quemadmodum cum læditur venditor, ad restituendum solutum supra iustum pretium, vel ad recuperandum rem venditam, restituto per eum pretio, eodem modo quo emptor solet condemnari, vel ad supplendum iustum pretium, vel ad dimittendum rem restituto sibi pretio, electione ei data, prout disponitur *dict. l.* 2.

14 *Cod. de rescind. vend.* Probatur † ratione sæpiùs adducta quia cum sint correlativi emptor, & venditor, non debent diuerso iure censeri, & idcircò electio, quæ conceditur emptori quando contra eum agit venditor, non debet denegari venditori, quando contra eum insurgit emptor.

15 Quid itaque † Senatus in supra relata causa, in qua incidebat iste articulus de necessitate? Non id quod multum mihi placuisset, nam absolute contractum an-
† nullauit, & simpliciter *condemnauit* venditorem ad restituendum pretium, & recuperandum proprietates, nec video electionem concessam condemnato. Nescio si ex eo quia emptor à principio se obtulerat dimittere rem, & non fuerat ei contradictum. Seruiat hæc admonitio
16 pro alia vice. Nam, † mihi crede, nullum maius solatium iudicum posquam in his vnam, aut alteram opinionem necessario debent eligere, cum necessario iudicent, quàm posse electionem concedere condemnato, vel quòd suppleat, vel quod restituat quod deest, vel superabundat respectiue, vel à contractu discedat, restituto, negotio ad pristinum statum, sic fit vt sit modicum condemnati damnum, quia si videt sibi non expedire supplere defectum, vel restituere superfluũ respectiue, quia magnum inde damnum putet sibi resultare, iam habet aliud remedium recessus à contractu, recuperante vnoquoque quod suum est, & sic potest consolari Iudex, quòd non tam magnum damnum patti causat si potius vnam, quàm aliam opinionem recipiat, cum semper supersit illud aliud remedium electionis condemnato.

17 Solum esset † considerandum præiudicium in electione harum opinionum, quando emptor prætenderet non solam læsionem vltra dimidiam, vt sibi esset subuentum beneficio *li.* 2. *Cod. de rescind. vend.* sed longe maiorem, ita vt locus esset dispositioni *leg. & eleganter, ff. de dolo, & aliarum applicabilium*, de quibus egimus in præcedentibus decisionibus, quæ sunt plane rigorosiores multò, nam tunc multùm interesset computare læsionem à sexdecim, vel à viginti vno solutis pro re valente tantùm decem, quam si læsio vltra dimidiam ordinaria computatur, & præsupponitur in sexdecim, facilius ex eo quod vltra solutum, colligetur læsio enormissima, quam si læsionem vltra dimidiam computamus in viginti vno, quia in primis pro dicta enormissima læsione non computabitur quod est à sexdecim vsque ad viginti vnum, sed quod à viginti vno vltra. Cogita igitur ne facile labaris.

18 Audiui, † post hæc scripta ab vno qui poterat aliquid in hoc scire, fuisse sic vt dixi, declaratum sine optione, non quia existimaretur non danda, sed quia putatum sic solitum in Senatu declarari, & postea in executione concedere, si id peteret condemnatus. Sed ego eum stylum non vidi, sed text. legi in *cap. cum dilecti, de empti. & vendit. in decretal.* vbi tenuata fuit aliqua alia similis sententia tanquam, vt dicit idem met text. iuri contraria sine concessione electionis lata. De qua re ad explicationem huius articuli, & text. prædicti, plura apud Pinel. in *sepe citat. l.* 2. *C. de rescind. vendi. part.* 3. *ex num.* 15. vbi signanter, † quod libellus actoris potest esse in hoc casu quicúque, quamuis non concludat eum electione, & optione contrarij, sed cum absoluta, & simplici petitione rescissionis contractus, sed non ita sententia. Cogita igitur iterum ne facile decipiaris, & seu an ego, quod facilius, decipiar.

ARGVMENTVM.

De pacto de retrouendendo.
Quænam actio pro eo detur.
Et quid præstare debeat emptor, vt ei detur actio ad reuenditionem instandam, & prætendendam.
Multa de oblatione reali, & de verbali.

SVMMARIVM.

1 *Emptione, & venditione nullus fit frequentior contractus.*
2 *Emptio, & venditio possunt contrahi cum pacto de retro perpetuo, vel temporali.*
3 *Pactum de retro, & gratia redimendi, seu redemptiua, idem sunt.*
Pactum de retro licitum in vtroque foro, ibidem.
4 *Actiones præscriptis verbis, & ex vendito, dantur ad rehabendum rem vigore pacti de retro.*
5 *Pactum de retro non facit venditio. ẽ conditionalem, sed puram sub conditione resolubilem.*
6 *Venditor non agit ad reuenditionem cum sola oblatione pecuniæ, sed necessaria est obsignatio, & depositio.*
7 *Oblatius absolutus importat conditionem.*
8 *Actio in conditionalibus non oritur ante implementum conditionis.*
Etiam si conditio sit tacita, ibidem.
9 *Agere non potest qui pro sua parte non fecit quod ad ipsum spectat.*
10 *Qui non facit quod debet, non recipit quod oportet.*
Debitum frustra petit, qui non impleto debitum, ibid.
Qui affert facere quod debet, non potest petere quod sibi debetur, ibidem.
11 *Exceptio non ad implementi potest opponi non adimplenti pro sua parte.*
12 *Conditionis ad implementum debet fieri in forma specifica.*
13 *Oblatio pecuniæ in pacto de retro non sufficit, licèt sufficiat in aliis casibus, de quibus hic, & n.* 15.
14 *Actio ad redimendum rem venditam, non datur nisi restituto pretio integrè.*
15 *Redemptio, qua fit in vim pacti de retro, secunda venditio dicitur non prioris resolutio.*
16 *Oblationem sufficere in venditione cum pacto de retro, aly tenent.*
17 *Glos. in l.* 2. C. de pact. inter empt. & vendi. *reprehenditur.*
18 L. si ita te, C. de pact. inter empt. & vend. *expenditur.*
19 *Oblatio ad liberationem non sufficit, sed consignatio requiritur.*

Decisio LXIX.

EMptione, † & venditione nullus in commerciis 1
hominum frequentior contractus, provt insinuat tex in *l. iusto. in prin. ff. de vsucap.* & commendant statim omnes in initio, quod de eo contractu verba sunt facturi, & quando nullus textus, vel nullus interpres dixisset, satis id nos quotidie docet experientia communis omnium magistra, qua videmus frequentes recursus, quos ad res proprias vendendas, & distrahendas, pro subuentione suarum necessitatum, quotidie habent homines.

Et quia † passim fit, & frequentissime, homines 2
habere magnam affectionem ad res, quas venditui

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sunt,& vellent, si possibile foret,non se in perpetuum domino rerum suarum priuare, sed remanente cum aliqua spe eas aliquando,meliori adueniente fortuna, recuperandi: Huic desiderio leges nostræ benigne occurrerunt, concedentes posse hunc contractum ita fieri,& licet sit reuerta perpetuus, licet tamen venditori quandocunque,vel intra certum tempus,rem venditam pro eodem pretio recuperare, *ex leg.2. Cod. de*
3 *pac.inter emptor. & vendi.* Quod pactum † de retrouendēdo,seu gratia redimendi,vel redemptiua dicitur, & est omni iure, ac in foro conscientiæ approbatum, provt pluribus probat Mantic. *de tacit. & ambig. conuen.lib.4.tit.31.n.1.*& reliqui omnes, qui de eo agunt, tradunt statim in initio circa quod pactum, ego aliquantulum discurrere statui in hac, ac in sequentibus decisionibus,secundum quod in eius materia in praxi recepit, & recipit sacer noster Senatus.

Ac in primis in hac decisione examinabimus duos articulos. Primus, quænam actio detur venditori ad rem suam in vim huius pacti rehabendam, & recuperandam, si per emptorem negetur ei data fides. Secundus, quid præstare debeat venditor ex sua parte vtagere possit,& obtinere.

4 Quo † ad primum,Breuiter *l.2. C.de pac.inter.emp. & vend.*qua sola est, quæ de hoc loquitur, duas venditori ad id concedit actiones,nempe præscriptis verbis,vel ex vendito,ibi: [Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt,vt siue ipsi,siue hæredes eorum emptori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtulissent,restitueretur,teque parato satisfacere conditioni dictæ,hæres emptoris non pareret,vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur,habita ratione eorum,quæ post oblatam expacto quantitatem,ex eo fundo ad aduersarium pervenerunt.] De quibus duabus actionibus, & quomodo possint ex eodem stipite oriri, cum videantur contrariæ, declarat optime Card. Mantic. *de tacit. & ambig. conuen.li.4.tit.32. num.1.* & tuis *num.6.cum sequen.*

5 Sed est † necesse legas Antron Fab. *de error.pragm. tot.erro.1.decu.22.*& conaponas eum cum ipsomet Iustin,qui dictas duas actiones introducit ac etiam cum Mantic.in his, quæ de illis, ac de natura pacti quod non faciat venditionem conditionalem, sed puram, sub tamen conditionem resolubilem, scripsit : vix enim hæc concedere vult. Fab. quas differentias concordare ad me non spectat,qui practicè scribo,& pro directione tribunalium, in quibus hæc parui pendūntur. Atque hæc de primo act.veniamus ad secundum, pro quo sit hæc decisio.

6 Et † in primis videtur dicendum,vr agere venditor possit ad reuenditionem, non sufficere solam oblationem pretij quæ fiat emptori,requirendo eum,vt dicta oblatione attenta, firmet ipsi reuenditionem, sed necessariam vlteriùs esse obsignationem,& depositionem pecuniæ, quia ita disponunt *citat. l.2. C.de pact. inter emp.& vend & l.si à te,eod.tit.* Et *l.cit.* non loquatur ita clarè de deposito, sed de sola oblatione ibi,*actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem,ex eo fundo ad aduersarium pervenerunt*, glo. tamen verbo *oblatam* addit, & interpretatur *consignatam,& depositam*,ad quod allegat dictam aliam *l.si à te* quæ clarè probat intentum,ibi.*sed si se subirahat, vt iure dominij eandem rem retineam, denunciationis, & obsignationis, depositionisque remedio contra fraudem,potes viri tui eo vti,*allegat item *l fin ff.de lege commissor.* quæ nisi loqueretur in pacto legis commissoriæ (licet tamen quandoque à simili arguere) optime probaret intentum, alia etiam iura in idem adducit Tiraquel.de *retract.conuen.§.4.gl.6.nu.1.*

7 Secunda † ratio desumitur ex eodemmet pacto de retrouendendo,& ex formula ipsa, qua solet apud nos concipi, quæ est, vt restituto pretio teneatur emptor facere reuenditionem,& rem restituere,quæ verba interpretanda sunt,id est, si restituetis mihi pretium,nota enim est ablatiui absoluti natura, vt regulariter importet conditionem, *l.si debitor, § 1 quib. mod.pig. vel hypo.solua.* Bart. in *l.1.in 3.q.ff.si cert.pet.a.* Vnde sequitur quod nisi tandem deposito facto, non possit 8
vēditor agere in vim dicti pacti,cum † in conditionalibus non possit dicit orta actio ante implementum conditionis,*l.cedere diem. ff.de verb. signif.* quod procedit etiam si conditio tacitè intelligatur, *l.item quia, §. 1. glos.ff. de pact.* Card. Mantic. de *tacit. & ambig. conuen.li.4.tit 31.n.49.ver.secundò considero, cum no. sequen.& tit.43.n.5.*Et præterea, † certum est nemi- 9
nem posse agere contra alium, nisi postquam ipse pro sua parte adimpleuit, & fecit quod ad ipsum spectat, iuxta *l.Iulianus,§.offerri, de actio. emp.& ibi Doctores,* 10
& tradit late Surd. in *cons. 52. num. 32.* Vnde † emanarunt illa brocardica dicta,qui non facit quod debet, non recipit quod oportet : frustrà petit debitum, qui non implet quod debet;& denique, qui differt facere quod debet,non poterit petere quod sibi debetur,de quibus late per Surd.in *cita.loco*, & in isto casu iure op- 11
timo poterit opponi agenti exceptio non adimplementi,quæ efficit ne audiatur donec adimpleuerit, vt est latissimè apud Carol.de Graf.de *excep.excepti.13.ex n.37.ad fin.vsque per plures numeros.*

