginta dies concedebantur ob æratis conquirendæ pecuniæ causa , teste Aulo Gellio Noctium Atticar. lib. 20. cap. 1. refert illius legis verba Balduinus ad leges 12. tabul. l. 46. & ad eam ipse notat n. 18. cum seqq. item Calvinus post legi cum ,

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

*cum, sub tit. de Regiis legibus, l. 33. & 34. & quibusdam additis Jacobus Rewardus ad leges 12. tabular. cap. 8. Antonius Contius successivarum lectionum juris civilis, libr. 2. cap. 18. Ludovic. Caronda ad leges 12. tab. 1. 63. Justus Lipsius in libello de Regiis legibus, l. 33. & 34. tom. 2. Azor instit. moral. tom. 1. libr. 6. cap. 63. in lege 34. & 35. & Covarr. libr. 2. variar. cap. 1. sequutus, ut ait, Aymarum Rivallium, & Oldendorpium. Quod si debitor intra illos triginta dies creditoribus non satisfecisset, in carcerem conjiciebatur, ubi detinebatur gravibus vincitus compedibus sexaginta aliorum diecum spatio, & inter eos dies trinis continuis nundinis ad Praetorem in Comitia producebatur, praedicato quanto æri alieno esset obnoxius. Tertiis nundinis capite poenas dabat, aut extra Civitatem mittebatur venundandus. Si plures essent creditores tertiiis nundinis ad eorum libitum, & juxta eorum numerum in frustra secabatur. Qua lege nihil immittius, & immanius excogitari poterat, nisi (ut Contius ait) eo consilio tanta immanitas poenæ denunciata erat, ne ad eam unquam perveniretur. Erat vero nundinam (ne id ignoretur) notus quisque dies rusticis feriatus, quo octo diebus in agris opus faciebant, nono autem die intermisso rure ad mercatum, legesque accipiendas Romam adhibant, ut tradit Macrobius Saturnal. libr. 1. cap. 10. Calvinus in lexic. verb. Nundina. Ejusdem antiquæ legis meminerunt Tertull. in Apologetico adversus gentes, cap. 4. & ad eum locum Jacob. Pamell. n. 53. Alex. ab Alex. Genialium dierum, libr. 6. cap. 10. Hugo Donell. tract. de pignorib. cap. 10. & Parlad. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 5.p. §. 7. n. 1. quæ tandem antiqua est.*

6. Si vero debitor post quadrimestre tempus novis legibus indultum non solvit, pignoribus captis compellendus est ad satisfaciendum, verum post capta pignora indulgetur etiam debtoribus tempus duorum mensium aliorum, quo possint solvere, & antequam pignora vendantur, ut notat Jason in d.l. debitoribus, n. 4. post Bart. & alios ibi, ff. de re judic. atque ita hodie

gaudebit debitor juxta jus commune tempore sex mensium, quatuor quidem antequam pignora capiantur, duorum vero post capta pignora ante eorum venditionem, quod si nec tunc solvat, proceditur ad ulteriora. Nam pignora subhastantur, & venduntur: de pretio autem creditoris satisfit, & si quid supersit, redditur ei, cuius pignora vendita sunt, d. l. debitoribus. Venditio autem debet fieri præsenti pecunia, quo celerius, & commodius creditor dimittatur, non autem habita fide de pretio, l. à D. Pio, §. Si post addictum, in fin. ff. de re judic. notat Bart. ibi, ex n. 2. & Doctores, Colerus de process. executivis, p. 3. cap. 9. n. 94.

7. In captione, & venditione pignorum pro causa judicati captorum observanda sunt quæ servanda jubet textus in d.l. à D. Pio 15. §. In venditione, cum §§. seqq. & ibi notant Doctores, Balduinus ad leges 12. tabul. in l. 46. n. 76. Negusant. de pignorib. 6.p. membr. 1. ex n. 7. Nam prius capienda sunt mobilia, quod si haec ad satisfactiōnem non sufficiant, capiuntur res soli, seu immobilia, si autem neque haec sufficiant, ad jura, & actiones tandem pervenitur. Haec autem pignora judicialia vocantur, condistincta, à conventionalibus, quæ contractu fiunt, l. contrahitur 4. ff. de pignorib. & Praetoriis, quæ ex edicto ordinario Praetoris descendunt, haec judicialia non ex edicto, sed specialiter jubente Magistratu, ut pignora capiantur pro executione sententiæ, extra ordinem constitui dicuntur, l. si pignora 50. ff. de evictionib. & in utrisque, ut contrahantur invicem justæ obligationis contractus, succedit authoritas jubentis, l. 1. C. si in causam judicati. Et in hoc differat Praetorium à judiciali, tradit Cujacius in Parititia ad tit. C. si in causam judic. Distinguuntur etiam à pignore legali, seu legitimo, quod tacite à lege ipsa constituitur, l. certi juris 5. C. de locato, §. Item Serutana, Instit. de action. l. 1. C. commun. delegat. de quo videantur Negusant. de pignor. 2.p. membr. 4. Balduinus de pignor. cap. 3. & cap. 7. Hugo Donell. de pignorib. cap. 3. & 4. Haec judicialia pignora, ut judicato satisfiat per officium ejus, qui ita decretivit (id est,

est, per Officiales, Ministros, & Apparito-  
tes Judicis, ut Glossa marginalis, & Cuja-  
cius explicant) venundari solent, l. 2. C. si  
in causam judicati, l. eos 9. C. de execut. rei  
judic. & alio emptore non existente, vel  
existente, & non dignum pretium offeren-  
te, creditor ipse ad licitationem admitti  
potest, quasi quilibet extraneus, & pignus  
emere, d. l. 2. C. si in caus. judic. Mathias  
Colerus de processib. execut. p. 3. cap. 9. n. 87.  
Negusant. de pignor. 6.p. membr. 1. n. 10.  
Meirer. de pignorib. lib. 1. tit. 2. n. 23. post  
Bart. Bald. Paulum, & Zasium. Imò in hac  
bonorum venditione creditor præfertur  
extraneo licitatori, l. cum bona 16. ff. de re-  
bus autoritate jud. possiden. alias l. 1. ff. de  
privileg. creditor. ubi Bart. & Cuman. ante  
n. 1. conciliant has duas leges, ut in prima  
subintelligatur maximè, quasi d. l. 2. statuit,  
quid agendum sit, maximè emptore non  
reperio, non eget tamen, quod asserit d. l. 1.  
scilicet creditorem emptori etiam reperto  
esse præferendum. Idem notarunt in ea-  
dem l. 1. Angelus n. 1. & 2. Ripa n. 1. &  
2. Meminerunt hujus prælationis Brunus  
tractat. de cessione honor. q. 23. principali, ex  
n. 1. ad 3. Asinius tractat. de execut. §. 6. cap.  
8. ex n. 1. Parlador. d. cap. fin. 5.p. §. 13. n.  
9. & 10. Maranta post suam praxe. disp. 8.  
n. 29. Faber. lib. 8. Cod. tit. 17. diffinit. 32.  
consonat Franch. decis. 69. n. 4. Scio impu-  
tatum esse culpæ cuidam Judici à quodam  
magno Sindicatore, quòd in quorundam  
bonorum venditione dictam legem serva-  
verat: nam hoc sèculo culpa etiam puta-  
tur servare leges, nec mitum, nam quod  
meritum est præmio dignum, in culpam  
convertere, conari solet malignitas, & igno-  
rantia.

8 Quando verò capiuntur pro pigno-  
re nomina debitorum, inspiciendum est,  
cujusnam sint conditionis, nam capi possunt  
quæ confessa sunt, non quæ negatur, & sunt  
litigiosa, d.l. à Divo Pio, §. Sic quoque, &  
§. Sed utrum, Socinus consil. 37. n. 24. vol.  
4. & poterunt Judices executionis exigere  
nomen, imò debebunt, si id ipsis facilius  
videtur ad rem exequendam, quām illud  
vendere, d. eadem l. à D. Pio, §. Item quid

dicemus, animadvertisit Cumanius in ead. l.  
D. Pio, §. Sic quoque, n. 1. Zasius n. 7. Imo-  
la statim in princip. Certè debitorum favor  
esset à nominibus incipere, quibusdam per-  
sonis non negandus, quemadmodum pupil-  
lorum, & minorum favore constitutum est,  
ut dum pecuniam habent, vel nomina, ad  
venditionem bonorum stabilium, seu soli  
non procedatur, ut eorum exsolvantur de-  
bita, l. magis puto §. §. non passim, vers. Que-  
rere ergo debet, ff. de rebus eorum, animad-  
vertisit Colerus de process. execut. 3.p. d. cap.  
9. ex n. 31.

9 Eodem jure communi, regulariter  
in omnibus casibus, in quibus alienatio fit  
præcedente decreto, & authoritate Præto-  
ris, subhastatio requiritur, ut animadver-  
tunt Pinellus in l. 2. 2.p. cap. 2. in fin. C. de  
refici. vendit. Molina de primog. lib. 4. cap.  
3. n. 44. & 45. Menoch. de arbitrar. libr.  
2. cent. 2. casu 129. v. 1. post Bart. Alber.  
Baldum Joann. de Platea, & Matth. de Af-  
flict. Qui tamen id non dicunt. Conveniunt  
quidem in eo, quòd in venditione rerum  
stabilium minoris, Ecclesiæ, Fisci, & Civiti-  
atis, subhastatio requiritur tanquam sole-  
nitas necessaria. Idque notat Jodocus Dam-  
houderius tractat. de subhastat. cap. 1. ex n.  
15. & cap. 2. ex n. 1. Quoad bona minoris  
id significat textus in l. & si sine 8. §. Qua-  
si statim, ff. de minor. & sentiunt relati à Gra-  
tiano discept. forens. tom. 3. cap. 379. ex n.  
2. ad 8. quainvis ipse ab ea sententia rece-  
dat ex n. 9. quem etiam sequitur Rovitus in  
pragm. 1. ex n. 104. de titulor. abusu in scri-  
bendo sublato, quorum tamen sententiam  
falsam existimo, ut etiam existimat Surdus  
conf. 49. ex n. 19. lib. 1. In cæterorum bo-  
nis vendendis pro executione rei judicatae  
intervenire debere, significat textus in l.  
ordo, C. de execut. rei jud. & Salic. ibi, n. 2.  
Negusantius de pignor. 6.p. membr. 1. n. 47.  
sentitque idem Damhouderius ubi supr. cap.  
3. ex n. 1. Asinius de executionib. §. 6. cap. 1.  
ex n. 15. statuit l. 52.p. 5. & ibi notat Gre-  
gor. gloss. 3. & ibi statuitur pro subhasta-  
tione terminus decem dierum, meminit  
Castillo in l. 37. Tauri, tract. de ratione red-  
denda, q. 9. in princ. Gaspar Roderic. de an-  
nus

*nus reddit. lib. 2. q. 17. n. 19.* Extra hos causas nihil videtur esse constitutum. Imò sunt qui sentiant, in venditionem mobilium pro iudicato pignoratorum, maximè si in ea non cedit affectio, ut quia recipient funtionem in genere suo, ut sunt vinum, oleū, frumentum, addunt alii lardum, butirum, caseum, & similia esculenta, aut poculenta, non requiri subhastationem, sed sat esse si in foro publico vendantur absque præconio, ubi hæc vendi consueverunt, vel adjudicentur creditori pro pretio communni currenti. Quoniam harum rerum pretium manifestum est, cum per singularum hebdomadarum mercatus habeantur per Civitates venalia in foro publico: ex istis sunt Colerus de processibus execut. p. 3. d. cap. 9. ex n. 51. Peregrinus de jure fisci, libr. 6. tit. 4. n. 14. Damhouderius de subhastationib. cap. 2. n. 7. sequuti Baldum in l. 1. n. 8. C. si propter publicas penitentes, quem etiam sequitur Gregor. ubi supra. Et similium rerum pretium optimè probatur ex aestimatione, qua in foro publico emuntur, & venduntur, cap. 1. de empt. & vendit. Bart. in l. pretia rerum 63. §. Nonnullam, n. 3. ff. ad l. Falcid. & in l. septem 12. C. de erogat. militar. annonæ, lib. 12. Afflict. decis. 316. n. 7. Corsetus singul. 391. ac per consequens in harum rerum venditione collusiones intervenire nequeunt. Subjicit tamen ubi supra Peregrinus, moribus receptum esse apud suos, ut ista vendantur in publica subhastatione, unico tamen proclaimare, nisi aliud res exegerit, & iste usus tutior est, & conformior textui in d.l. 52. tit. 5. p. 5.

10 In subhastationibus, quæ sunt pro venditionibus rerum stabilium Ecclesiæ, minorum, & Fisci, statutus est à jure terminus viginti dierum, ex text. in Autb. hoc jus porrectum, C. de Sacros. Eccles. qui pro rebus Ecclesiæ distrahendis terminum viginti dierum assignat. Et argumento ab Ecclesia ad Fiscum, de quo Everard. in locis legalib. loco 75. ad eundem Fiscum extendit glossa in l. 1. verb. Præstituta, C. de vendend. rebus Civit. lib. 10. & argumento ab Ecclesia, & Fisco ad Rempublicam, & minores, de quo Everardus loco 63. 64. 66. & 67. quia Ec-

clesia, fiscus, minores, & Respublica in jure habentur pro paribus, & similibus, ut notat Jodocus Damhouderius in Enchirid. parium, & similiū juris, verb. Ecclesia, verb. fiscus, & verb. Respublica, extendunt Doctores ad subhastationem bonorum Reipublicæ, & minorum. Docuit Bart. in l. licitatio 9. in princ. n. 3. ff. de publican. & vectigal. Baldus in l. 1. n. 5. C. de præscript. triginta, vel quadraginta annorum, & in d.l. ordo, n. 4. ubi Salicet. n. 2. C. de execut. rei judic. Capicius decis. 36. n. 4. meminit Asinius de execut. §. 6. d. cap. 1. ex n. 18. Rebuffus tom. 2. in Constat. Regias, tractat. de præconiis, licitationibus, & subhastationibus, art. 4. gloss. unica, n. 31. Menoch. de arbitrar. lib. 2. d. casu 129. n. 3. Fabianus de Monte Sancti Sabini de empt. & vendit. q. 5. principali, n. 86. Damhouderius de subhastationib. cap. 5. n. 1. Peregr. de jure fisci, libr. 6. tit. 4. n. 5. Negusant. de pignor. 6. p. membr. 1. n. 47. Surdus conf. 49. ex n. 19. volum. 1. Mantica de tacit. & ambig. convent. libr. 4. tit. 6. n. 31. In cæterorum bonis subhastandis tempus subhastationis est Judici arbitriatum, cum nihil reperiatur à jure statutum, Bart. in d.l. licitatio, in princ. d.n. 3. Salicetus in d.l. ordo, n. 2. Joannes de Plata in l. si tempora 4. n. 1. C. de fide instrum. & jur. hast. fiscal. lib. 10. Angelus Aretin. in §. contra autem, n. 8. Instit. quibus alien. licet, vel non, Menoch. d. casu 129. num. 2. Capicius d. decis. 36. n. 4. Molin. de primog. lib. 4. d. cap. 3. n. 46. Asinius tractat. de executionib. §. 6. cap. 1. n. 18. Damhouderius d. cap. 5. n. 1. & 2. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 375. n. 15. cum seqq. Colerus de processibus execut. p. 3. casu 9. ex n. 86. Ubi de subhastationibus apud Germanos. Et apud Castellanos vide d.l. 52. tit. 5. part. 5. Multa de subhastatione habes apud Muscatell. in prax. lib. 2. p. 3. gloss. Venduntur.

11 An verò censenda sit forma substantialis executionis, ordo relatus à Juris consulto in d. §. In venditione, quoad captionem, & venditionem pignorum, ita ut ejus omissio vitiet executionem, vel potius sit ordo servandus quoad melius esse, non necessariò, & præcisè, res est controversa in-

inter Doctores. Nam in sententia affirmativa, esse, inquam, illum ordinem de forma, & substantia, & ejus omissione executionem esse nullam, & inutilem, sunt Joan. de Imola in d. §. In venditione, n. 111. Alex. n. 13. Jason n. 19. Felin. in cap. quoad consultationem 15. n. 12. de sent. & re judic. & in cap. cum dilecta 22. n. 6. vers. Secundum signum, de rescript. Afflict. decis. 358. Molina de primog. lib. 4. cap. 7. n. 24. Maranta in prax. p. 6. tit. de execut. n. 9. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 3. n. 4. & 5. Avendañ. de exequend. mandat. 1. p. cap. 17. n. 4. Rodriguez de execut. cap. 5. n. 29.

12 Contrariam tamen sententiam, quinimò ordinem illum d. §. In venditione, non esse præcism, & de substantia, & illius omissionem non vitiari executionem, amplectuntur Bart. in d. §: in venditione, n. 8. & 9. Cumanus n. 1. in fin. Joann. Andr. in cap. quoniam frequenter, n. 61. ut lite non contest. Antonius Butrius in eodem cap. §. fin autem, n. 5. Panormit. in cap. quoad consultationem 15. n. 27. de sent. & re judic. & magis communem dicit Gregorius in l. 3. tit. 27. p. 3. gloss. 1. Rebuff. in Constat. Reg. tom. 1. tract. de litter. obligator. art. 11. gloss. 4. n. 1. Guido Papæ decis. 281. & ubi proceditur sola facti veritate inspecta, ut in Regnis Castellæ, & Neapolis; juxta dicta supra tit. 2. disput. 2. n. 25. executionem factam ordine illo prætermisso revocandam non esse, sentit Gutierrez prætic. lib. 1. q. 131. num. 3. Azeved. in l. 19. n. 40. tit. 21. lib. 4. Recop. Gravatius ad praet. Octavianii Vestrii, lib. 8. cap. ultim. n. 27. In eadem sunt Afflict. post Andream de Isernia in Constat. Dilationes, n. 32. libr. 2. Rubr. 17. Franch. decis. 441. Ant. Gabriel libr. 2. commun. tit. de execut. rei jud. concl. 2. Gamma decis. 199. n. 6. Intrigliol. singulari 77. lib. 2. Surdus conf. 39. n. 22. & 23. lib. 1. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de execut. rei jud. resol. 2. ex n. 3. & 4. Asinius in praxi judicior. §. 31. cap. 6. Muscatell. in praxi lib. 2. pagin. 3. gloss. servata, ex n. 10. Et hanc sententiam crederem sequendam esse tanquam magis communem, & minus scrupulosam.

13 Præter hanc primam viam exe-

quendi condemnationem per venditionem bonorum debitoris duas alias habet creditor, ut ex tribus eligat, quam malit, ut suum creditum consequatur, ut docuit Glossa magistralis in d. l. à D. Pio, §. si pignora, in verb. Addicantur, ff. de re jud. quam extollunt ibi Imola n. 14. Jason n. 4. Baldus in l. ordo 3. n. 1. C. de execut. rei judic. sequitur Socinus conf. 37. n. 9. lib. 4. Colerus de process. execut. p. 3. cap. 9. ex n. 77. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 13. ex n. 12. Nam si pendente subhastatione non reperiatur emptor, qui justum pretium offerat, neque ipse creditor licitare velit, ut in pretio creditum compenset, & excomputer, juxta d. l. 2. C. si in caus. jud. & l. ordo, C. de execut. rei jud. poterit petere, ut pignora sibi adjudicentur prævio appretio pro quantitate, quæ ei debetur, seu pro tanta quantitate, quanta est summa, quæ ei debetur. Imò verò & Judex ex officio id facere potest, creditore invito, si debtor instet, adjudicari illi capta pignora pro quantitate debiti, id est, usque ad concurrentem quantitatem, maximè stante jure hodierno in Auth. hoc nisi debitor, C. de solut. qua statuit, ut non habente pecuniam debitore, neque invento emptore bonorum ejus, creditor cogatur res debitoris æstimatas in solutum recipere. Cum qua Auth. de jure Castellæ concordat, l. 3. tit. 14. p. 5. ubi gloss. Gregorii, & Parlad. d. cap. fin. 5. p. §. 17. ex n. 22. Æstimatio autem, & appretium bonorum debitoris, qua forma facienda sint, tradit Colerus de processib. execut. p. 5. d. cap. 9. ex n. 120. & Menoch. de adipiscend. possess. remed. 5. ex n. 160. Adjudicari verò debere creditori, pro quantitate debitii pignora capta in causam judicati, statuit textus in d. §. si pignora, in prima part. in quo præscribitur forma observanda à Judice in additione pignorum, emptore non invento. Rejecta tanquam iniqua, & ab omni jure aliena, sententia eorum, qui existimant, petente creditore simpliciter adjudicacionem pignorum pro suo credito, aut Judice simpliciter adjudicante, censeri pignora data in solutum pro toto debito, ita ut si creditum excedat prædictorum pignorum

valorem non possit creditor amplius petere, quasi de toto suo credito transegisse videatur, ut residuum non petat, *juxta tex-tum in eodem §. Si pignora, in vers. Nam si cre-ditor, & distinguentium hunc casum ab eo, quo creditor petit non simpliciter, sed pro justa æstimatione adjudicari sibi pignora. Tunc enim (dicunt) non intelligitur adju-dicatum pignus pro toto debito, sed usque ad concurrentem quantitatem, & creditor poterit petere residuum, quemadmodum creditos in pignore conventionali, quando idoneum non est, potest superfluum petere, l. creditor, qui non idoneum 28. ff. si cert. petat. l. adversus 10. C. de aet. & oblig. Quam sententiam sequuti sunt Accursius in d. §. Si pignora verò Contentus, Bart. ibi n. 3. Cum-anus, Imola n. 14. Alexand. n. 9. Jason n. 4. & §. Albericus n. 2. Angelus n. 2. Fulgos. in d. l. ordo, in fin. C. de execut. rei judic. se-quitur Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de ex-e-cut. rei judic. resol. 2. ex n. 8.*

14 Verior est interpretatio Duarenii ad tit. ff. de re judic. prelectio 19. ad d. §. Si pignora, qui sentit, esse distinguendos duos casus. Primus est, quando creditor petit adjudicari sibi pignora, sive simpliciter, sive pro justo pretio, vel quo Judex ex officio ea adjudicat, sive simpliciter, sive pro certa quantitate debiti, de quo casu agitur in d. §. Si pignora, in l. p. Quo casu dicendum est, pignus sic adjudicatum non censeri datum pro tota quantitate debita, sed juxta valorem, & æstimationem pignoris, & tunc creditor ad residuam quantita-tem sui crediti agere potest. Quod mani-festè probatur primò ex textu in l. ultima, §. Sin autem biennium, vers. Sed si quidem, C. de jure domin. impetr. ubi probatur, dominium pignoris non invento emptore impe-trandum esse à Principe, juxta quantitatem debiti, ita ut si prius sit in debito, quam in pignore, quoad excessum salvum maneat jus creditori ad petendum residuum, & è converso, si plus sit in pignore, quam in debito, jus integrum debitori reservetur. Ergò addictio pignorum simpliciter facta, neque debitori, neque creditori præjudicat, ut rectè animadvertis Hugo Donell. tract.

*Tom. II.*

*de pignorib. & hypothecis, cap. 11. in fin.*

15 Neque dicas, in illa l. ult. agi de pignore conventionali, in d. verò §. Si pignora, de pignore judiciali: nam quod atti-net ad rem, de qua agimus, nulla congrua differentia ratio inter unum, & alterum pignus inveniri potest, maximè cum ea æquiparaverit Imperator, in l. ult. C. si in causam jud.

16 Secundò idem probatur, quoniam licet non inveniretur emptor, olim pignora non addicebantur à Judice creditori, quamvis creditor in eorum possessionem mitteretur, l. ordo, in fin. C. de execut. rei jud. nisi per calliditatem debitoris emptor non potuisset inveniri, quo casu dominium pignoris, non à Judice, sed à Principe im-petrabatur, d. l. ult. C. si in causam judic. Et ratio erat, quia aliud pro alio invito cre-ditori persolvendum non erat, l. 2. §. Mu-tui datio, ff. si cert. petat. August. Barbosa ex iomate 210. n. 8. & quia per hanc pig-norum additionem creditor in effectu co-gitur emere, contra regulam, l. neque emere 16. C. de jure deliber. Nam talis addictio, & datio in solutum censemur emptio, l. si prædium 4. C. de evictio. Postea verò fuit ab Imperatoribus rescriptum (ut dicitur in d. §. Si pignora) ut pignora à Judice addi-cerentur creditori. Fuit autem rescriptum necessarium, quia prædictæ regulæ juris contrarium dictabant. Itaque si empator pignorum per fraudem creditoris non in-veniretur, tunc dominium à Principe im-petrabatur, d. l. ult. C. si in causam jud. Illud autem, quod olim data fraude impetrabatur à Principe, hodie sine ulla debitoris fraude fit à Judice ex rescripto Imperato-rum. Quemadmodum igitur in dominio imperato à Principe non privabatur credi-tori jure suo, d. l. ult. in d. vers. Sed si quidem, C. de jure domin. impetr. ita etiam privari non debet ex addictione, seu datione in so-lutum facta per Judicem, subrogata in locum impetrationis dominii, quamvis sim-pliciter fiat. Accedit, quod in dubio cen-sendum est, talem fuisse voluntatem Judi-cis, qualem lex jubet, & qualis esse deberet, ne injuriam inficeret, & jus patentis deterius red.

O

reddat, alioqui esset in potestate Judicis pignora simpliciter adjudicando, fraudare creditorem, & locupletare debitorem cum aliena jactura, contra regulam l. nam hoc natura 14. ff. de condit. indebit. & notata ab August. Barbosa axiomat. 139. Neque est verisimile id, quod contra regulas juris fuit introducendum contra creditorem, voluisse legumlatores durius nova iniquitate reddere, dum statuerent, ut pro magna quantitate debita pignora modicæ aestimationis illi addicerentur, & à petitione residuæ quantitatis maneret exclusus. Præsertim cùm probabilissimum sit, Justinianum in d. l. ult. C. de jure domin. impetr. ad similitudinem addictionis facienda per Judicem, de qua in d. §. Si pignora, constituisse, ut dominium pignoris impetraretur à Principe usque ad concurrentem quantitatem debiti. Quemadmodum igitur in addictione facienda per Principem, neque creditor, neque debitor jure suo fraudabantur, in addictione facienda per Judicem fraudari non debet.

17 Secundus casus est, cùm creditor vult pignora in causa executionis capta in creditum possidere, & illis esse contentus, & debitor id non contradicat, quia forte plus erat in debito, quam in pignore. Et tunc non est facienda aliqua aestimatio pignorum, sed dari debent creditori in solutum pro universa quantitate debita, & ipse creditor excluditur à petenda reliqua quantitate, quamvis plus sit in debito, quam in pignore, quia transegisse intelligitur, & consentienti nulla fit injuria, neque fraus, l. in diem 9. in fin. principit, ff. de aqua pluv. arcend. l. nemo videtur 188. ff. de regul. jur. cap. scienti 27. de regul. jur. in 6. & de hoc casu agit I.C. in d. §. Si pignora, in 2. p. vers. Nam si creditor, ideò adjecit: quia velut patet transegisse videatur de credito, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere. Et sic notari debet discrimen inter duos istos casus, in primo enim non requiritur creditoris voluntas, quo invito, adjudicatio habet etiam locum, ut notat Bart. in dict. §. Si pignora, num. 3. &

ego dixi supra hac ead. disput. num. 3. In secundo verò casu creditoris voluntas desiderabatur, ibi: Nam si creditor maluerit, cùm privandus sit jure petendi superfluum.

18 Tertiam tandem viam potest eligerre creditor, si malit, ut animadvertisit prædicta gloss. in d. §. Si pig. verb. Addicantur, & post illam, ibid. DD. Bald. in l. ordo 3. n. 1. C. de execut. rei jud. Colerus de process. execut. p. 3. cap. 9. n. 77. ut videlicet jure pignoris possideat bona debitoris capta in causam judicati absque eo, quod procedatur ad eorum venditionem. Nam judicati servandi causa potest mitti in possessionem bonorum debitoris, d.l. ordo 3. C. de execut. rei judic. l. 2. & 3. C. qui potior. in pign. habent. exemplo creditorum, qui causa custodiæ decretō Prætoris mittuntur in possessionem bonorum, juxta tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & ff. & C. ut in possess. legat. Hoc enim remedio electo, quod in Castella usitatisimum est, resultat, ut debitor tædio ablatæ possessionis affectus tandem solvat, ut possit suam possessionem recuperare, ut dicitur in l. ts cui §. in princ. ff. ut in possess. legat. & significatur in d.l. ordo.

19 Hoc autem tertium remedium, ut creditor bona debitoris capta pro executione sententiæ loco pignoris retineat, seu possideat, & ad venditionem non procedat, non est ipsi utile, & securum, cum fructus ex pignore percepti debeant in sortem principalem computari, illamque extenuent, l. 1. & 2. C. de pignorat. act. notant Doctores in cap. conquestus 8. per text. ibi, & in cap. salubriter 16. de usuris, Afinius tract. de executionib. §. 7. cap. 61. ex n. 1. Rebuff. tom. 1. in Const. Regias, tractat. de litteris obligator. art. 12. gloss. unic. n. 12. Negusantius de pignorib. 5. p. membr. 1. ex n. 1. atque ita creditor debitum sibi paulatim, & per partes recuperet, qui non poterat compelli solutionem debiti minutatim, & per partes recipere, l. tutor 41. §. Lucius, ff. de usur. fistulas 76. §. Qui fundum, ff. de contrah. empt. l. Julianus 13. §. Offerri, ff. de act. empt. l. qui pignori 19. ff. de pignor. leg. planè 3. ff. famil. erciscund. l. obsignatione 9. C. de solution. Notant Negusant. de pignor. 5.

p. principio memb. 3. 2. p. n. 17. & 18. Thusc.  
lit. C. consl. 1056. Caballinus milleq. 264.  
Surdus decis. 186. n. 2. Covarr. lib. 3. var.  
cap. 18. n. 4. Fachinæus controvers. lib. 10.  
cap. 59. Thesaur. q. forens. lib. 1. q. 19. ex  
n. 1. & lib. 2. q. 67. n. 11. Scobar de ratioe-  
niis 2. tom. computationum, cap. 14. n. 15.  
Doctores in l. quidam existimaverunt 21. ubi  
Jason n. 4. circa medium, Aretinus n. 7. ff. si  
cert. petat. Arque ideo hanc viam non esse  
utilem creditori, & tutam, neque per eam  
ei benè consultum, notavit in d. §. Si pig-  
nora, Cumanus n. 1. Alexand. num. 6. & 7.  
Molin. de primogen. libr. 4. cap. 5. num. 6.  
7. & 8.

20 In uno quidem casu hoc remedium  
esset utile, & commodum creditori, vide-  
licet si executio sententiae fieret in rebus  
suppositis majoratui, aut fideicommisso ad-  
versus earum possessorem, quo casu cum  
bona non possint vendi, aut alienari, cre-  
ditor poterit postulare se mitti in possessio-  
nem bonorum debitoris, debeti servandi  
causa, & prædicta bona capi pro executio-  
ne sententiae interim dum vivit possessor  
ejusdem majoratus, aut fideicommissi, l. pe-  
to 69. §. Præmium, ff. de legat. 2. Posset qui-  
dem intentari, valere in ejusmodi rebus  
tempore hanc pignoris constitutionem,  
quoniam in generali prohibitione de non  
alienando non continetur alienatio neces-  
saria, l. alienationes 13. ff. famil. ercisc. 1.  
in fin. ff. de fundo dotal. cum multis cumu-  
latis à Melchior Pelaez de majorat. 4.p. q.  
1. limit. 5. ex n. 1. Verum quoniam Molina  
de primog. libr. 1. cap. 20. n. 15. contendit,  
in prohibitione de non alienando adjecta  
in majoratibus Hispaniæ, quamlibet aliena-  
tionem etiam necessariam contineri, ac  
per consequens non posse in rebus majora-  
tus constitui pignus judiciale, cum quævis  
pignoris constitutio sub nomine alienatio-  
nis comprehendatur, l. sancimus 7. C. de  
reb. alien. non alien. ut idem Molina animd-  
vertit lib. 4. de primog. cap. 5. n. 2. quod vi-  
detur verisimilius: securius est dicere, sine  
constitutione pignoris decreto judiciali  
posse dari creditori possessionem, seu te-  
nutam honorum majoratus, seu fideicom-

Tom. II.

missi, quemadmodum & feudi quoque, ut  
de illorum fructibus sibi satisfaciat duran-  
te vita debitoris possessoris eorundem, eo-  
dem prorsus modo, quo ipse idem debtor,  
& possessor fideicommissi, feudi, aut majo-  
ratus posset fructus eorum vendere, locare,  
aut donare ad suam vitam, ut docuit Bart.  
per textum ibi in l. codicillis 91. §. Instituto,  
n. 4. ff. de legat. 2. Jason in l. filius familias  
117. §. divi, in 2. lectura, n. 83. cum sequen-  
tib. ff. de legat. 1. Tiraquell. latè de retract.  
lignag. §. 1. gloss. 7. ex n. 47. Jacobinus de  
S. Georgio in tract. feudali, verb. Ita etiam  
quod ipsi vassalli ex n. 15. Bald. in Auth. &  
qui jurat. n. 21. C. de bonis author. jud. pos-  
fid. Cassianæus in consuetud. Burgund. Rubr.  
3. §. 8. verb. En alienation. n. 40. Afflict. in  
Const. Si quis post litem, ex n. 10. propriè n.  
12. cum seqq. Rubr. 97. lib. 1. Joann. Lopus  
in repet. cap. per vestras, §. 38. ex n. 4. de do-  
nat. inter, Pinellus in l. 1. 3.p. n. 70. C. de  
bonis mater. Molina de primog. libr. 1. cap. 20.  
n. 12. & cap. 21. n. 25. vers. In tertia, & ul-  
tima specie, & lib. 4. cap. 11. n. 11. 12. & 13.  
Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p.  
§. 3. n. 31. Rodriguez de execut. cap. 5. ex n.  
71. Petra de fideicomm. q. 8. n. 104. Peregrin.  
de fideicomm. art. 40. n. 117. Fuscar. de sub-  
stitutionib. q. 525. n. 17. & q. 527. n. 5. Gail  
observat. lib. 1. observ. 117. ex n. 5. Minsyn-  
gerius observat. cent. 4. observ. 86. n. 2. & 3.  
Hartmannus Pistor. lib. 1. q. 15. ex n. 1. Ros-  
fental. de feudis, cap. 9. concl. 20. n. 5. & ibi  
additio copiosa, & concl. 15. n. 7. Scrade-  
rus de feudis, p. 8. cap. 1. numer. 11. & 12.  
& num. 25. vers. Secundò licet feudum, Bar-  
bosa in l. usufructu 58. n. 14. circa finem,  
ff. solut. matrim. novissimè Anton. Monach.  
de recta feudor. interpret. cap. 64. ex n. 6. Joan.  
Anton. Trigona singul. 50. n. 4. D. Joann.  
Solorz. Pereir. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2.  
cap. 14. ex n. 19. qui juxta consuetudinem  
suam plurimos allegat, & Larrea decis. 10.  
n. 3. tom. 1.

21 Iстis adde memoratu dignam aliam  
quartam viam, qua Judices uti solent ad  
exequendas suas sententias, ut reis contu-  
macibus non obedientibus decretis ab ip-  
sis latis, audientiam denegent, donec pa-  
reant

O 2

reant mandatis, de qua nos egimus tit. 1.  
disp. 2. q. 1. n. 42.

22 Quantum verò pertinet ad executionem instrumentorum de jure communi, nihil est quod adnotemus, cùm instrumenta de jure communi executionem paratam non habeant, *l. minor annis viginti quinque 41. in princ. ff. de minor. l. 4. §. Si ex conventione, ff. de re jud. l. 2. C. de execut. rei jud.* Notarunt *in d. l. minor. Bart. & Bald. Angel. in l. ait Prætor 5. §. Si Judex, n. 3. ff. de re judic.* Alex. *in l. si cum dotem 23. §. Eo autem tempore, n. 6. ff. solut. matrim.* Jason *in l. edito 3. n. 6. C. de edicto D. Andrian. tollend.* Hippolyt. de Marsiliis singul. 356. Boer. *decis. 295. ex n. 5. Roderic. Suar. in l. post rem judicatam, ff. de re jud. in declarat. leg. Regni in princ. n. 6. Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, n. 59. ff. de verb. oblig.* & ibidem Didacus Perez *in longa addit.* Bernard. Diaz *litt. I. regul. 344. Parlador. rerum quotid. lib. 2. d. cap. fin. 1. p. §. 11. n. 1. Ant. Gomez in l. 64. Tauri, n. 2. idem Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. versic.* Sciendum tamen est, col. mibi 1067. Scaccia de judic. causarum civil. & crim. lib. 1. cap. 62. n. 1. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 17. ex n. 1. & de adipiscenda posse. rem. 4. n. 24. Rebuff. ad Constit. Reg. tom. 1. tract. de litter. obligatoriis, in initio, n. 12. & 19. & art. 6. glossa 3. ex n. 1. Olanus in concordia antinomiarum, litt. I. n. 31. Nicolaus de Genua de privata scriptura, lib. 3. sub tit. de litteris cambii, q. 6. n. 12. Colerus de processib. execut. p. 3. cap. 2. n. 1. & 2. Cancer. variar. resol. p. 2. cap. 3. n. 1. Barbosa *in l. sicut 3. n. 162. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cotta in memorialibus, verb. Instrumenta publica, Grassis de exceptionib. in Præudio, ex n. 1. Asinius tract. de executionib. §. 1. cap. 2. Id tamen quam regulariter verum sit, hujus conclusionis, & regulæ sex limitationes tradiderunt Alexand. Jason. & Boerius ubi supra, & Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, ex n. 60. ff. de verb. obligation. Scaccia ubi supra, ex n. 2. & Grassis ubi supra, ex n. 2. dicam aliquid infra disp. 6. n. 2. In quarum casibus execu-  
tio virtute instrumentorum facienda est eo-

dem prorsus ordine, & modo, quo fit execu-  
tio virtute sententiae transacta in rem ju-  
dicatam, expedito virtute illorum manda-  
to de exequendo, seu litteris executoriali-  
bus, captisque pignoribus, & venditis, aut  
electa alia via, ut fit in executione senten-  
tiarum.

23 Dubitant tamen Doctores, an in  
judicio executivo sit necessario requisita ci-  
tatio debitoris condemnati, aut obligati ad  
solvendum: an verò possit procedi contra  
ipsum non citatum, nec vocatum ad exe-  
cutionem. In qua difficultate Bartolus *in d. l. à Divo Pio §. in venditione, n. 2.* distin-  
guit, an sit facta condemnatio in quantita-  
te, vel genere, & tunc (ait) citandus est  
reus: an vero condemnatio facta sit in spe-  
cie, & hoc casu duobus modis potest fieri  
executio. Primò si species ipsa contenta  
in condemnatione non reperitur, quapropter  
facienda est executio in alia re, & tunc  
etiam citandus est reus ad executionem.  
Secundo si extat, & reperitur res ipsa speci-  
fica in condemnatione expressa, & execu-  
tio in ipsam facienda est; & tunc citatio  
non requiritur. Quam distinctionem sequi-  
tur dicens communem Decius *in cap. ex ra-  
tione, n. 70. de appell.* Menesius *in l. 1. n. 14.*  
& 15. cum seqq. C. de jur. & fact. ignoran.  
qui constituit regulam negativam, verū  
subjungit quinque ejus limitationes, Jo-  
seph. Ludovicus *decis. Perusin. 6. n. 1.* Gra-  
tianus *discept. forensis, tom. 2. cap. 375. ex*  
*n. 1.* Et in eum sensum interpretatur Bartol.  
Innocent. *in d. cap. ex ratione 8. in princip.*  
& n. 1. dicentem, in executione non re-  
quiri citationem.

24 Doctores tamen communiter di-  
cunt in executione requiri citationem rei  
condemnati universim, & nulla distinc-  
tione adhibita. Ita sentit Cynus *in l. ab ex-  
ecutione 5. n. 1. C. quorum appellat. non reci-  
pi,* quem sequuntur ibi Baldus n. 5. & n. 6.  
dicit idem requiri, ubi executio fit vigo-  
re instrumenti, Salicetus n. 9. Joannes de  
Imola *in d. §. In venditione, n. 13.* Alexand.  
ex n. 30. Jason n. 9. Marianus Socinus *in*  
*Rub. de dilationibus, art. 7. num. 21. & 22.*  
Philipp. Francus *in cap. ex ratione 8. n. 91.*

*de appellation. Asinius in praxi judiciorum, §. 31. cap. 4. per totum, Rebuff. tom. 1. in Constitut. Reg. tractat. de sententiis executoriis, art. 7. gloss. 11. n. 10. Afflictis in Const. Dilations, ex num. 23. libr. 2. Rub. 17. latè, & benè Maranta in prax. 6.p. tit. de execu-  
tione, ex n. 16. Caravita ad Ritum 262. n.  
11. Dueñas lit. C. regul. 94. Didacus Perez  
in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. glossa 1. col.  
1072. ex vers. Quæritur ulterius, & in l. 2.  
tit. 14. lib. 5. ad verbum, Por carta. Aven-  
dañus ad l. 4. & 5. tit. de las Excepciones, n.  
26. Antonius de Canario tract. de executio-  
ne instrument. q. 43. n. 81. Trentacinq. lib. 2.  
variar. tit. de executione rei judic. resolut. 2.  
n. 6. ego notavi tom. 1. tit. 1. disp. 2. q. 7.  
sect. 3. n. 914. ubi multos allegavi. Idem  
Caravita ad Ritum 167. ex n. 9. ubi latè  
tractat Galterius in practica instrumentaria,  
3.p. principali, Rub. 2. per totam, Flam. Carta-  
rius decis. 95. n. 1. Scaccia de appellation.  
q. 11. ex n. 186. Rodriguez de executione,  
cap. 5. ex n. 19. & 83. Colerus de processib.  
execut. p. 3. cap. 7. ex n. 1. Muscat. in prax.  
lib. 2. p. 1. gloss. demandatur, n. 18. & hæc  
sententia habenda est pro regula, quam li-  
mitant Alex. Rebuff. & Dueñas *ubi supra*.  
Ratio autem ejus est, quia in judicio ex-  
ecutivo multæ sunt exceptiones, quas reus  
contra executionem potest objicere, quo-  
minus executio sit perficienda, & effectum  
sortitura: verbi gratia, nullitatem senten-  
tiæ, aut incompetentiæ Judicis, qui sen-  
tentiam tulit, juxta gloss. ult. in Clem. uni-  
ca, de sequestrat. possess. & fruct. & in l. ult.  
C. si à non compet. Jud. Aliæ item sunt ex-  
ceptiones impugnantes viam executivam,  
aut modificativæ executionis, quarum me-  
minere Doctores in l. 1. C. de jur. & fact.  
ignorant. & Practici, ut Paz in prax. 1. tom.  
4.p. cap. 3. Parlador. lib. 2. rerum quotid. d.  
cap. fin. 5.p. §. 11. Hævia Volaño in Curia  
Philipp. 2.p. §. 20. n. 1. Villadiego in Polit.  
cap. 2. ex n. 115. juxta jura Castellæ, in l.  
1. tit. 21. lib. 4. Recop. & ibi Azeved. Quas  
reο inaudito, & non citato auferre, esset  
manifesta iniqüitas, cùm cederet in maxi-  
mum debitoris detrimentum, ac per con-  
sequens subsit regulæ l. nam ita divus 39.*

ff. de adopt. & l. de unoquoque, ff. de re judic.  
animadvertisit Afflict. ubi supra, n. 26. & Due-  
ñas d. reg. 94. vers. 1. Ratio. Quod adeò ve-  
rum est, ut non valeat pactum, quòd possit  
fieri executio in bonis debitoris, eo neque  
citato, neque auditio, ut notat, & probat  
Barbosa in l. alia 15. §. eleganter, n. 47. ff.  
solutio matrim. Verum est tamen, hanc cita-  
tionem in judicio executivo non semper  
uno, & eodem tempore requiri, nam apud  
aliquos ante capita pignora, apud alios so-  
lum tempore venditionis, aut subhastatio-  
nis; aut aestimationis, aut addictionis, ut  
inferius adnotavimus, & notat Gratianus  
discept. forens. d. cap. 375. ex n. 1. ubi quam-  
vis in captione pignorum, & subhastatione  
dicat non requiri citationem, quia nullum  
præjudicium fit debitori, cùm possit illud  
reparari in ultimo actu, seu decreto inter-  
posito à Judice pro alienatione, seu adjudica-  
tione pignorum captorum pro executio-  
ne, tempore interponendi hujus decreti, ait,  
necessariò esse citandum debitorem, quia  
agitur de magno præjudicio, videlicet  
translatione dominii. Consonat Afflict. de-  
cis. 358. n. 3. & 4. Atque ita verissimum est,  
in omnibus provinciis ante perfectam, &  
finitam executionem uno, alio tempore ci-  
tandum esse reum in judicio executivo.  
Hæc quod attinet ad jus commune.

25 De jure autem Neapolitano, & sti-  
lo S.R. Consilii executio sententiæ haben-  
tis paratam executionem fit eodem modo,  
& ordine, quo fit executio sententiæ de ju-  
re communi. Illud tamen omnino servatur,  
ut prolata sententia, & in judicatum trans-  
facta, sive in actione reali, sive personali,  
universim expediatur mandatum de paren-  
do reo intimandum, quo injungitur eidem  
condemnato; ut intra brevem terminum  
Judici arbitrarium sententiæ pareat sub  
comminatione executionis, ut notavi *supra*  
n. 4. de qua praxi, & usu testatur Afflictis  
in d. Constit. Dilations, n. 27. lib. 2. Rubr.  
17. & Caravita ad Ritum 128. obstante il-  
lo Ritu, qui videbatur contrarium statue-  
re, sed consuetudo illum modificavit, & ad  
Ritum 262. n. 11. Meminit Muscat. in prax.  
lib. 2. p. 1. gloss. demandatur, n. 16. 32. &

33. tametsi distinguat observantiam S. C. in suis sententiis, ab observantia aliorum Tribunalium inferiorum Judicium, reddita ratione discriminis. Juxta cuius animadversionem explicandus est, & accipiens Maranta *in praxi* 6.p. tit. de execut. n. 19. in fin. qui videtur loqui de stilo Tribunalis Venusini. Hæc autem praxis videtur orta ex text. in l. defendant. 21. ff. de authorit. tut. ubi post prolatam sententiam, quæ fecerat transitum in rem judicatam, procurator Cæsar, non ex abrupto petiit executionem, sed dixit, faciat judicata, & ibi notat Bart. n. 1. Cumanus n. 1. Alex. in d. l. à D. Pio, §. in vendit. n. 31. ff. de re jud. plura tradit Marianus Socinus in Rub. de dilationib. art. 7. ex n. 22. Ubi verò reus condemnatus intimato mandato de parendo intra terminum in illo statutum sententiae non paret, expediuntur litteræ executoriales, quarum virtute si sententia lata sit in actione reali, res restitui jussa manu militari aufertur à reo, & traditur actori. Si verò sententia lata sit in actione personali, capiuntur pignora, & subhastantur in termino Judici arbitrario, præter illos casus, in quibus à jure statuitur terminus subhastationi, de quibus dixi *supra* n. 10. Quod si neque tunc solvat, expeditur mandatum ad resolvendum pignora capta intra alium brevem terminum monito reo, quod si intra illum terminum pignora non reluat, dabitur licentia de vendendo, quod mandatum intimatur etiam debitori, quo termino elapso datur licentia de vendendo, & vendentur ei, qui meliorem oblationem obtulerit. Quòd si videatur pretium oblatum multò inferius valore pignorum, pro majori justificatione executionis, & ut debitori concedatur major dilatio ad solvendum, solet interloqui Judex, ut bona per Tabularium, qui est unus ex publicis æstimatoribus appretientur, in quo actu solet citari reus, cui item solet intimari, ut procuret intra alium brevem terminum Judici arbitrarium, meliorem oblationem, & illa non facta pignora addicuntur emptori, aut simpliciter pro pretio oblato, aut cum pacto de retrovendendo intra unum,

duos, vel tres annos, aut plures ad arbitrium Judicis, habito respectu ad modicitatem pretii. Aut si creditor malit, facto per æstimatoribus appretio bonorum debitoris, eo citato adjudicantur ipsi juxta quantitatem sui crediti, & sic peragitur executio, tradit Afflict. d. decis. 358. Galter. in pract. instrument. 3.p. principal. Rubr. 5. ex n. 1.

26 Si verò petatur executio virtute instrumenti publici, & guarentigii, & virtute pacti, prius fit præceptum reo, ut intra breve tempus solvat cum comminacione executionis loco mandati de parendo. Quam praxim observandam sentit Colerus de processib. execut. 3.p. cap. 7. n. 1. Et hoc præceptum solet de æquitate repeti semel, aut iterum arbitrio Judicis. Quòd si reus compareat allegans exceptiones legitimas adversus executionem, auditur, & resolvitur præceptum in simplicem citationem, quemadmodum resolvi solet præceptum de solvendo in causis ordinariis, juxta text. in l. nec quidquam 9. §. Ubi decretum, ff. de offic. Procons. & legat. ubi Doctores l. 22. tit. 22. p. 3. & ibi Gregor. Maranta *in prax. tit. de sententia*, n. 27. Afflict. decis. 167. n. 4. & ibi Ursillus ex n. 5. Gayl. observat. lib. 1. observ. 13. & observ. 19. Joann. Garcia de nobilit. gloss. 11. §. 1. n. 6. Parlador. libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 1.p. §. 1. n. 22. Maurus Burgius de modo procedendi ex abrupto, cent. 1. q. 5. ex n. 19. Colerus de processib. execut. 1.p. cap. 2. n. 271. & 272. Sin verò reus neque compareat, neque solvit obediendo, expediuntur litteræ executoriales, & executio fit eadem forma, qua virtute executorialium expeditarum pro sententia in judicatum transfacta. Si autem intenterit via liquidationis ex instrumento publico, & guarentigio, executio facienda est eo ordine, & solemnitate, quam statuit Ritus 166. cum seqq. ut ad eos notant Caravita, Troylus, & Scagliolus, item pragmaticæ de instrumentorum liquidatione, præcipue prag. 8. eod. tit. in noviss. compil. & ibi tractat Rovit. in Rub. ex n. 4. & 6. ubi allegat omnes Regnicolas ego tetigi *supra* tit. 2. disp. 8. n. 28.

27 De jure Castellæ si petatur executio sententiæ transfactæ in rem judicatam,

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

I.I.I. Biblioteca de Ciències Socials

latæ in actione reali , dixi supra n. 3. & 4. quomodo sit facienda. In eo Regno non expeditur mandatum de parendo ante executionem sententia, sed ejus virtute expediuntur litteræ executoriales, & earum vi nulla præcedente citatione rei fit executio, ablata manu militari, si oporteat, possessione à reo, & tradita actori victori. Condemnatio verò quantitatis, & instrumentum publicum, & guarentigium continens obligationem certæ quantitatis eodem prorsus modo, & forma executioni mandantur, ut adnotavit Roderic. Suar. in l. post rem , in declarat. legis Regni, limit. 12.n.2.cum seqq. Paz in praxi, 1.tom. 4.p.cap. 1. n. 3. Forma autem præscribitur à l. 29.tit. 21.lib. 4. Recop. de qua latè tractant Azeved. ibi, Joan. Gutierrez libr. 1. pract. ex q. 131. ad 134. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap.fin. 5.p. per tot. Rodrig. de execut. cap. 5. & nostri Practici, Paz in prax. 1.tom. 4.p. ex cap. 2. Hævia Volaño in Curia Philipp. 2.p. ex §. 14. Villadiego instruct. politica cap. 2. ex num. 66. Monterroso in sua pract. tract. 3. Quo etiam modo sine ulla debitoris citatione in Regno Neapolitano executioni mandantur obligationes pœnes acta , juxta Rit. 128. & ibi notata à Caravita ex n. 1. & ea quæ dixi tit. 2. præced. disp. 8. n. 38. Cùm enim Judex vider sententiam, aut instrumentum executione dignum, expedire debet litteras executoriales , seu mandatum de exequendo , absque citatione rei , adversus quem facienda est executio. Continere autem debet prædictum mandatum, quod fiat executio in bonis mobilia, & eorum defectu in stabilibus cum cautione fidejussionaria de idoneitate bonorum ad satisfacendum creditori, & eorum securitate , vide licet, quòd non evincentur, si fuerit vendita. Vocatur in d.l. 19. Fianza de saneamiento, quæ hæc omnia comprehendit , ut notat Parlador. d.cap.fin. 5.p. §. 5. & Baeza de inope debitore , cap. 1. n. 27. Defectu autem hujus fidejussionis reus est carcerandus, dummodo secundum leges Castellæ possit pro debito carcerari. Sunt enim multi, qui pro debitibus carcerari non possunt , ut mulier honesta, l. 10. tit. 3. lib. 5. Recop. quæ

erat l.Tauri 62.& ad eam notant Scribentes , Plaza in epitome delictorum cap. 14. ex n. 11. Menesius in l. transfigere, n. 92. & 93. C. de transact. Dueñas litter.F. regula 312. Imò neque inhonesta , si nupta sit , ut isti met animadverterunt. Notat Gizzarell. decis. 56. ex n. 13. & 14. Item nobilis quem Hispani Hidalgo vocamus, l.4. tit. 2. lib. 6. Recop. Anton. Gomez tom. 2. var. cap. 11. n. 54. Covarr. lib. 2. variar. cap. 1.n.4. hos, & alios latè refert Parlad. d.cap.fin. 5.p. §. 6. ex n. 9. Paz in praxi, 1.tom. 4.p. d. cap. 2.ex n. 33. Hævia Volaño in Curia Philipp. 2.p. §. 17. ex n. 1. Villadiego in instruct. polit. cap. 2. ex n. 86. Colerus de processib. executiv. p. 1. cap. 6. ex n. 146. & p. 2. cap. 3.n. 157. novissimè Ubertus tract. de citation. cap. 6. ex n. 178. Covarr. ubi supra ex n. 2. Dummodo debitum non descendat ex delicto, nam pro debito ex delicto omnes isti possunt carcerari, l.79.Tauri , quæ est l.6. tit. 2. libr. 6. Recop. Virtute hujus mandati hac forma jubetur, & debet fieri executio, ut prius capiantur mobilia, & horum defectu stabilia. Et nota de jure Castellæ hunc ordinem requiri pro forma , nam ita expressè statuitur in d.l. 19. in princ. Porque por no estar declarado por leyes de estos Reinos la forma que se ha de tener en las ejecuciones, &c. Et infr. Y por esta forma se haga la ejecucion , & animadvertit Azeved. ibi, in princ. num. 1. cum seqq. confirmans ex eo, quod cùm lex, vel statutum introducit aliquid de novo cum cæteris modificationibus, quidquid ibi exprimitur, videtur datum pro forma. Quidam doctrinam tradit Ancharr. conf. 241. ex tenore privilegii, n. 6. in fin. approbat Dec. conf. 612.n. 2. & Tellus Fernand. in l. 3. Taur. 2.p. n. 16. Quare ejus ordinis omissione vitiabit actum executionis, l. cum ii 8. §. Si Praetor, ff. de transact. l. 1. §. Si quis ita, ff. de verbis. obligat. cap. cum dilecta 22. de rescript. Multa in eam rem congregavit Sebastian. Medices tom. 2. tract. de reg. jur. reg. 7. & plures omittimus consultò. Et ita intelligerem omnes Hispanos Doctores allegatos supra n. 11. ut dum dicunt , ordinem datum in dict. leg. à Divo Rio , §. In venditione , esse de for-

forma substantiali executionis, exponantur juxta jus Castellæ, non juxta jus commune.

28 Præterea in d. l. 19. statuitur, ut si executio fiat in rebus mobilibus, subhastatio fiat per nundinam, seu novem dies factis tribus proclamatibus, seu præconiis d. triduo in triduum. Si vero executio fiat in rebus soli, subhastatio duret per tres nundinas, seu dies viginti septem, factis item tribus proclamatibus à novennio, in novennium, seu de nundina in nundinam. Si vero executio fiat pro debitis fiscalibus tria præconia celebrantur pro bonis mobilibus executis, spatio trium dierum prostabilibus executis spatio novem dierum dumtaxat, ut statuit l. 18. tit. 6. lib. 9. Recop. & notat Paz in prax. I. tom. 4.p. cap. 2. n. 40. & 41. Et fortassis horum proclamatum solemnitas, & terminus trina divisione partitas ortum habuit ex his, quæ adnotavit Hugo Donellus tract. de pign. cap. 10. Quorum proclamatum termino elapsò, seu unius nundinæ sive trium, quæ sunt spatium subhastationis, & præconiorum, citandus est reus ad ultimam sententiam addictionis Remate vocant Hispani. Hæc autem citatio debet esse personalis, si pudiere ser avido, id est, si reperiiri potest, si non absit à loco, vel latitet, seu sui copiam faciat. Sin verò non reperiatur in domo, & Civitate, quia sit absens, vel latitet, ne ad eum citatio perveniat, potest citari domi suæ solitæ habitationis, ita ut nota fiat citatio uxori, filiis, aut famulis ejusdem debitoris, si eos habuerit, si non habuerit, vicinis proximioribus.

29 Quod si facta hac citatione reus se opposuerit executioni, quod intra triduum à citatione facere debet, allegans exceptiones legitimas contentas in l. 1. & 2. d. tit. 21. lib. 4. Rec. assignatur illi terminus decem dierum, tam in d. l. 2. quam in hac eadem l. 19. de qua agimus, numerandos à die oppositionis, qua presentata Judex interloqui solet: *Se le encargan los días de la ley*, id est, assignatur illi terminus decem dierum ad probandas suas exceptiones. Quod si reus si non opponat executioni intra prædictum triduum, vel opponens se

non probet intra decendum illi assignatum exceptiones legitimas executionem impedientes, statim Judex post triduum in primo casu, post decendum in secundo, profert sententiam ultimæ addictionis, per quam jubet, ulterius procedi ad executionem, & venditionem bonorum executorum, & ex eorum pretio solvi creditori quantitatem debiti, pro quo est facta executio, præstita per creditorem fidejussione, quam vocant legis Toleti, quæ est l. 2. prædicto tit. 21. libr. 4. Recop. quæ cautio continet, quod si per superiores Judices sententia addictionis fuerit declarata nulla, aut revocata, creditor restituet bona exequuta cum dupla quantitate crediti pro quo facta est executio. Post istam autem sententiam fit quartum, & ultimum proclama, & bona subhastata remanent addicta potiori oblatori, qui de pretio eorum satisfacit creditori.

30 Solent autem Practici eo uti remedio, si neque reperiatur emptor, neque creditor ipse licitari velit, ut extraneus, quod facere potest, ut advertimus supra n. 7. ut subjiciatur tertius, qui pignora licetetur, quibus illi addictis cedit statim omne suum jus creditori, qui bona sui debitoris recipit, ut apud ipsum maneant, ut adnotavit Parlador. d. cap. fin. 5.p. §. 13. n. 13. meminit Covarr. lib. 2. var. cap. 11. n. 3. Idcirco verò ea ambage eos uti conjectat, quod credant sic vitare se remedium, quod datum est debitoribus, ex l. ult. C. de jur. dom. imp. & ex Auth. hoc n. 5, C. de solut. Verum displicet mihi ista cautela, quam etiam reprobat post Didacum Perez, Paz in prax. I. tom. 4.p. cap. 3. n. 50. Didacus Perez in l. 4. tit. 8.lib. 3. Ordinam. col. 1073. in princ. post. §. Dubitari præterea. Illi enim expressè obviaatur per textum in l. & qui sub imagine 10. cum l. quæ specialiter 9. C. de distract. pignor. quibus statuitur, pignus debitoris debere bona fide, & solemniter vendi, nam si quis pignus emat per interpositam personam, non acquirere pignoris dominium, sed rem pignoratam in eadem causa permanere, in qua erat ante hujusmodi collusionem, ac per consequens creditor, qui sic pignus per sub-

subjectam personam comparuerit, non lucrabitur fructus, sed illi extenuabunt creditum, ut diximus *sup. n. 19.* & notat *Hævia Volaño in Curia Philipp.* 2.p. §.22. n.23.

31 Tandem non reperto emptore pignorum licitorum, neque creditore volente licitari per se, neque per interpositam personam, neque adjudicari sibi pignora pro certo pretio in satisfactionem sui crediti, si malit ipse creditor, mittitur in possessionem bonorum debitoris captorum pro causa judicati, ut diximus *supra n. 18.* quæ praxis in patria mea Baeza est usitissima, qua sèpissimè ego usus sum dum ibi exercui munus Judicis ordinarii.

32 Si verò debitor facta allegatione legitimarum exceptionum, cùm se opponit executioni, eas probat intra decendum, *Judex pronniciat sententiam absolutionis,* qua jubet restituì reo pignora capta in causam executionis libera. Format processum executionis cum omnibus actis, *juxta d. l. 19.* & praxim *Castellæ Paz in sua practica,* 1.tom.4.p. cap.7. *Monterroso in sua pract. tract. 3. de via executiva,* ejusque partes minutim recensent *Hævia Volaño in Curia Philipp.* 2.p. per 28. §§. & *Villadiego instruct. polit. cap. 2. per totum,* novissimè Pichard. *Manuductionum ad praxim, p. 2.* Hac forma fit executio tām de jure communi, quām de jure Castellæ, & Neapolis.

## SUMMA DISPUTATIONIS II.

1 **D**eclaratur titulus apposito exemplo. *Pecunia non venditur, neque subhastatur, ibi.*

2 *Pecuniam captam pro re judicata statim esse creditori tradendam in solutionem crediti.*

3 *Pecuniam pro pignore esse capiendam cùm invenitur apud debitorem.*

4 *Capta pecunia distinguuntur duo casus, & quid in primo servetur de stilo Tribunali Neapolitanorum.*

5 *Cùm non præcessit citatio debitoris, antequam pecunia capiantur pro pignore, potest debtor se opponere executioni, & al-*  
*Tom. II.*

*legare exceptiones adversus executionem, & debet audiri.*

6 *Leges loquentes de forma executionis, non loquuntur de executione facta in pecunia.*

## DISPUTATIO II.

Quomodo sit perficienda executio facta in pecunia?

1 **P**onamus, debitorem condemnatum ad solvendam creditori certam pecuniae quantitatem, ut centum ducitorum sententiamque transire in rem judicatam, expediri litteras executoriales, & Apparitorem cùm mittitur ad capienda pignora ad domum debitoris, invenire in arca prædictam quantitatem centum ducatorum, aut dum creditor quærerit ex quo sibi satisfiat, reperire in Banco depositam prædictam quantitatem, vel sui debitoris, vel illi solvendam, quonam modo fiet executio. Nam hic venditio facienda non est. *Quis enim vedit unquam vendi pecuniam, ut ex ejus pretio satisfiat creditori? Quod si cessat venditio, cessare quoque debet subhastatio, cùm cessante fine cessant ea, quæ sunt ad finem,* l. oratio 16. ff. de sponsalib. *Zafius in l. cui jurisdictio, n. 3. ff. de jurisdict. omn. judic.* *Tiraquellus tract. de cessante causa, limitationem 1. ex n. 1.* Everard. in locis legal. loco 80. à cessatione rationis, ex n. 4. & loco 82. à contrario sensu, n. 19. & loco 128. à destructione consequentis ad destructionem antecedentis, ex n. 3. *Claudius Cantiuncula in topicis legalibus, in loco à causa, Petrus And. Gammarus in dialectica legali, loco à causa finali, Anguianus de legib. lib. 3. controversia 9.* Et deducitur ex Aristot. lib. 1. de generatione, cap. 5. alias cap. 7. textu 55. ubi ait, obtento fine cessare media, ac per consequens, & subhastatio, quæ ad venditionem, & venditio, quæ ad habendam pecuniam ordinantur, cessare debent, ubi adest pecunia numerata. Ex quo fit, vt in hoc casu non possit servari forma executionis, quantam de jure communi, quām Regio Neapolitano, & Castellano servandam diximus *disput. preced.* Et cum hic casus pos-

## TITULUS III. DISPUT. II.

sit esse frequentissimus, nullus, quem vi-  
derim ex Doctoribus Hispanis agentibus  
copiosissimè de executione, de illo tracta-  
vit & raro apud ceteros invenitur comme-  
moratus, cum tamen Ulpianus illius me-  
minerit in d. l. à Divo Pio, §. Sed et si pecu-  
nia, & §. præterea pecuniam, ff. de re judic.

2 Mathias Colerus de processib. execu-  
tiv. p. 3. cap. 9. n. 25. 26. & 50. existimat,  
pecunias capras in sententiæ, vel instrumto-  
rum exequilibrium vi continent tradendas,  
& exolvendas esse creditoribus, usque ad  
summam, & quantitatem debiti liquidi,  
quando est debitum pecuniarum. Imò pecu-  
nias primo loco esse pignorandas, & cre-  
ditori confessim assignandas, ut potè quæ  
in suo genere functionem recipiant, l. 2. §.  
*Mutui datio, ff. si cert. pet. Et cum nummus*  
(ait) eo fine sit percussus, ut per eum merces, &  
alii res omnes astimentur, l. 1. ff. de contrah.  
emption. ipse appretiari non potest, neque ven-  
di (ut rectè animadvertisit Gregor. Lopez  
in l. 31. tit. 11. p. 5. gloss. 2. circa fin. adducto  
exemplo de albedine, quæ cum sit id, quo  
formaliter cetera redduntur alba, ipsa alba  
esse non potest, & ita frustra tunc pigno-  
rantur alia mobilia pro vitando circuitu, ne  
illa deinceps denuò taxari, vel aliter in pe-  
cuniam redigi oporteat) Hæc Colerus.

3 Illud est certum, pecuniam inven-  
tam in domo debitoris in arca reclusam,  
aut apud argentarios, seu Bancum, aut apud  
alium quempiam depositam, aut destina-  
tam, ut solvatur debitori condemnato, ca-  
piendam esse pro pignore judiciali, ante-  
quam convertatur in rem judicatam, &  
creditori solvatur ad extinguendum debi-  
tum, d. l. à D. Pio, d. §. Sed et si pecunia, &  
§. pecuniam quoque, ubi notant Bart. & An-  
gel. Cuman. ibidem, in §. Sic quoque, in princ.  
& n. 1. & 2. Zafius n. 1. & n. 12. 13. & 14.  
Imola n. 22. Rebuffus in Conf. Reg. tom. I.  
tract. de litteris obligat. art. 11. gloss. I.

4 Capta vero pecunia pro pignore,  
potò distinguendos duos casus. Primus est  
quando præcessit citatio ante captionem  
pecuniæ numerata jure pignoris, quod di-  
ximus præced. disput. n. 25. contingere de  
jure Neapolitano, quo attento, præcedit

captionem pignorum mandatum de paren-  
do sententiæ, aut mandatum de solvendo  
cum comminatione executionis, quod in-  
timatur reo condemnato, & revera hæc est  
citatio ad executionem. Quo casu si debi-  
tor statim post intimationem, seu citatio-  
nem allegat exceptiones legitimas contra  
sententiam, aut instrumentum, quominus  
executioni mandentur, audiendus est, sin  
minus, sibi imputet, dum patitur procedi  
ad pignorum captionem, tunc enim inven-  
ta pecunia pœnes ipsum debitorem, vel  
pœnes alium, quæ tamen sit debitoris, po-  
test servari opinio Coleri, ut statim pecu-  
nia convertatur in rem judicatam, & solu-  
tionem debiti, consignando illam credito-  
ri, nullo alio expectato, & sic peragatur ex-  
ecutio. Et apud Tribunalia Neapolitana eo  
jure utimur, ut potentibus creditoribus post  
præcedentia decreta de solvendo commi-  
nata executione, pecunia debitoris etiam  
existens pœnes tertium, ut in Banco, vel  
destinata, ut eidem debitori solvatur, &  
ad eum effectum deposita ab aliis ejusdem  
debitoris creditoribus, statim liberetur ip-  
sis creditoribus in extinctionem sui credi-  
ti, cui praxi consonat Paul. in d. l. à Divo  
Pio. §. Sic quoque, in fin. principi, ante n. 1.  
ff. de re jud.

5 Secundus casus est, quando nulla  
præcessit citatio ante captionem pignoris,  
sed inaudito, & inconsulto debitore pig-  
nora capiuntur, inter quæ invenitur pecu-  
nia numerata pœnes debitorem, vel ad de-  
bitorem pertinens, pœnes Bancum, aut a-  
lium tertium deposita, quod diximus disp.  
præced. n. 27. contingere juxta jura Castel-  
læ. Et hoc casu prædicta pecunia capienda  
est pro pignore judiciali, si inveniatur pœ-  
nes debitorem, vel sequestranda si est pœ-  
nes tertium, donec executio peragatur. Et  
quamvis tunc omittendæ sunt subhastatio-  
nes, quæ superflua sunt in hoc casu, ut di-  
xi supra n. 1. (non enim sunt tam de sub-  
stantiali forma executionis, quin omitti  
possint, ut omittuntur quandoque cum de-  
bitor renuntiat subhastationi, & proclama-  
tibus, ut adnotarunt Hævia Volaño in Cu-  
ria Philipp. 2. p. §. 18. n. 8. Rodrig. de exe-  
cut.

*cit. cap. 5. n. 81. Paz in prax. I. tom. 4. p. cap. 2. n. 29.* tametsi tunc eorum termino gaudet, ut iidemmet advertunt) nihilominus citandus est debitor ad sententiam ultimam addictionis, ut possit se executioni opponere, & adversus eam legitimas exceptiones allegare intra triduum à citatione, & probare intra illorum, quod diximus, decem dierum spatium, *disp. præced. n. 29.* Potest enim allegare, pecuniam poenes se repertam esse depositam, & ad alium pertinere, nominando dominum, ut in l. 2. C. ubi in rem actio, & in cap. quoniam frequenter, §. quod si super rebus, & ibi gloss. verb. *Immobilibus*, ut lite non contest. Quod si se non opponat, aut opponat, & exceptiones allegatas non probaverit, sententia profienda erit, qua pronuncietur, non quidem esse vendenda bona capta in causam judicati, siquidem pecunia vendi non potest, sed ex illa esse satisfaciendum creditori. Et hac sententia prolata pecunia statim convertetur in causam judicati. Ratio autem discriminis inter istos duos casus est manifesta, quoniam in primo cùm sit citatus debitor ad executionem ante capta pignora, habet facultatem proponendi contra ipsam quaslibet legitimas exceptiones sibi competentes, quod si eas non proponat, sibi imputare potest, quòd visus sit nihil opponendo executioni acquiescere. In secundo vero casu cùm debitor ante captionem pignoris non citetur, gravaretur sibi subitò captum pignus converteretur in solutionem debiti, denegata ei facultate proponendi contra executionem exceptiones, si quæ competunt, cui gravamini ne detur locus omnes Doctores senserunt, ut notavimus *præced. disp. n. 24.* esse necessariò, & præcisè citationem rei ante perfectam executionem requisitam, uno vel alio tempore, qua non præmissa judicium executionis corruere.

6 Neque objiciat quis, videri recedere nos in multis à forma executionis à legi præscripta, tam de jure communi, quam de jure Castellæ, juxta quod d. *disp. præced. n. 27.* de forma substantiali executionis est ordo traditus in l. 19. tit. 21. lib. 4. Recop.

*Tom. II.*

Nam respondendum est, legem, quæ ad ea, quæ frequentius accidunt, non ad casus singulares adaptatur, l. ex his 4. l. nam ad cā 5. ff. de legib. non præscripsisse formam executioni factæ in pecunia, quæ raro accidit. Quis enim credat, debitorem, qui pecuniam habet præ manibus, velle se Apparitorum molestiis subjicere, patique executionis improperia, cùm facile possit se à debito liberare? Sed solùm præscripsisse formam executionis, quæ fit in bonis, & pignoribus debitorum, ex quorum venditione, & præcio satisfaciendum est creditoribus, quemadmodum in d. l. à Divo Pio, §. In venditione, non præscribitur quoque forma exequendi sententiam latam in actione reali, qua jubetur conventus restituere rem possessam actori. Verùm ex similitudine illius executionis colligimus, quid observandum sit in aliis executionibus ibi non comprehensis, l. non possant 12. l. nam ut ait 13. ff. de legib.

### SUMMA DISPUTATIONIS III.

1 **D**istinguendi sunt plures casus, & disputatio est difficilis sententiarum varietate, in eaque Doctores confusè sunt loqui.

2 **P**roponitur primus casus.