Et quod † plus est, istud conditionis adimplemen- 12
tum debet fieri in forma specifica, non per æquipollens,*l.qui haredi,& l. Manius ff.de cōd.& demonſ.* Nec † sufficit oblatio, vt in aliis materijs, ac in casibus 13
similibus cōcepris per ablatiuos absolutos importārēs conditionē veluti fi dictū sit,restituris,vel refectis expēsis,lare tradūt Martha de *clausſelau.1.24.p.1* eleganter Stepha. Gratia.*discep forens.7 86.n.13.cū seq. li.4.* & Rot Ro.Ludeu.*dec.402.ex n.7.& ibi additio,*& in hac nostra materia pacti de retrouēdēdo,quod nō sufficiat oblatio,dicit Gratia.*d.discep.786.n.12.* & decisum in Rota in eodē casu, de quo agebat Gratia. dicit Ludo- 14
uisius *dict.decis.492.* & idēmet ipse Gratia. etiā *n.40.*

Tertia † ratio est ex *l. Iulianus, in § offerri , ff. de act.emp.* vbi dicit I. C. ac glosi etiam confirmat expressim non dari actionem emptori ad rem venditam, nisi demum soluto integre per eum conuento pretio. Quid aliud dicendum est in nostro casu, vbi etiam venditor agit actione ex vendito, & † in sen- 15
tentia Fab.in *sup.cita.erro.1.decu.12.* secunda venditio hæc est,non prioris resolutio, sequi igitur eam oportet naturam aliarum venditionum, in quibus emptor non auditur nisi soluto demum integre pretio.

Hanc opinionem, quòd non sufficiat sola oblatio ad agendum vltra allegatos suprà, tenent etiam plures, quos citat Tiraq.de *retract. connen. §.4.glo.6.nu.1.* Ioan.Bap.Lupin in *repetitio.d.l.2. C.de pact.inter emp. & vend.n.107* & Card.Mantic.*d.tit.32.n.11.*

Sed prædictis † non obstantibus,verior est sine du- 16
bio sententia,quòd sufficiat oblatio, quàm faciat emptor de restituendo pretium,quando vult retrouenditionem ab emptore, cui ipse prius vendiderat, obtinere, quæ primò probatur eadem *l.2.C.de pactis inter emp. & vend.*quæ solum requirit oblationem pretij, neutram solutionem,obsignationem, aut depositum, ibi, *teque parato satisfacere. conditioni dictæ, &c.*& rursus ibi, *post oblatam ex pacto quantitatem, &c.* Et licet † 17
glo.vt diximus,addat post *oblatam*, verbum *& consignatam*, id ex suo capite fecit, quia text. satis clare loquitur de sola oblatione, nec aliter id fundat glos. quàm in *l.si à te*,quam allegat. C. *eod.tit.* quæ † non 18
meretur allegari ad propositum, quia ibi non solùm volebat agere emptor, sed etiam quòd venditio intelligeretur resoluta, quia erant apposita verba resolutiua

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

lutina in pacto legis commissoriæ, quia fuerat dictum,
19 quod res esset inempta, vnde, † sicut ad liberationem conlequendam sola non sufficit oblatio, sed est necessaria consignatio, & depositum *Lobligatione, C. de solutio.* ita pariter in casu *d. l. si à te*, quia resolutio veniebat facienda, soluta, id est restituta pecunia recepta ex forma pacti, vnde non posset dici soluta per solam oblationem, ita expressissimis verbis, quæ hic ferme volui esse transcripta ad maiorem rei intelligentiam, dicit Boër. *decis. 114. n. 15.* & ante eum Paul. *in l. receptam in 5. q. C. de vsur.* sequitur Rolan. à Val. *in conf. 7. n. 3. & 4. vol. 3.* vbi dicit tex. *in d. l. si à te*, loqui quando agitur ad rescissionem contractus, quo casu necessarium est accepta restituere, idem dicit Manti. *de tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 32. n. 11.* & Iarnus Per. Barbos. *in l. si mora 10. in 2. par. ex n. 68. vers. & retenta. ff. solut. matri.* Reliqua habes in sequenti vnà cum decis. Senat.

ARGVMENTVM.

De eadem materia pacti de retrouendendo, de qua in decis. præceden.

SVMMARIVM.

1 *Auctor aduertit quadam co-sideranda pro resolutione articuli de quo agitur.*
2 *Pactum de retrouendendo quomodo apud nos concipiatur.*
3 *Venditor quid facere debeat pro recuperanda re cum pacto de retrò vendita.*
Primus modus procedendi per venditorem pro habenda reuenditione, ibidem.
4 *Secundus modus.*
5 *Venditor vt possit agere in vim pacti de retrò, duo solùm requiruntur.*
6 *Negatio tacita inducitur quando quis requisitioni de aliquid faciendo non respondet.*
7 *Interpellatio iudicialis sufficit pro exercenda facultate pacti de retrò.*
8 *Spolium probatur sola sustentatione litis, & contestatione illius.*
9 *Oblatio verbalis sufficit data recusatione partis, quamuis alias requireretur realis.*
10 *Oblatio iudicialis recusata, tantum operatur quantum extraiudicialis cum deposito.*
11 *Solutio habetur pro facta, quando non stat per solutore debentem sed per creditorem.*
12 *Condemnatio in hoc iudicio vigore pacti de retrò, quomodo sit concipienda?*
13 *Emptor nisi restituatur sibi pretium vigore pacti de retrò, retinebit rem quasi iure pignoris.*
14 *Senatus sententia in hac materia pacti de retrò, de qua in præsenti decisione.*
15 *Eandem sententiam sequitur Senatus Siciliæ.*

DECISIO LXX.

1 Mihi † pensato, & tuminato aliquantulùm negotio, de quo in præceden. decis. videtur non esse multis opus ad confirmandam opinionem vltimo loco ibi relatam ex *n. 16.* sed solùm considerare in primis modum, & formam, quibus saltem apud nos concipitur istud pactum de retrouendendo. Secundò, modum procedendi quo vtimur in praxi, quando venditor vult retroemere, & rem eodem pretio habere ab emptore, sine deposito, qui est casus, quem nunc tractamus.

2 Quoad † primum, forma conceptionis pacti est, quòd primò venditor dicit se vendere, instrumento tamen gratiæ redimendi mediante, & venditionem cum dicto pacto acceptat emptor, qui deinde cum instrumento, quod soler semper ad partem, incontinenti tamen, & in executionem eorum, quæ dicta fuerunt in venditione fieri, promittit venditori quòd quotiescunque restituet ei pretium, ipse restituet illi rem venditam, & instrumentum reuenditionis firmabit.

Quoad † secundum, duobus modis soler in his 3
proced. quando venditor vult agere contra emptorem pro reuenditione. Primus, ac ille quidem valde frequens, quòd venditor ante omnia se præsentat coram emptore notificans ei suum desiderium, quod est de recuperanda re vendita in vim pacti de retrò, & instrumenti gratiæ requirens vt pecunia accepta, quam offert, vel paratus est tradere ei reuenditionem faciat, & firmet, & rem restituat.

Hoc facto, aut emptor contentatur pecuniam recipere, aut non, &c. Si contentatur, alio opus non est, finitum est negotium, si non contentatur, quæ iniuria fit ei dum mouetur lis pro habenda reuenditione, & proprietate? Quis potest reprobare petitionem iudicialem, quæ postea fit, narrando factum, & retinendo etiam aduersarij, quod condemnetur ad reuenditionem pro eodem pretio faciendam, & ad rei restitutionem?

Secundus † modus est, per quem, omissa omni ex- 4
traiudiciali denunciatione, & interpellatione, tanquam non necessaria, venditor eligit iudicialem adeundi iudicem ipsius emptoris, ab eo petens, condemnari illum ad reuenditionem & simul restitutionem rei faciendam, soluto illi pretio, quod offert & paratus est ei soluere, & restituere iuxta pactum. Et isto casu, aut emptor vult fidem seruare, omnia sunt plana, dabit vinas pecuniam, & rem alter; si fidem seruare noluerit, tali casu quis dicere potest non iuste petere venditorem, quòd condemnetur emptor ad retrouenditionem faciendam, accepto pretio, quamvis illud non numeretur, nec deponatur? Certe nullus, id quod tam clarè, ac apertè mihi videtur probare *d. l. 2. C. de pact. inter emp. & vend.* vt sine aliquo adminiculo ex multis, quæ Doctores in materia addiscunt, res fiat indubia.

Pace, † quia lex ad agendum, duo solùm requirit, 5
vnum ex parte venditoris, quòd sit paratus parere conditioni de pretio restituendo, & aliud ex parte emptoris, quòd ipse recuset facere, *ibi: neque parato satisfacere conditioni dicta, hæres emptoris non paret*: in isto casu, quod venditor sit paratus conditioni parere, & recusat emptor, tribuit Imperator venditori duas illas actiones, præscriptis verbis, & ex vendito, ad compellendum emptorem ad fidem datam seruandam, ibi: *vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur.* Quid clarius?

Apud nos, † quando instituitur iudicia ista, tam 6
constat de prædictis legis requisitis, nempe de animo, & intentione ipsius venditoris, & de recusatione emptoris, per extraiudicialem illam requisitionem, quæ, vt diximus, soler præcedere, quamvis mihi ei respondeat emptor affirmando, aut negando, etenim est negatio, & recusatio tacita, quæ sufficit, vt dixit Meno. *consil. 95 1. ex n. 18. lib. 9.* & Stephan. Gratian. *discept. forens. 789. n. 2.* Et quamvis † non præcedat, extraiu- 7
dicialis requisitio, & interpellatio, iudicialis sufficit cum sustentatione litis ipsius emptoris, ad † similitu- 8
dinem eius, quod dicimus de spolio, illud ex sola sustentatione litis, & illius contestatione super spolio motæ, probari contra reum conuentum, quamvis aliud non probetur, vt tradunt Æmil. Veral. *decis. 3 7 2. par. 2.* Cæsar de Graf. *decis. 42.* Hercul. Marésco. *lib. 1. var. cap. 59. n. 18. & 29.* Quantò magis ex sustentatione litis hæc recusatio probata manebit. Concurrentibus legi requisitis, quis venditori denegabit actiones, quas ei lex tribuit?

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

9 Hæc ego † sufficere arbitror ad propositum, cætera si nihilominus requiris admicula, & ornamenta, hæc prædicta mire confirmati ex eo quod communiter dicimus, in casibus in quibus requiritur oblatio realis, non sufficere verbalem, juxta *l. qui decem, vers. idem responsum est in fin. ff. de solut.* ad quod plura allegat Ioseph. Ludou. *decis. Perus. 105. numero 1.* non procedere stante recusatione partis, tunc enim sufficit sola oblatio, siue iudicialis, siue extraiudicialis illa sit, ad quod allegantur communiter *l. si rem, §. fin. ff. de pignor. act. l. fundus ff. de rescind. vend. l. si reciduum, C. de distrac. pignor.* & probat Boër. late in *cit. dec. 124. n. 26.* Ludouis. *decis. Perus. 105. n. 6.* Menoch. *consil. 95. n. 18. vsque ad 22. lib. 9.* Surd. *consil. 86. n. 28. & 29. consil. 142. numer. 8. & consil. 331. ex numer. 39. ac decis. 16. ex nu. 2.* & Stephan. Gratian. *discep. forens. 786. numer. 2. & 3.*

10 vbi † signanter dicit in proposito, oblationem iudicialem recusatam operari quantùm illa, quæ sit extra iudicium cum configuratione, & depositio quod jam etiam dixerant alij antèà adducti.

11 Ratio † est clara, quia in isto casu, cùm non stet per venditorem, quominùs emptor solutionem consequatur, videtur solutio facta, ad quod facit tex. in *l. si fideiussor, §. meminisse, in prin. vbi Bart. ff. de leg. 3.* vbi air, contractum venditionis haberi pro perfecto, quandò ab vna parte extat promissio vendendi, & ab alia pretium offertur, quia videtur stare per venditorem, & quòd verbalis oblatio facta in iudicio, operetur idem, quòd realis dispositio facta extra iudicium, latissimo sermone profequitur Surd. in *d. dec. 262. ex dub. 2. cum sequen.*

Prædictis attentis, videtur non esse necessarium respondere contrariis positis in præced. dec. in initio, quia in primis ad *l. 2. & l. si à te, C. de pac. inter emp. & vend.* iam fuit plenè satisfactum, & quomodò intelligerentur, explicatum, ac dictum.

12 Et ad id, † quod respicit exceptionem adimplementi, facilis est solutio, consideando articulum, quem tractamus, nos enim non dicimus, nec prætendimus, quòd emptor teneatur retrouendere, vel rem dimittere, antequàm pecuniam exhurset integrè venditor, qui vult rem recuperare, & rehabere, quod esset contra omnia, quæ dicta sunt in contrariis, sed quòd condemnetur ad reuendendum, & restituendum rem, restituto sibi pretio, quæ valdè diuersa sunt, & condemnatio fieri debet modo prædicto, quòd restituto pretio faciat reuenditionem, & restituat rem, postèà in decreto exequutionis, pro obtinendo illud, deponet venditor pecuniam: & facto deposito, petet à Iudice, quòd quia ipse pro suâ parte paruit sententiæ, decernatur executio contra aduersarium pro habenda re, & pro faciendâ retrouenditione, aliàs † nisi ita faceret venditor, retineret sibi emptor rem donec pretium sibi solueretur quasi iure pignoris, vt insinuat tex. in *sæpe cit. §. offerri, l. Iulianus, ff. de actio. emp.* ibi *venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendit.*

13 Ex his † opinionibus, noster Senatus æquitatis amator, ac in circuitus inutilibus, quantum facere potest euitandis in omnibus negotiis valdè vigilans,

† hanc secundam opinionem *amplectitur*, condemnando reum ex solâ oblatione absque numeratione, & practicando rem hanc eo modo, quo suprà proximè dixi. & signanter ita nuper in causa Raphaelis Vilæ oppidi Olori, contra Matquesiam Gou, referente egregio Senatore Hieronymo Gueran, sententia lata 1. Decembr. 1617. qua condemnata fuit dicta Gou vna, & eadem sententia, ad firmandum instrumentum reuenditionis dicto Vilæ, & ad dimittendum ei vacuam, & expeditam possessionem rerum venditarum, soluto prius ei pretio, & aliis creditis ibi expressis, & deinde in decreto executionis fecimus, qui partes dicti Vilæ agebamus depositum in formâ solita, & obtinuimus executionem sententiæ Regiæ, Scriba Comelles.

Et † ne arbitreris solum nostrum Senatum esse, 15 qui hoc modo procedit, vide don Garciam Mastril. *decis. 201. in 3. p.* qui postquàm tranliit per omnia contrariatandem *n. 19. & 20.* concludit, creditorem, qui ius offerendi habet, ante factum depositum rectè agere posse vt declaretur tale ius ei competere facto depositio, quòd etiam conuentus tunc cogatur restituere, atq; ita dicit fuisse pluries in Senatu Siciliæ decisum, cuius Doctoris dicta sunt bene notanda in tota hâc materiâ obtationis iudicialis, & ad illius effectum, quia sunt pulchra. De hoc eodem puncto alia dixi in sequenti decis. vbi videas.

ARGVMENTVM.

An negata facultate redimendi per emptorem, possit procedi ad vlteriora in causâ motâ per venditorem petendo reuenditionem fieri, & rei restitutionem.

An verò supersessio in dictâ causâ, sit prius dicendum super articulo negato, tanquam prætiudiciali.

SVMMARIVM.

1 *Dubium disputandum in hac decisione.*
2 *Quæstio prætiudicialis est prius terminanda.*
3 *Causa ciuilis quando faciat supersedere in criminali, & è contra.*
4 *Antecedentia necessaria semper debent precedere.*
5 *Etiamsi posterius sit mota causa prætiudicialis.*
6 *Ordo temporis inspicitur in iudiciis ordinariis, sed non in prætiudicialibus.*
Index ex officio debet supersedere, quando incidit articulus prætiudicialis, ibidem.
7 *Sed reprobatur hæc opinio, quia partes possunt consentire.*
8 *Causa prætiudicialis dicitur quando vna excludit aliam, & sententia lata in vna parit prætiudicium in alia.*
9 *Prætiudicium possibile sufficit, vt causa dicatur prætiudicialis.*
10 *Sententia dicitur nulla quando peruertitur ordo in non declarando prius articulum prætiudicialem*
11 *Prætiudicialis dicitur causa quando vna absorbet aliam, & declaratio vnius pendet ab alia.*
12 *Prætiudicialis videtur causa negati pacti de retro ad causam principalem.*
13 *Retractus ratione vicinitatis est pacto de retro similis.*
Causa negata vicinitatis in retractu, vti prætiudicialis est prius terminanda, ibidem.
14 *Pirotus Romanus laudatur.*
15 *Causa negati pacti de retro non facit supersedere. causam principalem, sed ambæ simul sunt terminandæ.*
16 *Causæ prætiudiciales possunt dupliciter proponi.*
17 *Prætiudicialis causa principaliter intenta, facit supersederi in principali, secus si per modum exceptionis.*
18 *Exceptio nunquam facit causam de per se.*
19 *Quæstiones super pacto de retro incidentes solent moueri per modum exceptionis.*
20 *Decisio Senatus in hac materia in fauorem huius opinionis.*
21 *Quæstio prætiudicialis super pacto principaliter intentata, non debet impedire cursum causæ principalis*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

palis in Senatibus supremis.
22 *Iudex debet amputare occasionem litium. Circuitus inutiles euitandi, ibidem.*
23 *Continentia causa non debet diuidi.*
24 *Causarum elusoria motiones, & institutiones non sunt permittenda.*
25 *Rescindens, & rescissorium an esse debeant vnum, & idem iudicium.*
26 *Causa ciuilis & criminalis si possunt eodem tempore terminari, non est in altera earum propter præiudicialitatem supersedendum.*
27 *Venditor quomodo & quando possit agere in vim pacti de retro, non obstignato, vel deposito pretio.*

Decisio LXXI.

1 DIximus † in præcedenti decisione, licere venditori agere absque depositione, & confignatione pretij, cum solâ oblatione contra emptorem pro habendâ retrouendione, & re vendità, in vim gratiæ redemptiuæ, quandò emptor requisitus recusat id facere, dubium est, an id etiam procedat quando recusatio fit ex eo quòd prætendat emptor, non competere venditori dictum ius, vel quia sit præscriptum, vel quia sit alienatum, vel quia fit quomodolibet extinctum, aut aliàs, aut potiùs sit supersedendum in causâ principali, donec articulus præjudicialis, tanquàm præiudicialis, sit particulariter decisus, & terminatus.

2 Ac prima † quidem facie, videtur dicendum, supersederi debere in causâ principali, donec sit terminatus, & decisus articulus incidens super pacto de retrouendendo, & seu super gratia redemptiua, motus per aduersarium. Ratio est, quia causa præiudicialis est semper terminanda in primis, antequàm tractetur de causa principali. prout est text. expressus *in l. 1. C. de appellat.* in illis verbis, *prius de possessione pronunciare, & ita crimen violentiæ executore Præses prouinciæ debuit, quod cùm non fecerit iussè ab eo prouocatum est*, tex. *in l. 1. C. si quis aliquè ressa prohibi. l. si crimen, l. si cùm statuis, C. de ordi. iudicior. l. fi. C. de ord. cognit. 12 & e. tuam, eodem tit. extra. l. fundum, & l. fundi. ff. de excep. & cap. lator, qui filij sunt legit. l. Præses. C. ad l. Iul. de plag. l. quotiens Alexandrum, C. de adulter. & l. 1. §. qui pecora. ff. de Abige.* Regulam hanc ponit, & explicat multis Farinacius *de war. & diuer. crimin. quæst. 100. ex num. 61.* qui

3 † licèt loquatur in criminalibus, quando scilicet causa ciuilis faciat silere criminalem, tanquàm præjudicialis, vel è contrà, verum materia est applicabilis cuicunq. causæ, & articulo præiudiciali, & de omni præjudiciali loquuntur Cæsar. *consi. 180.* Menoch. *toto cons. 301. lib. 4.* qui multùm se extendit in cumulandis exemplis in omni materiâ, scribebat pro quâdam Reginâ, & debebat habere certam spem debitæ satisfactionis. Hieronym. Ceual. *in commun. contra commun. quæst. 818.* Stephan. Gratia. *discep. forens. 394. & 559.*

4 Et ratio † rationis potest esse, quia semper præcedere debent quæ sunt necessaria antecedentia, *ex l. 2. de inrisdict. omni. iudi.* & dicit elegantèr Anton. Fab.

5 *in suos C. li. 9. tit. 18. quando ciui. defin. 1.* Quod † procedit etiam si quæstio præiudicialis sit posteriùs mota, quia in iudicijs præiudicialibus non attenditur ordo temporis, sed natura causæ præiudicialis, *lex* enim *qui prior 29. de iud.* quæ vult priorem causam esse

6 priùs terminandam, procedit in iudicijs, † in quibus attenditur ordo tèporis, non autem in prejudicialibus, quod nõnulli intelligunt, vt debeat Iudex supersedere ex officio, parte hoc nõ opponẽte, de quâ re quia latè agit Gratia. *in cit. discep 394.* & docta alterius doctoris post eam, ibidem inserta allegatio, de qua dicimus

7 infrà, ideò subsitto, tibi videas. Quod † tamen vltimum non placet Hieronymo Pitoto Iurisconsulto Romano *in allegatione posita post dictam discep. Gratia. 394.* nec mirum, cùm ordo vnius causæ ad alia non reſpiciat iura partium, & ideò si pars non oppo-ceſſus, & sententia valebunt.

Articulus † autem negati pacti de retro vendendo, 8 & gratiæ redemptiuæ præiudicialis videtur ad causam principalem, in quâ est agendum de luitione & retroditione, ac rei restitutione, quia causa præiudicialis dicitur quandò vna est exclusiua alterius, & sententia lata in vna, parit præiudicium in aliâ, prout pulchrè declarans tradit Aym. Crauc. *in cons. cons. 18. num. 1.* don Ludoui. à Peguera *decis. 9. & reliqui supra citati*, & signanter Farina. *d. quæst. 100 n 60. 78. 128. & 131.* Vbi dicit † sufficere præjudicium possibile, id est quòd 9 possit parere exceptionem rei iudicatæ, elegan e Gratia. *dicta discep forens. 394. num. 9. & discep. 559 n 4.* in quibus locis dicitur generale esse, quòd quandò vna causa est exclusiua alterius, ita vt sententia in ea lata pariat præiudicium, semper tunc priùs debet expediri, quasi tunc fiusirà tractetur de aliâ, & sententia, † quæ 10 aliter fieret, tanquàm facta peruerso ordine, esset ipso jure nulla, recte Menoch. *d. cons. 301. num. 39.* optimè *additio. ad cons. 21.* Farin. *lib. 1. tit.* Cldem. Farina. *cons. 153 num 9. vol. 1. & decis. 217. posita post dicta cons.* Vbi dicunt † etiam, quòd quando vna causa absorbet 11 aliam, nec non quando à declaratione faciendâ in vnâ causâ, pendet alia, tunc semper illa præiudicat alteri, & est priùs terminanda.