*In obligatione facti post moram succedit obligatio ad interessè, ibi.*

*Interesse in obligatione facti non solum est in facultate solvendi, sed etiam in obligatione, & per consequens potest peti, ibi.*

3 **C**um obligationi facti accedit juramentum obligatus compellitur præcisè facere.

4 **O**bligatus ad factum ex re judicata compellitur præcisè facere.

5 **O**bligatio ad factum, quæ procedit ex mero iudicis officio, facit, ut quis compellatur præcisè facere: secus si obligatio procedat ex conventione: nam ita obligatus non compellitur præcisè facere, sed liberatur solvendo interessè.

6 **O**bligatus ex instrumento guarentigio compellitur præcisè facere.

7 **C**ontrarium sentit Bartolus.

8 **A**ttento jure Canonico obligatus ad factum

P 2

com-

- 1 compellitur præcisè facere.
- 2 Attento jure Castellæ obligatus ad factum compellitur præcisè facere.
- 3 Contrarium qui senserint.
- 4 Limitatur multis modis prædicta regula, remissive.
- 5 Secundus casus refertur, & quid in ea servandum.
- 6 Impossibilitas facti superveniens reddit obligationem facti inutilem, & excusat à mora.
- 7 Refertur tertius casus.  
*In eo factum, & pœna sunt in obligatione, sed non potest obligatus simul compelli ad factum, & pœnam: sed ad unum dum taxat.*
- 8 Cum obligatio pœnalis adjecta novat priorem stipulationem, commissa stipulatione pœnali pœna solum peti potest.  
*Quando novetur prior stipulatio per pœnalem adjectam, & quando non remissive, ibi.*
- 9 In hoc genere novationis nihil est immutatum à Justiniano per l. final. Cod. de novat.
- 10 Adjecta clausula in contractu, rato manente pacto, potest simul peti factum, & pœna.
- 11 Limitatio Baldi, & rejicitur.
- 12 Si pacto adjiciatur juramentum, potest simul peti factum, & pœna.  
*Juramentum habet vim clausulae, rato manente pacto.*
- 13 De jure Castellæ pœnalis stipulatio adjecta non novat priorem.  
*Stipulator commissa stipulatione pœnali illo jure potest eligere, aut factum, aut pœnam.*
- 14 An quod promittitur per stipulationem pœnalem promittatur nomine pœnae, vel potius nomine interesse, & quisenserint, promitti tanquam pœnam.
- 15 Alii censem, promitti ut interesse.
- 16 Pœna ex multorum Tribunalium consuetudine non exigitur ultra id, quod interest.
- 17 Expedit in contractu exprimi quantitatem certam potius, quam damna, & interesse, quæ incerta sunt.
- 18 Pœna adjecta facto non subjacet suspicioni usurarum: secus in pœna adjecta solutioni quantitatis, ibid.
- 19 Contractus, vel instrumentam, aut statutum, quod stetur declarationi creditoris quoad quantitatem interesse, intelligitur, nisi probetur contrarium ab adversario, ibidem.
- 20 Una probatio recipit meliorem probationem in contrarium, ibid.
- 21 Pactum inter contrabentes, quod stetur declarationi simplici, vel juratæ creditoris, circa quantitatem interesse, an valeat, ibid.
- 22 Quartus casus proponitur, & quid in eo servandum quoad executionem.
- 23 Contractus quando dicatur initium sumere à conditione, quando à dispositione, ibid.
- 24 Quintus casus de obligatione alternativa.  
*In obligatione alternativa electio est debitoris, ibid.*
- 25 Utrumque ex alternativis est in obligatione, sed unum solum est in solutione, quod debitor elegerit, ibidem.
- 26 Distinguuntur duo capita principalia examinanda.
- 27 Diversa sunt remedia in jure, quibus debitor compellitur præcisè facere promisit, & quid in Regno Neapolitano.  
*Debitor compellitur facere quod promisit per carcerationem, ibidem.*
- 28 Secundò compellitur captis pignoribus, & indicta multa, seu pœna.  
*Senatores Romani sic cogebantur adesse Senatu, ibid.*
- 29 In Regno Neapolitano Cives Neapolitani compelluntur indicta multa obedire iudicibus.  
*Et non obstat eorum privilegium, ibidem.*
- 30 Ob utilitatem publicam privilegia revocari possunt, ibidem.  
*Pœna, aut multa debet esse proportionata facto, quod præcipitur, & delicto, pro quo imponitur, ibidem.*
- 31 Tertiò compelli potest quis præcisè facere per denegationem audientiae, nisi faciat.
- 32 Judeex supplere potest præstanto assensum actui, si ille, qui præstare tenetur monitus recuseret.
- 33 Quomodo sit exequenda obligatio facti ad-

versus plures hæredes debitoris defuncti, remissive.

33 Agitur de secundo capite principali, quando vel debitor non potest compelli præcisè facere, aut creditor vult potius interesse, quam factum.

34 Quando obligatio nibil expressè continet in casu non facti, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse.

35 Alii contra sentiunt probabilius.

Taciti, & expressi idem est judicium, ibid.

36 Verum duobus modis limitanda ista sententia. Primò, si tacitum deducitur necessario ex expresso, non contingenter. Secundo si vis executiva concedatur instrumento simpliciter, aut secundum omnia in eo contenta, secus si concedatur instrumento secundum ejus tenorem.

In usu Regni Neapolitani distinguendus est usus liquidandi instrumentum via Ritus, ab usu exequendi virtute pacti executivi, ibidem.

37 Sententiae, & instrumenta possunt executioni mandari, non solum quoad expressa, sed etiam quoad tacita.

38 Judex non potest impartiri officium suum, nisi petenti.

Quomodo petere debeat creditor executio nem obligationis ad factum, ibidem.

39 Quando in casu non implementi promittitur pena, vel interesse certum, datur execu tio pro interesse, vel pena.

Factum est in facultate solvendi, etiam post moram, ibidem.

Cum obligatio facti continet certum interesse, aut paenam, contractus non est suspectus: secus si adjiceretur interesse, vel pena certa solutioni quantitatis, & tunc interesse egeret ulteriori probatione, ibid.

40 Cum obligationi facti adjicitur interesse, vel pena illiquida, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse, vel pena.

41 Alii sentiunt contra.

42 Executio non potest perfici, nisi precedat liquidatio, & in hoc conveniunt duas præcedentes sententiae.

In quo differant, ibidem.

Pendente judicio super liquidatione, an pos-

sit carcerari debitor, & pignora capi, ibid.

43 Duplex modus practicandi executionem instrumenti illiquidi.

Primus, ut petatur executio quantitate liquidanda: secundus, ut petatur liquidatio ante petitionem executionis, ibidem.

44 Qui petit liquidationem non petita execu tione, petit pronunciationem judicis super liquidatione.

A pronunciatione, super liquidatione reus appellare potest, ibidem.

Causa liquidationis non est executiva, ibid.

45 Petita executione ante petitionem liquidationis, incidentis est in executione articulus liquidationis, qua facta quomodolibet potest pronunciare super executione.

A pronunciatione super executione, non interponitur appellatio, ibidem.

46 Utilior est secundus modus practicandi executionem instrumenti illiquidi, quam primus.

47 Exemplum de casu, quo petitur executio sententiae, cuius appellatio est deserta.

48 Cum contractus incipit à condicione, pro quantitate certa promissa conceditur execu tio.

49 Cum obligatio facti est alternativa, petitur alternativè execu tio pro facto, aut quantitate.

Judex tunc præfiget terminum, quo debitor eligat quid velit solvere, & eo non eligente amitteret facultatem eligendi, & ea devolvetur ad creditorem, neque debitor poterit purgare moram, quasi re non integra, ibidem.

### DISPUTATIO III.

Quomodo sit facienda executio obligationis ad actum?

**I**fficilis est admodum proposita quæstio casuum diversitate, & sententiarum varietate, in qua Doctores confusissimè loquuti sunt. Ut verò procedamus clarius, plures casus sunt distinguendi:

**2** Primus casus est, cum quis est obligatus ex instrumento guarentigio ad facien-

ciendum aliquid, vel ex sententia transacta in judicatum, & potest facere id, quod promisit, vel quod ei præcipitur: verum in obligatione, aut præcepto nihil ulterius additur obligando se, si non faceret id, quod promisit ad aliquam poenam, aut ad damna, & interesse stipulatoris, aut creditoris. Verbi gratia, si quis se obligaret ad scribendum librum, vel ædificandam domum, nihil ulterius addendo. In quo casu communis est Doctorum sententia, in obligatione facti post moram succedere obligationem ad interesse, & non posse reum compelli præcisè facere, sed liberari solvendo interesse. Id probatur optimis textibus in l. si quis ab alio 13. §. si quis promiserit, ff. de re judic. in l. in stipulationibus 54. §. operarum, in l. stipulationes non dividuntur 72. in princip. in versic. Celsus, in l. cum stipulatus sum mihi à Procule 113. §. ultimo, ff. de verb. obligat. sentiunt Dinus in cap. mora 25. n. 5. de reg. jur. in 6. Bart. in d.l. stipulationes non dividuntur, in princ. ex n. 36. Joannes de Imola n. 1. & 2. & ex n. 15. Romanus n. 3. & ex n. 80. Raphael Cumanus ex n. 33. Alex. ex n. 27. Jason n. 6. & ex n. 32. Alciatus ex n. 69. Paulus in eadem l. stipulationes non dividuntur, in §. Celsus, n. 4. & in d. §. si quis promiserit, n. 1. Alex. ibi, n. 1. & 2. Jason n. 1. 3. & 4. & in l. si pecuniam 5. in princ. n. 23. ff. de condic. caus. dat. & in §. actionum, n. 47. & in §. item si quis n. 12. instit. de action. Anton. Gomez tom. 2. var. cap. 10. n. 22. Colerus de processibus executiv. p. 3. cap. 1. n. 44. Valascus consult. 164. n. 12. Cevallos in specul. præc. q. 62. ego dixi supra tit. 1. disput. 2. q. 8. section. 2. n. 1021. Ubi allegavi Covarr. Bernard. Diaz, Manticam, Gratian. Parlador. Gutierrez, & Matienzum. Rationem reddit Alciatus, & Antonius ubi supra, & Rebiffus statim referendus, n. 15. & 16. quamvis mihi non satis placeat. Est autem advertendum, in obligatione facti interesse non solum esse in facultate solvendi quemadmodum videbatur insinuari in d.l. si quis ab alio, §. ultimo, & in d.l. stipulationibus, §. Operarum, sed etiam in obligatione, ac per consequens peti posse, ut notat Bartol.

in d.l. stipulationes non dividuntur, n. 12. & 37. Cumanus n. 33. & 40. Paulus ibi, in §. Celsus n. 1. & 4. & in d.l. si quis ab alio, §. ultimo, n. 1. & 2. Jason ibi, n. 3. Rebiffus in receptione l. unica, C. de sententia, que pro eo quod interest in glossa verbi, in aliis, n. 1. 3 Hæc tamen resolutio, quæ pro regula habenda est, patitur plures limitationes, ex quibus solum enumerabimus celebriores, & ad usum magis accommodatas. Primo limitanda est, cum obligationi ad factum accedit juramentum, tunc enim obligatus ad factum compellitur præcisè facere propter juramenti reverentiam, quod semper servari debet, dum non vergat in dispendium salutis æternæ, cap. cum continet 28. de jurejur. cap. quamvis pactum 2. de pactis in 6. Ita sentit Accursius in l. si pecuniam 5. in princ. verb. Necesse habeas, ff. de condic. caus. dat. & ibi Jason n. 23. Romanus in d. l. si stipulationes non dividuntur in princip. ex n. 69. Alex. n. 27. Alciatus n. 85. Jason n. 33. & in d. §. item si quis, n. 12. & in §. actionum, n. 47. instit. de actionib. Gomezius in §. item si quis postulante, n. 7. instit. eod. tit. Decius in cap. 1. n. 128. in l. 1. lectur. de judiciis, Matesilanus singulari 54. Anton. Gabriel lib. 2. commun. tit. de jurejur. conclus. 8. Covarr. in d. cap. quamvis pactum, p. 1. §. 4. n. 11. Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 14. tit. 32. n. 4. Anton. Goinez ubi supra, versic. Quartus casus, Gutierrez de juram. confirm. 1.p. cap. 39. n. 6. Seraphinus de privileg. juram. privileg. 74. ex n. 2. Cevallos d. q. 62. n. 3. Molina de iustitia, tract. 2. tom. 2. disput. 562. num. 4. circa fin.

4 Secundò limita, cum obligatio facti descendit ex re judicata, nam tunc obligatus ad factum compellitur præcisè facere, ne decretum Judicis reddatur elusorium. Hanc limitationem tradit Baldus in l. qui restituere 68. in 1. lectur. n. 4. versic. In ead. glossa ibi: Sicut in re vendita, & in 2. lectur. n. 5. in fin. ff. de rei vendicat. per textum ibi, & in l. unica, n. 62. C. de sentent. que pro eo quod interest, Angelus in d.l. qui restituere, n. 4. & in d. l. stipulationes non dividuntur 72. in §. Celsus n. 2. Paulus n. 4. Romanus

in eadem l. in princ. n. 72. Joannes de Imola n. 16. in fin. Alciatus n. 84. ff. de verborum obligat. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 10. num. 22. vers. Quintus casus, Fabian. de Monte tract. de empt. & vendit. q. 6. principali, n. 40. Parlador. libr. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. n. 4. & 5. Mantica d. tit. 32. n. 13. Seraphinus d. privileg. 74. n. 3. Ludov. Gomezius in §. item si quis postulante, n. 7. instit. de action. Eandem limitationem confirmat de jure Castellæ, l. 5. tit. 27. p. 3. & ibi notat Gregorius gloss. 3. & Emmanuel Suarez ad Anton. Gomez d. cap. 10. n. 22. litt. L. ad verbum, Istam etiam dicit communem opinionem, circa finem additionis.

5 Verum limitationem istam, quæ aper-  
tè est contra sententiam Bartoli in d. l. stipulationes, n. 41. reprobat Alex. ibid. n. 28. Imola tamen n. 16. & Romanus n. 72. quos sequitur Mantica d. n. 13. sublimitant, ut sit intelligenda solum de obligatione facti, quæ descendit ex mero Judicis officio, si-  
cuit contingit in restitutione rei, quando agitur rei vindicatione, ut in casu textus in d. l. qui restituere, ff. de rei vendic. Non ve-  
rò de obligatione facti, quæ descendit ex conventione contrahentium præcedente, etiamsi postea accedit sententia, vel decre-  
tum Judicis, nam ita obligatus non com-  
pellitur præcissè facere, sed liberatur sol-  
vendo interesse, juxta regulam superius traditam, ut probat textus in l. miles 6. §. de-  
cem, ff. de re judic. cum aliis adductis à Ro-  
mano. Cui limitationi, tametsi subobscure, videtur subscribere Raphael Cumanus in d. q. stipulationes non dividuntur, n. 40.

6 Tertiò limita, quando quis obliga-  
tur ex instrumento guarentigio ad aliquid faciendum, nam compellitur præcissè face-  
re, & non liberatur solvendo interesse. Ita sentit Baldus in l. 1. n. 62. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Jason in l. certi condicō 9. n. 20. ff. si certum petatur, Decius in cap. 1. in 1. lectura, n. 128. & 129. de judiciis, sequitur Parlard. libr. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. n. 8. limitationem istam maximè com-  
mendans. Rationem reddit Baldus, quo-  
niam instrumentum guarentigium habet vim sententiæ in judicatum transeuntis. Sed

sententia obligat præcissè ad factum. Ergo & instrumentum guarentigium.

7 Hec tamen limitatio similiter est contra Bart. in d. l. stipulationes 72. n. 41. & patitur easdem difficultates, quas præ-  
dens. Etenim si falsum est, sententiam obli-  
gare ad factum præcissè, cùm præcedit con-  
tractus, falsum etiam erit, obligatum ad  
factum ex instrumento guarentigio præcissè cogendum, ut faciat, siquidem sic obli-  
gatus obligatur ex conventione.

8 Quartò limita, attento jure Canoni-  
co, nam de ejus æquitate obligatus ad fa-  
ctum compellitur præcissè facere. Ita sen-  
tit quamvis non satis firmiter Ludov. Ro-  
manus in d. l. stipulationes non dividuntur, in  
princ. n. 77. Jason n. 33. Panormit. in cap. ve-  
niens 16. n. 7. & 9. de jurejur. Ant. Burgos  
iu repet. Rubr. n. 4. & 5. de emp. & vendit.  
Covarr. in Repet. cap. quamvis pactum, 1. p.  
§. 4. n. 11. de pact. in 6. Rebuffus in repet. l.  
unica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest,  
in gloss. verbi in aliis, n. 19. Gregor. Lopez  
in l. 3. tit. 14. p. 5. gloss. 4. Gutierrez de ju-  
ram. confirmat. 1. p. cap. 39. n. 4. Matienz. in  
l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 6. n. 2. Moli-  
na de justit. tract. 2. tom. 2. disput. 562. n. 4.  
Probant hanc limitationem. Primò ex tex-  
tu in cap. 1. & cap. qualiter 3. de pactis. Se-  
cundò ex eo, quod apud Deum paria sunt  
fides, & juramentum, cap. juramenti 22. q.  
5. cap. ad aures 3. de iis, quæ vi, metusve cau-  
sa, Angelus in l. non erit 5. §. sed & si quis,  
ff. de jurejur. Alex. in l. si quis major 61. n.  
16. Jason n. 28. Padilla ex n. 33. C. de tran-  
sat. Felinus in cap. 2. ex n. 15. de sponsalib.  
Covarr. in d. cap. quamvis pactum, p. 1. §. 2.  
n. 1. Petra de potest. Principis, cap. 20. ex n.  
23. Surdus decif. 159. n. 20. Gail observat.  
practic. lib. 2. observ. 59. n. 1. Ex juramen-  
to autem obligatus compellitur præcissè  
facere, ut adnotavi supra n. 3. Ergo etiam  
obligatus ex fide, juxta æquitatem Canoni-  
cam, quæ respicit sinceritatem juris natu-  
ralis, incorruptamque fidelitatem, quæ in-  
servanda constanter veraci fide consistit.

9 Quintò limita, attento jure Castellæ veteri, & novo, nam eo jure obligatus ad  
factum compellitur præcissè facere : ut  
pro-

probatur de jure veteri ex l. 5. tit. 27. p. 3. & l. 13. l. 35. tit. 11. l. 3. tit. 14. p. 5. & jure novo ex l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Atque ita se nit Gregorius Lopez in d.l. 3. gloss. 4. Ubi notat, dictam legem Partitæ approbasse opinionem Martini de Fano Doctoris antiqui, quem refert ab eo recedens, Bart. in d.l. stipulationes non dividuntur, n. 36. Qui dicebat, attento etiam jure communi obligatum ad factum compellendum præcissè facere, neque liberari solvendo interesse, nisi quando factum expleri non poterat, vel quando stipulatoris non intererat, factum impleri. Sequitur Gutierrez de juram. confirmat. 1.p. cap. 39. n. 5. Matienzo in d. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 6. n. 2. & 3. Azeved. in ead. l. 2. n. 42. in fin. Villalobos apud Olanum in concordia antinomiarum, litter. O. n. 5. Pichardus in Rubr. ex n. 62. in stat. de obligationib. Molina de justitia, tract. 2. tom. 2. disput. 562. n. 4. & in Apendice ad inst. de offic. judic. cap. 12. ex n. 196. Qui etiam de jure communi adhaerent eidem sententiæ Martini de Fano, quam retulimus, & idem servari de jure Aragoniæ testatur Calixtus Ramirez de lege Regia, §. 33. n. 11.

10 Ab hac limitatione recedit Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 10. n. 22. & in additione ibi, Emmanuel Suarez ad verbum, istam etiam dicit communem, quos sequitur Parlador. lib. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. n. 2. Rationem mutuatus est Parladorius ab Emmanuele Suarez, tacito authore. Quoniam (ait) argumentum, quo utitur Gregorius à legibus septem Partitarum est à contrario sensu, quod ad alterius juris correctionem nullam vim habet. Ego non video, quomodo Gregorius utatur argumen- to à contrario sensu, nam leges Partitarum, quas allegavimus expressè statuunt, eum, qui promittit factum compellendum à Juide, ut impleat promissa: & hic nullum fit argumentum, sed haec verba planè repugnant cum doctrina eorum, qui juxta jus commune sentiunt, obligatum ad factum liberari per solutionem interesse. Quare credo, non recedendum à prædicta quinta limitatione.

11 Multas alias limitationes, & casus, in quibus obligatus ad factum compellitur præcissè facere, & non liberatur solven- do interesse, congesit Martinus de Fano, & Dinus, ex quorum sententia eas refert Bart. in d.l. stipulationes non dividuntur, n. 36. ex versic. Huic sententiae videtur assenti- ri D. Martinus de Fano, & ex propria sen- tentia sub distinctione, quam facit ibidem, n. 37. 38. & 39. Alex. ex n. 27. Jason n. 32. & 33. Alciatus ex n. 81. Antonius Gomez d. cap. 10. n. 22. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 14. d. tit. 32. ex n. 4. Colerus de processib. executivis, 1.p. cap. 6. ex n. 18.

12 Secundus casus est, cùm quis se obligat ad aliquid faciendum, & post moram ex supervenienti casu non potest face- re, quod promisit: verùm in obligatione nihil ulterius addit in casu non faciendi, videlicet promissionem poenæ alicujus, vel interesse stipulatoris. Verbi gratia, si se obligearet quis ad scribendum librum intra annum, & post annum amputata esset ei manus, quod est exemplum Bartoli. Hoc casu non potest reus compelli ad factum, quod est impossibile, sed condemnandus, & cogendus est solvere interesse. Probat textus in l. qui restituere 68. §. si verò non po- test, ff. de rei vendic. & ibi notat Baldus in 1. lectur. n. 3. Item textus in l. in re furtiva 8. in princ. ff. de condic. furt. l. Julianus 3. ff. de confess. l. promissor. 21. in princ. ff. de constit. pecun. Docet Bart. in d.l. stipulatio- nes non dividuntur, n. 40. & 44. & ibi Ale- xander num. 32. dicit, omnes transire cum Bartolo.

13 Dixi, & post moram ex supervenien- ti casu non potest facere quod promisit, quo- niam si eveniret impossibilitas ante moram, reus ad nihil teneretur, l. quod te mibi 5. & ibi Bart. n. 14. Ripa n. 40. Socinus ex n. 28. ff. si certum petat. l. 18. tit. 11. p. 5. & ibi Gregorius gloss. 5. Nam difficultas superveniens nedum impossibilitas, in fa-ctis excusat à mora, l. datio 3. §. si per ven- ditorem, versic. Mora, ff. de action. emption. l. divortio 37. in princ. versic. Quod si inter- rea, ff. de negot. gest. l. si vehenda 10. §. idem juris, ff. ad l. Rhod. de tact. l. Thais 41. §.

*Lucius Titius, ff. de fideicommiss. libertat. l. non omne 38. ff. de statu liber. cap. quia diversitatem s. de concess. præbend. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 243. ex n. 50. Sebastian. Medices tract. de fortuitis casibus, 1. p. q. 4. n. 52. & per totam, & q. 5. ex n. 26. tom. 2. Seraphinus de privil. juram. privil. 15. n. 1. Farinac. in fragment. criminal. 1. p. litt. D. ex n. 142. Sintagma commun. opinion. lib. 4. tit. 22. ex n. 88.*

14 Tertius casus est, quando obligatio facti incipit à promissione, & in confirmationem prioris obligationis adjicitur stipulatio poenalis. Verbi gratia, cùm quis se obligat ad faciendum aliquid, ut scribendum librum, vel ædificandam domum, & casu, quo non faciat promissum, se obligat ad solvendum stipulatori poenam certam, aut interesse certum, & liquidum, aut incertum sine ulla liquidatione. Quo casu tām factum, quām poena sunt in obligatione post moram, ut rectē declarat Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 498. ex n. 19. Sed non potest post moram obligatus compelli simul ad utrumque, videlicet ad factum, & solvendam poenam conventionalem, sed ad unum dumtaxat, ut statuit l. 34. tit. 11. p. 5. & ibi notat Gregor. gloss. 1. & 2. Quid autem sit hoc, an factum ipsum comprehendens in stipulatione principali, an poena expressa in stipulatione poenali, est difficultas multum controversa apud Doctores, de qua tractant in l. ita stipulatus 115. ff. verb. obligat.

15 In ea autem illud certum est, in illis casibus, in quibus stipulatio poenalis adjecta novat priorem obligationem post commissam ipsam poenalem stipulationem, poenam solum peti posse, tametsi factum sit in facultate solvendi usque ad litis contestationem. In aliis verò casibus, in quibus stipulatio poenalis superaddita non novat primam post moram peti posse unum, quod actor elegerit. Quinam verò sint isti casus, in quibus stipulatio poenalis novat priorem principalem stipulationem, juxta text. in l. prædia 28. ff. de act. empt. in l. obligationum ferè 43. & sed si navem, ff. de action. & obligat. l. 1. in fin. ff. de penu legat. l. 1. Tom. II.

§. item si ita, ff. ad l. Falcid. qui verò sint illi casus, in quibus stipulatio præcedens non novatur per poenalem (in quo consistit tota controversia) tractat Bart. in d.l. ita stipulatus 115. n. 27. ex vers. Quid ergò dicemus, & n. 33. Albericus en n. 29. & post ex n. 48. Alex. n. 43. Jason ex n. 19. Cumanus ex n. 31. in versic. Sed videamus, Alciatus ex n. 39. ff. de verbor. obligat. Gregor. Lopez in l. 16. gloss. 7. in fin. & in l. 34. gloss. 1. & 2. & in l. 35. gloss. 2. tit. 11. p. 5. Molina de justitia, tractat. 2. tom. 2. disp. 559. n. 6. Gutierrez de juram. confirmat. 1. p. cap. 63. n. 6. Franciscus Marcus 1. p. decis. 412. ex n. 8. Galganetus de condit. & demonstrat. p. 2. cap. 5. q. 22. & singulariter Udalricus Zafius singular. Respons. lib. 1. cap. 4. Oportet tamen animadvertere, circa hoc genus novationis, quæ resultat ex stipulatione poenali adjecta in confirmationem prioris principalis stipulationis, nihil esse immutatum à Justiniano per l. fin. C. de novationib. ut notat Alciatus ubi supra, n. 41. qui dicit, sic esse receptum, Franciscus Marcus d. decis. 412. n. 14. & 18. & Gutierrez ubi supr.

16 Quod tamen diximus superius n. 14. simili obligatione obligatum non posse simul compelli ad utrumque, videlicet factum, & poenam limitandum est. Primo, si adjiciatur in contractu clausula, rato manente pacto, nam tunc post moram potest utrumque peti, & factum promissum sub prima stipulatione præcedenti, & poena, aut interesse contentum in stipulatione poenali subsequenti, l. qui fidem 16. ff. de transact. l. cum proponas 17. C. eodem tit. d.l. 34. tit. 11. p. 5. & ibi Gregor. glossa 3. Padilla in d.l. cum proponas, ex n. 3. Romanus cons. 510. n. 20. Gutierrez de juram. confirmat. 1. p. cap. 60. ex n. 2. & in repet. l. nemo potest, n. 423. ff. de legat. 1. Benechendorfius ad Seraphinum de privil. juram. privileg. 85. in additione, n. 2. Molina de justitia, tract. 2. tom. 2. disp. 556. n. 10. Thuscus litt. C. concl. 300. Gail tract. observat. lib. 1. observ. 150. n. 14. Francisc. Marcus 1. p. decis. 413. & in tractatibus de clausulis. Vitalis de Cambano pagina 4. §. clausula, raro manente pacto, ex n. 1. Celsus Hugo n. 249. tomo 18.

Q

tra-

## TITULUS III. DISPUT. III.

*tractat.* Augustinus Barbosa *clausula* 128.  
*Marta* 1.p. *clausula* 125.

17 Hanc limitationem sublimitat Baldus *in l. si de fundo* 15. *in 2. lectura, n. 6. C. de locato*, quem sequitur Gregorius *in d. gloss. 3.* ut non intelligatur in illis casibus, in quibus quis non compellitur præcissè ad factum, sed liberatur solvendo interesse, in quibus credit, etiamsi apposita sit clausula, *rato manente pacto*, reum teneri solum ad interesse. Sed Baldus non asserit in hoc firmiter, & loquitur contra glossam ultimam, *ibidem*.

18 Secundò limita, si contractui adiiciatur juramentum, nam illud habet vim clausulæ, *rato manente pacto*, & sic habet eundem effectum, ut simul possit peti poena incursa propter moram, & factum ex contractu jurato. Hanc limitationem tradit Bart. *in l. si quis major* 41. *n. 7. & 8. C. de transact. per textum ibi*, Et Cagnol. *n. 143.* Gregorius Lopez *in d. l. 34. tit. 11. p. 5. gloss. 3.* Antonius Corsetus *de juram.* & ejus privileg., *n. 32.* Marcus Antonius Baviera *de virtute, & viribus juram.* *n. 21. tom. 4. tractat.* Gutierrez *d. cap. 60. n. 10.* Seraphinus *de privileg. juram. privil.* 85. & ad eum locum Benechendorfius *n. 3.* Andreas Gail *obser. pract. lib. 1. obser. 150. n. 15.* Franciscus Marcus *decis. 412. n. 15. & dec. 413. p. 1.* Cavalc. *decis. 35. ex n. 10. 1.p.* Molina *de justitia, tract. 2. d. disput.* 556. *n. 12.*

19 Tertiò id, quod dictum est, *n. 15.* videlicet, esse quosdam casus, spectato jure communi, in quibus stipulatio poenalis adjecta novat priorem obligationem, & in illis solum posse peti poenam, commissa post moram primæ stipulatione poenali, limitandum est, ut non habeat locum de jure Castellæ, quo attento nunquam poenalis stipulatio etiam post moram novat priorem, in cuius confirmationem adjicitur: ac per consequens etiam post moram primæ stipulationis, & commissa secunda poenali, stipulator potest eligere, quod velit petere, an factum, an poenam, & ad utrumlibet agere, quod sibi magis commodum videatur. Ita statuit *l. 35. tit. 11. p. 5.* & *ibi* Gregorius *gloss. 2.* notat, legem Partitæ appro-

basse opinionem Dini, & Jacobi de Arena, quam retulit, & reprobavit Bart. *in d. l. ita stipulatus, n. 27.* cui tamen adhæsit Cumannus *ibi, n. 36. & 37.* Idem post Gregorium animadvertunt Gutierr. *de juram. confirm. 1.p. cap. 63. n. 6.* Cevallos *in spec. tract. q. 95. n. 6.* Molina *de justitia, tract. 2. tom. 2. disput. 556. n. 10. & disput. 559. n. 6.*

20 Dubitant tamen Doctores circa has stipulationes, an quod continetur in se cunda, & promissum est in casu non implementi prioris stipulationis continentis promissionem facti, aut dationis alicujus rei, censeatur promissum nomine poenæ, vel nomine interesse, cum neutrum exprimitur, sed fit simplex promissio certæ quantitatis. Et censeri promissum nomine poenæ, videtur probari ex textu *in l. 3. §. si à fidejussore, ubi glossa penultima, & ultima, & Bart. ff. de eo, per quem fact. erit, l. duo societatem* 72. & *ibi glossa, verbo, Ita dari, ff. pro socio, in l. 1. §. item si ita, & ibi glossa, verbo, Transfusum, ff. ad l. Falcid. in l. in executione* 85. §. *quod si stipulatus, & ibi gloss. verb. Dari, ff. de verbor. obligat. in l. fin. & ibi glossa, verb. Commodius est, ff. de Prator. stipulat. in l. sancimus 26. de fidejussor. Sennit Francisc. Aretinus *in l. eadem 4. §. Cato, n. 2.* Ripa, qui dicit communem sententiam, *ibi, n. 8. ff. de verbor. obligat. & pro ea allegat Cynum, Bart. Bald. & Paul. Sennit item Cagnolus *in l. quatenus 24. n. 16. ff. de regulis juris, & Rebuff. in l. unica, gloss. in verb. Proferuntur, n. 53. C. de sent. que pro eo quod interest.***

21 Contrariam tamen sententiam, quinimò quantitatem certam promissam in casu non implementi, seu contraventionis, in dubio censeri adiectam loco interesse, non poenæ, amplectitur Joann. Andr. *in cap. bona fides* 83. *n. 5. in fin. de reg. juris in 6.* Ancharr. *conf. 148. apud antiquos, & modernos, n. 1. versic.* Et si dubitatur, Felinus *in cap. qualiter* 24. §. *ad corrigendos, n. 22. in fin. vers.* Et adde, quod poena de accusationibus, Ludov. Roman. *in l. 1. §. & post operis, n. 16. & 17. ff. de novi operis nuntiat.* & *in l. stipulatio ista 38. §. alteri, n. 18. ff. de verb. obligat.* & *conf. 510. n. 18.* videtur in eandem

dem inclinare. In eadem est Parisius *consil.* 34. n. 38. 1. p. Bartolom. Socinus *in l. 4. §. Cato*, n. 1. *in fin. in versic.* Considera, si dici potest, *ff. de verbor. obligat.* Thuscus litter. P. *concl. 243. n. 14.* & *concl. 246. n. 11.* & n. 41. Alciatus *de eo, quod interest*, ad l. *unicam*, C. *de sent. quæ pro eo, quod interest*, cap. 8. n. 20. & cap. 11. n. 4. Romanus existimat, hanc sententiam probari optimo *textu in l.* si duo, *ff. si quis cautionibus, crederem ex §.* finali illius legis. Idem Alciat. lib. 1. *Paradoxor.* cap. 2. conatur ita has duas sententias conciliare, ut magis inclinet in primam.

22 Illud hac in re certum est, obtinuisse superiorum quorundam Tribunalium consuetudinem, ut poena conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit, ex quo videtur inutilis præcedens controversia. Quamvis revera iste Tribunalium stylus videatur repugnare opinionibus antiquorum, quas refert Rebuffus *in repet. l. unicae*, C. *de sentent. quæ pro eo quòd interest ad glossam in verbo, Proferuntur*, ex n. 9. Ubi habes duodecim opiniones. Apud quos videas, licitum esse exigere poenam, etiam ultra interesse, ut apud Joannem Andr. *in d. cap. bona fides*, n. 5. Ancharr. *d. consil. 148.* Romanum *d. consil. 5 10.* & alios passim. Consuetudinem recentiorum Tribunalium amplectuntur, & de ea testantur Rebuffus *in d. repet. ad glossam in verb. Duplici*, n. 16. ubi confirmat ex *glossa ultima in cap. fraternitas 12. q. 2.* & *ad prædictam glossam in verb. Proferuntur*, n. 17. 26. 39. & 40. Afflictis *decis. 135.* & ibi Ursillus. Grammat. qui limitat *decis. 58. n. 7.* Caravita *ad Ritum 168. n. 6.* Trentacinq. lib. 3. *variar. resolut. tit. de solution. resolut. 21. n. 10.* Thesaurus *decis. 98. n. 4.* Cache-ranus *decis. 70. n. 10.* & 11. Avendañus *in Dictionario, verb. Poena conventionali.* Sarmiento *lib. 3. selectarum, cap. 6. ex n. 10.* Gutierrez de juram. *confirmat. 1. p. cap. 36. ex n. 10.* & *canonicar. quæst. lib. 2. cap. 20. ex n. 5.* Joannes Garcia de expensis, & meliorat. *cap. 9. ex n. 62. circa medium*, Antonius Mas-sa Gallesius *ad formulam Cameralis obligati-onis*, p. 3. *consider. 2. n. 11.* alias q. 31. n. 11. Azevedus *in l. 4. ex n. 57. tit. 21. lib. 4.*

*Tom. II.*

*Recop. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. limit. 4. n. 36. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 5. n. 10. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 3. casu 260. n. 19. Caballus resolut. crimin. cent. 3. casu 226. ex. n. 3. & casu 248. ex num. 9. Riccius collect. 1073. & decis. Curia Archiepiscop. Neapolit. p. 3. decis. 140. Paponius lib. 12. tit. 9. arre-sto 1. Genuensis tract. de Ecclesia, q. 254.*

23 Verum monendi sunt contrahentes, ut in contractu potius exprimant quantitatem certam, quamdamna, & interesse, quæ incerta sunt, & difficilis probationis, juxta consilium J.C. Venuleii *in l. ult. ff. de Prætor. stipulat.* In ejusmodi stipulationibus (ait) quæ quanti res est promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, & ad exiguam summam deducitur, significat Petrus Gregor. *in Syntagm. juris universi, lib. 31. cap. 3. n. 1.* Et sic facta stipulatione jure optimo opinatur doctissimus Sarmiento *lib. 3. selectar. cap. 6. n. 11.* non opus esse, quatenus intersit probare, alioqui frustra poenæ conventionales imponerentur. Ideo existimat, si ex natura rei verisimile sit, damnum passum esse stipulatorem, licet non ita exactè probetur, poenam conventionalem, etiam attento jure Canonico, exigi posse, si aliquam cum verisimili damno habeat proportionem, neque tunc oportet, hac in re scrupulosius versari. Idem sentit Grammat. *decis. 58. n. 6.* & 7. Ea tamen doctrina servanda erit in poena adjecta facto, quæ non subiacet suspicioni usurariæ pravitatis, se-cus esset si poena adjiceretur solutioni quantitatis, quæ suspecta est de usura, ut suo loco declarabimus. Reus verò non jure gravabitur de facilitate hujus probationis contra ipsum admissæ, cum in potestate sua sit veris probationibus ostendere, adversarium suum nullum damnum passum esse. Nam quantumvis conventum esset expressè, quod staretur juramento stipulatoris, aut declarationi ejus super quantitate interesse, valebit quidem pactum contra promittentem, verum super intelligentia est conditio, nisi promittens probet

Q2

con-

contrarium. Et quamvis statutum diceret, quod de expensis, vel damnis stetur simplici juramento damnum passi, debet intelligi, nisi adversarius probet contrarium; quia hoc est de natura probationis, quod una probatio recipiat aliam probationem meliorem in contrarium, *l. cum indebito 25. in princip. ff. de probat.* Ita notat eleganter Paulus de Castro *in l. ult. num. 4. & 5. ff. de præt. stipulat.* post Jacobum Butrigarium *in l. 1. C. de re jud.* Hippol. de Martil. *in repet. Rubric. C. de probat. ex n. 146. ad 151.* Cagnol. *in l. quatenus 24. n. 16. ff. de reg. jur.* & Felicius *de societ. cap. 24. n. 80.* & in eadem sententia allegato Cyno videtur esse Afflictis *decis. 371. n. 7.* Hævia Volaño *in Curia Philipp. 2. p. lib. 1. cap. 2. n. 27.* Scio Coler. *de process. execut. 1. p. cap. 10. ex n. 147.* nervosè contendere, pactum inter contrahentes initum, quod stetur simplici declarationi, sine juramento creditoris super quantitate interesse, non esse sustinendum, neque valere, quamvis contrarium significet de pacto, quod stetur juramento creditoris super prædicta quantitate interesse, quod item esse validum, multis adductis probat Antonin. de Amato *variar. resol. lib. 1. resol. 27. ex n. 27.* & Avendañ. *de exeq. mand. 2. p. cap. 29. ex n. 5.* Quamvis pactum hoc, quod stetur declarationi creditoris, seu simplici, seu jurate, sit nullum de jure Castellæ, & reprobatum per novam Pragm. Philippi II. publicatam anno 1608. quæ nunc est, *l. 13. tit. 18. lib. 5. Recop. in C. additionum*, quod animadvertisit Bolaño *ubi supra*, quæ tamen lex loquitur de contractu cambiil, & de eodem loquutus Castillo *decis. 112. ex n. 16.* idem sentit, & dicemus latius infra *disp. 8. sect. 7. n. 129. & n. 132.* Valere tamen, & sustinendum etiam esse pactum illud, quod improbat Colerus, nempè, quod stetur simplici declarationi creditoris, sine juramento, circa quantitatem interesse, planè sentit Parlador. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. n. 37.* cum multis, quos allegat. Et ibidem *n. 36.* considerat aliam utilitatem ex expressione certæ quantitatis in contractu, & instrumento, videlicet, quod possit statim executioni

mandari tamquam obligatio liquida. Hæc de hac materia obviter dixisse sufficiat, quæ accuratius non examino, quia non directo pertinet ad id, de quo in præsenti sermo est, verum & satis est, & oportuit sic ea præmisisse, de quibus iterum occurret tractatio *disput. 8. ex n. 107.* ubi latius,

**24** Quartus casus est, cùm contractus incipit à dispositione, sed à conditione, quemadmodum si quis ita promittat, si librum non scripsero, vel domum non ædificavero intra annum centum dabo. Quando verò actus, seu contractus dicatur initium sumere à conditione, quando à dispositione, declarat Covarr. *præticar. cap. 39. n. 8.* De simili obligatione agit *textus in d. l. ita stipulatus 115. §. sed & si ita stipulatus fuero, & in §. item si quis ita, & ibi glossa verb. Spondes, & Doctores ff. de verbor. obligat. & in l. 1. §. item si ita, ff. ad l. Falcid.* & ibi gloss. *l. 15. vers. Mas si la condicion, & l. 16. tit. 11. part. 5.* Menoch. *de arbitr. lib. 2. centur. 5. casu 498. ex n. 4.* Ubi etiam quando incurrit mora in una, & altera obligatione. Qua mora incursa, sive quia in conditione fit adjecta certa dies; seu quia intercesserit interpellatio, & fit commissa stipulatio, executio ad factum in conditione contentum fieri, non potest contra debitorem non obligatum, sed executio fieri debet pro quantitate contenta in promissione, postquam purificata fuerit obligatio, per implementum conditionis, seu affirmativæ, seu negativæ, factum tamen erit in facultate solvendi ante item contestatam.

**25** Quintus tandem casus est, cùm quis se obligat alternativè ad aliquid faciendum, vel solvendam certam quantitatem, aut aliam rem dandam. Quo casu certum est, electionem esse debitoris, quid velit potius solvere, & sic debitorem ad factum compelli non posse, quia quamvis utrumque ex alternativis est in obligatione, unum tamen solum est in solutione, *l. si duo rei stipulandi 128. ff. de verbor. obligat.* Illud verò est, quod debitor elegerit, *l. non utique 3. in princip. ff. de eo, quod certo loco, l. plerumque 10. §. final. ff. de jur. dot.*

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

125

1. si in emptione 34. §. si emptio, ff. de contrahenda empt. l. in eo 110. §. ubi verba, ff. de regul. jur. cap. in alternativis 70. de regul. juris in 6. l. 24. tit. 11. part. 5. & istis locis Doctores, Bart. in l. 1. n. 9. ff. de action. empt. Felinus in cap. inter ceteras 4. ex n. 4. de rescript. Marianus Socinus in cap. dilecti filii, n. 28. de foro comp. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. ex n. 38. Negusant. de pignoribus 5. p. membr. 1. ex n. 5. Tiraquell. de nobilit. cap. 37. n. 55. & de retractu lignag. §. 24. glossa unic. n. 9. & 10. Maranta in repeat. l. si actor, n. 54. ff. de procurator. post suam proxim. Thuscus litt. A. concl. 316. & litt. E. concl. 102. Lassarte de decima venditionis, cap. 7. ex n. 20. Ann. singul. 238. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 239. ex n. 1. Marescot. variar. resol. lib. 2. cap. 97. Bel-lonus decis. 144. ex n. 8. Magonius decis. Lu-cens. 16. Monterus decis. 48. Dueñas regul. 235. Gratianus regul. 361. Azeved. in l. 1. per textum ibi, n. 10. 11. & 12. tit. 10. libr. 8. Recop. Colerus de processib. execut. 1. p. cap. 8. ex n. 34. ex quibus locis, & habes regulam, & ejus limitationes.

26 Ex istis quinque casibus sic præmissis, quod ad nostrum institutum executionis attinet, resultant duo capita principalia examinanda. Primum est, quando debitor præcissè potest compelli ad factum, & sit obligatus ex instrumento guarentigio, vel sententia habentibus paratam executionem, & creditor velit, eum compelli, quomodo sit exequenda ista obligatio ad factum?

27 Diversa quidem remedia tradunt Doctores, quibus debitor compellendus sit præcissè facere quod promisit. Primo compellendus est sic obligatus, postquam non paret primo Judicis præcepto, per carcerationem, ut colligitur ex textu in l. qui restituere 68. ff. de rei vendic. ubi notat Baldus in 2. lect. n. 4. Eum, qui non facit id, ad quod faciendum præcissè compelli potest, ponendum esse in compedibus, & sunt verba Accursii in l. stipulatio 21. §. Sive autem, verb. Sive, ff. de nov. oper. nunciat. Quam glossam approbat additio Claudii ad Bart. ibi, & ejus sententiam communiter appro-

bari sentit Jason in eadem l. stipulatio, §. habet autem, n. 15. meminit eandem sequutus Alciat. in l. stipulationes non dividuntur 72. n. 85. ff. de verbis obligat. Plotus de in litem jurando, §. 34. n. 5. Rebiffus in repet. l. unica, C. de sentent. qua pro eo, quod interest, ad glossam verb. In aliis, n. 28. Gutierrez de jura. confirm. 1. p. cap. 39. n. 5. in fin. Cacialupus tractat. de debitore suspecto, & fugitivo, q. 11. n. 6. Colerus de processib. execut. p. 1. cap. 6. ex n. 17. Qua in re notandum est, in Regno Neapolitano instrumentum, quo quis se obligat ad factum cum clausulis executivis in casu, quo compellitur præcissè facere, posse liquidari via Ritus 166. & tunc per carcerationem est compellendus præcissè facere, ut notat Franciscus Anton. de judice, Roberto de liquidationib. instrument. consider. 2. n. 16. ad quem se remittit Rovitus in Rubr. de instrument. liquidat. n. 16.

28 Secundò, debitor facti compelli poterit captis pignoribus, & indicta multa, seu poena. Quod probatur ex textu in l. 1. §. si intra diem, ff. de damn. infect. & in l. si quis à liberis 5. si quis ex his, ff. de liber. agnoscend. & ibi notat Accursius verb. Pignoribus, & ex textu in l. 1. §. ex hoc rescripto, ubi etiam Accursius verbos. Pignoraque, & verb. Vel mulieris, ff. de ventre inspiciend. idem Accursius in l. si cum dotem 23. §. eo autem tempore, verb. Cogatur, ff. solut. matrimon. Item ex l. unica in princ. ff. si quis jus dicen. non obtemper. & textu in §. sciendum, instit. de satisdat. tutor. docet Alex. in l. 2. §. ex his igitur, n. 11. ff. de verbis obligat. quem sequitur Alciatus in d. l. stipulationes non dividuntur, n. 85. Albericus in d. §. si quis ex his, n. 1. Lara de Corduva ibidem, n. 1. Qui ait, hanc esse perpetuam formam, qua Senatores Romani, Senatui cogebantur adesse, ut planè tradidit Cicero Philippica 1. n. 12. & Aulus Gellius noctium Atticarum libro 14. cap. 7. Idem colligitur ex traditis à Petro Gregorio in Syntagma juris universi, lib. 31. cap. 3. ex n. 9. & agnoscit Francis decis. 310. n. 1.

29 Amplia, ut isto etiam compulsionis genere possint uti Judices in hac Civi-

tate Neapolitana indicta multa Civibus Neapolitanis contumacibus, qui noluerint obedire ipsis Judicibus præcipientibus, ut aliquid præcitsè faciant, qui sunt alias obligati, aut obligantur ex ipsis præceptis ad factum: etiam si prædicti Cives Neapolitani habeant privilegium, ne possint eorum bona confiscari, nisi pro crimine hæresis, & læsæ Majestatis in primo capite. Ut constat ex cap. 14. inter capitula Regis Catholici expedita Segovia anno 1505. lib. privileg. folio 41. & cap. 6. ex capitulis ejusdem Regis expeditis Neapoli 10. die Maii anni 1507. eodem lib. folio 62. & ex cap. 8. inter capitula Cæsareæ Majestatis expedita Bruselis anno 1550. eodem lib. folio 149. & cap. 20. in secunda parte, ex capitulis Regis, & Domini nostri Philippi, expeditis Bruselis anno 1557. die vigesimo quinto Januarii eodem libro, fol. 163. In quorum duobus ultimis civitas intentavit immunitatem à poena spreti mandati, sed obtinere non potuit. Nam hoc genus mulctæ non pugnat cum tali privilegio, neque illud tollit, ut animadvertisit Petrus Gregorius in Sintagmate juris, lib. 31. cap. 13. n. 13. allegans Boerium in consuet. Bituricens. ad §. 10. de jurisdic. omn. judic. Ponte de potest. Prorregis, tit. I. in princ. ex n. 20. Surgens de Neapoli illustrata, lib. I. cap. 15. ex n. 4. & n. 9. Rovitus in pragm. I. n. 12. de immunitate Neapolitanorum. Idque præsertim servandum est, cum id postulat utilitas publica, ob quam etiam privilegia bono publico obviantia revocari posunt, ut rectè notat post multos, quos allegat Ponte ubi supra ex n. 24. ad 28. Ea tamen in re monendi sunt Judices, ne excedant, imponendo mulctam incommensuratam facto, quod præcipiunt: nam si ob præceptum leve, & ob factum nullius ponderis, & cuius implementum parum habant momenti, gravissimam mulctam imponant, gravatus poterit appellare, & gravamen à Superioribus revocabitur, & mulcta excessiva executioni non mandabitur: ut optimè animadvertisit Cancer variar. resol. p. 2. cap. 2. ex n. 189. Semper enim poena debet esse delicto proportionata, Deuter. 25. n. 2. & 3. juxta mensuram delicti erit plagarum

modus, cap. non afferramus 24. q. 1. Auth. omnes perigrini, C. commun. de succession. l. unica, C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, Cicero libr. I. de offic. n. 89. Cavendum est (ait) ne major pœna, quam culpa sit, D. Thom. 2.2. q. 39. art. 2. ad 1. Decius in l. si familia 9. n. 6. ff. de jurisdic. omn. judic. Menchaca q. illustrium, libr. I. cap. 8. ex n. 51. Menochius de arbitrar. libr. 2. cent. 3. casu 266. n. 1. & conf. 82. n. 106. libr. I. Petrus Gregor. Syntagmat. juris univers. lib. 3 I. cap. 10. n. 4. Thuscus litt. P. concl. 211. Caballus resol. crim. casu 85. n. 7. Salas de contradicibus, tractat. de usuris, dub. 21. n. 4. vers. Quarto pœnam, Vazquez in I. 2. tom. 2. disp. 173. cap. 3. n. 15. Paz in prax. tom. I. 5. p. cap. 3. §. 3. n. 18.

30 Tertio modo compelli potest quis ad faciendum aliquid præcissè per denegationem audientiæ, nisi faciat, & quoique faciat id, quod præcipitur, juxta adnotata I. tom. tit. I. disp. 2. q. 1. n. 42. ubi multos retuli, quibus addo Baldum in l. consentaneum 8. n. 24. C. quicmodo, & quando Jud. Decium in cap. I. n. 325. de probat. Avenaðnum de exequendis mandat. 2. p. cap. 30. n. 11. §. secunda ratio, & n. 12. §. quarta ratio, tetigi hoc eodem tit. disp. I. n. 21. & tit. 2. disput. 7. n. 3. ubi alios allegavi.

31 Quarto modo ille, qui tenetur ex lege, sententia, vel instrumento præstare assensum expressum alicui dispositioni, quod est quodam genus facti, si monitus præstare nolit intra terminum à Judice præstitum, Judex potest consensum habere pro præstito, & sine ulteriori assensu perficere dispositionem, quæ assensum requirit. Ita sentit Bart. in l. si cum dotem 23. §. eo autem tempore, n. 2. ff. solut. matrim. cum quo Alexander ibi dicit omnes consentire, Camerarius in repet. cap. Imperiale de prohibit. feud. alienat. per Federic. fol. 30. col. 2. litt. F. vers. Respondetur, & litter. H. sub vers. Quoad tertium, Sigismundus Lofredus in paraphrasibus feudalibus, ad cap. I. §. donare, qualiter olim poterat feud. alienari. fol. 24. col. 2. vers. De secundo assensu, Franch. decis. 310. qui sic refert decisum in S. C. in quadam causa Principis Miletij, Gizarel-

lus

lus decis. 65. ex n. 1. Riccius in *praxi rerum quotid.* tom. 3. resol. 524. Idque ex eo provenit, quoniam quoties consensu subditi opus est ad aliquem actum, & ille injustè illum præstare recusat, Judex ejus superior eum consensum supplere potest, ut post multos, quos allegavi, dixi tit. 1. *disput.* 2. q. 4. n. 212. *post medium*, & probat textus in cap. nullus 17. *de jure patronatus*, in quam rem multa congesit Lambertinus, illud latè explicans tract. *de jure patronatus*, lib. 1. 2. p. q. 1. art. 20. ex n. 1. per totum, Corsetus singul. 69. Plotus *de in litem jurando*, §. 7. n. 37. Rodericus Suarez in l. 13. ex n. 21. tit. *De las deudas*.

32 Consultò autem hoc loco prætermittendum duximus gravem illam difficultatem, quæ sese offerebat, quomodo sit exequenda obligatio facti adversus plures hæredes debitoris defuncti, quoniam pertinet ad nimis prolixam, & intricatam, difficillimamque materiam individuorum, eamque totam involvit, quæ longiorem postulabat sermonem, alienum ab instituto nostro. Petenda est ab his, quæ scribunt latissimè Doctores in l. 2. §. & harum, cum §§. seqq. & in l. 4. §. Cato, & in l. *stipulatio*nes non dividuntur 72. ff. *de verbis obligat.* Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 10. Petr. Gregor. 1. p. *Syntagma*. lib. 5. cap. 3. Franch. Conan. *comment. juris civilis*. lib. 6. cap. 2. Anton. Fab. libr. 3. *conject.* cap. 7. Mantic. *de tacit.* & *ambig.* *convent.* lib. 14. tit. 36. Castillo *de usufruct.* cap. 31. Cevallos *in spec. practic.* q. 76. Parlador. lib. 1. *rerum quotid.* cap. 6. Spin. *in Spec. testament.* gloss. 13. ex n. 8. Sarmient. lib. 6. *select.* cap. 16. Eguinarius Baro *tractat.* *de dividuis*, & *individuis obligat.* tom. 6. tract. p. 2. & post hæc scripta visus Picardus *in appendice*, ad tit. *Instit. de officio Judicis*.

33 Secundum caput principale est, quando vel debitor non potest compelli præcissè ad factum, sed liberatur solvendo interesse, vel creditor vult potius interesse, quam factum, quamvis posset ad factum compellere, quid tunc creditor agere, & quomodo agere debeat, ut consequatur interesse?

34 Tunc oportet distinguere. Aut enim sumus in casu 1. & 2. enumeratis in hac disp. n. 2. & 12. in quibus reus obligatus est executivè ad factum, verum obligatio nihil ulterius continet in casu non implementi. In quibus sunt qui dicant, similem obligationem non posse exequutioni mandari pro interesse. Namvis enim ex ea debeatur, cum in obligationibus facti succedat obligatio ad interesse, tamen quia neque liquidum est, neque expressum in obligatione, quoad id non habet paratam executionem. Hanc sententiam tuetur Ant. de Butrio in cap. translato 3. n. 8. quem sequitur Joannes de Imola ibi, n. 4. vers. Et nota, Decius ex n. 10. ad 14. *de constit.* Alexand. in l. certi condit. 9. in princ. n. 5. Jason, qui latè tractat ibi, ex n. 20. Decius n. 9. ff. si certum petat. idem Alex. in l. in arbitrium 1. n. 3. in fin. ff. *de leg.* 2. in vers. *Prædicta intellige*, Baldus in l. *juris gentium* 7. §. quod ferè, n. 3. ff. *de pact.* & in l. ab Anastasio 23. n. 4. C. mandati, idem Jason in l. 1. n. 33. & ibi Orosius n. 9. & 10. ff. *de edendo*, Roder. Suar. in *repet.* l. *post rem judicata*, ff. *de re judic.* in *declarat.* *legis Regni limit.* 4. ex n. 9. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. *ordinamenti*, gloss. 1. col. mihi 1078. §. utrum autem *executio*, Azevedo in l. 1. n. 48. tit. 21. lib. 4. *Recop.* Menesius in d. l. 1. n. 47. ff. *de legat.* 2. Colerus *de processib. executiv.* p. 3. cap. 1. ex n. 44. Antonius Massa Gallesius *ad formul.* Cameral. obligat. p. 3. consider. 2. ex n. 8. ad 16. alias q. 31. ex n. 8. Tiraquellus *in tract.* le mort. declarat. 10. n. 11. Cancer variar. resol. 2. p. cap. 3. n. 87. & 88. Avilès in cap. 10. *Pratorum*, verb. *Ejecucion*, n. 53. vers. Ubi limitat. Caravita ad Ritum 167. n. 8. in fin. Valasc. consult. 164. n. 12. & 13. Fachineus *controvers.* jur. lib. 3. cap. 96. Rodriguez *tract.* *de execut.* cap. 1. art. 4. n. 38. Ratio est primò, quia in his casibus interesse non est expressum in instrumento garantijo continente obligationem facti: ergo quoad illud non potest executioni mandari; quia solum habet executionem quoad ea, quæ in instrumento leguntur, non quoad ea, quæ solo intellectu comprehenduntur, juxta adnotationem

J.C.

J.C. in l. i. §. legi, ff. de iis, quæ in testam. delen. Secundò , qua interesse non est liquidum , ac per consequens pro illo non potest competere executio.

35 Contrariam tamen sententiam, quinimò ex obligatione guarentigia ad factum post moram posse peti executionem pro interesse amplectuntur Ludov. Roman. in l. certi conditio , in princ. ff. si cert. petat. ut eum referunt Alex. & Jason ubi supra . Sed ego apud Romanum prædicto loco non invenio hanc opinionem. Solum tractat , an pro interesse cnpetat certi conditio, quæ est diversissima quæstio. Hic enim non tractamus , quæ actio competat, sed an competat via executiva. Eam tamen sententiam sequuntur Felin. in d. cap. translato 3.n.4.ex versic. Sed contra prædicta, & n. 5. de constit. qui allegat pro ea Bald. in l. ad probationem dominii 21. n. 3. C. de probationib. idem tenet idem Bald. in l. unica, §. ut plenius , n. 6. C. de rei uxori. aet. ubi ait, tacitam stipulationem , ita mereri executionem vigore instrumenti , sicut stipulatio expressa eam meretur vigore instrumenti, in quo est expressa. In eadem sententia sunt Bart. in l. Julian. 3. ff. de confessis, Alex. sibi contrarius in l. juris gentium 7. §. quod ferè , n. 10. ff. de pactis, Barzius tract. de guarentigia, 1.p. q. 10. Canarius de execut. instrument. q. 29. n. 64. & 65. Roderic. Suar. in l. post rem, notab. 3.n.3. ff. de re judic. Palacios Rubios in l. 63. Tauri, n. 32. Parlador. lib. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. ex n. 9. ubi tamen dicit, executionem competere, non pro interesse, sed pro vera facti æstimatione, & lib. 2. cap. fin. 1.p. §. 12. n. 38. ubi ait , competere executionem pro interesse. Seraphinus de privileg. juram. privil. 74. n. 16. vers. Et ideo dicitur , Cevallos in spec. practicar. q. 662. Barbosa in l. 1. 3.p. n. 21. ex vers. Ex quibus ita resolutis, & n. 23. ff. soluto matrim. Zachias ad Gallesium de Camerali obligatione, ad q. 31. ex n. 7. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 323. ex n. 9. Sarmiento selectar. lib. 8. in l. in arbitrium 1. n. 26. ff. de legat. 2. Fundamentum hujus sententiae est, quod taciti, & expressi idem est judicium, l. cum quid 5. ff. si certum petatur, & quod virtua-

liter, & tacitè continetur in instrumento, censetur expressum : quare eandem vim executivam habet instrumentum quoad tacita virtualiter in ipso contenta, quam quoad expressa.

36 Hanc secundam sententiam Felin. ubi supra n. 5. limitat in duobus casibus. Primò, ut procedat, quando id, quod virtualiter continetur in obligatione guarentigia , deducitur ex illa necessariò : secus quando deducitur contingenter, ita ut possit resultare ex illa, & non resultare. Nam pro deducto contingenter non potest instrumentum executioni mandari. Secundò limitat, quando statutum tribuens vim executivam instrumento guarentigio , tribuit illam instrumento simpliciter , aut secundum omnia in eo contenta : secus verò si concedat vim executivam instrumento secundum ejus tenorem, aut instrumento secundum ea, quæ verbis in eo sunt expressa. Etenim quod tacitè continetur in instrumento , non est de tenore instrumenti, neque expressum in verbis ipsius, & sic non poterit executioni mandari quoad contenta in eo virtualiter, aut collecta ex expressis, stante simili statuto. Et hanc limitationem approbavit Sacrum Consilium apud Franchis decr. 325. n. 5. ubi denegata est instrumento vis executiva liquidationis via Ritus, quoniam Ritus 166. eam vim tribuit spectato tenore instrumenti , & juxta ejus tenorem. Sequitur Barbosa in l. 1. 3.p. n. 23. ff. soluto matrim. Aliter judicaret Sacrum Consilium , si executio peteretur vigore pacti executivi in instrumento contenti, quoniam hæc executio non penderet à statuto , sed à consuetudine , quæ videtur tribuisse vim executivam instrumento guarentigio secundum omnia in eo contenta.

37 Ego magis inclino in hanc secundam sententiam, quippè cum credam, sententias , & instrumenta non solum posse executioni mandari quoad expressa , sed etiam quoad tacita, & subintelecta, ut latius prosequar inferius disput. 5. Ad fundamenta autem primæ sententiae facile responderi potest. Ad primum negandum est, quoad expressa solum competere vim exe-

cutivam sententiae , aut instrumento , nisi verba statuti aliud significant , potest enim executio competere , etiam quoad tacita . Ad secundum dicendum est , obligationem pro interesse in illis casibus esse illiquidam , & sic non posse peti executionem pro interesse certo , & liquido à principio : verùm eam obligationem posse executioni mandari quemadmodum mandantur aliae illiquidæ , videlicet facta prius liquidatione , ut contingere sæpius dicemus *infra n. 41.* cum sequent.

38 Verùm cùm Judex non soleat , imò neque regulariter possit impartiri officium suum , nisi petenti , *l. dies cautioni 4. §. hoc autem , ff. de damno infecto , & ibi Alexand. ex n. 2.* Gregor. Lopez *in l. 26. tit. 4. p. 3. gloss. 11.* Thuscus *litt. O. concl. 111.* Riccius *collect. 411.* Afinius *tract. de execution. §. 3. cap. 1. ex n. 1.* (qui congescit 13. ampliatio-nes hujus regulæ usque ad caput 15. & ex cap. 16. ad cap. 322. limitationes 297.) difficultas est , quonam modo petenda sit in hisce casibus executio ? Hanc difficultatem elegantissimè tractat , & resolvit Bart. *in l. 1. ex n. 5. ff. de action. empt.* & *in d.l. stipulationes non dividuntur , ex n. 40. ad 43. ff. de verbor. obligat.* Et docet , tribus modis id posse fieri . Primus est , quòd petatur factum in libello , & tempore sententiae interrogetur reus , si vult facere , vel non . Et si dicit , non velle se facere , tunc Judex condemnabit eum ad interesse . Secundus est , quòd ab initio actor interroget reum , an velit facere , & si non vult facere , statim agatur ad interesse . Tertius modus est , ut sic petatur : peto factum , & si reus non fecerit , peto interesse , quos petendi modos latè explicat Bart. *ubi supra* , Joann. de Imola *in d.l. stipulationes non dividuntur , n. 19.* addit quartum modum , ut post moram rei , absque ulla alia interrogatione petatur interesse : idque ait probari ex eadem lege . Vide ibidem Cuman. *n. 42. ex versic.* Sed quæ est practica , cum n. 43. Alex. *ex n. 31.* Jason *n. 36.* Alciatum *ex n. 92.* Cinum *in l. unica ex n. 17.* C. de sentent. quæ pro eo , quod inter Speculatorum lib. 2. tit. de fructibus , & interesse , §. viro 6. ex n. 5.

Tom. II.

39 Aut sumus in tertio casu , de quo egimus *n. 14. supra* , qui includit duos . Primus , quando quis in casu non implementi promittit poenam certam , aut interesse certum , & liquidum . Et in hoc dicendum est , quos moram posse peti , & fieri executionem pro interesse , vel pena certa : tametsi verum sit factum esse in facultate solvendi , etiam post moram , usque ad litis contestationem , vel actum judicii , qui habeat vim litis contestationis , ut notat Cujacius *in d.l. stipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. obligat. post Bartol. ibi.* Absque scrupulo autem dicimus , posse peti , & fieri executionem pro interesse , vel pena certa , taxatis à principio , sine ulteriori probatione , quoniam cùm pena , aut interesse certum adjicitur obligationi faciendi , actus non est suspectus , ideo si interesse est verisimile , & pena non excedat interesse verisimile , potest pro illis concedi execu-*tio* , juxta adnotata *superius n. 23.* Secus esset , si interesse , vel pena certa adjicerentur solutioni quantitatis , tunc enim non satis esset taxari à principio , quia contractus esset suspectus de usura , ut probat *l. 31. tit. 11. p. 5.* & ibi Gregor. *gloss. 2.* Et hoc interesse egeret ulteriori probatione , *l. qui testamentum 27. ff. de probationibus* , neque sufficeret promissio , *l. si tibi decem 17. in princip. ff. de pact. l. rogaisti 11. §. si tibi dedero. ff. si cert. petat. l. haec tenus 11. §. fin. cum l. sequenti. ff. de constit. pecun. vide ubi supra* Gre-gorium , qui eleganter loquitur , ego tra-ctabo inferius (Deo dante) *disput. 8.*

40 Secundus casus est , quod promittitur quantitas incerta pro pena , vel interesse incertum , sine taxatione , veluti si quis non fecerit id , quod promittit , se obliget ad resarcienda damna , & interesse stipulatoris . In quo prima sententia est , non posse promissionem istam incertæ , & illiquidæ quantitatis executioni mandari , neque pro ea expediri mandatum de capiendis pignoribus , & procedi ad capturam personæ debitoris , quæ solum possunt fieri virtute obligationis , & instrumenti liquidi continentis certam quantitatem . Ita sentit Bartol. *in l. proinde 25. §. notandum , n. 3. ff.*

R

ad

*ad l. Aquil. Bald. in l. 2. n. 5. versic. in gloss. ut differatur, ff. de l. 2. & in l. si causam 2. n. 6. C. de execut. rei judic. Cumanus in repet. d.l. 2. n. 4. & n. 7. ff. de legat. 2. Jason in l. 1. n. 31. & 32. Zafius n. 13. Oroscius n. 9. ff. de edendo, Romanus conf. 211. ex n. 5. Alex. conf. 188. n. 1. libr. 2. & additio Rovescalis ibi, dicit, hanc esse frequentem conclusionem apud Alexandrum, Decius conf. 322. n. 3. & conf. 618. n. 5. Hippol. de Marsiliis conf. 89. n. 12. Rebuffus tom. 1. in Constit. Reg. tract. de litteris obligatoriis, artic. 1. gloss. 9. n. 7. & 8. Menoch. de adipiscenda possess. remed. 3. n. 190. Roder. Suarez in l. post rem judicat. in declarat. leg. Regni, limit. 4. ex n. 1. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. limitat. 4. ex n. 27. Capic. decis. 17. Caballin. milleloq. 625. Asinius tract. de execution. §. 1. cap. 29. ex n. 8. Cancer. variar. resol. 1. p. cap. 17. n. 25. Rodriguez de executione, cap. 1. art. 4. n. 29. Caravita ad Ritum 167. ex n. 4. ubi latè tractat, quot modis instrumentum dicatur, & sit illiquidum, ex n. 14. & n. 17. in fin. & n. 18. Intrigliolus lib. 2. singul. 50. n. 1. Colerus de process. executiv. p. 3. cap. 1. ex n. 2. & ex n. 44. Becius conf. 5. n. 6. & 7. lib. 1. qui multos allegat, & dicit, hanc opinionem esse communem, Carolus de Grassis de exception. except. 36. ex n. 1. qui etiam allegat plurimos, verùm ex n. 5. videtur incidere in secundam sententiam statim referendam.*

*41 Secundam sententiam contrariam, quinimò instrumento guarentigio, in quo fine liquidatione promissa sunt damna, & interesse, concedendam esse executionem, si petatur à creditore, amplectuntur in primis Bart. sibi contrarius in l. 1. n. 8. Paulus n. 9. Romanus n. 4. ff. de edendo, idem Bart. in l. 1. n. 17. ff. de legat. 2. & in l. 1. n. 3. & 4. ff. judicat. solvi, Angelus in l. creditores 3. n. 4. Salic. n. 27. C. de pignor. idem Romanus conf. 76. n. 5. in fin. Menesius in l. 1. n. 47. ff. de legat. 2. Covarr. lib. 2. variar. cap. 11. n. 1. versic. In summa, Barzius de guarentigia, q. 2. Valascus consult. 164. n. 11. Cacheranus decis. 127. ex num. 10. Scaccia tract. de appellat. q. 17. limit. 9. ex n. 14. Gal-*

*lesius ad formul. Cameral obligat. sub tit. de liquidat. ex n. 6. alias q. 35. ex n. 6. Anton. de Canario de execution. instrument. q. 14. n. 33. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. libr. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1068. §. utrum autem executio. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. ex n. 443. Paz in prax. 1. tom. 4. cap. 1. ex n. 15. Avil. in cap. 10. Pratorum n. 53. in verb. Execucion, qui tamen ibidem ex n. 49 videatur adhærere primæ opinioni, non satis distinguens inter utramque, & Roder. Suarez in l. 2. tit. de los emplazamientos, libr. 2. forilegum, §. sed pone questionem, n. 4. & in l. post rem in declarat. legis Regni, limitat. 4. ex n. 6. eodem vitio laborans, atque item Rodriguez tract. de execut. cap. 1. art. 4. n. 30.*

*42 Hæ quidem duæ sententiæ in eo convenient, & apud Authores omnes utriusque certum est, executionem non posse perfici, & exitum habere, absque eo, quod præcedat liquidatio. Etenim bona debitoris non possunt vendi, ut neque solutio fieri, nisi constet de certa quantitate creditori debita, quæ illi solvenda sit. Differunt tamen, quòd juxta primam sententiam executionis judicium incipere non debet, neque ipsa executio petenda est, tām virtute instrumenti, quām sententiæ, pro quantitate illiquida; sed cū vel sententia, vel instrumentum continet quantitatem illiquidam, vel conditionem, prius, & ante omnia petenda est à Judice liquidatio per probationes, per quas constare debet certa, & determinata quantitas, quæ spectato solo instrumento, vel sententia erat illiquida, vel purificatio conditionis obligationis conditionalis, qua liquidatione sic facta subsequi debet executionis petitio. Juxta secundam verò sententiam, ex vi sententiæ, vel instrumenti guarentigii ab initio, & ante omnia petenda est executio pro quantitate liquidanda, quæ in eodem judicio executivo liquidanda est, antequam feratur ultima executionis sententia, & antequam procedatur ad capturam pignorum, vel personæ debitoris. Nisi quòd Paulus Castrensis in l. 1. n. 9. ff. de edendo, putat, ex instrumento guarentigio illiquidam quantitatem continentem, vel conditionato,*

*pos-*

posse antequam liquidetur petita executio-  
ne procedi ad capturam pignorum, & per-  
sonæ debitoris, dummodo statim liquide-  
tur, quem sequitur Avilès *in cap. 10. Præ-  
torum, verb. Execucion, n. 53.* item sentire  
videri Socin. *confil. 96. n. 12. vol. 4.* In quo  
eorum sententia videtur singularis, nam  
quamvis idem dicat Boerius *decis. 295. n.  
15. in fin.* id tamen ait, procedere ex for-  
ma statutorum. Hoc autem revera videtur  
leve discrimen, & ex hac sola considera-  
tione videntur conciliari prædictæ duę dif-  
fidentes sententiæ, ut placet Bart. Socino  
*conf. 89. n. 1. lib. 3.* Antonio de Canario *de  
execut. instrumentor. d.n. 33.* Menochio *de  
adipiscenda possess. remedio 5. ex num. 61.* &  
Surdo *conf. 248. n. 12. & 13. lib. 2.*

43 In summa ex istis duabus sententiis  
(ut adnotarunt Canar. & Menoch. modo re-  
lati) colligitur duplex modus practicandi  
executionem prædicti instrumenti guaren-  
tigii, vel sententiæ continentium quantita-  
tem illiquidam, frequens in judiciis. Primus  
juxta primam sententiam, ut habens instru-  
mentum, vel sententiam illiquidam pro se,  
compareat coram Judice, petens illa liqui-  
dari, & post illa liquidata petat executio-  
nem. Secundus juxta secundam sententiam,  
ut habens sententiam, vel instrumentum il-  
liquidum, virtute illorum petat executio-  
nem, & ut Judex primùm, & ante omnia ci-  
tato reo capiat summariam informationem  
super liquidatione prædictorum sententiæ,  
vel instrumenti, quam incontinenti offerat,  
& ut liquidata quantitate pro ea Judex  
mandet executioni sententiam, vel instru-  
mentum. Et eodem prorsus modo dicen-  
dum est de instrumento conditionato.  
Quem secundum exequendi modum tradit  
Paz *in praxi 1. tom. 4.p. cap. 1. n. 16.*

44 Inter duos practicandi modos hoc in-  
terest, quòd creditor petens, juxta primum  
liquidationem executione non petita, vide-  
tur petere pronuntiationem Judicis super  
liquidatione, & necessarium erit, Judicem  
super liquidatione pronuntiare, juxta no-  
rum *text. in l. de quare 74. in princ. ff. de jud.*  
Ideò Baldus *in l. 2. n. 7. in fine, C. de execut.  
rei judicat. præsupponit interloquutionem  
Tom. II.*

Judicis super liquidatione ante executio-  
nem, & in 1. item quia conventiones, in 2. le-  
etur. n. 3. ff. de pact. ait: Item nota, quod  
quando dubitatur, an exciterit conditio, debet  
hoc liquidari per probationem, & pronuntiatio-  
nem Judicis declarationis super hoc, ut l. si ita  
stipulatus fuero te sibi de verbor. obligat. nec  
potest dici, quod aliquid sit perfectè liquidum,  
nisi sit per sententiam declaratum, nam senten-  
tia facit rem indubitatam, quod facit ad sta-  
tuta de executione guarentigia, quod si de se  
non sunt liquida, debent primò declarari, &  
sic aliqua pronuntiatio est necessaria, ante-  
quam fiat executio, ad idem de confirmand.  
tut. l. tutores à patruo. Consentit Barzius de  
guarentigia q. 2. Avil. *in cap. 10. Prætorum,  
verb. Execut. n. 52.* Galleius ad formul. Ca-  
meral. obligat. tit. de liquidat. alias q. 35. n.  
13. 14. & 15. Menoch. *de adipiscend. posses.  
remed. 5. ex n. 70.* Jason *in l. stipulatio 21.  
§. habet, ex n. 6. post Bart. ibi, ff. de novi ope-  
ris nunciat. loquens de excusione, & Ro-  
man. d. conf. 211. n. 3. & 4. & loquens de li-  
quidatione instrumenti guarentigii, n. 5.  
Asinius tract. de executionib. §. 1. cap. 29. n.  
17. Boerius *decis. 295. n. 15. in fin.* Cana-  
rius *de execut. instrumentor. n. 33.* A qua  
sententia quamvis aliqui recedant, creden-  
tes, liquidationem posse fieri per solas pro-  
bationes, & testes, qui detegunt vim exe-  
cutivam instrumento velatam sine Judicis  
declaratione: in qua sententia revera vi-  
detur residere Galleius ubi supra n. 13. in  
fin. cum seqq. & ad eum Zachias n. 4. in fin.  
qui dicit, ita se habere stilum Curiæ Ro-  
manæ, existimo, eos loqui, & esse declaran-  
dos de casu, quo petita prius executione,  
juxta secundam superius relatam senten-  
tiæ, liquidatur summariae instrumentum  
ad finem exequendi, quasi hic articulus li-  
quidationis sit incidens in causa executiva.  
Secus est, cùm ab initio principaliter peti-  
tur liquidatio, quæ causa non potest dici  
causa executionis, quæ petita non est, sed  
causa liquidationis: eo enim casu non vi-  
deo, quomodo possit omitti pronunciatio  
super liquidatione, cùm nihil aliud sit pe-  
titum à Judice, quàm ut instrumentum fa-  
ciat liquidum, & super ejus liquidatione  
con-*

consequenter pronunciet. Ab ea autem pronunciatione super liquidatione reus appellare potest, juxta generalem regulam, *l. & in majorib. 20. C. de appellat.* Omnes enim Doctores dicunt, causam liquidationis non esse executivam, & in ea admitti debere pro res omnes, & quascumque exceptiones. Notat Bald. in *l. 2. n. 7. & 8. C. de execut. rei judic.* Socinus *cons. 51. n. 5. & 6. vol. 1.* Covarr. *lib. 2. variar. cap. 11. n. 1. vers.* Primum ex iis constat, Roder. Suarez in *l. post rem, in declarat. leg. Regni, limit. 4. n. 5.* Galileus ad formul. Cameral. obligat. tit. de liquidat. seu *q. 35. n. 3.* & ad eum Zachias *n. 4. ad verbum, Omnes exceptiones, & q. 31. n. 7.* Canarius de execut. instrument. *q. 14. n. 33.* Menoch. de adipiscend. possess. remed. *3. n. 192. & d. remed. 5. n. 71.* Scaccia de appell. *q. 17. limit. 9. n. 34. & 36.* Cancer. variar. resol. *p. 1. cap. 17. n. 28.* qui dicit, sic se obtinuisse, Gralsis de exceptionib. except. *36. n. 11.* Hermosilla in *l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 450.* Hac de causa recte monuit Paz in prax. *1. tom. 4. p. cap. 1. n. 17.* cavendum esse, ne petat actor à Judice, ut sententiam interlocutoriam super liquidatione pronuncient, quoniam tunc aperiet viam appellandi reo, & differendi executionem, fietque judicium ordinarium, ut Covarr. notat.