Talis est † articulus negati pacti de retrouendendo, 12 quia si declaratur nullum adesse, frustrà quæritur de retrouenditione, & de teuenditione rei, & declaratio super dicta exceptione absorbet causam principalem, si declaretur nullam esse gratiam redemptiuam, vel illi parit viam, si declaratur adesse, vnde sequitur quòd priùs est ius dicendum super hoc articulo separatim, & de per se. Exemplum † habemus in materia re- 13 tractus ratione vicinitatis huic nostræ valdè simili, quia in effectu in ambobus casibus agitur de retrahendo, & auferendo rem ab emptore: dicunt enim Doctores, quòd si monetur quæstio super vicinitate, quæ est præiudicialis ad causam retractus cùm illius vigore retractus, cum ipse prætendatur, superedendum est in causâ retractus, & tractandù priùs de vicinitate, de qua re est tota *discep forens. Gratia. 394 iam addicta, & quædem. docta allegatio* Pitoti Romani I. V. D. eruditione, prudentia, & probitate præditi (Vivas † in zeum qui sciuisti tàm bene de tuo compatriota 14 sentire, & quod sentiebas, in medium proferre, non sic faciunt omnes) super eodem casu facta, quæ est posita post dictam *discep.* Est etiam de eâdem re *decis. Rota Roma.* apud Coccin. 308. & *alia* apud Ludouis. 470. in quibus ita fuit declaratum in facto illo auditorio. Et in terminis nostri pacti de retrouendendo, dicit Menoch. *in d. consil. 301. lib. 4.* quod est totum de hac compactum, in quo conquerebatur Serenissima Regina Daniæ, quòd facta Catholica Regia Maiestas, non præcedente declaratione super prætenso jure luendi, redimendi ciuitatem Derthonæ, quod se habere existimabat, processisset ad faciendam oblationem, & confignationem, siue depositum centum millium aureorum, pro quibus dicebat venditam fuisse illam ciuitatem cum certis reditibus, cum instrumento gratiæ, fundatq; Menoch. *in toto illo cons* ratione præiudicialitatis, debuisse præcedere illam declarationem, sequitur Gratia. *discep. foren. 586. numer. 8.*

Sed prædictis † non obstantibus quantumuis neget 15 pactum emptor, vel illud controuertat, censeo nihilominus procedere judicium, in quo venditor petit condemnari emptorem ad retrouenditionem faciendam, & rem simul restituendam, nec ob illum prætensum articulum negatum, fore in causâ principali sepersedendum, sed immò simul, & semel de omnibus agendum, & disputandum.

Et

Et quia tota negotij difficultas consistit in declaratione materiæ præjudicialitatis, quomodo, & qualiter procedat id quod dictum fuit, causam præjudicialem esse prius terminandam, & efficere vt interim supersedeatur in principali, ideò de hoc articulo disputabimus parum, per quantum instituti nostri ratio feret.

16 Sciendum † est igitur, quæstiones, quæ prætenduntur præjudiciales, posse dupliciter proponi, primò principaliter, & de per se in iudicio separato. Secundò incidenter, & per modum exceptionis in iudicio principali, iuxta notata *in l. 1. C. de ord. iudicior. in l. 2. C. de ord.*

17 *cogni & in cap. 1 eodem tit.* Si primo † modo mouetur quæstio, nempe principaliter & de per se, ac in iudicio separato, tunc intrat quod dictum est eam facere supersederi, vti præiudicialem in causa principali. Si verò secundo modo, tunc non supersedetur in causa principali, sed in eâ proceditur nihilominus, & Iudex postea in definitiua cognoscit de omnibus.

Hoc modo sunt intelligenda, quæ dicuntur de præiudicialitate, vt vna causa impediat aliam, solùm enim procedunt quando insticiuntur duo iudicia æquè principalia, non quando in vno opponitur de aliquo inci-

18 dente, de quo ille potest cognoscere. Et est † ratio elegans, quia exceptio nunquam facit causam de per se, sed de ea iudicatur vt de principali, Bal. *in l. 3. in addi. n. 6. ff. ad exhibendum*, & sic est vnicum iudicium, Paul. de Cast. *in l. filio præterito, sub n. 9. ff. de iniusto rup.* provt egregiè declarat Rot. Rom. apud Ludou. postea Greg. XV. *tota decis. 470.* & Hieron. Pirotus, *in allega. possita post discep. foren. Gratia. sapiens cita. 394.*

19 Applicando † hæc ad nostrum casum, cùm quæstiones super pacto de retrò, apud nos soleant opponi incidenter in causis motis super reuenditione, & vix vnquam principaliter, & de per se, sequitur quòd non poterit ea quæstio per viam exceptionis opposita, impedire cursum causæ principalis.

20 Atque † ita in illâ causâ Raphaëlis Vila, contra Marquesiam Goo, de quâ diximus in præcedenti decisione, statim motâ lita per venditorem, opposuit reus contra pactum, hanc quæstionem præiudicialem, quòd nullum erat pactum, quia postea venditor gratiam illam redemptiuam vendiderat alio pretio eidem emptori, & propterea non fuit supersessum in causâ principali, immò opposita illius venditionis nullitate, & seu petità rescissione virtute *l. 1. C. de rescind. vendi.* ob læsionem vltra dimidium in eâ vendicione intercuenientem, fuit processum ad vlteriora in causâ, & postea in definitiua, fuit simul de omnibus *cognitum* : primò enim fuit rescissa venditio iuris luendi, ob læsionem prædictam, & secundò, fuit condemnatus reus ad retrouenditionem faciendam, & rem venditam restituendum *die 1. Decembris 1617.* Relatore Guerau, & scriba Comelles.

21 Sed quid, † si reus moueret causam ad partem super gratia redemptiua, quod si hucvsque nullus fecit, faciet forsan de hinc, ad monitur his nostris scriptis, & per prædicta de his à nobis edoctus, rei enim semper quærunt dilationes (absit quòd ego tanto dem tralo causam) an foret in causâ principali supersedendum ? videtur clarum quòd sic, ex his quæ latè diximus in superioribus. Sed ego non credo, Senatum nostrum integerrimum, id admissurum modo aliquo, cùm multum

22 inuigilet litibus abbreuiandis, & finiendis, vt debeat † qualibet bonus Iudex, per *l. 3. § 1. de recep. arbit.* & circuitibus inutilibus euitandis soleat esse valdè intentus, vt teneatur, iuxta *l. cum fundus, § seruum. ff. si cert. pet. & l. dominus testamento. ff. de condis. indeb.*

Quinimò, si vnus inciperet vnam litem super mero iure luendi. Se alius super toto negotio principali, si ficut fieri solet, reprælentaretur Senatui, duas super eisdem meritis fuisse motas, & institutas causas, petendo quòd reuocata commissione vnius, ambæ committerentur alteri ex eis, illi nempe, qui prior commissionem obtinuisset, sic sine dubio proponderetur, quo facto, in eodem iudicio tractaretur omnia, atque ita *fructuatur* †† quoniam apud nos in omni omni omnino genere materiæ, quòd data identitate, vel connexitate merit orum, omnes causæ committuntur vnius, ne † continentia cau- 23
sæ diuidatur, ad *l. nulli. C. de ind.* alias esset in uj sequa-
que facultate impedire exercitium iurisdict oris, & ne
pars posset petere quod putat sibi debitum, quod non
est permittendum. Bar. *in l. si post litem. circa fin. vers.*
& sic pater. ff. de excep. eleganter in hac materiâ Rota
Romana apud Coccin. *decisione 308. numero tertio,*
vbi dicit, † non permittendas reis has causarum elu- 24
sorias motiones, & introductiones, elegantissimè
Anton. Fab. *in suo Cod. libro tertio tit. 3. de orâs. iudi. defi.*
3. vbi dicit, † quòd licèt ordo iudicij, & cognitionis 25
esse debeat, quando est agendum contra aliquem, vt
prius rescindatur contractus, impetrată restitutione
per eos, quibus competit, tum rescisâ alienatione pos-
sessor directa rei vendicatione conueniatur, *l. in causa*
14 § interdum, in illis verbis, *vel rescisa alienatione da-*
to in rem iudicio. quæ videntur præsupponere duplex
iudicium, [ff. de minor. nostris tamen (inquit) sicut &
Gallicis moribus receptum est, vt vtraque cognitio
eodem iudicio expediatur : id enim est (pergit) quod
aiunt rescindentis, & rescissij admittendam cumula-
tionem.] de quibus Gallicis moribus, & stylo eorum
late per addentes ad Guido. Pap. *decis. 143.* quod &
nos *obseruamus* intrepide, nunquàm aut visum, aut au- ††
ditum est, factam fuisse judiciorum diuisionem, elegan-
tiùs idem Fab. postea *decis. 13. ejusdem tit.* his verbis,
quæ melius est transcribere, quam inducere. [Quoties
†(inquit) falsi quæstio, aut alia criminalis actio incidit 26
in ciuilem, constat, eoque jure vtimur, de criminali prius
cognoscendum esse, quàm de ciuili. Si tamen vtraque
simul terminari possit, vtraque eodem iudicio termi-
nanda est. Id enim & æquius videtur, & commodius,
siquidem sufficit præjudicium nullum fieri quæstioni
criminali. Nullum autem fit cùm vtraque ejusdem sen-
tentiæ finibus concludatur.] cuius decisionis rationem
adducens *num. secundo in allegatio.* dicit, quia studere
bonus Iudex debet litibus finiendis, *l. 1. § 1. de recep.*
arbit. Cur non idem in istis causis ciuilibus, in quibus
minus interesse verfatur, non obseruabitur vt omnia
vno iudicio agitentur, & vna sententia diffiniantur, cùm
constet nullum fieri alicui pactum per id præjudi-
cium ? Bonus ergo, & laudabilis stylus Senatus,
dum non curat de superfluis, & inutilibus solemnitati-
bus.

Solùm † restat dicere aliquid ad illud, quod magnus 27
doctor noster, & practicus Iacobus Cancer in & super
isto articulo adducit, *in 3. p. var. resolu. capite octauo de*
depos. & commun. ex numero vicesimosaptimo, vbi pro-
posita quæstione, vtrùm volens rem ex pacto redime-
re, sit habeat pretium realiter offerre, an habeat necesse
deponere, post adductas aliorum opiniones, de
quibus non oportet nunc agere, dicimus autem in
sequenti decisione, deinde *numero 30.* apertius quid
ipse sentiat, sic ait : [Ego nouc sic statuendum puto,
vt sic discepterur inter partes de iure redimendi, an
nempè comperat agenti ius redimendi, posse par-
tem agere ad dictam declarationem juris redi-
medi pro certo pretio, eo nec depositio, nec ob-
lato, quia tunc non ago ad redimendum, sed ad
declarationem iuris redimendi, ad quam declara-
tionem habendam, clarum est non esse necesse
fe pretium deponere, cum redimere pro tunc no-
lim. arg. l. si rem, §. vlt. ff. de pignor. act. Et
ita *seruauit* Senatus ad relationem domini Iose- †
phi Dalmau, in causa T. Terre domicelli Villæ-
franchæ Penites. aduersus nob. Celidonium de Re-
bolledo, vbi fuit declaratum, competere dicto Terre
ius

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ius redimendi Quadram del Artigos, pretio duodecim mille solidorum, qui postea in casu exequutionis dictæ sententiæ depositi fuerunt, & facto dicto depositio, asseguratus est dictus Terre possessionem dictæ Quadræ] Hactenùs Cancer, ex cuius verbis videtur deduci, Senatum admisisse diuisionem judiciorum contra ea, quæ dicta sunt supra. Sed non est ita, quia super iure redimendi solùm declarauit, quia super eo judicium duntaxat mouit actor. Ego addidissem in petitione, *& condemnandum reum ad retrouendendum, & possessionem dimittendum*, quod licet jam postea in decreto exequutionis obtentum fuerit, debuit tamen esse difficilius, cùm de hoc non loqueretur sententia, & propterea est bene certum, non fuisse adjudicatos fructus, quos forsan obtinuisset à die litis contestatæ actor; si vnà petiisset omnia, vt dicemus in sequenti decisione. Et de his diximus etiam alia in præcedenti, vbi videas.

ARGVMENTVM.

Fructus an veniant in iudicio, quo venditor agit pro recuperatione rei venditæ, in vim pacti de retrouendendo.

SVMMARIVM.

1 *Emptor non tenetur restituere fructus perceptos antequam ei moueretur quæstio super reuenditione in vim pacti.*
2 *Dominium transfertur in emptorem, non obstante pacto de retrò, & interim est dominus, licet reuocabiliter.*
3 *Fructus sequuntur dominium.*
4 *Fructus in causa reuendicationis, aut petuntur facto depositio, aut non facto.*
5 *Venditor facto depositio ante litem motam, semper consequitur fructus à die litis mota in iudicio grauæ redemptuæ.*
Fructuum condemnatio in Cathalonia semper fit à die litis mota, ibid.
6 *Possessor omnis fit male fidei per litis motionem.*
7 *Fructuum condemnatio fit quando quis constituitur in legitima mora.*
8 *Venditor qui deposuit pretium in iudicio redemptionis, lucratur fructus.*
9 *Obsignatio, & depositum habentur pro solutione.*
10 *Depositum debet esse purum, & liberum vt releuet.*
11 *Depositum factum ad soltum, & ordinationem Iudicis, est legitimum.*
12 *Depositum quando adest causa, veluti culpa recipere debentis, validum est, quamuis non purum.*
13 *Depositum datis cum solta, non excludit mulierem, à tenuta bonorum viri defuncti.*
14 *Depositum si perit, cuius periculo.*
15 *Depositum conditionale conditione potestatiua cui perest.*
Mora efficit vt periculum si moroso, ibid.
16 *Depositum perit domino.*
17 *Depositum vt non acceptet, quando videatur emptor habere instam causam.*
18 *Depositio legitime non facto, adhuc emptor condemnatur ad fructus, sed venditor etiam ad vsuras pretij.*
19 *Emptor facto per venditorem depositio, nedum condemnatur ad fructus ex die litis mota, sed etiam ex die depositi.*

DECISIO LXXII.

IN hâc quæstione † non intendimus tractare de fructibus, quos emptor percepit antequam venditor 1
velit recuperare rem, & vti facultate pacti de retrouendendo, eos enim sine dubio fecit suos, nec tenetur eorum aliquam rationem postea reddere, quia † receiit 2
per eam venditionem fuit in emptorem translatum dominium, licèt reuocabiliter, & interim, donec emptio resoluatur, emptor fuit effectus rei dominus, *l. ex duobus, §. sed si Marcellus, in fin. ff. de in d'em addic.* Quo † præsuppositio, eum necesse est sequantur fructus, qui sequuntur dominium, Mestral *decis.* 148. *num.* 3
decimo nono, quia quod ex re mea nascitur, mihi adquiritur, *l. solum, §. meum, de rei vendi.* cum aliis adductis in propositio per Cardin. Mant. *de iacit & anbig. conuen. lib. 4. tit 3 2. n. 1. cum sequen.* & Russus, *n. 99.* Mart. Gruib. *decis. Sicil. 92. n. 10* Insignis Couat. *lib. 1. var. resolu cap. 15. n. 6.* sed solum tractare propositimus de illis fructibus, quos percipit emptor lite pendente, super instara per venditorem reuenditione.

Quia in re † distinguendi sunt duo casus, vnus est, 4
quando venditor post interpellationem, & oblationem pretij factam emptori, ob renitentiam illius, deponit illud in loco congruo, & hoc facto instituit causam contra emptorem pro habenda reuenditione. Alter est, quando venditor stetit in nudis terminis interpellationis, & oblationis, non tractans de depositio faciendo, sed monet causam pro habendâ reuenditione cum solâ oblatione, sicut fieri posse probauimus in præcedentibus decisionibus. De priori, agemus in hac decisione. De posteriori, in sequenti.

In primo † igitur casu, dubitari non potest, quin 5
emptor si condemnetur ad reuenditionem, & rei restitutionem, debeat etiam condemnari ad fructuum restitutionem ex die litis motæ, seù contestatæ, eo modo quo solet Senatus condemnare semper reos ti beumbentes in omnibus ferè judicijs, etiam eos, qui vel ex b
intricationem facti, vel dubitatem juris, aut alias, ex aliqua causa potuissent dici habuisse probabilem causam litigandi, provt apparet ex nobil. Ludouic. à Pegue. *decis. 78.* Cancer. *in 3 par. var. resolu capite 16. de litis contest. num. 67.* & ego etiam dixi de hujusmodi Senatus stylo. *in 2. de pact. nup. q. 5. g. 8. par. 4. n 56.* & rursus *d. g. 2. par. 1. n. 42.* & latius *q. 7 g. 2. par. 5. num 12.* Cujus † styli, & praxis rationem reddit Anto. Fab. *in* 6
suo Cod. lib. 4. tit. 30. de rescin. vend. definit. 5 n. 3 in alleg. Quia (in fine) *post litem contestatam possessores omnes sunt pares, ex l. sed esti lege 25. § si ante de petitio hared.* dom Gaetanus Mestral. *decis. 131. num 9.* quod sicut dixi, dicunt Practici nostri, & *obseruat* Senatus ad vnguem. ††

Et in hâc nostrâ materia pacti de retrò, quòd quando fit condemnatio per Senatum, contra reum ad retrouendendum, & restituendum rem, facta oblatione, & depositio per actorem, dataque negligentia rei, fiat etiam de fructibus percepris, à die litis motæ, non ponam in indiuiduo decisiones, quibus id probem, quia sunt infinitæ, & quotidiè contingunt, ac proinde si quis turò vult consequi fructus, & sibi melius prouidere, semper consulimus ei, vt post oblationem, faciat etiam depositum.

Nec † id quidem mirum, cùm venditor impleuerit 7
pro sua parte, emptor verò non, & ideò per litis contestationem constituitur in legitima mora sufficienti ad fructuum condemnationem, quemadmodum obseruatur in reliquis, qui in judicijs conueniuntur ad quascunque alias res, quos diximus per litis contestationem constituti in vera mala fide, ob idque condemnari ad fructus. Probant ita fieri debere, Vrbl ad Affl. *decis. 205. num. 8.* qui citat Tiraquel. & Ioan. Baptist. Lup. *in*

sapè

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sæpè cita. l. g. 2. comment. 2. §. 3. numero 107. *Cod.*
8 *de pact. inter empt & vendit.* qui † dicunt eum, qui deprehendit pretium, lucrari proculdubio fructus, quod & nostet Cancer. affirmat, qui supradictos allegat, *in 2. par. var. resolu. 1 cap 8. de depos. & commen. ex num* 27. Plures sunt definitiones elegantes de hoc articulo, satis in propolito agentes, apud Fab. *in suo Cod. nempè 5. & 6 lib 4. tit. 10. de resein. vendi. & defin. 16. lib. 4. tit. 33 de actionib. emp.* & denique *defi. 3. & 17. eodem lib. 4. tit. 36. de pact. inter emp. & vendit.* Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. connen. lib 4. tit. 32. num.* 100. don Garcias Mestril. *dec. Sicil.* 146. *numer. 3. lib. 2.* insignis
9 Couar. *var. resolu. lib. 1. cap. 15. n.* 8. Nec † in hoc casu tenetur venditor ad aliquas vsuras pretij soluendas emptori, quamuis ipse depositum non acceperit, nec eo vsus fuerit, cum obsignatio pro solutione fuerit, *d. l. 2. C. de pact inter emptor. & vend.* iuncta *l. obsignatione 9 C. de solutio.* Fab. *in cita defin. 5. de resc. vendi. in alle-ga. num. 5.* & idem etiam Fab. *in cit. defin. 17. tit. de pact. inter emp. & vend.* & faciunt quæ elegantèr tradit in propolito Hercul. Marescо. *var resolu. lib. 2. cap. 70. n. 8. vers. Sed quæritur, cum sequen.* vbi pluribus agit de validitate depositi facti de pretio, quando is, qui illud recipere debet, recusat, & qualiter in eo casu depositum habeat vim veri & solutionis, & parit eosdem effectus, quos vera solutio.

10 Sed † an illud depositum debeat esse purum, & liberum, ita vt libere possit emptor, quandocunque voluerit, illud leuare, & pecuniam recipere, an sufficiat ad ordinationem, & soltam Iudicis, illud facere, ad effectum vt ex die litis moræ lucretur venditor fructus, quæstio est non modica, ex eo quod dicimus communiter, depositum debere esse purum, & liberum, & absque aliqua conditione, vt releuet, ac tale quòd ad sui libitum possit creditor illud accipere, & habere, provt ego inter alios probaui pluribus *in 2. de pac. imp. el. n. 7. glos. 3. par 6. n. 30.* excellentissime Rota Roma Ludouis. *dec. 505. n. 9.* & aliæ decisiones relatæ per doctum additionatorem *ibidem. n. 11.*

11 Sed respondemus, in casu occurrenti non posse dici depositum factum conditionaliter, nec eo modo, vt non possit liberè illud recipere quotiescunque voluerit emptor, si ipse voluerit ex parte sua adimplere, & facere quod ad ipsum spectat, statim enim illud ei liberari faciet Iudex, soita enim, & ordinatio ipsius non ponitur nisi quia facta ei oblatione, & interpellatione declarauit suum animum, dicendo, ad omnia quòd non, id est quòd neque volebat recipere pecuniam, neque retrouendi tionem facere, qua recusatione attenta, non fuisset iustum quòd venditor ei daret, & liberaret pecuniam libere, sed ad soltam Iudicis, & ad illius ordinationem, ad effectum vt volente adimplere emptore,
12 statim ei pecuniam liberari faceret, vndè † intrat bene quod communiter dicimus, quòd quando quis habet iustam causam deponendi, puta quia qui recepturus est pecuniam, est in culpa si pecunia ei non numeratur, tunc depositum licet non sit purum, & simplex, sed sub conditione, operatur effectum veræ solutionis, vt pluribus probat Canc. *in 3. par. variar. resolu. cap. 8. de depos. & comen. num. 15.* & de hoc etiam ego multis egi *in d. 2. de pact. imp. claus. 7. glos. 3. par. 6. ex n. 31.*

13 Et si & † vbi in dictis locis Cancer, & ego difficultatem aperuerimus, quam facit Senatus in admittendo depositum dotis cum solta, & ad ordinationem Iudicis, ad effectum auferendi fructus mulieri, & impediendi ne eos faciat suos ex hæreditate viri, verùm id est, quia per depositum cum solta, non est visum Senatui latisfieri *constitutioni hac nostræ*, in qua fundatur tenuta mulieris, propter quæ dam verba in ea appolita, & alias quod tamen pluribus ex nostris videtur valdè dutum, vt ex traditis per Cancer, & per me in citatis locis apparet, & si datur locus, forsan ego iterùm aliquandò in ide m applicabo calamum.