*45* Si verò juxta secundam sententiam ineatur liquidationis modus, videlicet petitia primum executione virtute instrumenti guarentigii, quamvis illiquidi, liquidatione incontinenti oblata, quasi in executionis causa liquidatio sit incidens, ea facta cum citatione rei per testes, aut instrumenta, non erit necessarium super liquidatione pronunciare, aut interloqui Judicem, ut appariatur reo via appellandi, & prorogandi judicii, ut sentit Covarr. lib. 3. variar. cap. *11. n. 1. d. vers.* Primum ex iis constat. Sed pro quantitate, quam liquidam esse ex probationibus constiterit, poterit Judex absque prævia alia interloquutione concedere executionem instrumenti, vel sententiæ, & expedire litteras executorias, seu mandatum de exequendo, ut capiantur pignora, & debtor carceretur. A quo mandato non potest interponi appellatio, juxta latè

tradita à Bernardo Diaz regul. *43.* Anton. Gabriele lib. 2. commun. tit. de appell. concl. *4.* Menchaca controversial. usufrequent. lib. 2. cap. *38. n. 6. & 7.* Rebuffo in Constit. Reg. tom. *1. tract. de sentent. executor. art. 7. gloss. 12. n. 16.* Roderico Suarez in *l. post rem judic. in declarat. legis Regni, q. 6. n. 3.* Didac. Perez in *l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordinam. col. 1113. vers.* Quaro utrum in causa, Gutierrez in repet. *l. nemo potest, n. 447. & 448. ff. de leg. 1. Maranta in prax. p. 6. tit. de appellat. n. 260.* Parladorio lib. 2. rerum quotid. cap fin. *1. p. 6. 12. limit. 4. n. 32.* Cevallos in spec. practic. tom. *4. q. 897. ex n. 933.* Escobar de ratiociniis cap. *33. ex n. 20.* Menoch. de adipiscend. possess. remed. *4. n. 821. & 827.* Scaccia de appellationib. *q. 17. limit. 47. membr. 1. ex n. 191.* Cancer. variar. resol. *p. 1. cap. 17. ex n. 23.*

*46* Ex prædictis planè infertur, utilior rem esse secundum modum practicandi executionem instrumenti illiquidi juxta secundam sententiam, ut brevius fiat executio, & finis litibus imponatur, ut planè significavit Canarius de execut. instrum. *d. q. 14. n. 34. in fin.* & Paz ubi supra *n. 44. in fin.* relatus. Ac per consequens rejecta prima sententia, sequendam esse secundam.

*47* Confirmat præcedentem resolutiōnem appositissimum exemplum desumptum ex eo, quod contingit circa executionem sententiæ obtainentis autoritatem rei judicatæ, ob id, quod appellatio ab ea fuerit deserta; tunc enim ille, pro quo lata est prædicta sententia, duobus modis potest intentare illius executionem. Primò, si compareat coram Judice, petens, ut pronunciet appellationem desertam, ut post pronunciatam desertam possit sententiæ executionem deinde petere. Secundò, si ab initio petat executionem sententiæ habita appellatione pro deserta, & hic modus est utilior petenti. Quoniam juxta primum si Judex declaret appellationem desertam, ab ista sententia declaratoria potest interponi appellatio, ut notarunt Philipp. Francus in cap. ex ratione *8. n. 80. de appellationib.* Angelus Aret. in *l. ante sententiam, n. 16. vers.* Quarit Baldus, ff. de appellat. recipiend. Scaccia

cia de appellationib. q. 17. limit. 47. membr. 1. n. 185. Gayl. practic. observ. lib. 1. obser. 138. n. 4. Minfiger. observat. centur. 3. observ. 36. n. 4. Maranta in praxi, p. 6. tit. de appellatione, n. 201. Quare captius est cauia vitandi appellationem, ut Judex sine alia pronunciatione, habita appellatione pro deserta, quando revera deserta est, sententiam exequuntur, juxta text. in l. si contra majorem 8.C. de appellat. Quam cautelam docuerunt Ang. in d.l. si contrà majorem, & cons. 140. n. 2. Bald. cons. 390. punctus super quo, vol. 3. Philipp. Francus in d. cap. ex ratione, num. 99. Cepolla cantella 44. Maranta ubi supra. Hæc de hoc casu tertio.

48 Aut sumus in quarto casu, de quo egimus, n. 24. quando contractus incipit à conditione, & in casu non implementi promittitur quantitas certa nomine pœnæ, aut interesse. Tunc post moram petenda est quantitas, quæ est in obligatione, & pro ea executio, & erit concedenda. Erit autem in potestate debitoris, usque ad litem contestatam præstatione facti se liberare. Dixi promittitur quantitas certa, nam si promitteretur quantitas incerta, ut interesse, & damna, quæ promissio continet quantitatem illiquidam, & ex ea oritur illiquidam obligatio, erit ista obligatio contenta quidem in instrumento guarentigio exequenda, juxta tradita supra ex n. 41.

49 Aut denique sumus in quinto casu, de quo diximus n. 25. cùm obligatio contenta in instrumento guarentigio, aut sententia exequibili, est alternativa facti, aut quantitatis. Pro qua obligatione exequenda debet creditor petere alternativè unam ex rebus promisis, ut adnotavit Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. n. 40. in fin. vers. Item adde. Judex autem, coram quo ex obligatione alternativa agitur, præfiget debitori terminum, infrà quem eligat, quid velit solvere. Quod si elegerit, exequetur obligationem pro illa re, quam debitor elegerit, quia electione facta, sola res electa erit in obligatione, l. si quis stipulatus sit 112. in princip. ff. de verb. oblig. & ibi Bart. n. 1. Quòd si intra præscriptum

terminum, debitor non elegerit, amitteret electionem, & facultas eligendi devolvetur in creditorem, l. mancipiorum 6. ff. de option. vel elect. leg. Bart. in l. eum qui certarum 138. §. cùm purè, n. 4. ff. de verbor. obligat. vel censebitur electa res, quæ deterior est promissori, & magis stipulatori prodest, ut ibidem probat Bart. Latius prosequitur Simon de Prætis de interpret. ult. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubitat. 3. solut. 4. n. 20. Electione verò ad creditorem devoluta non poterit debitor purgare moram, qnia res non est integra, cùm jus alteri quæsumit sit ex dispositione legis, ut animadvertisit Craveta cons. 216. n. 23. & cons. 246. n. 5. Bellonus decis. 144. n. 10. Franciscus Aretin. cons. 95. ex n. 8. post glossam approbatam ab omnibus, ut ille testatur in cap. cupientes 16. §. Quid si per viginti, verb. Expectati, de elect. in 6. Facit doctrina Baldi in Auth. habita, n. 93. C. ne filius pro patre, ubi ait, non esse locum pœnitentiæ, si poena imponatur ipso facto, electione autem intra tempus assignatum non facta à debitore, devolvi ad creditorem facultatem eligendi in istis obligationibus alternativis, sentiunt post Bart. supra allegatum Baldi, in l. statu liberum 11. §. Stichum, n. 1. ff. de leg. 2. Philippus Francus in cap. si pluribus 24. n. 3. Ancharr. n. 2. vers. Sexto, & ultimo nota, de Præbend. in 6. Joann. Faber. in l. cum quidam, in fin. C. de verbor. signif. & in §. Sig. generaliter, n. 12. Instit. de legat. Angelus in d.l. cum, qui certarum, §. cùm purè, n. 3. Alberic. n. 7. Aretinus n. 3. Tiraquell. de retractu lignag. §. 24. glossa unica, n. 9. & 10. Bellonus d. decis. 144. n. 10. Simon de Prætis de interp. ultim. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubitat. 3. solut. 3. n. 6. & solut. 4. ex n. 20. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 239. ex n. 1. Marescot. variar. resol. lib. 1. cap. 97. ex n. 4. Hoc igitur casu creditor ob moram debitoris eliget, quam rem sibi solvi velit ex contentis in obligatione alternativa, & pro illa petet executionem.

**SUMMA DISPUTATIONIS IV.**

- 1 *V*is executiva sententia, vel instrumenti non est aeterna, sed temporalis, & prescriptibilis.
- 2 In præscriptione juris executivi non requiritur bona fides.
- 3 Præscripta via executiva nulla tollitur actio.
- 4 Qui acceptat pro se beneficium statuti, debet etiam acceptare exceptionem ex illo oratione contra se.
- 5 Explicatur l. 63. Tauri, ex qua juri executivo ex actione personali præscribitur decennio.
- 6 De jure Castellæ juri executivo ex actione reali præscribitur juxta jus commune spatio triginta annorum, cum circa illud nihil disponatur in lege Tauri.
- 7 Eo jure præscribitur juri exequendi sententiam latam super actione personalis spatio viginti annorum.
- 8 Expenditur census d.l. 63. Tauri.
- 9 Rejicitur sententia quorundam Hispanorum circa ejus intellectum.
- 10 Approbatio sententia Anton. Gomezii, & ejus comprobatio.
- 11 Una determinatio respiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.
- 12 Juri liquidandi instrumentum via Ritus de jure Neapolitano præscribitur spatio vinti annorum.
- 13 Juri exequendi obligationem pœnes actæ præscribitur spatio triginta annorum, & improbatur Tapia alter sentiens.
- 14 Modus exequendi obligationem pœnes actam variatur, si petatur ejus executio contra, vel ultra decennium.
- 15 Juri exequendi instrumentum vigore pacti executivi præscribitur spatio triginta annorum, quo præscribitur executioni sententia.
- Instrumentum equiparatur sententiae, ibi.
- 16 Juri exequendi instrumentum census quanto tempore præscribatur, quæstio frequens.
- 17 Præscripta semel via executiva prædicti instrumenti non posse ulterius peti executionem pro redditibus decurrentis, qui senserint.

- 18 Præscripta via executiva quoad redditus decursos manere quoad decurrentos, verior sententia.
- In obligationibus annuis non computatur tempus præscriptionis ex initio obligationis, sed ab initio cuiuslibet anni, ibi.
- Impedito agere non currit præscriptio, ibi.
- 19 Satisficit fundamento contraria sententia.
- 20 Quo tempore præscribatur annuis præstationibus quoad substantiam actionis, remissive.
- Ubi perimitur actio, perimitur quoque modus agendi, ibi.
- 21 Præscriptio via executiva solet interrumpi item perpetuari.
- Discrimen inter interruptionem, & perpetuationem, ibi.
- 22 Præscriptio actionum duobus modis interrumpitur, aut naturaliter, aut civiliter.
- 23 Præscriptio via executiva est mere odiosa.
- 24 Præscriptio via executiva interrumpitur per solam citationem, citra litis contestationem.
- 25 Per solam petitionem executionis an interrumpatur præscriptio via executiva, & qui tenuerint sententiam affirmativam.
- 26 Contraria sententia est verior.
- Ad interrumpendam præscriptionem non sufficit sola libelli oblatio, ibi.
- 27 Per litis contestationem perpetuantur actiones.
- 28 In causis summariorum, & via executiva lis contestatur, cum reus se opponit executioni.
- 29 Explicatur Bartolus in l. si quis stipulatus 57. ff. de verbis, oblig. & reprehenditur Baldus.
- 30 Limitatur prædicta resolutio.
- 31 Præscriptio via executiva non interrumpitur, nisi interveniat citatio rei, aut quasi citatio.
- 32 Via executiva perpetuatur usque ad quadriginta annos per illum actum, qui in via executiva habet vim litis contestationis.

## DISPUTATIO IV.

An viæ executivæ præscribi possit , & quanto tempore : quomodo perpetuetur ; & quando , & ex quibus actibus ejus præscriptio interrupatur ?

**O** Missa difficultate de præscriptio ne actionum , de qua agit *text.* in l. sicut 3. & in l. omnes 4. & in l. cum no tissimi 7. C. de præscript. triginta , vel quadra ginta annor. & tractant ibi Doctores antiqui , & novissimè post ipsos latè Petrus Barbosa . Apud Hispanos l. 22. tit. 29. p. 3. & ibi Gregorius Balbus tract. de præscription. 4. p. 4. *principalis* , ex q. 1. Covarr. in re lectione , cap. possess. de regul. jur. in 6. 2.p. §. 11. Parlad. lib. 1. rerum quotid. cap. 1. ex §. 11. statuenda est conclusio indubitata , vim executivam sententiæ in judicatum transactæ , vel instrumenti guarentigii æternam non esse , sed temporalem ; determinato enim tempore finitur , & præscribitur , tam de jure communi , quam Regio Castellano , & Neapolitano . Nam de jure communi istud jus executivum sententiæ in judicatum transactæ durat per spatiū triginta annorum , & non nisi per ejus transitum præscribitur , ut docet gloss. ultim. in l. sèpè qui dem ultima , C. de præscript. 30. vel 40. annor. Bald. in l. debitori 7. n. 11. C. de pat. & in Rubr. de præscriptionib. n. 22. in fin. Bal bus de præscriptionib. 4. p. 4. *principalis* , q. 31. Afflict. decis. 245. n. 12. & 13. & ibi addentes , & decis. 345. n. 10. Achilles de Grassis decis. 5. n. 1. de præscription. Maranta in praxi , 6.p. tit. de executione , n. 54. Rebuff. tom. 3. de Constit. Regias , tract. de cau sitis beneficiorum possessoriis , art. 11. glossa unica , n. 5. Natta conf. 22. n. 1. tom. 1. Parlad. lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 11. n. 12. Barbosa in l. sicut 3. n. 159. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Thusc. litt. P. concl. 547. ex n. 1. Azeved. in l. 6. n. 1. tit. 15. lib. 4. Recop. Castillo in l. 63. Tauri , ad verb. Diez años , Olanus in concordia antinomiarum , litt. I. n. 57. ubi dicit , idem statui de jure Regni Navarræ , Gratianus discept. forens. tom. 5.

cap. 994. num. 8. Scaccia de commerciis , §. 7. gloss. 7. n. 2. Afinius in praxi judicior. §. 31. cap. 2. limit. 18. Tapia in Constit. Duram , & diram. n. 13. lib. 4. Juris Neapolitani Rubr. 19. ego dixi supra tit. 1. disput. 2. q. 7. sect. 3. n. 965. ubi allegavi Cartarium , Fabrum , Riccium , Salgad. Quamvis Joann. Andr. in addit. ad Speculat. lib. 2. tit. de execution. sententia , §. postremo 6. ad n. 6. circa fin. ad verb. §. sequenti sequutus , ut dicit Guido nem de Suzar. requirat ad præscribendam viam executivam spatiū 40. annorum transactorum post sententiam.

2 Qua in re illud est notatione dignum , quamvis regulariter in omni prescrip tione requiratur bona fides stante jure Ca nonico , juxta tex. in cap. possessor. 2. de regul. jur. in 5. copioseque , & eleganter tradi ta à Balbo de præscript. 2. p. 3. *principalis* , q. 6. in præscriptione tamen juris ex ecutivi non requiri bonam fidem : quinimò illi præscribitur , etiam data sententia debitoris , quæ illum in mala fide constituit . Adnotarunt Philippus Francus in d. cap. posses sor. n. 10. ex vers. Sed bene videtur , cum n. 11. & 12. seqq. idem Balb. de præscription. 2.p. 3. *principalis* , q. 14. n. 8. Gregor. Lopez in d. l. 22. tit. 29. p. 3. gloss. 1. Covarr. in relect. d. cap. possessor. de regul. jur. in 6. in 2.p. §. 11. n. 6. vers. Sextò leges seculares , Anton. Gomez in l. 63. Tauri , n. 1. Didac. Perez in l. 4. tit. 8. gloss. 1. circa finem , col. mihi 1092. §. Dubitatur præterea , & in l. 3. tit. 13. lib. 3. Ordinam. col. 1233. §. Præterea , & secundò , Messia de taxa panis , conclus. I. n. 150. Gutierrez in repet. l. nemo potest , n. 204. & 205. & n. 475. ff. de leg. 1. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 52. n. 22. Parlad. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 11. n. 18. & 19. & §. 12. n. 3. Barbosa in l. sicut 3. n. 165. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Thusc. litt. P. concl. 547. n. 7. Cevallos in speculo pract. q. 173. n. 9. Azeved. in l. 6. n. 15. & 16. tit. 19. lib. 4. Recop. Caravita ad Ritum 167. n. 3. Rodriguez tractat. de execut. cap. 6. n. 61. Hævia Volaño in Curia Philipp. 2.p. §. 1. n. 8. Villadiego in Polit. cap. 1. n. 38. Scaccia de commerciis , d. gloss. 7. n. 3.

3 Hujus autem specialitatis in hoc præ-

Præscriptionis genere duas rationes assignant Doctores. Primam generalem, quoniam hic multa tollitur actio, aut jus creditoris competens principaliter, sed solum punitur negligentia creditoris in agendo, amissione juris exequendi, ne qui tamdiu tacuit, possit tam breviter debitum consequi, quam consequeretur, si suis rebus diligenter invigilans egisset via executiva; patet tamen illi via ordinaria, qua post amissam executivam poterit agere, & sibi debitum consequi, ut egritiè notat Bald. in l. planè 3. ff. quod falso tutor. author. Clemensis singul. 41. Canarius de execution. instrum. q. 59. n. 95. Thusc. d. concl. 547. n. 8. Quo fit, ut mala fides huic præscriptioni non noceat, qua nihil alienum acquiritur, sed negligentie in negligentia poenam affertur celeritas in agendo, quam tarditate sua libens videtur amisisse, cum sciret, vim executivam determinato solum tempore durare, & nisi festinaret amissurum, salvo tamen illi jure agendi via ordinaria, ut animadvertisit Roder. Suarez in l. post rem judicat. in declarat. leg. Regni, limit. 6. n. 2. Didac. Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, gloss. 1. col. 1092. vers. Dubitatur præterea, Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. n. 12. & 13.

4 Secunda ratio est specialis, quæ magis cadit in vim executivam concessam instrumentis per statuta, quia creditor, qui in agendo assumit pro se adminiculum statuti, & sic executionem paratam inductam temporaliter à statuto, debet etiam acceptare contra se exceptionem provenientem ex eodem statuto. Nam cum quis utitur adminiculo statuti, debet uti cum sua causa, & suis vitiis, & sic in totum, ut in l. Pomponius 13. §. Cum quis utitur ff. de acquir. possess. l. Catus 23. ff. de manumiss. Hac ratione utitur Philipp. Francus, qui pro ea refert Innocentium, Bart. Bald. Imolam, Ancharr. Philippum autem in d. cap. professor, n. 10. & 11. de regul. jur. in 6. Sequuntur Didacus Perez in l. 3. tit. 13. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1233. vers. Præterea, & secundò, Avendañ. de exequend. mand. 2. p. cap. 30. n. 12. §. Commodum autem, Paz in p. axi, 1. tom. 4. p. d. cap. 3. n. 11. & alii ex enumeratis supr. n. 2.

5 De jure Castellæ quantum ad præscriptionem actionum, & viæ executivæ alter statuitur in l. 63. Taur. quæ odie est l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop. Nam juxta illam juri exequendi ex obligatione personali præscribitur decennio, intellige ex obligatione personali guarentigia, ut in ejusdem legis prima parte agatur de præscriptione viæ executivæ ex instrumento guarentigio. Et ad prædictam legem notant Scriptores Hispani, Castillo, Joannes Lopus, Cifuentes, Gomez Arias, Rodericus Suarez in l. post rem judicatam, in declaratione legis Regni, limit. 6. ex n. 1. Covarruv. in select. cap. professor. de reg. jur. in 6. 2. p. §. 11. ex n. 2. §. Supereft modo, Menchaca de successionum creatione, lib. 1. §. 10. n. 31. Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. ex n. 11. Gutierrez in repetit. l. nemo potest, n. 205. & n. 480. ff. de leg. 1. & lib. 1. practicar. quæst 90. n. 3. Barbosa in l. si cut 3. n. 160. & 161. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Valenzuela, cons. 21. n. 1. Volaño in Curia Philippica, 2. p. §. 1. n. 5. & 6. Villadiego in Polit. cap. 2. ex n. 34. Nam prædictæ legis conclusiōnem, quinque ampliationibus extendit Azevedus ad prædictam l. 6. ex n. 3. ad 18. & multis modis limitat ex n. 25. ad 38. limitat etiam Parlad. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 13. Joannes Lopus in d. l. 63. Tauri, ex n. 18. Aviles in cap. 10. Prætorum, verb. Execucion, n. 69.

6 Cumque lex illa nihil disponat circa jus executivum ex actione reali descendens, relinquetur ea res tanquam omissa sub dispositione juris communis, l. commodissimè 10. ff. de liber. & posthum. l. si extraneus 6. ff. de condit. ob. cauf. l. precipimus 32. in fin. C. de appellat. cap. suscepsum 6. de rescr. in 6. Barbosa in l. si cum dotem 23. ex n. 17. ff. solut. mat. Mantica de conject. ult. volunt. lib. 3. tit. 19. ex n. 4. Castillo quotid. controv. lib. 4. c. 15. Ac per consequens jus executivum ex actione reali præscribetur spatio triginta annorum, quemadmodum diximus n. 1. præscribi jus executivum de jure communi. Idque adnotarunt Dueñas regula 6. limitat. 1. Avend. de exeq. mandat. 2. p. cap. 30. n. 13. vers. Sed advert.

cum

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

*cum seqq. Parlador. d. §. 13. n. 9. Barbosa in d. l. sicut 3. n. 166. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

7 Quid actiones verò, eadem lege statuitur, ut actio personalis, & executorialia emanata super ipsa, id est vis executiva sententiæ transactæ in rem judicatam latæ super obligatione personali, duret per viginti annos, & eo temporis spatio præscribatur. Hunc autem esse istorum verborum sensum, ex eo probatur, quod Hispanè non vocamus executoriam, nisi litteras executoriales, expeditas vigore sententiæ: non verò illas, quæ expediuntur virtute instrumenti publici, & guarentigii, quas vocamus mandatum executivum, deinde statuit prædicta lex, ut ibi obligatio sit personalis cum hypotheca, aut ubi obligatio est mixta personalis, & realis, actio, & debitum ex ipsa præscribantur spatio triginta annorum.

8 Itaque in prima parte d. l. 63. igitur de jure executivo ex instrumento guarentigio, in secunda de jure executivo ex sententia lata super actione personali, & ipsa personali actione, quod video apertius omnibus animadvertisse Anton. Gomez in d. l. 63. Tauri, in princip. in qua eadem sententia videntur fuisse Joannes Lopus in eadem l. 63. n. 35. & 37. Covarruv. in cap. professor. de reg. jur. in 6. 2. p. §. 11. n. 2. quamvis dubius Barbosa in l. sicut. 3. num. 167. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Molina de justit. tractat. 2. disp. 71. n. 2. tom. I. ego tetigi tit. 1. disp. 2. quest. 7. seet. 3. n. 921.

9 Ex quo venit rejicienda sententia aliorum, qui ita interpretantur prædictam leg. 63. Tauri, ut in prima parte significet, vim executivam, sive ex instrumento, sive ex sententia, spatio decem annorum extingui, in secunda verò parte significet actionem personalem ipsam spatio viginti annorum præscribi, quasi in posteriori decennio moneat quidam actio verùm sine vi executiva, & spatium primorum decem annorum quo vis executiva durat, superaddito posteriori decennio facit numerum, & spatium annorum viginti. In qua sententia

Tom. II.

fuerunt Castillo in d. l. 63. Tauri, ad verb. La accion personal, vers. Vel melius, Didac. Perez in l. 3. tit. 13. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1234. vers. Est deinceps, Azevedus in l. 6. n. 42. tit. 15. lib. 4. Recop. Parlad. lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 14. n. 1. qui dicit, omnes Hispanos Scriptores sic sentire, præter unum Antonium Gomez.

10 Ego verò, ut dixi, Antonii Gomezii opinionem magis probo, qui legem Tauri prædictam planè, & simpliciter interpretatur juxta clarum, & expeditum verborum sensum, nulla vi illata litteræ, quam planè inferunt Authores ab Antonio discedentes, qui legis sensum per tortuosas ambages circumducunt. Audiamus verba legis in duobus prioribus partibus: *El derecho de ejecutar por obligacion personal, se prescriba por diez años. Y la accion personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos.* Si solum de præscriptione actionis personalis ageretur in prædicta secunda legis parte contenta in dicto versiculo. *Y la accion personal, &c.* & non etiam de præscriptione juris executivi ex sententia super actione personali, cur executoriam commemoravit, cùm de præscriptione juris executivi ex actione personali in legis initio mentionem fecisse? Negari non potest, qui verba illa: *Y la executoria dada sobre ella, otiosè, & superfluè essent adjecta.* Neque solum superfluè, & inutiliter, sed noxiè, ut confunderent, & intricarent, omninoque ambiguum redderent sensum sequentis orationis. *Se prescriba por veinte años, y no menos,* si lex ita esset interpretanda, ut tempus viginti annorum dividideretur in duo denaria, alterum, in quo præscriberetur vis executiva, alterum, quo adjecto, & superaddicto ad primum præscriberetur actio.

11 Item secundò, quoniam illud verbum: *Se prescriba por veinte años, y no menos,* est una determinatio respiciens plura determinabilia, videlicè adjicitur duobus verbis substantibus præcedentibus: *La accion personal, y la executoria dada sobre ella.* Ergo debet illa pariformiter determinare, l. jam hoc jure 4. vers. Sed si alter, ff. de vul-

S

ga-

gari, & ibi Bart. & in l. Lucius 45. n. 8. per textum ibi, ff. eodem, l. si legatarius 8. §. cum ita, & ibi idem Bart. ff. de legat. 3. l. quamvis 4. C. de impuber. & aliis substitut. Matienzus in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 3. n. 3. Marcus Anton. Eugenius consil. 48. n. 7. lib. 1. Valenzuel. consil. 83. num. 138. & 139. lib. 1. Incongruum enim erit, ut dum verbum applicatur actioni, intelligatur de toto tempore viginti annorum, dum vero executoriae, intelligatur de solo decennio, cum duo illa nomina, *actio*, & *executoria*, conjuncta sint per copulam, & quae aequaliter copulat, & significat, idem esse de uno, quod de altero ex copulatis, l. si mihi, & Titio 110. ff. de verbor. obligat. l. reos 11. §. Cum tabulis, ff. de duobus reis, l. si hæredi plures 5. ff. de condit. inst. Brunorus à Sole in compend. propositionum jur. verb. Copula, & Cened. singul. 50. n. 8. Aug. Barbosa tract. de dictioribus usufrequent. dict. 110. num. 9. Menoch. consil. 111. n. 10. libr. 2. Accedat, quod ita intelligentibus, & exponentibus predictam legem occurrit oppositissimum discrimen, & proportionatissimum inter jura exequendi. Nam ex actione personali contenta in publico instrumento, & garantio jus exequendi durat decem annis: ex sententia super actione personali, viginti: ex sententia super actione reali, vel mixta, triginta, juxta dicta supra n. 6. & juxta jus commune, & tradita à Doctoribus, quos retuli, n. 1. Igitur Antonii Gomez, & Petri Barbosæ expositio rationabilior est, & proinde amplectenda.

12 De jure Neapolitano prescribitur juri liquidandi via Ritus, quod inest instrumento publico jurato (qui est quidam modus exequendi) spatio viginti annorum, nam si ex die, quo venit dies solutionis, & quo potest instrumentum liquidari via Ritus, transacti fuerint anni viginti, & in illis non fuerit petita liquidatio, ex dicto instrumento non proceditur ad interrogationem, neque potest liquidari, sed solum proceditur via ordinaria presentato instrumento in vim probationis. Ita statuit in Ritu 167. quem ibi explicat Caravita, ampliando, & limitando notat Annibal Troylius

n. 1. Scagliolus ad Ritum 166. n. 39. & 62. Tapia ad prædictum Ritum 167. lib. 3. Juris Neapolit. Rubrica 45. fol. 242. & in Const. Duram, & diram, n. 14. lib. 4. Juris Neapolit. Rubr. 19. Incertus Author. tract. de presentando instrum. ad formam Ritus limit. 13. Francisc. Anton. de Judice Roberto in practica super liquidationib. consider. 2. n. 3.

13 Juri vero exequendi obligationem poenes acta, quam habere paratam executionem dixi supra tit. 2. disput. 8. n. 12. præscribi spatio annorum decem sentit Tapia in d. Constat. Duram, & diram, n. 14. qui dicit, ita servari lib. 4. Juris Neapolit. Rubr. 19. Qui tamen loquitur ex capite, & nulla ratione, aut Doctore allegatis. Ritus enim 167. solum agit de jure liquidandi instrumentum, non de jure exequendi obligationem poenes acta, aut alia instrumenta publica. Igitur quod attinet ad præscriptionem juris exequendi prædicta instrumenta publica, & obligationes poenes acta, relinquendum erit sub dispositione juris communis: ac per consequens huic juri exequendi virtute similius obligationum non præscribetur, nisi spatio triginta annorum, quo tempore diximus præscribi juri exequendi virtute sententiarum supra n. 1. quibus æquiparata sunt instrumanta, juxta notata supra tit. 2. disput. 7. n. 9. & alibi sæpe, & notat Galterius in practica instrumentor. 1. p. prima partis, Rubr. 1. n. 17.

14 Illud tamen verum est, si executio obligationis poenes acta non fuerit petita intra spatiu annorum decem, amitti quidem modum faciendæ executionis; non tamen viam executivam. Nam petita executione intra decem annos à die stipulatæ, vel purificatæ obligationis poenes acta, seu (ut clarius loquat) à die quo debet fieri solutio, expediuntur virtute illius litteræ executoriales contra debitorem absque citatione aliqua, ut statuit Ritus 128. & ibi notat Caravita n. 1. & ad Ritum 262. num. 11. Franchis decif. 118. n. 8. cum seqq. Galterius in pract. instrumentor. 1. p. Rubr. 2. n. 44. & 3. p. principal. Rubr. 2. n. 4. Galupp. in praxi S.C. 2. p. cap. 21. n. 32. Si vero transferint anni decem post stipulatam, & pu-

rificatam obligationem pœnes acta, seu à die, quo debet fieri solutio, & virtute illius non sit petita executio, cum postea petitur, non expediuntur litteræ executoriales absque citatione, sed citandus est debitor ad dicendum causam, quare obligatio non sit exequenda. Quod si debitor nullam reddat congruam rationem, cur non sit executioni mandata, proceditur ad jus executionem, ita notat Caravita ad Ritu[m] prædictum 128. n. 3. vers. Secundus casus, Galterius in pract. instrumentor. 1.p. prime partis, Rubr. 2. n. 45. & 3.p. principal. Rubric. 2. n. 8. Franciscus Antonius de Judice Roberto in practica de liquidationibus, constat. 2. n. 3. vers. Et in hac fallentia. Quam praxim dicit orta ex antiqua consuetudine servata in M.C.V. de ea tamen observantia nullum reperiri Ritum scriptum. Docuerat Afflictis in Constit. Dilations, n. 31. lib. 2. Rub. 17. Ex qua diversitate in modo exequendi orta est opinatio Regentis Caroli de Tapia in prædicto loco verū omnino falsum est, vim executivam obligationis apud acta amitti ex transcursu decem annorum.

15 Juri exequendi instrumentum vi[gore] pacti executivi præscribitur triginta annis, quemadmodum juri exequendi sententiam. Quod planè tradit Caravita ita intelligendus ad Ritus 167. num. 32. quem sequitur Duardus de censibus, §. 5. q. 34. n. 71. sentit Colerus de processib. execut. 4.p. cap. 1. n. 92. Scaccia de commerciis §. 7. gloss. 7. n. 2. Antonius Gomez in l. 63. Tauri, n. 1. Hector Capicius Latro decis. 58. n. 14. & 15. Et ratio est, quia instrumentum æquiparatur sententiæ, ut s[ecundu]s diximus. Et quia executio ista expeditur officio Judicis, ut dixi tit. 1. disput. 7. n. 5. & 28. cui non nisi spatio triginta annorum præscribitur, Balb. de præscriptionib. 4.p. principal. q. 30. & q. 31. Tiraquell. de retractu lignag. §. 35. gloss. 4. n. 41. Afflict. decis. 245. n. 12. & 13. Covarr. in regula posseff. p. 3. §. 3. n. 4. vers. Quartò adnotandum.

16 Occurrit hoc loco examinanda quæstio tam frequens, quam controversa, utrum juri exequendi instrumentum gua-

rentigium census, seu anni redditus, vel alterius obligationis annuæ, ob transcursum temporis, quo non sit petita executio, vel liquidatio ob redditus ultra decem annos decursos, non solutos, juxta jus Castellæ, aut ultra viginti, juxta jus Neapolitanum, sic præscribatur, ut maneat extincta via executiva, non solum pro redditibus decursis ultra decenium, vel viginti annos, sed etiam pro decurrentis, ita ut virtute talis instrumenti censualis amplius exerceri non possit.

17 Nonnulli affirmant, præscribi jus executivum in instrumento contractus census per transcursum temporis legitimi, quo executio pro redditibus decursis petita non sit, non solum quoad sic decursos, sed etiam quoad decurrentos in futurum: ita ut ex eo instrumento non possit amplius agi via executiva, sed solum ordinaria, præsentato instrumento ad effectum probacionis. Agnoscunt sic sentientes discrimen inter præscriptionem viæ executivæ instrumenti contractus anni, & præscriptionem viæ executivæ legati anni. Nam in illo unica præscriptione tollitur jus executivum pro omnibus annis, quia una dumtaxat est obligatio, at in legato annuo tot præscriptionses requiruntur, quot sunt anni, quia tot sunt legata, quot anni, l. si in singulos 4. l. cum in annos 11. ff. de annuis legat. Ac proinde quantumvis pro legato anno non sit petita executio spatio decem annorum, non censebitur in totum præscripta viæ executiva, sed pro novem proximis annis poterit peti, atque item pro futuris. Ita sentit Parladorius lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 12. ex n. 5. & §. 13. ex n. 7. qui pro sua sententia ultra Glossam, & Doctores antiquos refert Balbum de præscription. p. 4. 4. partis principalis, q. 4. Boerium decis. 326. & Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. n. 45. Iste tamen Doctores non loquuntur de præscriptione viæ executivæ, sed de præscriptione actionis pro annua præstatione. Parladorium tamen sequuntur Hævia Volano in Curia Philippica, 2.p. §. 1. n. 7. & Villadiego in Politica cap. 2. n. 36. cum seq. Et pro hac sententia referri possunt Follerius

*in prax. censuali, verb. Tanquam res judicatas, n. 37. Caravita ad Ritum 167. n. 32. Duardus de censibus, §. 5. q. 34. n. 71. & 72. dum universim negant instrumento censuali virtutem liquidationis post lapsus viginti annorum, non distinguentis redditus decursos à decurrentis. Fundamentum Parladorii, & reliquorum non est aliud, quām traditio prædictorum Doctorum circa præscriptionem actionum, ex qua dicit argumentum ad præscriptionem viæ executivæ.*

18 Contrariam tamen sententiam, quinimò in ipsis instrumentis annuorum reddituum non præscribi viam executivam ex lapsu, & transcursu temporis legitimi ad eam præscribendam, quoad redditus decurrentes in futurum, aut decursos citra decennium à novem annis proximè præteritis: sed solum quoad redditus decursos in præteritum ultra decenium, amplectuntur Paz *in prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. n. 15. Felicianus de censib. tom. 1. lib. 3. cap. 1. n. 7. Gutierrez libr. 1. practicar. q. 90. n. 5. Gaspar Rodericus de annuis reditibus, lib. 2. q. 9. n. 69. Avendañ. de censib. cap. 103. n. 8. Constantinus Pap. in addit. ad Caravitam, Rit. 167. n. 32.* Quæ sententia communis est, & magis usu recepta, ut prædicati testantur. Ratio est, quia in obligationibus annuis, seu ex contractu, seu ex ultima voluntate, tempus præscriptionis non est computandum ab exordio obligationis, sed ab initio cuiuslibet anni, ut expressè statuitur *in d. l. cùm notissimi, §. Illud autem, C. de præscript. 30. vel 40. annor. & eleganter notat Palac. Rub. in d. l. 63. Taur. n. 14.* exemplo actionis ex contractu dotali, nam constante matrimonio non incipit præscriptio actionis dotalis, donec ex ea efficaciter agi potest. Ergò cùm petitur executio transacto decennio pro solis novem annis non potest esse præcripta via executiva quoad redditus prædicti novenii, quæ transcursum decem integrorum annorum requirit. Idque ex eo provenit, quoniam cùm ex vi contractus redditus non possint exigi, nisi transacto anno, non ante, pendente dilatatione conventionali præscriptio non procedit, quæ non currit contra impedimentum agere, l. 1. §. ulti-

mo, C. de annal. exception. d. l. cùm notissimi, §. Illud autem, l. in rebus 30. C. de jur. Auth. nisi tricennale, C. de bon. mater. l. cùm sex 55. ff. de edilitio edicto, cap. ult. de elect. cap. quia diversitatem, de concess. Præbend. Balbus de præscript. 1.p. 6. principalis, ex n. 17. Gregorius in l. 7. tit. 6. p. 6. gloss. 3. Covarr. 1. variar. cap. 8. n. 8. Palac. Rubios in d. l. 63. Tauri, n. 15. & 16. Azeved. in l. 6. n. 25. tit. 15. lib. 4. Recop. Thusc. litt. P. conclus. 525. Riccius collectan. 155. ampliat. 7. Pinellus in Auth. nisi tricennale, ex n. 42. C. de bonis matern.

19 Ad fundamentum Parladorii respondendum est, quamvis verum sit discri- men illud consideratum à Doctoribus inter obligationem annuam, & annum legatum, ut pluribus prosequitur Petrus Barbosa, qui refert omnes *in d. 2. ex n. 121. C. de præscript. 30. vel 40. annor. nihil facere ad id, de quo agimus. Nam sive una, sive diversis præscriptionibus opus sit ad viam execu- tivam præscribendam, semper tamen est necessarium, integrum decennium transire ad præscriptionem viæ executivæ pro præ- stationibus, ex eo tempore, quo agi potest efficaciter pro illis consequendis: neque ex eo, quod præcripta sit via executiva pro una præstatione unius anni, colligitur esse præcripta quoad cæteras, pro quibus nondum agi potuit, ideò in d. §. Illud au- tem, obligationes annuæ, tam ex contractu, quām ex legato, æquiparantur quoad præ- scriptiōnem.*

20 Quo verò tempore opus sit ad præscri- bendum annuis præstationibus, quoad sub- stantiam actionis, ita ut deinceps pro illis non solum via executiva, sed neque ordina- ria agi possit, quod præsentis instituti non est, tractant Doctores juxta text. ibi in d. l. cùm notissimi, §. Illud, C. de præscript. 30. vel 40. annor. & Petr. Barbosa latè in d. l. 2. ex n. 123. C. eodem, Balb. de præscription. 4.p. 4. principalis, q. 4. Minsyngerius singular. observat. cent. 3. observat. 13. Fachinæus controversial. jur. lib. 8. cap. 99. Spino in Speculo testamentor. gloss. 8. ex n. 65. Craveta de antiquit. tempor. 4.p. §. 4. materia ista, n. 34. vers. Vigesimo quarto, Capella Tolosana de- cis.

## DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

141

cis. 343. Guido Papa decis. 406. Anton. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. n. 45. Felicianus de censibus, tom. 2. lib. 4. cap. unico, num. 14. Gasp. Roder. de annuis reddit. lib. 1. q. 17. ex n. 3. & post ex n. 100. & lib. 2. q. 9. Aven- dañus de censib. Hispan. cap. 103. 104. & 105. Federic. Martini de jure censuum, cap. 5. ex n. 78. qui optimè rem tractat, Ludo- vicus Cenc. de censib. p. 3. cap. 1. q. 8. art. 1. & 2. Camil. de Medic. conf. 131. n. 14. & 15. Cevall. in spec. practic. q. 367. Duard. de censib. tom. 2. §. 5. q. 34. amicus, & Col- lega noster D. Franc. Merlin. doctissimus, & accuratissimus controversiar. forens. cent. I. cap. 44. ex n. 1. & omnino vide Cum- num conf. 149. n. 1. & Addentes ad Julium Clarum in §. Emphyteusis, q. 17. Qua in re oportet adnotare, cum præscriptum fuerit juri exigendi annuas præstationes per trans- cursum temporis legitimi, & acquisita ab eo onere libertas, præscriptum quoque cen- seri debere viæ executivæ, tam quoad præ- teritas, quam quoad futuras præstationes, ut planè significat Cynus in d.l. cùm notissi- mi, §. in his etiam promissionibus, vers. Ter- tiò queritur; C. de præscript. 30. vel 40. an- nor. & aperte probat textus in l. ultima, in fin. C. de edicto D. Adrian. toll. Quoniam ubi perimitur actio perire quoque debet, & pe- trimi modus agendi, accessorium enim se- quitur naturam principalis, l. 2. ff. de pecu- lio legato, regula accessorium 42. de regul. jur. in 6. August. Barb. axiomate 4. ex n. 1. & ubi non potest agi via ordinaria, majori ra- tione non poterit agi via executiva. Nam accidens non potest manere sine substancialia, aut qualitas, sine subjecto: Sebastianus Medices tom. 2. tract. de regul. jur. reg. 6. ex n. 1. & n. 5. & n. 92. & non entis nullæ sunt qualitates, l. ejus qui in provincia 41. vers. Quoniam tunc, ff. si cert. petat. & Augustin. Barbosa axiomate 5. n. 1. & axiomate 162. n. 1. & axiomate 196. ex n. 1. Arque hæc est ratio, cur præscripta via executiva in præ- teritis pensionibus, remaneat tamen salva quoad futuras. Quoniam, inquam, dum ad futuras salva manet actio, remanet quoque modus agendi. Præscripta tamen plenè ac- tione quoad præteritas, & futuras, neque

actio, nec per consequens modus agendi remaneat, necesse est.

21 Hæc autem præscriptio viæ execu- tivæ interrumpi solet, quemadmodum, & aliæ præscriptiones, atque item ipsa via exe- cutiva perpetuari, quemadmodum cæteræ actiones perpetuantur. Est autem magnum discrimen inter interruptionem præscrip- tionis, & perpetuationem actionis, quem- admodum adnotarunt Balbus tract. de præ- scriptiōnib. 3. p. 6. principalis, ex n. 1. & 4. p. 6. q. 1. n. 1. & Petrus Barbosa in l. fin. n. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Nam interruptio non est aliud, quam impedimentum, ne coepta præscriptio currat, & ulterius procedat. Ac proinde facit rumpi inchoatam præscriptionem, ita ut de novo ex integro debeat inchoari à tempore in- terventionis, & erit necessarius idem cur- sus temporis ad eam perficiendam, qui pri- mò requirebatur. Notat Felinus in cap. il- lud 8. n. 10. post Abbatem ibi, de præscript. Jas. in l. ex hoc edito 3. n. 3. ff. de eo per quem factum erit. Perpetuatio autem prorogat vi- tam actionis mediante litis contestatione, & facit actionem, quæ erat brevis vitæ, vel durabat triginta annis, aut minori tempore reddi perpetuam, id est extendi usque ad quadraginta annos, l. ultim. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 1. §. Exceptio, C. de an- nal. except. cap. placuit 15. §. hac de præsc. 16. q. 3. Animadvertisit gloss. in d.l. cùm notissi- mi, in princ. verb. Solam, Imola in l. natu- raliter 5. n. 5. & ibi Paul. n. 4. & 5. ff. de usucap. Jas. in l. nam postea 9. §. Si his qui temporali, n. 1. & 2. ff. de jurejur. & in l. 1. n. 7. C. quando libellus Principi datus, Par- lad. lib. 4. rer. quotid. cap. 1. §. 14. ex n. 6. Igitur quod ad nostrum institutum perti- net, nonnunquam interrumpitur præscrip- tio viæ executiuæ, ita ut definat ejus præ- scriptio currere, & ex computatis annis ante interruptionem lapsis, debeat necessariò de novo inchoari. Nonnunquam verò via executiva perpetuatur, ita ut duret per qua- draginta annos. Declarandum est ergo, quando, & per quos actus interrumpatur præscriptio juris exequendi, & per quos actus perpetuetur.

Quod

## TITULUS III. DISPUT. IV.

22 Quod attinet ad actiones ordinarias certum est, præscriptionem earum interrumpi duobus modis, aut, inquam, naturaliter, aut civiliter. Interruptio naturalis præscriptionis provenit ex defectu alicujus ex requisitis ad præscriptionem, vide licet, aut possessionis, aut tituli, aut bonæ fidei, aut alicujus alterius. Interruptio civilis contingit, quando nihil deficit de naturalibus, & substantialibus ad præscriptionem necessariis, sed celebratur aliquis actus, qui de jure civili interrupit, & impedit præscriptionem. Quantum verò ad interruptionem civilem, distinguendum est, triplex præscriptionis genus, juxta doctrinam Bart. in d.l. naturaliter, n. 1. & 2. Dyni in regula possessor, ex n. 10. de regul. jur. in 6. Panormit. in d.cap. illud 8. n. 11. de præscriptione. Antonii de Butrio ibidem, n. 7. Felini ex n. 2. Francisci Baldi tractat. de præscriptionib. 3.p.6.principalis, q.4.ex n.3. Primum est merè favorabilem, ut est usucatio, quæ causatur ex triennali possessione: quæ introducta est in favorem possidentis. Secundum est præscriptionum merè odiosarum, ut sunt præscriptiones triginta annorum introductæ in poenam, & odium negligentius agere. Tertium genus est præscriptionum mixtarum, quæ partim in favorem possidentium, partim in odium negligentium sunt introductæ, ut est præscriptio decem, vel viginti annorum. Ejusdem distinctionis meminit glossa notatu digna in l. ult. in fin. verb. Ex una parte, & verb. Ex utroque, C. de edicto D. Adrian. toll. & iterum Balbus de præscript. 2.p.q.1. ex n. 1. Covarr. in relect. cap. possessor, de reg. jur. in 6. 2.p. §. 12. n. 4. item additio ad gloss. in l. sicut 3. §. quæ ergo, verb. Per executorem, C. de præscript. 30. vel 40. annor. Guido Papæ decis. 416. ex n. 2. Greg. Lopez in l. 29. tit. 30. p. 3. gloss. 3. Præscriptio merè favorabilis interrumpitur, etiam per litis contestationem, nisi quoad effectum, quia pendente judicio currit usucatio, ut explicant prædicti Doctores, & in specie Balbus d. 3. p. 6. q. 4. n. 31. Præscriptio merè odiosa interrumpitur per solam citationem Judicis competentis, juxta textum in d.l. cum notis-

simi, in princ. & in §. imò, C. de præscrip. 30. vel 40. annor. & in §. hac de præscriptionibus 16. q. 3. Quam conclusionem ampliat Balbus d. 3. p. 6. q. 4. ex n. 9. & limitat ex n. 20. Præscriptio mixta interrumpitur litis contestatione vera facta coram Judice legitimo, & competenti, vel contestatione ficta: id est quandocumque lis habetur pro contestata; ut si per reum staret, quominus lis contestaretur, ut prosequitur Balbus d. 3. p. 6. q. 4. ex n. 32. & docuit Jason in l. ex hoc edicto 3. n. 14. ff. de eo, per quem factum erit, Felini. in d.cap. illud, n. 11. vers. Prima conclusio, de præscriptione. & probat text. in l. si cum 10. §. Qui injuriarum, in fin. ff. si quis cautionib. Confirmat hanc conclusionem Gratianus in d. §. hac de præscriptionib. decennii, & ibi gloss. verb. Interrupta 16. q. 3. & textus in l. more 26. C. de rei vindic. notat Panormit. in d.cap. illud, n. 14. latius prosequuntur Doctores in locis præallegatis, Jason in l. ex hoc edicto 3. ex num. 5. post Bart. ibi ff. de eo, per quem factum erit.

23 Quoad id, de quo agimus, certissimum est, præscriptionem viæ executivæ ex dispositione statutorum, vel juris municipalis, seu Regii, esse merè odiosam introductam in poenam, & odium creditoris negligentis, & differentis agere contra debitorem, ut docet Bart. in l. 2. §. Si rem alienam, n. 2. ff. pro emptore, & cons. 36. statuto Civitatis Assyrii, n. 2. Panormit. in d. cap. illud, n. 12. Alexand. in d.l. ex hoc edicto 3. n. 9. Jason n. 5. & 6. ff. de eo, per quem factum erit, Balbus d. 3. p. 6. principal. q. 4. n. 10. qui reddit optimas rationes. Ex quo consequens est, ut ejusmodi præscriptio interrumpenda sit per solam citationem, contra litis contestationem, aut citra actum alium, qui habeatur loco litis contestationis, quod contingit in causis summariorum, qualis est omnis causa executiva, ut adnotavi supra tit. 2. disp. 4. n. 5. cum seqq. in quibus cum non reperiatur propriè litis contestatio, ut in judiciis ordinariis, reperitur aliis actus, qui habet vicem litis contestationis, ut explicavimus dicto loco, n. 8. Et in effectu hanc sententiam amplectitur Covarr. in relect. cap. possessor, de regul. jur.

*jur. in 6. in 2.p. §. 12.n.4. vers. Quarta conclusio*, aut per contumaciam rei, per quem stat ne fiat ista quasi litis contestatio, ut dixi *supra n. præced.*

24 Amplia prædictam resolutionem, ut præscriptio viæ executivæ interrumpatur etiam per citationem realem, id est capturam rei debitoris legitimè factam. Nam citatio realis potentior est, & efficacior verbali, ut dixi *supra tit. 1. disp. 2.q.7. sect. 3. ex n. 881. & 884.* Hanc ampliationem tradit Jason in d.l. ex hoc edicto 3. n.6. in fin. ff. de eo, per quem fact. erit, reprobato Baldio contrarium asserente, & Jasonem sequitur Balbus *ubi supra*, 3.p. 6. *principalis*, q. 4. n.29. Castillo in l.63. Tauri, verb. *Diez años*, col. 6. vers. Secundo.

25 An verò per alium actum contra citationem interrumpatur præscriptio viæ executivæ, controversum est. Nam quidam existimant, per solam petitionem executionis, & productionem instrumenti guarentigii coram Judice interrumpi viam executivam. Imò verò addunt, hanc petitio nem, & productionem haberi loco litis contestationis, seu esse fictam litis contestationem, quæ operatur interruptionem præscriptionis viæ executivæ. Hujus sententiae auctor videtur fuisse Bart. in l. si quis stipulatus 57.n.4. ff. de solut. quem ibi uno verbo sequutus est Baldus n. 1. Gomezius de Leon in sua Centuria, responso 82. Cifuentes in l.63. Tauri, versic. Quintò dubitatur, Azevedus in l.6. n.39. tit. 15. libr. 4. Recop. Bobadilla lib. 2. Polit. cap. 12. n.28. Valdès ad Roder. Suar. in l. post rem, ff. de re judic. notabili 2. §. considera ultimò, ad n. 3. Villadiego in Polit. cap. 2. n.40. Tapia ad Constat. Duram, & diram, n.23. lib. 4. Jur. Neapol. Rubr. 19.

26 Contraria tamen sententia, quinimò non interrumpi præscriptionem viæ executivæ ex sola productione instrumenti executivi coram Judice, & petitione executionis, nisi accedat citatio, & prædictam petitionem executionis producto etiam instrumento, nullo modo habere vim litis contestationis in via executiva, aut esse fictam contestationem, est verior. Quam ample-

ctuntur Gaspar Roder. de annuis redit. lib. 2. q. 9. n.70. Valenzuela conf. 21. ex n. 2. Et probatur primò. Quoniam universim ad interrumpendam præscriptionem non sufficit sola libelli oblatio, nisi subsequatur citatio, l. sicut, §. quæ ergo, vers. Nec sufficiat, & ibi notat Petrus Barbosa n. 233. qui plurimos allegat, & n. 241. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Felin. in d. cap. illud 8.n.11. de præscript. Balb. ubi supra d. 3.p. 6. q. 4. n. 24. Guido Pap. decis. 416.n.3. & decis. 488. Joann. Annibal in repet. l. naturaliter, ex n. 319. ff. de usucaption. Gayl. observat. prætic. lib. 1. observ. 74. n. 20. Minsynger. observat. centur. 4. observat. 26. n. 4. Sed productio instrumenti guarenigii coram Judice, & petitio executionis solum est libelli oblatio, ut ex ipsis terminis constat. Ergo hæc non sufficit ad interrumpendam præscriptionem.

27 Secundò, quoniam per litis contestationem perpetuantur actiones, & earum vita extenditur usque ad quadraginta annos, ut dixi *supra n. 21.* & docent communiter Doctores. Sed per productionem instrumenti non perpetuatur via executiva usque ad quadraginta annos, nullus enim unquam id somniavit, neque ipsi Authores, cum quibus disputamus. Ergo productio instrumenti, & petitio executionis non est ficta litis contestatio in judicio executivo.

28 Tertiò, quoniam in causis sumariis, & ipsa via executiva lis contestatur, cùm producuntur opositiones rei adversus executionem, & reus se executioni opponit, ei contradicens, ut docuit Afflict. in Constat. has lege, n.7. cum seqq. libr. 1. Rubr. 39. clarius Foller. de censib. gloss. quæ quidem executio, n. 36. Milanensis decis. 20. n.24. & n.30. Cartarius decis. 63. n. 8. Giurba decis. 10.n. 5. Valenzuela d. consil. 21. ex n. 6. qui multos allegat, & universim de causis summa riis dixi sequutus plurimos *supra tit. 2. disp. 4. n.8.* habere vim litis contestationis primum illum actum, qui solet fieri, dum Judget incipit cognoscere de meritis causæ, qui operatur effectum litis contestationis quoad omnia, ut agnovit etiam Balbus d. 3.p. 6. *principal.* q. 4. n. 32. vers. Ex quo in fe-

## TITULUS III.

*fero.* Sed productio instrumenti, & petitio executionis præcedit oppositionem rei, & actum, quo Judex incipit cognoscere de meritis causæ. Ergo non est facta litis contestatio, neque habetur loco contestationis. Alioqui in omni causa executiva erit duplex litis contestatio, altera cum sit productio instrumenti, altera cum reus se opponit executioni, quod est absurdum.

29 Neque Doctoribus contrariam sententiam afferentibus suffragatur authoritas Bartoli, quam habent pro unico fundamento, quam tamen inconsideratè sequuntur. Etsi quando recte cadit, appositi simè nunc cadit quod dici solet (ut ego memini supra tit. 1. disput. 3. n. 20. circa finem) solletere Doctores tanquam aves volantes sine ratione ad anteriorum volatum moveri, ut generaliter de omnibus hominibus notat Seneca lib. de vita beata, cap. 1. Excidit quidem unum verbum Bartolo, ex quo sunt seducti, verum subito se correxit, & qui illum sequuti sunt, correctionis adhibitæ rationem non habuerunt in illa, l. si quis stipulatus 57. n. 4. ff. de solutione. ejus verba sunt: *Et per hanc solutionem dico, quod in instrumentis confessionatis, & continentibus garantigiam, quæ habent executionem paratam sicut sententia, si ibi unum venit in obligatione, aliud in solutione, durat facultas solvendi donec petatur executio illius instrumenti; vel magis propriè, donec fiat litis contestatio, vel quasi contestatio super illa executione.* Hæc Bartolus. Ubi neque ullum verbum de interruptione præscriptionis, sed solum de facultate solvendi in illo casu, in quo insinuavit durare usque ad productionem instrumenti garantigii, sed illicò corrigens se affirmavit, durare usque ad contestationem executionis, planè agnoscens discri-  
men inter productionem instrumenti garantigii, & contestationem super executione, quod magis facit contra, quam pro contraria sententia. Quare non recte notavit Baldus ibi, sensisse Bartolum, productionem instrumenti garantigii habere vim litis contestationis, contrarium enim magis colligitur ex verbis Bartoli.

30 Verum est tamen, istam resolutio-

## DISPUT. IV.

nem quod productio instrumenti, & petitio executionis non sufficiat ad interrum- pendam præscriptionem viæ executivæ, posse limitari eo casu, quo productio instrumenti fieret in judicio contra reum præsentem, tunc enim non secus fieret interrupcio præscriptionis, quam fit per citationem. Quia tantum operatur præsentia partis in judicio, quantum citatio, l. etiam 29. §. Si hereditate, ff. de minoribus, ubi præsentia litigatoris, & evocatio Judicis, seu citatio æquiparantur. Docet Baldus in l. 1. n. 2. ff. de in jus vocand. ex cuius doctrina hanc limitationem tradit Jason in d. l. 1. n. 2. & in l. ex hoc edito 3. n. 5. ff. de eo per quem fact. erit, Felinus in d. cap. illud, n. 8. de præscript. Baldus d. 3. p. 6. principal. quæst. 4. n. 9. vers. Amplia 1. & Gaspar Roderic. de annuis reddit lib. 2. quæst. 9. n. 70.

31 Ex quibus infertur. Primò, præscriptionem viæ executivæ non interrumpi, nisi interveniat citatio rei ad executionem incipiendam, aut perficiendam, aut quasi citatio. Alios casus quibus interrumpitur, vide apud Castillo in l. 63. Tauri, verbo, Diez años, col. 6. ex vers. Quaro di-  
ctum est.

32 Secundò, item viam ipsam executivam perpetuari per actum illum, qui in via executiva habet vim litis contestationis videlicet oppositionis rei contra executionem, & oppugnationis illius per propositionem suarum exceptionum, aut per contumaciam ejus, quæ habetur loco litis contestationis, ut superius adnotavimus, n. 22. in fin. & notat Baldus de præscript. 4. p. 6. princip. n. 2. in fin. & Castillo in l. 63. Tauri, verb. Diez años, col. 6. vers. Tertiò inter-  
ruptitur. Perpetuatur autem via executiva per actum istum usque ad quadraginta annos more omnium actionum juxta textum in l. ultima, C. de præscript. 30. vel 40. annor. & ibi tradita à Doctoribus, & novissimè à Petro Barbosa ex n. 1. docuit Baldus d. 4. p. 6. princip. ex n. 1. Rodericus Suarez in l. post rem, notabili 2. §. Considera ultimo, n. 3. & 4. ff. de re jud. Covarruv. in relect. cap. possessio, de regul. jur. in 6. 2. p. §. 12. n. 6. & in specie loquens de via executiva Par-

Iadorius lib. 1. rerum quotidian. cap. 1. §. 13.  
n. 19. Volaño in Curia Philippica, 2. p. §. 1.  
n. 12. 13. & 14. Villadiego in Politica, cap.  
2. n. 40.

## SUMMA DISPUTATIONIS V.

- 1 **P**ro obligatione virtuali, & tacita non posse mandari executioni instrumenta, qui senserint.  
*Exempla obligationis virtualis, & tacitae ibi.*
- 2 **S**ententia est stricti juris.
- 3 **S**tatutum de exequendis instrumentis est contra jus.
- 4 **S**tatutum loquens de instrumento debet intelligi de eo, quod immediate provenit ex instrumento.
- 5 **I**nstrumenta, & sententiae executioni mandantur quoad ea, quae tacite continent, non solum pro expressis.
- 6 **D**iscursus per exempla, & comprobatio, & n. 7. 8. & 9.
- 10 **P**aria sunt aliquid esse expressum, & esse implicitè, & virtualiter contentum.
- 11 **S**ententiae verba includunt sensum implicitum.
- 12 **S**tatuta tribuentia vim executivam instrumentis censemur concedere quoad implicitè contenta, & connexa cum expressis.
- 13 **E**a, quae instrumentū continent implicitè, & virtualiter, proveniunt ex ipso instrumento.
- 14 **T**estamentum solemne habet executionem paratam, ut hæres mittatur in possessionem bonorum defuncti, non solum ratione substitutionis, aut institutionis expressæ, sed etiam tacitæ contentæ in expressa.
- 15 **H**æres, qui vocatur ad hæreditatem ex tacita substitutionis dicitur scriptus in testamento,  
*Scriptum dicitur quod ex scriptura percipitur, & posse legi, quod ex vi verborum expressè scriptorum intelligitur sine extrinseca suppletione, ibi.*
- 16 **E**x ostensione testamenti constat notoriè, quem esse tacitè substitutum.
- 17 **T**estamentum non habet paratam executionem quod ad substitutiones extensas.
- 18 **C**onditionum duo sunt genera, aliae sunt  
*Tom. II.*

necessariae, aliae voluntariae, & earum discri-  
men quo ad extensionem dispositionum  
sub ipsis factarum.

- 19 **E**x verisimili & conjecturata mente disponen-  
tis extenditur substitutio de uno casu  
ad alterum facta sub conditione, sive ne-  
cessaria, sive voluntaria.  
*Similes casus qui dicantur, ibi.*
- 20 **R**atione substitutionis extensa testamentum  
non habet paratam executionem, & ratio,  
ibi n. 21.
- 22 **I**n majoratibus Hispaniae ex l. 45. Tauri,  
testamentum habet paratam executionem  
ratione substitutionis extensa, & discrimen  
inter illam, & l. ult. C. de edict. D. Adr.  
toll.

## DISPUTATIO V.

Utrum sententiae, & instrumenta habeant  
executionem paratam, non solum quoad  
expressa, sed etiam quoad obligatio-  
nem tacitam in ejus virtualiter  
contentam?

- 1 **P**rima sententia negat, sententias,  
aut instrumenta habentia para-  
tam executionem ex statuto posse execu-  
tioni mandari pro obligatione virtuali, & ta-  
cita in ipsis contenta, & ex ipsis resultante,  
sed solum ait, habere paratam execu-  
tionem pro expressè contentis, aut promis-  
sis, & pro expressa obligatione. Hanc am-  
pleteuntur Bald. in l. juris gentium 7. §. quod  
ferè, ff. de pact. & in l. ab Anastasio 23. n. 4.  
C. mandati, Alex. Jas. Decius, & Oroscius,  
Butrius in cap. translato 3. num. 8. Imola, &  
idem Decius ibidem, quos cum plurimis re-  
tuli supra eodem tit. disp. 3. n. 34. Quibus ad-  
do Cancer. variar. resol. 2. p. cap. 3. n. 87. &  
88. Adducamus exempla, quo res planior  
fiat. Primò, demus, sententiam declarare,  
Sempronium creditorem Titii, vel Titium  
debitorem Sempronii, sed non condemna-  
re Titium ad solvendum Sempronio: non  
poterit executioni mandari contra Titium,  
ut solvat Sempronio. Secundò, ponamus  
maritum facere instrumentum dotale, quo  
confiteatur, vel constet re ipsa, ipsum rece-  
pist-

pisse dotem, sed non obligasse se ad dotem restituendam: non poterit hoc instrumentum executioni mandari contra maritum, ut dotem restituat, quia hoc non est expressum in instrumento. Tertiò, similiter, si quis facit instrumentum, quod dicit, se recipere mutuam certam pecuniae quantitatem, & ulterius non progradientur, obligans se ad restituendum mutuum, non poterit exequationi mandari, quò mutuum restituat. Quartum tandem exemplum, si se obligat quis ad factum, & non progreditur ulterius, ut se obliget in casu non faciendi ad interesse, non poterit hoc instrumentum executioni mandari quoad interesse, de quo ultimo exemplo egi *supra hoc tit. d. disp. 3. ex n. 34.*

2 Probatur hæc sententia. Primò, quoniam quod attinet ad sententiam, illa est stricti juris, & ejus verba strictè sunt capienda, & ubi cesant ejus verba, cessat ejus dispositio, l. dies cautioni 4. §. toties, ff. de damno infest. & non comprehendunt ea, de quibus non fuit expressè actum; omissum enim in sententia habetur pro omisso, l. Di vi 27. §. rectè, ff. de liber. causa, l. si à te 9. in princ. ff. de except. rei jud. l. i. C. si plures una sent. Bart. in l. Julianus 60. n. 5. ff. de condic. indeb. & in l. si expressim 19. n. 2. vers. Quandoque sententia prima, ff. de appell. Decius in l. i. n. 50. ff. de officio ejus, cui mandat. Roland. à Valle conf. 79. ex n. 10. vol. 3. Cravet. conf. 188. n. 6. Menoch. conf. 110. ex n. 13. lib. 2. Surd. conf. 189. ex n. 37. lib. 2. Cacheran. decis. 64. n. 1. & 2. & post longam plurimorum allegationem tradidit Thusc. litt. S. concl. 126. ex n. 57. ad 63. Ergò sententia non potest executio ni mandari pro non expresso.

3 Secundò, quoniam statutum de exequendis instrumentis est contra jus, l. minor annis 25. cui fideicommissum 40. ff. de mino rib. Ergo debet strictè intelligi, l. quod vero 14. ff. de legib. Notat Bart. & DD. in l. 3. §. hæc verba, el 2. ff. de negot. gest. Et consequenter cum statutum instrumento tribuat vim executivam, videtur loqui quantum ad id, de quo factum est instrumentum inter partes, & quoad solam partium conventionem. Ac per consequens cum inter

partes non sit conventum ultra expressa, ut in obligatione facti si nihil fuerit actum de interesse, non competit vis executiva pro interesse, quia illud provenit ex dispositio ne legis, non ex conventione partium, ut egregiè notat Bart. in l. cum stipulatus sim, 113. n. 4. ff. de verbor. oblig. Decius in l. cum quid, in l. lectura, n. 4. & in 2. lectura, n. 5. ff. si cert. petat.

4 Tertiò, quoniam statutum dum loquitur de instrumento, debet intelligi de eo quod immediatè provenit ex instrumento. Sed ea, quæ instrumento non exprimuntur, verbi gratia, interesse, non debentur immediatè ex instrumento, quia de illis non est factum instrumentum. Ergo quoad illa non videtur statutum habere locum.