Sed † depositum illud periret in aliquo casu, cuius 14
sit periculum non vidi in facto decisum, nec potest ferè vnquàm huiusmodi casus contingere apud nos, quia deposita regulariter fiunt in tabulis nummularis bene assecuratis, & seu apud depositarios, qui præstant idoneas cautiones, sed non defunt qui nos aliquandò, & non sunt plures dies elapsi, de eo casu consulum. Dixi periculum esse ipsius emptoris, præsupposito quod secundum supradicta, fuit in culpa nolens acceptare illud, nec facere quod ad ipsum spectabat, & adimplere pro sua parte, *d. quis decem, cum ibi not.* per Bar. & Paul. de Castr. *ff. de soluto.* & in nostris terminis propriis pacti de retrouendendo tradit Tiraquel & pene infiniti, quos ille allegat, *in tract. de retract. connen. §. 4 glos. 6. n. 34.* Cagnol. *in l. 2. n. 111. C de pact. inter emp. & vend.* don Garcias Mestril. *decis. 148. n. 17. in 2 tom.* & demùm Hercul. Marescot. *var. resol. lib. 1. c. 7 n. 6. & 10.* Qui † 15
loquitur etiam quando depositum est conditionale conditione potestatiua, respectu eius, qui tenetur illud recipere, addens vlteriùs, itunc esse effectum moræ, vt periculum rei in alium transferatur, *l. mora, de v. suris.*

Alias, † si emptor non fuisset in culpa, atque ita ex 16
legitima causa recusasset illud depositum accipere, tali casu ipsi venditori vti dominо peiret, *l. accepti am, C. de v. sur.* Ratio est illa generalis, quòd semper res domino perit, *l. pignus, C. de pignor.* ita Doctores supra citati, qua de re vltra prædictos, vide latissimè apud Barbos. *in l. si mora. par. 2. per tot. ff. solut. mat.* An autem † emptor 17
habuerit iustam causam non acceptandi, nec adimplendi, id exitus causæ debet declarare, expectandus ille erit, vt aduertit bene Tiraquel. *vbi supra.*

Et si † & vbi depositum non esset legitimum, vt 18
quia non esset integrum, vel quia sub conditione, aut alias, adhuc condemnandus esset reus ad fructus à die litis contestatæ, quo fuit constitutus in mora, ac mala fide, & actor ad pecuniæ vsuras, & interesse pro eodem tempore, provt in Senatu Siciliæ decisum asserit don Garcias Mestril. *in cita decis.* 148. ad quod faciunt quæ dicemus *in sequenti decisione* respectu eius, qui sola oblatione facta absque depositо, & obsignatione, prætendit nihilominùs fructus.

Declarantur † quæ diximus supra, quòd fructus ve- 19
niant in hoc iudicio, quandò factum est per venditorem depositum, vt nedum procedant à die litis motæ, seu constitutæ, sed etiam ex die depositi prædicti, & obsignationis, vt dicit Fab. *in tam alias cita. defin. 17. tit. de pact. inter emp & vend.* atque ita decisum asserit in suo Senatu, Rota Romana *decis. 19. n. 4. & 6. in fin. post tract.* Postij *de manuten.* Bona limitatio, & fallentia ad stylum Senatus non condemnandi nisi à die litis motæ, quia exburfato antea pretio, non esset iustum quòd fructibus careret venditor. Non recordor nunc me casum in terminis vidisse sic declaratum, sed non est dubium, reperirentur plures Senatus decisiones in hoc factæ, si quæ terentur, sed quid in re tam nota?

ARGVMENTVM.

Venditor, quandò ex pacto de retrouendendo, ex sola oblatione pretij facta emptori, obtinet reuenditionem sibi faciendam, & rem restituendam, an sit intelligendum cum fructibus sine eis.

SVMMARIVM.

1 *Venditor litigans pro gratia redemptionis non facto depositо, an consequatur fructus.*

2 *Emptor*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

2 *Emptor antequàm pretium soluat, non efficitur dominus.*
3 *Etiam si soluisset partem, nec pro parte efficitur dominus.*
4 *Fructus sequuntur dominum.*
5 *Emptor cum pacto de retrò, efficitur verè dominus, licèt revocabiliter.*
6 *Retrouendere, vendere est, & retrouenditionis opus habet venditor.*
7 *Re & pretio simul nullus frui debet.*
8 *Locupletari cum alienâ iacturâ, nulli permittendum.*
9 *Emptor cui res vendita tradita est, non facit fructus suos pro tempore pretij non soluti.*
10 *Interpellatio iudicialis, & extraiudicialis.*
11 *Litis motio non constituit aduersarium in mala fide quando mouens non adimplet pro sua parte.*
12 *Emptor non constituitur in mora per venditorem, non deposito pretio, causam mouentem super gratia redemptionis.*
13 *Retrahere volens, si non deponit pretium, potius ipse dicitur in mora, quàm emptor.*
14 *Emptor victus in remedio l. 2. C. de rescin. vendi. si eligit rem restituere, non potest condemnari ad fructus.*
15 *Emptor, donec contractus rescissus est, dominus est, & ideò fructus facit suos.*
16 *Offerre pecuniam realiter pro adimplemento conditionis, sufficit.*
17 *Fallit quando is, cui offertur, incipit vltra in aliquo obligari offerenti, tunc requiritur obsignatio.*
18 Leg. 1. §. fin. C. de seruo commu. manu. *inducitur.*
19 *Fructus in venditione conditionali sunt emptoris, etiam si posteà existat conditio.*
20 *Retractatio non fit in conditionalibus respectu dominij, & fructuum.*
21 *Venditor vigore pacti de retrò agens, non consequitur fructus, nisi exhibita pecunia.*
D. Bart. o Tiraquel. in hac materia, ibid.
22 *Decisio Senatus, quod obtinenti in vim gratiæ redemptionis, non adiudicentur fructus, quando non deposuit pretium.*

Decisio LXXIII.

1 PRosequamur, † & examinemus secundum casum in præcedenti decisione omissum, qui est apud nos frequentissimus, an quandò nullo facto depositio sed sola oblatione contentus mouet venditor litem contra emptorem pro retrouenditione habenda, & restitutione rei venditæ in vim pacti de retrouendendo, & gratiæ redemptiuæ, si iustitiam fouet in principali, debeat rem consequi cum fructibus, quemadmodum si depositum fuisset factum, prout diximus in præcedenti decis. saltem ex die litis contestatæ, an sine eis.

Ad id præmittendum est quod dictum, & resolutum, ac probatum fuit in vna ex decisionibus præcedentibus, licere venditori in vim pacti de retrouendendo, cum sola oblatione pretij, conuenire emptorem, & cum condemnari facere ad faciendum reuenditionem, & ad restituendam tem venditam, quo præsupposito, intrat quæstio, an cum fructibus, an sine eis.

2 Quòd † non debeat fieri condemnatio cum fructibus, est vna opinio, nec læuioribus quidem fulcita argumentis, quorum primum est, nam emptor antequam pretium soluat, non efficitur dominus rei emptæ, *l. quod vendidi, de contra emp. §. vendite. inst. de rer. diuis.* & id inest naturaliter in ipso contractu venditionis, vt dominium non transferatur nisi soluto pretio, vt inquit Bal. *in rub. C. de contrahen. emp. n. 13.* Abb. *in cons. 69. col. penul. vol. 1.* vbi ait quòd de iure res vendita non efficitur emptoris nisi tradatur, & pretium soluatur, *l. traditionibus, 20. C. de pac. & l. §. vendita.* Quinimò † nec si pretium pro parte soluatur, acquiritur pro rata dominium, argum. *l. si rem, ff. de solu.* & est tex. *in l. fin. §. fin. de fun. ant.* late Surd. cuius est ista discussus, *cons. 101. n. 12. & 13.* qui plures allegat: fructus † autem sequuntur dominum, *l. fructus. l. in fundo, & lex diuersoff. de res vendi. l. Herennius, ff. de vsur.* Surd. *vbi supra n. 14.* & probantimus alias initio præcedentis decis. ergo ad emptorem, qui non soluit pretium, non possunt spectare fructus.

Per rigorem † harum regularum debet transire notster venditor, qui per retrouenditionem vult recuperare rem ab emptore in vim gratiæ redemptiuæ, certum enim est quòd per primam venditionem emptor acquisiuit plene, ac perfectè dominium rei emptæ, illud enim transiit iste contractus quantumvis reuocabiliter, & illius vigore consequenter emptor efficitur dominus fructuum, qui ex dicta re vendita nascuntur, vt probauimus etiam supra in principio præcedentis dec. Si dictum † dominium vult recuperare venditor, debet esse per medium alterius venditionis, quam de eadem re ei faciat, & fiimet emptor, retrouendere enim vendere est, vt declarat optime Anto. Fab. *de error. pragma. deca. 22. error. 1. verf. at cum venditio*, & c. dicens reuenditionem hanc, quam ex conuentione fieri necesse est, non tam prioris venditionis resolutionem, quam secundam venditionem esse, in qua cum hoc pacto id agitur, vt per retrouenditionem dominium rei venditæ, quod à venditore transiatum fuerat in emptore ad venditorem, recurrat ab emptore ad venditorem, non tanquàm ab emptore, sed tanquam a nouo venditore, qui per retrouentionem dominus effectus, alium dominum facere possit. Si est noua venditio in qua qui erat emptor efficitur venditor, & e contra venditor emptor, necessum est quod si vult iste nouus emptor acquitere dominium, & illo mediante fructus, soluat prius pretium, ac illud quidem integre, quod cum non fecerit in casu occurrenti, non videtur iustum, vt a iudice condemnetur primus emptor ad restitutionem fructuum receptorum per eum ante factam nouam venditionem, & pretij receptionem.

Augetur † difficultas, quæ potest deseruire pro ratione prædictorum, quia non est iustum, nec æquitati conuenit, immò est contra eam, velle simul re frui, & pretio, iuxta *l. 2. C. de vsur. l. cum hist. C. de actio emp. l. Iulia, §. ex vendito. ff. eodem, & l. cuidam † post traditum, ff. de vsur.* Surd. *d. cons. 101. n. 7. & 19.* Faber in hoc casu loquens *in suo Cod. lib. 4. tit. 35. de actio. emp. defi. 15.* qui verissius ad hoc citat, *l. ex empt. 11. §. quia autem, & l. bona fides. 5. ff. eodem tit. de actio emp.* Et † abhorret lex valde, quod quis cum aliena iactura locupletetur, secundum iuris notam regulam, *l. indebiti, in prin ff. de condi. indeb.* locupletaretur autem iste noster venditor, si veller fructus pro tempore quo gaudus alter non fuit pretio, & eius commodo, sed ipsemet venditor.

Est adeò † verum, nullos esse debitos, in isto casu fructus, vt si tradita res fuisset emptori, & ipse non soluisset pretium, teneretur, si antequam pretium soluerer, percepisset, restituere eos vt in individuo dicit Surd. *in cita. cons. 101. n. 12. vers. cum itaque.* Et, quam longe iuxta eos possit prætendere in isto casu venditor.

Et si dixeris, † quòd hæc non attingunt seopum difficultatis, quia in casu nostro tractamus de eo qui iudicialiter fuit interpellatus vt reciepto pretio, quod offerebatur, faceret venditionem, seu reuenditionem, quã promiserat facere, propter quam effectus fuit sine dubio malæ fidei possessor, & ex consequenti obligatus ad fructuum, cum ista mala fide receptorum, restitutionem, vt probauimus abunde in præcedenti dec. Vnde quidquid sit, quandò non adest iudicialis interpellatio, & cum mala fide ex aduersa litis sustentatio, vt in rationibus contrariis, saltem in hoc casu videtur quòd quamvis pretiũ venditor volens recipere non soluerit, ex eo tamen

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quòd interpellauit iudicialiter emptorem, vt reuenditionem promissam faceret, quæ interpellatio ipsum in mala fide constituit, videtur quòd lucratus fuit fructus simul cum re, pro tempore quo durauit lis, & sic mala fides.

11 Si (inquam) † hæc dicetes, posset responderi, quòd non semper ex motione litis, & illius contestatione quis efficitur in mora, & mala fide, ad effectum vt teneatur ad restitutionem fructuum, putà si ille, qui litem mouit, non fecit pro sua parte quod debebat ad constituendum vere in mora, & mala fide ipsum reum, ad quod possent adduci plura exempla adæquata, sed sufficit † ponere casum in individuo in hac nostra materia, in qua dicunt Doctores, in mora, & mala fide non constitui emptorem, ad effectum restituendi fructus, per motionem litis factam per venditorem, cum sola oblatione pretij, nisi simul illud obsignet, & deponat, & pecunia se exuat, & commodis illius, provt late probat Tiraquel. *de retract. conuen. §. 1. gl. 2. n. 4.* quem sequitur Cornaz *decis. 19. n. 12.* & don Garcias Mestril. in propriissimis terminis, *decis. 148. ex n. 11. cum seq.* vbi

13 dicit † *num. 14.* quòd si retrahens non consignet omnia, potius dicitur in mora ipse retrahens, quam emptor, allegat Ferron. ita dicentem, *in consue. Burgun. §. 1. sub tit. de retract.* eleganter infignis Couar. *var. resolu. lib. 1. cap. 15. n. 8.* vbi dicit in hac materia, moram non contrahi nisi ex die oblationis, & consignationis pretij, *ex tex. in l. 2. C. de pact. inter emp. & vendi. l. acceptam C. de vsuris, l. obsignatione, C. de solu. l. si mora ff. solu. matri. & l. magnam. C. de commit. stipula.*

14 Quibus † additur id quod plures, quos refert idem infignis Couar. *var. resol. lib. 1. c. 3. n. 8.* dicunt circa remedium *l. 2. C. de rescin. vend.* quòd si victus eligit potius, rescisio contractu, rem restituere, quàm pretium suppilere, non potest ad fructus etiam pendente lite perceptos restituendos condemnari, quia (inquiunt) in-

15 terim † donec contractus rescisio fit dominus venus est, & ideò propria re vtitur, nec tenetur fructus restituere, cum eos suos fecerit. Ergo nec in nostro casu, cum donec fiat reuenditio, dominus sit emptor, & re sua vtatur, tenebitur ad fructuum pendente iudicio perceptorum restitutionem.

16 Facit † ad propositum *l. 1. §. fina. in fin. C. de seruo communi manumiss.* eo modo inducta, quo per Barbos. *in l. si mora, par. 2. num. 46.* vbi dicit quòd licet ad adimplementum conditionis, in efficiat pecuniam offerre tea-

17 litet, *l. seruus si heredi 34. §. fin. ff. de stat. lib.* tamen † quando vltra implementum conditionis, ille cui realiter offertur, incipit in aliquo obligari offerenti, tunc vltra oblationè realem, requiritur depositio, & consignatio, per *d. l. 1. in §. fin. in fi. C. de commu. ser. manumiss.* per quam ita tradidit Bar. *in l. si ita heres, n. 1. ad fi. de conditio. & demonstra.* & esse receptam asserit Ias. *in l. si seruus communis, n. 6. ff. de vulga.* Ergo idem videtur dicendum in nostro casu, in quo prior venditor attendit directò ad obligandum emptorem, vt ei teuendat iuxta pactum, rustum est quòd non stet in nudis terminis oblationis, sed vlterius procedat consignando, si vult illum vti obligatum teneri sibi ad fructus.

18 Casus † *d. l. 1. §. fin. C. de seruo commu. manumiss.* erat, quòd vnus ex dominis reliquerat libertatem seruo communi pro sua parte, & quæritum fuerat quomodò posset ea consequi seruus in totum, dicit Imperator quòd soluendo condomino pretium suæ partis, & si illud oblatum noluerit recipere, non consentit Imperator, vt ad effectum consequendi libertatem in his terminis stetur, sed quòd obsignet, & deponat, quo facto & non alias, vult seruum consequi suam libertatem integre.

19 Additur † finaliter, quòd condemnationes in his casibus quando non est factum depositum, solent, & debent fieri, soluto prius pretio, provt *videmus* in illa Raphaelis Vila, de qua suprà *in 1. dec. de pact. de retrò.* & sic conditionaliter admittitur petitio retrouenditionis, & propterea fructus adquiruntur emptori, etiam si postea existat conditio, vt in venditione conditionali dixit Alex. *consi. 73. n. 7. lib. 2.* Parcitol. *consi. 33. n. 4.*

Et ratio † est, quia dum dominium non est transla- 20
tum, fructus debentur domino, nec purificata postea conditione sit aliqua retrotractio respectu dominij, atque ita fructus percepti medio tempore videntur spectare ad emptorem, vt in individuo dixerunt Tob. Noni. *consi. 26. n. 18.* & Ioseph. Ludo. *dec. lucen. 7.* & profequitur late Mestril. cuius est hæc ratio, *dec. 148. ex n. 19. vers. item faciebat, lib. 2.*

Hanc † opinionem, quòd non lucretur venditor fru- 21
ctus agens ad retrouendendum in vim pacti, nisi exburfata, & demùm deposita pecunia, videntur tenere Tiraquel. *de retract. connen. §. 4. gl. 6. n. 4.* qui reducit ad concordiam dissidentes in hoc doctorum opiniones, vt quæ dicit in hac materia sufficere oblationem, procedat ad aperiendum viam ad agendum, quæ verò consignationem, & depositum requirit, intelligatur quo ad fructus lucrandos, sequitur Vrsil. ad Affict. *decis. 205. n. 8.* additio *ad Capi. decis. 59. lit. C.* Ioan. Baptist. *Iup. ad l. 2. C. de pact. inter emp. & vend. commen. 2. § 4. n. 107.* cum aliis, quos allegant, & videtur etiam contra suum Senatum sentire don Garcias Mestil. *dec. 148. in fin.* Gratia. *disc. 49. forens, 786. n. 4.*

Per hæc, † cum in illa Raphaelis Vila, contra Mar- 22
quesiam Gon. referente Guerau, de qua suprà *in 1. dec.* huius materiæ, petitum pro mea parte fuisset, condemnari reum ad fructus à die litis motæ, non potui *obtinere*, sed solùm, quòd facta reuenditione restitueret † rem, vt dicit *in dec. iam dicta*, ex quo licèt oblatum, non tamen depositum erat pretium, sed adhuc penes venditorem existebat, verum est quòd solummodò tractaui de hoc cum Relatore, qui tunc nouè prouisus fuerat, & cum is mihi retulisset quòd communicato particulariter negotio in aula, dictum ei fuerat hanc opinionem sequi Senatum, nolui insistere amplius, quia pars desiderabat auidè finem causæ videre, quam multos annos ei aduersarius differebat. Reliqua in sequenti

ARGVMENTVM.

De eadem materia pacti de retrò, vbi continuatur articulus an non facto depositio, teneatur quis ad fructus.

SVMMARIVM.

1 *Venditor in vim pacti de retrò, potest agere vt emptor condemnetur ad reuenditionem faciendam soluto pretio.*
2 *Emptor per litis motionem venditoris, efficitur mala fides possessor.*
3 *Culpa imputatur ei, per quem stat ne aliquid fiat.*
4 *Depositum quando non erat profuturum, nihil interest non fuisse factum.*
5 *Frustratorij actus euitandi.*
6 *Turpitudinem suam nullus debet allegare.*
7 *Venditor debet condemnari ad pretium vnà cum vsuris in pacto de retrò, quando non deposuit.*
8 *Emptor in remedio l. 2. C. rescin. vendi. condemnatur ad fructus, & venditor ad pretium cum vsuris.*
9 *Minor, vel alius debitor, qui facit rescindi alienationes ex aliqua causa, tenetur ad debitum cum vsuris.*
10 *Exceptio nisi opponatur, non est de ea habenda ratio.*
Petitio partis est necessaria, vt aliquid fiat, ibid
11 *Fructus*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

11 *Fructus recipiens sine salutione prætij, tenetur ad vsuras, quam vis illud obtulisset.*
12 *Condemnatio semper est facienda, vt vrus ad rem cum fructibus, & alius ad pretium cum interesse, condemnentur.*
13 *Ita obseruatur in retractu.*
14 *Idem in pacto de retrouendendo.*
15 *Consilium hac decisio cum præcedenti.*
16 *Iudicium, & censura auctoris.*
17 *Responsio ad contraria.*

Decisio LXXIV.

1 SEd prædictis † non obstantibus, quæ dicta in superiore decisione fuere, est secunda contraria, & diuersa sententia, quòd condemnari in hoc iudicio simul debeat reus ad fructus perceptos, & qui percipi potuerunt, ex die litis motæ, sicut fieri in aliis iudicijs solet inconcusse.

Pro cuius opinionis comprobatione, reducere in memoriam oportet quod diximus, & probauimus abunde satis in prima huius materiæ pacti de retrouendendo facta decisione, licitum esse venditori in vim dicti pacti agere contra emptorem pro habenda retenditione cum sola oblatione absque deposito, & obsignatione, præsupposito quòd emptor interpellatus, vel iudicialiter, vel extraiudicialiter declarauit se nolle reuenditionem facere: agere (inquam) vt condemnetur ad reuenditionem soluto, & restituto sibi pretio, faciendam, & ad rem restituendam.

2 Quo præsupposito, † clarum est, quod emptor fuit per litis contestationem effectus malæ fidei possessor quemadmodum efficitur quicunque alius qui in iudicio conuenitur, & ex consequenti debet condemnari ad fructus, ad quos condemnantur reliqui rei conuenti cum re ipsa, prout latè probauimus initio *dec.* 70. Hæc est ratio breuiter dicta huius opinionis, ac illa quidem celebris, & valdè concludens, supposito enim quòd rectè egit venditor cum sola oblatione, & male negauit emptor, & distulit annuere iustæ actoris petitioni, non video qualiter, secundum praxim nostrorum iudiciorum, possit euadere fructuum pendente lite receptorum condemnationem: admittibilis tex. & omni memoriæ commendandus particulariter contra eos, qui patiuntur iudicium contra se instituj de his, quæ tenentur facere, vt debeant & ad fructus & ad alia plura condemnari, ad quæ ante illud non condemnarentur, tex. (inquam) *in l. ædiles, §. idem sciendum, ff. de ædil. edict.* Mestril. *decis.* 148. *num.* 1.

3 Nec † obest quod dicebamus naturali æquitati repugnare, quòd quis fruatur re, & pretio, & sic percipiat ex vna parte commodum ex pretio, quodreciner, & ex alia, fructus rei, quæ est penes alium. Sed cum non steterit per ipsum, attentis oblationibus, & interpellationibus tam iudicialibus, quàm extraiudicialibus, sibi non alteri debet imputari, cum sua culpa sit, & cum offerendo, vt posset agere, fecerit venditor quod tenebatur, haberi debet ac si deposuisset, aut alias realiter pecuniam exburasset, secundum notorias regulas iuris, quod quia late prosequuti fuimus *in 1. dec. huius materiæ*, vbi docuimus de magna vi, & effectu iudicialis oblationis negatæ, adeo vt operetur idem quod oblatio, & consignatio, seu depositio extraiudicialis, idcò subsisto, solum ad id animaduerto, legendos esse quos in proposito citat Stephan. Gratia. *discept. forens.* 789. *num* 2.