5 Secunda sententia verior, & à nobis amplectenda asserit, tām sententia, quam instrumenta posse executioni mandari, non solum pro expressis, sed etiam pro tacitis virtualiter contentis, & resultantibus ex sententia, aut instrumentis. Quare, ut discurramus per exempla proposita, in primo, sententia, quæ declarat Sempronium creditorem Titii in quantitate certa, vel Titium debitorem Sempronii, etiamsi nihil aliud addat, potest simili modo executioni mandari contra Titium, ac si illum condemnasset ad solvendam prædictam certam quantitatatem Sempronio. In secundo exemplo, instrumentum dotale, quo constat, maritum recepisse dotem, etiamsi se non obliget ulterius ad eam restituendam, potest contra ipsum mandari executioni pro restituione dotis. In tertio exemplo, instrumentum mutui, quo quis confitetur, se recepisse pecuniam mutuam, etiamsi non obliget se expressè ad restitucionem, potest executioni mandari contra mutuarium, non secus ac si se obligasset ad restituendum. In quarto exemplo obligatio ad factum potest executioni mandari pro interesse, ut latius probavimus *supra hoc titul. disput. ex n. 35.*

6 Hanc sententiam, quod attinet ad primum exemplum, seu executionem sententiae, probat textus in l. si cum tibi 4. C. de

de judiciis, quem ibi commendat Bart. & dicit, nescire se alibi ita clarè disponi. Item textus in l. Pomponius 40. §. sed & is, qui in fin. ff. de procurat. ibi: Nam cùm judicatur, rem meam esse, simul judicatur illius non esse, textus in l. si inter me, & te 15. ff. de except. rei jud. ibi: Quia eo ipso, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videatur, tuam non esse, textus in l. si quis rem 24. ff. eodem tit. ubi possessor rei petente domino absolutus, si à possessione cadat, & ad dominium revertatur, juvat se ad obtinendum in hoc secundo judicio exceptione judicari resultante ex absolutione prima. Tandem text. in l. 1. §. sed non utique, vers. Si autem pronuntiaverit, ibi: Si autem pronuntiaverit, calumniatus es, condemnavit eum, & quamvis nihil de pœna subjicerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur, ff. ad S. C. Turpilian. Sequuntur Angelus conf. 257. n. 6. circa medium, vers. Supereft autem vide re, Craveta conf. 79. n. 4. Afflict. decis. 157. Surdus decis. 212. n. 12. & 13. Magonius decis. Florentina 3. ex n. 19. Cacheranus decis. 64. n. 3. & seqq. Rovitus decis. 60. Hippolytus de Marsiliis in Rubrica de fidejussorib. q. 25. n. 219. Afinius in praxi judicior. §. 31. cap. 2. ampliat. 2. Avilès in cap. 1. Prætorum, verb. Mandado, n. 17. Thuscus litter. E. concl. 491. n. 13. & litt. S. conclus. 128. & concl. 129. n. 16. Gratianus discept. forens. tom. 3. cap. 445. n. 20. & tom. 5. cap. 833. ex n. 28. Azevedus in l. 22. n. 9. tit. 6. libr. 3. Recop. Barbosa in l. si Prætor 75. in princip. n. 1. post textum, & Bart. ibi, ff. de judic.

7 Loquentes de secundo exemplo Baldus in l. ad probationem 21. n. 3. C. de probationibus, ubi dicit, se sic consuluisse, & fuisse primum consilium, quod dederit, & in l. 1. §. & ut plenius, n. 6. per textum ibi, C. de rei uxori. action. Imola in l. 1. n. 6. ff. de iis, quæ in testam. delentur, Andræas Barbatia in repetit. l. cùm accutissimi, n. 176. C. de fideicommiss. Canarius de execut. instrum. q. 29. n. 64. Baldus Novellus de dote, p. 6. privileg. 2. n. 10. Rodericus Suarez in l. post rem in declarat. legis Regni, §. secundò extende, n. 1. & 2. ff. de re judic. Anton. Gomez in l. 64. Tauri in 6. Menochio de adipiscend.

Tom. II.

possess. remed. 4. n. 125. Azevedus in l. 1. n. 11. tit. 21. lib. 4. Recop. & n. 10. præced. loquitur generaliter de omnibus tacitè inclusis, & virtualiter contentis in contractibus. Paz, etiam generaliter loquens, & idem exemplum commemorans, in prax. 1. tom. 4. cap. 1. n. 13. & 14. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 11. ampliat. 4. n. 20. loquens in specie de hoc exemplo, & generaliter de omnibus in tota illa ampliat. ex n. 18. & quod ad hoc exemplum attinet, probatur ex textu in l. si duo patroni 13. §. Marcellus de jurejurando.

8 De tertio exemplo Roderic. Suarez in d. §. secundò extende, n. 3. vers. Certè aliquam differentiam, Rodriguez de concursu, & privileg. creditorum 1. p. art. 6. n. 43. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. col. 1078. vers. Utrum autem contractus, facit Baldus in l. contractus 17. n. 19. C. de fide instrument.

9 Et loquentes de quarto exemplo Bart. Baldus, Romanus, Alex. Felinus, & quamplurimi alii, quos retuli, & sequutus sum supra hoc tit. disput. 3. n. 35. Universimque instrumenta posse executioni mandari, etiam quoad tacitam, & virtualem obligationem in eis implicitè contentam, senserunt Imola in l. 1. n. 6. ff. de iis, quæ in testam. delent. Franciscus Aret. in l. si in testamento 5. ff. de vulgar. & pupil. subst. Sapia in l. ultima, & n. 54. C. de edicto D. Adrian. tollend. Barzius tractat. de guarentigia, 1. p. q. 9. post medium, & q. 10. & 11. Surdus decis. 254. n. 39. Magonius decis. Florentina 3. n. 20. Pacianus de probationib. qui latè tractat lib. 1. cap. 26. ex n. 65. Ruginellus practicar. quæst. cap. 20. qui examinat specificè, Colerus de process. execut. p. 2. cap. 3. ex n. 487. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 3. ex n. 46. & 47. & cap. 115. ex n. 27. & tom. 2. cap. 323. n. 9. & 11. & Hævia Volaño in Curia Philippica 2. p. §. 7. n. 4. Villadiego in Politica cap. 2. n. 17. Franch. decis. 325. Gallesius de obligatione camerali, q. 31. n. 12. & 13. & ad eum Zachias n. 16. & 17. Cevallos in speculo practic. q. 246. Parlad. rerum quotid. libr. 2. cap. fin. 1. p. §. 11. 4. ampliatione ex n. 18.

T 2

Ra-

10 Ratio est, quoniam paria sunt aliquid esse expressum, & explicitum, vel esse tacitè, & virtualiter contentum, implicitum, & subintellectum in expresso, nam id etiam habetur pro expresso, & explicito,  
*l. jam hoc jure 4. ff. de vulgar. & pupil. subst.*  
*l. cum quid 3. ff. si cert. petat. Decius conf. 15.n.6. & conf. 68. n.3. Craveta conf. 149. n. 11. Cephalus conf. 152. n. 76. lib. 2. Ti- traquellus ad leges connuviales, l. 16. gloss. 7. n. 179. Roder. Suar. ubi supra, item Parla- dor. d.n. 18. & 19. Giurba decis. 45. ex n. 2. Ergo tam sententia, quam instrumentum habent paratam executionem pro contentis implicitè, & virtualiter, quemadmo- dum pro expressis.*

11 Ad argumenta adducta pro prima sententia respondeatur. Ad primum, verisimilium esse, sententiam esse stricti juris, & cessare effectum ejus, ubi cessant verba, ve- rūm nihilominus sententiæ verba compre- hendunt, & includunt sensum implicitum, qui venit in necessariam consequentiam ex pressorum, & quoad hunc sententia habet quoque suum effectum, quantumvis sit stri- cta, ut adnotarunt Doctores relati à nobis *supra n.6.* & probant allegati textus.

12 Ad secundum statuta simpliciter tribuentia instrumentis vim executivam, quamvis strictè intelligenda, censentur eisdem vim executivam concedere, quoad ea etiam, quæ virtualiter, & implicitè conti- nent, & sunt connexa cum expressis; nam ista etiam videntur expressa, & explicita. Præterquamquod cum contrahentes con- trahunt, & conveniunt inter se, viduen- se conformare cum dispositione legis, *l. si duo 38. ff. de acquirenda heredit.* *l. heredes mei 57. §. cum ita, & ibi Ripa n. 75. ff. ad Trebell.* Menoch. *lib. 4. prescription. 202. Pe- laez de majorat.* *2. p. in initio, n. 170. cum seqq. Barbosa in l. si cum dotem 22. in princ. n. 50. circa medium, ff. soluto matrim.* Thus- cus *litt. A. concl. 151. Surdus conf. 42. n. 6.* Ac per consequens circa ea, quæ tacitè, & virtualiter resultant ex contractu, juxta le- gis dispositionem, intervenit utriusque con- sensus, & de illo censentur contrahere, & facere instrumentum executivum, quod

possit executioni mandari pro omnibus in eo quomodolibet contentis.

13 Ad tertium dicendum est, ea, quæ instrumentum continet implicitè, & virtua- liter provenire ex ipso instrumento imme- diatè, quia ea censentur comprehendendi in conventione partium contenta in instru- mento, & esse expressa in ipso instrumen- to conventionis. Quare statutum tribuens instrumento vim executivam, in iis omni- bus locum habet, ut rectè notavit Canar. *de execut. instrumentor. q. 29. n. 64. versicul.* *Tu autem dicas, & n. 65.*

14 Ex prædictis infertur, testamentum solempne, non rasum, non cancellatum, & quod in sui figura appareat, sine ullo vitiø visibili, habere executionem paratam, ut heres immitatur in possessionem bonorum, quæ defunctus tempore mortis habuit. *jux- ta textum in l. edicto, ultima, C. de edicto D. Adrian. tollend.* & quæ ibi tradunt Baldus *n. 13. Alex. n. 3. Jaf. n. 6. Decius n. 16. ver- sic. 6. notat Sapia n. 16. Zucardus n. 103. & 135. Canarius de execut. instrumentor. q. 29. n. 65. Guillielmus Benedictus in cap. Rai- nuncius, verb. Si absque liberis moreretur 2. n. 191. de testament. Roder. Suarez in l. post rem judicatam, ff. de re judicat. notabili 4. seu §. adde quartum, Didacus de Segura in re- pet. l. si ex legati causa, ex n. 6. ff. de verbis. obligat. Antonius Gomez in l. 45. Tauri, n. 134. & 135. Spino in speculo testamentor. glossa 34. n. 35. Menoch. de adipiscend. pos- sess. remed. 4. ex n. 693. Achiles Personali- lis de adipiscend. possess. remed. n. 58. Parla- dor. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1.p. §. 9. ex n. 1. Villadiego in Polit. cap. 2. n. 18. Col- ler. de process. executiv. p. 3. cap. 1. n. 27. & cap. 2. n. 30. cum seqq. Rodriguez tractat. de executione, cap. 1. art. 4. ex n. 14. Josephus Ludovicus decis. Perusin. 23. n. 6. & 24. De jure Castellæ l. 2. tit. 14. p. 6. ubi Gregor. ex gloss. 1. & 1. 3. tit. 13. lib. 4. Recop. & ibi Azeved. ex n. 1. Habere inquam, paratam executionem quoad prædictam immis- sionem, non solum ratione institutionis, aut substitutionis expressæ, sed etiam virtute substitutionis tacita. Verbi gratia, ratione substitutionis pupillaris tacitæ contentæ in vul-*

vulgari, vel vulgaris tacitæ contentæ in pupilli, juxta traditionem Doctorum per textum ibi, *in l. jam hoc jure 4.* ubi Bart. *ff. de vulgar. & pupill. subst.* Meminerunt Anton. Gomez *tom. I. variar. cap. 3. n. 10. cum seqq.* Franciscus Conanus *commentariorum juris civilis lib. 10. cap. 8. ex n. 11.* Zasius *in tract. substitutionum, cap. 1. vers. Sextus effetus est, & cap. 2. vers. Secundi membra investigatio.* Spino *in spec. testament. gloss. 22. ex n. 24. & gloss. 23. ex n. 19.* Intrigliolus *de substitut. cent. I. q. 12. cum seqq. & q. 37. & 39. cum seqq. & q. 84. cum seqq. & q. 92. cum seqq.* Mantica *de conjectur. ultim. volunt. toto lib. 5.* Fumæus *tractat. de substitution. n. 15. & 16.* Fusarius *tract. de substitution. q. 24. & 28. & passim reliqui agentes de substitutionibus.* Itaque non solum expressa institutio, aut substitutio scriptæ in testamento soleanni habent executionem paratam quoad predictam immisionem, sed etiam substitutiones tacitæ, & tacitè substitutus habet illud remedium ex predicta *l. editio*, ita sentiunt Bald. *in eadem l. editio, n. 45.* Jason *n. 12.* qui dicit se non invenire contradicentem, Decius *n. 27.* Sapia *n. 51. cum seqq.* Zucardus *ex n. 228.* qui rem latè disputat, & respondet argumentis in contrarium, C. *de edito D. Adrian. toll.* Franciscus Aret. *in l. si in testamento 5. circa finem, ff. de vulgar. & pupill. subst.* qui dicit, ita sentire communiter Doctores, Canarius *ubi supra.* Antonius Gomez *in l. 45. Tauri, n. 139.* Menoch. *de adipisc. possess. remedio 4. ex n. 214.* qui exactè examinat quæstionem, & tandem parti huic adhæret, Argelius *de acquir. possess. q. 7. art. 6. ex n. 164.* qui etiam argumenta contraria expendit, & dissolvit, Paz *de tenuta tract. I. cap. 29. ex n. 28.* Azevedus *in l. 3. n. 13. in fin. tit. 13. lib. 4. Recop.* tractat latè Tiraquellus, quamvis dubitare videatur *in tract. le mort. Saifit le viff. secunda part. declarat. 10.*

*I*5 Hæc autem conclusio comprobatur. Primò, quoniam beneficium, *l. ultim. C. de edito D. Adrian. tollend.* conceditur hæredi scripto. Hæres autem, qui vocatur ad hæreditatem ex tacita substitutione dicitur scriptus in testamento. Ergo etiam il-

li debet concedi prædictum beneficium Minor probatur, quoniam scriptum illud dicitur, quod ex scriptura percipitur, & illud dicitur posse legi, quod ex vi verborum expressè scriptorum apprehenditur, & intelligitur, sine extrinseca suppletione, *l. I. §. legi, & ibi glossa, verb. Si non extrinsecus, ff. de iis, quæ in testam. delent.* Egregiè enim ait Baldus *ubi supra*, scripturam sæpè numero plus significare, quàm loquatur.

*I*6 Secundò, quoniam ideo expressè substituto conceditur beneficium prædictæ legis ultim. quia per ostensionem testamenti resultat notorium, ut docet Bart. *ibi n. 9. & 10.* Ex ostensione autem testamenti constat notoriæ esse quem substitutum, etiam tacitè; quia ex hoc apparet substitutio vulgaris, apparet etiam sub illa inclusa, & contenta tacita pupillaris, cùm eam inclusionem operetur jus ipsum, sine alio exteriori additamento *ex d.l. jam hoc jure, ff. de vulgar. & pupill. subst.* & ibi dicitur expressum, quod tacitè inest ex natura expressi, ut pluribus prosequitur Tiraquellus *in leges connubiales, l. 16. gloss. 7. ex n. 176. & num. 179. & allegati supra n. 10.* Ergo huic tacitè substituto debet concedi beneficium illius legis, tanquam expressè vocato per testamentum, & de cuius vocatione per ipsum testamentum notoriè constat. Plures alias rationes adducunt Menoch. *ubi supra ex num. 217. & ibi ex n. 220.* dissolvit octo objectiones contra hanc sententiam, quæ verissima est, item Argel. *ubi supra*, pro qua militant, quæ hucusque dicta sunt in hac quæstione.

*I*7 Illud tamen circa illam est animadversione dignum, quamvis verissimum sit, testamentum habere paratam executionem quoad tacitas substitutiones, non tamen habere paratam executionem quoad substitutiones extensas. Ut verò explicetur hæc animadversio præsupponendum est, institutiones, & substitutiones interdum extendi de uno casu ad alterum ex conjecturata mente defuncti, ut docent Doctores *in l. Gallus, §. & quid si tantum, & in l. commodissimè, ff. de liberis, & posthum.* & *in l. I. ff. de vulgar. & pupill. subst.* ubi Ripa *ex n.*

89. Gulielmus Bened. in repet. cap. Rainuntius, verb. Si absque liberis, el 2. in tract. vulgaris substitutionis, ex n. 25. de testament. Covarr. in eod. cap. Rainuncius, §. 4. n. 5. Antonius Gomez tom. I. variar. cap. 3. num. 10. Gregorius in l. 2. tit. 5. p. 6. gloss. 5. Molina de primogenit. lib. I. cap. 4. n. 24. & 25. Menochius de præsumption. lib. 4. præsumpt. 26. & 65. Surdus decis. 37. 202. & 207.

18 In qua materia extensionis de uno casu ad alterum (ne id quoque prætermittamus) distinguunt Doctores duo conditionum genera. Primum earum, quæ sunt necessariæ, alterum earum, quæ sunt voluntariæ, & docent, substitutiones factas sub conditionibus necessariis posse extendi de uno casu ad alterum, factas verò sub conditionibus voluntariis non extendi, sed solum habere locum in casu, quo conditio impleatur in specifica forma, neque sufficere si impleatur per æquipollens, juxta textum in l. qui hæredi 44. & in l. Mævius 55. ff. de condit. & demonstrat. Hanc distinctionem, & doctrinam tradidit Petrus de Bellapertica, quem refert, & sequitur Bart. in d. §. & quid si tantum, n. 2. & 3. & in d. l. I. n. 29. ff. de vulgari, eam amplexi sunt communiter Doctores in d. §. & quid si tantum, Bald. n. 5. & 6. Angelus n. 4. & 5. Cumamus n. 6. Paulus n. 7. & 8. Alex. n. 5. Socinus n. 6. Jason n. 27. & 31. Sarmiento n. 9. & seqq. lib. 5. selectar. Ripa in d. l. I. ex n. 94. ff. de vulgari, Socinus ibid. n. 13. versic. Octavo limitat. & consil. 140. n. 9. vol. I. & consil. 77. n. 7. vol. 3. Ancharr. consil. 357. Angelus consil. 93. Alex. consil. I. n. 11. circa fin. lib. I. Decius consil. 227. n. 12. circa finem, Decianus respons. I. ex n. 6. vol. 2. Hondoned. consil. 60. n. 27. vol. I. Menoch. consil. 171. n. 19. lib. 2. & consil. 243. ex n. 23. lib. 3. Surd. dec. 37. ex n. 2. & dec. 202. n. 6. & decis. 207. n. 13. & 14. Simon de Prætis de interpret. ultimar. volunt. lib. I. interpret. 2. dubitat. 2. solut. 14. ex n. 22. & n. 30. usque ad fin. & lib. 3. interpret. 2. dubit. I. solut. 5. n. 12. Galganetus de condit. & demonstr. I. p. cap. 102. n. 2. Intrigliolus de substitutionib. cent. I. q. 17. ex n. 8. & ex n. 46. Fusarius de substitutionib. q. 460. cum duabus seqq.

19 Imò verò communis est etiam Doctorum sententia, universim, & sine ulla distinctione, sive conditio sit necessaria, sive voluntaria: ex verisimili mente, & conjecturata voluntate disponentis, extendi posse substitutiones ob identitatem rationis ex uno casu simili ad alium similem. Solent adnotare in d. l. Gallus 29. §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. & in d. l. I. ff. de vulgari. Animadvertisit Barthol. Socinus in d. §. & quid si tantum, n. 6. Decius consil. 227. n. 12. Alex. consil. 130. lib. 2. Hieron. Gabriel consil. 95. n. 3. & 4. lib. 1. Molina de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. ex n. 2. Decianus responso I. ex n. 85. & ex n. 100. & ex n. 114. & n. 141. Menochius consil. 339. ex n. 18. & consil. 432. n. 13. & 14. Josephus de Rusticis consil. I. n. 70. post tract. de liberis in condition. positis, Fusarius consil. 155. n. 16. vers. Quartò testatur, Peregrin. consil. 51. n. 17. lib. 5. & de fideicommiss. art. 11. n. 46. Castillo libr. 4. quotid. controversiar. cap. 15. n. 57. Thesaurus decis. 270. n. 31. Vivius decis. 513. n. 20. Surdus decis. 37. ex n. 17. & n. 31. & decis. 207. ex n. 9. & consil. 236. ex n. 25. lib. 2. & consil. 347. lib. 3. Augustin. Barbosa tractat. de clausulis usufrequentibus, clausula 182. n. 3. Similes verò casus vocantur illi, vel in quibus viget eadem vel major ratio, vel ex quibus oritur idem effectus, ut adnotarunt Bald. in d. §. & quid si tantum, n. 3. Imola n. 33. Jason n. 23. Angelus in l. qui liberis 8. n. 1. & ibidem Imola n. 2. ff. de vulgari, Menoch. de præumptionib. lib. 4. d. præsumpt. 65. n. 18. & consil. 432. num. 5. Decianus d. responso I. n. 114. & 115. lib. 1. Craveta consil. 183. n. 3. vol. I. Rolandus à Valle consil. 72. n. 40. vol. I. Ponte consil. 20. n. 13. & seqq. lib. I. Prætis de interpret. ultimar. volunt. libr. I. interpret. 2. dubit. 2. solut. 14. n. 13. Burgos de Paz in l. I. Tauri ex n. 74. Hojeda de incompatibilitate beneficior. I. p. cap. 23. n. 42. Cacheranus decis. 167. n. 9. Sarmiento lib. 5. selectar. in §. & quid si tantum, ex n. 6. Costa in eodem §. & quid si tantum, 2. p. ex n. 7. novissimè D. Petrus Jordanus Ursinus S. R. C. Præses Jurisconsultissimus, & multis aliis ingenii, humanitatis, & omnium

nium virtutum ornamentiis cumulatissimus,  
*in suo tractat. de success. feudor. p.2. q. 1.  
art. 1. n.6. & art. 3. n.9.*

20 Probatur autem prædicta communis sententia. Primò ex *text. in l. fideicomissa 11. §. si cui ita, ff. de legat. 3. l. mulier. 22. l. hæredes mei 57. §. cùm ita, ff. ad Trebell.* Item ex eo, quòd cùm in testamentis testatoris voluntas totum faciat, & tanquam lex servanda sit, & præcipuè spectanda, *d. l. fideicomissa, §. item si quis, l. quisquis 93. ff. de leg. 3. l. ex facto 35. §. rerum autem Italicarum, ff. de hæredibus instit. l. hæredi posthumo 130. ff. de leg. 1. l. in conditionibus 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. d. l. hæredes mei, §. cùm ita, ff. ad Trebell. l. cùm q. 23. in fin. C. de legat. Autb. de nuptiis in fin. in §. disponat, Costa in d. §. & quid si tantum, 5. p. ex n. 3. Prætis de interpret. ultim. volunt. lib. 5. interpret. 1. dubit. 1. ex n. 1. Surdus decis. 210. n. 13. Peregrin. de fideicommiss. art. 7. n. 21. & d. art. per totum, Pelaez de majoratib. 2. p. in initio ex n. 9. per multos sequentes, Galganetus de condit. & demonstrat. 2. p. cap. 1. q. 50. fit, ut cùm testator in dispositione respicit, & intendit aliquem effectum, censentur velle illud, ex quo sequitur idem effectus. Quia præsumitur ea voluisse disponere, de quibus si fuisset interrogatus, verisimiliter disposuisset, *l. Titius 25. §. Lucius, ff. de liberis, & posthum. gloss. celebris ultima, in fin. in l. tale pactum 41. §. finali, ff. de pactis, notat Tiraquellus in l. si unquam, in princ. n. 56. C. de revoc. donat. Anton. Gomez tom. 1. variar. cap. 3. n. 10. col. 2. versic. Confirmatur, Molina de primogen. lib. 1. cap. 13. n. 90. & lib. 4. cap. 5. n. 18. Pelaez de majoratib. 2. p. in initio, n. 136. Mantica de conjectur. ultim. volunt. lib. 3. tit. 19. ex n. 4. & lib. 6. tit. 14. n. 4. Peregr. de fideicommiss. d. art. 11. n. 32. Castillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 22. n. 66. & non curatur de modo, & medio, dum habeatur effectus, & finis intentus, *l. mulier 22. in princ. ff. ad Trebell. l. hæc stipulatio, §. Divus, ff. ut legat. nom. cave. l. cùm servus 104. ff. de verbis. obligat. Alex. in l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad leg. Falcidiā, Menchaca controversiar. illustrium, lib. 1. cap.***

27. n. 7. Everardus in locis legal. loco 101. ab equipollentibus, Sarmiento de redditibus Ecclesiast. p. 1. cap. 2. n. 16. Raudensis decis. Pisana 4. n. 26. Thusc. litt. E. concl. 5 1. Nam ubi adeſt voluntas testatoris ex verosimilibus, & legitimis conjecturis elicita, sufficit, quaslibet conditiones impleri per æquipollens, dum obtineatur finis, & effectus ille, quem testator præcipue respexit. Mantica de conjecturis, lib. 11. d. tit. 16. ex n. 4. Covarr. in practicis, cap. 39. ex n. 7. Ex quibus consequens est, ut ex mente defuncti conjecturata, possit in quocumque casu fieri extensio ad alium similem.

21 Quamvis itaque testamentum habeat paratam executionem (ut eo revertamus, unde digressi sumus) quoad immissionem in possessionem bonorum defuncti ratione substitutionis, tam expressæ, quam tacitæ, non habet paratam executionem ratione substitutionis extensæ ex verosimili testatoris mente, & conjecturata ejus voluntate, ut eleganter notarunt Zucardus in repet. d. l. edicto, ultima, n. 234. versic. Non obstat, & n. 235. versic. Ad quintum, C. de edicto D. Adrian. toll. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. n. 228. Pelaez de majoratib. 2. p. in initio, n. 66. Quæ adnotatio comprobatur ex doctrina Baldi in l. 2. ex n. 11. C. de patribus, qui fil. distraxer. qui ait, stante statuto generali, quòd statuta debeant servi ad litteram, tunc non posse fieri extensio, quoniam casus extensus non comprehenditur sub littera, neque legi potest, sed intellectu, & discursu percipitur, *l. 1. §. legi, ff. de iis, quæ in testam. delentur. Quam doctrinam sequuntur, & extollunt Alex. in l. 1. n. 35. ff. de vulgari, Barthol. Socinus ibidem, n. 38. idem Alex. in l. post editam 5. n. 4. C. de impub. & aliis subst. Jason in l. non dubium, n. 3. C. de legibus, Felinus in cap. translato 3. n. 5. de constit. Argelius in acquirend. possess. q. 7. art. 6. n. 160. Zucardus, & Menoch. ubi supra. Cùm igitur d. l. ultima, statuat, testamentum servari, & executioni mandari juxta sui figuram, seu litteram Judici ostensam, non poterit dari immissio vigore testamenti ex dispositione extensa, cùm hæc non oculis, sed intellectu*

Etū percipiatur. Confirmatur ex doctrina Felin. *ubi supra*, n. 3. & 5. quam commemoravi, & sequutus sum *supra hoc tit. disp. 3. n. 36.* qui ait, quamvis habeatur pro expresso in instrumento illud, quod continetur in eo virtualiter, ita ut mereatur executionem, tamen hoc fallere, seu locum non habere, quando quod elicitor virtualliter, non deducitur taliter, quod de necessitate inferatur, sed persuasivè, vel argumentativè. Consonat Pelaez *ubi supra* n. 69. At substitutio extensa non infertur necessariò ex scriptis in testamento, sed persuasivè, vel argumentativè. Nam materia extensionis de uno casu ad alterum est conjecturalis, & dubia, in qua nihil certum inveniri potest, ut animadvertisit Hieronymus Gabriel *consil. 14. in princip. & n. 1. vol. 1.* Quam propterea Doctores vocant materiam brocardicam, ut notat Farin. *in fragment. criminal. litt. E.n. 50.* brocardica autem dicitur, quæ dubia est, difficilis, & incerta, ut testatur Thusc. *litt. B. concl. 132.* & quæ est contrariarum opinionum rationibus involuta, juxta Calvinum *in lexico, verb. Brocardica*, in qua non solum multi varia dicunt, sed iidem saepius sibi ipsis contraria responderunt, ita ut non desint, qui illos credant, pro modo pecuniae sibi datae respondisse, ut eos carpit Petra de fideicomiss. q. 9. n. 2. Igitur mirum non est, si testamentum non possit executioni mandari quoad substitutionem extensam, quæ tam incerta est, & dubitationi subjecta. Atque hæc ego in casu occurrenti allegabam, & conformis fuit S.C. decisio.

22 Illud pro coronide adjiciendum est, hanc doctrinam limitandam esse in majoribus Hispaniæ, in quibus remedium possessorium ex l. 45. *Tauri*, simile remedio, *l. fin. C. de edito D. Adrian. toll.* datur non solum expressè, aut tacite substitutis, sed etiam illis, qui ex conjecturata mente instituentis majoratum vocantur, & succedere debent in majoratu, ac per consequens ex substitutione extensa. Idque propter verba *d.l. 45. Tauri*, tantisper dissimilia verbis *d.l. ultimæ*, ibi: *Que conforme à la disposicion del mayorazgo, deviere suceder en el.*

Quæ verba non requirunt litteram institutionis, neque figuram, ut requirit *d.l. ultim.* sed respiciunt mentem disponentis, etiam ex conjecturis elicitarunt. Ita adnotavit Molina de primog. *lib. 3. cap. 13. n. 43.* qui dicit, pluries se vidisse hanc sententiam in forensibus controversiis receptam, Covarr. *lib. 3. variar. cap. 5. n. 5. in fin. versic. Octavo hinc oritur*, Pelaez de majoratib. *2.p. in initio, n. 64.* Azeved. *in l. 8. n. 28. tit. 7. lib. 5. Recop.* Velazquez de Avendaño *in d. l. 45. Tauri, gloss. 8. n. 9.* Paz de tenuta tract. *1. cap. 29. ex n. 19.* Qui tamen confundere videtur substitutionem tacitam cum extensa, inter quas tametsi quoad remedium, *d.l. 45. Tauri*, nullum sit discriminem, versatur tamen maximum, quoad remedium ex *l. fin. C. de edito D. Adrian. toll.* ut superius animadvertisimus, Molina de justitia tract. *2. tom. 3. disp. 638. n. 2.* Atque est proculdubio verissima sententia, quidquid videatur dubitare Castill. *lib. 3. var. cap. 24. n. 93.*

## SUMMA DISPUTATIONIS VI.

- 1 *In instrumentis delegationum regulariter interveniunt tres personæ.*
- 2 *Liberantia, seu mandatum de solvendo authenticum habet paratam executionem adversus depositarium, vel debitorem ex instrumento publico.*  
*Depositarius convenitur executivè ad restituendum depositum, & quid in Regno Neapolitano, ibidem.*
- 3 *De jure Castellæ provisionis expeditæ adversus Thesaurarios, seu Receptores Regiorum reddituum paratam executionem habent.*
- 4 *Cum debitor non est obligatus executivè, mandatum etiam authenticum, non habet executionem paratam adversus ipsum.*
- 5 *Liberantæ expeditæ adversus Oeconomos ab administratoribus Universitatum habent executionem paratam adversus debitores executivè obligatos, secus si non sint executivè obligati.*
- 6 *An instrumenta mandatorum de solvendo in justa habeant paratam executionem adversus mandantes male expendi redditus Universitatis, vel Fisci.*

- 7 *Quæstio resolvitur sub distinctione.*  
*Clausula guarentigia quomodo interponatur, ibidem.*
- 8 *Controversia Hispanorum, an requiratur in scriptura, vel instrumento publico clausula guarentigia, ut habeat executionem paratam, & qui crediderint requiri.*
- 9 *Aliorum sententia negativa verior.*
- 10 *Ubi requiritur clausula guarentigia liberantia, non habet executionem paratam contra jubentem male expendi.*  
*Quænam sint expensæ utiles, in quas erogari debet pecunia publica, remissivè, ibid.*
- 11 *Ubi ex solo publico instrumento agitur executivè, videtur posse agi executivè contra mandantem malè expendi ex liberantia, vel mandato injustis.*
- 12 *Verius est, non posse agi executivè contra mandantes.*
- 13 *Condictio indebiti non datur adversus mandantem malè expendi pecuniam, sed adversus recipientem.*
- 14 *Ex instrumento non agitur executivè, nisi reus voluntariè se via executiva subiectat.*
- 15 *In mala administratione potest incurri major, vel minor culpa.*
- 16 *Essere bene, vel malè administratum resultat ex finali redditione rationis.*
- 17 *Ex instrumento liberationis potest constare mala administratio inchoata, sed non perfecta.*
- 18 *Explicatur textus in §. quod de frumentaria in l. 2. ff. de administratione rerum ad civit. pertinet.*  
*Sententia judicis restituere jubentis malè expensum habet executionem paratam, & ab ea non potest appellari, ibid.*
- 19 *De jure Castellæ quid observetur.*
- 20 *In Regno Neapolitano quid servetur in Tribunalí revisionis Scribæ rationis.*
- 21 *In litteris cambii regulariter interveniunt quatuor persona.*
- 22 *Litteræ cambii non habent paratam executionem contra mandatarium, nisi ab eo acceptentur.*
- 23 *Litteræ cambii recognitæ à scribente, & pro Tom. II.*
- testatae habent contra eum paratam execu-  
tionem.
- Forma protestationis quænam sit, remissivè,  
ibidem.
- Quid servari debeat in executione literarum cambii contra scribentem de jure Neapolitano.
- 24 *Scribens litteras cambii non liberatur per earum acceptationem, sed per salutationem earundem.*  
*Litteras cambii acceptans est veluti fidejus for scribentis, ibid.*
- 25 *Periculum decoctionis mandatarii acceptantis litteras cambii, cuius damno cedat, an dantis pecuniam, an scribentis? & qui senserint, cedere damno dantis pecuniam.*
- 26 *Cedere damno scribentis verior sententia.*
- 27 *Qui senserint, in casu moræ exigentis cedere quoque damno scribentis.*
- 28 *Data mora exigendi verius esse, cedere damnum decoctionis periculo exigentis.*
- 29 *Si dans litteras cambii sciebat, mandatarium decoctum, aut decoctioni proximum, ejas periculo cedit decoctio.*  
*Præsumitur dolus adversus eum, qui remisit litteras proximè decocturo, ibid.*
- 30 *Quando dicatur qui proximus decoctioni, celebris questio, & quid de ea diversi senserint, & n. 31. 32. & 33.*
- 34 *Quanto tempore ante decoctionem dicatur quis proximus decoctioni, est arbitarium Judicii.*  
*Quis puer fit proximus infantia, aut pubertati, est Judicii arbitrium, ibid.*
- 35 *Mandatarius acceptans litteras cambii ob supervenientem mandantis decoctionem, non potest detrectare solutionem earum.*
- 36 *Mandatarius non potest se excusare à solutione litterarū, quas acceptavit ex eo, quod mandans ante acceptationem detoxerit.*
- 37 *Contraria sententia, quod mandatarius in hoc casu habeat justam executionē, ne solvat. Mandatum censetur revocatum ex mutatione status, tam mandantis, quam mandatarii, ibid.*
- 38 *Justa, & probabilis ignorantia acceptantis litteras de decoctione scribentis afferit justam excusationem solutioni litterarum.*
- 39 *In Apocis Banchariis quid servetur.*

## DISPUTATIO VI.

Utrum instrumenta mandatorum de solvendo, quae vulgo vocamus, Libranças, seu liberantias, quibus, vel debitori, vel depositario, ærario, capserio, & similibus mandantur, ut solvant alicui certam pecuniam quantitatem, habeant paratam executionem?

**1** Sub hoc titulo multiplex involvitur difficultas, quæ casuum distinctione explicanda est. In primis autem est præsupponendum, in istis instrumentis delegationum, seu liberantiarum (ut dicamus significantius, & proprius) quæcumque sint, regulariter intervenire tres personas diversas, videlicet mandans solvi pecuniam, & mandatarius, cui jubetur, ut solvat, & recepturus pecuniam, seu is, cui pecunia solvenda est. Hæc autem quæstio examinanda est, tam circa mandatarium, quam circa mandantem.

**2** Igitur primus casus est, quando instrumenta ista mandatorum de solvendo, seu liberantiarum sunt publica, & authentica. Verbi gratia, cum Judex interveniente Actuario, seu Scriba expedit in processu mandatum, quo jubet, solvi pecuniam alicui creditori ex deposito facto à debitribus ejus, vel jubet debitori debitoris, ut solvat sui creditoris creditori, quod interdum facere potest, l. non intelligitur 3. §. multa, ff. de jure fisci, quamvis regulariter servetur contrarium, l. non adversus 15. C. si certum petatur, l. si in causa 2. l. si debitum 3. l. non prius 4. C. quando Fiscus, vel privatus, l. hi, qui 4. C. de convenient. Fisci debitor. lib. 10. Hoc casu dicendum est, istam liberantiam, seu mandatum habere paratam executionem adversus depositarium, seu debitorem ex instrumento publico. Non quidem virtute ipsius mandati, quod cum expediatur absque citatione depositarii, aut debitoris non poterit ex vi sua executioni mandari contra ipsos, l. i. cum omnibus seqq. C. comminationes, epistolas, programmata, & tradunt Doctores in l. nec qui-

quam 9. §. ubi decretum, ff. de offic. Proconsul. & leg. nos tetigimus supra, hoc titulo, disput. 1. n. 26. sed virtute obligationis depositarii, qua tenetur restituere depositum, quæ est executiva. Nam quicumque depositarius executivè potest conveniri ad restituendum depositum, argumento l. eum pro quo 17. ff. de in jus vocand. probat tex- tus expressus in l. si quis 11. in principio, C. depositi, tradunt Bart. ibi n. 3. Paulus n. 3. Angelus ibidem, n. 1. versic. Nota textum, ibi illico, Antonius Gomez tom. 2. variar. cap. 7. n. 2. Clarius Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, n. 62. ff. de verbor. obli- gati. Joannes Lupus in l. 63. Tauri n. 4. Matthesianus singul. 5. Roderic. Suarez in l. past rem judicatam, notabili 5. ff. de re judic. Scac- cia de judiciis causar. civit. & crimin. lib. 1. cap. 62. n. 11. Grassis de exceptionib. in præ- ludio ex n. 30. Campegius de dote, p. 5. q. 111. n. 4. Colerus de process. executiv. p. 3. cap. 1. ex n. 23. Asinius tractat. de execution. §. 1. cap. 4. ex n. 1. Mantica de tacitis, & am- biguis convent. lib. 10. tit. 10. ex n. 1. Paz in praxi, tom. 3. cap. 6. §. 6. n. 26. Meirer. de pignor. & hypothec. lib. 2. tit. 8. n. 11. Rodriguez tract. de concurs. & privil. creditor. 1. p. art. 6. n. 43. Dummodo tamen constet de de- posito ex instrumento publico, quod facit notorium, vel chirographo recognito, ut multi ex istis Doctoribus notant, & de ju- re Regni Neapolitani in deposito exceden- te libram auri statuitur in Constit. In causa depositi, ubi notat Afflictis n. 2. lib. 2. Rub. 23. meminit Franchis decis. 278. n. 4. Pas- chalis de patr. potest. 1. p. cap. 6. n. 44. Ve- rū Mantica ubi supra ex n. 28. non exigit scripturam, sed probationem quamcumque, quæ fidem faciat, probato enim qualitercumque deposito, ipsum depositum ex natura sua producit obligationem executi- vam, & ejus sententia videtur verisimilior attento jure communi. Idque planè voluit Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 4. p. §. 5. n. 12. dum statuit, executionem locum habere adversus tertium, qui rem habet à debitore deposito, vel commodato, quem sequitur idem Rodriguez de executione, cap. 4. n. 55. Atque item prædictis instrumen- tis

tis concedi debet executio virtute illius obligationis, qua debitor alioqui est adstrictus, ut solvat suo creditori. Quæ obligationes per mandatum Judicis jubentis, eam pecuniam solvi, videntur reduci ad actum, & contigisse casum solutionis debitæ, cuius dies venerit. Et in hac sententia sunt quicumque sentiunt executionem posse fieri in nominibus debitorum, seu adversus debitores debitorum ex quibus sunt præter Doctores ordinarios in l. à D. Pio 15. §. sic quoque per textum ibi, ff. de re judic. & quæ notavimus supra, hoc tit. disp. I. n. 7. & 8. Rebuffus in Constit. Reg. tom. I. tractat. de litteris obligatoriis, art. I. gloss. I. ex n. 3 I. & art. 6. gloss. 3. num. 63. & 64. & art. I I. gloss. unica, n. 22. Cassaneus in consuet. Burgund. Rub. 5. verb. Des rentes, §. 2. n. 1. Colerus de process. executivis, p. 2. cap. 3. n. 489.

3 Hinc oritur ratio decidendi in l. 14. tit. 7. lib. 9. Recop. ubi de jure Castellæ statuitur, liberantias expeditas in Consilio Regii Patrimonii à computatoribus majoribus adversus Thesaurarios, aut Receptores Regiorum redditum, habere contra illos executionem paratam notat Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1.p. §. 5. n. 19. Hævia Volaño in Curia Philippica 2. part. §. 10. n. 10. & §. 12. num. 6. Ea autem est, quoniam prædicti Thesaurarii, & Receptores, veluti depositarii, sunt executivæ obligati, ratione officii, restituere pecuniam Regiam, quæ est apud ipsos, juxta præcepta prædictorum Computatorum majorum, qui rem Dominicam administrant.

4 Limita hujus primi casus resolutio-  
nem, ut non procedat, quoties debitor, cui  
sit mandatum, ut solvat, non est obligatus  
executivæ ad solutionem, nam tunc man-  
datum de solvendo, seu liberantia, etiam-  
si sit instrumentum publicum, non habe-  
bit contra illum paratam executionem. Hec  
limitatio procedit ex prædictis. Nam hoc  
mandatum, neque ex vi ipsiusmet, neque  
virtute alterius præviæ obligationis, quam  
presupponimus, non esse executivam, potest  
executioni mandari. Quare contra manda-  
tarium, non poterit agi via executiva, sed  
agendum erit ordinaria. Hanc limitatio-

Tom. II.

nem poteris colligere ex textu in l. à D. Pio 15. §. sed utrum, ff. de re judic. ubi non proceditur via executiva, nisi contra no-  
men debitoris confessum. Et eam tradit Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re ju-  
dic. in declarat. legis Regni, q. 2. num. 1. ubi  
etiam sublimitat Parlad. d. lib. 2. cap. fin. 5.  
p. §. 3. ex n. 43. Colerus de process. executi-  
vis, 2.p. cap. 3. ex n. 489.

5 Secundus casus est, quando ista in-  
strumenta liberantiarum, seu mandatorum  
de solvendo sunt publica, & authentica,  
non tamen expediuntur à Judice, sed ab  
Administratoribus Universitatum, juxta  
usum Castellæ, à Decurionibus, seu Recto-  
ribus Civitatum, juxta usum Regni Neapo-  
litani à Sindico, & electis Universitatum,  
vel à Capitulo Canonicorum administra-  
tore piorum operum, vel tutore pupillo-  
rum, quibus instrumentis jubeant solvere  
Oeconomum, Thesaurarium, Ætarium,  
vel Capserium, aut quovis nomine vocetur,  
vel aliquem debitorem aliquam pecuniæ  
quantitatatem alicui certæ personæ. Quo ca-  
su similiter dicendum est, si hæc solutio  
mandatur fieri ex pecunia deposita, vel de-  
bita sub obligatione guarentigia, vel ex  
confessione debitoris, habere hæc instru-  
menta paratam executionem adversus eum,  
cui mandatur, ut solutionem faciat: si ve-  
rò ille, cui mandatur, ut solvat, non est ad-  
strictus obligatione guarentigia ad solutio-  
nem pecuniæ, adversus ipsum mandatum,  
seu liberantia, non habebit executionem  
paratam. Ratio est, quoniam hæc vis exe-  
cutiva oritur potius ex prævia obligatione  
guarentigia depositi, vel alterius contra-  
ctus, quam ex ipsis instrumentis manda-  
torum.

6 Verum major difficultas est, utrum  
quando ex ipso instrumento mandati de  
solvendo, vel liberantia authenticis, & pu-  
blicis constat esse injusta, & destinatam pe-  
cuniam in sumptus non necessarios, esse  
que male administratum, habeat istudmet  
instrumentum paratam executionem con-  
tra mandantem: ita ut Judex, apud quem  
redditur ratio administrationis, possit ex  
vi ipsius instrumenti mandati, ex quo no-

V 2

to-

toriè constat de mala administratione compellere executivè administratorem mandantem , vel mandantes , ad restituendum Universitati, Fisco, vel minori, aut pio loco , pecuniam sic liberatam.

7 Et existimo , distinguendum esse. Nam aut ex statuto , aut consuetudine loci , ubi facienda est executio , tribuitur vis executiva instrumento publico, etiamsi non habeat clausulam guarentigiam, aut in instrumento , ut habeat executionem paratam , requiritur clausula guarentigia. Est autem clausula guarentigia, juxta consuetudinem Hispaniæ, illa adhibita à notariis in instrumentis publicis: *Et possit hoc instrumentum executioni mandari à quovis judice, non secus ac si esset sententia transacta in rem judicatam*, ut adnotavit Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re judic. in declarat. legis Regni in princ. §. sequutus vestigia, n. 8. & Baldès ad eum locum, ad n. 10. Parlad. libr. 2. rerum quotid. cap. fin. 1.p. §. 11. n. 5. Paz in prax. tom. I. 4.p. cap. 1. n. 10. Rodriguez de execut. cap. 1. art. 4. n. 17. Hævia Volanño in Curia Philippica , 2.p. §. 7. n. 1. Quæ differt à clausula guarentigia Italica, ut notat Roder. Suarez ubi supra, Olanus in concordia antinomiarum, litt. I. ex n. 41. Azevedo in l. I. n. 53. & 54. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodriguez de execut. d. cap. 1. art. 4. n. 15. Nam hæc continet præceptum Judicis ad contractus, qui in omnibus instrumentis intervenire solet , quo jubet debitori confitenti debitum coram ipso, ut creditori solvat. Quod præceptum Judicis Cartularii habet vim sententiæ transactæ in rem judicatam, notat Rebuffus in Confit. Reg. tom. I. tract. de litteris obligatoriis , in prefationibus. n. 13. Graffis de exceptionibus in præludio, ex n. 11. & clariss., & melius omnibus Galterius in præct. instrumentaria , distinguit varios modos clausulæ guarentigia in 1.p. I. partis , ex n. 6. & in Regno Neapolitano dicit, clausulam guarentigiam contineri sub illa in omnibus instrumentis inventa, pro quibus omnibus observandis, &c. ibi n. 14. Tametsi ego nunquam viderim similem clausulam præcepti in instrumentis factis in hoc Regno Neapolitano , in

quibus tamen semper intervenit *Judex Cartularius* , seu ad contractus. Nisi dicatur sub clausulis cæteratis , quæ in prædictis instrumentis vulgariter apponuntur , subintelligi etiam hanc , ut notat Thuscus litter. C. concl. 302.n.4. Consonat Azeved. in l. I. n. 58. tit. 21. lib. 4. Rec. Quamvis ego id difficulter mihi persuadeam ex egregiè notatis ab Olano in prædicta concordia, litter. I. n. 37. & 38. ubi rejicit sententiam Didaci Perez, & quandam ejus concordiam inter contrarias quasdam Hispanorum Doctorum opiniones statim referendas, & doctrina Petri de Salazar de usu, & consuetudine , cap. 3. ex n. 3. quam approbat Cevallos in spec. pract. q. 690. ex n. 10. ideo existimo , credendum esse Galterio.

8 Est autem animadvertisendum, apud Doctores Hispanos non levem fuisse controvèsiam, an de jure Castellæ , ut instrumentum publicum possit executioni mandari, requiratur in eo clausula guarentigia, an verò etiamsi careat prædicta clausula, habeat executionem paratam. Nam multi credunt, confistere vim executivam instrumenti in prædicta clausula , qua si careat, executioni mandari non possit. E quibus est Rodericus Suarez ubi supra n. 10. & seqq. & ad eum locum , Valdès, Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, n. 71. & 78. ff. de verbis. obligat. Covarr. libr. 2. variar. cap. I. n. 3. versic. Illud sanè, Menesius in l. I. n. 21. ubi dicit, esse sententiam usu receptionem, C. de juris , & fact. ignorant. Gutierr. de juram. confirmator. 1.p. cap. 62. n. 6. Felicianus de censibus, lib. 3. cap. 1. n. 4. tom. I. Paz in prax. I. tom. 4.p. cap. 1. n. 10. Baeza de inope debitore, cap. 1. n. 31. Rodriguez de execution. cap. 1. art. 4. n. 19. Cevallos in speculo pract. q. 690. n. 5.

9 Alii verò contra sentiunt , instrumento cuivis publico, etiamsi illi non adjiciatur clausula guarentigia, concedendam esse illo jure vim executivam. Ex istis sunt Palacios Rubios in l. 63. Tauri n. 1. Castillo ibid. ad verb. Obligacion personal, Antonius Gomez in l. 64. Tauri, n. 4. Villalobos in antinomia apud Olanum litter. I. n. 31. & 32. & ibidem Olanus ex n. 33. Avendañus in

in l. 4. & 5. tit. de las excepciones, n. 22. circa finem, versic. Ex his quatuor, & in Dictionario, verb. Escritura, Salazar de usu, & consuet. cap. 3. n. 4. Gratianus regula 179. n. 10. Matienzus in l. 10. tit. 17. lib. 5. Recop. gloss. 9. Azevedus in l. 1. ex n. 53. ad 56. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 11. ex n. 5. Villadiego in Polit. cap. 2. n. 7. Hævia Bolaño in Curia Philippica, 2. p. §. 7. n. 1. quorum sententiam existimo veriorem, & frequentiori usu comprobatam. Fundamenta invenies apud prædictos, præsertim apud Valdenum, & Olanum, ne transcribendo aliorum scripta immoremur.

10 Igitur ad institutum nostrum redeentes incipiendo à secundo casu, cuius resolutio facilior est, si ex statuto in instrumento requiritur clausula guarentigia, ut possit executioni mandari liberantia, seu instrumentum mandati de solvendo, etiam si constet ex ipsius tenore esse injustum, & destinatum in expensam inutilem, seu damnosam Fisco, Universitati, Ecclesiae, vel pupillo, non potest executioni mandari contra mandantes, & in hoc nulla potest esse difficultas. Quænam autem sint expensæ utiles, in quas eroganda sit pecunia publica, tractat Avend. de exequend. mandatis, 2. part. cap. 10. Bobad. lib. 5. Politicæ, cap. 4. ex n. 6. Villadiego in Politic. cap. 5. §. 30. & 32. ex n. 59. Escobar de Ratiociniis, tom. 1. ex cap. 22. ad 27. Ex quorum dictis colligitur etiam, quænam expensæ sint inutiles, & injustæ. Ratio prædictæ resolutionis est, quoniam hoc instrumentum mandati, nunquam habet clausulam guarentigiam contra mandatarium, nedum contra mandantem, neque in eo solet inferri similis clausula: ergo non potest habere executionem paratam contra mandantem. Verum ex illo agi poterit contra mandantes via ordinaria, quamvis summaria, concessu termino, intra quem possint se defendere.

11 Difficilior est primi casus resolutio, quando ex statuto, vel consuetudine tribuitur vis executiva cuilibet instrumento publico, & authentico, etiam si non ha-

beat clausulam guarentigiam. Nam tunc istæ liberantia, seu mandata de solvendo publica, & authentica non justificata, videtur jure habitura paratam executionem contra mandantes. Cùm enim instrumenta (ut disputatione præcedenti, diximus) habeant executionem paratam, non solum pro expressis, sed etiam pro contentis tacite, & virtualiter, & ex instrumento resultet notorietas, non solum quoad expressa, sed etiam quoad tacita, videtur ex isto instrumento publico, & authentico mandati de solvenda pecunia pupilli, vel Universitatis in causam ipsis inutilem, & extra eorum obligationem, resultare notoriè mala administratio, ex qua administratores obligantur ex quasi contractu, §. tutores quoque, institut. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt. l. ex maleficiis 4. alia l. si quis 5. §. tutelæ, ff. de action. & obligat. l. 1. & per tot. ff. rem pupil. salvam for. l. quidquid 7. C. arbitrar. tutel. ac proinde resultat etiam in favorem minoris, vel Universitatis actio conditionis indebiti, §. item is institut. de obligat. quæ ex quasi contract. §. is quoque, institut. quibus mod. re contrahi obligatio. dict. l. si quis 5. §. is quoque ff. de action. & obligat. cuius vi possint recuperare pecuniam suam male expensam via executiva virtute prædicti instrumenti publici. Quid ita videatur sensisse solus, quem ego viderim, Bobad. lib. 5. Politic. cap. 4. n. 67. qui dicit, ita servari ex novis ordinationibus, quamvis ipso dariissimæ videantur, & n. 84. in fin. Et pro ista sententia adduci potest textus in l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de administrat. rer. ad civit. pertin. cuius verba sunt, quod de frumentaria ratione in aliud usum conversum est, sua causa cum incremento debito restituatur, idque, & si contra absentem pronuntiatum est, inanis querela est. Et in eo casu procedendum esse omisso omni juris ordine ad restitutionem, & executionem, sentit Escobar de Ratiociniis 1. part. cap. 31. n. 23. 24. & 25. qui multis probat & Peregrin. de jure fisci, lib. 6. tit. 7. n. 5.

12 Nihilominus ego censeo, hoc instrumentum publicum liberationis, seu liberamenti, vel mandati de solvendo non

justificata, non habere paratam exequutionem contra mandantes, aut liberantes. Idque probo, primò, quoniam instrumentum delegationis, seu liberamenti, & mandatum de solvendo per se solum, nisi ex eo sequatur solutio pecuniae liberatae, & erogatio ejus in causas inutiles, nullam producit actionem efficacem contra mandantes: tota enim ejus vis, ad hoc ut agi possit contra mandatores, consistit in effectuali solutione pecuniae, erogationeque ejus in causas inutiles. At ex ipso instrumento mandati, non constat ista effectualis solutio, & erogatio. Ergo ipsum instrumentum non potest executioni mandari contra mandatores.

13 Secundò, quoniam etiam si constaret ista solutio, & erogatio inutilis pecuniarum pupilli, aut Universitatis per instrumentum publicum solutionis, quod coniungeretur cum ipso mandato, etiam publico, ex quibus resultaret aperta probatio conditionis indebiti in favorem Universitatis, aut pupilli, qua possent agere ad recuperationem pecuniae sic inutiliter expensae, haec tamen condicō datur adversus recipientem pecuniam, non adversus mandantem, pecuniam solvi, §. is quoque, *inst. quib. mod. re contrahi obligatio*, §. item is, *inst. de obligat. quæ ex quasi contract. l. ex maleficiis 4. seu l. si quis absentis 5. §. is quoque ff. de action. & oblig. Larrea decis. 86. ex n. 1. p. 2.* Et solum videtur contra mandatores dari actio subsidiaria ex mandato in id, quod non possit exigī à recipiente, ad similitudinem actionis subsidiariæ, quæ conceditur pupillo in l. 1. in principio, & per totam, ff. de magistratibus convenien. & civitati, l. 1. 2. 3. & 4. C. quo quisque ordine conveni, lib. 11. Ergo via executiva, quæ futura erat qualitas hujus actionis, si competeret, non posset dari adversus mandatores, sed adversus eos, qui pecuniam pupilli, vel Universitatis receperunt.

14 Tertiò, quoniam tunc ex instrumento datur contra aliquem via executiva, cùm per contractum in eo contentum id actum est, ut quis se obliget voluntariè ad aliquid præstandum, & voluntariè se

via executivè subjiciat, ut patet aperte, si quis recurrat ad singula exempla. Sed ille, qui mandat malè expendi pecuniam pupilli, vel Universitatis, non id agit in instrumento mandati, seu liberamenti, ut se obliget ad restituendam pecuniam sic male expensam; ea enim obligatio magis videntur induci à lege puniente malam administrationem, quam proveniat à spontanea voluntate administratoris, ut dicebamus de obligatione poenali *supra tit. 2. disp. 1. n. 20.* Ergo ex instrumento mandati de solvendo non potest fieri executio contra mandantem.

15 Quartò, quoniam in mala administratione potest considerari major, vel minor culpa; aliquando enim erit negligētia, aliquando levis, levissima, vel lata culpa, aliquando dolus, ob quam diversitatem oriri possunt diversæ condemnationes, & non est uniformis poena, ut prosequitur Azevedus in l. 22. n. 12. tit. 6. lib. 3. *Recopilat.*

16 Quintò, quoniam esse benè, vel male administratum resultare debet ex finali redditione rationum administrationis, & calculatione ultima, in qua si administrator relinquatur, confirmato calculo per sententiam judicis, executioni mandatur contra reliquatum, appellatione non obstante, ut notat, & probat Castillo in l. 27. *Tauri, tract. de reddenda ratione in fin. Avenida. do exequend. mand. 2. part. cap. 10. n. 37.* Bobadilla lib. 5. *Politic. cap. 4. n. 84.* ubi in glossa marginali allegat cæteros, Parlador. lib. 2. *rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 6.* Escobar de Ratiociniis 1. tom. cap. 31. Ergo non debet concedi executio pro singulis partitis.

17 Neque obstant quæ pro contraria sententia expensa sunt *supra num. 11.* quoniam quamvis ex instrumento liberationis constet mala administratio inchoata, non constat ex illo mala administratio perfecta, quæ resultat ex solutione, & erogatione effectuali pecuniae pupilli, vel Universitatis in causam inutilem, & indebitam. Neque item constat gradus culpæ male administrationis, juxta quam ista mala ad-

ministratio esset punienda. Neque conditio indebiti, quæ comprobatur ex prædictis instrumentis directè tendit contra administratores, sed contra eum, qui pecuniam indebitam recepit, ut supra consideratum est, & probat *textus in l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur, lib. 11.*

18 Neque item obstat *textus in dict. l. 2. §. quod de frumentaria*, nam ille *textus*, ut plurimum probat, pecuniam Universitatis conversam in alium usum, exigendam esse breviter, & summarie, non tamen executivè: imò probat contrarium, videlicet non esse procedendum via executiva ex solis instrumentis, quibus constet convercio in alium usum, cùm requirat pronuntiationem, & sententiam, ut procedatur ad exactiōnem, ibi: *Idque & si contra absensem pronuntiatum est.* Ac per consequens non datur via executiva, in qua non requiritur sententia nova, ut fiat executio, *ut egregiè docuit Bart. in l. 1. n. 2. ff. judic. solvi.* Neque tamen negamus, sententiam *Judicis in eo casu malè expensum restituere* jubentis habere paratam executionem, & ab ea appellari non posse, ut appellatio habeat effectum suspensivum, ut sentit Escobar *relatus supra n. 11. in fin.* Illud est in illo *textu singulare*, ut contra absensem possit pronuntiari sententia, & executioni mandari, de quo vide Escobar *de Ratiociniis*, *dict. cap. 31. ex n. 22. Bobadill. dict. cap. 4. n. 83. Redin. de Majestat. Principis, verb. Sed etiam per legitimos tramites, n. 98. Belluga in Speculo Principum, rubric. 37. §. inhumanum, n. 2. Avend. de exequend. mandat. 1. part. cap. 9. n. 3. & 2. par. cap. 10. n. 36.*

19 De jure Castellæ in *l. 79. cap. 4. versic. X en quanto, tit. 4. lib. 3. Recopil. in Cod. additionum*, posteaquam lex statuerat, *in judicio redditionis rationum Universitatis pro reliquo liquido esse faciendam executionem* *appellatione non obstante*, *in qua parte legis agitur de rationibus redditis ab OEconomio, vel depositario, vel detentore pecuniae Universitatis, qui eam expendit, & tenetur reddere rationem, & de executione contra eum, quo-*

*vis nomine vocetur: subjungit, pro partitis rationum, quæ non excedunt quantitatem trium millium maravedinorum, quæ jubentur restitui, quia sint malè expensæ, posse fieri executionem decreti judicis, eas restituere jubentis, ut cum effectu solvantur, & restituantur, appellatione non obstante. Executionem, inquam, fieri posse contra mandantes, aut eam pecuniam, sine mandato exponentes, etenim si cum mandato expendantur, admitti debent pro exoneratione exponentis, verū debent notari ad onerationem mandantis. Ut cunque sit, executio ex solo instrumento liberationis, seu mandati de solvendo, & solutionis, aut partita librī œconomī, tutoris, vel administratoris locum non habet; sed sit executio vigore decreti judicis, quo jubet, illas pecuniæ minutæ partitas restitui, quia sint malè expensæ, à quo appellatio non habet effectum suspensivum, sed solum devolutivum, ut statuitur prædicta lege.*

20 Illud admonendum occurrit in hoc Regno, in Tribunalí revisionis librorum Scribæ rationis hujus Regni, quæ mihi delegata est pro tribus Scribis, decem ab hinc annis, stylum esse, ut quoties ex librīs appareat, expeditam esse liberantiam, seu mandatum de solvendo quamlibet partitam pecuniæ pertinentis ad Regium patrimonium, deficientibus instrumentis, ex quibus justificari debet, sit decretum, quo injungitur Officiali, aut ejus fidejussoribus, ut intra terminum judicii arbitrarium producant instrumenta, quibus partita justificanda est, cum comminatione, nisi id faciant, quod contra ipsos expedietur significatoria. Et si Officialis, aut ejus fidejussor intra statutum terminum prædicta instrumenta non producit, significatur in tota quantitate liberata; id est condemnatur ad eam reddendam, *juxta pragmatica 5. §. 21. de administrat. Universitat.* Instrumenta vero dicimus scripturas, non testes, quoniam prædictæ particulares solutiones pecuniæ Regiæ scripturis justificandæ, & comprœbandæ sunt, sine quibus non potest expiri per Officialles Scribæ rationis liberantia,

tia, non verò testibus, ad texitum in l. 1. ubi notat gloss. verb. *Descriptio*, C. de apocis publicis, & descript. curialibus lib. 10. & ibi, tradita à Barthol. n. 5. Baldo in l. 2. n. 34. Jason n. 134. & 138. C. de jure emphyteu. Mascard. de probationib. tom. 2. conclus. 605. *emphyteusis regulariter*, n. 6. & tom. 3. conclus. 1325. solutionem factam, n. 10. & 11. Peregrino de jure fisci, lib. 6. tit. 7. num. 20. Francisc. de Clapperiis *causa* 21. q. 1. Qui quamvis de solutionibus fisco factis loquantur, idem est intelligendum de mandatis de solvendo, quæ vicem solutionis habent. Si verò tale mandatum, seu liberantia expeditur contra ordines à sua Majestate, vel Proregibus præstitutos, injungitur Officiali, ut reddat rationem, cur significari non debeat intra brevem terminum. Quod si intra illum rationem non reddat, cur potuerit transgredi prædictos ordines, quia fortè fuerit in illis dispensatum, aut ostendat, non esse transgressos, auditis Fisco, & Advocatis Officialium, sit decretum, quo significatur. Et in utroque casu ab ipsis decretis, non admittitur appellatio ad effectum suspensionis, imò neque devolutionis ante exactam quantitatem significatam, *juxta pragmaticam* 38. quæ in novissima compilatione est 37. de officio Procuratoris Cæsar. Notat Mauson. de causis executiv. lib. 1. quæst. 7. ampliation. 11. ex n. 6. latè. Quæ tametsi solum loquuntur de significatoriis expeditis per Regiam Cameram Summariae, tamen ex ordine Illustriſimorum Proregum Ducis Albæ, & Comitis Montis Regii, & Ducis Medinæ jussa est observari in significatoriis expeditis per Regium Tribunal Revisionis: & sic hucusque à me observatum est. Quæ practica est conformis iis, quæ juxta jus commune censet practicanda in rationibus rerum ad Civitates pertinentium. Escobar de Ratiociniis 1. part. cap. 31. n. 23. 24. & 25. & Bobadilla lib. 5. Politic. cap. 4. n. 66. & 84. in debitoribus Fiscalibus Peregrin. de jure fisci, lib. 6. tit. 7. n. 24. & in rebus Ecclesiasticis optimus textus in authentic. de sanctissimis Episcopis, seu novella 123. in §. O Economos, quod est cap. 23. & ibi Bartol.

& Angelus, Dueñas regula 42. *limitatione* 21. textus qui loquitur in sententia Fiscali in l. abstinentia 4. C. quorum appellat. non recipiuntur, & in l. quoniam 18. C. de appellat. Fiscus autem, Ecclesia, & Respublica æquiparantur, Damhouderius in enchiridio partum, aut similiūm juris, verb. Ecclesia, & Respublica, & verbo, Fiscus, Ecclesia Imperium, & verb. Respublica, & ex aliis ad alia sumitur argumentum. Everardus in locis legalibus, loco 61. & 65. & 69. Barbosa loco 40. & 49. Nisi quod in quibusdam casibus ex ordine Regiae Majestatis hæc actio contra Officiales est subsidiaria, facta prius discussione in bonis eorum, qui pecuniam receperunt adversus quos prius procedendum est, & post dirigitur in Officiales, quatenus à recipientibus servari non potest, ut statuitur in pragmatic. 70. §. 3. de officio procurat. Cæsar. in novissima compilatione.

21 Tertius casus est, cùm instrumentum delegationis, seu liberantia, & mandatum de solvendo non est scriptura publica, & authentica, sed chirographum privatum, ut sunt literæ cambii, quibus mandatur solvi certæ personæ certa quantitas pecuniæ: exempla habes apud Navarrum cons. 31. n. 1. de usuris, Scacciam de commerciis, §. 2. gloss. 1. in princip. & §. 3. gloss. 3. ex n. 24. Gaitum, in suo illo numerosissimo tract. de credito, cap. 2. tit. 7. ex num. 1383. & ex n. 2584. Bernard. Justinian. tractat. de Cambiis, q. 1. ex n. 2. Circa quæ instrumenta, unum adverto, quemadmodum in cæteris apocis mandati de solvendo, seu liberantiis intervenire solent ( ut notavi supra hac eadem disputat. n. 1. ) tres personæ, videlicet mandatoris, mandatarii, & illius, cui solvenda est pecunia, sic in literis cambii sæpè sæpius intervenire quatuor personas. Nam cùm literæ cambii mitti soleant in loca distantia, & sæpè sæpius ille, cui solvenda est pecunia non sit idem, qui illam dat, ut cambiatur; sit ut in cambiis interveniat primò persona dantis pecuniam cambiandam, secundò ille, cui datur pecunia cambianda, ut det literas, qui dicitur campor, seu manda-

tor: tertio ille, cui diriguntur literæ, ut solvat pecuniam, seu mandatarius: quartò ille, cui mittitur pecunia, & cui solvi mandatur, qui recurrit ad correspondentem camporis, seu mandatarium, ut illi solvat pecuniam missam à dante, per literas camporis. Notat Bellonus *decis. 1. n. 27.* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3.* post titulum de literis cambii, & q. 6. titulo quadam notabilia, *versicul. contractus cambii,* Filliucius *moralium quest. tract. 35. n. 405. part. 2.* Narbona *in l. 13. tit. 18. lib. 5. Recopil. gloss. 2. n. 27.*

22 Ista literæ non habent paratam executionem contra mandatarium, seu eum, cui diriguntur, qui virtute illarum compelli, non potest ad solvendam pecuniam in literis contentam, si ab eo non acceptentur. Verum si acceptentur coram notario publico, aut per privatum chirographum recognitum, habebunt paratam executionem contra acceptantem, statuitur de jure Castellæ *in l. 9. tit. 16. lib. 9. Recopil. in speciali casu, & notat Parladorius lib. 2. rerum quotidianarum cap. fin. 1. part. §. 5. n. 19. de jure Neapolitano in pragmatica 1. cap. 5. & in pragmatica 3. cap. 9. & 12. de literis cambii.* Juxta jus commune sentiunt *Mascardus de probationibus, conclus. 990. literas cambii, n. 7.* Mastrillus *decis. 9. & decis. 22. 1. n. 2. & per tot. Segismundus Scaccia de commerciis, §. 7. gloss. 2. n. 3.* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. tit. de literis cambii, n. 67.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. ex n. 1483. junctis n. 2371. & sequentib. & n. 2491.* Quibus verò modis possit recognosci chirographum privatum, latè tractat *Gaitus in d. tract. de credito, cap. 2. tit. 8. ex n. 2617. usque ad n. 2931.* qui refert octo modos, quibus apacha privata recognosci potest, & ibi ad satietatem invenies, quæ pertinent ad recognitionem. De jure Neapolitano circa probationes literarum cambii per testes, ad finem ut possint executioni mandari, vide *Pragmatica 5. cap. 4. de literis cambii.*

23 Restat difficultas, an istæ literæ non acceptatæ à mandatario, seu eo, cui diriguntur habeant paratam executionem

contra scribentem. Et dicendum est, habere paratam executionem contra scribentem, dummodo tamen prædictæ literæ non acceptatæ protestentur; deinde recognoscantur à scribente, vel probentur *juxta d. pragmaticam 5. cap. 4.* Forma autem protestationis traditur à Segismundo Scaccia *de commerciis, §. 7. gloss. 2. n. 16.* Qua protestatione, & recognitione, vel probatione facta, potest ille, qui dedit pecuniam campori, & cui literæ non solutæ, & protestatæ sunt remissæ, habere recursum contra scribentem, & ab eo executivè exigere datam pecuniam: ita sentiunt Bellonus *decis. 2. n. 36. & 37. & decis. 4. n. 7. decis. 8. n. 19. & decis. 50. ex n. 1.* Pereyra *decis. 126. n. 5. in fin.* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 316. & §. 7. gloss. 2. n. 4. & 5. & per gloss. sequent.* Paschalis *de viribus patriæ potestatis, part. 1. cap. 8. n. 72.* Rovitus *in pragmatica 1. n. 5. 6. & 7. de literis cambii,* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. sub titulo de literis cambii, ad finem in notabilibus pro coronide materiæ, §. scribens literas cambii, & §. acceptante literas cambii, & §. scribens literas cambii non solutas.* Atque ita statutum est de jure Neapolitano *in pragmatica 1. cap. 5. & 6. & in pragmatica 5. dicto cap. 4. de literis cambii.* Verum est eodem jure, *juxta pragmatica 6. cap. 4. eodem tit.* requiri ad habendum regressum contra scribentem, ut is, cui solvenda est pecunia, illam exigat intra terminum præstitutum à *pragmatica 3. cap. 9. & 10. eod. tit.* seu adhibeat diligentiam ad exigendum, & si eam non exegerit, faciat protestationem intra quatuor dies à præsentatione apocæ, vel lapsus termini ad exigendum, seu solvendum. Alioqui protestatione non facta intra hos terminos, denegatur regressus contra scribentem ei, qui exacturus erat pecuniam, & scribens ipse manet liberatus.

24 Ex quo manifestè colligitur, stante eodem jure, imò vero etiam generali consuetudine mercatorum, scribentem literas non liberari per acceptationem mandatarii, sed potius manere obligatum, donec literæ cum effectu solvantur, ac pro-

inde acceptantem per acceptationem obligari, tanquam fidejussorem scribentis, qui est principaliter obligatus ad prædictarum literarum solutionem, à qua obligatione non liberatur, nisi solutione sequuta, quæ omnem obligationem dissolvit, principio inß. quib. mod. oblig. tolli. Quod ita etiam de jure communi servandum rectè notat Franch. *decis.* 303. Farinac. *decis.* 679. I. p. tom. 2. Bellonus *decis.* 2. n. 40. & 41. ubi dicit, hanc esse generalem, & notoriam mercatorum Genuensium consuetudinem. Mastrill. *decis.* 221. ex num. 17. Lud. *decis.* 217. ex n. 1. Riccius collectan. 3497. & collect. 3853. Fabius de Anna *conf.* 82. n. 6. Paschalis de virib. patr. potest. I. p. cap. 8. n. 70. & 71. Rovit. in prag. I. ex n. 1. de literis cambii, Tepatus in comp. variar. tit. 366. cap. 18. Gratian. *discept. forens.* tom. I. cap. 64. n. 4. & 5. Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. ex n. 322. Gaitus de credito, cas. 2. tit. 7. ex n. 2377. Nicolaus Genua de scrip. privata, lib. 3. tit. de literis cambii, num. 76. & post totam materiam sub titulo quædam notabilia pro coronide bujus materiae literarum cambii, col. 2. versc. Is qui acceptat. Et ex iis venit rejicienda doctrina Raphael. Cumani, quam refert, & approbare videtur Afflict. *decis.* 353. n. 5. quæ eadē videtur fuisse Bart. in l. singularia 15. num. 19. Jason *ibid.* ex n. 34. Bellon. *decis.* 4. ex n. 13. videlicet liberari debitorem, seu scribentem literas postquam campsor, vel mercator promisit creditorì se soluturum, & creditor acceptavit.

25 Ex prædictis infertur resolutio quotidianæ, ac celebris difficultatis, vide-licet, cuius periculo cedat damnum decoctionis mandatarii literarum cambii, seu ejus, cui literæ diriguntur, qui eas acceptaverit, antequam creditor exigat pecuniam, an inquam, hoc periculum, & damnum adscribendum sit, scribenti literas, an verò ei, cui literæ sunt concessæ, in qua Doctores variant. Nam quidam dicunt, hunc casum decoctionis mandatarii post acceptatas literas importare damnum ei, qui dedit pecuniam campsori, seu mandatori, non verò ipsi mandatori, seu scribenti

literas, qui per acceptationem mandatarii post decocti remansit liberatus. Ita sentit Baldus *conf.* 348. factè fuerunt per Borromeum n. 2. vol. 1. & in l. pro debito 6. n. 2. C. de bonis authorit. jud. possiden. Hippolyt. de Marsili. in Rubrica, n. 307. C. de probatio-  
nib. Alexand. *conf.* 94. ex n. 3. lib. 3. Socinus *conf.* 64. n. 6. & 7. vol. 3. Surdus *conf.* 145. n. 10. lib. 1. Joann. Vincent. de Anna allegat. 89. n. 2. Mascard. de probat. concl. 990. literas cambii, n. 8. Petrus Follerius ad Marantam in prax. par. 6. tit. de testium productione, §. sextus actus, n. 50. Thuscus littera C. conclus. 12. n. 2. & 3. & littera L. conclus. 374. n. 27. Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. ex n. 293. ad n. 299. Nicolaus Genua de scriptura privata, lib. 3. tit. de literis cambii, ex n. 72. Afflict. *decis.* 353. n. 4. & 5. Mastrill. *decis.* 177. ex n. 1. Raudensis *decis.* Pisana 4. n. 103. & 108.

26 Alii contra sentiunt, periculum de-  
coctionis mandatarii contingens post ac-  
ceptatas literas, sed nondum solutas perti-  
nere ad scribentem literas, seu mandantem,  
non ad creditorem, qui pecuniam dedit  
cambiandam, eo, quod per acceptationem  
mandatarii non liberetur scribens literas,  
sed solum per earum solutionem. Et hæc  
est verior sententia conformis iis, quæ de  
literis cambii haec tenus tradidimus n. 24.  
Quam amplexati sunt omnes Doctores ibi  
relati, & tradunt Salicetus in l. si filiusfa-  
milia 18. n. 2. ff. ad Macedon. & in l. pro  
debito 6. n. 4. C. de bonis author. jud. possiden.  
Bellonus *decis.* 8. n. 17. & 18. Rota Ro-  
mana diversorum, 4. part. *decis.* 445. Riccius  
collect. 3497. vers. Sub amplia quod & collect.  
40. Maresc. lib. 2. variar. resol. cap. 11. Pe-  
reira *decis.* 126. n. 5. Ludovis. *decis.* 217.  
n. 2. Thusc. litt. L. conclus. 374. n. 76. Man-  
tica de tacit. & ambig. convent. lib. 17. tit. 3.  
ex n. 12. Gratian. *discept. forens.* tom. I. cap.  
64. ex n. 6. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7.  
ex num. 2396. Qua in re Scaccia in duo-  
bus locis à me allegatis supra num. 24.  
& 25. non satis videtur sibi constans. Pro  
hac sententia aperte facit de jure com-  
muni textus in l. si literarum 23. C. de so-  
lution. & de jure Castellæ l. 14. tit. 15.  
part.

part. 5. *versicul. Mas si las palabras.*

27 Amplia prædictam resolutionem, ut quamvis ille, cui solvenda est pecunia sit in mora exigendi, scribens literas non sit liberatus, & adhuc possit contra illum dari recursus illi, qui pecuniam cambiam dedit, cui non est imputanda mora in exactione, neque scribenti contingit liberatio, donec literæ cum effectu solvantur. Hanc ampliationem tradit Rota Romana divers. part. 4. decis. 445. versic. Nec dicatur, Marescot. lib. 2. variar. cap. 11. n. 5. & confirmat ex duabus Rotæ Romanæ decisionibus Ludovisius decis. 217. ex num. 6. Ricc. collectan. 3497. & 3854. Ratio est, quia per acceptationem mandatarii non sit novatio, nec delegatio perficitur, & per consequens obligatio manet firma, donec solutione dissolvatur, etiamsi negligentia exactoris accedat.

28 Contrariam sententiam huic ampliationi, quinimò negligentiam creditoris, aut ejus, cui solvenda est pecunia in exigendo, aut dilationem ab eo datam mandatario nocere creditori, seu danti pecuniam ad cambium, & prodesse mandatori, seu scribenti litteras ad liberationem credimus rationabiliorem, & verisimiliorum. Quam sequuti sunt Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 325. Paschalis de viribus patr. potest. 1.p. cap. 8. n. 71. vers. 2. limitatio est, Gatus de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2413. significat planè Pereira decis. 126. n. 3. & 4. & aperte favet loquens in fortioribus terminis, Gratianus tom. 1. discept. forens. cap. 64. n. 23. & 24. Ratio est, quoniam æquum non est, scribentem manere obligatum, quando per exactorem stat, quominus litteræ impleantur à mandatario, recuperetque oblatam pecuniam: utque sit in voluntate exactoris, & ejus libito duratio obligationis campsoris, seu scribentis litteras, & periculum decoctionis mandatarii, cui suppositus est, dum litteræ non exiguuntur, imò verò justum, & rationi consonum, ut illi debeat imputari culpa, negligentia, & mora exigendi, & ex ea liberatio scribentis insurgat, saltem ope exceptionis doli, aut culpæ; neque novum est in jure, mo-

Tom. II.

ram creditoris, in exigendo oblatam pecuniam liberare debitorem à casu fortuito post contingente, quo pecunia pereat, ut docet Bart. in l. si mora 10. n. 8. & ibi latè prosequitur Barbosa ex n. 12. ff. solut. matrim. & probat textus in l. qui des. em 72. in princ. ubi Doctores, ff. solut. Certè de jure Neapolitano statutum est in pragmat. 5. cap. sea, §. 4. de litteris cambii (quod notavi supra n. 23.) ut illi, qui habent litteras cambi contra mandatarium exigant illas intra dilationem, seu terminos stabilitos per pragmat. 3. cap. 9. & 10. eodem tit. aut faciant protestationem inter quatuor dies à presentatione litterarum, aut à lapsu prædictæ dilationis, seu terminorum, alioqui nullum possint habere regressum contra scribentem, qui maneat omnino liberatus, & periculum cedat in damnum ejus, qui pecuniam erat exacturus.

29 Ex his constat, à majori ratione dicendum esse, si scribens litteras cambii sciebat, mandatarium suum, seu eum, cui litteræ diriguntur, esse aut decoctum, aut fugitivum, aut decoctioni proximum, non liberari per acceptationem mandatarii, imò potius ex dolo suo manere obligatum, & obnoxium recursui illius, qui pecuniam dedit, idque tām juxta primam, quām juxta secundam opinionem. Ita sentiunt Baldus in l. pro debito 6. n. 2. in fin. Salicet. n. 4. C. de bon. author. jud. possidend. Socin. in l. qui usumfructum § 8. n. 17. ff. de verb. oblig. & in l. singularia 15. n. 20. Jas. n. 4. Cagnolus v. 190. ff. si cert. petat. Surdus conf. 145. n. 10. lib. 1. & conf. 528. n. 7. & 8. lib. 4. & decis. 23. n. 10. & 11. ubi refert conjecturas, ex quibus colligitur hæc scientia, Follerus ad Marantam in præxi, p. 6. tit. de testium productione, §. Sextus actus, n. 50. Mastrillus decis. 177. Benvenutus Stracca de decoctoribus, 5.p. n. 4. Gratianus discept. forens. tom. 1. cap. 64. n. 28. Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 299. Gatus de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2393. Ad do præsumi dolum adversus mercatorem, qui remisit litteras cambii solvendas ab eo, qui paulo post acceptas litteras decoxit, ut ex Baldo, Angelo, Imola, tradit Me-

X 2

noch.

noch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 3. n. 111.*  
Ex quo consequens est, ut præsumitur scien-  
tia, ut dixit Nata *conf. 342. n. 4. tom. 2. fa-*  
*cit Castillo decis. 46. n. 6.*

30 Quando verò dicatur quis proximus decoctioni, non est omnino expeditum, Strac. *de decoctoribus, 3. p. n. 30. & 31.* post Bald. *conf. 399. in libris Thesaurariae, n.* 2. *vol. 5.* dicit, tempus proximum decoctioni esse viduum, vel triduum, aut si ho-  
die fugit, heri merces emit. Consonat Gra-  
tianus *discept. forens. tom. 2. cap. 391. ex n.* 10. Surdus *decis. 326. n. 86.* Gizzarellus *de-*  
*cis. 62. n. 3. & n. 12. & 13.* Bellonus autem  
*decis. 13. n. 39.* hoc tempus proximum decoctioni limitat ad quindecim dies ante decoctionem, ob statutum particulare Genuæ.

31 Matienzus *in l. 7. tit. 16. lib. 5. Re-*  
*cop. gloss. 5. n. 9.* nullum certum tempus de-  
terminat, in quo quis dicatur proximus decoctioni, sed dicit, futurum esse modicum,  
& breve, simili modo loquitur Craveta  
*conf. 44. n. 2. & Thusc. littera F. conclus.*  
*483. ex n. 21.*

32 De jure Neapolitano videtur sta-  
tui hoc tempus proximum decoctioni spa-  
tium unius integri anni ante illam, *in prag-*  
*mat. 2. decisione bonor.* dum denegat debitoribus beneficium cessionis bonorum, ni-  
si debitum sit contractum per annum ante  
diem decreti, quo conceditur prædictum  
beneficium. Quasi debitum infra annum  
contractum cendum sit fieri in fraudem  
creditorum, & à proximo decoctioni, & vi-  
de quæ ad eam pragmaticam notat Rovit.

33 De jure Castellæ statutum est, tem-  
pus sex mensium ante decoctionem cense-  
ri tempus proximum decoctioni, *l. 7. circa*  
*fin. tit. 19. lib. 5. Recop.* ubi contractus illius,  
qui post spatium sex mensium à contractu  
foro cessit, seu decoxit, censetur contra-  
ctus factus cum proximè decocturo.

34 Ego credo, esse relinquendum ar-  
bitrio Judicis, quanto tempore ante deco-  
ctionem quis dicatur decoctioni proximus,  
si res ex jure communi decidenda sit, cui  
etiam opinioni assentiri videtur Gizar. *d.*  
*decis. 62. n. 13.* Quod confirmo, quoniam

arbitrarium est Judici, quis puer fit censem-  
dus proximus infantiae, aut pubertati, ut  
egregie, & eruditissime probat Menoch.  
*de arbitrar. lib. 2. cent. 1. casu 57. ex n. 17.*  
Covarr. *de matrimonio, 2. p. cap. 5. n. 7.* San-  
chez *de matrimonio, libr. 1. disp. 51. n. 24.*  
rejecta opinione, *Gloss. in §. Pupillus, verb.*  
*Infantia proximus, Instit. de inutilibus stipu-*  
*lation. quam sequitur Chircovius in commu-*  
*nibus opinionibus, litter. P. n. 35. concl. 100.*  
Ergo eodem modo arbitrio Judicis relin-  
quendum est, quid sit censendus proximus  
decoctioni, & id planè sentit Surdus *d. de-*  
*cis. 326. n. 87. & Ursillus ad Afflict. decis.*  
*402. ex n. 6.* Non omitto, apud prædictos  
Doctores inveniri multa, quæ faciunt pro  
lege Castellæ allegata, dum plurimi credi-  
derunt, spatium sex mensium ante puber-  
tatem completam cendum esse tempus  
pubertati proximum.

35 Tractant deinde Doctores circa  
litteras cambii, an possit mandatarius, qui  
eas acceptavit, recusare solutionem illarum  
ex eo, quod scribens fuerit decoctus post  
acceptationem, & proinde deneganda sit  
hoc casu executio creditori contra man-  
datarium. Et dicendum est, non posse man-  
datarium detrectare solutionem litterarum  
cambii, quas acceptavit, ob decoctionem  
scribentis contingentem post acceptatio-  
nem. Ita sentit Salicetus *in l. si filius fami-*  
*lias patre 18. n. 2. ff. ad Macedonian.* & *in*  
*l. pro debito 6. n. 4. in fin. C. de bonis Au-*  
*thor. jud. p. ssid.* Follerius *ad Marantam in*  
*praxi, p. 6. tit. de testium productione, seu §.*  
*Sextus actus, n. 54.* Franch. *decis. 303.* Pas-  
chalis *de viribus patr. potest. 1. p. cap. 8. n.*  
*70.* Tepatus *in compendio variar. tit. 366.*  
*cap. 18. vers. Acceptans litteras cambii, Scac-*  
*cia de commerciis, §. 2. gloss. 5. q. 11. ex n. 327.*  
Gaius *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2396.* Ra-  
tio est, quoniam mandatarius per accepta-  
tionem litterarum manet obligatus, ut di-  
xi supra n. 22. Decoctione autem mandato-  
ris hanc obligationem dissolvere non po-  
test, & casus fortuitus decoctionis contin-  
gens post acceptationem debet esse damno  
acceptantis.

36 Amplia prædictam resolutionem,  
ut

ut non possit mandatarius, qui acceptavit litteras se excusare, quominus solvat, ex eo, quod antequam scriberentur litteræ, vel acceptarentur, mandator decoxit, aut fuisset decoctus. Hanc ampliationem tradit Scaccia *d. gloss. 5. q. 11. n. 329.* quem sequitur Gatus *d. tit. 7. n. 2398.* Reddunt rationem, quoniam etsi decoctio faciat, ut decoctus mortuus censeatur quoad id, ne quid agere possit, Bellon. *decis. 10. n. 12. & 13. & decis. 13. n. 3. & 4.* Surd. *conf. 405. n. 9. & 12. lib. 3.* Thusc. *litter. D. concl. 105. & seqq.* Azeved. *in l. 2. ex princ. tit. 19. lib. 5.* Recop. *de jure Castellæ d. lib. 2. l. 6. & 7. eodem tit. 19. lib. 5.* Recop. tamen decoctio non inhabitat decoctum ne alius pro eo solvere possit. Quare qui ejus litteras acceptavit, non potest se à solutione excusare. Nam, aut sciebat, cum acceptavit, mandatorem esse decoctum, & tunc planum est, eum voluisse solvere pro decocto, quod potest: aut decoctionem ignoravit, & tunc sibi imputare debet, quod contraxit cum eo, cuius conditionem non debebat ignorare, *l. qui cum alio 19. ff. de regul. jur. certum est autem, inter scribentem, & acceptantem litteras celebrari contractum, quasi inter mandantem, & mandatarium, Bellonus decis. 52. num. 1. & 2.* Fab. *de Anna conf. 82. n. 15.* Martha voto, seu *decis. 84. num. 7.*

37 Contrariam huic ampliationi sententiam, quinimo decoctione mandatoris contingente, seu ante, seu post scriptas litteras, ante tamen acceptatas, quæ post decoctionem mandatoris acceptatae sunt à mandatario decoctionem ignorante, si ante solutionem superveniat scientia decoctionis, justè posse mandatarium recusare illarum solutionem, tuetur Fabius *de Anna conf. 82. ex n. 11. & Paschalis de virib. patr. potest. 1. p. cap. 8. n. 70.* Et probatur, quoniam mandatum censetur revocatum, & dissolutum ex mutatione status, tam mandantis, quam mandatarii in deterius, Bart. *in l. si cum Cornelius 82. n. 1.* Paulus *n. 2. ff. de solut. Decius in l. rogasti 11. §. Si fugitivus, n. 5. Jaf. n. 3. ff. si cert. petat. Felin. in cap. ex parte decan. 33. n. 21. de ref-*

*cript. Socin. conf. 112. n. 12. & 15. vol. I. Bursat. conf. 412. n. 26. libr. 4. Bernard. Diaz reg. 452. Menchaca *controvers. usufrequent. lib. 2. cap. 22.* Stracca *de decoctorib. 3. p. n. 50. & 53.* Bellon. *decis. 1. n. 28. & decis. 2. ex n. 31.* Martha voto, seu *decis. 84. Scaccia de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 402.* Ergo sicut qui ante impletionem mandati scit, mandatum esse revocatum, justam habet excusationem, ne revocatum mandatum impleat: ita qui ignorans mandantis decoctionem acceptavit ejus literas, si post ante solutionem scientia decoctionis superveniat, justè recusabit mandatum implere, & pecuniam literis contentam solvere.*

38 Ex quibus sit, ut prædicta ampliatione limitanda sit, cum ignorantia decoctionis scribentis in acceptante litteras est justa, probabilis, & invincibilis, quæ nulli damnum debet afferre, §. Item si adhuc *Inst. de mandato.* Quo casu etiam limitanda est regula, *l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. ut ibidem notavit Decius n. 3. in fin. Cagnol. n. 15. ego dixi priore 10. tit. 1. disp. 2. q. 4. n. 244. & 245.* Ex quo enervatur vis fundamenti prædictæ ampliationis, si universim, & sine limitatione esset intelligenda. Et hanc concordiam inter duas prædictas sententias secutus est Gatus *dict. tit. 7. ex n. 404.*

39 Ad hunc eundem tertium casum pertinent Apocæ Bancariæ, quæ si à Banco, cui diriguntur, non solvantur, habent executionem paratam contra scribentem, in qua proceditur quemadmodum in liquidatione publici instrumenti via Ritus, ut testigi *supra tit. 2. disp. 8. n. 28. in fin.* Et statutum est de jure Neapolitano *in prag. 64. §. 2. & 6.* quæ in novissima compilatione est *prag. 63. de offic. Procurat. Cæsar.* Dummodo prædictæ apocæ sint recognitæ à scribente, vel legitimè probatae, quemadmodum de jure Castellæ quodcumque chirographum privatum recognitum habet paratam executionem, juxta *l. 5. & 6. tit. 2. 1. lib. 4. Recop.* & tradita à Parlador. *lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. part. §. notant Scriptores Neapolitani,* quos retuli prædicto loco.

## SUMMA DISPUTATIONIS VII.

- 1 **S**upponitur casus tituli.
- 2 Pro capitali societatis competere executionem ex instrumento societatis ante redditam rationem, senserunt multi, & magni Doctores.
- 3 Executio liquidii non retardatur propter iliquidum.
- 4 Societas pro negotiatione semper presumitur lucrosa.
- 5 Capitale societatis presumitur salvum.
- 6 Instrumentum societatis non posse executioni mandari contra socium ante redditam rationem, secunda aliorum sententia.
- 7 In societate possunt contingere tres casus.
- 8 Capitale societatis liquidum est tempore contractae societatis, tempore tamen finita illiquidum.
- 9 Tutor non tenetur ad restituendum ea, quae in inventario scripsit, neque pro eis patitur executionem.
- 10 Secunda sententia habenda est pro regula, sed limitatur diversis modis.  
Limitatur primò si apponatur ab initio pactum, ut restituatur integrum capitale finita societate, ut maneat apud ipsum socium, qui apposuit, dones finiantur computa, ibid.
- 11 Secunda cautela, & limitatio, ut possit fieri executio pro quantitate capitalis ante redditam rationem.
- 12 Tertia cautela, & limitatio, ut possit instrumentum societatis executioni mandari pro capitali ante redditam rationem.
- 13 Quarta limitatio, in cuius casu potest procedi ad executionem pro capitali societatis ante calculum.
- 14 Liber rationum qua forma confici debeat.
- 15 Quinta limitatio, & de pacto, quod capitale sit salvum, & quomodo possit hoc pactum in societate sustineri.
- 16 Pactum praecedens esse illicitum, & reprobatum, sententia quorundam.
- 17 Adhibitis quibusdam pactis, & cautelis in societate posse sustineri pactum, quod capitale sit salvum.
- 18 Tres contractus adhibendos pacto, quod

- capitale sit salvum, ut sustineatur.
- 19 Contractus assencionis est licitus.
- 20 Illos tres contractus posse fieri inter easdem personas, quemadmodum inter diversas.
- 21 Contractus illi, quamvis non fiant expressè, sed solum tacite, justificant, quod capitale sit salvum in societate.
- 22 Explicatur Bulla Sixti V. Pontificis.
- 23 Contractu societatis inito cum tribus illis contractibus, & facto de illo instrumento publico, poterit ex illo procedi ad executione capitalis, non facto calculo.
- 24 Distinguuntur duo diversi casus quoad liquidandum instrumentum.
- 25 Capitale societatis non est liquidum ante redditam rationem.
- 26 Non satis est presumptio, ut ex illa possit fieri executio, sed debet constare quantitas liquida ex instrumento visibili.

## DISPUTATIO VII.

Utrum possit fieri executio pro capitali societatis, vel administrationis, ante redditam rationem.

1 **P**onamus contractam esse inter duos societatem pro negotiatione mercium serici, vel cambiorum per instrumentum publicum, & guarentigium, quo constet alterum, immisisse certam pecuniae quantitatem in societate, alterum cui tradita est pecunia administranda, operas, & industrias, qui præpositus sit negotiationi, & acturus est omnia, ad societatem spectantia. Dubium est, an finita societate illi, qui certam pecuniæ quantitatem socio administraturo tradidit, possit petere, & obtinere executionem virtute instrumenti societatis pro predicta certa, & liquida pecuniae quantitate capitalis ante calculatas rationes.

2 Prima sententia affirmat. Hanc tuerit Baldus cons. 152. ad evidentiam, num. 2. vers. Ex his apparet, vol. 3. & cons. 385. & consil. 493. n. 2. vol. 4. quem refert, & approbare videtur Gregor. Lopez in l. 10. tit. 10. part. 5. gloss. ult. in fin. quo loco multi decepti sunt, credentes, illum allegare pro hac

hac sententia Socin. *conf. 265. vol. 2.* quod illa glossa commemoraverat, sed fontem non viderunt, nam Socinus *in dict. consilio nihil dixit ad hanc sententiam attinens. Videtur tamen illi adhærere in leg. pecuniam quam 36. num. 10. ff. si certum petat. & in l. quibus diebus 40. §. Quidam Titio. n. 10. ff. de conduct. & demonstr. ubi ait, instrumentum, in quo quis promisit certam quantitatem, nisi aliter ex calculo rationis appareret, esse purum, & executioni mandandum antequam ratio calculetur. Hujusmodi autem videntur esse omnia instrumenta societatis, quibus obligatur socius, qui administrat, restituere certum capitale, nisi aliter ex calculo apparuerit. In eadem sententia videtur esse apertius *conf. 24. ex n. 33. vol. 1.* & Benintendis, eum sequutus, *decis. 90. n. 3. in fin.* qui ait, sententiam Socini esse magis communiter approbatam, Decius *in d. l. pecuniam, n. 8.* Alexand. *conf. 170. num. 3. lib. 2.* annuit Paulus de Castro *conf. 345. 2. par.* & Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 6. tit. 5. n. 7.* sequitur Avend. *de exequend. mand. 2. part. cap. 29. n. 6.* Baeza *de non meliorand. ration. dot. filiabus, cap. 36. n. 20.* Petrus de Ubald. *in tract. de duobus fratribus, 8. part. n. 42. q. 41. & 14. part. n. 10.* Thusc. *littera S. conclus. 303. n. 11. & conclus. 304. n. 8.* Gallefius *ad formulam Cameral. obligat. q. 31. n. 3. & ad eum locus Zacchias n. 2. & 3.* Scaccia *de appellat. q. 17. limit. 9. n. 30.* Amatis *decis. 80. n. 28. & 30.* Cavalcan. *de tute, & curatore, n. 263.* Seraphin. *de privil. jura-ment. privileg. 77. n. 8.* Grammat. *decis. 58. n. 10. & 11.* Cartarius *decis. 74.* tametsi ibi non agat de via executiva, Graassis *de ex-ceptionibus, in preludio, n. 55.* Hieron. Ga-briel. *conf. 146. lib. 2.**

3 Probatur primò hæc sententia, quoniam executio liquidi non retardatur propter illiquidum, *l. statu liber rationem 5. ff. de statu liber. l. si residuum 5.* ubi Doctores, C. *de distract. pignor.* & nos fusius prosequemur infra *diss. 15.* Sed sors, seu capitale societatis traditum ab initio socio administranti, seu factori societatis est liquidum. Ergo non debet impediri executio

pro prædicto capitali ob incertitudinem, aut illiquiditatem lucrorum, aut damnum, quæ ex societate obvenerunt, quæ per calculationem sunt liquidanda.

4 Secundò, quoniam societas pro ne-gotiatione, & negotiatio semper præsumi-tur lucrosa, *l. cura 4. §. de defitientium, ff. de muner. & honor. l. semper 5. §. Negotia-tio. ff. de jur. immunit. l. si defunctus 10.C. arbitr. tutel. Socin. conf. 24. n. 40. & 41. lib. 1.* Joannes Lupus *in repet. cap. per ve-stras, notabili 6. & ult. §. 11. n. 8. vers. Ex prædictis, Gregor. Lopez in l. 29. tit. 11. part. 4. gloss. 5. & in l. 13. tit. 10. part. 5. gloss. 2.* Bellonus *decis. 173. n. 8. 10. & 11.* Magonius *decis. Lucensi 1. n. 36.* Tepatus *in compendio variar. tom. 2. tit. 365. cap. 5. vers. In dubio, & vers. Mercator, Thusc. litt. S. conclus. 310. n. 1.* Joannes Baptist. Costa *de facti scientia, & ignorant. centur. 2. distinc-t. 80. n. ult.* Janinius *de citatione reali, lib. 2. cap. 1. n. 14.* Felinus *de societat. cap. 20. n. 22. & cap. 24. n. 33.* Ergo dum executio fit contra socium, aut factorem societatis pro solo capitali, securè fit, tanquam con-tra debitorem quantitatis liquidæ capita-lis, apud quem ultra prædictam quantita-tem capitalis præsumuntur remanere lu-stra negotiationis.

5 Tertiò, quoniam capitale societatis (quod ex prædicta ratione provenit) præ-sumitur salvum, nisi proberetur damnum, & amissio, Bald. *dict. conf. 385. & conf. 493. n. 3. vol. 4.* Bellonus *decis. 71. n. 2. in fin. & d. decis. 173. n. 10. & 11.* Cartar. *decis. 74. num. 25.* Avendañ. *de exequend. mandat. 2. part. cap. 29. n. 6.* Escobar *de ratiocin. cap. 21. n. 6. & 7.* Ac proinde tutor executivè compellendus est nondum reddita ratio-ne tutelæ, ut mobilia in inventario descripta restituat, ut judicatum refert Surd. *decis. 184. ex n. 3. & conf. 296. n. 22. & 23. lib. 2.* Igitur stante instrumento societatis executivo, poterit peti executio pro capi-tali etiam ante calculatas rationes.

6 Secunda sententia negat, instrumen-tum publicum guarentigium societatis pos-se executioni mandari pro capitali contra socium, vel administratorem, aut factorem

ante factum calculum, & discussionem, ex quibus constet, an ex societate provenerint lucra, vel damna, & an capitale sit salvum. Ita sentiunt Baldus *conf. 61. num. 1. vol. 2. & conf. 214.* ut appareat ex tenore, n. 1. *vol. 4. Alex. conf. 192. lib. 7. Ancharran. conf. 235.* prima facie dicitur, n. 1. ex vers. *Præterea propter incertum, Jason conf. 100. ex n. 6. vol. 4. Hieronym. Gabriel. conf. 61. n. 16. lib. 2. Cephal. conf. 768. n. 14. & 37. & conf. 769. ex n. 1. & n. 11. lib. 5. Follierius ad Marantam in praxi, part. 6. tit. de instrumentorum productione, seu actu 8. n. 3.* qui dicit, se ita practicasse, Decianus responso *60. n. 43.* ubi ait, ante confessum calculum non posse scire socium, in qua quantitate remaneat debitor sui socii, Felicius de societate, *cap. 31. n. 69. Craveta conf. 231. n. 16. vers. Undecimo considero, & conf. 275. num. 13. vers. Tertiò principaliter dubitatur, Baeza de decima tutoris, cap. 2. n. 168. Gutierr. de tutel. 3. part. cap. 1. n. 53. Cavalcan. de tute, & curatore, n. 214. Fachineus lib. 8. controversial. cap. 58. Negusant. de pignorib. 5. part. memb. 1. n. 37. Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 1. part. §. 12. limitat. 4. num. 35. Grammaticus conf. civili 114. n. 11. Barzius decis. 86. n. 40. Giurba decis. 15. ex n. 3. Escobar de ratiocin. cap. 21. ex n. 12. Cancer. variar. resolut. 3. part. cap. 7. n. 328. cum sequent. & cap. 15. ex n. 314. Quorum quidam agunt de societate, alii de tutela, & utrique concludunt, ubique ratio reddenda est, non posse peti executionem pro quantitate liquida donec fiat calculatio, & ex calculo appareat, quæ sit quantitas liquida, in qua restet reliquatus reddens rationem. Nec sat esse containeri in instrumento antecedenti, veluti in instrumento societatis, vel instrumento inventarii quantitatem liquidam traditam reddituro rationes, ut possit pro illa peti, & obtineri executio ante calculatas rationes.*

7 Fundamenta hujus sententiae sunt. Primò, quòd in societate tres casus contingere possunt. Primus, ut sit lucrum, quo casu, lucrum venit communicandum. Secundus, ut non sit lucrum, neque damnum,

quo casu socius, qui apposuit pecuniam perdit lucrum, sed capitale manet illi salvum; socius verò, qui adhibuit operam, perdit operam. Tertius, ut sit damnum: quo casu, & perditur opera ex parte factoris, & minuitur capitale apponenti pecuniam. Ergo finita societate cùm nulla sit certitudo, quis ex istis casibus successerit ante calculatas rationes, non potest peti executio pro capitali, quòd si successisset tertius ex prædictis casibus, fuisse diminutum, & ante confessum calculum cognosci non potest, pro qua quantitate fuerit diminutum, ac per consequens immaturè fieret executio, cum res sit dubia, l. 1. C. de execut. rei jud.

8 Secundò, quoniam capitale quamvis sit liquidum tempore initæ societatis, tempore tamen finitæ non est liquidum, cùm certò sciri non possit ante calculatas rationes, an fuerit diminutum, l. *Mutius 30. ff. pro socio.* Ergo pro illo non potest peti; neque concedi executio, ut potè pro quantitate illiquida, & quæ non incontinenti, neque breviter liquidari possit, cum liquidatio pendeat à calculo, cuius discussio longa est, & prolixa ex sua natura.

9 Tertiò, quoniam ob eandem rationem tutor non potest compelli via executiva ad restituenda ea, quæ in inventario descripsit, cum possit contingere, ut ostendat plus se impendisse in rem pupilli, quam ipse habuerit, l. 1. §. *præterea si tutel. ff. de contra. & util. act. tutel.* vel vendidisse mobilia in inventario descripta, aut quia servando servari non poterant, aut quia inutilia pupillo, aut ob necessitatem pupilli, l. *lex quæ tutores 22. C. de administr. tut.* ut adnotarunt *Alexand. d. conf. 192. lib. 7. Negusantius, Cancer. & plurimi alii ex relatis supra n. 6. pro secunda sententia.* Solum potest condemnari, aut compelli ad reddendum rationem cum reliquorum restitutione, in redditione autem rationis tanta est connexio inter introitum, & exitum, receptum, & datum ut non possit separari receptum à dato, neque confessio recepti noceat confitenti, non habita ratione dati, ut expenderunt *Avend. de exequend. mandat. 2. part. cap. 10. n. 31. Bobadill. lib. 5. Politica cap.*

*cap. 4. n. 78. Escobar de ratiocin. cap. 21. n. 22.* qui alios allegant. Quo fit, ut ante redditam, & calculatam rationem nihil possit apparere liquidum, in quo sit reliquatus tutor, vel administrator, & pro quo possit executionem pati. Idemque prorsus sentiendum est de societate, in qua reddenda est per socium præpositum negotiationi, seu factorem administrantem negotia societatis, ratio omnium durante societate gestorum, ut cum multis notat Bellonus *decis. 183. n. 5.*

10 Ex istis duabus sententiis, ut nostrum adjungamus placitum, censemus, secundam habendam esse pro regula: Verum esse limitandam. Primò, si in contractu societatis fuerit adjunctum pactum, ut capitale finita societate restituatur socio integrum, & ut possit socius petere, & obtine-re executionem pro suo capitali ante calculatas rationes, ut maneat apud ipsum, dum rationes discutiuntur, & donec per-agatur calculus. Ita sentiunt Avendañus *de exequend. mand. 2. part. cap. 29. n. 6. vers.* Nec debet injustum, Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 12. limitat. 4. n. 35. Cancer. var. resol. 3. part. cap. 7. ex n. 324. Escobar de ratiocin. cap. 21. n. 24. Giurba *decis. 15. n. 9. §. Aut nullus, vers. Socini tamen opinionem*, Uſillus ad Afflict. *decis. 205. n. 7.* qui refert sic judicatum in S.C. Neapolitano. Hoc autem pactum licitum est, & naturæ societatis non repugnans, præsertim cum sit cautela ad evitandas fraudes, & dolos negotiatorum, qui ut re-tineant pecunias alienas sibi creditas, nunquam non fingunt incurrisse damna, & quemadmodum solitum est, pecuniam socii, dum durat societas, & negotiatio, esse apud alterum socium negotiationi præpo-ſitum, qui administrat, simul cum lucris omnibus ex societate provenientibus: ita non est iniquum, ut finita societate integrum capitale socio, qui illud immisit, re-stituatur custodiendum, donec calculatio peragatur. Hoc enim magis fit propter cautionem, & securitatem socii ponentis pecuniam, ne propter malitiam, & subter-fugia socii administratoris differentis *Tom. II.*

tiones reddere, easque involventis, & intri-cantis sua pecunia privetur; quam quia sit semper illam retenturus. Nam facto poste à calculo, & apparente, probatoque damno facile restituet socio pecuniam, quæ apud ipsum est ultra sibi debitum recepta. Ne-que resultat ex hoc, ut vi societatis capi-tale sit semper salvum, quod pactum esset suspectum de usura, sed ut sit salvum ad tempus interim, dum ejus probatur amis-sio. Quod dato esset gravamen temporale, est modicum, & parvi momenti, ac propte-rea facile tolerandum, l. quoties 2. l. univer-sa 4. C. de præcib. imperat. offerend. Et sicut in predicta conventione statuitur, ut statim soluta societate integrum capitale redeat ad dominum: ita ex eadem provenit, ut totum lucrum quodquod est, remaneat apud socium negotiationi præpositum, in-terim dum fit calculus, quod ipsi utile esse posset. Propter quam utriusque socii incer-tam utilitatem conventio redditur juxta, l. de fideicommisso 11. C. de transact. quæ considerabat Avend. ubi supra.

11 Limita secundò, si in contractu so-cietatis adjiceretur pactum, ut finita socie-tate teneatur socius recipiens capitale, il-lud integrum deponere poenes publicum Bancum, aut tertium aliquem fidum mer-catorem, vel alium depositarium, donec fiat calculus, & reddatur ratio gestorum in societate. Nam tum poterit compelli face-re depositum integri capitalis, ob rationes supra expensas.

12 Limita tertio, si in contractu so-cietatis adsit pactum, quod finita societate damna, si quæ fuerint, sint probanda intra-deciduum, alioqui probatio non admittatur. Nam si intra decem dies post finitam societatem non fiat probatio damnorum, poterit qui apposuit capitale, executionem facere pro capitali ante calculatas ratio-nes. De hac specie loquitur sic sentiens Baldus *dict. consil. 493. multiloquium, n. 3. volum. 4.* Petrus de Ubald. *tract. de duobus fratribus, p. 8. q. 41. n. 42. tom. 6. tract. p. 1.* Avendañus *de exequend. mandat. 2. p. cap. 29. n. 6.* Escobar de ratiocin. cap. 21. n. 24. Giurba *decis. 15. n. 9. circa finem, & planè sen-*

sentit Felicius *de societate*, cap. 17. ex n. 25. Idque probatur, quoniam contractus legem ex conventione accipiunt, l. 1. §. Si conuenierit, ff. depositi, l. contractus 23. ff. de regul. jur. l. 1. C. commodati, cap. contractus, de reg. jur. in 6. Thusc. littera C. conclus. 980.

13 Limita quartò, si socius interpellatus ad exhibendum societatis librum, non exhibet illum, aut exhibet librum vitiosè, & non solemniter compositum, quod idem est, l. quoties vitiosè 6. ff. qui satisd. cogant. notat Plotus *de in litem jurando*, §. 34. n. 1. Nam libro non exhibito, vel non quali oportet exhibito, instrumentum societatis poterit adversus socium librum cælantem, aut non ostendentem, executioni mandari, non expectata amplius ratione dati, seu exitus. Tradit Cavalcanus *de tutore*, & *cavaliatore*, n. 217. qui dicit, sic se judicasse in causa tutelæ, Escobar *de ratiocin.* cap. 21. n. 25. Giurba *decis.* 15. n. 10. Rationem hujus limitationis reddit Escobar ubi supra, quia cum tutor in instrumento tutelæ, & socius in instrumento societatis promittant inventarium solemne, aut librum rationis confidere, & exhibere, si hoc non adimplent, optimo jure minor, vel socius pro quantitate liquida, vel etiam pro iis quantitatibus, quas sibi deberi in litem juraverint, via executiva agere poterunt, tanquam contra bonorum usurpatores, cum ipsi non possint se exonerare ex inventario, vel libro rationum quem non habent, vel malitiosè occultant, & in rationibus non exhibent. Confirmatur hæc limitatio ex eleganti doctrina Matthæi Matesilani, singul. 50. nota magnum periculum, ubi docet, quod quotiescumque quis jurat in contractu se observaturum in eo contenta, & non contraventurum, si contraveniat; & non adimpleat promissa, ultra infamiam, quam dicit incurtere, patitur hanc poenam, ut cogatur ad observandum contractum adversæ parti, & tamen adversa pars, quæ non incurrit perjurium, libera remanebit ab omni eo, ad quod tenebatur ex illo contractu, ut dicit probari in l. si quis major 41. C. de transact. Ex quo videtur inferri, ut quia socius, vel tutor non adim-

plent promissionem faciendi librum possit contra eos fieri executio pro capitali, quod illos constat recepisse. Et ob hanc doctrinam prædicti Doctores pro sua sententia allegant Matesilanum ubi supra. Cujus doctrina quamvis singularis, & quamvis esset vera, non video quid faciat pro hac limitatione; verissimum est tamen, contra non confidentem, aut non ostendentem, vel cælantem librum, aut inventarium, jurari posse in litem, ut sentit, & probat Plotus *de in litem jurando*, §. 5. ex n. 1. §. 9. §. 13. & §. 34. n. 1.

14 Formam autem, qua iste liber rationum confici debeat, ut sit solemnis, & rectè compositus, aptusque ad exonerandum eum, qui illum confecit, tradit *textus in l. comperimus* 2.C. *de naviculariis*, lib. 11. ubi notat Bart. n. 1. Angelus num. 1. Joann. *de Platea in princip.* Lucas de Penna *ex n. 1.* Jacobus Rebuffus n. 2. Avendañ. *de exequend. mandat.* 2.p. cap. 10. n. 31. Baeza *de decima tutor.* cap. 2. ex n. 171. Escobar *de ratiocin.* 1.p. cap. 9. & 10. Felicius *de societ.* cap. 38. ex n. 20. Plotus *de in litem jurando*, §. 35. n. 26. & 28. cum seqq. & §. 13. n. 5. & 6. Craveta *de antiquitate temporum*, 1.p. §. 6. quartò limitatur, ex n. 44. Stracca *de mercatura*, p. 2. ex n. 52. Farinac. *in fragment. criminal. litt. A.* ex n. 47. Thusc. litter. A, concl. 202. Surdus *conf.* 391. ex num. 34. lib. 3. Decian. *resp.* 94. ex n. 15. vol. 3. Gozadin. *conf.* 17. n. 9. Paul. Æmilius Verallus *decis.* 157. 2.p. Bellonus *decis.* 164. n. 21. & 22.

15 Limita quintò, si in contractu societatis adjiciantur pacta, quibus adhibitis fit, ut capitale sit salvum, & periculum illius rejiciatur in recipientem pecuniam servatis cautelis, quibus hoc pactum potest justificari. Pro cuius limitationis explicazione præsupponendum est, fuisse inter Doctores maximam controversiam, an possit in contractu societatis per pactum rejici periculum sortis principalis immisæ per unum ex sociis, in alterum socium, qui pecuniam ad negotiandum recipit, ita ut qui pecuniam dat participatus sit lucrum, damni autem sit immunis, cum semper

per illi suum capitale salvum sit remansurum.

16 In qua difficultate prima sententia ait, in societate non posse adjici pactum, quod maneat salvum capitale socii illud immittentis, & periculum subeat socius illud recipiens ad negotiandum alioqui contractum fore illicitum, & reprobatum. Ita sentit D. Antonin. 2.p. *summa*, tit. I. cap. 6. num. 34. & ex n. 37. Angelus in *summa*, verb. *Societas* I. n. 5. & 7. Sylvester in *summa*, verb. *Societas* I. n. 2. Joann. Lupus in *repet. cap. per vestras, notabili* 6. §. 10. & §. 11. *totum de donat. inter. Summ. Armilla* verb. *Usura, n. 17. Vivius decis. 84. num. 4. Cancer. variar. resol. 3.p. C. 7. n. 51. Soto de justitia, & jure, lib. 6.q. 6.art. 2. Pallad. lib. 2. *rerum quotid. cap. 2. ex n. 9. Aragon. 2. 2. q. 78. art. 2. post solutionem ad 5. argumentum principale, ex §.* Sed dubitabit aliquis hoc loco, Bañez 2. 2.q. 78. *commentar. in art. 4. §. dubitatur, circa ultimum modum societatis, concl. 1. Rebellus de obligationib. justitiae, 2.p. lib. 15. q. 4. n. 1. Azor. instit. moral. tom. 3. lib. 9. cap. 3. q. 5. 6. 7. & 8. & cap. 4. q. 5. Joann. Bapt. Lupus in *cap. naviganti, de usuris, §. 1. n. 24. Natta cons. 403. & 404. tom. 2. Felicius de societ. cap. 17. ex n. 8. & n. 42. & cap. 18. ex n. 3. & cap. 19. ex num. 25. Hæc tententia videtur aperte probari ex Bulla Sixti V. promulgata ann. 1586. Octobris, die 25. quæ continetur in *Bullario novo, tom. 2. inter Bullas Sixti V. Bulla 45. incipit: Detestabilis avaritiae, in qua in §. 1. damnat, & reprobatur omnes, & quoscumque contractus, conventiones, & pactiones post illam ineundos, seu ineundas, per quos, seu quas cavebitur personis pecunias, animalia, aut quaslibet alias res societatis nomine tradentibus, ut etiamsi fortuito casu quamlibet jacturam, damnum, aut amissionem sequi contingat, sors ipsa, seu capitale semper salvum sit, & integrum à socio recipiente restituatur, siue ut de certa quantitate, vel summa in singulos annos, aut menses durante societate respondeatur. Statuitque hujusmodi contractus, conventiones, & pactiones, usurarios, & illicitos censeri debere: atque in po-****

*Tom. II.*

sterum non licere iis, qui pecunias, vel animalia, aut alias res in societatem tradent, de certo lucro, ut præfertur percipiendo inter se pacisci, & concordare. Neque etiam siue ad certum, siue ad incertum lucrum convenerint, socios, qui eam recipient ad sortem, seu capitale salvum, & integrum, ubi illud casu fortuito perierit, seu amissum erit, reddendum, quovis pacto, aut promissione sibi obligare. Ac ne de cætero societates ineantur sub hujusmodi pactis, & conditionibus, quæ usurariam pravitatem sapiunt, districtè interdicit, & prohibet. Et §. 3. istiusmodi contractibus, & conventionibus, etiam juramento firmatis, denegat obligationem civilem, & naturalem, & actiones reales, & personales, aut Judicis officium. Ac tandem §. 4. contravenientibus imponit poenam manifestorum usurariorum, & foeneratorum.

17 Secunda nihilominus sententia asserit, adhibita cautela certarum quarundam conventionum additarum contractui societatis posse obtineri effectum, ut capitale societatis salvum maneat, & integrum in omni casu socio immittenti restituatur, etiam cum certo lucro quotannis exigendo societate durante. Ita sentiunt Cajetan. tom. I. *opusculor. tract. 31. respons. 11. Petrus de Ubaldis in tractat. de duobus fratribus, 4.p. n. 6. Joann. Lupus in cap. per vestras, notabili 6. §. 11. n. 8. de donation. inter, & §. 10. precedenti, ex n. 1. refert multos pro hac sententia, Navarr. in *Manual. cap. 17. ex n. 254. & in commentar. de usuris, ex n. 33. Covarr. lib. 3. variar. cap. 2. n. 4. Sarmiento selectar. lib. 7. cap. 1. ex n. 7. ad 12. Mantic de tacit. & ambiguis convention. tom. I. lib. 6. tit. 6. ex num. 3. Bellonus decis. 183. Joannes Bapt. Lupus in *cap. naviganti, de usuris, §. 1. n. 24. circa fin. Summa Armilla* verb. *Societas, n. 6. Molina de justitia, tractat. 2. disp. 417. ex n. 10. Sayrus in *decisio- nib. casuum conscientia, lib. 5. tit. 13. decis. 17. Lessius de justit. & jure, lib. 2. cap. 25. dubit. 3. ex n. 23. Salon. de justit. & jure, tom. 2. disp. de contractib. societatis, art. 3. controv. 2. ex n. 10. Medina in *instruct. Confessorum, cap. 14. §. 27. Toletus in instruct.*****

Y 2

Sa-

Sacerdotum, lib. 5. cap. 41. n. 3. Gasp. Roderic. de annuis redditib. lib. 3. q. 5. n. 64. Cavalcan. decis. 13. per totam, 2. p. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. q. 5. ex n. 1935. Bonacini. moral. Theologiae, tom. 2. tract. de contract. & restitutione, disp. 3. q. 3. punct. 11. ex n. 1. & q. 6. punct. 1. n. 3. vers. Dixi nisi aliter, Fillius moralium quest. tractat. 34. 2. p. n. 107. & tract. 35. n. 453. & tractat. 38. ex n. 52. Diana resol. moral. 1. p. tract. 1. de contraetib. resol. 30. Narbona in 3. p. Recop. in l. 15. tit. 18. lib. 5. gloss. 2. ex n. 2. & n. 7. Joann. Antonius Novarius in summa Bullarii, tit. de usuris super Bulla Sixti V. n. 3. Et ad eandem sententiam veniunt Angelus verb. Societas 1. n. 7. & Sylvester verb. Societas 1. n. 2. vers. Fallit autem, in suis, & Parlad. rerum quotid. libr. 2. cap. 2. n. 13. & Azor. instit. moral. tom. 3. lib. 9. cap. 3. q. 6. §. Ego tamen. Hæc sententia probatur de jure communi ex text. in l. si non fuerint 29. §. Ita coiri, ff. pro socio, & in §. de illa sanè, in fine, vers. Et adeò, instit. de societate, de quorum explicatione latè agit Narbona ubi supra, ex n. 9. & Covarr. libr. 3. variar. cap. 2. n. 3.

18 Ut verò in societate possit socius apponens capitale consequi sui capitalis securitatem, ut illi salvum remaneat in omni casu etiam fortuitæ amissionis, dicunt Doctores isti, tres contractus esse celebrandos ab eo, qui pecuniam suam tradit mercatori ad negotiandum, & lucrandum. Primus societatis, in qua unus ponat pecuniam, alter præstet operam in negotiatione, ex qua singuli possent percipere pro centenario decem, vel duodecim pro lucro, ut notat Baldus in l. cum quidam 31. §. præterea, n. 10. C. de jur. dot. In negotiatione enim licita, ut in mercimonio serici lucrum ascendens ad decem pro centenario est bonum lucrum, & ascendens ad quindecim pro centenario reputatur optimum lucrum, ut ex relatione peritorum tradit Socinus consil. 265. n. 8. versic. Ex quibus in proposito dico, vol. 2. Secundus contractus est assecurationis capitalis: pro qua securitate renuntiat socius immittens capitale, socio assecuranti partem aliquam lucri incerti,

quod ex societate percepturus est. Tertius contractus est assecurationis lucri incerti ex societate percipiendi taxati in minori quantitate, quam speratur percipi: pro qua item securitate lucri; verbi gratia, ad rationem quinque, vel septem pro centenario, socius assecuratus cedit socio assecuranti majus illud lucrum, quod se habitum sperat. Exempli gratia. Titius immittens mille ducatos in societate cum Sempronio sperat ex negotiatione serici, seu cambiorum consecuturum se quotannis decem pro centenario ratione lucri, Sempronius assecurat mille ducatos capitalis pro pretio duorum ducatorum pro centenario, solvendorum ex illo incerto lucrum ducatorum decem ex societate, & negotiatione percipiendo, atque item assecurat Titio lucrum ducatorum sex pro centenario, consequendos ab eodem Titio pro pretio aliorum ducatorum duorum pro centenario exigendorum à Sempronio, ex illo incerto lucro ducatorum decem. Itaque Sempronius pro pretio ducatorum quatuor pro centenario, aut pro majori quolibet ex negotiatione percipiendo incertè, assecurat Titio ducatos mille capitalis, & lucrum ducatorum sex pro centenario: & Sempronius assecurans consequitur jus percipiendi omne lucrum societatis, quantumcumque sit, & tametsi lucraretur viginti pro centenario, solum correspondebit Titio ad rationem ducatorum sex, & ulterius lucrum ex pecunia aliena sibi reservabit. In quo contractu uterque socius exponit se periculo, & fortuito eventui lucri, & damni. Titius quidem, qui apposuit pecuniam, perdendi lucrum majus, quod poterat sibi obvenire ultra sex, lucrandi verò securitatem capitalis, & parvi lucri, si forte in societe contigerit damnum. Sempronius autem exponit se damno perdendi capitale, & parvum lucrum, si non obvenerit, operamque suam, quasi oleum, & operam perditurus: exponit item se consequendo majori lucro, quam ad rationem sex pro centenario, quod potest obvenire.

19 Contractus autem assecurationis licitus est, & de hoc nullus est, qui dubiter,

ut tradiderunt post textus juris civilis , & Doctores antiquos , quos allegant Juristæ , & Theologi , Sylvester in summa , verb. *Negotium* , n. 4. Soto de *justitia* , & *jure* , lib. 6. q. 7. art. unico , Molina de *justitia* , tract. 2. disput. 507. n. 3. Lefsius de *justitia* , & *jure* , lib. 2. cap. 28. dubit. 4. n. 24. Salas de *contractibus* , tract. de *cambiis* , dubio 8. n. 3. Rebillus de *obligat. justitia* , 2. p. lib. 15. q. unic. de *assecurazione* , n. 3. Bañez 2. 2. q. 78. art. 4. in comment. post. tit. de *censib.* §. Pro cuius rei intelligentia , cum §. seq. Alvarus Valascus consultat. 64. n. 2. Petrus Santerna tract. de *assecurationib.* & *sponzionib.* mercatorum , 1. p. ex n. 5. Stracca tract. de *assecurationib.* in princ. ex n. 44. tom. 6. tract. p. 1. Covarr. lib. 3. variar. cap. 2. n. 4. & 5. Thesaur. q. forens. lib. 4. q. 77. n. 3. & 4. Gaspar Roder. de *annuis reddit.* lib. 3. q. 5. n. 54. 58. & 64. Joannes Lopus in *repet.* cap. per *vestras* , notab. 6. §. 9. n. 5. de *donat.* inter , Azor instit. moral. p. 3. lib. 11. tractat. de *assecurationis contractu* , cap. 1.

20 Non omitto quosdam ex Doctoribus relatis pro secunda sententia , n. 17. timidiiores , & rigidiores sentire hos contractus , quos esse justos , & licitos negare non possunt , non posse licite fieri cum una , & eadem persona , sed ut licite fiant , debere fieri cum diversis , aut quamvis possint cum una , & eadem persona iniri , non simul , & semel ; sed per intervallum , & diversis temporibus . Sed multò plures consentiunt , & hos contractus simul celebrari posse , & cum una , eademque persona . Nam contractus , qui cum pluribus licite fieri possunt , cum uno etiam possunt fieri , ut post Navarrum notat Sarmiento selectar. lib. 7. cap. 1. n. 7. & 8. & probat textus singularis in l. singularia 15. ff. si cert. petat. ibi: *Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum est.* Et quæ duobus temporibus facta licita sunt ex se , licita erunt ex se , si uno , & eodem tempore fiant . Hoc igitur modo dans pecuniam suam ad negotian- dum , potest consequi securitatem sui capitalis , & ut illi salvum remaneat cum incre- mento alicujus mediocris , & certi lucri , per contractus licitos , & ab usurarum la- be alienos .

21 Amplia prædictam resolutionem , ut procedat etiamsi contractus isti enumera- ri non ineantur expressè , & explicitè , dummodo celebrentur tacitè , & equiva- lenter , & intentione implicita : ut accidit quando quis tradit pecuniam mercatori , credens se posse justè quinque pro cente- nario exigere , intendensque contrahere eo modo , quo licetè potest , veluti si diceret , confero centum in societatem , ut solvas quinque , vel sex quotannis salvo capitali modo lictito , vel eo modo , quo dicunt Do- ctores licetè posse contrahi . Ratio est , quo- niā intentio implicita idem operatur quod expressa , l. cum quid 3. ff. si cert. pe- tat. Hanc ampliationem tradunt Navarr. in *Manual.* cap. 17. n. 255. versic. Addo , & in commentar. de *usuris* , n. 33. Lefsius de *ju- stit.* & *jur.* lib. 2. cap. 25. dubit. 3. n. 28. & 31. Filliuc. moral. q. tract. 38. n. 56. vers. Dices tertio , Diana resol. moral. p. 1. tract. 8. resol. 31. vers. Et hac omnia procedunt , Bonacina de *Morali Theologia* , tom. 2. tract. de *contractib.* disput. 3. q. 3. punct. 11. n. 2. vers. Addo cum *Navarro* , qui pro eadem sen- tentia refert Valentiam , & Reginaldum .

22 Ad Bullam verò Sixti V. quam pro priori sententia allegavimus supra n. 16. & quæ revera si attente , & imperturbato ani- mo spectetur , & expendatur , reddit hanc sententiam valdè dubiam , & planè contra- riā facit tūtiorem . Respondendum est , per illam damnari contractum societatis , in quo rejicitur periculum capitalis in so- ciūm accipientem ob solum societatis con- tractum , & nullo pretio illi a signato ob hoc periculum , quod suscipit : non verò damnari societatem , in qua ex vi contractus *assecurationis* manet periculum capitalis poenes accipientem , quod ille liberè in se suscipit ob partem lucri speratam majo- rem , quam ipsi posset ex societate obveni- re , cum iste contractus à tot doctissimis ho- minibus fuerit approbatus , quæ Romæ etiam doctissimos viros absque ulla diffi- cultate approbasse . Et eam sententiam plurimos hoc tempore per Hispaniam , Gal- liam , Italiā , Germaniam Sacrae Theolo- giæ Professores celeberrimos tradidisse , re- fert

fert Lessius *d. dubit. 3 n. 23. in fin.* Ac proinde Azor. *instit. moral. tom. 3. d. lib. 9. cap. 3. q. 7. in fin.* refert, audisse se à viris fide dignis, Sixtum V. Pontificem vivæ vocis oraculo respondisse, cùm de sua constitutione consuleretur, se non condemnasse societas tali pacto contractas, quas Classici Doctores sua sententia comprobarunt, sed eas tantummodo, quas illi communiter damnarunt. Atque ita eam constitutionem interpretantur Filliuc. *d. tract. 38. n. 57.* Bonacina *ubi supra*, Lessius *d. cap. 25. dub. 3. n. 33.* Narbona *in 3. p. Recop. in l. 15. tit. 18. lib. 4. gloss. 2. n. 43.* & de qua etiam multa dicit Azor. *ubi supr. d. q. 7. per totam.*

**23** Igitur, ut regrediamur ad limitationem quintam, unde digressi sumus, cum contractus societatis initur adhibitis istis pactionibus assecurationis, & de illo sit instrumentum publicum, & guarentigium, poterit socius, finita societate, agere executivè virtute illius contra socium, quod restituat non solum capitale ante calculatas rationes, sed etiam lucra conventione contenta. Quoniam cùm contractus sit licitus, & instrumentum guarentigium, dubitari non potest, quin ut potè liquidum executioni mandari debeat.

**24** Reliquum est, ut satisfaciamus argumentis adductis pro prima sententia ex *n. 3.* quatenus contra secundam, quam diximus habendam esse pro regula, videbuntur urgere. Et in primis ad doctrinam illorum, qui dixerunt, executionem deberi illi instrumento, in quo quis promisit certam quantitatem, nisi aliter ex calculatis rationibus apparebit, tanquam instrumento puro, & liquido, quam existimamus verissimam, dicendum est, speciem illam esse diversam ab ista, nam in illa promissio certæ quantitatis est pura, & liquida ante calculum, incertitudo verò, & illiquiditas (ut sic dicam) per diminutionem prædictæ quantitatis præsupponit calculum. In hoc verò casu, de quo agimus, evenit è converso, ut ante calculatas rationes certas capitalis residua ex societate sit incerta, & illiquida, & ad certitudinem promissionis, & liquidationem obligationis exi-

gatur calculatio. Nam cùm in societatem immittatur pecunia administranda, non potest promitti restitutio, nisi quatenus constiterit, nulla contigisse damna, quod nisi facto calculo constare non potest: ac proinde ante calculum non est quid liquidum, pro quo possit executio non habere. Habes exemplum simile in emptione *in l. 2. ff. de in diem addictione*; aliquando enim pura est, sed sub conditione resolvitur, aliquando est conditionalis: sic promissio prima liquida est, sed sub conditione fit illiquida: secunda verò sub conditione est liquida, id est perfecto calculo.

**25** Ad primum argumentum dico, verissimum esse, non debere retardare executionem liquidii pro illiquidio. Capitale autem societatis non censeri liquidum, donec peragatur calculus, cùm constare non possit, quoisque fiat, an in societate damage contigerint, ac propterea capitale sit, vel non sit diminutum. Hæc autem liquidatio non potest breviter, & summarie fieri, cùm debeat præcedere calculatio, quæ ex se difficilis est, & tarda, & infinitis ambigibus involuta.

**26** Ad secundum, & tertium argumentum responde, præsumi quidem negotiationem lucrosam, & capitale societatis salvum; sed non sat esse istam præsumptionem, ut ex illa possit fieri executio, cum contra illam possit ex calculo constare contrarium, executio autem debet fieri pro quantitate certò debita, & liquida, & de qua non per præsumptionem, sed per instrumentum visibile, & legibile constet.

#### SUMMA DISPUTATIONIS VIII.

**1** *V*arietas Doctorum circa difficultates hujus disputationis.

**2** Interesse est estimatio illius, quod alicui abs est culpa alterius, aut causa.

Interesse est damnum emergens, aut lucrum cessans, ibi.

Multa discrimina versantur inter duo ista genera interesse, ibi.

Non est par conditio ejus, qui damnum sentit, & ejus, qui lucrum non capit, ibi.

Amis-

- Amissio fructuum potius adscribenda est  
damno emergenti, quām lucro cessanti, ibi.*
- 3 Contra inopem, & decoctum currat interesse  
damni emergentis, sed adversus eum non  
habet locum interesse lucri cessantis.*
- Ille, à quo exigitur lucrum cessans debet  
esse solvendo, ibi.*
- 4 interesse in genere in omni contractu promit-  
ti potest.*
- 5 Interesse potest deberi absque mora debito-  
ris, dum tamen deducatur in pactum.*
- 6 Taxatio certi interesse in sex casibus fre-  
quentius adjicitur.*
- 7 Taxatio interesse exposita est usurariae pra-  
vitati.*
- Usura omni jure est vetita, ibi.*
- Usura est lucrum ex mutuo vero, vel in-  
terpretativo, ibi.*

## DISPUTATIO VIII.

Utrūm instrumentum obligationis pro in-  
teresse liquido taxato ab initio contra-  
ctus possit executioni mandari abs-  
que alia probatione?

**1** *M* Irum est quantum Doctores va-  
rient in extricatione difficultatum, quas involvit præsentis disputatio-  
nis titulus. Sunt autem duæ. Prima, utrum  
interesse inter contrahentes possit taxari  
ab initio contractus. Secunda, dato quod  
possit, & interesse taxatum sit, & de illo  
fiat instrumentum, utrum possit executio-  
ni mandari pro interesse taxato ab initio  
contractus, absque alia ulteriori proba-  
tione.

**2** Oportet autem ad utriusque examen  
præmittere. Primò, interesse, seu id, quod  
interest, non esse aliud, quām aestimatio-  
nem ejus, quod alicui abest alterius culpa,  
aut causa, seu quia damnum recepit amittendo  
sua, seu quia lucrum non acquisivit.  
Sic notat Calvinus in lexico, verb. *Interesse*,  
prosequitur Hermosilla ad glossam 4. ex n.  
7. in l. 10. tit. 1. p. 5. Itaque tunc alicujus  
dicitur interesse, cùm ei alterius culpa, aut  
causa, quod habet admittitur, quod est dam-  
num, aut quod erat acquisitus, non ac-

quirit, quod est cessare lucrum. Quo fit,  
ut interesse sit aut damnum emergens, aut  
lucrum cessans, l. non utique 3. §. fin. ff. de  
eo, quod certo loco, l. si commissa 13. ff. rem  
ratam haberet, l. quidquid 7. C. arbitr. tut.  
l. unica in fin. C. de sent. quæ pro eo, quod  
interest proferunt. Versantur autem multa,  
magnaque discrimina inter duo ista gene-  
ra interesse, videlicet inter interesse lucri  
cessantis, & damni emergentis, l. proculus  
26. in fin. ff. de damn. infect. Non est enim  
par conditio ejus, qui damnum sentit, seu  
debitum amittit, & ejus, qui lucrum non  
capit, l. ad si quis 14. §. Sed et si res, ff. de re-  
ligios. & sumpt. funer. l. ult. §. Si quis verò,  
C. de codicill. l. scimus ultima, §. Sin verò  
creditores, C. de jur. deliber. l. ultima, §. Sin  
autem, C. de acquir. possess. Et inde oriuntur  
diversi effectus, quos considerat Bald.  
in Auth. perpetua, n. 2. C. de Sacros. Eccles.  
Paulus de Castro cons. 37. ut bene attingan-  
tur, n. 5. 2.p. Petrus de Ancharr. cons. 37.  
contra Joann. n. 2. Decius cons. 410. in cau-  
sa mota, n. 4. Gregor. Lopez in l. 2. tit. 1.  
p. 4. gloss. 2. Petrus Barbosa in l. 2. in prin-  
cip. 1.p. n. 48. ff. solut. matrim. Gasp. Ro-  
deric. de annuis reddit. lib. 3. q. 5. ex n. 20.  
Cacheran. decis. 95. n. 42. Franch. dec. 101.  
n. 7. & 8. Magonius decis. Florentina 132.  
n. 15. Salon. de justit. & jur. tom. 2. q. 78.  
art. 2. controv. 9. n. 2. Scaccia de commerciis,  
§. 1. q. 7. p. 3. ampliat. 8. ex n. 271. Thusc.  
litt. D. concl. 14. & litter. L. concl. 453. Ca-  
stillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. n. 22.  
& ex n. 78. Dum tamen advertas, amissio-  
nem fructuum potius adscribi damno emer-  
genti, quām lucro cessanti, ut notarunt Ro-  
driguez d. q. 5. n. 26. vers. Hoc tamen, Gra-  
tian. discept. forens. tom. 1. cap. 67. n. 22. &  
tom. 2. cap. 387. n. 7. Ponte decis. 34. n. 36.  
in fin. Seraphin. decis. 1284. n. 2. & 3.

**3** Inter quæ discrimina illud est nota-  
tione dignum, quod usufrequentissimum  
esse solet, ut tametsi contra inopem, & de-  
coctum currat interesse damni emergentis,  
adversus eum tamen locum non habeat in-  
teresse lucri cessantis, ut docuit D. Anto-  
nin. 2.p. summ. tit. 1. cap. 7. §. 22. Angel.  
Clavalius in summa, verb. *Pœna*, n. 13. in  
fin.

*fin. Sylvest. in summ. eodem verb. n. 18. in fin. Rebuff. in repet. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod intereft, gloss. l. n. 56. & in gloss. proferuntur, n. 49. & in gloss. ult. n. 32. Conradus de contractib. q. 31. & q. 85. Afflictis decis. 29. n. 3. Minadous decis. 17. Bellonus decis. 99. v. 2. & 3. Martha decis. 165. n. 10. Seraphin. decis. 1434. Thuscus littera L. concl. 453. n. 11. Rolandus conf. 35. n. 25. vol. 1. Gutierr. de juram. confirmat. 1. p. cap. 2. num. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 119. n. 3. Riccius collectan. 1432. Bursatus conf. 68. n. 2. & 40. lib. 1. Scaccia de commerc. §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 100. Hævia Volaño de commerc. lib. 2. cap. 2. n. 14. Visconte concl. juris, verb. Interesse, col. 3. Et ratio est, quia una ex condictionibus, quas Doctores requirunt, ut possit justè exigi interesse lucri cessantis, est, ut ille, à quo est exigendum, sit solvendo, à paupere verò, & inope exigi non potest, ut notarunt Angel. ubi supra, Salon. d. art. 2. controvers. 8. n. 18. Joann. Medina de rebus per usuram acquisitis, q. 3. col. 13. §. conditiones, vers. 5. conditio, Salas de contract. tract. de usuris, dubio 20. n. 13. ubi alios refert, Gaspar Rodericus de annuis reddit. lib. 3. q. 8. n. 20. Filliuc. moral. quest. tom. 2. tract. 34. 2. p. cap. 5. n. 105. vers. 2. conditio, Bonacina Theologie moral. tom. 2. tract. de contractibus, disp. 3. q. 3. punto 7. n. 2. §. Secunda conditio est.*

4 Secundò præsupponendum est, in omni contractu posse stipulari, & promitti interesse, in genere non taxatum, neque reductum ad certam quantitatem: veluti si quis promittat damna, & expensas, & interesse, nisi faciat, aut nisi solvat quod promisit. Quamvis enim quidam dubitaverint, an possit interesse lucri cessantis etiam in genere in pactum deduci, quos commemorat Molina de justitia, tract. 2. disp. 315. n. 10. in communio rem sententiam itum est, ut de hoc nulla jam sit probabilis dubitatio. Hoc autem interesse incertum, & illiquidum, postquam promissionem non implevit debitor, liquidatur, & ex incerta quantitate per probationes reducitur ad certam, & liquidam. Sed difficultas est solum

de interesse certo, & ad certam quantitatem reducto, an possit ab initio contractus stipulari, & promitti, veluti si quis promittat, interim dum non solvat quantitatem centum ducatorum mutuo acceptorum, solvere singulis annis ad rationem septem pro centenario ultra fortem principalem ratione interesse.

5 Tertiò deinde statuendum est tanquam certius, & probabilius juxta sententiam communio rem Theologorum, & Juristarum, interesse, & posse deberi, & stipulari, & promitti etiam absque mora debitoris, dum tamen verè intersit. Quamvis enim regulariter verum sit, non deberi interesse, nisi à tempore moræ, l. socium qui 61. cum glossa ibi, ff. pro socio, l. 3. §. fin. ff. de eo quod certo loco, l. cùm quidam 17. in princip. ff. de usuris. Stephanus Forcatulus tract. de mora, 2. p. ex n. 1. Cagnolus in l. curabit, n. 52. & 53. C. de act. empt. Carrocious in additionib. ad consil. Decii 116. ex n. 12. Sotus de just. & jure, lib. 6. q. 1. art. 3. concl. 4. Salas de contractib. tract. de usuris, dubio 18. n. 4. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. 2. p. ampliat. 8. ex n. 100. Castillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. ex n. 57. Hermofilla ad gloss. 4. n. 21. l. 10. tit. 1. p. 5. verum tamen id ita intelligendum, & limitandum est, si interesse non sit in pactum deductum. Nam si in pactum deducatur, debebitur etiam absque mora, tām interesse damni emergentis, quām lucri cessantis, ut notarunt Cajetan. 2. 2. q. 62. art. 4. & q. 73. art. 2. sup. solutione ad 1. & in summ. verb. Usura, vers. Quartus casus, & vers. Quintus casus. Navarrus in Manuali, cap. 17. n. 21 f. vers. Et quod inter omnes, & in commentario de usuris, super cap. si funeraveris 14. q. 3. notab. 15. n. 42. & 43. cum seqq. Covarr. lib. 3. var. cap. 4. n. 5. vers. Item & illud. Barbosa in l. 2. in princ. 1. p. n. 48. circa finem, ff. solut. matrim. Gasp. Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 8. ex n. 14. Salon. de just. & jure, tom. 2. q. 78. art. 2. controvers. 8. n. 9. qui refert plurimos, & dicit, esse communem sententiam Theologorum, & Jurisperitorum, & n. 10. & controvers. 9. latè ex n. 16. Molina de justitia, tract. 2. disput. 315.

*ex n. 9.* Lessius de justit. & jur. libr. 2. cap. 20. dubit. 11. *ex n. 88.* Salas ubi supra , & dub. 19. *ex n. 2.* Azor. inst. moral. 3. p. lib. 7. tit. de mutuo, cap. 7. q. 3. §. Secunda est sententia, qui plurimos allegat, Filliuc. moral. quæst. tom. 2. tract. 34. p. 2. cap. 4. n. 69. & 78. Bonacina Theolog. moral. tom. 2. tract. de contractib. disp. 3. q. 3. punct. 4. n. 2. & n. 12. Hermosilla in d. gloss. 4. n. 22. in l. 10. tit. 1. part. 5.

6 Quartò præsupponendum est, taxationem certi interesse in sex casibus frequentius adjici solere. Primò in promissione facti, ut si quis promittat scribere librum, aut construere domum, quod si non fecerit, se obliget ad solvendum centum nomine interesse. Secundò, in contractu constitutionis dotis, ut si pater uxoris promittat dotem genero, & interim, dum eam non solvit, solvere ad rationem quinque, vel septem pro centenario. Tertiò, in restitutione dotis; ut si hæredes mariti obligati ad restituendam dotem mille ducatorum viduæ, convenient cum illa de solvendo illi ad rationem quinque, vel septem pro centenario, dum dotem non restituunt. Quartò, in emptione, & venditione: ut si venditor stipuletur ab emptore, dum pretium non solvit interesse ad rationem septem pro centenario. Quintò, in mutuo, ut si mutuator stipuletur à mutuatario tempore mutui quinque, vel septem pro centenario pecunia mutuata singulis annis ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, dum pecuniam mutuatam non restituerit. Sextò, in cambio: ut si campsor ab initio cambii taxaret decem, vel quindecim pro centenario usque ad primas nundinas; & recambia ad eandem, vel majorem rationem.

7 Quintò, tandem advertendum est, totam difficultatem hujus dispositionis ex eo ortam esse, quod taxatio interesse ferè in omnibus istis contractibus exposita, & obnoxia sit usurariæ pravitati, eamque sapiat, & videatur usuris occultis, & paliatis locum facere, sub specie justi contractus super interesse. Quæ personata usurarum imago magnum hiatum, & voraginem usu-

ris non à multis hinc annis patefecit, si credimus Dominico Soto de justitia, & jure, lib. 6. q. 1. art. 3. paulò ante quintam conclusionem. Nam cum usura, quæ omni jure vetita est ( ut animadvertisit priore tom. tit. 1. disp. 3. n. 11. 12. & 24. & præter eos, quos ibi retuli, notat Corrasius, Miscellaneorum lib. 7. cap. 10. ) non aliud sit, quam lucrum ex mutuo vero, vel interpretativo, & virtuali, ut docent, & explicant Soto d. lib. 6. q. 1. art. 1. in princ. col. 2. Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 2. versic. Hinc justissimè Raudensis de analogis, cap. 12. n. 23. & 24. Riccius collectan. 1438. Tepatus in compendio variar. tit. 170. in princ. versic. Usura, Molina de justitia, tract. 2. disp. 303. ex num. 5. Bañes 2. 2. q. 78. art. 1. in comment. tit. de diffinitione usura, versic. Pro barum diffinitionum, Lessius de justit. & jure. lib. 2. cap. 20. dubitat. 3. ex n. 18. & n. 21. Rebellus de obligat. justit. 2. p. lib. 8. q. 1. n. 2. & 3. Salas de contract. tractat. de usuris, dub. 1. n. 3. Filliucius moral. quæst. tract. 34. 1. p. cap. 10. n. 216. & 2. p. cap. 1. n. 3. & 4. & in quinto ex predictis casibus interveniat mutuum verum, & formale, in aliis, excepto primo, mutuum virtuale, & interpretativum; etenim quoties datur dilatio ad solvendam pecuniam, videtur pecunia mutuo data, sit, ut cum quidquid ultra sortem accipitur, sit usura, verendum sit, ne sub nomine interesse exerceatur usura, quæ à Christiana Republica exterminanda est. Et majoris claritatis gratia hanc disputationem dividimus in sequentes sectiones.

### SUMMA SECTIONIS I.

- 8 *D*octores requirunt diversas conditio-nes, ut possit exigi interesse.
- 9 *N*on potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicujus interesse.
- 10 *J*udices, qui condemnant reum ad interesse petitum, sine ulla probatione errant gravisimè in re gravi, & periculosa, struuntque viam usuris.

## SECTIO I.

De necessitate probationis ad exactiōnēm ejus, quod interest, judiciale.

8 **O**Mnes Doctores, qui de interesse tractant, seu damni, seu lucri, diversas conditiones requirunt, ut interesse exigi possit, tam quoad forum internum tuta conscientia, quam quoad forum externum salva justitia. Ita invenies apud Doctores hucusque allegatos in hac disputatione, & Joann. Medina tit. de rebus per usuram acquisitis, q. 3. §. conditiones igitur, & ceteros Theologos, qui loquuntur de foro interno. Nos agimus de foro externo, verum de foro externo Catholicorum hominum, qui vivimus in Republica non permittere usuras, nec eas dissimulante, sed puniente, & exterminante, earumque personarum vultum cupiente detegere, addita Catholicæ doctrinæ, abhorrenteque ab hæreticorum dogmatibus.

9 Prima igitur conclusio sit, & regula in hac materia, non potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicujus interesse, vel ratione damni, vel ratione lucri. Hæc conclusio sic intellecta de interesse in genere abstrahendo à taxato, vel non taxato, & ab hac, vel illa probatione, apud omnes absque difficultate recipi debet. Et probatur quoniam interesse est quid facti, l. quatenus 25. ff. de regulis juris, ubi notat Decius ex n. 1. Cagnol. ex n. 6. Ignæus n. 85. Rewardus, statim in princ. Alciatus de eo, quod interest, cap. 2. n. 14. Rebuffus in repet. l. unica, C. de sent. quæ pro eo, quod interest, gloss. ad verb. Pront, n. 6. Facta autem non præsumuntur, nisi probentur, l. si emancipati 9. C. de collat. notat Catellianus Cotta in memorial. verb. Fata, Rebuff. in repet. l. divis notab. 3. n. 24. ff. ad Sillianian. Balb. tract. de prescript. 1. p. 4. princ. q. 3. n. 3. Molina de primog. lib. 4. cap. 7. n. 33. Menoch. de presumpt. lib. 6. presumpt. 14. Mascard. de probat. tom. 2. concl. 733. facta, Thusc. litt. F. concl. 10. Barbos. in l. Tertia, n. 110. ff. solut. matrim. August. Barbos.

axiomate 93. n. 27. & 28. & passim hæc regula observatur ab omnibus. Quare ad obtinendum in petitione interesse, probationem requirunt, Glossa in cap. dilecti 17. verb. Cum justis, & moderatis expensis, de foro compet. Alberic. in l. 1. n. 31. C. de Summ. Trinit. & Fide Cathol. Decius in d.l. quatenus, ex n. 5. Ignæus ex n. 86. Cagnol. n. 6. & n. 14. cum seqq. Bartol. in l. unica ex n. 29. Cynus ex n. 26. Albericus ex n. 27. Bald. ex n. 27. Salic. ex n. 28. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, Rebuff. ibidem gloss. in verb. In aliis, n. 40. ubi dicit, notandum perpetuò in praxi, & gloss. in verb. Subtilitatem, ex n. 1. & gloss. ult. ex n. 25. n. 34. & n. 55. Paulus de Castro cons. 219. in causa, quæ veritatur, n. 2. vol. 2. Afflictis decis. 20. & decis. 284. n. 2. & 3. Franchis decis. 21. n. 5. Putteus decis. 231. die 13. Januarii, lib. 1. Gamma decis. 110. n. 20. Mohedanus decis. 2. de usuris, alias decis. 103. & decis. 3. eodem tit. alias decis. 208. Seraphin. dec. 186. Mascard. de probation. vol. 2. concl. 934. Agenti ad interesse, ex n. 1. Barbosa in l. 2. in princ. 1. p. n. 51, in fin. & n. 52. ff. solut. matrim. Hermosilla ad l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 48. & 311. Escobar de Ratiocin. p. 1. cap. 15. ex n. 6. Gaspar Roder. de annuis reddit. lib. 3. q. 5. ex n. 21. & q. 10. n. 12. in fin. cum seqq. Castillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. n. 47. qui ait, hoc esse certissimum, & in eo nullum Doctorum dissentire, & quamplurimi alii, quos inferius sectionibus sequentibus, præsertim 6. referemus.

10 Ex qua conclusione infertur, Judices, qui condemnant reum ad interesse petitum, sine ulla probatione, errare gravissimè in re gravi, & periculosa, struere que viam planam, & expeditam usuris, in magnam Dei offendit, Reipublicæque Christianæ detrimentum; & proinde ut judicantes ex capite contra omnium DD. dogmata, & juris principia teneri ad restituendum, & resarcendum damnum illatum condemnato. Neque hac in re excusabuntur stylo, quem vocant, aut consuetudine, quæ non solum non est rationabilis, sed est potius manifestissimus error, ac proinde in consequiam non adducendus,

dus, *juxta textum in l. quod non ratione 39. ff. de legibus.* Maximè cùm sit materia tangens jus naturale, contra quod nullus stylus potest prævalere. Natus autem est ex eo, quod qui hunc, quem vocant stylum in praxim admiserunt, neque legerunt Doctorum scripta, neque expenderunt maxima incommoda inde provenientia, & sic decepti sunt à Diabolo, qui non aliud ambit, quām charitate inter Christianos refrigerata inter eos introducere usuras sub honesti nominis velamento, ab hæreticis nostris temporis approbatas, Catholicis moribus exosas, & damnatas: tantò nocentiores, quanto occultiores serpunt honestate nominis ejus, quod interest, paliatæ. Certissimè enim hæc Respublica Neapolitana, imò, & totum Regnum, ob istas inconsideratas condemnationes interusuriorum cuiusvis debiti in maxima versatur calamitate, & pernicie, & paulatim prolabitur in interitum, & depopulationem, devorante illa voracissima bellua, quam ex Aristophane in nubibus commemorat, Alciat. in l. usura 121. n. 3. ff. de verbor. signific. nisi quòd Vulpes vestitur pelle Leonis, usura, inquam, vocatur interesse.

## SUMMA SECTIONIS II.

- 11 **C**asus istius sectionis est facilis.
- 12 **I**n promissione facti potest promitti interesse certum taxatum à partibus ex conventione.
- 13 Recepta est Tribunalium superiorum consuetudo, ut poena conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit.
- 14 Poena promissa in obligatione facti non exigitur, nisi culpa promissoris factum non impleatur.
- 15 Taxatio interesse in promissione facti, non valet in vim conventionis, sed in vim probationis.



\*\* \* \*\* \*

## SECTIO II.

De interesse taxato in initio contractus, in quo promittitur factum.

**I**ste casus tantò est magis facilis, quanto plus distat à suspicione usurarum, nam in hoc contractu, in quo promittitur factum, nulla cernitur imago mutui veri, vel interpretativi.

**I**gitur secunda conclusio, quando promittitur factum, casu, quo non fiat, potest promitti, aut ratione poenæ conventionalis, aut ratione interesse, certa quantitas taxata ex partium conventione. Probatur apertè ex *textu in l. in ejusmodi ultima, ff. de Prætor. stipulat.* de quo casu egi superius eod. tit. disp. 3. n. 23. Ubi resolvi, quoniam in eo nulla invenitur usuræ suspicio, posse exigi hanc poenam, vel interesse à stipulatore, nulla requisita probatione ex parte ejus, quod tanti intersit, quantum in stipulatione continetur, modo poena non sit excessiva, & interesse non transcendat lucrum, & damnum verisimile. Neque oportere hac in re scrupulosius versari, cùm nullus adsit usuræ paliatæ timor, juxta sententiam Grammatic. decis. 58. n. 6. & 8. & doctissimi D. Francisci Sarmiento, libr. 3. selectarum, cap. 6. n. 11.

**I** animadverti quoque d. disput. 3. n.

22. receptissimam esse, invaluisseque multorum superiorum Tribunalium consuetudinem, ut poena conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit. Tandem admonui, posse, & debe-re admitti promissorem ad probandum, si id offerat, nihil, aut multo minus interfuisse stipulatoris, quām in stipulatione continetur, id enim omni probationi communе esse, ut recipiat aliam meliorem probationem in contrarium, quod etiam animadvertisit Menchaca quæst. usufrequent. libr. 3. cap. 60. n. 26. Ex quo consequens est, ut instrumentum obligationis facti pro interesse taxato, non possit statim executioni mandari, nisi post admissam rei probationem, aut quia nihil probet, aut quia ex pro-

batione non constet, interesse esse minus, quām in contractu fuerit expressum, cùm ante non possit dici liquidum.

14 Illud oportet meminisse, si in obligatione facti adjiciatur poena, poenam non posse exigi, nisi culpa promissoris factum non impleatur, ut si casu fortuito, sine culpa promissoris adveniat impotentia, aut insuperabilis difficultas. Nam poena sine culpa esse non potest, *i.e. alias est fraus 131. ff. de verborum significat.*

15 Ex prædictis manifestum est, taxationem interesse à principio in obligacionibus facti, non valere in vim conventionis, cùm sit de facto futuro, cuius contrahentes non possunt esse certi. Nam quis poterit certo scire, quanti sua intererit factum promissum factum non esse, nisi sit divinator, aut profeta? Valet igitur ista taxatio in vim probationis, juxta elegantissimam Menchacæ adnotationem, *ubi supra n. 25.* quam iterum habebimus obviam *infra n. 88.* & inde provenit, ut admitti debat ex altera parte probatio contraria.

### SUMMA SECTIONIS III.

16 **P**atres cùm constituunt dotes filiabus, promittunt genero dotem accepta dilatione ad solvendum, & se obligant interim dum solvunt ad solvendum certum interesse.

17 **Q**ui sentiant, hoc pactum esse usurarium. Pactum de recipiendo aliquid ultra sortem est usurarium, *ibidem.*

18 Contrariam sententiam qui amplectuntur.

19 Multi requirunt, ut maritus sit negotiator, ut possit exigere interesse dotis taxatum à principio.

20 Textus in cap. salubriter, de usuris, probat secundam sententiam.

21 Pro explicatione cap. salubriter, distinguuntur duo casus.

22 Dos constituitur marito, ut sustineat onera matrimonii.

23 Maritus cui non solvitur dos incurrit damnum ex amissione fructuum.

In traditione pignoris pro dote solvenda subintelligitur tacitè pactum de lucrandis fructibus, *ibidem.*

24 Dote constituta in pecunia tacitè actum videtur, ne pecunia conservetur otiosa, sed impliceatur.

25 Maritus non tenetur uxorem alere quan- diu illi dos promissa non solvitur.

26 In promissione dotis potest adhuc beri pa- ctum de certo interesse solvendo interim dum dos non solvitur, & quomodo id in- telligatur.

27 Statutum, quo taxaretur certa quantitas interesse solvenda marito interim donec dos non solvitur, esset justum.

### SECTIO III.

De interesse taxato in constitutione do- tis à principio inter maritum, & dotantem.

16 **S**olent patres, cùm promittunt ge- nero dotem filia, accepta dilata- tione ad solvendum capitale, dum ea gau- dent, promittere certam quantitatem an- nuam solvendam ad rationem septem, vel octo pro centenario. De quo contractu dubitatum est apud Doctores, tūm justi- tiam, tūm circa executionem.

17 Prima sententia est, ejusmodi pa- ctum esse usurarium, & inefficax, ac proinde interesse taxatum ab initio in constitu- tione dotis non posse peti. Ita sentit Joannes Andreas in cap. salubriter 16. n. 1. de usuris, & ibi eum sequuntur Joan. de Ana- nia n. 5. ex vers. Quid autem si ille, & n. 6. Za- barella *ibid.* in fine capituli, Butrius n. 6. D. Antonin. 2.p. summa, tit. 1. cap. 7. §. 27. An- charr. conf. 150. in q. quæ vertitur, n. 4. Lau- rentius de Rodulfis in cap. consuluit, de usu- ris, q. 53. n. 36. Ambrosius de Vinate *ibid.* n. 13. & 14. tom. 7. tract. Alex. conf. 221. super tit. quest. n. 7. vers. Nec prædictis, lib. 2. Decius conf. 3. n. 5. concl. 39. juridicam, n. 5. & consil. 119. n. 7. vers. Secundo ad hoc, & in cap. cùm venerabilis, num. 65. de except. Campegius tract. de dote, 2.p. q. 6. n. 1. in fine, Joannes de Imola in l. in insulam 43. §. usuras, n. 6. & 7. Paulus n. 4. Alex. n. 3. 4. & 5. ff. solut. matrim. Socinus conf. 88. n. 18. & conf. 130. n. 10. vol. 4. Laurentius

Sil-

Silvanus conf. 10. n. 46. Craveta conf. 189. n. 7. vers. Quintus casus, juncto vers. Sed tamen subsistendum, Joann. Lopus in cap. per vestras, notab. 6. in princip. n. 8. ex versic. Et hinc est, & §. 8. n. 3. & n. 6. de donat. inter, Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 15. 16. & 17. ubi concludit, taxationem nihil valere factum à principio, & interesse peti non posse, tanquam ex pacto foeneratio, nisi testibus, vel instrumentis probetur verum interesse, Catellianus Cotta in memorial. verb. Dos solut. matrim. versic. An autem possit recipere. Valascus consul. 8. n. 5. tametsi agnoscat practicari contrarium, Mascarodus de probationib. vol. 1. concl. 934. n. 33. Grassis de exceptionib. except. 28. n. 73. Fundamentum non est aliud, quām quod pactum recipiendo aliquid ultra sortem, sic usurarium, cūm usura sit lucrum ex mutuo vero, vel interpretativo. In hoc verò casu cernatur mutuum interpretativum, cūm detur dilatio ad solvendam sortem principalem. Ac per consequens hoc pactum censetur adjectum in fraudem usurarum paliatarum sub nomine interesse.

18 Secunda sententia ait, pactum de certo interesse in constitutione dotis, dum capitale non solvit, esse licitum, & proinde illud interesse deberi, peti, & exigible posse, dummodò sit moderatum, & verisimile. Hanc amplectitur Abbas Panorm. in d. cap. salubriter 6. n. 3. Ancharr. n. 3. de usuris, Baldus Novellus de dote, 7. p. privileg. 3. n. 3. & 4. Alex. conf. 31. & conf. 200. lib. 6. Sylvester in summa, verb. Usura 3. n. 3. Angelus verb. Usura 1. n. 25. in fin. Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. 4. hinc poterit dici, qui pro eadem allegat, Adrianum Gabrielem, Joann. Majorem, Almaynum, Conradum, & alios, Molina de primogen. lib. 4. cap. 5. n. 5. & 6. Gasp. Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 7. n. 44. & n. 60. & q. 8. ex n. 14. propriè n. 18. Felician. de censib. tom. 1. lib. 2. cap. 5. ex n. 21. Gamma decis. 272. & ad eum locum Flores de Mena, Melsia de taxa panis, concl. 2. n. 76. & 77. Joseph Ludovic. decis. Lucens. 21. ex n. 17. Rota diversorum, decis. 244. 4. p. Rota apud Farinac. decis. 331. n. 5. 1. p. Vivius decis.

424. Grassis de exceptionib. except. 32. n. 86. Fontanella de pactis nuptial. tom. 2. clausula 5. gloss. 9. ex n. 1. Molinus de pactis nuptial. libr. 3. q. 39. ex n. 1. Navarrus in comment. de usuris, notabili 21. n. 67. Aragon. 2. 2. q. 78. art. 2. in explicatione super solutione ad 6. §. quare his sententiis omissis, versic. Ex hoc infero 1. Bañes ibid. in comment. super d. solut. ad 6. argumentum D. Th. §. item sequitur tertia conclusio, Salon. in eodem art. 2. controversial. 14. n. 5. §. sequitur tertio, cum versiculis seqq. Molina de justitia, tractat. 2. disput. 321. n. 17. Lessius de justit. & jure, lib. 2. cap. 20. dubit. 16. n. 142. in fin. Rebellus de obligationib. justitiae, 2. p. lib. 8. q. 12. n. 7. Salas de contractib. tract. de usuris, dub. 29. n. 8. Baeza de non meliorandis ratione dotis filiabus, cap. 25. n. 8. quamvis non loquatur de interesse taxato, ait, hoc interesse dotis non solutē deberi marito, etiam si non sit mercator, neque solitus negotiari, quod animadvertis quoque Gaspar Roderic. d. q. 8. n. 17. adjiciens rationem. Quoniam quod quis sit solitus negotiari, requiritur, ubi agitur de interesse lucri cessantis, juxta communem traditionem Doctorum in l. 3. §. nunc de officio ultimo, ff. de eo, quod certo loco, secus ubi agitur de interesse damni emergentis, quod debetur damnum passo, etiam non solito negotiari, l. proinde 22. l. inde Neratius 23. ff. ad l. Aquil. juxta egregiam adnotationem Cagnoli in l. unica, n. 48. C. de sent. quae pro eo quod interest, & Mascar. in d. conclus. 934. n. 16. Aragon. 2. 2. q. 78. art. 2. in explicatione ad fin. §. quare his sententiis omissis. Maritus verò, cui dos non solvit, versatur in damnō, quod incurrit sustinendo onera matrimonii sine dote, in quo planè deceptus videtur, l. si donatus 9. §. 1. ff. de condic. causa data.

19 Oportet autem animadvertere ex Doctoribus hanc sententiam sequentibus, antiquiores, videlicet Abbatem, Ancharr. Baldum novellum, Alexandrum, Sylvestrum, Angelum, & cæteros, qui requirunt, ut possit exigi hoc interesse taxatum eam conditionem, ut maritus sit negotiator, planè requisituros etiam, ut hoc interesse exi-

gi possit, probationem hujus qualitatis in marito, quod sit solitus negotiari. Reliqui verò, qui hanc qualitatem non requirunt, videntur nullam aliam probationem requiri, cùm de qualitate illa, quod interesse sit moderatum, & verisimile notoriè constet, præcipue si iste contractus celebretur in Civitatibus, aut Provinciis, in quibus frequentatur emptio censum, seu annorum reddituum, & suppetunt frequentes occasions similium emptionum, ut animadvertis Covarr. lib. 3. variar. d. cap. 1. n. 3. versic. Sexto hinc in fin. agens de interesse taxato in restitutione dotis, quod etiam ad constitutionem rectè potest extendi.

20 Fundamentum hujus sententiae est *textus in capite saluberiter de usuris*, quo statuitur generum recipientem pignus fructiferum pro dote non soluta, non obligari ad fructus pignoris in sortem computandos, sed eos habere posse præcipuos ultra sortem, quoisque illi dos solvatur pro sustentandis oneribus matrimonii. Cùm tamen regula sit in contrarium, nempe fructus ex pignore collectos, computandos esse in sortem principalem debitam, eamque diminuere, l. 1. & 2. C. de pignorat. act. 1. 1. C. de distract. pignor. alioqui fructibus pignoris in sortem non computatis committi usuram, cap. cum contra 6. de pignor. cap. 1. & 2. cap. conquæstus 8. de usuris, Petrus Gregorius tract. de usuris, lib. 2. cap. 9. ex n. 1. Salas de contract. tractat. de usuris, dub. 28. ex n. 2. Ex ratione autem illius *textus in d. cap. saluberiter 16. de usuris*, planè colligitur, idem fore si gener stipuletur à socero, dum dotem non solvit, certam annuam pecuniam pro sustentandis matrimonii oneribus, ut videlicet istam quantitatem sic receptam non teneatur excomputare in solutione capitalis dotis, sed eam possit habere præcipuam. De hujus textus expositione latè agit Petrus Gregorius tract. de usuris, lib. 2. cap. 12. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 7. ex n. 41. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 2. cap. 5. ex n. 20. Navarrus in comment. de usuris, ex n. 64. Barbosa in l. de divisione 5. num. 1. ex versic. Infertur etiam, ff. solut. matrim. Aven-

dañus de censibus cap. 10. ex n. 1. Negusant. de pignor. 5. p. membr. 5. n. 16. ultra ordinarios, & præcitos Doctores.

21 Ego existimo, secundam sententiam esse probabiliorem. Verùm pro maiori ejus explicacione, & reddenda ratione *textus in d. cap. saluberiter*, qui apud Doctores reputatur difficilis, in primis adverto, distinguendos esse duos casus. Primus est, quando dos promittitur genero in bonis stabilibus fructiferis, puta, domo, fundo, annuis introitibus, ex quibus omnibus fructus percipiuntur, quo possint onera matrimonii sustineri, quibus supportandis frequentius dotis fructus non sufficiunt, ut rectè consideravit Innocentius author *textus d. cap. saluberiter*. Secundus est, quando dos promittitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis est, & fructus habere non potest, l. *usura 121. ff. de verbor. signific.* quo fit, ut acquisitio lucri ex pecunia præter nataram sit, docente Aristotele lib. 1. *Politiconum*, cap. 7.

22 Secundò deinde adverto, dotem constitui marito in matrimonio, ut ejus onera sustineat, dum matrimonium durat, l. *pro oneribus 20. C. de jure dotum*, videlicet, ut uxorem alat cum familia, educet filios, & omnia ut diligens paterfamilias administret; illo verò finito, dotem integrum uxori, aut hæredibus ejus restituat, ac proinde illam constante matrimonio conservet. De istis, & aliis oneribus matrimonii latè agit Petrus Gregorius in *stagmate juris universi*, lib. 9. cap. 19. & 20. onera verò, quæ hic commemoravimus retulit Dominicus Soto de justit. & jure, lib. 6. q. 1. art. 2. post solutionem ad argumentas versic. Igitur Adrianus, à quo quamvis descendere videatur, non distat, Salon. 2. 2. tom. 2. q. 78. art. 2. controversial. 14. n. 3. & alii, ut Navarr. comment. de usuris, n. 65.

23 Ex quibus planè fit, ut in primo ex supradictis casibus, si dos statim non solvatur, maritus incurrit damnum amissionis fructuum, quos ex bonis stabilibus in dotem promissis percepturus erat, & ex quibus oneribus matrimonii satisfacere debebat. Quæ amissio fructuum damnum est,

est, ut notavi supra n. 2. in fine. In hujus autem damni satisfactionem, & restauracionem, mirum non est, si possit lucrari fructus pignoris pro securitate solutionis constituta dotis sibi dati, loco illorum, quos ex bonis stabilibus promissis in dotem erat percepturus. Idque nulla habita ratione, an sint plures, an pauciores, cum ferè semper fructus dotis non sufficiat ad onera matrimonii supportanda. Ac proinde non procul aberrant è vero, qui existimant in illa traditione pignoris pro solvenda dote dati, tacitè subintelligi pactum de lucrandis fructibus ex pignore perceptis in locum percipiendorum ex dote, juxta adnotacionem originalem Cajetani 2.2 q. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum argumenum. Navarrus in comment. de usuris, notabili 21. n. 65. versic. Quare videtur reddenda septima ratio, cum n. 66. Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Secundò constat, Petrus Barbosa in l. de divisione 5. n. 1. in fine, cum n. 2. ff. solut. matrim. & Michaelis Salon. 2.2. d. q. 78. art. 2. controvers. 14. num. 4. Salas de contract. tract. de usuris, dub. 29. n. 6.

24 In secundò verò casu, ubi dos constituitur in pecunia numerata, quæ ex se infructuosa est, est major difficultas, quam rectè expendit Salas ubi supra d. n. 6. §. sed hac interpretatio. Verum ex iis, quæ dicta sunt rectè expensis superatur. Nam cum pecunia dotalis detur marito, ut ex ea constante matrimonio ejus onera sustineat, soluto verò, eam restituat, tacitè actum videatur, ne eam conservet otiosam: alioqui ad nihil deserviret, si in arca servaretur, neque in aliquo maritum juvaret: si verò expenderetur capitale ipsum, onus restitutio- nis esset gravius, quam utilitas expensæ commoda. Traditur itaque marito, ut eam implicit, suo tamen periculo, vel in emptione stabilium redditum fructus, vel in emptione reddituum annuorum, seu censuum, ex quorum redditibus onera matrimonii suppoter, vel in aliqua lucrosa negotiatione, ex qua lucrum acquirat. Quod apertius solet caveri in capitulis matrimonialibus, quæ in hoc Regno fiunt: vix enim est, ut pecunia dotalis detur marito libe-

ra, & explicita, sed expressè cavetur, ut debeat implicari in emptionem stabilium, vel annorum introituum, tūm ut sustententur onera matrimonii, tūm ut securior sit tempore soluti matrimonii restitutio. Quo fine solet apud publicum Bancum deponi vinculata, ne inde extrahatur, nisi pro facienda simili emptione. Si igitur in contractu dotali, quo promittitur pecunia, tacite agitur, ut pecunia convertatur in emptionem rerum fructiferarum, aut in lucrosam negotiationem, ex quarum fructibus, & lucro sustineantur onera matrimonii, planum est, maritum dum illi non traditur dos etiam pecuniaria, carere fructibus, & lucro, quæ percepturus erat ex pecunia implicata, non secus ac careret fructibus dotis in rebus stabilibus consistentis, ac per consequens non secus percipere possit, & stipulari legitimè, & iusta conscientia, restaurandi hujus damni gratia, certam annuam pecuniam, dum illi dos non solvit. Quod indicasse videtur Hostiens. in d. cap. salubriter, n. 5.

25 Adjicit Felicianus (& non displaceat, quia cum hoc ipso coincidere videtur) d. lib. 2. de censibus, cap. 5. n. 20. §. pro vera tamen, maritum non teneri uxorem alere, quamdiu illi dos promissa non solvit, cum eam possit à domo expellere, l. generaliter ultima, C. ad Vellejan. Alex. notavit cons. 56. n. 10. libr. 4. & in l. in insulam 43. §. usuras, n. 1. ff. soluto matrim. Socinus regula 315. alias litt. M. reg. 11. Boerius decis. 22. ex n. 1. Covarr. de matrim. 2. p. cap. 7. in princ. n. 2. qui tamen eam sententiam moderatur, & Rebellus, similiter eam limitans, de obligation. justitiae, 2. p. lib. 5. q. 10. sect. 4. ex n. 29. Lara in l. si quis à liberis, §. si quis ex his, n. 50. ff. de liber. exhiben. Navarrus cons. 50. n. 3. de regularris, Joann. Lopus in repet. cap. per vestras, notabili 3. in princ. ex n. 2. de donat. inter, Petrus Gregorius in syntagmat. juris, lib. 9. cap. 19. n. 3. Cacheran. decis. 132: n. 18. Aufrerius ad decis. Tholof. 87. n. 3. Cum ergò maritus dote adhuc non soluta sustineat onera matrimonii alendo uxorem, & ejus familiam, quod non debebat, ut docet Gloss.

*Gloss. in Autb. de non eligendo secundo nubent. in §. illud quoque dudum, verb. Onera, imponens sibi onus, & obligationem, ad quam non tenebatur, fit, ut pro illo onere possit licet, & absque usuræ vitio recipere, aut fructus pignoris pro solutione dotis dati, aut certam annuam pecuniam, interim dum dos non solvit promissam. Quemadmodum potest, qui pro alio fidejubet pro subeundo onere fidejussionis, cui sponte se subjicit, pretium conventum accipere, ut est commune Doctorum placitum, juxta textum in l. si remunerandi 6. §. Maurus, ff. mandat. & in l. hoc jure 19. §. Labeo, ff. de donat. Tradunt Covarr. lib. 3. variar. cap. 2. n. 6. Avend. de exequend. mand. 2. p. cap. 12. n. 12. versic. Et videtur, in fin. Didacus Perez in Rubr. tit. 2. lib. 8. Ordinam. pag. 23. col. 2. versic. Quero successivè, Valascus consult. 18. Menesius in l. rem majoris 2. n. 27. C. de rescind. vend. idem Felician. de censib. tom. 1. lib. 1. cap. 10. n. 14. vers. Tum quia, & ubi supra, Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 2. q. 12. ex n. 7. Molina de justitia, tract. 2. disput. 319. Manticia de tacitis, & ambig. convent. lib. 16. tit. 2. Joann. Lupus de usuris, in cap. naviganti, comment. 3. §. 1. n. 19. Heringius de fidejussor. cap. 26. ex n. 119. Pirrus Maurus de fidejussor. 2. p. sett. 2. cap. 2. Caballus resol. crimin. casu 285. Baeza de decima tutor. cap. 2. n. 82. Surdus conf. 316. vol. 3. Quo sit, ut dispositio d. cap. salubriter, procedat ex particulari natura contractus dotalis, non ex favore dotis, ut nonnulli sentiunt.*

26 His positis, sit tertia conclusio, in constitutione dotis potest is, cui promittitur, stipulari certam annuam quantitatem à socero, vel alio dotante, donec dos solvatur, & promittens ex promissione manebit obligatus, neque ad hujus obligationis executionem necessarium erit probare, quanti intersit stipulatoris. Ratio hujus conclusionis est, quoniam taxatio certæ illius quantitatis, quamvis videatur redolere interesse, quatenus solet conformari utilitati, quam maritus poterat percipere ex quantitate dotis implicata in emptionem annuorum reddituum, & in instrumento

soleat apponi verbum: *Pro interesse dotum, aut interusurario*, revera non est taxatio interesse, sed ex natura contractus dotalis est quædam taxatio cujusdam adjumenti impensæ pro sustinendis oneribus matrimonii, quo dotans vult succurrere marito, interim dum non solvit dotem, quæ prædictis oneribus supportandis deservitura erat, & quasi quædam, *Ayuda de costa*, ut vulgo dicimus: seu subventio. In qua non scrupulosè, & minutatim cernitur, id quod interest stipulatoris sit ne plus, vel minus, sed promittitur habito respectu ad onera matrimonii, quibus suportandis ferè nunquam sufficiunt hæc, & alia subsidia, & utilitates ex dote, aut ejus occasione percepta, ut in d. cap. salubriter, testatur Pontifex. Ad eundem modum, quo taxantur alimenta, non habito respectu ad præcisam necessitatem ejus, qui alendum est, ita ut neque aliquid ex alimentorum impensa superfit, neque ad illam desit, quod esset strictissimum arbitrium, sed arbitrio paulò largiori, spectata necessitate alendi morali, non mathematica. Sic contingit in taxatione istius quantitatis in impensam onerum matrimonialium erogandæ, dum dos non solvit. Non enim spectandum est, an marii plus, minusve intersit, sed veluti transigeretur cum ipso, spectatis oneribus matrimonii super ipsis, quibus sponte se subjicit, quæ tamen subire ante solutam dotem iniquum esset, nisi accederet spontanea voluntas, juxta text. in l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condic. causa data, & glossam in verb. Onera, in Autbent. de non eligend. secund. nubentes, §. illud quoque dudum, ut ex prædictis manifestum est. Ita sit, ut decisio text. in d. cap. salubriter, contineat specialitatem ratione contractus dotalis, neque fundetur præcisè in interesse mariti, quæ ratio generalis esset, aptaque comprehendere quemlibet alium contractum, ut rectè monuit Navarr. comment. de usuris, num. 64. 65. & 66. Ex quibus etiam facile diluitur fundamentum prioris sententiae.

27 Hinc etiam deducitur, non fore iniquum, sed validum potius, & justum statutum, quo sanciretur, constante matrimonio

nio interim dum dos promissa marito non solvitur, ut detur illi à socero, vel alio dōtante certa annua quantitas moderata, habito respectu ad quantitatem dotis, & matrimonii onera, quo illa sustineat. Ita sentit Cajetanus 2.2. q.78. art.2. §. in response ad sextum, verific. Et per eandem rationem, quem sequitur Covarr. lib.3. variar. cap.1. n.3. verific. Octavo hinc colligitur, admittens Cajetani opinionem, ubi ex causa frequentis emptionis annuorum reddituum quantitas in statuto contenta censeretur justum lucri cessantis interesse. Quia ratione attenta vidisse se refert sàpissimè in Granateni Prætorio dotium promissores vocatos in judicium damnari, ut intra decem, aut viginti dies dotalement pecuniam solvant, alioqui post eam diem constituant super proprio patrimonio redditum reddimibilem ad rationem decem pro centenario, juxta quantitatem dotis, & Molina de justitia, tract. 2. disput. 321. n.18. Salas de contract. tract. de usuris, dub. 29. n.17. Rebillus de obligationibus justitiae, 2.p. q. 10. sect. 3. ex n. 23. Cassanæus in consuet. Burgund. Rub. 4. §. 23. in princ. ex n. 6. latè.

## SUMMA SECTIONIS IV.

- 28 **H**æredes mariti soluto matrimonio tenentur restituere viduæ bona dotalia immobilia statim: mobilia verò infra annum dissoluti matrimonii.
- 29 Illicitum esse pactum hæredum cum vidua de solvendo certo interesse, donec dos restituatur, qui senserint.
- 30 Ratione damni emergentis, aut lucri cessantis recipi posse aliquid ultra sortem dotis.
- 31 Posse exigi interesse dotis, cum eisdem conditionibus, quibus licetè potest exigi interesse.
- 32 Distinguuntur duo casus, quando constituitur dos in bonis fructiferis: & quando constituitur in pecunia non numerata, & quid de utroque sentiendum.
- 33 Quid sit respondendum ad fundamentum contraria sententia.
- 34 Data dilatatione hæredibus ad solvendam dotem, an possit taxari ab initio interesse.

Tom. II.

- 35 Non posse interesse taxari ab initio, qui senserint.
- 36 In contraria sententia, taxationem interesse posse fieri ab inito, quinam fuerint.
- 37 Utrique conveniunt, non posse exigi interesse ex solo instrumento taxationis, nisi fiat probatio.
- 38 An interesse dotis non soluta, seu restitutionis retardatae possit taxari per statutum.
- 39 Sententia negativa.
- 40 Sententia affirmativa.
- 41 Statutum posse imponere pœnam debitori moroso.
- 42 Interesse illiquidum posse taxari per legem.
- 43 Interesse tam lucri, quam damni potest taxari, per conventionem inter viduam, & hæredes mariti, & exigi, si probetur, aut fuerit taxatum à statuto, ibidem.

## SECTIO IV.

De interesse taxato in restitutione dotis convento inter viduam, & hæredes mariti.

28 **E**x dissolutione difficultatis tractatae præcedenti sectione Doctores gradum faciunt ad difficultatem presentem. Soluto enim matrimonio hæredes mariti defuncti debent restituere viduæ bona dotalia immobilia statim, mobilia verò infra annum à die dissoluti matrimonii, l. unica, §. exactio. C. de rei uxori. act. Ulpianus in fragmentis, tit. 9. verific. Dos, ubi meminit antiquæ constitutionis, ut dos si in numero, pondere, aut mensura consistret, annua, bima, trima die redderetur, nisi ut præsens redderetur, convenisset, quod correctum est à Justiniano in d. §. exactio. meminerunt Connarus comment. juris civilis, lib. 8. cap. 10. n. 9. Cujacius in d.l. unica, §. cum autem, C. de rei uxori. aet. Ubeschius in paratitla, ff. soluto matrimonio. Antonius Gomez in l. 50. Tauri, n. 46. Molina de justitia, tract. 2. disput. 322. n. 3. Igitur dubitatum est, an si hæredes mariti moram faciant in restituenda dote, pacifici possint cum vidua, vel ejus hæredibus,

Aa

ut

ut donec dotem non restituerint, solvant ad rationem quinque, vel septem pro centenario, sic taxato interesse dotis tardius solutæ.

29 Prima sententia negat, licetam esse conventionem inter hæredem mariti, & viduam, qua statuatur viduæ certa quantitas solvenda ultra dotem, dum ei dos non restituitur. Quidquid enim ultra dotem recipiat ratione retardatae solutionis dotis, sive sint alimenta, sive pecunia, aut quodvis aliud lucrum esse usuram, etiam si in instrumento dotali cautum esset, ut uxor nomine alimentorum, seu interesse aliquid recipiat, donec dos solvatur: etiam si maritus in testamento jubeat, ut aliquid annuatim solvatur uxori, donec ei restituatur dos. Quare si mulier soluto matrimonio ab hæredibus viri acciperet pignus fructuum, deberet computare fructus pignoris in sortem principalem dotis, contra quam disponitur circa dotis constitutionem in d. cap. salubriter 16. de usuris. Ita sentiunt Innocent. in d. cap. salubriter, n. 2. Joan. Andreas n. 4. Hostiensis n. 7. Ancharr. n. 4. Butrius n. 9. Bart. in l. at qui natura 20. §. non tantum, n. 1. ff. de negot. gest. Imola in l. in insulam 43. §. usuras, n. 6. Paulus n. 5. ff. solut. matrim. Idem Paulus in l. divortio 8. in princip. n. 6. in fin. Alexand. n. 23. ff. eod. tit. Socinus conf. 56. ex n. 1. vol. 3. Alexand. conf. 27. lib. 4. Craveta conf. 189. n. 7. vers. Sextus casus, Rolandus conf. 55. volum. 2. Ancharr. conf. 150. ex n. 4. Afflict. decis. 284. & decis. 291. Grammatic. decis. 103. n. 91. Capicius decis. 65. Mantic. dec. 171. Molin. de paet. nuptialib. lib. 3. q. 39. ex n. 24. Surd. de aliment. tit. 1. q. 45. n. 13. versic. Prædictam cum sequentib. Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 24. versic. Sed quod plus est, Thesaur. decis. 43. ex n. 2. & decis. 45. Valascus consultat. 8. n. 4. Covarruv. lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Sexto hinc, Joann. Lopus de usuris, comment. 1. §. 4. ex num. 84. Petrus Barbosa, qui latius explicat in l. 2. in princ. 1. p. ex n. 39. in fin. ff. soluto matrim. Gaspar Roderic. de annuis redditibus, lib. 3. q. 8. ex n. 20. Cajetan. 2. 2. q. 78. art. 2. §. in respons. ad sextum, versic. Et quia fructus

dotis. Ratio est, quia usura est accipere aliquid ultra debitum tanquam lucrum, ob expectatam, & dilatam solutionem debiti, cap. in civitate 6. cap. consuluit 19. de usuris. Hoc verò casu non possunt id lucrum honestare onera matrimonii jam soluti, ut honestabat lucrum acquisitum à marito ob non solutam dotem onera constantis matrimonii, juxta d. cap. salubriter. Et hæc sententia, ut jacet, verissima est, & apud omnes recepta.

30 Nihilominus secunda sententia limitat primam (& est quoque receptissima limitatio) ut vidua ratione interesse lucrificantis, aut damni emergentis, possit recipere aliquid ultra sortem dotis ab hæredibus mariti differentibus ejus solutionem. Quod etiam non negabunt Authores primæ prædictæ sententiæ, ut testatur Covarruv. ubi supra. Atque ita limitationem tradunt idem Covarruv. Alexand. in l. divortio 8. in princip. n. 23. 24. & 25. & ibid. Imola n. 6. ff. soluto matrim. idem Alexand. conf. 141. lib. 5. & conf. 200. lib. 6. Joann. Lopus in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 8. n. 4. vers. Adde alium casum, & n. 5. de donat. inter, Molina de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6. Quesada diversar. quest. jur. cap. 25. n. 17. Plotus de in litem jurando, §. 11. ex n. 22. latè Menoch. conf. 7. ex n. 12. & 15. lib. 1. Salon de Paz conf. 4. n. 28. Joannes Bapt. Lopus de usuris, comment. 1. §. 4. n. 88. Negusant. de pign. 5. part. memb. 5. n. 17. Afflict. decis. 284. n. 2. & 3. Navarr. in comment. de usuris, n. 67. Melsia in pragm. taxæ panis, conclus. 2. n. 78. Thesaurus decis. 43. n. 4. Barbosa in l. 2. in princ. 1. p. n. 43. ex versic. Ultimò infertur, ff. soluto matrim. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 7. n. 53. & q. 8. n. 20. versic. Non negamus, Facheus lib. 3. controv. cap. 101. Petrus Gregor. tract. de usuris, lib. 2. cap. 12. n. 6. Grassis de exceptionib. except. 32. n. 87. Bañes 2. 2. q. 78. art. 2. circa solutionem ad sextum, §. 4. concl. Salon ibidem controv. 15. ex n. 3. Molina de justitia, tract. 2. disp. 322. n. 6. Salas de contractib. tract. de usuris, dub. 30. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 211. 31 Illud verissimum est, omnes istos

Do-

Doctores sic permittere viduæ recipere aliquid ultra dotem ab hæredibus viri ratione lucri cessantis, aut damni emergentis, si se subjiciat iis legibus, & conditionibus, quas reliqui observant, dum petunt lucrum cessans, aut damnum emergens: ita ut in hoc casu restitutionis dotis, nihil speciale constituendum sit, ideo opus sit probare, sua interesse sibi dotem restitui, alioqui nihil obtinebit, cùm omne lucrum ultra debitum, ubi non invenitur interesse, aut non probatur versari, quod idem est (cum paria sint non esse, & non probari, aut non apparere, l. duo sunt Titii 30. ff. de testament. tutel. l. in lege 77. ff. de contrahenda emptione, Rebuffus in constitut. Reg. tom. 2. tract. de literis requisitor. n. 33.) usura sit, & probationem facere debet eodem modo, quo ex inferius docendis apparet, esse probandum interesse damni, & lucri à quovis illud postulante.

32 Pro majori hujus limitationis declaratione distinguendi sunt duo casus. Primus est, quando dos viduæ consistit in bonis immobilibus, seu stabilibus, quæ fructuosa sunt. Quo casu statim debent reddi, juxta textum in d. l. unic. §. exactio. C. de rei uxori. act. Et si non redditantur, planum est, viduam amittere fructus suorum bonorum dotalium, eosque lucrari hæredes mariti non restituentes: ac per consequens interesse viduæ in subita restitutione suæ dotis, quamvis non constet de quantitate certi interesse. Secundus casus est, quando dos consistit in pecunia, pro qua restituenda datur hæredibus mariti dilatio anni. Hoc casu distinguunt Doctores, an vidua sit pauper, & inops, ita ut non habeat unde se alat aliunde, quām ex bonis dotalibus, & tunc dicunt, alendam esse hoc anno ab hæredibus mariti, eamque recipere posse alimenta, etiam ultra dotem absque usuræ labi. Aut vidua habet aliunde, unde possit sumere alimenta, quo casu dicunt, non teneri hæredes mariti ad alimenta viduæ. Omitto istam questionem de alimentis viduæ, quam Doctores citati prædictis locis tractant, de qua præter illos vide Romanum in consil. 517. in casu proposita consul.

Tomo II.

tation. ex n. 1. Antonium Gomez in l. 50. Tauri, n. 48. Matienz. in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 1. ex n. 10. Capicum in decis. 24. Franchis in decis. 489. Joseph. Ludov. commun. opinion. in tit. soluto matrim. concl. 2. & venio ad rem. Quando dos consistit in pecunia, cùm juxta dict. se & p. preced. n. 24. pecunia data in dotem tacitè videatur dari marito ad eam implicandam in negotiatione, vel emptione stabilium reddentium fructus, ut industria mariti pecunia sterilis reddatur fructuosa, & deserviat supportandas oneribus matrimonii, presupponitur regulariter, & frequentius soluto matrimonio relinquì pecunia implicata in rebus fructuosis, ac per consequens dum ea gaudent hæredes mariti post annum, quo illam debent viduæ restituere, gaudere quoque fructibus implicatae pecuniae, & interusurio dotis retardata solutione. Quod interusurium ipsa vidua amittit; ac per consequens ejus interest, dotem exigere subito post annum, ut possit cum sua pecunia negotiari, aut emere prædia fructuosa, ex quorum fructibus se alat, neque enim ei sterilis debet esse pecunia, ut alias dicit textus in l. quid ergo 3. §. usuras, ff. de contrar. & util. act. tutel. Benè verum est, hoc casu opus esse probare, viduam, aut se solitam negotiari, aut habuisse occasionem emendi bona stabilia, quæ exposita erant venalia, aut annum redditum; & animum, destinatumque certam implicandi pecuniam suam dotalium, qua quia caruerit, amiserit occasionem, aut ex retardata solutione aliquod damnum incurrisse, ut censeatur probatum ejus interesse.

33 Ex iis facile respondetur ad fundatum contrariæ sententiae, quatenus videretur facere contra limitationem, non exigi à vidua illud plus ultra dotem tanquam usuram, sed tanquam interesse, aut damni amissorum fructuum bonorum dotalium, aut cessantis lucri, quod habitura fuisset, si haberet pecuniam præ manibus, eam implicando, aut in negotiatione, aut emptione stabilium, quod licet, non liceret autem si vidua habitura esset pecuniæ otiosam in arca, aut eam expensura ad libitum.

Aa 2

Suc-

34 Succedunt duæ difficultates. Prima, utrum hoc interesse viduæ possit ab initio antequam dos restituatur taxari, dum illa concedit dilationem hæredibus mariti ad dotem restituendam ultra tempus à lege diffinitum. Ita ut fiat conventio de dandis illi quinque, vel septem pro centenario respectu quantitatis dotis interim dum duos non restituitur.

35 In qua plerique etiam ex iis, qui veram credunt secundam sententiam, dicunt, non posse prædictum interesse taxari ab initio, quemadmodum neque in quo-cunque alio debito, sed relinquere debere eventui futuro, qui indicabit, quanti revera intersit, non enim potest fieri, ut interesse semper sit uniforme, & omnibus annis æquale. Ex ipsis sunt Covarruv. lib. 3. var. cap. 1. n. 3. §. sexto hinc, versic. Mibi profecto, qui solum permittit taxationem certæ quantitatis ab initio, quando viduæ debentur alimenta, non alias, Plotus de in item jurando, §. 11. n. 15. & 16. ubi generaliter negat, interesse posse taxari à principio, Gaspar Roderic. de annuis redditibus, lib. 3. q. 8. n. 20. versic. Non negamus, Barbosa in l. 2. in princip. 1. p. n. 43. versic. Ultimo inferatur, ff. soluto matrimonio.

36 Alii existimant, prædictum interesse posse taxari ab initio, è quibus sunt Craveta consil. 189. n. 7. versic. Sextus casus, qui tamen limitatè loquitur casu, quo viduæ debeantur alimenta, Gaspar Roderic. de annuis redditibus, lib. 3. q. 7. n. 55. & q. 8. n. 20. in eodem casu permittens taxationem, Joan. Baptist. Lupus de usuris comment. 1. §. 4. n. 88. Molina de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6. Costa de portione rata, q. 91. ex n. 5.

37 Utrique tamen ex ipsis ita se explicant, ut convenire videantur, quamvis in instrumento dotali, aut alio facto inter viduam, & hæredes mariti circa restitucionem dotis, promissa sit uxori nomine interesse soluto matrimonio, interim dum dos non restituitur certa quantitas, extra casum, quo debeantur prædictæ viduæ alimenta, non posse ipsam obtinere soli instrumento nitentem; sed ut obtineat opus

esse, ut articuletur, & probetur interesse damni emergentis, aut lucri cessantis. Nam cùm certum sit, licet posse peti, & percipi à quoconque interesse lucri cessantis, aut damni emergentis ultra debitum sortis, juxta superius notata, & tradita à Glossa verb. De feudo in cap. conquæstus 8. de usuris, si mulier petendo interesse retardatæ restitutionis dotis articulet, & probet prædictum interesse lucri, vel damni, obtinebit, ut ultra sortem principalem, & capitale dotis illud ei solvatur, non tamen ratione promissionis factæ per maritum, aut ejus hæredes, quæ ratione probationis sui interesse. Si vero dum interesse petit vidua, nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non auditur, quasi usuram petat. Sic conciliat istas inter se dissidentes sententias Barbos. in dict. l. 2. in princ. 1. p. n. 43. versic. Pro concordia, ff. soluto matrim. cui eidem sententiae adhæret Afflict. decis. 284. n. 2. & 3. loquens de isto casu, cujus verba sunt, Sed isto casu quando est dives illa mulier, tunc poterit petere interesse, si illud interesse probabit bene, prout de jure requiritur, sive sit interesse damni vitandi, sive lucri cessantis. In eadem sententia est in decis. 291. quod ex antefato nullum debeatur interesse, & ibi n. 6. in fine, dicit, illam decisionem fuisse bene laudatam, & commendatam ab omnibus litteratis personis. In eadem sententia est Alexand. conf. 61. n. 12. lib. 2. agens generaliter de taxatione interesse. Decius conf. 119. n. 9. in fin. & n. 10. & 11. Rebuffus in l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, gloss. ult. n. 34. Menchaca quest. usufrequent. lib. 3. cap. 60. n. 25. Gaspar Roder. de annuis redditib. lib. 3. q. 5. n. 39. q. 7. n. 55. & q. 8. n. 20. Fontanella de pact. nuptial. tom. 2. clausul. 5. gloss. 9. ex num. 7. Colerus de processib. executivis, 1. p. cap. 10. ex n. 118. Peregrinus conf. 85. n. 14. volum. 3.

38 Secunda difficultas est, utrum hæc quantitas danda mulieri ultra dotem, dum dos ei non restituitur, possit licet taxari à statuto? & utrum statutum id præcipiens sit justum?

39 Plerique negant, ut Joan. de Lig-nano, & Panormitan. qui eum refert, & se-quitur cons. 39. 2.p. Socin. consil. 126. n. 6. versic. Tertio, & ult. volum. 1. Cassanæus in consuetudine Burgundia Rubric. 4. §. 23. in princip. ex n. 18. licet non satis firmiter, An-gelus Aretin. in §. fuerat, n. 15. & 16. Jason num. 19. institut. de actio. Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 32. qui multos allegat, Bar-bosa in l. 2. in princ. 1. part. n. 43. ff. soluto matrim. Molina de justitia, tractat. 2. disp. 322. n. 7. Fundamentum est *textus in Cle-ment.* 1. de usuris, qua abrogantur omnia statuta tam facta, quam in posterum facien-da permittentia usuras. Hæc autem usura est, ut vidua ob dilatam suæ dotis solutio-nem recipiat aliquid ultra fortē.

40 Multi alii affirmat, simile statutum esse justum, licitum, & observandum. Ita sentit Bald. in l. cùm quidam 31. §. præterea, n. 10. C. de jur. dot. Paulus in l. divortio 8. in princ. n. 7. ff. soluto matrim. Panormitan. in cap. salubriter 16. n. 5. de usuris, sub di-stinctione tamen, Felin. in cap. consultatio-nibus 10. n. 11. de offic. delegat. Joan. Lupus in cap. per vestras, notab. 6. §. 8. n. 4. versic. Adde alium casum, de donat. inter, Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Septimo ab ea-dem ratione, Colerus de processib. executivis, 1.p. cap. 10. ex n. 93. qui alios refert, Gra-fsis de exceptionib. except. 28. ex n. 72. Scaccia de commerciis, §. 6. gloss. 1. n. 49. ex Theolo-gis Cajetan. 2. 2. q. 78. art. 2. §. in solutione ad sextum, Salon ibidem, controv. 15. n. 3. versic. Sequitur secundo, Salas de contratt. tract. de usuris, dub. 30. n. 10. qui multos allegat. Et simile statutum adesse in Urbe Roma sciente, & paciente Pontifice, & ser-vari, servatumque esse, tradit, & testatur Ludovisius decis. 269. imò & confirmatum à Sede Apostolica, refert Additio Oliverii Beltramini ibi, n. 9. Hieronymus Gabriel consil. 152. n. 3. vol. 2. Gratianus disceptat. forens. tom. 3. cap. 466. n. 12. 13. & 14. Simile statutum esse Bononiæ, testatur An-gelus Aretinus ubi supra. Novariæ, Vigle-vani, & alibi Plotus ubi supra. In Civitate Neapolitana adest consuetudo inter scrip-tas, incipit: *Viro mortuo, & consuetudo hare-*

*desque mariti, tit. de jure dotium, quæ inte-rusurum dotium non restitutarum taxat ad rationem tareni unius pro qualibet uncia auri data in dotem. Est autem uncia auri, ut ibi explicat Napodanus, quantitas triginta tarenorum, seu quod idem est sex ducatorum monetæ Regni, & hoc statuit dandum esse viduæ pro alimentis, coinci-dens cum sententia eorum, qui existima-runt, casu quo viduæ debeantur alimenta, posse taxari à principio, ut adnotavit ubi supra, Covarruv. tetigimus supra n. 32. Quæ consuetudo Neapoli est in viridi observan-tia, ut & nos testes sumus, & testatur Fran-chis decis. 338. & decis. 472. & decis. 489. & ad ea loca addentes, & Afflict. dict. decis. 284. in princ.*

41 Justitia autem hujus statuti dupli-ci ratione nititur. Prima, quod possit statutum imponere pœnam debitori moroso, ac pro-inde statuere, ut in pœnam non restitutæ dotis hæredes mariti ultra capitale dotis suo tempore non restitutæ solvant viduæ ad rationem quinque pro centenario, habi-to respectu ad dotis quantitatem, interim dum dotem injustè retinent, & viduæ inté-grè non satisfaciunt in qua pœna nullum potest cerni usuræ velamentum.

42 Secunda, quia potest etiam lex, vel statutum taxare interesse illiquidum, de quo constat per probationes, vel conjectu-ras, quemadmodum Jūdex in eodem casu posset taxare interesse illiquidum ex offi-cio, ut docet Bart. in l. si id, quod ex pam-phila 75. n. 3. ff. de legat. 2. & in l. si traditio 4. n. 2. C. de aetio. empt. & in l. unic. n. 33. in fin. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Cagnolus ibi ex n. 141. Rebuffus ibid. ad gloss. verb. In aliis, n. 41. Alexand. cons. 77. n. 13. lib. 6. Marianus Socinus in cap. dilecti filii, n. 6. §. in gloss. fin. versic. In eadem gloss. ibi de foro competent. Bertazolus cons. crim. 278. n. 13. & 14. lib. 2. Urfillus ad Afflict. decis. 23. n. 8. & 9. Thuscus litter. I. concl. 302. ex n. 1. & conclus. 304. n. 8. 9. & 10. Gaspar Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 5. num. 24. Mascard. de probationib. tom. 2. concl. 930. n. 2. & concl. 932. n. 11. & concl. 934. ex n. 22. Cùm igitur à communiter

accidentibus constet, interesse viduę subito illi dotem restitui, ut possit ejus fructibus frui, vel suam pecuniam in rebus fructiferis implicare, recte poterit statutum hoc interesse incertum, & illiquidum, de quo constat ex conjecturis, redigere ad certam, & determinatam quantitatem. Et ex iis constat, hoc statutum non comprehendendi in Clement. I. de usuris, quæ erat prioris opinionis fundamentum. Nihilominus censem, si hæredes mariti probarent, nihil interfuisse viduę, dotem illi fuisse restitutam, aut quia nihil damni passa est, aut quia quamvis soluta fuisset, nihil fuisset lucratura, non esse hoc casu practicandum statum, quod utpotè in præsumptione interesse viduæ fundatum, veritati cedere deberet.

43 Ex prædictis in hac sectione colligitur quarta conclusio. Interesse tamen lucrificantis, quām damni emergentis potest taxari per conventionem inter viduam, & hæredes mariti; dum illi dos non restituitur, & potest exigi, dummodo legitimè probetur, sua interfuisse, sibi dotem restitui, tanti, quantum fuerit conventione taxatum, maximè eo casu, quo ab hæredibus viri debent illi præstari alimenta, aut si prædictum interesse fuerit taxatum à statuto.

#### SUMMA SECTIONIS V.

44 **R**es, quæ venduntur aliae sunt fructuosa, aliae steriles.

Ob dilatam solutionem non potest accipi plus à venditore, quām sit pretium rei, ibidem.

45 Non posse taxari à principio interesse in venditione ob pretium non solutum, quorundam sententia.

Ubi datur dilatio ad solvendum non datur mora, & sine mora non deberi interesse, ibidem.

46 Absque mora debetur usura recompensatoria, ut alii existimant.

Illicitum esse pactionem de certo interesse à principio in venditione, quorundam sententia, ibidem.

47 Interesse pertinet ad factum, & futurum eventum, cuius non potest haberi scientia à principio.

- 48 Licitam esse conventionem decerto interesse initam à principio contractus in venditione, contraria sententia.
- 49 Tribus modis reducuntur ad concordiam istæ dissidentes sententiae.  
Primo, ut non valeat taxatio interesse, ut ex ea agi possit, nisi probetur interesse, ibid.
- 50 Secundo, ut taxatio non valeat in vim conventionis, sed in vim confessionis, & probationis.
- 51 Tertio, ut ista conventio videatur transactio.
- 52 Prima conciliatio placet, & probatur, interesse in hoc casu non posse exigi, nisi aliunde, quām ex conventione constet.
- 53 Emptor admitti debet ad contrariam probationem, non tanti interfuisse venditoris, quantum est conventum.
- 54 Impugnantur secunda, & tertia conciliatio.
- 55 Varii contractus liciti possunt intervenire inter emptorem, & venditorem de certo interesse, videlicet venditio incerti interesse, quasi jactus retis pro certo pretio, contractus assencionis, & contractus sponzionis.
- 56 Cautela reservationis dominii in venditione dum pretium non solvitur, & interim locationis rei vendite, approbatur.
- 57 Reprehenditur Rovitus decis. 7.
- 58 Reservatio dominii efficitur, ut venditor preferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei vendite.
- Ex reservatione dominii, non resultat hypotheca specialis in favorem venditoris, immo binc pacto repugnat hypotheca, ibid.
- 59 Prælato venditoris reservato dominio, non resultat ex hypotheca speciali, & id ostenditur evidenter.
- 60 Si venditor imponeret specialem hypothecam super re vendita pro pretio, preferatur ceteris creditoribus emptoris, juxta l. licet, C. qui potiores.
- Verum concurreret cum illis, tanquam in re omnibus obligata, ibid.
- Taxatur turpis error notariorum, & explicantur, excusanturque quidam Doctores, ibidem.
- 61 Ex reservatione dominii resultat, ut vendi-

*ditor maneat dominus, & non soluto pre-  
tio possit rem vindicare, & n. 62.*

*Pactum reservationis dominii est efficax, &  
validum, ibid.*

*Translatio dominii effectiva, per venditio-  
nem tria requirit, ibid.*

**63** *Falsum est quod quidam existimant, pa-  
ctum reservationis dominii, donec pretium  
solvatur adjectum venditioni, nihil ope-  
rari, eo quod tacite insit.*

*Magnus effectus istius pacti est, ut non cen-  
seatur habita fides de pretio, quod dota  
dilatatione ad solvendum, & tradita re ven-  
dita alias presumetur, & sic transferre-  
tur dominium, etiam non facta solutione,  
ibidem.*

**64** *Explicatur textus in l. cum manu sata,  
§. ultimo, ff. de contrah. empt.*

**65** *Proponuntur duæ aliae difficultates, circa  
pactum reservationis dominii, & fit remis-  
sio ad Doctores eas dissolventes, & n. 66.*

**67** *Proponitur novus casus ex facto.*

**68** *Quid esset respondendum, juxta sententiam  
eorum, qui existimant, ex reservatione do-  
minii resultare specialem hypothecam.*

**69** *Reservato dominio venditor prefertur om-  
nibus creditoribus emptoris, quantumcum-  
que privilegiatis.*

*Qui vendicat est ante privilegia, ibidem.*

**70** *Non potest concedi assentia contra empto-  
rem in prædio, cuius dominium reservavit  
venditor interim dum pretium non solvitur.*

## S E C T I O V.

De interesse taxato inter emptorem, & ven-  
ditorem, interim dum non solvitur  
pretium rei venditæ.

**44** *R*es venditæ aliae sunt fructuosæ,  
ut prædia rustica, vel urbana,  
vel mobilia, quæ locari solent: aliae sunt  
merè steriles, & infructuosæ. Si tractemus  
de venditione sterilium, & habeatur fides  
de pretio, dicendum est, non posse ob di-  
latam solutionem accipi plus à venditore,  
quam sit pretium, alioqui erit usura, ut re-  
ctè monuerunt Fachinæus post multos con-  
trovers. juris, lib. 2. cap. 32. Gaspar Rode-

ric. de annuis reddit. lib. 3. q. 7. n. 72. & 84.  
Neque hoc pactum poterit justificari, nisi  
eodem modo, quo justificari posset in mu-  
tuos; etenim hæc erit planè usura, seu inte-  
resse lucratiorum, non restauratorum, aut  
compensatorum. Si vero agamus de ven-  
ditione rei fructuosæ, difficultas est, an pos-  
sit inter creditorem, & debitorem pretii  
convenire, ut donec pretium solvatur, emp-  
tor solvat ad rationem quinque, vel septem  
pro centenario quantitatis pretii debitæ:  
estque materia l. curabit 5. C. de act. empt.

**45** Prima sententia negat, à principio  
posse in venditione taxari interesse vendi-  
toris ob pretium non solutum in conven-  
tione inita inter venditorem, & emptorem:  
maximè quando venditor concedit empto-  
ri dilatationem ad solvendum. Ita sentiunt  
Cassanæus in consuet. Burgund. Rubr. 4. §.  
23. in princip. n. 26. Hanc sententiam am-  
pleteuntur multi ex eo fundamento, quod  
data dilatatione ad solvendum, non incurrit  
mora ex parte emptoris, & sine mora  
credunt, nullum interesse deberi, ac per  
consequens, neque taxatum, neque non ta-  
xatum exigi posse, qua in re quid sit sen-  
tiendum, dixi supra n. 5.

**46** Alii tamen, qui existimant, isto ca-  
su deberi interesse venditori, etiam absque  
mora, in recompensationem fructuum, quib-  
us gaudet emptor (neque enim æquum  
est, etiamsi nulla consideretur mora, emp-  
torem frui fructibus, venditorem vero ca-  
rere interesse pretii, & usura recompensa-  
toria, juxta text. in l. Julianus 14. §. ex ven-  
dito, ff. de actio. emption. & in d. l. curabit)  
censem, taxationem hujus interesse à prin-  
cipio factam esse illicitam, sed relinqui de-  
bere eventui futuro. Ita sentit Decius conf.

111. n. 14. conf. 116. n. 6. vers. 1. Ista conclu-  
sio comprobatur, & n. 7. & concl. 119. n. 9.  
cum sequentib. qui optimè loquitur Craveta  
conf. 189. n. 7. versic. Tertius casus, Cepha-  
lius conf. 290. ex n. 7. lib. 2. qui plures alle-  
gat, dicitque esse communem opinionem  
in judicando recipiendam, Socinus conf. 88.  
n. 19. & 20. vol. 4. Cagnolus in l. curavit,  
ex n. 54. versic. Et generaliter, C. de act. em-  
ption. Peregrin. confil. 86, ex n. 13. & n. 15.  
vol.

vol. 3. Felicianus de *censibus*, tom. 1. lib. 2. cap. 1. n. 38. vers. Si ergo usurarum, Silvanus *conf.* 10. n. 46. qui addit talem conventionem certi interesse à principio adeò esse inefficacem, ut postea verum, & reale interesse peti non possit, quasi utile per inutile vitietur. Quæ fuit originalis doctrina Francisci Aretini *confil.* 151. quam ut singularem refert, & sequitur Joannes Lupus in *rep. cap. per vestras, notab. 6. in princ. n. 9.* Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 16. Rolandus *conf. 55. n. 33. vol. 2.* Peguera *decis. 33. n. 13.* Mastrillus *decis. 245. n. 49. 50.* & 51. qui refert in eandem sententiam Natam Cavalcan. & Lancellot. Galliaulam. Pro hac sententia de illicita taxatione interesse à principio Covarruv. lib. 3. variar. cap. 4. n. 5. versic. Septimò eadem, refert Alberic. Baldum, Alex. Purpurat. & Rebuff. quos inferius commodiore loco referemus.

47 Fundamentum hujus sententiae est: Primò, quod interesse pertineat ad factum, & futurum eventum. Ergo non potest ab initio taxari, quasi per prophetiam aut divinationem, neque enim ideo tanti interest, quia tanti fuit taxatum: ideo taxatione non valet, neque attendenda est; sed futurus eventus, qui si non attenderetur, sed staretur solum simplici stipulationi, & ex ea sola vellet creditor exigere interesse, esset planè usura, non interesse. Secundò deinde, quoniam interesse in hoc casu debetur habito respectu ad fructus ab emptore percipiendos ex fundo vendito, & juxta eorum estimationem, ut latè tractat, & probat Covarr. d. cap. 4. ex n. 1. Cephalus *confil. 290. ex n. 12. lib. 2.* Fachin. *controvers. juris, libr. 2. cap. 32.* Felicianus de *censibus*, tom. 1. lib. 2. cap. 1. n. 38. Thomas Sanchez *confil. moral. lib. 1. cap. 7. dub. 21. n. 5.* Sed ab initio contractus non potest sciri, quos frutus sit percepturus emptor, quorum perceptio multis casibus fortuitis impediri potest, ut sterilitate, & aliis. Ergo non potest hoc interesse taxari à principio. Tertio, quoniam fructus non sunt omnibus, annis uniformes, & æquales, sed uno anno colliguntur plures, alio anno pauciores, aut nulli. Ergo non potest interesse esse uni-

forme, neque conforme taxæ ab initio factæ. Quartò tandem accidit: quod si hoc interesse debetur juxta æstimationem fructuum percipiendorum, iniquè, & contra omnem rationem, & ipsum text. in d. l. curabit, taxaretur ad rationem quinque, vel septem pro centenario quantitatis pretii non soluti, habito respectu ad pretium, non ad fructus: hoc enim magis esset interesse merè lucratorum, & ob lucrum cœfans pretii non soluti, simile interesse orto ex mutuo, quod solum haberet locum in solito negotiari, juxta dicenda *Sectione seq.* quam interesse compensatorium, neque pertineret ad præsentem inspectionem, ubi non agimus de interesse ex mutuo, cuius solutio retardatur, sed de interesse, quod debetur venditori, qui amittit fructus sui prædii, & non gaudet pretio, juxta terminos d. l. curabit.

48 Secunda sententia affirmat, licitam esse conventionem de certo interesse initam à principio contractus inter emptorem, & venditorem ob dilatam solutionem pretii rei venditæ: ita ut emptor se obliget ad solvendum venditori quinque, vel septem pro centenario, dum integrè pretium non solverit, dummodò hoc interesse taxatum sit verisimile, & probabile, consuetumque juxta morem Regionis, in qua celebratur contractus. Hanc sententiam amplectitur Decius in cap. cum venerabilis, num. 65. vers. Putarem tamen, de exceptionib. Cagnolus in d. l. curabit, n. 57. & 58. 65. & 69. qui varius videtur, & dubius, Bursatus *conf. 11. n. 16.* & n. 26. libr. 1. Socin. *conf. 176. n. 11. vol. 2.* Parisius *conf. 60. ex n. 4.* & propriè ex n. 29. p. 1. idem Decius *confil. 111. n. 14.* Covarr. lib. 3. variar. cap. 4. num. 5. vers. Septimò eadem, Messia in l. Tolett, 2. fundamento, 2. p. ex n. 27. tametsi n. 28. videatur loqui limitatè; quando imponitur census, seu annuus redditus super re vendita: de quo casu nullus dubitat Thusc. litt. I. concl. 303. n. 33. Joseph. Ludovic. commun. concl. tit. de statutis, concl. 3. Fachinæus *controvers. juris, libr. 2. cap. 32.* Cæsar de Grassis *decif. 187. alias 1. de usuris, Costa de portione rata, q. 91. ex n. 2. Barbosa in l.*

*de divis. 5. n. 72. ff. solut. matrim. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. 2. p. ampliat. 8. ex n. 33. Regens Fabius Galeotus controvers. 61. ex n. 47. tom. I. Ratio videtur esse, quod cùm sciant tām venditor, quām emptor quantitatem fructuum prædii venditi, non est, cur non possint ab initio taxare eorum æstimationem, juxta valorem consuetudinem, in qua conventione nihil cernitur illicitum, aut usurarium.*

49 Quæ sententiæ quamvis dessidentes videantur, tribus modis in concordiam reduci possunt. Primò, ut taxatio certi interesse non valeat à principio in contractu venditionis, ut ex ea sola possit exigi certum interesse, sed dependenter à probatione facienda ante exactiōnem per testes, instrumenta, aut alias verisimiles conjecturas, per quam probationem illa taxatio iustificanda sit alioqui non mandanda executioni, nisi solum pro quantitate per probationes liquidata. Ac per consequens taxatio sustineatur, & non rejiciatur tanquam usuraria, si postea fiant probationes veri interesse. Ita se explicat Decius *d. conf. 111. n. 14.* & sentit *conf. 116. n. 6. & 7. & conf. 119. ex n. 9.* Cagnolus in *d. l. curabit, n. 54. cum seqq.* Thuscus *litt. I. concl. 308. n. 34. & n. 45. cum seq.* Salon de Paz *confil. 49. n. 12. Cephalus conf. 290. ex n. 10. lib. 2.*

50 Secundò conciliantur, quòd taxatio facta à principio non valeat in vim conventionis, sed in vim confessionis, & probationis. Quasi emptor in hoc contractu taxans interesse venditoris, & se obligans illud solvere, confiteatur, tanti venditoris interesse, quantum in pactum sit deductum, ut hoc modo evitetur probationis difficultas.

51 Tertiò conciliantur, quod ista taxatio interesse inter emptorem, & venditorem videatur esse quædam transactio super valore fructuum, inspecto futuro eventu, ut enitetur difficultas probationis, ut in *l. fin. ff. de Prætor. stipul. ex dubio enim, & incertitudine futuri eventus, contractus non est judicandus usurarius, cap. in Civitate 6. cap. naviganti ultimo, §. Ille quoque, de usuris, sic se explicat Decius in d. cap. cum Tom. II.*

*venerabilis, n. 65. de except. Covarr. ubi supra, Paris. d. conf. 60. n. 34. 1.p.*

52 Ex tribus istis conciliationibus prima placet, juxta quam sit quinta conclusio, interesse ob non solutum pretium venditori, & dilatam ab emptore solutionem dum fruitur fructibus rei emptæ potest taxari ab initio pro certa quantitate, dum non excedat interesse verisimile, & consuetum, & similis conventio non censebitur usuraria: verū executioni mandari non potest, nisi aliunde, quām ex conventione constet verum interesse venditoris, juxta cuius quantitatē obligatio contra emptorem erit exequenda, non tām propter taxationem, quām propter probationem subsequuntur. Ac per consequens non potest censiōri liquidum instrumentum, in quo promittitur certum interesse, nisi prius per probationem aliam extra instrumentum liquidetur. Hæc est sententia tutior in conscientia, & libera ab incommodis, & fraudibus, quidquid contra videantur sentire Gaspar Rodericus *de annuis reddit. lib. 2. q. 3. n. 62. circa fin. & Joseph Ludovic. commun. concl. tit de statutis, concl. 3. vers. Opinio tenentium.*

53 Ex qua conclusione infertur, emptorem admittendum ad contrariam probationem, si probare velit, non tanti interfuisse venditoris, quantum in instrumento est expressum. Omnis enim probatio admittit meliorem probationem in contrarium, juxta ea, quæ notavimus *supra eod. tit. disp. 3. n. 23. & dicenda inferius Sectio sequenti, n. 89.* quod etiam animadvertit Joseph. Ludovic. & Gaspar Rodericus, modò citati.

54 Secunda verò, & tertia conciliatio ex eo displicant, quòd viam aperiunt planam, & expeditam omnibus foeneratoribus exercendi usuras, quas velint impunè, sub prætextu, quòd volunt exigere interesse mutui veri vel interpretativi, & transfigere super quantitate ipsius, eamque certam statuere, quam exigant ad rationem septem, vel octo pro centenario, ut voluerint debitoribus imponere usuras, quos facilè in præmium dilationis ad solvendum datæ

compellent fateri, tanti creditorum interesse, extorquendo involuntariam confessionem, atque item iisdem artibus cogendo, ut dicant se transfigere super interesse pro quantitate usurarum eis impositarum. Cum notum sit, foeneratores sic, ut plurimum, contractus usurarios occulte inite, & dolosè, quod vix convinci possunt de usuraria pravitate, juxta text. in Clement. I. §. ceterum, de usuris, & quæ notat Gasp. Roderic. de annuis redditib. lib. 2. q. 3. in princ. & n. 1. Quæ usurarum paliatio in Christiana, & Catholica Republica permitti non debet, neque exatio aliqua ultra sortem, quæ non potest esse, nisi poena interesse, aut usura, ut rectè docuit Bald. in l. rogaſti I I. §. Si tibi, n. 5. ff. si cert. petat. In hoc autem casu non est poena, non interesse, de quo non constat, nisi per confessionem, aut declarationem debitoris, cui standum non est, veluti in materia suspecta, ut inferius latius probabimus, hæc enim omnia censenda sunt fieri in fraudem usurarum, quarum radices oportet funditus extirpare, reliquum est igitur, ut sit usura. Auferenda sunt igitur hæc usurarum latibula, quia quo minor erit foeneratoribus foenerandi commoditas, eo magis adimetur foenus exercendi libertas, cap. I. de usuris in 6. ubi rectè monuit Glōff. verb. Adimetur, tollendam esse occasionem delinquendi.

55 Ad fundamentum autem secundæ sententiæ respondetur, inter emptorem, & venditorem posse iniri diversos contractus, circa fructus colligendos, interim dum pretium non solvit. Primò, potest venditor vendere incertum illud, quod colligendum est ex prædio in toto illo temporis spatio, & emptor poterit illud certo statuto prelio emere, veluti si emeret jactum retis, l. si jactum 13. ff. de actione empt. & in hac conventione nihil est illicitum. Potest etiam facere assecrationem tot futuros esse fructus, quemadmodum diximus de lucro societatis supra disp. 7. num. 18. & 19. que etiam conventio licita est. Posset etiam fieri contractus sponsonis, Hispanè Apuesta, Italicè Scommessa, super quantitate fructuum percipiendorum, qui item est con-

tractus licitus, juxta eruditè congesta à Petro Santerna tract. de assecrationib. & sponsonib. mercat. 2.p. per totam, Ant. Gomez tom. 2. variar. cap. 11. n. 4. Stracca tract. de sponsonib. per tot. Covarr. in regula peccatum, 2.p. §. 4. n. 2. Palacios Rub. in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 9. n. 6. Menesio in l. de fideicommisso 11. n. 9. C. de transact. Azor instit. moral. part. 3. lib. 11. tractat. de sponsonib. cap. 1. Sanch. conf. moral. lib. 1. cap. 8. dub. 32. At taxatio interesse differt ab istis conventionibus. Nomen autem transactionis non rectè cadit in hoc patrum, cum nulla præcesserit lis super fructibus, fieri autem potest, ut facta taxatione non colligantur fructus, aut colligantur multò pauciores, quibus casibus cum venditoris non intersit, quidquid ultra pretium accipit, usura esset, atque ita omnino abstineri debet ab hac taxatione, nisi postea per subsequentem probationem confirmetur ejus justitia.

56 Hinc factum est, ut ad evitandas istas difficultates, & suspitiones, soleant venditores, quibus differtur solutio pretii rerum venditarum, ut alia cautela, ut videlicet reservato dominio in tempore solutionis integri pretii, interim dum solvitur, locent fundum pro certa pensione, quam recipiunt ultra pretium venditionis tanquam ex re locata, cujus dominium sibi reservaverunt. Cujus cautelæ meminit text. in l. si cum emptio 23. §. Interdum, & in l. cum venderem 24. ff. locati, Panormit. conf. 66. duo ad claram, n. 1. & 2. 1.p. Socinus conf. 176. n. 11. vers. Sexta, & ultima difficultas, vol. 2. & conf. 88. n. 14. & conf. 130. n. 5. vol. 4. Alexand. conf. 121. ex n. 1. lib. 5. Decius conf. 119. n. 4. Parisius conf. 60. n. 21. p. 1. Covarr. lib. 3. variar. cap. 4. n. 6. vers. Nono planè, Cæpola cautel. 125. Stracca tract. de decoctorib. 3.p. ultimæ principalis, n. 7. Bossius diversor. tract. tit. de remissione mercedis conductorum, num. 102. Magonius decis. Florent. 91. Joseph. Ludovic. commun. opinion. tit. de statutis, concl. 3. in fin. Parlador. lib. 1. rerum quotidian. cap. 8. ex num. 8. Gutierrez allegat. 5.n. 2. Fachin. controversial. jur. lib. 2. cap. 32. in fin. Gaspar Roderic. de

annuis reddit. lib. 2. q. 3. num. 62. Rovitus decif. 7. n. 10. vers. Nec potest, & est optima cautela, quam licitam esse, & honestam probat Sanchez consil. moral. lib. 1. cap. 7. dubio 21.

57 Ex quo infertur, planè erroneum, & sine fundamento esse quod tradit Rovitus d. decif. 7. ubi concludit, n. 13. reservationem dominii in contractu venditionis, nihil aliud operari in beneficium venditoris, nisi ut vendor præferatur cæteris omnibus creditoribus ejusdem emptoris in pretio illius rei venditæ, cuius dominium reservavit, referens pro hac sententia Vincent. de Franch. Ponte, Martham Bertazolum, & Mozium, quod duos postremos non vidi. Involvit se ex num. 4. illius decisionis reprobans Afflict. decif. 338. & Ursillum, ibi, & explicans Bald. in Rubric. n. 19. & 23. C. de contrahend. empt. Ut ingenuè dicam quod sentio, decisio Afflicti non placet, displicent quæ ineptè, & extra rem congerit Rovitus.

58 Verum quidem est, reservationem dominii in contractu venditionis efficere, ut vendor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ, quæ adhuc sua est. Hoc non negamus: negamus tamen, id solum efficere: imò vero eum etiam effectum habet, ut reservet vendori dominium, & rei vendicationem rei venditæ, quod Rovitus planè negat. Et iste est primus effectus, ex quo oritur secundus ille prælationis, qui ab isto dependet. Prælatio enim, qua præfertur vendor cæteris creditoribus emptoris reservato dominio, non procedit ex eo (ut videtur significare Rovitus, & alii decepti) quod ex reservatione dominii resultet hypotheca specialis privilegiata in re vendita, similis illi, quam induxit, l. licet 7. C. qui potiores in pignor. habeant. de qua tractant Covarr. lib. 1. var. cap. 7. n. 2. vers. Præter hanc, Afflict. decif. 306. n. 4. Negusant. de pignor. 5. p. memb. 2. ex n. 17. Thesaur. lib. 2. quest. forens. q. 74. Gutierrez allegat. 5. n. 1. Matienz. in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 5. n. 7. Rodrig. de concursu creditorum, 2. p. art. 1. n. 24. Meminit Alberic. in l. obligatione generali 6. n. 4.

Tom. II.

ff. de pignor. & hypoth. quamvis ibi in fin. sentiat, securiorem esse cautelam reservationis dominii, & per illam tolli omne dubium, & plurimi alii, quos inferius inferam disp. 28. Non, inquam, resultat ex reservatione dominii hypotheca in re vendita, quemadmodum quidam ignorantissime sibi persuaserunt: imò verò reservationi dominii à venditore factæ planè repugnans, & incompossibile est jus hypothecæ. Quoniam neque à venditore imponitur, cum sua res nemini possit esse obligata jure hypothecæ, l. neque pignus 46. ff. de reg. jur. neque item ab emptore, qui non potest rem alienam hypothecæ subjecere, l. rem alienam 41. ff. de pignor. act. l. 1. & 2. 4. & ult. C. si aliena res pignor. data sit, empta autem res, aliena futura est, videlicet vendoris, donec pretium integrè solverit emptor, ut observetur pactum.

59 Sed ex longè diversa causa oritur prælatio vendoris reservantis dominium in concursu creditorum emptoris. Quoniam creditores emptoris, sive hypothecarii, sive chirographarii, solum habent jus super bonis, quæ sunt emptoris: at istius prædii, quod venditum est, emptori reservato à venditore dominio, non acquirit emptor dominium, donec pretium solvat, ac proinde vendor pendente pretii solutione, non tam potior, quam solus invenitur, ut alias dixit Papinianus in l. 2. in fin. ff. qui potiores, qui aliis creditoribus nullum jus super illo prædio, quod debitoris nondum fuit, competere potest. Ideò rectè notavit Ripa in l. si ventri 8. in bonis, num. 10. juxta text. ibi, & futurum eum, qui vendicat antè privilegia, ff. de privileg. credit. cum quo convenit, l. 9. tit. 3. p. 5. dominium rei præferri omnibus creditoribus quantumcumque privilegiatis, & rei vendicationem esse supra omnes actiones personales, & hypothecarias. Idem docuit Bald. in l. in rebus 30. num. 1. C. de jur. dot. Andreas Gayl. observ. pract. lib. 2. observ. 15. n. 4. & 5. Petrus Barb. in l. si cum dotem 23. §. fin. n. 32. ff. solut. matrim. Flores Diaz Mena lib. 1. variar. q. 6. art. 3. n. 40. Peguera dec. 38. n. 1. Parlad. in sesquicenturia quotidiana dif-

different. 58. §. 2. ex n. 1. Pichard. in l. privileg. 16. n. 44. & 88. ff. de privileg. credit. quam inservit in §. Quædam actiones 20. Instit. de actionib. Rodrig. de concursu creditor. 1. p. art. 6. num. 46. & 50. Meirer. de pignorib. lib. 2. tit. 8. n. 1. & 2. Castillo quodtid. controv. lib. 3. cap. 16. ex n. 75.

60 Diversus multò esset casus si venditor prædium venditum pro pretio sibi hypothecatum specialiter voluisse tempore venditionis; tunc enim dominum in emptorem planè transtulisset, sine quo non posset emptor hypothecam in favorem venditoris imponere: ac per consequens concurreret cum aliis creditoribus, quibus idem prædium esset obligatum tanquam à suo debitore acquisitum, tametsi venditor esset præferendus ex l. licet 7. C. qui potiores, juxta sensum, & interpretationem communiter receptam, utpote quoad prædictum prædium potior, ob privilegium prædictæ legis. Quare imperitissimi Notarii turpiter erant, dum in instrumentis jungunt clausulam reservationis dominii, cum clausula specialis hypothecæ unius, & ejusdem rei venditæ in favorem venditoris: quæ clausulæ omnino sunt repugnantes, & incompatibles omnino. Ita erat casus ille, de quo tractat Gratian. discept. forens. tom. 4. cap. 730. ut constat ibi n. 11. ubi mixtæ fuerunt istæ duæ clausulæ secum incompatibles, & in cap. 732. n. 10. Et iste error fortassis fuit in causa, cur quidam non bene ad principia juris attendentes, effectum clausulæ hypothecæ specialis attribuerint clausulæ reservationis dominii, & se confundentes sibi persuaserint, ex clausula reservationis dominii resultare hypothecam speciale in favorem venditoris: inter quos est idem Gratian. discept. forens. tom. 3. cap. 523. n. 13. & 14. & Martha voto 43. n. 9. qui tamen non loquitur ex propria sententia, & quæ allegat non faciunt ad rem; quibus etiam videtur se subscribere Rovitus ubi sup. d. decis. 7.

61 Itaque ex reservatione dominii facta à venditore, resultat quidem, ut venditor præferatur creditoribus emptoris ob causam explicatam sup. n. 59. Verùm re-

sultat etiam ille effectus, ut dominium remaneat apud venditorem, & propter illud ei competat rei vendicatio respectu rei venditæ (quod negare se significat Rovitus, solum effectum prælationis reservacioni tribuens) donec pretium illi solutum fuerit. Nam illud pactum valet, & efficax est, ut probat text. expressus in l. procuratoris 5. §. Sed et si dedi, ff. de tribut. action. ubi reservanti dominium conceditur rei vendicatio tanquam vero domino, & ibidem notat Paulus in §. Si plures, n. 3. Salic. n. 2. & text. in §. Vendite verò res, Instit. de rer. divisione, in l. si curator 5. §. 1. ff. de jure fisc. l. qui absenti 38. §. Si quis possessionem, ff. de acquir. possess. l. illud 26. C. de legat. est enim pactum naturale contractui venditionis. Ita sentiunt Bald. in Rubric. n. 23. C. de contrab. emption. Franch. dec. 506. ex n. 5. ubi dicit, non esse dubitandum, valere prædictum pactum, Surdus decis. 157. & dec. 220. ex n. 11. & decis. 305. num. 39. Magonius decis. Florent. 91. & decis. 92. n. 26. & decis. Lucens. 31. Martha decis. 43. Gratian. decis. 13. ex n. 1. Sessè decis. 42. ex n. 15. Fabianus de Monte de emption. & vendition. q. 5. principal, n. 39. tom. 6. tract. part. 1. Anton. Gomez tom. 2. var. cap. 2. n. 30. Gregor. Lopez in l. 28. tit. 13. p. 5. gloss. 1. Covarr. lib. 3. variar. cap. 11. n. 6. Cæpola cautel. 124. num. 2. circa medium, Gayl. observat. practicar. lib. 2. observ. 15. n. 4. & 5. Ponte de potest. Proreg. tit. 8. §. 3. ex n. 10. Flores de Mena lib. 1. variar. q. 6. art. 3. n. 40. Stracca de decoctorib. 3. p. ultim. n. 7. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 164. & 165. Costa in praxi convent. p. 2. clausul. 9. Mangilius tract. de evictiōnib. q. 40. ex n. 2. & n. 14. cum seqq. Unde divinare non possum; cur Rovitus pro sua illa decisione allegaverit Franchis, Martham, & Ponte, nisi quod crediderit, eo quod reservationi dominii tribuant effectum prælationis, denegare effectum dominii, & vendicationis, verum in hoc fallitur. Nam isti Doctores planè fatentur, ex clausula reservationis dominii fieri, ut dominium in emptorem non transferatur. Etenim translatio dominii effectiva per ven-

venditionem tria requirit, primò voluntatem domini transferre volentis dominium per ipsam venditionem: secundò traditionem: tertìo solutionem pretii, vel habitam fidem de pretio, §. Venditæ verò res, *Instit. de rer. divis. leg. quod vendidi 19. ff. de contrahend. empt.* notat Paulus in *d.l. procuratoris 5. §. Si plures, n. 5. ff. de tribut. action. Cartarius decis. 96. n. 7. & 8. Gratian. disc. forens. tom. 3. cap. 523. n. 9. 10. & 11.*

62 Quare ex ipsa eadem reservacione resultare, ut dominus, cui pretium solutum non est, possit, aut rem vendicare, juxta text. in d. §. Sed, & si dedi, vel rem alteri vendere, sentiunt Paulus de Castro in *I. Julianus, §. Offerri, n. 5. ff. de contrahen. emption.* Plotus de *in item jurando, §. 4. n. 60.* & Fabianus de Monte *de empt. & vendit. q. 3. princip. n. 50.* Gratian. *d. cap. 523. n. 5. 7. 8. & n. 18. Sessè decis. 42. n. 17.* quibus non satisfacit Rovitus *dict. decis. 7. num. 11.* cùm directò faciant contra decisionem.

63 Neque assentior illis, qui credunt, hoc pactum adjectum contractui venditionis nihil operari quasi tacitè insit, & expressio eorum, quæ tacitè insunt, nihil soleat operari, *I. hæc verba 3. ff. de legat. I. l. in condit. 19. §. 1. l. aliquando 107.* & istis locis Doctores, *I. non rectè 3. C. de fidejusfor. Mantica de conjectur. ultim. volunt. lib. 5. tit. 6. n. 5. & lib. 12. tit. 17. n. 2. Afflictis in §. feudum ea, n. 9. in cap. 1. si de feudo fuerit controv. inter dom. & agnat.* Ex quibus videtur esse Covarr. *lib. 3. var. dict. cap. 11. n. 6. Ponte de potest. Pro reg. tit. 8. §. 3. n. 14. & seqq.* Gratian. *disc. forens. tom. 3. cap. 523. ex n. 1. & tom. 4. cap. 730. n. 23.* Non inquam, istis assentior, habet enim clausula reservationis dominii mirabilem, & utilissimum effectum, ut videlicet vendor etiamsi tradat emptori rem venditam, censeatur nihilominus nolle habere fidem de pretio: qua clausula non adjecta, re tradita, & data dilatione ad solvendum, censemetur habere fidem de pretio, ut notat Lucas de Pena in *I. quicunque 3. n. 22. presump. 112. C. de apochis pub. lib. 10.* quem sequitur Menoch. *de presumpt. lib. 3. presump.*

79. n. 4. docet Tiraquellus, qui plurimos refert, *de retractu convent. ad fin. tit. n. 78.* Ego dixi *tom. 1. tit. 1. disp. 2. q. 4. n. 240.* & sic in emptorem transferretur dominium. Atque ita ex ea clausula cessat disputatio Doctorum in *d.l. procuratoris, §. Si plures, vers. Sed, & si dedi, alias §. Sed et si dedit, & ibi glass. in verb. Vindicare, ff. de tribut. action.* ubi tractat Albericus, Angelus, Paulus, Fulgosius, Barbos. in *I. si cum dotem 23. §. fin. n. 35. & 36. ff. solut. matrim.* quando vendor censeatur, vel non censeatur habere fidem de pretio. Cum igitur habere, vel non habere fidem de pretio, non insit tacitè in contractu emptionis, & venditionis, expressio hujus clausulae potest notabilem effectum operari, ut videlicet vendor censeatur, nolle habere fidem de pretio. Non omitto expressionem eorum quæ tacitè insunt, cum alio modo, quām insunt exprimuntur, effectum habere, ut docet Bart. & Doctores in *d.l. 3. ff. de leg. 1.*

ib 64 Neque obstat prædictæ resolutio ni textus, qui multos adduxit in reprobum sensum *in I. cum manu sata 80. §. ult. ff. de contrah. empt.* Nam facillimè respondetur, pactum perpetuò reservans dominium, & ab eo perpetuò excludens emptorem, non valere, neque posse compati cum contractu venditionis, quare necesse est, ut contractum faciat transire in aliam speciem à venditione diversam, ut dicitur in textu ibi: pactum verò temporaliter reservans dominium, donec pretium rei venditæ solvatur, aut aliter satisfiat ab emptore, vallet, & est naturale, & consentaneum contractui emptionis, & venditionis. Ita res pondet Anton. Gomez *tom. 2. variar. cap. 2. n. 30. Sessè dec. 42. n. 13. 14. & 15. Stracca de decoctor. 3. p. ult. part. n. 7.*

65 Alia se offerebat difficultas circa pactum reservationis dominii: videlicet interposito in venditione hoc pacto, ad quem spectet periculum rei venditæ, an ad emptorem, cui res est tradita, an ad venditorem, in cuius dominio permanet, de qua quia non pertinet ad institutum nostrum, videantur Gratianus *disc. forens. tom. 3. cap. 523. ex n. 17. & tom. 4. cap. 730. num.*

24. & cap. 772. ex n. 7. Bossius *divisor.*  
*tract. tit. de remissione mercedis conductorum,*  
*n. 102. Decius conf. 440. superioribus die-*  
*bis, vol. 2.*

66 Item occurreret aliud dubium, si de hoc pacto reservationis dominii ageremus ex professo, videlicet, an in venditione facta sub hoc pacto reservationis dominii temporalis sit locus retractui consanguineorum, aut vicini ex jure congrui, & à quo tempore, an contractus, an solutionis pretii, de qua tractant *Afflict. decis. 338.* & *Tiraquell. de retract. lignagier, §. I. gloss. 2.* ex n. 36. Mozius *de contractib. tract. de locat.* & *conduct. tit. de accidental. locationis, ex n. 37.* quos vide.

67 Ex prædictis colligitur resolutio singularis quæstionis, de qua ex facto consultus respondi, quam quia eam apud neminem vidi tactam, ex iis, qui de concursu creditorum scribunt, hoc loco proponam, quamvis aliquantulum videar divertere. Ponamus tradidisse prædium venditum empori adjecto venditioni pacto reservationis dominii, interim dum pendet solutio integra pretii: emptorem verò accepisse pecuniam mutuam ab aliquo illam dante pro emptione prædicti prædii, pacto adjecto, quod prædium sit specialiter obligatum pro solutione prædictæ pecuniae, juxta l. licet 7. C. qui potiores, qui empor solvat prædictam pecuniam venditori, sed quia non erat integrum pretium, & iste empor non satisfecit aliunde venditori, neque creditori, qui pecuniam ad emendum dedit, sit concursus circa prædium venditum istorum duorum creditorum, venditoris, inquam, qui dominium reservaverat, & mutuatoris pecuniae ad emendum datæ cum pacto specialis hypothecæ, quæritur, quis sit præferendus?

68 Difficillima esset hujus difficultatis resolutio, si vera esset illa, quam rejecimus sententia, ex reservatione, inquam, dominii resultare hypothecam specialem privilegiatam in favorem venditoris circa rem venditam, etenim fieret, ut in hoc casu concurserent duæ hypothecæ privilegiatae, quarum una alteri non cederet, altera

venditoris, altera mutuatoris, occurreret que notabilis perplexitas circa istorum duorum creditorum satisfactionem, maximè si eodem tempore factæ venditionis facta fuisset solutio partis pretii ex ista pecunia mutuata, quo casu hypothecæ eodem tempore contraherentur, argumento l. I. §. Si minor, ff. de rebus eorū & recurrendum esset ad divisionem, partitionemque pretii prædii venditi inter illos duos, qui eodem tempore acquisierunt hypothecas quæ privilegiatam.

69 Verùm juxta sententiam veram, quam sequuti sumus, facilis est prædictæ difficultatis resolutio: etenim dicendum est, præferendum esse venditorem prædii, qui sibi dominium reservavit omnibus creditoribus emporis, quantumvis privilegiatis, qui enim vendicat est ante privilegia, l. si ventri 8. §. In bonis, ff. de privil. credit. siue venditor velit rem suam vendicare, siue velit solvi sibi suæ rei pretium. Creditores verò emporis non possunt cum venditore concurrere, neque prætendere aliquod jus in prædicto prædio, cuius dominium debitori suo quæsum non est, neque est effectum de suo patrimonio, obstante prædicta reservatione, cùm pretium integrè solutum non fuerit.

70 Addo, in Regno Neapolitano non posse concedi assidentiam creditoribus emporis super illo prædio, etiam illi, qui dedit pecuniam ad illud emendum, quantumvis empor super illo prædio constituerit redditum annum, seu censum pro pecunia recepta. Quoniam in prædicto prædio nulla contracta est hypotheca in favorem mutuatoris, neque constitutio census super illa re valet, quippe cùm non sit emporis, dum integrum præmium non solvit, ob reservationem dominii, quare empor illud prædium tanquam rem alienam non potest hypothecæ, aut censi subjicere, l. I. & 2. C. si aliena res pignorib. data sit, & sine hypotheca assidentia præstari non potest, pragmat. I. de assidentia. Oportet igitur esse cautos, qui in similibus casibus consiliadant.

## SUMMA SECTIONIS VI.

- 71 IN mutua ob duas causas potest aliquid licet recipi ultra sortem, vel ratione pœnae, vel ratione interesse.
- 72 Pœna triplex est, legalis, conventionalis, & judicialis.
- 73 Pœna in foro interno licet imponitur in contractu mutui.
- 74 In foro externo pœna apposita in mutuo censetur imposta in fraudem usurarum.
- 75 Lex fori externi fundatur in præsumptione, & non obligat in foro conscientiae, in quo sola veritas attenditur.
- 76 Pœna conventionalis apud supra Tribunalia non exigitur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit.  
*Quantitas promissa ultra sortem censenda est potius promissa loco interesse, quam loco pœnae, ibi.*
- 77 An stipulatio de certo interesse in mutuo sit exequenda juxta taxam à principio factam, absque ulteriori probatione.
- 78 In foro interno tuto exigitur interesse taxatum à principio, si vera sit ejus quantitas, & absit fraus, cum quibusdam tamen conditionibus, quas Theologi requirunt.
- 79 Quoad forum externum prima sententia negat, interesse posse taxari à principio in mutuo, & ex ea taxatione agi posse, nisi aliunde constet de vero interesse, & recensetur pro ea 59. Doctores.
- 80 Interesse est factum futurum, de quo nulla certitudo esse potest, nisi per divinacionem, & prophetiam, cum multis de causis impediri possit.
- 81 Interesse seclusa probatione non differt ab usura, nisi nomine.  
*Non est immunis à culpa, qui manifesto facinori destinat obviare, cum possit, ibi.*
- 82 Contractus iste de certo interesse est suspectus de usura ex natura sua, à quocumque fiat.
- 83 Adjectio certae pœnae in datione quantitatis rejicitur tanquam apposita in fraudem usurarum, sic & adjectio certi interesse.
- 84 Contractus censualis, quo debitor remaneat obligatus ad restituendum capitale

- intra certum tempus, & interim ad solvendos reditus, est usurarius.
- 85 Pactum in mutuo de certo interesse esse validum, & efficax, qui censuerint, & enumerantur 20. Doctores.
- 86 Quidam allegati à Modernis non tenent predictam sententiam.
- 87 Qui possent pro illa allegari.
- 88 Quomodo se explicent quidam Doctores illi adhaerentes.
- 89 Debitor probare potest, non tanti interfuisse creditoris, quanti conventum est.  
*Omnis probatio admittit meliorem probationem in contrarium, ibi.*
- 90 Consilium est, ne promittatur interesse in genere, & incertum propter difficultatem probationis.
- 91 In Civitatibus, in quibus abundant venditiones annuorum reddituum, notorium est interesse certum creditorum, & infra n. 101.
- 92 Interesse probari potest per conjecturas verisimiles.
- 93 Iudex potest taxare interesse, cum de illo constat in genere, etiam si non constet de interesse liquido.
- 94 Fundamenta postrema sententiae sunt vanitates, & figmenta, & laqueum diaboli ad decipiendos usurarios.
- 95 In mutuo non valet pactum adiectum de certo interesse à principio, ut possit executioni mandari in vim conventionis, confessionis, aut transactionis, vel probationis: sed ut possit quis obtainere condemnationem interesse, debet probare, quod sua intersit, & quanti sua intersit.
- 96 In materia prohibita, & suspecta non statut assertionibus Partium, etiam juratis, nisi aliunde veritas probetur.
- 97 Ex frequentia emptionis annuorum reddituum in aliqua Civitate non censetur probatum interesse ex mutuo.
- 98 Quomodo sit articulandum, & probandum interesse, remissive.
- 99 Explicatur textus in l. ult. ff. de Prætor. stipulat.
- 100 Jure antiquo valebat stipulatio usurarum legitimarum.
- 101 Probatur ex frequentia emptionum annuo-

- nuorum redditum non censeri probatum interesse.*
- Exactio annuorum redditum difficultima in hac Civitate, & exposita multis periculis, ibi.*
- 102** *Non omnes Neapolitani sunt mercatores, aut negotiatores, ut sunt Genuenses. Mores nobilium Neapolitanorum, ibi.*
- 103** *Non satis est probare, quem esse mercatorem, ut inde inferatur, eum esse lucratum.*
- 104** *Cùm à principio constat de interesse, & ejus quantitate, quod aliquando contingit, potest promitti à principio, stipulari, & exigi sine ulteriori probatione.*
- Pactum rescissionis contractus census ob cessationem solutionis improbatur à multis, ibi.*
- Ab aliis verò approbatur, ibi.*
- Casus in quibus à principio constet de quantitate interesse futuri recensentur, ibi.*
- 105** *Ad probandum interesse sufficient conjectura verisimiles.*
- 106** *Cum constat de interesse in genere, quamvis non constet de ejus quantitate liquida potest ex officio à Judice taxari.*
- 107** *Proponitur difficultas, utrum valeat pactum de stando declarationi creditoris super liquidatione interesse.*
- 108** *Pactum de stando simplici declarationi creditoris super quantitate interesse esse validum, est communis sententia.*
- Contractus legem ex conventione accipiunt, ibi.*
- 109** *Taxatio interesse, qua suspecta est à principio, post contractum potest fieri, quando jam cessavit necessitas mutuatarii.*
- 110** *Pactum de stando declarationi non juratae creditoris super quantitate interesse non valere, verior sententia.*
- Hoc pactum invitat ad delinquendum, ibi.*
- 111** *Hoc pacto daretur ampla facultas palliandi usuras.*
- 112** *Non probato interesse non potest Judex illud moderari.*
- 113** *Conventiones inter partes valent, si tamen non sint simulatae, & factae in fraudem legis.*
- 114** *Idem est, interesse taxari ab initio contra-*
- Etus, quòd taxari post contractum virtute conventionis factæ ab initio.*
- 115** *Pactum de stando declarationi juratae creditoris super quantitate interesse esse validum, est communis sententia.*
- 116** *Variis tamen modis limitatur, primò, ut possit debitor revocare facultatem datam creditori jurandi super interesse, maximè si ad sit causa, ut mutatio conditionis.*
- 117** *Item hæc facultas non transit ad heredem.*
- 118** *Tertio, ut declaratio sit subiecta arbitrio Judicis.*
- 119** *Quartò, ut creditor non declaret substantiam interesse, quæ aliunde debet probari, sed solam quantitatem.*
- 120** *Quinto, ut debitor possit probare minus interesse.*
- 121** *Sexto, ut non valeat pactum si fiant in fraudem usurarum.*
- 122** *Alii contra sentiunt, pactum de stando declarationi juratae super interesse non valere.*
- 123** *Hæc postrema sententia judicatur verior, & probatur.*
- 124** *Pactum, quod stetur declarationi creditoris quoad interesse in contractu census, reprobatur.*
- 125** *In materia suspecta, & ubi quis habet interesse formatum iniquum esset, stare ejus declarationi.*
- 126** *In omnibus casibus requiritur probatio veri interesse, ut de eo constet.*

## SECTIO VI.

De interesse taxato in contractu mutui à principio inter contrahentes: aut in quolibet alio debito pecuniario pro tempore futuro.

**71** ***I**N mutuo ob duas causas potest licet aliiquid promitti, & recipi ultra sortem, primò ratione poenæ: secunda ratione interesse; ut notavit Toletus in instruct. Sacerdotum, lib. 5. cap. 32. n. 1. & 2. de utroque casu agendum est hoc loco.*

**72** *Poenam triplicem distinguunt DD. legalem, quæ imponitur à lege; judiciale, quæ à Judice; conventionalem, quæ à*

con-

contrahentibus, ut illius metu contractus, & pacta serventur. De hac conventionali omisssis aliis nobis sermo est. Et dubitant DD. an licet posse apponi in contractu mutui, ut darem tibi mutuos centum aureos, reddendos mihi infra mensem, ea adjecta conditione, seu pacto, ut nisi eos intra designatum tempus restitueris, in poenam morae debeas mihi unum, vel duos aureos ultra sortem. Hæc est poena conventionalis, quia ex conventione partium imposita est in hoc contractu mutui.

73 Qua in re puto distinguendum: aut enim loquimur in foro interno, aut in foro externo, & judiciali. Quod attinet ad internum: Theologi unanimi consensu docent, poenam posse imponi in contractu mutui, si non sit usuraria, quia mens eam imponentis non fuit usuraria recipiendi aliquid ultra sortem, sed urgendi debitorem metu illius ad observationem contractus, juxta l. 40. tit. 11. p. 5. & tuta conscientia exigi posse. Ita sentiunt Sylvester in summ. verb. Usura, n. 28. Joann. Medina de ræbus per usuram acquisitis, q. 3. circa fin. §. quaranta causa, Soto de just. & jure, lib. 6. q. 1. art. 3. paulò post primam conclusionem, vers. Sed utrum statim, Navarrus in Manuali, cap. 17. n. 217. Molina de justit. tract. 2. disp. 97. n. 3. & disput. 317. ex n. 2. Lessius de justit. & jure, lib. 2. cap. 20. dub. 15. ex n. 128. Salas de contract. tract. de usura, dub. 21. ex n. 2. Rebell. de obligationib. justit. 2. p. lib. 8. q. 9. ex n. 3. Filliuc. moral. quest. tom. 2. tract. 32. p. 4. cap. 5. ex n. 104. Salon. 2. 2. tom. 2. q. 78. art. 2. controvers. 11. ex n. 8. Bonacina Theolog. moral. tom. 2. tit. de contractib. disp. 3. q. 3. punct. 7. ex n. 1. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 184. & 186. Oportet tamen advertere, quasdam conditions servandas esse, ut hæc poena justè exigi posse, quas commemorant omnes prædicti.

74 Quidam forum verò externum, communis sententia docet, poenam appositam in mutuo, seu datione quantitatis, censi appositam in fraudem usurarum, & neque posse peti, neque exigi. Hanc amplectitur Angel. in l. stipulatio ista 38. §. al-

Tomo II.

teri, n. 3. ff. de verbor. obligat. Bart. in l. Julianus 14. §. idem Papinianus, in princ. & n. 1. ff. de act. empt. gloss. 1. in l. cum allegas 15. C. de usur. & ibi Cynus n. 2. & 4. Alberic. n. 1. Bart. in princ. & n. 3. Bald. n. 1. 8. 14. & ferè per totam, Paul. n. 1. & 3. Salicetus n. 1. 7. & 8. cum seqq. Fulgos. n. 1. Angel. Clavas. in summ. verb. Pœna, n. 12. Sylvest. verb. Usura 1. n. 28. Gregor. Lop. in l. 40. tit. 11. p. 5. gloss. 2. Laurent. de Rudolph. de usuris, q. 67. n. 15. Panorm. in cap. dilecti 4. n. 15. de arbitris, Joannes de Annania in cap. naviganti, ultimo, n. 57. de usuris, Gulliel. Bened. in cap. Rainutius, verb. Si absque liberis, el 2. in tractat. fideicommissariæ substitutionis, n. 229. de testam. Cagnol. in l. unica, n. 117. C. de sentent. que pro eo quod interest, Barbosa, qui multos alios allegat, in l. 2. in princip. 1. p. n. 42. vers. Neque obstat, ff. solut. matrim. Scaccia ubi supra n. 185. Molina de justit. tract. 2. disp. 97. n. 2. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 14. tit. 37. n. 7. Gaspar Roderic. de annuis redit. lib. 3. q. 5. ex n. 4. Probatur autem hæc sententia ex text. in d. l. Julianus 14. §. idem Papinianus. ff. de act. empt. & in d. l. cum allegas 15. C. de usuris, & in d. l. 40. tit. 11. p. 5.

75 Si quisquam querat, cur ita tam varie in foro externo, & interno? Et cum dixerimus, in foro interno valere promissioñem poenæ, cur in foro externo non sustineatur, sed reprobetur potius, siquidem forum internum strictius esset solet, externum latius; at hic contra? Respondendum est, hoc discrimen ex eo oriri, quod lex fori externi fundatur in præsumptione usurarum, quare in datione quantitatis reprobatur adjectio poenæ: lex autem, quæ fundatur in præsumptione, non obligat in foro conscientiæ, in quo sola veritas attenditur, cap. tua nos 26. de sponsalib. Panormit. in cap. 1. n. 10. Felin. n. 40. de constit. Covarr. in cap. cum esset 10. n. 16. de testam. Menoch. de præsumpt. lib. 1. q. 80. & cons. 37. n. 54. lib. 1. Franciscus Suarez de legib. lib. 3. cap. 23. Salas de legibus, disp. 10. sett. 4. n. 18. Vazquez in 1. 2. tom. 2. disp. 163. cap. 2. n. 8. Molina de just. tract. 2. disp. 404. n. 9.

Cc

Hinc

76 Hinc ortum habuit practica supremorum Tribunalium, quam commemoravimus supra hoc tit. disput. 3.n.22. ut poena conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit. Ex qua eadem crederem limitandam predictam communem opinionem, ut quoties adjicitur certa quantitas solvenda, in casu quo principale quantitatis debitum non solvatur, videatur magis ulterior illa quantitas adjecta ultra sortem, promissa loco interesse, quam poenae, ut generaliter de stipulatione poenali dicunt multi, quos retuli d. disput. 3. n. 21. Atque ita si stipulator probaret sua interesse, & quatenus intersit, putarem, stipulationem poenalem esse sustinendam, excusandam ab usura, & exequendam pro quantitate veri interesse, quod multis ex iis, quos allegavi num. 74. praeced. suam sententiam limitantes censerunt, & fuit sententia Ancharr. cons. 148. apud antiquos, & modernos, n. 1. ut actus sustineatur, quo melius possit, & ne presumatur contractus usurarius, presumi enim non debet, l. merito 15. ff. profocio, Decius in cap. cum venerabilis, n. 65. in fin. de except. per text. in cap. naviganti, ult. de usur. Salomon. de Paz cons. 49. n. 14. Menchaca controversial. usufreq. lib. 3. cap. 60. n. 25. Surd. cons. 327. n. 52. & 53. lib. 3. Decian. respons. 2. ex n. 64. volum. 1. Molinus de pact. nuptial. lib. 1. q. 16. n. 1. & 2. cum plurimis aliis consulto omisis.

77 Veniamus ad secundum casum, quando ratione interesse in mutuo quis stipulatur certam quantitatem, tunc dubium est, an ista stipulatio, & missio valeat, & sustinenda sit, exequendaque juxta taxam à principio factam absque ulteriori probatione.

78 Et iterum hic distinguendus est forum internus ab externo. In foro enim interno plurimi Theologorum sentiunt, si quantitas interesse taxata vera sit, absitque fraus, & paliatio usurarum, & interesse posse taxari à principio, & exigi tuta conscientia, dummodo observentur quædam conditiones, quas observandas dicunt, ut istius interesse exactio licita sit. Ita sentiunt Joan-

nes de Medina C. de rebus per usuram acquisitis, q. 3. §. Nec obstat, quod mutuans, & conditiones enumerat ex §. Conditiones igitur, Molina de justit. tract. 2. disp. 316. n. 8. & ibi cum n. seq. aliquid de conditionibus. Lessius de justit. & jure, lib. 2. cap. 20. n. 72. & n. 80. de conditionibus n. 73. & 84. Rebell. de obligationib. justit. 2. p. libr. 8. q. 6. n. 1. de conditionibus, ex n. 3. Bonacina tom. 2. moral. Theologia, tract. de contract. disput. 3. q. 3. punct. 4. ex n. 7. Filliuc. quest. moral. tom. 2. tract. 34. p. 2. cap. 4. n. 80. & de conditionibus ibidem n. 70. & 79. Salas de contract. tract. de usuris, dub. 20. n. 7. §. quarto potest, & de conditionibus toto illo dubio, ex n. 1. Salon. 2. 2. tom. 2. q. 78. art. 2. controv. 8. de damno emergenti, & de conditionibus ibi, ex n. 14. & controv. 9. de lucro cessante, & de conditionibus ibi ex n. 26. Accedunt Juristæ, Cagnol. in l. curabit, n. 61. C. de act. empt. Mascard. de probationib. vol. 2. concl. 934. Agenti ad interesse, n. 29. & Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 61. Quoad hoc nulla est difficultas: quoniam in hoc foro, ut dixi n. 75. sup. solum attenditur veritas, non presumptio, neque hic opus est alia probatione, quam cujuscumque conscientia, & confessione: contra quam in foro externo contingit.

79 Quod attinet ad forum externum, prima sententia negat, posse taxari, & constitui certum interesse in mutuo à principio: aitque stipulationem certæ quantitatis à principio in hoc contractu, etiam ratione interesse, non valere, sed censi debere usuram paliatam sub nomine interesse, neque ullum habere effectum, aut ex ea agi posse, nisi aliunde constet, & probetur legitimis probationibus interesse, & quanti intersit.

1 Ita sentiunt Bald. in l. rogasti 11. §. sibi, n. 6. & 7. ff. si cert. pet. & in l. 1. n. 31. & 32. C. de summ. Trinit. & Fide Cathol. Quibus locis ait, quod interesse non probatur per pactum, ut si nomine interesse conventi, sit promissum aliquid, si non solvatur sors, futura enim non potuerunt à principio taxari, quia non habuerunt certam

# DISPUTATIONUM JURIS DE JUDICIIS.

203

Biblioteca de Ciències Socials

tam quantitatem, & naturam.

2 Abbas Panormitan. consil. 64. n. 5. vers. Ad tertiam objectionem, 1. p. ait, quod à principio non valet conventio de dando certum quid pro centenario, ut in cap. debitores de jur. jurand.

3 Ancharran. cons. 150. in quæst. quæ veritatem, n. 7.

4 Alexand. cons. 61. viso processu, n. 12. lib. 2. & cons. 27. viso themate, n. 9. & 10. lib. 4.

5 Roman. cons. 520. circa propositam consultationem, n. 8. & cons. 510. quoad primum, num. 6.

6 Decius cons. 39. juridicam, n. 4. in fin. & n. 5. ubi requirit duas probationes ad obtinendum interesse lucri cessantis, etiam stante taxatione, & quod petens sit solitus negotiari, & quod ejus tanti intersit, & consil. 111. n. 14. ait, quod promissio certi interesse non facit, ut tanti intersit: & non valet, quando non appareat, quod tanti intersit, quantum promittitur, & cons. 116. in causa Aloysii, n. 6. ait, non posse peti certam quantitatem promissam pro interesse, quia promissio videtur facta in fraudem usurarum: & non statut asserioni instrumenti pro tali interesse, sed de vero interesse debet probari, & cons. 119. & pro tenue, n. 9. 10. & 11. ait interesse debere probari per veras, & legitimas probationes, & circa ejus quantitatem non credi instrumento, neque illud posse executioni mandari, sed de damno, aut interesse aliter debere probari, & cons. 322. vijs consiliis, n. 3. circa fin. vers. Unde venio ad secundum dub. & n. 4.

7 Paulus Castren. cons. 101. quantum ad tempus, 1. p.

8 Silvanus cons. 10. n. 46.

9 Graveta cons. 87. num. 5. & cons. 189. num. 8.

10 Rolandus cons. 55. ex n. 20. vol. 2. improbat istam taxationem à principio in fortioribus terminis.

11 Salon de Paz Burg. cons. 49. n. 12. & 15. cum seqq.

12 Mandellus Albensis cons. 211. n. 7. vol. 1. & cons. 512. n. 11. vol. 2. & utrobique Tom. II.

additio, ait, non valere taxationem interesse à principio: neque censeri probatam ejus quantitatem ex promissione, sed debere reduci ad certitudinem ex probatione postea subsequuta.

13 Peregrin. cons. 85. n. 4. junctis n. 14. & 15. & ex num. 20. vol. 3. ait, pactum de certo interesse esse reprobatum, & requiri probationem veri interesse, & solutum esse negotiari, qui illud petit, ut obtineat.

14 Menoch. cons. 1180. lib. 12. quod est solemne consilium in hoc articulo, ubi n. 6. refert quindecim Doctores pro hac sententia, & ex num. 7. respondet ad novem alios Doctores allegatos pro contraria; omnino vide. Eandem tradit de arbitr. lib. 2. cent. 2. casu 119. ex n. 3. & n. 11. & ex num. 16.

15 Felinus in cap. cùm venerabilis 6. n. 9. de exceptionib.

16 Cagnolus in l. curabit, n. 54. C. de act. empt. & in l. unic. n. 49. & 51. C. de sent. quæ pro eo quod interest, ait, quod licet conventio de certo interesse non valeat, sustineretur, si postea probaretur interesse.

17 Rebuff. in repet. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest, gloss. ult. n. 34. ait, interesse posse peti, si probaretur, sed taxationem vel certam quantitatem promissam pro interesse non valere. Ubi statuit regulam cum ampliationibus, & limitationibus, è quibus prima est n. 45. si interesse probetur, vel de eo constaret à principio.

18 Joann. Lopus de Palac. Rub. in repet. cap. per vestras, notab. 6. in princ. n. 6. in fin. vers. Prædicta tamen, & n. 9. & 5. n. 11. & n. 12. vers. Ad cuius confirmationem.

19 Barbosa in l. 2. in princ. 1. p. num. 41. vers. Tertio amplia, & n. 43. vers. Pro concordia, ff. solut. matrim. ait ex solo instrumento taxationis interesse non posse agi contra debitorem, nisi articuletur, & probetur quantitas damni emergentis, aut lucri cessantis, & tunc non tam obtineri ratione promissionis, quam ratione interesse verè probati.

20 Anton. Gabriel. lib. 3. commun. tit. de solutionib. concl. 10. n. 4.

21 Claudio Bertazol. in addition. ad con-

*fol. crimin. Bartholomai Bertazoli 262. vers.*  
*Secunda conclusio, ait, taxationem interesse*  
*sustineri, si creditor probet, sua interesse*  
*tanti, quantum fui taxatum.*

22 *Carrocius in additionib. ad cons. Decii*  
*39. ex n. 4. prosequitur latè, & in additione*  
*ad cons. 116. n. 30.*

23 *Thesaur. lib. 3. quæst. forens. q. 71. n. 1.*  
*ait, non stari quantitatì interesse taxatae à*  
*principio, quia sapit usuram.*

24 *Andræas Gayl. observat. pract. lib. 2.*  
*cap. 5. n. 16. dicit, conventionem de cer-*  
*to interesse tanquam usurariam non subsi-*  
*stere propter fraudis suspicionem, cùm in-*  
*teresse eo tempore adhuc incertum sit;*  
*sustineri tamen, si creditor probet, tanti*  
*sua interfuisse.*

25 *Mascard. de probationib. concl. 934. ex*  
*n. 25. dicit, hanc taxam esse irritam, & nul-*  
*lam, cùm sapiat usurariam pravitatem, &*  
*Scribentes omnes communi consensu id*  
*tradidisse, & posteà n. 50. ait, per proba-*  
*tionem posteà subsequutam sustineri dic-*  
*tam conventionem.*

26 *Thusc. litt. I. concl. 308. n. 2. 8. 15. 16.*  
*17. 18. 23. 34. & 45. cum seqq. semper re-*  
*quirit probationem pro exigendo interes-*  
*se, sive convento, & ad certam quantita-*  
*tem à principio redacto, sive non convento.*

27 *Tepatus in compend. variar. tit. 169.*  
*cap. 11. versic. Conventio, dicit conventio-*  
*nem de certo interesse lucri cessantis esse*  
*usurariam.*

28 *Gratianus discept. forens. tom. 2. cap.*  
*387. ex n. 8. ait, taxationem non redde-*  
*re contractum illicitum, sed exactionem,*  
*quare si quis probet sua interesse, poterit*  
*uti contractu: sed taxatio habebitur pro*  
*non facta.*

29 *Joann. Gratian. regul. 243. limitat. 6.*  
*num. 3.*

30 *Gregor. Lopez in l. 31. tit. 11. part. 5.*  
*gloss. 2. circa med. ait, quòd si taxaretur il-*  
*lud plus, quod est ultra sortem nomine in-*  
*teresse, non teneret taxatio, sed probandum*  
*est verum, & justum interesse, quia in mu-*  
*tu quo tanquam in materia prohibita non sta-*  
*tut confessionibus Partium.*

31 *Ambros. de Vignate de usur. ex n. 49.*

*ad 52. reprobat taxationem interesse à*  
*principio.*

32 *Petrus Gregor. tract. de usur. lib. 1.*  
*cap. 2. n. 5. ait, in ista taxatione interesse*  
*esse urgentissimam fraudis suspicionem, &*  
*esse sententiam veriorem, quæ hanc con-*  
*ventionem reprobat, & tandem iis consenti-*  
*re videtur, qui eam sustinent, ex proba-*  
*tione veri interesse subsequuta.*

33 *Plotus de in item jurando, §. 11. num.*  
*15. & 16.*

34 *Joan. Bapt. Lopus de usuris, comment.*  
*1. §. 6. ex n. 121. dicit, conventionem de*  
*certo interesse esse omnino illicitam, cùm*  
*sapiat usurariam pravitatem. Sed n. 126.*  
*ait, sustineri, si probet creditor tanti sua*  
*interfuisse in vim probationis deductæ.*

35 *Gutierr. de juram. confirmat. 1. p. cap. 2.*  
*n. 5. ubi post factam taxationem interesse,*  
*ut valeat conventio, exigit probationem.*

36 *Joan. Dilectus de arte testandi, tit. 6.*  
*cautel. 48. n. 1. ait, id, quod interest non*  
*posse taxari ab initio ad certam summam,*  
*antequam debeatur.*

37 *Benvenut. Stracc. de mercatura, p. 4.*  
*tit. de contract. mercator. n. 2.*

38 *Felicius de societate, cap. 24. ex n. 64.*  
*ad 71. dicit, non valere pactum de certo*  
*interesse præstando, & ex eo, quod subse-*  
*quatur probatio poterit salvari à labo usu-*  
*ræ, & n. 85. vers. Taxatio.*

39 *Gaspar Roderic. de annuis redditibus,*  
*lib. 3. q. 5. ex n. 39. & q. 7. ex n. 24. ad 26. &*  
*n. 55. & q. 8. ex n. 12. & n. 22. ait, pactum*  
*de certo interesse non valere ad proba-*  
*tionem, quod intersit, neque quanti inter-*  
*sit, sed requiri probationem veri interes-*  
*se, & in hac materia uti suspecta non esse*  
*standum pactis, neq; confessionibus Partium.*

40 *Marianus Freza de presentat. instrum.*  
*7. p. q. 11. ait, instrumentum, in quo est*  
*promissum certum interesse, censi adhuc*  
*illiquidum, nisi probetur de vero interes-*  
*se: nec stabitur assertioni certæ quantita-*  
*tis, nisi certa probetur, allegat Bart. Bald.*  
*Alexand. & Decium, & dicit esse veram*  
*conclusionem.*

41 *Hævia Volaño de commerciis, lib. 2.*  
*cap. 2. n. 31.*

42 Paschalis *de viribus patria potest.* 1.p. cap. 8. n. 235. proponens quæstionem, refert multos ex prædictis, & sic videtur eorum sententiam approbare, à quibus non recedit.

43 Scaccia *de commerciis*, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 27. & ex n. 55. & n. 60. dicit, istam taxationem interesse esse illicitam: sustineri tamen ex probatione postea facta.

44 Grassis *de exceptionib. except.* 32. n. 80. juncto n. 84. dicit, pactionem de certo interesse esse reprobata, nisi ubi probatur de vero interesse, nam tunc sustinetur, & est optimus locus, quia statuit regulam cum limitationibus.

45 Colerus *de process. execut.* p. 1. cap. 10. ex n. 118. ait, interesse taxatum peti non posse, nisi probetur tanti interfuisse creditoris; cum tamen admittat petitionem, & executionem instrumenti, in quo promissæ sunt usuræ moderatae absque probatione aliqua, quas credit, in foro externo licitas esse, & permitti debere, ut evitetur necessitas probationis interesse, eaque tradit ex num. 90. Quod arguit haereticum hominem probè caluissè discrimen inter usuras, & interesse, dum illas dicit non egere probatione, hoc sine probatione exigi non posse.

46 Vivius *decif.* 84. num. 3. 5. & 6. dicit contractum de solvendo certo interesse ob quantitatem fortis non solutam esse illicitum, & censeri factum in fraudem usurarum.

47 Martha *decif.* 163. ex n. 1. asserit, & probat, hunc contractum taxationis interesse à principio esse reprobatum, & illicitum.

48 Bellonus *decif.* 91. n. 31. & 32. ubi facta taxatione à principio de interesse per instrumentum, debitor non est condemnatus ad interesse taxatum, quia taxatio interesse à principio est omni jure reprobata: sed ad interesse liquidandum nulla habita ratione taxationis, & dec. 193. n. 5. & 6.

49 Cavalcan. *decif.* 35. ex n. 17. 1.p. & dec. 13. n. 4. & n. 69. & 70. 2.p. ait, si interesse non sit taxatum à lege, non attendi taxationem factam in instrumento, neque illum censeri liquidum, neque mereri executionem.

50 Gamma *dec.* 110. n. 18. ait, quòd non potest à principio promitti certa quantitas præstanta annuatim nomine interesse, taliter quòd promittatur uniformis præstatio.

51 Mastrill. *dec.* 245. ex n. 28. reprobat taxationem interesse à principio, & ut in ejus petitione possit obtineri, exigit probationem.

52 Peguera *decif.* 147. ait, quòd conventione de solvendo certo interesse dum non solvit pecunia debita, est usuraria.

53 Mohedanus *dec.* 102. alias 1. ex n. 1. de usuris, ait, interesse taxatum deberi, dummodo legitimè probetur, non aliter.

54 Rota Romana apud Farinac. vol. 2. *decif. criminal.* dec. 211. n. 5. ait, esse conclusionem, quam semper Rota amplexa fuit, certum interesse conventum non deberi, uti usurarium, & *decif.* 331. ex n. 1. sustinetur taxatio interesse facta à principio ex probatione subsequuta, non alias, & ibi n. 16. ait, quòd taxatio certi lucri non facit contractum usurarium, sed exactio; unde si creditor non vult exigere, nisi quod sua intersit, contractus erit validus, & taxatio habetur pro non facta, & *decif.* 362. n. 3. & dec. 372. ex n. 8. ait, quòd taxatio interesse non vitiat contractum sed redditur superflua, si aliundè non constat creditoris interesse, & censetur non facta, neque illa utitur creditor, si non probat legitimis probationibus interesse suum ad effectum exigendi.

55 Farinac. *conf.* 162. lib. 2.

56 Cassianus in *confuet. Burgund. Rubric.* 4. §. 23. in *princ.* n. 25. vers. Et in hac lege.

57 Didac. Perez in *Rub. tit. 2. lib. 8. Ordin.* pag. 21. col. 1. vers. Ratio, quia à principio.

58 Mozius *de contractib. tract. de mutuo, tit. de naturalib. mutui,* n. 24.

59 Hermosilla in *l. 10. tit. 1. p. 5. gloss.* 4. n. 304. 305. & 314. (60. Camil. de Medic. *conf.* 26. ex n. 49.)

80 Probatur hæc sententia primò, quia cùm contractus fit, integrum est factum futurum, de quo nulla potest esse certitudo, quod multis de causis potest impediiri. Ergo non potest tempore contractus taxari, & reduci ad certam quantitatem, quasi

quasi per divinationem, & prophetiam, ac per consequens probatio requiritur, per quam reddatur certum, quod inter sit, & quanti inter sit, & quod concurrent conditio nes, quas requirunt Doctores, ut interesse debeatur, quae per solum contractum non constant. Veluti ad obtainendum interesse lucri cestantis, quod creditor sit solitus negotiari, juxta text. in l. non utique 3. §. ult. vers. In banc arbitrariam, ff. de eo, quod certo loco, & gloss. celebrem ibi verb. Solebat, & doctrinam non minus celebrem Pauli de Castro ibid. n. 3. ut inferius tangemus, & alia, quae Doctores requirunt. Inefficax est igitur, & inutilis taxatio certi interesse à principio, nisi accedat probatio, qua seclusa censenda esset usuraria. Præsertim cum interesse non possit esse omnibus annis uniforme, & æquale, sed necessariò uno anno majus, alio minus.

81 Secundò, quoniam taxatio interesse si probationis necessitatem secludas, non differt ab usura, nisi solo nomine: ac proinde lex naturalis, quæ usuras prohibet, & lex canonica, cum legibus civilibus Catholicorum, impositæ esset verbis, & non rebus: contra regulam, l. 2. §. ult. in fin. C. commun. de legat. siquidem permitterent contractus de certo interesse solvendo ultra sortem, prohibent tamen contractus de certis usuris solvendis. Quæso enim si ego sum foenerator, & volo sub usuris mutuos dare centum ducatos quid intererit, an dem illos cum incremento decem ducatorum ad finem anni ultra sortem solvendorum ratione usurarum, vel ratione interesse? Utroque enim modo ultra sortem recipio decem solum mutato nomine usurarum in nomine interesse, & paliatis sub hoc nomine usuris. Quis erit tam stultus, ut ex sola mutatione verbi usuræ in nomen interesse, primum contractum judicet illicitum, secundum justum, & legitimum? Ergo ut evitetur paliatio usurarum, & certatur discrimen inter usuras, & interesse, semper requirenda est probatio, qua constet de certo interesse: quæ si defuerit, receptum ultra sortem planè erit usura. Judices autem Christiani tenentur obviare

usurariæ pravitati, & usurarum occultationi, cap. 1. & 2. de usur. in 6. & Clem. I. de usur. radicitusque tollere occasiones peccandi. Alioqui non erit immunis à culpa, & delicto, qui manifesto facinori definit obviare, cum possit, cap. consentire dist. 83. & per tot. cap. facientis, dist. 86. & per tot. cap. negligere 55. secunda, q. 7. cap. qui potest, & cap. ult. 23. q. 3. cap. præterea, eadem caus. 23. q. 8. cap. sicut dig. n. 6. §. Illo etiam, de homicid. l. omne delictum, §. Qui præpositum, ff. de re militari, Lucas de Penna in l. prohibitum 5. ex n. 12. C. de jure fisci, lib. 10. Menoch. de recuper. poss. remed. 1. n. 55. Farin. in praxi crimin. q. 51. ex num. 1. Seneca in Troade, vers. 290. qui non vetat peccare cum possit, jubet.

82 Neque dicas, tunc esse suspectum istum contractum, cum factus fuerit à solito foenerari: secus cum sit ab homine alieno ab ista suspicione. Ego enim dico contractum esse ex se, & natura sua suspectum, & fortassis qui nunquam fuit solitus foenerari, volet incipere foenerari. Quare qui cunque contrahens, quisquis ille sit, ut obtineat interesse, debet probare sua interesse, & quanti inter sit. Et in hac re nulla est habenda fides declarationibus, aut confessionibus contrahentium, quantumcunque sint integræ fidei, veluti in materia suspecta, l. qui testament. 27. ff. de probat. cum aliis, quæ posteà adjungemus n. 96.

83 Tertiò, quoniam omnes censem, adjectionem certæ poenæ in datione quantitatis rejiciendam esse, tanquam apposita in fraudem usurarum, ut nullus discrepat ab hac sententia, ut dixi paulò superius n. 74. Ergo similiter rejicienda est taxatio interesse certi in datione quantitatis, & censenda apposita in fraudem usurarum, cum eadem sit omnino ratio, & nulla disparitas possit excogitari, alioqui solo mutato nomine poenæ in interesse redde retur prædicta doctrina communis Doctorum illusoria.

84 Quartò, quoniam contractus censualis ita celebratus, ut remaneat debitor obligatus ad restituendum capitale intra certum tempus, pùia duorum, vel trium an-

norum, & interim ad solvendas tertias ad rationem sex, vel septem pro centenario, ex omnium sententia est usurarius, reprobatus, & invalidus. Ergo contractus mutui, quo quis obligatur restituere sortem principalem intra certum tempus, & interim ad rationem sex, vel septem pro centenario, dum non solvit sortem principalem ratione interesse, erit item usurarius, & reprobatus. Consequentia aperte probatur, quoniam inter duos istos contractus nullum est aliud discriminem, quam in nominibus, in substantia enim, & re idem omnino sunt.

85 Contrariam tamen sententiam, quinimo pactum adjectum contractui mutui, quo taxetur certa quantitas interesse pro tempore, quo non solvitur fors principalis, sit validum, & efficax, ut ex eo agi possit, & executioni mandari instrumentum, quo continetur tanquam liquidum, non expectata ulla alia probatione, dummodo interesse taxatum moderatum sit, consuetum, & verisimile, tueruntur quidam alii. Ex ipsis sunt gloss. in cap. dilecti filii 17. verb. Cum justis, & moderatis expensis, de foro comp. juxta text. in l. ult. ff. de Prat. stipul. 2. Alberic. in l. 1. n. 31. C. de Summa Trinitat. & Fide Catol. qui eam glossam approbat, premissa tamen generali regula, quod interesse debeat probari per testes, & alias legitimas prorogationes.

3 Decius in cap. cum venerabilis, n. 65. de exceptionib. agens tamen de contractu venditionis, juxta l. curabit, C. de act. empt.

4 Navarr. conf. 1. ex n. 1. de offic. Judic. dicit, instrumentum, quo quis se obligat ad solvendum centum mutuo data cum interesse ad rationem quinque pro centenario, si reus non allegat esse usurarium, posse, & debere executioni mandari.

5 Bettazol. conf. criminal. 2. ex n. 21. lib. 1.

6 Cæsar de Grassis decis. 188. alias 2. de usur.

7 Bellonus decis. 34. num. 5. sibi contrarius.

8 Surdus decis. 259. ubi ait, stante conventione de certo interesse, non opus esse probatione.

9 Costa de portione rata, q. 91. n. 10. cum quibusdam antecedentibus.

10 Menchaca quest. usufrequent. lib. 3. cap. 60. n. 25.

11 Ponte de potest. Proregis, tit. 4. §. 5. ex n. 68. & num. 64. dixit, hanc questionem quamvis in Curia Romana habuerit difficultatem, tamen in Regno nullam habere dubietatem.

12 Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. n. 36. ubi ait, instrumentum continens certum interesse, posse executioni mandari, & conventionem esse ratam, quod probat ex praedicta l. fin. ff. de Prætor. stipulationib.

13 Scipio Theodor. collega noster, allegat. 40. n. 30. ait, interesse lucri cessantis ex mora debitoris passim refici de stylo Sacri Consilii absque alia probatione, eo quod semper sunt occasionses emptionum ad rationem septem, vel octo in hac Civitate, & Regno.

14 Scipio Rovitus in pragm. 1. n. 45. de usur. qui refert pro hac sententia decisio nem S. C.

15 Marcellus Marcian. Collega noster, conf. 50. n. 7.

16 Pereyra decis. 84. n. 1. in fin. præmisso tamen, quod regulariter non liceat à principio pacisci super interesse mutui.

17 Cancer. var. resol. p. 3. cap. 7. n. 73.

18 Castillo quotid. controv. lib. 2. cap. 1. n. 67. sed non probat, & credo eum passum æquivocationem, dum allegat pro sua sententia Theologos, qui loquuntur de foro interno.

19 Fontanell. de pact. nuptial. tom. 2. claus. 5. gloss. 9. ex n. 19. admittit taxationem certi interesse, dummodo mutuator sit solitus negotiari.

20 Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. q. 2. ex n. 1723. latè, & agens de hoc Regno Neapolitano, ex num. 1757. ubi dicit, quod semper vidit in Regno servatum, fieri contractus mutui cum taxatione certi interesse, etiam ad consilium doctissimorum Jesuitarum.

21 Iste allegat alios pro hac sententia, qui revera eam non amplectuntur, alte.

legat Castillo *decis.* 143. n. 10. qui nihil certum in hoc articulo statuit, sed ibi proponit unum argumentum ex iis, quæ in illa lite pro uno ex litigatoribus adducebantur, allegat Felicium *de societ.* cap. 17. qui nihil dicit ibi ad rem attinens, tractat enim de lucro in contractu societatis, allegat item Joseph. Ludov. *decis.* Perus. 45. n. 20. & 25. sed ille locus nihil ad rem, statuit enim ibi, esse notorium damnum emergens pupilli, cuius pecunia non fuit collocata in Banchis, ubi datur honestum lucrum, & sic tutores de illo interesse teneri, cum notorium sit, adesse in loco tales Bancos, & rationes.

87 Possent etiam pro hac sententia allegari omnes, quos sectionibus præcedentibus retulimus, qui censem, posse in contractibus constitutionis, vel restitutio- nis dotium, aut venditionis, taxari interesse à principio, quasi in contractu mutui militent eadem rationes.

88 Ex quibus quidam, ita explicant suas illas sententias, ac per consequens istam, ut debeat intelligi, conventionem de certo interesse in ipsis contractibus valere, non quidem in vim conventionis, ut ex illa agi possit tanquam ex contractu, sed valere in vim transactionis, & probationis: quasi de incerto interesse per hanc taxationem transactum sit inter partes, reducendo ad certam quantitatem, & confiden- do interesse ad eam quantitatem ascende- re, ut evitetur difficultas probationis, *juxta l. ult. ff. de Prætoriis stipulation.* Atque ideo ex hac conventione resultare, ut per instrumentum constet de interesse credito- ris, & ille nulla alia facta probatione habeat intentionem fundatam. Inter hos sunt Decius in d. cap. *cum venerabilis,* n. 65. *de exceptionib.* Covarr. lib. 3. variar. cap. 4. n. 5. versic. Septimo eadem, circa fin. Menchaca *quaest. usufrequent.* lib. 3. d. cap. 60. n. 26. Pe- reyra d. dec. 84. n. 1. in fin. Gutierrez *de ju- rament. confirm.* 1. p. cap. 2. n. 5. Fabius Gal- leotus *controv.* 56. n. 26. tom. 1. Gaspar Roder. *de annuis reddit.* lib. 3. q. 5. n. 4. & 50. non satis sibi constans, alios refert Felicium *de societat.* cap. 24. n. 65. nescio an satis fide.

89 Ex qua declaratione Menchaca d. n. 26. quem sequitur Gutierrez *ubi supra,* ait oriri notabilem effectum, videlicet, ut debitor possit probare, non tanti inter fuisse creditoris, quantum ab initio con- venerat, & taxatum fuerat, id, quod non posset si ea conventio in vim conventionis valeret. Quod ex eo provenit, ut adverti- mus supra *hoc titulo disp.* 3. n. 23. & *hac ea- dem disputat.* n. 13. juxta egregiam doctri- nam D. Francisci Sarmiento lib. 3. *selectar.* cap. 6. n. 11. quod omnis probatio admittit probationem meliorem in contrarium. Quare si produceretur à creditore instru- mentum guarentigium, quo contineretur taxatio hujus interesse, petente ex illo exe- cutionem contra debitorem, non debet illi concedi cum effectu, nisi data ipsi debitori facultate probandi contrarium concessio termino, saltem summario, quo si velit pro- bare, possit, non interfuisse creditoris tan- ti, quantum in instrumento continetur, quod etiam animadvertisit Joseph. Ludov. *commun. opinion. tit. de statutis, concl. 3. vers.* Opinio tenentum, Gaspar Roder. *de annuis redditibus,* lib. 2. q. 3. n. 62. in fin. & Carrocius *tract. de locato, tit. de usur.* q. 1. n. 6. quamvis ille credit, & malè, admittendum debito- rem ad probationem facta prius execu- tione, & solutione.

90 Hæc sententia, quæ juxta hanc de clarationem habet quandam speciem pro- babilitatis, si quam habet, probatur. Pri- mò ex textu, qui videtur expressus in l. ult. ff. *de Prætor. stipulat.* ubi J. C. consilium dat, nè fiat stipulatio de interesse in gene- re propter difficultatem probationis, sed exprimatur certa quantitas, quod com- modius esse ait, cum qua lege convenit textus in §. non solum, ultimo, *institut. de ver- bor. obligat.*

91 Secundo, quoniam in civitatibus, in quibus est facultas, frequentes occasio- nes, & promptitudo emendi annuos reddi- tus, seu introitus, notorium est, credito- rum interesse habere pecuniam præ mani- bus, cum eam possint collocare in emptio- ne annuorum reddituum. Similiter est no- torium, quanti intersit, quia quantitas taxa- ta

ta pro annuis redditibus ad rationem septem, vel octo pro centenario est justa, & verisimilis, est item taxatio certi interesse, quod ex pecunia verisimiliter, & secundum morem Regionis percipi solet. Ex quo fit, ut tanquam in notorio facti permanentis, non opus sit alia probatione, Josephus Ludov. decis. 45. Perusin. n. 20. cum seqq.

92 Tertio, quoniam interesse probari potest per conjecturas probabiles, & verisimiles, ut Docuit Bart. in l. unica, n. 33. in fin. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, & ibi additio Alexandri idem Bart. in l. si traditio 4. num. 2. C. de att. empt. Mascard. de probationib. vol. 2. concl. 930. interesse probationem, n. 2. & concl. 934. agentii ad interesse, n. 20. & 21. Gasp. Roderic. de anuis reddit. lib. 3. q. 5. n. 24. Bellon. decis. 139. n. 9. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 241. Ergo ubi adsunt conjecturæ tam probabiles, quam notorietas lucrorum verisimilium, & communium, quæ percipiuntur ex pecunia conversa in emptionem annuorum reddituum, quæ quivis etiam potest percipere, habebit Judex justissime pro probato, & notorio interesse lucri, quoniam à communiter accidentibus sumitur probatio concludens in hac specie, Surdus decis. 259. n. 8. Mastrill. dec. 245. n. 18.

93 Quartò, quoniam probato interesse in genere, sine liquidatione certæ quantitatis, aut verisimiliter constat de illo, etiamsi non constet de quantitate illius, Judex potest illud ex officio taxare, ut docuit Bart. in l. unica, n. 33. Cagnol. n. 53. & 54. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, idem Bart. in l. si quod ex pamphila 75. n. 3. & ibi additio, ff. de legat. 2. & in l. unica, n. 1. C. de colonis Illiricanis, lib. 11. Marian. Socinus in cap. dilecti filii, n. 6. §. glossa finalis, versic. in eadem, gloss. de foro compet. & in cap. calumniam 4. num. 117. de paenit., Bertazol. conf. crimin. 278. n. 14. lib. 2. Rebuff. in repet. d. l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, gloss. verb. In aliis, ex n. 40. Franc. decis. 687. n. 4. loquens de fructibus, Sardus conf. 327. n. 54. & 55. & de alimentis, tit. 1. q. 45. n. 46. & 47. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. num.

Tom. II.

234. & 242. Gratianus discept. forens. tom. 2. cap. 258. ex n. 44. Idque planè probat texus in l. semper 15. §. hoc interdicto, usque ad fin. legis, ff. quod vi, aut clam, & in d. l. unic. versic. In aliis autem casibus, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, dixi supra n. 42. Sed in civitatibus, in quibus adsunt fréquentes occasions emptionis annuorum reddituum, planè constat de interesse creditoris in habendis præ manibus pecuniis, ut possit eas implicare in re fructuosa. Ergò Judex sine ulteriore probatione poterit condemnare ad interesse taxatum arbitrio suo, nedum si inter partes de certo interesse moderato, verisimili, & consuetudo convenisset à principio.

94 Verùm si quis attentius expendat, & scrutetur, altiusque consideret hujus posterioris sententiae fundamenta, & introspiciat incommoda, & damna, quæ ex ea oriuntur, animadvertiset, omnia esse meras vanitates, & figmenta, & laqueum diaboli ad decipiendos usurarios, & eorum usurpas occultandas, & paliandas sub honestorum nominum velamento, & lupos sub ovina pelle, in quo maxime oneratur eorum Judicum conscientia, qui illam in praxi admiserunt.

95 Ideò nihilominus non est recedendum à priori sententia, quæ vincit, & auctoritate, & rationum pondere, & communior, magisque recepta est in omnibus Tribunalibus, & in conscientia tutior, ac proinde magis eligenda, cap. juvenis 3. de sponsal. & matrimon. cap. significasti 18. §. quod si discerni, de homicid. cap. consilium 2. de observat. jejun. Surdus de aliment. tit. 8. privil. 88. n. 4. Sanchez operis moral. lib. 1. cap. 10. num. 10. & 11. Reipublicæque Christianæ convenientior, & utilior, ut potè quæ usurpas exterminet, eisque omnem aditum occludat, juxta quam statuenda est sexta conclusio. In mutuo non valet pactum adictum de certo interesse à principio, ut possit executioni mandari in vim conventionis, neque in vim transactionis, confessionis, aut probationis. Sed ut possit quis obtinere interesse ex mutuo, debet probare, quòd sua interfit, & quanti sua

Dd

in-

intersit, saltem verisimiliter, & probabili-  
ter, sine qua probatione Judex non potest  
condemnare debitorem ad solvendum in-  
teresse; etiam stante instrumento, in quo  
contineatur taxatio interesse à principio.

96 Hæc conclusio probatur efficaciter rationibus adductis pro prima sententia. Deinde quod taxatio non valeat in vim transactionis, probationis, aut confessionis, probatur manifestissimè, quoniam in materia prohibita, odiosa, & suspecta, & ubi legibus aliquid statuentibus potest fieri fraus, qualis est procudubio casus usurarum non statur confessionibus, & assertoribus Partium, etiam juratis. Notat Guzman. *de evictio[n]e*. q. 14. n. 13. (Larrea dec. 84. n. 16. in fin.) Quando enim id, quod in actu requiritur ad justificationem, & legitimatem, eo quod prohibitum sit aliter fieri, constat ex sola confessione ejus, qui actum facit, præsumitur fraudus facta legi, & simulatio, nisi aliunde veritas probetur, juxta ea, quæ Doctores notant *ad l. per diuersas*, C. mandati, Alexand. consil. 36. viso Themate lib. 2. Craveta consil. 145. n. 7. Et probat textus expressus in l. qui testamentum 27. ff. do probat. in l. cùm quis decedens 35. §. Titia, ff. de legat. 3. in l. si forte 8. ff. de caſtrenſ. pecul. in l. 3. tit. 14. p. 3. Meminit Decius consil. 132. n. 2. Tiræquellus latè in l. si unquam, verb. Donatione largitus, ex n. 87. C. de revoc. donat. Gregor. Lopez in l. 31. tit. 11. part. 5. gloss. 2. Avendañ. de exequend. mandat. 2. p. cap. 29. n. 5. versic. Si verò non est contentio, Gaspar Rodericus de annuis reddit. lib. 1. q. 13. n. 4. & libr. 3. q. 5. n. 40. quibus locis refert plurimos, Maſcard. de probationib. vol. 2. concl. 934. agen-  
ti ad interesse, n. 27. & 28. Mathias Cole-  
rus notabiliter de processib. execut. p. 1. cap.  
10. ex n. 121. Carrocius decis. 13. ex n. 1.  
Castillo decis. 112. ex n. 17. lib. 2. & decis.  
243. n. 35. lib. 3. Rota diverſor. decis. 775.  
n. 2. 4.p. Cavalcan. decis. 2. n. 32. p. 2. Ma-  
ſtrillus decis. 303. ex num. 16. Farinac. decis.  
52. n. 5. 1. p. tom. 1. idem Maſtrillus ad Pe-  
trum Gregorium de censibus, ad quest. 5. n.  
183. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2.  
ampliat. 8. n. 56. Santarellus variar. resolut.

q. 28. n. 1. Ego notavi *supra tit. I. disput.*  
3. n. 5. & 29. ubi allegavi multos, & res  
est notissima. Ergo pactum istud adjectum  
in mutuo non potest valere in vim confes-  
sionis, neque probationis, neque transac-  
tionis, est enim color quæsus ad palian-  
das, & exercendas usuras. Evidens enim  
est, eum, qui publicè foenerari velit, facil-  
limè posse tempore mutui dati, quemadmodum  
extorquet usuras, sic à debitore ex-  
torquere confessionem, seu declarationem,  
& transactionem pro interesse certè quanti-  
tatis, quod dicat habere pro probato, se  
obligando illud reddere ultra sortem. So-  
lo enim verborum cortice mutato; & appella-  
toque interesse pro usura fiet contractus  
legitimus ille, quia de sui natura est usu-  
rarius, & justitia pendebit ex verbis. Qua-  
re rectè notavit Felicius *de societ. d. cap.*  
24. n. 70. taxationem non valere in vim  
probationis. Et mirum est, cùm hæc ratio  
adversus secundam sententiam in promptu  
se offerat ex ista vulgarissima doctrina, nul-  
lum ex iis, qui eam sequuntur, illi satisfa-  
cere, neque quidquam respondere.

97 Secundò, quoniam non ex eo,  
quod in civitate sit occasio frequentissima  
emptionis, & venditionis annuorum redi-  
tuum (verbū quod excidit Covarr. libr.  
3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Sexto hinc, in  
fine, agenti de taxatione interesse dotis  
non restitutæ viduæ pauperi, cui debentur  
alimenta, & à multis creditur extendi pos-  
se ad omnes casus taxationis interesse, per  
pernitiosum errorem) censeri debet pro-  
batum interesse lucri ex mutuo, vel omni  
alio debito, cujusque prædictam civitatem  
habitantis, ut rectè monuit Gaspar Rode-  
ricus de annuis reddit. lib. 3. q. 8. n. 20. circa  
fin. ubi ait, praxim (de qua mentionem fe-  
cerat eod. lib. q. 7. n. 53.) Judicum taxan-  
tium interesse, & illud adjudicandum sine  
probatione, ob frequentiam reddituum,  
videri periculosam, & vix jure defendi  
posse, refertque Bolognetum in l. unica, n.  
127. C. de ſentent. quæ pro eo quod interest,  
dicentem, ſemper ſibi viſam eſſe iniquam,  
quemadmodum non debet censeri proba-  
tum interesse lucri omnium Civium alicu-  
jus

jus civitatis ex eo, quòd in ea fit unus, vel alter mercator, qui lucratus sit, quia neque omnes sunt mercatores, & soliti negotiari, neque omnes negotiatores lucrantur. Similiter non omnes Cives in istis civitatibus, in quibus sunt frequentes emptiones, solent libenter collocare suas pecunias in annuis redditibus. Ergo manifestus erit error, judicare interesse creditoris mutuantis pecuniam, qui nunquam dum vixit, emit, aut emere voluit annum redditum, ascendere ad quantitatem anni redditus. Quo enim argumento hæc taxatio innitetur? Num fortè in possibiliatate? Omnes igitur, qui habent pecunias, cum quibus lucrari possunt, sunt lucraturi? Ac per consequens impossibilis est usura, quo nihil absurdius potest excogitari. Deinde non semper interesse consistit in lucro cessante, sæpè enim consistit in damno emergente, cuius taxatio ex anni redditus similitudine erit ineptissima. Igitur non debet censeri generalis, neque concludens illa ratio frequentiæ venditionis annuorum reddituum ad convincendum, interesse taxatum ad rationem annuorum reddituum, esse verum interesse.

98 Quomodo autem sit articulandum, & probandum interesse, tām lucri cessantis, quām damni emergentis, & quæ conditiones sint servandæ, ut peti possit, quoniam nostri instituti non est, tractant Doctores in d.l. unica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, Paul. in l. 3. §. fin. ff. de eo quod certo loco, quem sèpissimè Rota sequuta est, ut testatur Rota diversorum, decis. 315. n. 6. p. 2. & decis. 774. n. 2. vol. 4. Puteus dec. 231. die 13. Januar. lib. 1. Manticus decis. 53. n. 2. & decis. 283. n. 6. Seraphin. decis. 88. n. 3. decis. 1240. n. 1. & decis. 1427. n. 5. in quibus agitur de probatione interesse, Peguera decis. 32. ex n. 22. & decis. 33. Mohedanus decis. 1. seu 102. decis. 2. seu 103. decis. 3. alias 208. de usuris, Castillo decis. 133. ex n. 11. lib. 2. Menoch. de arbitrar. Judicium, libr. 2. cent. 2. casu 119. Magonius decis. Florent. 103. Colerus de processib. execut. 1.p. cap. 10. ex n. 126. ubi optimè Joann. Bapt. Lupus de usu-

ris, comment. 1. §. 6. ex n. 114. Mascardus de probationib. vol. 2. concl. 934. agenti ad interesse, Gaspar Roder. de annuis redditib. lib. 3. q. 5. ex n. 20. Castill. quotid. controv. lib. 2. cap. 1. ex n. 40. cum multis seqq. maximè n. 47. & 48. Felicius de societ. cap. 24. ex n. 36. qui optimè rem tractat, Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. ex n. 76. latissimè, & ex n. 221. Marcellus Cala de modo articulandi, §. 2. gloss. unica ex n. 164. ad n. 168. & n. 224. & n. 360. & ex n. 416. ad 421. ut omittamus alios.

99 Ad fundamenta prædictæ secundæ sententiæ respondetur. Ad primum primò dicendum est, l. ultim. ff. de Prætor. stipul. & §. ultim. instit. de verbor. obligat. loqui de poena, aut interesse taxato in stipulationibus facti, in quibus non adest metus, neque suspicio usurarum. Et cùm Doctores debeant explicari, & intelligi secundum jura, quæ allegant, ut tradunt Hypopolitus de Marsil. in tract. de fidejussorib. n. 45. alias n. 50. qui allegat Bart. & Romanum, Joannes Lupus in repet. cap. per verstras, notab. 2. n. 16. versic. Ad textum, in cap. nuper, Burgos de Paz in proœmio legum Tauri, n. 64. Grammat. consil. crimin. 22. n. 13. & consil. civil. 32. n. 11. & voto 11. n. 11. Lambertinus de jure patronat. lib. 1. 1.p. q. 2. art. 2. n. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 1. q. 37. n. 4. Thuscus litt. D. concl. 554. vol. 2. omnes illi, qui pro se allegant textum in d.l. ult. ff. de Prætor. stipulat. censendè sunt loqui de casu d.l. ultim. in quo omnes convenimus interesse taxari posse, ut dixi supra ex n. 11. & sic à nobis non dissentiant, neque contrariæ sententiæ favent. Ex istis sunt Gloss. in cap. dilecti, de foro compet. Albericus, & Parladorius, allegati pro secunda sententia, & si qui sunt alii.

100 Secundò respondetur, prædictos illos textus loqui juxta jura antiqua, juxta quæ quemadmodum valebat stipulatio usurarum legitimarum, sic etiam poterat stipulatio interesse taxati, juxta legitimas usuras valere, & conventio ipsa in vim conventionis valebat eo tempore, absque eo quod egeret probatione subsequuta, cùm usuræ permittebantur, jam vero no-

stro tempore, in quo omni jure usuræ reprobatae sunt, omnes contractus de usura suspecti reprobantur, qualis est iste taxationis interesse, qui si probatio desit, est tam vera usurarum imago, ut ab eis solo nomine differat.

101 Ad secundum dico, vanam esse persuasionem illam, qua multi crediderunt, ex frequentia emptionum, & venditionum annuorum reddituum reddi notorium interesse omnium creditorum, quibus pecunia debetur, quasi omnes essent suas pecunias collocaturi in illam emptionem. Et parum abest, ut dicant, in ejusmodi civitatibus, in quibus similes venditiones abundant, esse impossibile peccatum usurarum, nulosque esse jam usurarios in mundo: siquidem mutuo dare, ut reddatur sors cum interesse lucri, aut damni, justus, & licitus est contractus proculdubio. At omnis mutuans habet interesse in ipsis civitatibus, ergo nullus, qui mutuo dat est usurarius: usura autem sine mutuo esse non potest, ut advertimus *supra* n. 7. Ita fit, ut ista benedicta emptio, & venditio annuorum reddituum omnes usuras extermiaverit, ac peremerit. Certè illa introducta est in his Siciliæ citerioris, & ulterioris Regnis ad extirpandas usuras in illis frequentissimas, ut planè fatetur Nicolaus V. in *extravaganti solicitudo*, inserta in *pragmat. I. de censibus*, nescio autem, an responderit effectus, adhuc enim serpit malum. Itaque sola frequentia venditionis censuum, non probat interesse creditorum, neque illud reddit notorium. In primis non reddit notorium damnum emergens creditoris, quod non commensuratur redditibus censuum, ut est planum. Neque item ex illa potest inferri lucrum cessans. Cum plurimum infertur, pecuniam in ipsis locis aptam esse ad lucrandum redditus, & habere potentiam remotam ad lucrum. Etenim ubi sunt negotiations, & emptiones, & commercia, pecunia accedente industria apta est, ut possit collocari, & implicari, aut in mercimonii, aut emptionibus, aut cambiis, ac per consequens ex illa potest oriiri lucrum. Tamen non sufficit

probare hanc potentiam remotam, aut esse notoriam hanc potentiam remotam, ut inde censeatur probatum, aut esse notorium interesse lucri cessantis, & in hoc omnes DD. unanimiter conveniunt tamen Theologi, quam Jurisperiti, ut testatur Castillo *d. decis. 133. n. 11. in fin.* Cardin. Toletus in *instruct. Sacerdot. lib. 5. cap. 33. num. 1. vers.* Tertia est, ubi dicit, de hoc non esse discordiam inter Doctores, Rota diversor. *de cis. 289. Domini dixerunt, n. 2. p. 4.* Mathias Colerus de processib. execut. p. 1. cap. 10. ex n. 137. Felicius de societate, cap. 24. ex n. 50. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 83. n. 221. & in specie num. 223. (Molina de justit. tom. 2. tract. 2. disp. 315. n. 13. & disput. 316. n. 2. & 3. & sequent. Utrum autem isti creditori in particulari debeatur interesse, non constat, cum non constet, illum pecuniam suam implicaturum fuisse, aut solitum esse implicare in negotiationem, & in talem negotiationem, quo fit, ut incertum sit, an intersit, & quantum intersit. Etenim cum pecunia ex sua illa remota potentia apta sit implicari in redditibus, in mercimonii, in cambiis, & hoc non solum in civitatibus, in quibus abundant emptiones reddituum, sed in omni civitate, & loco; nulla enim est civitas, nullus locus, in quo pecunia non possit implicari in emptione alicujus mercis, nullum ex ipsis lucris poterit attribui creditori, dum non constat, in quibus rebus pecuniam suam implicaturus fuisset, cum omnia praedita lucra diversa sint, & diverso modo taxanda. Probari igitur debet, creditorem esse mercatorem, vel solitum negotiari, aut certò destinasse collocare pecuniam in rem fructiferam, annuum redditum, vel prædium, quorum emendorum occasionem habuerit, eamque amiserit ob parentiam mutuatæ, vel aliæ debitæ pecuniae, ut adnotarunt praediti. Non enim presumendum est, omnes habentes pecunias velle emere annuos introitus, quoniam multi sunt, qui nunquam illos emerent, etiamsi haberent maximam pecuniarum copiam præ manibus, & qui nunquam illos emerunt ex pecunia otiosa, quam sœpè habue-

buerunt. In hoc autem Regno scita res est, exactionem redditum esse difficillimam: si ematur redditus à privatis , expositus est frequentissimo creditorum concursui, quod adnotavit Franchis *decis. 54.n.3.* qui per multorum annorum spatia sàpè sàpius differtur. Si à Civitate Neapolitana solvitur difficillimè, & cum damno subornationis præpositorum solutionibus, & ad rationem quatuor pro centenario. Si à Regia Curia, Conductores Regionum redditum plurima objicientes impedimenta, & causantes non esse pecuniam , à grè solvunt, donec partem debiti sibi retineant. Sàpè etiam ob ingruentes bellorum necessitates tertiae retinentur à Curia, quæ ut plurimum amittuntur. Quæ difficultates multis emptiones istas redditum reddiderunt exosas, & viris prudentibus formidabiles.

102 Ut verò ad alia transgrediamur, longè à veritate abest, esse in hac civitate, & Regno universalem consuetudinem omnium, & quorumcunque generis hominum, pecuniam non tenere otiosam in arca , sed eam in negotiationibus , & emptionibus implicare , quod asserit Gatus *d. q. 2. n. 1756.* Quasi bona esset consequentia , est Neapolitanus , ergo mercator, vel negotiator , quemadmodum & valere consequentiam, est Genuensis, ergo mercator, testatur Bellon. *dec. 139.n.9.circa fin.* ubi ait, Genuæ omnes ferè Cives, sive Nobiles, sive divites, sive Plebii, sive pauperes, sive Magistrum gerentes, sive privatam vitam agentes, sive in dignitate constituti , ut Doctores, sive alias quisque , ita ut ad mulieres usque res pervenerit ; adeò negotiis cambiorum, & mercium incumbunt , ut unusquisque pecunias suas quantæcunque , vel quantulecunque fuerint, nec momento quidem temporis patiatur otiosas remanere, sed omnes indifferenter pro viribus , & facultatibus negotia , vel cambiorum , vel mercium præ manibus semper habeant frequentissima , & valeat consequentia , est Genuensis , ergo mercator , cui attestatur Scaccia de commerciis, *§. 1. q. 7.p. 2. ampliat. 8. n. 236.* In hac Civitate, & Regno longè aliter res habet. Sunt plurimi, qui suis

redditibus contenti , vel à suis majoribus relictis, vel à se quæsitis, vitam agunt quietam , alieni à negotiationibus, & commerciis, & habent suas pecunias otiosas. Omnes sciunt, egoque possum testificari, paucis ante annis tantam fuisse pecuniarum summam otiosam , quæ asservabatur in septem Banchis hujus Civitatis, ut haberent singuli decies centena millia ducatorum sub sua custodia , & domini aut non volebant illam pecuniam implicare , aut non habebant in quo tuto collocarent. Et nunc simil modo in tanta pecuniarum penuria , & egestate occasione immanum bellorum, quæ grassantur hisce temporibus per totum Orbem, custodiuntur in singulis Banchis otiosa, plus quam centena millia ducatorum cùm minimum. Sunt multi , quibus prohibita est negotiatio , ut Religiosi, *cap. secundum instituta 6. ne Clerici, vel Monachi, Officiales, ut in pragmat. 1. de mercat. Official. probibita , & pragmat. 14. §. 2. & §. 5. de Officialib. & quæ eis prob.* Quapropter istis personis non debebitur interesse lucri cestantis, nisi probaretur, collocaturos fuisse pecuniam, si illam habuissent præ manibus in emptionem annuorum reddituum, aut prædiorum, eo quod in preteritum similiter fecerint de aliis suis pecuniis, quod eis prohibitum non est, aut constet, habuisse deliberatum animum emendi , & occasionem , & non potuisse ob currentiam pecuniarum , quod animadvertisit quoque Barbosa *in l. 2. in princ. 1. p. n. 49. ff. soluto matrim.* Didacus Perez *in Rub. tit. 2. lib. 8. Ordinam. pag. 22. col. 2. versic. Tamen si esset Doctor. Castillo quotid. controv. lib. 2. d. cap. 1. num. 42. & 46.* Multi item sunt, qui recordatis memorabilis illius sententiæ Rusticorum senum , quam commemorat Celsus *in l. § corus 77. §. bis verbis, ff. de legat. 3. pecuniam sine peculio fragilem esse,* bonam pecunia partem repositam habent præsidii causa in subitos casus, velut itinera necessaria, egritudines , inopinata domesticorum funera, & similes, quam pecuniam sic otiosam , & in arca repositam præsidii causa, peculum dicebant. Magis enim arridet interpretatio Alciati *in l. pa-*

*ter-*

*terfamilias 182. n. 1. ff. de verbis significat.*  
 quām altera Jacobi Revardi lib. 5. variar.  
*cap. 17. quam sequitur Calvinus in lexico,*  
*verb. Pecunia.* Credamus nē, Neapolitanos  
 tam insrios esse, tam incautos, tam impruden-  
 tes, ut hoc tam necessarium præsidium  
 sponte sibi auferant, ex omni pecunia lu-  
 crum quārentes, & se subitis casibus im-  
 præparatos, repentinis necessitatibus im-  
 providos exponant? Hoc neque ipse Gai-  
 tus, qui omnes Neapolitanos mercatores  
 esse vult, post hæc scripta visus in d. cap. 2.  
*n. 1921.* audet asserere. Plurimi sunt, qui  
 pecunias, quas habent, hilariter profun-  
 dunt, idem facturi si haberent Cresi divi-  
 tias, & Arabum gazas, expenduntque in  
 ludis, meretricionibus, vanis ostentatio-  
 nibus, famulorum plurium decretis vesti-  
 bus ornatorum, equorum splendide, &  
 opulenter phaleratorum, pretiosorum Au-  
 leorum, celaminumque argenteorum, &  
 aureorum domorum parietes contegen-  
 tium, supellectilium pretiosarum ex aureis,  
 & argenteis vasis consistentium, magna-  
 copia argenti facti, atque signati, vestium  
 multo auro intextarum; & interdum gem-  
 mulis, & margaritis ornatarum, tam sua-  
 rum, quām uxorum, quarum luxuriosis or-  
 namentis amplissima patrimonia non suffi-  
 ciunt, tantum adest, ut supersit pecunia in  
 negotiationibus implicanda. At omnibus  
 istis ex debito quolibet, si Deo placet, S.  
 C. tribuit interesse lucri cessantis, non se-  
 cūs ac si haberent publicam mercium apo-  
 thecam, aut essent assueti pecunias suas in  
 annuis introitibus collocare.

*103* Imò nec sat est probare, quem  
 esse mercatorem, ut inde certò inferamus  
 lucraturum, ut adnotavit Mathias Colerus  
*de processibus executivis, p. 1. cap. 10. n. 138.*  
*(Escobar de Ratiocin. 1.p. cap. 15. ex n. 4.)*  
 post Paulum Castrensi. Afflict. & Cravetam,  
 & Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. am-  
 pliatione 8. n. 238. Hermosilla ad gloss. 4.  
*ex n. 311. in l. 10. tit. 1. p. 5.* Non enim om-  
 nes mercatores lucrantur, quinimò plurimi  
 in dies foro cedunt, non solum non acqui-  
 sito lucro, sed capitali etiam amisso. Non  
 venduntur omnes merces præsenti pecu-

nia, multæ habita fide de pretio. Quod si  
 mercator fidem de pretio non habeat, re-  
 linquetur illi apotheca deserta, & empo-  
 res alias apothecas adibunt, ubi de pretio  
 fides habetur. Debtores, qui habita fide  
 de pretio emerunt, tardè, & malè solvunt:  
 sic mercatura exposita est magno jacturæ  
 periculo, non minus, imò fortassè magis  
 quam lucro, præsertim istis temporibus, in  
 quibus ferventia undique bella commercia  
 omnia disturbarunt, ac penè extinxerunt.  
 Ideò oportebit adjungere probationem,  
 quòd similes mercatores, prout est iste lu-  
 crum petens, lucrari communiter consue-  
 verunt decem, vel septem pro centenario  
 singulis annis, ut notat Cagnolus in *l. cu-*  
*rabit, n. 67. cum seqq. C. de actione empt. Guzman. de evictiōnib. q. 14. n. 14.* Hæc omnia  
 expendere debet, & habere præ oculis Ju-  
 dex Deum timens, cùm tractatur de con-  
 cedendo, & taxando interesse. Et videri  
 potest mirum, audere Judices modernos sic  
 præcipitanter concedere interesse, tanquam  
 notorium in Regno Neapolitano, cùm an-  
 tiquiores doctissimi, ut Afflictis *decis. 20. n.*  
*2. & decis. 289. n. 2.* tradiderit, requisitam  
 esse probationem, ut possit obtineri inter-  
 esse, & Franchis *decis. 21. n. 6.* dixerit, S.C.  
 circumscripta usura centesima procedere  
 ad liquidationem, vel juxta damnum, quod  
 actores patiuntur, vel juxta lucrum cessans,  
 quod sine probatione constare non potest,  
 quod iterum planè tradit *decis. 120. n. 11.*  
 Item sic dare interesse ex omni debito,  
 sine consideratione requisitorum, ut inter-  
 esse possit creditorij adjudicari justè, &  
 sine scrupulo, ut jam nullum sit mercimo-  
 nium in Regno Neapolitano, in quo pos-  
 sint tam tuto collocari pecuniæ, quām in  
 emenda lite, in qua diu, noctuque cursus  
 interesse non cessat, & tantò plus interesse  
 crescit, quantò minus lis ab actore sollici-  
 tatur, vel tardius à Judice expeditur, sive  
 justè se defendat reus, qui non debet te-  
 merè jus suum indefensum relinquere, l.  
*illud 40. in fine principii, ff. de petitione ha-*  
*redit. l. 29. tit. 23. p. 4.* Peregrinus de fidei-  
 commiss. art. 50. n. 11. neque potest censer  
 esse in mora, dum habet justam causam li-

tigandi, l. sciendum 21. l. si quis solut. 24. in princip. ff. de usuris, sive calumniosè litiget, nulla facta casum distinctione, neque attento personarum discrimine indiferenter fiant condemnationes ad interesse præstandum, quo nihil potest esse iniquius, nihil Reipublicæ damnosius, cum hæc sit præcipua causa differendarum litium, & fortassis etiam augendarum.

104 Neque verò negamus, si quando contigerit à principio esse evidens interesse faturum, & ejus quantitatem (quod quamvis rarissimè eveniat, aliquando contingere potest) tunc posse taxari à principio, & executioni mandari taxationem, dummodo Judici constet, ita esse ut proponitur. Exemplum sit, si quis emens censem, cum pactis recissoriis, adjiceret pactum, quod si ob cessationem solutionis tertiarum contractus rescinderetur (quod passim fit in hoc Regno, deposito scrupulo Hispanorum, & ut obviter dictum sit improbant hoc pactum, & rejiciendum credunt Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 1. cap. 10. n. 18. Avendañ. de censibus, cap. 19. ex n. 13. & cap. 101. n. 5. Gaspar Roderic. de annuis redditib. lib. 2. q. 1. n. 4. & 5. Gutierrez lib. 2. practic. q. 175. Thesaurus lib. 1. quest. forens. q. 69. Sessè dec. 110. n. 14. tom. 1. & decis. 116. n. 18. & 69. tom. 2. Manica de tacit. & ambig. convent. lib. 8. tit. 32. num. 25. Gratian. discept. forens. tom. 3. cap. 587. n. 5. inclinat Cencius de censibus, p. 2. cap. 1. q. 3. art. 5. num. 33. Approbat tamen hoc pactum, & universalem hujus Regni praxim Federicus Martini, doctus planè homo, de jure censuum, cap. 6. n. 272. Hieron. Gabriel conf. 152. 1.p. Navarrus conf. 15. n. 6. de empt. & vendit. Mastrill. dec. 95. ex n. 4. Lessius de just. & jur. lib. 2. cap. 22. dubit. 11. n. 69. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 258. ex n. 20. Leo decis. Valentina 76. Seraphinus decis. 1418. n. 15. tametsi ibi principaliter deciditur, pactionem istam non vitiare contractum census, non verò illam esse validam, Fontan. de pactis nupt. tom. 1. claus. 4. gloss. 18. p. 3. ex n. 86. Olanus in concordia Antinomiarum, litter. A. n. 112. qui testatur, eam pactionem usitatam

esse apud Navarros, Rovitus in pragmat. 1. de censibus, qui refert praxim frequentissimam in Regno Neapolitano ibi ex n. 35. (Gizarell. dec. 68. in princip.) inclinat Cencius de censibus, p. 2. cap. 1. q. 3. art. 8. ex n. 16. sibi contrarius, Duard. de censibus, qui optimè disputat, §. 4. q. 29. per tot. & ex n. 13. quamvis post ex n. 28. attenta extravaganti Pii V. inclinet in contrariam sententiam, si, inquam, adjiciatur prædictum pactum contractui census, & adjiceretur item aliud, ut videlicet debitor in casu rescissionis solvere debeat creditori interesse ad eandem rationem tertiarum, usque ad integralem satisfactionem capitalis, pactum valeret, & esset exequendum, quoniam evidenter appetat, à principio interesse creditoris ex rescissione ascendere ad totam quantitatem tertiarum, vel paulò minus. Etenim si contractus non rescindetur, haberet creditor tertias, seu fructum census: resciſſo verò contractu cessant tertiae, & creditor aut eas amittit, aut non lucratur, quare aut damnum, aut lucrum cessans ascendet ad quantitatem tertiarum.

Dixi, vel paulò minus, quoniam si res ad amissim expendatur, interesse creditoris in rescissione contractus non debet estimari in tota integra tertiarum quantitate, sed aliquanto minus, quamvis enim ex una parte amittat integras tertias, ex alia parte lucratur, ut possit exigere capitale, quod ante rescissionem non poterat exigere; ac per consequens computato hoc lucro, necessario diminuendum est damnum amissionis. Et re ad justam bilancem redacta, ego estimare damnum rescissionis ad rationem duorum pro centenario minus, quam sit quantitas tertiarum: ut fiat æquilibrium inter duos casus, aut exigere ad rationem septem pro centenario, dum non adest facultas recuperandi capitale, aut exigere ad rationem quinque loco septenarii tertiarum, cum facultate exigendi capitale. Atque in prædicto casu, quo constet à principio interesse taxari posse in damno emergenti sentit Toletus in instruct. Sacerdot. lib. 5. cap. 32. n. 3. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. 2.p. ampliat. 8. n. 23. & 54. Rebuff.

buff. loquens generaliter, in l. unica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, gloss. ult. n. 45. Thesaurus quæst. forens. lib. 3. q. 71. n. 2. in casu census rescissi notat Rovitus in pragmat. 1. de censibus, n. 38. & eum sequutus Gatus de credito, cap. 2. tit. 7. q. 4. ex n. 1887. Item in casu, quo creditor recuperatur pecuniam à debitore obligatus esset eam implicare in annuis introitibus, ut plerumque contingit, si debitor esset in mora solvendi in illis civitatibus, & locis, ubi adest frequentia venditionum annuorum introituum ( huic enim casui optimè adaptatur doctrina de qua supra n. 91. & in eum apprimè cadit ) clare constaret quantitas interesse, & pro ea posset fieri condemnatio, sine ulla alia probatione, & eo pertinet sententia Bartholomæi Socini in regulis, litter. A. regul. 6. fallentia 36.

105 Ad tertium argumentum, concedimus, ad probationem interesse admitti posse conjecturas verisimiles; negamus tamen, esse conjecturam lucri cessantis solam frequentiam emptionis annuorum reddituum, aut facultatis cambiorum, aut aliarum mercium emendarum, nisi adjungatur probatio, quod petens interesse sit solitus emere annuos introitus, aut dare ad cambium, aut negotiari, & similes campores, aut negotiatores lucrabantur ad rationem quinque, vel septem, & habuit occasiones, & animum implicandi pecuniam, quas ob illius carentiam amisit, ut latè expendimus n. 101. & 103.

106 Ad quartum argumentum simili modo concedimus, cum constat de interesse actoris in genere, quamvis de quantitate liquida in specie non constet, posse à Judice ex officio taxari. Negamus tamen, ex eo solo constare de interesse in genere actoris, quod in civitate sit frequentia venditionis annuorum reddituum, ut satis superius probatum est, & dicunt Rota Romana, & Scaccia allegati, n. 101. & alii. Atque ut satisfaciamus etiam dicto Gaiti, quod videlicet viderit fieri hos contractus taxationis interesse, cum consilio doctissimorum Jesuitarum dicimus, non esse ad rem. Nam consilium Jesitarum datur pro

foro interno conscientiæ ad relationem consulentis, qui bene videre deber, si se ipsum decipit, aut decipit Jesuitam, qui præsupponit, verum esse, quod illi referatur. Nos agimus de foro externo, & judiciali, in quo non statur confessioni, aut declarationi partium, sed probationi.

107 Ex predictis potest colligi resolutio alterius difficultatis, quæ in hoc articulo reliqua est, an scilicet valeat pactum, quod super liquidatione interesse stetur declarationi creditoris? Et duplex potest esse pactum. Aut quod stetur simplici declarationi: aut quod stetur declarationi juratae.

108 Quintum ad primum de pacto, quod stetur simplici declarationi, prima sententia ait, valere. Ita sentit Bart. in l. in hujusmodi 11. num. 3. ff. de Prætor. stipulat. post Dynum ibi, Bald. in l. jus jurand. 17. in princ. n. 1. ex lectura antiqua in fine, ante §. pupillus, ff. de jure jurando, Bartol. Socin. consil. 90. n. 12. volum. 4. Alexand. cons. 47. n. 4. lib. 1. & cons. 37. n. 31. lib. 2. Afflictis dec. 91. n. 9. & 10. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 12. n. 37. Afinius in prax. judicior. §. 32. cap. 2. ampliatione 12. Felic. de societ. cap. 24. n. 76. Stracca tract. de mercatorib. p. 4. tit. de contractu mercator. n. 6. Mascardus de probationibus, volum. 2. concl. 935. illa probationis, n. 35. Natta cons. 450. n. 8. tom. 2. Fontanell. de pact. nuptial. tom. 2. claus. 5. gloss. 9. n. 1. Narbona in l. 13. tit. 18. lib. 5. Recop. gloss. 4. ex n. 1. Rovitus cons. 103. num. 2. & 6. lib. 2. Bellonus dec. 134. n. 3. & dec. 78. n. 7. & 8. Antonin. de Amato lib. 1. resolut. 27. num. 27. & 28. Tapia Juris Neapolitani, lib. 4. Rubric. 4. de cambis, ex n. 19. ubi refert decisionem S. C. quam iterum retulit in decis. 27. S. C. Guzmàn de evictio. q. 14. ex n. 1. Hermofill. in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. ex n. 425. Quam opinionem esse magis communem dicit Mathias Colerus de processib. executiv. 1. p. cap. 10. n. 158. Verum est, omnes Doctores huic sententiæ se subscribentes afferere, hoc pactum subjici nihilominus arbitrio Judicis tanquam viri boni, ut ipse taxet interesse post declarationem creditoris, si

videbitur excessiva , aut inverisimilis. Quemadmodum cum ipse defert juramentum parti, idem potest efficere, l. videamus 4. §. jurare, ff. de in litem jurando. Fundatum non est aliud, quam quod contractus legem ex conventione accipiunt, l. i. §. si convenerit, ff. depositi, l. contractus 23. ff. de regulis juris, l. i. C. commodati, cap. contract. 85. de regulis jur. in 6. Thuscus litt. C. concl. 980.

109 Secundò, quia taxatio interesse, quæ à principio est suspecta , post contractum potest fieri, quando jam cessavit necessitas mutuatarii, ut sentit Panormitanus consil. 64. n. 5. verific. Ad tertiam objectionem, 1. p. Rebuff. eum sequutus in l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest , gloss. ult. num. 47.

110 Secunda sententia est, pactum de stando simplici dicto creditoris non jurato, circa quantitatem interesse, non valere. Hanc tuetur Signorolus de Homod. consil.

135. n. 3. & consil. 156. n. 18. Speculator. lib. 2. tit. de probat. §. Videndum 3. n. 7. Salicet. in l. jus jurandum 17. n. 2. Jason n. 2. ff. de jur. jurand. Bald. in cap. tuis 38. n. 5. extra de testibus, tamen non firmiter , quia remittit se ad Bart. in l. ultim. ff. de Prætor. stipul. simili modo Paulus in l. videamus 4. §. deferre, n. 3. ff. de in litem jurand. Imò vero addit Bald. in dict. l. jus jurandum 17. n. 1. quòd etiamsi pactum apponatur , ut stetur dicto creditoris , censeatur esse pactum de stando dicto jurato, non simplici, & in cap. caterum 5. n. 5. de juram. calumnia, ait, quamvis pactum fiat de stando simplici verbo creditoris, nihilominus petente reo tenebitur creditor jurare de calunnia. Eandem secundam sententiam sequitur Mathias Colerus de processib. executiv. 1. p. cap. 10. n. 159. referens sic judicatum, Cavalcam. decis. 2. n. 31. p. 2. Mastrillus decis. 303. ex n. 16. Castillo decis. 112. ex n. 16. lib. 2. Probatur hæc sententia primò, quoniam hoc pactum invitat ad delinquendum , datur enim occasio creditori avaro, & avido, declarandi interesse excessivum, aut interesse, quamvis nihil intersit, quare non valebit, l. illud 5. ff. de pact. dotalib. alia

fundamenta recenset Colerus d. cap. 10. ex n. 147. ad 150.

111 Præterea secundò , quòd est urgentissimum fundamentum , quoniam hoc pacto daretur ampla facultas usurariis palliandi usuras, quilibet enim usurarius posset mutuare , sub hoc pacto declarandi simplici verbo interesse , & sic usuræ impunè exercerentur. Hoc autem vitandum est in benè instituta Republica , quantum fieri possit.

112 Nec satisfit ex illa doctrina , & communis adnotatione, quòd post factam à creditore declarationem potest Judex illam moderari. Nam ex quo non facta probatione de interesse , quantumvis creditor declareret, non constat de illo , Judex nihil poterit moderari. Non constat autem, quia sola confessio, aut declaratio creditoris in hac materia suspecta, etiam ex conventione partium , nihil probat , ut superius advertimus , n. 69.

113 Ad fundamenta primæ sententiae facillimè respondeatur. Ad primum contractus accipere legem ex conventione , & conventiones regulariter valere , si tamen non præsumantur simulatae, & factæ in fraudem legis : at hoc pactum censi adjectum in fraudem usurarum, & ad finem eas paliandi, quare rejiciendum est.

114 Ad secundum, ut demus sententiam Abbatis esse veram , in hoc casu locum non habet. Nam quainvis declaratio interesse fiat post contractum mutui, fit tamen virtute conventionis interpositæ in initio contractus, ac per consequens idem est, quod si fieret à principio, iisdem enim damnis , & incommodis subjicitur , ac si esset à principio facta.

115 Quid secundum pactum de stando juramento creditoris super interesse, communis sententia ait , valere. Ita sentiunt Dynus, & Bart. in dict. l. ult. n. 3. ff. de Prætor. stipul. idem Bart. in l. jus jurandum quod ex conventione 17. in princ. n. 3. Alberic. n. 1. Bald. n. 1. Salicet. n. 2. Fulgosius statim in principio, Romanus n. 5. Jason ex n. 1. ff. de jure jurand. Paulus in l. videamus 4. §. deferre, num. 2. ff. de in litem jurand.

ubi se refert ad Bartol. & in d.l. ult. ex n. 4. ff. de *Prator. stipulat.* idem Jason in l. si ab arbitrio, 10. num. 4. ff. qui satisd. cogant. Stracca de *mercatorib.* p. 4. tit. de *contract.* *mercatorum*, n. 6. Mascard. de *probationib.* vol. 2. concl. 935. illa *probationis*, n. 35. Cagnolus in l. *quatenus* 24. n. 18. ff. de *regul. juris*, Seraphin. de *privileg. juram. privil.* 31. n. 8. Plotus de *in litem jurando*, §. 47. ex n. 1. Emmanuel Suarez in *Thesauro receptarum sententiarum*, verb. *Interesse*, Joan. *Dilectus de arte testandi*, tit. 6. *cantel.* 48. n. 2. Surd. *decis.* 259. n. 7. Mastrill. *decis.* 60. Gratian. *disceptat. forens. tom. 4. cap. 772. ex num. 19.* Fontanella de *paet. nuptialib. tom. 2. claus. 5. gloss. 9. ex n. 1.* Felicius de *societat. cap. 24. ex n. 72.* Narbona in l. 13. tit. 18. lib. 5. *Recop. gloss. 4. ex n. 1.* Bellonus *decis.* 78. n. 7. & 8. Guzman. de *eviction.* q. 14. ex n. 5. Hermosilla in l. 10. tit. 1. part. 5. *gloss. 4. ex n. 342.* Antonius de Amato *lib. 1. variar. resol.* 27. ex n. 26. ubi agit de *cambiis*, videtur assentiri, & Colerus de *processib. executivis*, 1. p. *cap. 10. ex n. 154.* quamvis non satis clarè. Non video aliud fundamentum, quo niantur præter *authoritatem*, nam posteriores velut aves volantes, sine ulteriori consideratione volatum anteriorum sequuntur, juncto eo, quod contractus legem ex conventione accipiunt, ut dicebamus *supra* n. 108. *in fine*, & facta est hæc opinio communis, imò vero & communissima.

116 Verum est, omnes eam variis modis limitare. Primò, ut possit debitor revocare facultatem datam creditori jurandi super interesse, Bartolus sentit universim, Jason limitat, ut id intelligatur cum causa, ut si creditor mutasset conditionem. Item Fontanella n. 4. Gironda de *privileg.* q. 247. n. 1358. Felicius n. 74. Castillo *decis.* 243. ex n. 23. lib. 3.

117 Secundò, ut non transeat hæc facultas ad hæredem, Seraphinus, Felicius, & Gratianus.

118 Tertiò, ut maneat declaratione subjecta arbitrio *Judicis*, & sic intelligatur pactum, ut declaratio reducatur ad arbitrium boni viri, ut moderetur illam, juxta id, quod sibi videtur verosimilius, Bart. &

Antiquiores, Fontanella, & Felicius.

119 Quartò, ut non censeatur data facultas creditori, declarandi substantiam interesse, quæ aliunde debet probari, sed solum quantitatem, Mastrillus, & Gratian. Guzman d.q. 14. n. 6. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. *gloss. 4. n. 337.* & 358.

120 Quintò, ut nihilominus possit debitor probare, minus interfuisse creditoris, quām creditor declaraverit, Paulus Castrensi. in d. l. in *hujusmodi* 11. n. 5. ff. de *Prator. stipulat.* Felicius n. 80. Hypoll. de Marsil. in *repet. Rub. C. de probationib.* n. 149. Romanus in l. *admonendi* 31. n. 51. & 52. ff. de *jurejur.* Guzman d.q. 14. n. 34. Hermosilla in l. 10. tit. 1. p. 5. *gloss. 4. n. 363.* cum seqq. latè, & sèpius diximus, ubi cunque ex una parte censetur probatum, admitti meliorem probationem ex altera parte, *supr. n. 89.* & hoc eod. tit. *disp. 3. n. 23.*

121 Sextò, ut non valeat pactum, quoties factum fuerit in fraudem usurarum, seu esset suspectum de usuraria pravitate, Plotus n. 8. Felicius n. 79. Seraphin. n. 18, & ad eum locum Benechendorfius, Narbona in l. 13. tit. 18. lib. 5. *Recop. gloss. 4. ex n. 10.* Has, & alias similes limitaciones peperit difficultas hujus pacti.

122 Contrariam nihilominus sententiam, quinimò pactum de stando juramento creditoris super interesse, & ejus quantitate, non valere, docuit Cynus in l. si quis in *conscriptendo* 51. n. 7. C. de *Episcop. & Clericis*, sequutus Petrum, eidem assentiri videtur Flores de Mena ad *Gammam decis.* 110. ad n. 17. qui ait in *contractibus suspectis* non practicari, & de eo solo curandum non esse, nisi alia concurrent, Gutierrez in eisdem terminis loquens, *libr. 1. Canontear. quaest. cap. 39. n. 34.* Felicianus de *censib. tom. 1. lib. 1. cap. 9. n. 16.* Hævia Volaño loquens in *contractu mutui, de commerciis*, *lib. 2. cap. 2. n. 33.* Cavalcan. *decis.* 2. n. 31. & 32. p. 2. Castillo *decis.* 112. ex n. 16. *libr. 2. Mastrillus decis.* 303. ex n. 16. in eadem videtur esse Hermosilla tametsi nutans in *leg. 10. tit. 1. part. 5. gloss. 4. ex num. 344.* Fundamentum est, quoniam in materia suspecta, qualis est ista

mutui, non est credendum confessioni partis, etiam juræ, ut supra probavimus, n. 69. & tametsi verum sit, perjurium gravius esse peccatum, quam usuram, quia illud contra Religionem, hæc contra justitiam, Religio autem justitia potior est virtus, cupiditas, quæ excoecat usurarium ad auferendam alienam pecuniam, contra justitiam, cum obligatione restitutionis, excoecabit eum ad perjurandum, nullo habito scrupulo ob majorem gravitatem peccati, quod est contra Religionem.

123 Ego quidem, qui ingenuè soleo proferre sententiam meam, & non ex multitudine Authorum, quod verum, & æquum est dijudico, sequutus sententiam. Senecæ libro de vita beata cap. 1. hanc sententiam magis approbo, tametsi minori autoritate fulcitam. Probatur enim urgentissima ratione, cui nescio, quid responderi possit. Præsertim cum prædicta sexta limitatio destruat regulam, & prædictam primam sententiam, aut eam saltem solum veram esse profiteatur in illis contractibus, in quibus nulla est usurarum suspicio, ut in stipulationibus facti, aut constitutione dotis, in quibus non diximus, valere à principio taxationem interesse, ac per consequens non negabimus, posse per pactum committi declarationi creditoris, cæterùm, in mutuo, & aliis sustineri non potest. Quoniam dum creditor, sine ulla probatione vult solum ex sua declaratione exigere interesse, idem est, quòd si à principio taxaret, & insurgit magna usurarum suspicio. Nam usurarius, qui à principio mutui extorquere solet usuras, aut interesse taxatum, quod est usura velata, facilius potest ab eodem debitore extorquere, loco confessionis interesse, pactum de remittenda taxatione declarationi suæ, & eodem modo paliatur usura sub utroque modo contrahendi. Neque obstat, quòd si iniquè taxaverit, potest Judex reducere taxationem ad arbitrium boni viri, quoniam si ex declaratione non constat de interesse, neque ex ea debet censeri probatum, nihil erit quod possit reduci, aut super quo cadat reductio.

Tom. II.

124 Accedit secundo, quòd hoc pacatum, quod stetur declarationi creditoris quoad interesse, reprobatum est in contratu census, ut meminerunt Gutierrez, & Felicianus, & definitum est in motu proprio Pii V. de censibus, §. 7. qui est Bulla 79. inter alias Pii V. in Bullario novo, tomo 2. Ex qua desumi potest argumentum ad omnes alios contractus, non potest enim reddi ratio disparitatis.

125 Igitur verior, securior, & firmior, magisque consequens ad ea, quæ dicta sunt, est ista secunda sententia, quæ asserit, quemadmodum interesse non probatur ex taxatione facta inter partes à principio, sic nec censeri debere probatum ex declaratione creditoris quantumcunque jurata, sed debere aliunde probati, etiam stante pacto, quo probatio fuerit in suam declarationem remissa. Etenim in materia suspecta, & in qua quis habet interesse formatum, iniquum esset credi soli ejus juramento, sine ulteriori probatione. Ita fit, ut semper sit necessaria probatio ad obtainendam condemnationem interesse.

126 Quòd si in hisce omnibus casibus, quando est taxatum interesse à principio, quando est commissa creditori ejus declaratio, requiritur probatio veri interesse, ut de eo constet, & possit condemnari debitor ad illud solvendum, quantò magis erit necessaria probatio ultra istos casus? Et quantò iniquius judicabit Judex, qui nulla præmissa probatione ejus, quod interest, condemnat debitorem ad solvendum interesse, ut dicebamus superius sectione, I. numer. 10.

### SUMMA SECTIONIS VII.

127 IN contraetu cambi non potest interesse taxari à principio.

128 Instrumentum cambi, quod continet interesse taxatum à principio, non potest executioni mandari.

129 In cambio non valet pactum, quod stetur dicto creditoris, seu simplici, seu jato circa interesse.

130 Constitutio Pii V. de cambiis, quamvis

*vis fundetur in præsumptione, obligat in foro conscientia.*

131 *De jure Castellæ quid sit servandum, & num. 132.*

132 *Magnum pondus habent leges Regnorum exterorum ad decidendas causas, maximè leges Castellæ.*

rejici debeat, tanquam usurarium, & reprobatum.

129 Infertur deinde, in cambio non esse validum, neque servandum pactum, quod stetur dicto creditoris, seu simplici, seu jurato, circa interesse cambiorum. Hoc enim idem ferè est, quod si taxaretur interesse à principio, & ita animadvertisit Farinac. *decis. 52. n. 5.* I. p. *tom. 1.* Castillo *decis. 112. ex n. 16. lib. 2.* Rota *diversorum, dec. 775. n. 1. & 2. 4.p.* Mastrill. *decis. 303. ex n. 16. lib. 4.* Quidquid contrarium videatur sentire Ant. de Amato *variar. resol. lib. 1. resol. 27. ex n. 26.* qui nihil responderet ad fundamentum partis adversæ, *n. 32.* Rovitus *consil. 103. n. 2. lib. 2.* & Tapia *decis. 27. S.C. & juris Neapolitani lib. 4. Rubr. 4. ex n. 19. ad 49.* Cui consequens est, rejicias esse tanquam scrupulosas, & periculosas, & planè contrarias prædictæ Bullæ Pii V. decisiones illas, quas refert Tapia *juris Neapolitani, lib. 4. Rubr. 4. de cambiis, ex n. 46.* quamvis eas approbet Gatus *de credito, cap. 2. tit. 7. q. 2. ex n. 1831.*

130 Circa prædictam autem conclusionem occurrit adnotandum, quis quidam opinetur, Constitutionem Pii V. fundari in præsumptione, ac proinde non obligare in foro conscientiæ: in quo si verè interfit, poterit taxari, & exigi interesse certum, etiamsi in foro externo taxatione sustinenda non sit, non esse istam doctrinam omnino tutam. Etenim quando lex fundatur in præsumptione, verum constitutio fit ratione vitandi moralis periculi, obligat in conscientia, & habet suos effectus, etiamsi in particulari casu factum non sit consenteum periculo, nec revera interveniat, quod timeri poterat, ut verissime docuit insignis Franciscus Suarez *lib. 3. de legibus, cap. 23. num. 6.* quem sequitur, & explicat Gabriel Vazquez *in prima secunda, tom. 2. disput. 163. cap. 3. n. 17. cum duobus seqq.* Coincidit Salas *de legibus, disp. 10. sect. 4. ex n. 20.* At evidenter constat, prædictam Constitutionem Pii V. factam fuisse ad tollendas in cambiis occasiones peccandi, fraudesque fœneratorum, ut ibidem expressè dicitur, quibus consequens est, ut obli-

## SECTIO VII.

De interesse taxato à principio in contractu cambii.

127 **S**eptima conclusio. In contractu cambii non potest taxari in certa quantitate à principio interesse cambii non soluti. Ita statuitur in *Bulla Pii V. de cambiis, §. 2.* quæ est 118. inter cæteras *Pii V. tom. 2. Bullarii novi.* Adnotavi etiam extra terminos Bullæ, Rota *diversorum, decis. 315. ex n. 6. p. 2.* Sed juxta Bullam, *Penguera decis. 33. ex n. 6.* Navarr. *in manuali, sap. 17. n. 300. & 301.* Molina *de justitia, tract. 2. disput. 404. n. 9.* Lessius *de justitia, & jure, lib. 2. cap. 23. dubit. 9. n. 81. & dubit. 11. n. 88. & 89.* Azor *instit. moral. p. 3. lib. 10. tit. de cambiis, cap. 8. circa finem, versic.* Quarta conditio, *Rebellus de obligationib. justitiae, 2. p. lib. 11. q. 13. ex n. 1.* Salas *de contractibus, tract. de cambiis, dub. 13. n. 2. dub. 24. n. 1. versic.* Secunda, & n. 2. Filiucius *moral. quæst. tom. 2. tract. 35. p. 2. cap. 11. n. 482.* Salon *disput. de cambiis, q. 4. art. 2. controv. 14. n. 6. & 7.* Bonacina *moral. Theolog. tom. 2. tract. de contractibus, disp. 3. q. 5. puncto unico, n. 9.* Scaccia *de commerciis, §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 30. 58. & 296. & p. 3. limit. 1. n. 5. & limit. 13. n. 1.* Filiucius *de societate, cap. 24. n. 67.* Marta *decis. 52. n. 18.* Joannes Lupus *de usuris, comment. 1. §. 6. n. 122.* qui ex ea Pii V. Constitutione infert, neque in contractu mutui posse taxari interesse à principio, Diana *resol. moral. tom. 1. tract. 8. de contractibus, resolut. 15.*

128 Ex quo planè fit, ut instrumentum cambii, quod continet interesse taxatum à principio, nullo modo possit executioni mandari, cum pactum taxationis

obliget similiter in foro conscientiae, ut adnotavit Castillo *decis. 243. n. 41. libr. 3.*

**131** De jure Castellæ soli Regnico-  
lae, & non exteri possunt exercere cambia,  
& esse pronexete cambiorum, *l. 6. & 7. tit.*  
*18. lib. 5. Recop. & l. 14. eod. tit. in Codice*  
*additionum, de quibus vide Salas de contra-*  
*cibus tract. de cambiis, dub. 5. ex n. 1.* Neque  
cambia possunt exerceri intra Regnum,  
sed cambiari debet extra Regnum, *l. 8.*  
*cod. tit. & interesse cambiorum, eo jure non*  
potest excedere ultra rationem decem pro  
centenario singulis annis, *l. 9. eod. tit. no-*  
tat Matienzo *in dict. l. 8. gloss. 1. & in dict.*  
*l. 9. gloss. 4.* tametsi interesse cambiorum af-  
cendere ad quantitatem quatuordecim pro  
centenario, cum minimum, dicat Cutellus  
*de donationibus contemplatione matrimonii,*  
*tract. 1. disc. 2. partic. 6. n. 100. in fine,* lo-  
quens de sua patria.

**132** Eodem jure statutum est, ne pos-  
sit in cambio apponi pactum, quod stetur  
dicto creditoris, seu simplici, seu jurato cir-  
ca interesse cambiorum, & alia requisita,  
ut cambium sit reale, non siccum, sed de-  
beat probari per testes, & instrumenta, &  
alias legitimas probationes, & pactum alio-  
qui factum irritatur, & annullatur. Sic sta-  
tuit *l. 13. tit. 18. lib. 5. Recop. in Codice addi-*  
*tionum, & notat Bolaño de commerciis, lib.*  
*2. cap. 2. n. 33.* Narbona *in dict. l. 13. gloss.*  
*4. n. 8.* ego tetigi supra hoc tit. *disp. 3. n.*  
*23.* Libenter autem mentionem facio hic,  
& alibi legum Hispanarum, non solum quia  
Hispanis etiam scribo; sed etiam quia  
quamvis sciam, leges Hispanas in hoc Reg-  
no legum vim non habere, ut ligent sub-  
ditos, & Judices secundum eas judicare,  
magnum tamen pondus, & autoritatem  
habere debent ubicunque jura exteris alio-  
rum Regnorum, juxta ea, quæ notat Jason  
*in l. de quibus, n. 6. ff. de legibus, Boerius de-*  
*cis. 263. n. 9.* Bursatus *consil. 46. n. 32. &*  
*33. lib. 1.* Camerarius *in repetit. cap. Impe-*  
*rialem, in magna impressione, fol. 11. col. 4.*  
*litt. T. versic.* Sed quid verbis, Alvarus Valaf-  
cus *in praxi partitionum, & collationum, cap.*  
*19. n. 11.* & Regens Constantius *in l. 1. &*  
*2. n. 36.* C. de filiis Officialium, *lib. 12.* qui

allegationes vitiosas transcripsit ex Valaf-  
co. Idque præsertim locum habet in legi-  
bus partitarum, quæ desumptæ sunt ex me-  
dulla juris communis. Ex his habes expli-  
catam difficultem tractationem taxationis  
interesse à principio contractus, in qua  
quantum sit elaboratum, videbis, si con-  
feras cum iis, quæ de hac re ab aliis  
sunt scripta.

### SUMMA DISPUTATIONIS IX.

- 1** *C*ontra hæredem mandatur executioni  
sententia, vel instrumentum, qua ha-  
berent executionem paratam contra de-  
functum.
- 2** Hæres, & defunctus censemur una, & ea-  
dem persona.
- 3** Ut via executiva possit exerceri contra ha-  
redem necessaria est ejusdem citatio.
- 4** Opinio eorum, qui credunt, executionem lo-  
cum non habere adversus hæredem adeun-  
tem cum beneficio inventarii, refertur.
- 5** Contraria sententia verior approbatur.  
Non est ullum inventarii privilegium,  
quod convertat viam executivam contra  
defunctum, in ordinariam contra hære-  
dem, ibidem.
- 6** Limitatur tamen, ut si defunctus posset car-  
cerari pro debito, non possit hæres cum  
beneficio inventarii.
- 7** Sublimitatur, si hæres occultaret bona de-  
functi, nam etiam facto inventario posset  
cacerari.
- 8** Limitatur secundo, ut post novem dies à  
morte defuncti, non possit agi contra  
hæredem à creditoribus, aut legatariis  
defuncti.
- 9** Ampliantur, ut procedat etiam in hære-  
de non conficiente inventarium, ibidem.
- 10** Limitatur tertio, ut adversus hæredem exe-  
cutio non habeat locum intra spatum  
trium mensum confectionis inventarii.
- 11** Sublimitatur tertia limitatio quatuor mo-  
dis.
- 12** Hispани Doctores laborant in explicanda,  
& concilianda antinomia inter *l. 15. tit.*  
*13. p. 1. & l. 7. tit. 6. p. 6.*
- 13** Ostenditur, nullam esse inter prædictas le-  
ges

- ges antinomiam, & explicantur.  
 13 Limitatur quarto, ut executio contra hæredem facientem inventarium, non possit fieri ultra vires hereditatis.  
 14 Ut hæres gaudeat privilegiis inventarii, non satis est allegare, se fuisse inventarium, nisi simul ostendat, & probet.

## DISPUTATIO IX.

Utrum executio locum habeat adversus hæredem adeuntem, cum beneficio inventarii.

**R**es est indubitata, & conclusio apud omnes recepta, quæ loco regulæ habenda est, posse executioni mandari contra hæredem sententiam, vel instrumentum, quæ poterant executioni mandari contra defunctum: & sic adversus hæredem transire viam executivam, quæ contra defunctum poterat exerceri. Quæ probatur ex text. in l. miles 6. §. ultimo, l. ex contractu 44. ff. de re judicat. eamque tradunt Bart. in l. postulante 44. in princ. n. 1. & ad eum additiones, Paulus ex num. 3. Alexander ex n. 6. ff. ad S.C. Trebellian. Angelus in l. n. 4. Imola n. 6. in fine, ff. de iis, quæ in testament. delen. Canarius de execut. instrument. q. 30. n. 66. Roderic. Suarez in l. post rem, in declaratione legis Regni, extensione 1. ex n. 1. ff. de re jud. Anton. Gomez in l. 64. Tauri, n. 5. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 4.p. §. 1. ex n. 1. Avend. in l. 4. & 5. tit. De las excepciones, num. 24. versic. Item inspiciet, Aviles in cap. 10. Prætorum, verb. Execucion, n. 56. Dueñas regul. 277. Baeza de inope debitore, cap. 6. n. 3. per tot. Menchaca de successionum creatione, lib. 1. §. 6. n. 36. & 42. Paz in praxi, 1. tom. 4.p. cap. 1. n. 36. Didac. Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1077. versic. Quaro, utrum executio, Azevedus in l. 1. ex n. 108. tit. 21. lib. 4. Recopil. Rodriguez tractat. de execut. cap. 4. ex n. 1. Hævia Bolaño in Curia Philippica, 2.p. §. 10. ex n. 1. Villadiego in Politie. cap. 2. num. 58. Rolandus à Valle consil. 20. vol. 1. Rebuff. ad constit. Regi, tract. de literis obligat. art. 3. gloss. 2. ex n. 1. Af-

nus in praxi judiciorum, §. 31. cap. 2. ampliatione 16. Colerus de processib. executivo. 1.p. cap. 10. ex n. 312. & 1.p. cap. 3. n. 108. & n. 431. vers. Quia verò Boerius decis. 10. n. 4. & 5. Capicus decis. 1. n. 14. Franchis decis. 199. n. 4.

2 Ratio autem hujus assertionis est primò, quoniam hæres, & defunctus reputantur, & censentur una, & eadem persona, l. hæredem 59. ff. de regul. juris, Auth. de jure jurando à morient. præstit. in principio, atque idèo ex persona hæredis obligatio defuncti nullam recipit murationem, l. 2. §. ex his, l. in executione 85. §. pro parte, ff. de verbis. obligat. dixi 1. tom. disp. 2. q. 5. n. 289. Ergo quæ executionem paratam habebant contra defunctum, poterunt mandari executioni contra hæredem. Secundò item, quia actiones omnes à defuncto in hæredes, & contra hæredes transeunt, idest tam activè, quam passivè, l. 2. C. de hæreditar. act. l. nihil est aliud 24. ff. de verborum significat. l. hæredem 59. & l. hæreditas 63. ff. de regulis juris, l. cum hæredes 23. in princ. ff. de acquir. possess. Ergo similiter transbit via executiva. Ita fit, ut prædictam regulam amplerint omnes, ut hæres possit carcerari pro debito, pro quo defunctus carcerari poterat.

3 Illud item in confessio est apud omnes, ut via executiva possit exerceri contra hæredem, necessarium esse, ut præcedat ejus citatio. Notavit Menesius in l. 1. n. 17. C. de juris, & facti ignor. post Innocentium, & multos Capicus, & Franchis ubi supra. (Menchaca ubi supra d. lib. 1. §. 6. n. 48.) ut constet, illum esse hæredem, quia hæreditatem adjerit, re, aut verbo, aut in ejus favorem expeditum fuerit præambulum, juxta hujus Regni consuetudinem, idest decretum, quo declaretur hæres. Neque sat erit, quem esse, aut probari filium defuncti, nisi simul probetur, aut constet, esse hæredem, ut ultra prædictos notavit Asinius tract. de executionib. §. 1. cap. 29. n. 10. & 11. & cap. 49. n. 3. & 4. Hæreditate verò nondum ab hæredibus adita, quid servandum sit, tractant Parlad. ubi supra n. 5. Paz in praxi, 1. tom. 1. p. 2. tempore, ex n. 48. Azevedo in dict. l. 1. ex n. 119. tit. 21. lib.

*lib. 4. Recop. Rodriguez d. cap. 4. n. 9. cum seqq. & Colerus latè de processib. executivis, p. 2. cap. 3. ex n. 387.*

4 An verò ista regula limitanda sit in hærede adeunte cum beneficio inventarii, & illud solemniter conficiente, non convenit inter Doctores. Nam quidam existimant, limitandam esse, & adversus eum hæredem executionem locum non habere. Ita sentit Bart. in *l. scimus 22. ultima*, §. in computatione, n. 8. in fine, *C. de jure deliber.* ubi ait, *tota die practicari* (sic loquitur) si statutum dicit, *quod executio instrumenti fiat contra hæredem, sicut contra defunctum, intelligitur, nisi hæres fecerit inventarium*, & dicit menti tenendum. Cujus doctrinæ meminit Rolandus à Valle in tractatibus de inventario diversorum, q. 173. n. 15. Decius in *l. debitori 7. n. 18. C. de pact.* Avendañ. in *l. 4. & 5. tit. De las excepciones, n. 25.* ubi ait, *contra hæredem adeuntem cum beneficio inventarii via ordinaria agendum esse, & si agatur via executiva processum fore nullum ipso jure.* Decius pro hac sua sententia allegat Salicetum in *l. ultima, n. 22. in fine, C. de juro deliberan.* ubi tamen Salicetus non dicit simpliciter, viam executivam non habere locum contra hæredem; sed solùm contra hæredem adeuntem cum beneficio inventarii, non posse fieri executionem ultra vires hæreditatis, & n. 23. addit hæredem adeuntem cum beneficio inventarii non posse carcerari pro debito, quamvis defunctus posset, quod idem dixerunt Bald. in *d.l. scimus ult. 9. & si prefatam, n. 3. C. de jure deliber.* Imola in *l. postulante 44. in princ. num. 22. in fin.* Alex. n. 7. vers. Item quantum dixit hic Imola, ff. ad S. C. Trebell. Milanens. decis. 12. n. 2. lib. 12. ubi ait, hæredem cum beneficio inventarii non cogi de persona, nec in propriis bonis. Socin. cons. 120. cum in presenti consultatione, n. 18. vol. I.

5 Contraria nihilominus sententia, quinimò exerceri posse viam executivam, etiam contra hæredem adeuntem cum beneficio inventarii, & sic ad hunc casum ampliandam esse prædictam regulam, ve-  
rior est, & à nobis amplectenda. Quam

tuentur Baeza de *inope debitore, cap. 6. ex n. 17.* Azevedus in *l. 1. n. 113. & in l. 19. n. 88. titul. 21. libr. 4. Recopil.* Rodriguez de *execut. d. cap. 4. n. 5.* Phanutius tract. de inventario diversor. quæst. 242. n. 128. & 129. Quæ efficaciter probatur rationibus *supra adductis num. 2.* nullum enim privilegium concessum est à jure inventario, ut convertat viam, quæ erat executiva contra defunctum, in ordinariam contra hæredem, ac per consequens, qui viam executivam ob inventarium ab hærede factum contra ipsum exerceri posse negant, ex capite loquuntur. Omnes enim DD. qui dicunt, hæredem ob beneficium inventarii non posse pro debitis defuncti conveniri executivè, quemadmodum ipse defunctus poterat limitatè loquuntur, nam aut dicunt, non posse conveniri ultra vires hæreditarias, aut ita ut carceretur, aut intra tempus confiendi inventarium, non simpliciter, ut loquuti sunt Decius, & Avendañus, ut statim subjiciemus.

6 Primò igitur hæc sententia limitanda est, ut quamvis executio contra defunctum, non solum in bonis, sed etiam in persona locum haberet, & sic posset pro debito carcerari; contra hæredem tamen, qui adjerit cum beneficio inventarii, & inventarium solemniter confecerit, non poterit procedi ad carcerationem. Ita sentiunt relati *supra n. 4. & præter eos Baeza de inope debitore, d. cap. 6. n. 17. & 18.* Cerdan. Tallada tract. de visitatione carcerator. cap. 10. n. 3. Azeved. relatus n. præcedent. Parlador. d. cap. fin. 4. p. §. 1. n. 7. Rodriguez d. cap. 4. n. 5. idem Azeved. in *l. 14. & 15. n. 8. tit. 7. lib. 9. Recop.* Lafarte de decima vendition. cap. 18. n. 59. Menchaca de success. creatione, lib. 1. §. 6. n. 45. Barbos. in *l. alia 15. §. eleganter, n. 46. ff. solut. matr.* Escobar de ratiocin. cap. 9. n. 42. Roland. à Valle de inventario, 4. p. §. septima est utilitas in tract. diversorum, de inventario, q. 152. Phanutius ibid. q. 242. ex n. 130. Ratio est, quia cùm facto inventario hæres ultra vires hæreditarias non teneatur, ut statim dicemus exhibitis bonis hæreditariis non potest ulterius molestari de persona.

7 Sublimita hanc limitationem, si hæres, qui conficit inventarium occultaret bona, & ea non exhiberet, aut post vendita bona hæreditaria non exhiberet pretium, tunc enim posset carcerari, ut docet Bald. in d.l. scimus, §. & si p̄famat, n. 3. C. de jure deliber. ubi dixit, hæredem facto inventario non posse carcerari ob contumaciam defuncti, posse tamen carcerari ob propriam contumaciam, & Baeza, & Azeved. ubi sup. & Menchaca d.lib. 1. §. 6. n. 47.

8 Secundò limita prædictam ampliationem, & sententiam, ut post novem dies à morte defuncti non possit contra hæredem agi via executiva, neque ordinaria, neque à creditoribus ipse molestari, aut à legatariis. Hanc tradit Roder. Suar. in l. post rem, in declarat. legis Regni, extension. §. n. 3. & limit. 9. Baeza de inope debitore, d. cap. 6. n. 15. Aceved. in l. 1. n. 117. tit. 21. lib. 4. Recop. Gutierrez de juram. confirmat. 2.p. cap. 4. n. 18. Quæ limitatio extendenda quoque est ad quemvis hæredem sive faciat, sive non faciat inventarium, quoniam hoc novendum concessit Imperator ad legendum defunctum. Ita statuitur in §. fancimus, in Auth. ut cum de appellat. cognosc. coll. 8. seu novella 115. cap. 5. in fin. ubi decernitur, intra illos novem dies à morte defuncti, ne liceat defuncti hæredes, aut cognatos inquietare, ac per consequens vetatur executio, ut notat Bart. in d.l. ult. §. donec, n. 1. C. de jure deliber. ubi inventiuntur eadem verba. Cum quo textu in d. §. fancimus, seu §. meminimus, convenit de jure Castellæ, l. 15. tit. 13. p. 1. & l. 13. tit. 9. p. 7. & notat Gregor. in d.l. 15. gloss. 2. & in d.l. 13. gloss. 3.

9 Tertiò limita prædictam ampliationem, ut executio adversus hæredem locum non habeat intra tempus conficiendi inventarium, videlicet intra spatium nonaginta dierum, seu trium mensium, notat Bart. & dicit frequenter practicari in d.l. ultima, §. donec, n. 1. per text. ibi, C. de jur. delib. & ibidem omnes Doctores, Roder. Suar. in l. post rem, in declarat. legis Regni, extensione 1. n. 5. Antonius Gomez in l. 64. Tauri, n. 5. vers. Item etiam intellige, Re-

buff. tom. 1. in Constit. Regi. tract. de litteris obligat. art. 3. gloss. 2. n. 21. Dueñ. regula 277. limit. 1. Parlardor. d. cap. fin. 5.p. §. 1. n. 28. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. gloss. 1. col. 1077. vers. Quero utrum, Avendañ. in l. 4. & 5. tit. de las excepciones, n. 25. vers. Et in quantum iste, Gutierr. de juram. confirm. 2.p. cap. 4. n. 19. Gregor. Lopez in l. 7. tit. 6. p. 6. gloss. 1. & 2. Paz in prax. 1.tom. 4.p. cap. 1. n. 40. & seqq. Spino in Speculo testamentor. gloss. 35. n. 46. Azevedus in l. 19. n. 25. tit. 21. lib. 4. Recop. Cevallos in speculo practic. q. 608. & q. 814. ex n. 1. & n. 8. Rodriguez d. cap. 4. n. 5. Roland. à Valle in tract. de inventario diversor. q. 141. quarta est utilitas, n. 1. Asinius in praxi judicior. §. 31. cap. 2. ampliat. 16. principali, limitatione ejus 1. Gullielm. Bened. in cap. Rainuncius, verb. Mortuo itaque testatore, el primo, n. 399. de testamentis. Probat hanc limitationem expressè text. in d.l. scimus, ultima, §. Donec, C. de jur. deliber. cum quo convenit de jure Castellæ d.l. 7. tit. 6. p. 6.

10 Hanc verò limitationem variis modis sublimitandam docent Doctores post Alex. in d. §. Donec, Gregor. Lopez, Roderic. Suarez Roland. Spino, Gutierrez remissivè, d. cap. 4. in fin. & Cevallos Phanuc. tract. de inventario diversor. q. 241. ex n. 2. ut locum non habeat primò, si hæres convenit pro restituendis usuris, aut aliis concernentibus animam defuncti, & obligationem conscientiæ. Secundo si conveniatur pro relictis ad pias causas, de quo Tiraquell. de privileg. pia cause, privil. 24. Tertiò item si conveniatur rei vindicacione. Quartò, si ipse intra illud tempus alios conveniat, & ab eis conveniatur.

11 Laborant tamen non parum Hispani Doctores pro componenda, & concilianda gravi quadam antinomia, & contrarietate, quam existimant versari inter duas leges Castellæ, videlicet l. 15. tit. 13. p. 1. & l. 7. tit. 6. p. 6. quam dicunt prætermisssisse Gregorium. Dicta enim l. 15. permittit post transactos novem dies luctus à morte defuncti, ut creditores hæredem conveniant, d. verò l. 7. prohibet hæredem

dem à creditoribus conveniri durante tempore conficiendi inventarium, quod est trium mensium. Ecce insuperabilem contrarietatem, quam animadverterunt Aven- dañ. Didacus Perez, Gutierrez, Parlador. Rodriguez, qui frustra se ab ea conantur extricare. Eandem antinomiam notare potuissent juxta jus commune inter §. memini- mus, seu sancimus, & d. §. donec, qui textus concordant cum prædictis legibus Castellæ. Omitto conciliationes, quæ sunt violentæ, & non ad rem.

12 Mihi videntur Hispani nostri nondum in scirpo querere, & in re clarissima cœcutire. Nam inter prædictos textus, tam juris communis, quam legum Castellæ nulla versatur contrarietas, loquuntur enim de multo diversis casibus, in quibus diversæ diffinitiones statuendæ sunt. Textus in d. §. Meminimus, seu sancimus, & in d.l. 15. tit. 13. p. 1. loquuntur universim de quolibet hærede, sive velit, sive nolit facere inventarium, cui concedunt pro luctu defuncti spatium novem dierum, quo non possit molestari, aut inquietari, sive à creditoribus defuncti, seu à legatariis: deinceps verò permittunt, illum conveniri. Quod si iste hæres post novem dies conventus dicat, se velle facere inventarium, & privilegio inventarii se juvare, & defendere velit, ne conveniatur, quousque inventarium perfectum sit, d. §. donec, & d.l. 7. tit. 6. part. 6. tribuunt illi hoc privilegium, ut habeat spatium trium mensium, quod confiendo inventario concessum est, in quo non possit conveniri. Itaque primum tempus datur omni hæredi indistinctè propter luctum defuncti: secundum tempus conceditur soli hæredi facienti inventarium. Et illi textus in d. §. meminimus, & in d.l. 15. tit. 13. p. 1. qui permittunt, hæredem post novem dies conveniri, intelligendi sunt, nisi quid aliud impedit, ut impedit beneficium inventarii argumento l. qui testamento 20. in princ. ff. de testam. quemadmodum omnem, & quamcunque legum dispositionem accipendam, dixi tit. 1. dis- put. 2. q. 4. n. 235. Ecce facillimam, & verissimam conciliationem, quam cum sit tam

patens, miror, prædictos non animadver- tisse, & post haec scripta inveni eandem apud Gizzarell. decis. 79.

13 Quartò limita prædictam ampliationem, ut executio contra hæredem ad-euntem cum beneficio inventarii non pos- sit fieri ultra vires hæreditatis. Ita sentiunt relati supra n. 4. & hoc est præcipuum in- ventarii beneficium, ut testantur in tract. de inventar. diversor. Rolandus à Valle q. 133. prima enim utilitas, ex num. 1. Sebast. Monticul. q. 232. n. 1. Phanucius q. 243. in princ. Michael Crassus q. 263. Spino q. 273. n. 41. quæ in speculo testamentorum est glossa 35. Dueñ. regul. 277. limit. 7. Proba- tur hæc limitatio ex textu in d.l. scimus, ultima, §. & si præfatam, ubi omnes Scriben- tes notant, C. de jur. delib. de jure Castel- lae, l. 5. tit. 6. p. 6. ubi Gregor. gloss. 2. & 3. & in eo sensu accipiendi sunt Bart. & Decius, relati supra n. 4. ut solum velint, executionem locum non habere contra hæredem facientem inventarium, ultra vi- res hæreditatis.

14 Illud pro coronide adjiciendum est, non satis esse hæredem allegare se adiisse cum beneficio inventarii, ut gaudeat his prærogativis, nisi simul ostendat, & probet se confecisse inventarium ritè, & so- lemniter, nam qui exceptionem opponit, eam probare debet, l. 2. l. in exceptionibus 19. in princ. l. cùm de indebito 25. §. fin au- tem, in fin. ff. de probat. notat Cartar. decis. 20. ex n. 6. Parlador. d. cap. fin. 4.p. §. 1. n. 8. & 9. tametsi subobscurè. Illud verò probandum est producto inventario.

#### SUMMA DISPUTATIONIS X.

- 1 **F**isco competit via executiva pro exigendis tributis.
- 2 **D**ebitor fiscalis donec solvat debet esse in carcerebus, neque est relaxandus sub fidejussionibus.
- 3 **F**iscus agit executivè contra conductores re- dituum fiscalium.  
Additio sola redditus fiscalis facta insubha- statione habet executionem paratam, ibid.
- 4 **F**iscus agit executivè adversus socios suo- rum