4 Præterea, † ego non video qua sana mente potest emptor in diffinitiua obijcere venditori volenti, & petenti fructus, de deposito per illum non facto, postquàm & extraiudicialiter, & iudicialiter dixit semper se nolle, nec teneri pecuniam recipere, si nihil erat depositum profuturum; ad quid illud potest exigere, & velle Iudex; Certè † frustratorij actus semper sunt euitandi, *l. hæc stipulatio, §. diuus, ff. vt legator. nom. cautca l. non cogenuum, §. Sab. nus, ff. de procura.* cum aliis adductis per Surd. *decis.* 17. *num.* 2. Abunde Mar. Giur. *dec.* 4 *n.* 26. nonne est † hoc sua culpam, & tui putidmem allegare contra *l. cum profitearis, C. de reuocan. dona, l. si creditoribus, de seru. pig. aut hypoth.* cum aliis adductis per eundem Surd. *d.* 162. *n.* 10 *decis.* 190. *n.* 6. *& dec.* 309. *n.* 16. Nonne semper fuit in manu emptoris, ac in ipsius potestate pecuniam habere, petendo illam in discursu causæ, & si non fuisset ipsi tradita, non erat certum quod ecclasset curtus fructuum? cui ergo in definitiua obijcit venditori defectum depositi.

5 Sed si † nihilominus dutum sibi videtur, quod eodem tempore venditor fruatur re & pretio, componamus rem hanc hoc modo, quòd vtrinque que que puniatur in eo in quo peccauit, emptor in fructibus, quia noluit dimittere rem, & venditor in vsuris, & seu interesse pretij, quod non exburasauit, atque hoc modo intelligam hæc Doctores qui volunt emptorem condemnandum ad fructus perceptos, & qui percipi potuerunt post litem contestatam restituendos, vt condemnetur etiam venditor, qui pretium non soluit, ad illud soluendum vna cum interesse, vt mora cum mora compensetur, & æqualitas inter contrahentes seruetur.

6 Ad similitudinem † eius, quod dicimus in materia *l. 2. C. de rescin. vendi.* concluditur enim communiter, quòd si emptor eligit restituere rem, condemnatur cum fructibus à die litis motæ. Et e contra, venditor ad pretium cum interesse, cum non exburasset illud, ad quod ego alios nolo pro nunc adducere præter me ipsum, qui fuissime de hoc articulo tractaui, cumque decisionibus, tam nostri, quàm etiam aliorum Senatuum ornati, *in 2. de pact. nup. claus. 2. par. 5. num.* 11. *cum sequen.* sed nihilominus vltra ibi allegatos, non omittas Ioan. Gutier. *pract. quæstio lib.* 2. *quæst.* 134. & 135.

7 Simile † item est, quod dicimus etiam, minorem vel alium debitorem, qui bona non seruatis seruandis alienata recuperat, teneri pecuniam debitam cum legitimo interesse restituere creditori, prout eleganter probat Ofa. *decis. Pedemon.* 160. *num.* 16. qui dicit in hoc casu locum habere æquitatem *l. curabit. C. de actio. emp.* atque ita in suo Senatu decisum tradit, Ioan. Gutier *de intel. & cur.* 2. *par. cap.* 5. *num.* 19. *& pract. quæstio. lib.* 4. *qu.* 60. vbi dicit se ita non semel practicatum vidisse, latissime Mar. Giurb. *decis. Sicil. tot.* 103. vbi ita etiam decisum in illo Senatu testatur. Alias plures decisiones circa eandem rem factas refert Anton. Gamma *decis. Portugal.* 312. & eius additionator *ad eandem decis.* licet ibi sit sub *decis.* 314. Capiblan. *de Baron, & eor. effec. pragm* 1. *n.* 11. Ioan. Bapust. Thoro *in compen. decis Neapol.* vel boj *fructus, fol.* 146. Cæsar Barz. *decis. Benon.* 53.

8 Plus dicunt † isti Doctores, quòd quamuis nullam actor faciat oblationem nisi pars opponat, non potest Iudex de hoc def. ctu habere rationem, sed nihilominùs condemnabit reum ad rei restitutionem cum fructibus, restituto tamen pretio cum interesse, ea ratione generali, quia in omnibus actibus tenentibus ad fauorem alicuius, semper tacita inest conditio, si quis vti voluerit exceptione sibi competenti, & sic patte de meum petente intelliguntur omnia, infinita ad id promendum adducunt prædicti, quos non est necesse transcribere, Tam † iustum est, vt qui recipit fructus absque 11 solutione pretij, ad vsuras illius teneatur pro recompensatione fructuum, vt nec oblatio in isto casu sufficiat, quam faciat is, qui fructus prædictos recipit, nisi realiter, & cum effectu pecuniam exburasset. *ex l. curabit. C. de actio emp.* ita Fab. *in suo Cod. in sepe citat. tit.* 33. *lib.* 4. *de actio. emp. defin.* 15.

9 Demùm † facit pulchra *decis.* Anto. Capi 19. *in* 12

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ordine,in qua probat pluribus quòd datur actio emptori ad petendum rem sibi venditam cum interesse, aut ad petendum interesse ipsum pro eo tempore,quo consignata res vendita non fuit , quamuis pretium non soluisset, dum illud soluat cum interesse, & quòd hoc modo debet fieri condemnatio per Iudicem , vt vnus ad fructus rei , & alter ad interesse pretij condemnetur.

13 Hanc † opinionem in indiuiduo in hac materia pacti de retrouendendo,& seu,quòd idem est,in materia retractus iure sanguinis,quòd sufficiat oblatio pretij , quæ fiat per venditorem absque consignatione, & deposito , ad obtinendum reuenditionem , & rem ipsam cum fructibus , soluto tamen pretio per ipsum vnà cum interesse,sequitus fuit Senatus Siciliæ in iam relata *dec.*148 *lib.*2.apud don Garc.Mestril.Et in spe-

14 cie,† etiam pacti de retrò,quòd ex die litis contestatæ absque obligatione cum sola oblatione, veniant fructus rei ex vna parte, & ex alia interesse pretij,sequitur Senatus Sebuf.vt est apud Ant.Fab. *in suo C.lib.*4. *tit.*36.*de pac.inter emp.& ven.defi.*17.quæ pulcherrima est in proposito , eam ego hic propterea transcribere volebam,omisi tamen quia longior est quam transcribi debeat,sed in summa dicit,obsignationem non esse necessariam vt emptor ex litis contestatione efficiatur malæ fidei possessor,teneatúrque ob id ad fructuum restitutionem cum sola oblatione , solùm (inquit) hoc damnum adfert defectus consignationis ipsi venditori, vt teneatur ipse vsuras pretij non soluti simul cum ipso pretio restituere, ne alioquin & rem & pretium simul penes se habuisse videatur , cum si obligasset (ait) nulla hodiè vsurarum præstatione oneraretur,fructusque integros, non ex contestationis duntaxat ,sed ex ipso obsignationis die lucraretur. Eandem opinionem videtur tenere Barbos. doctissimus Lusitanus *in rub.ff.solut.mat. id 4.p.n.*72.*an l.diuortio, in prin.p.2.n.* 76.*& in l.nora,*67.68.72.*& 73.eodem tit.*

15 Et si dixeris , † quòd secundum hæc , nulla erit differentia inter hanc , & præcedentes decisi. inter eum , qui post oblatum pretium,illud vlteriùs exburisauit , & deposuit, & eum,qui solùm obtulit : non est ita , quia ille ex die depositi consequitur fructus , iste ex die litis contestatæ ex effectibus contestationis : & rursus , ille non tenetur ad vsuras pretij , iste sic, provt abunde in ambabus decisionibus probauimus.

16 Iam dixi,† quòd in nostro Senatu non potui *obtinere* condemnationem fructuum ex quo non consignaueram, & deposueram pretium,sed nihilominùs mihi hæc opinio,salua pace,magis placet,& si casus vlterius occurrerit,non desinam alias facere diligentias vrgentiores,quas adhuc doleo non fecisse in illa causa , nec despero de victoria . Considera miseriam naturæ humanæ , & dolebis eius propensionem ad dissentiendum.Senatus Siciliæ,vt vidimus apud Mestril.qui eius decisiones recollegit , declarauit pro venditore, & seu pro retrahente ex sola pretij oblatione, & non potuit effugere reprehensionem, dicit enim idem auctor , & seu satis clare insinuat in fine,opinionē Senatus ei non placuisse,nec resolutionem ibi captam.Noster Senatus è contra,diuersam sententiam amplexus fuit,declarando pro emptore , & nec ipse immunis à contradictione euasit,licet hic diuersus admodum sit contradictor, qui non sum cum aliis comparandus, nec meæ censuræ in his,quæ Senatus resoluit,est aliqua habenda ratio , ita ingenue fateor , quia me ipsum probè noscо, solum aliquandò admotate volui,quæ contra Senatum faciunt, vt alij de eis iudicent. Quid est hoc de tanta contradictione ? fragilitas naturæ humanæ.

17 His † sic constitutis, non opportere arbitror,quòd pluribus respondeam argumentis contrariis , cum satis illa dissoluta maneant ex aliis, quæ postea adduximus pro nostro indicio, & censura, & sufficicit dicere, quòd noster casus,in quo ad agendum nihil requiritur præter oblationem ipsam , in quo quæ ob recusatam solutionem coactus fuit actor vlterius iudicialiter interpellare reum,& in quo denique Iudex pretium emptori facier restitui cum legitimis vsuris,& seu interesse, à nemine auctorum cum istis circunstantiis reprobatur in indiuiduo,vel saltem iusta aliqua ratione,cum quæ dicuntur in contrarium non procedant in isto casu.

ARGVMENTVM.

Pacto de retrouendendo , & seu facultati redimendi, tam in contractu emptionis, & venditionis,quàm in censibus,& censualibus,an præscribatur.

SVMMARIVM.

1 *Emptor non potest impedire , quin venditor vtatur pacto de retro, & facultate per illud retenta.*
2 *Pactum de retro,& facultas redimendi quanto tempore durent.*
3 *Pacto de retro,& facultati redemptiuæ præscribitur triginta annis.*
4 *Infinitas est euitanda.*
5 *Verba,*toties quoties,quandocunque ,*restringuntur secundum iuris terminos.*
6 *Præscriptionem partes voluisse tollere non præsumuntur.*
7 *Præscriptio pro bono publico introducta.*
8 *Pactum de retrò tribuit venditori actionem,quæ tamen præscriptioni obnoxia est.*
9 *Ius offerendi,si cohæret actioni iam orta,præscriptione tollitur.*
10 *Actiones perpetuæ triginta annorum spatio excludantur.*
11 *Pacto de retrò in Cathalonia non præscribitur , & istud sequitur Senatus.*
12 *Pacto de retro apud Rotam Romanam præscribitur.*
13 *Ecclesiastici in imrisdictionalibus sunt de foro domini Regis.*
14 *Ratio petitur , ob quam Senatus non admittit præscriptionem in gratia redemptiuæ.*
15 *Possessor malæ fidei nunquam præscribit.*
16 *Præscriptio in Cathalonia non tollitur tam facilè ob prætensam malam fidem.*
17 *Emptor non dicitur in mala fide,dum venditor non interpellat eum pro reuenditione.*
18 *Iuramentum an impediat præscriptionem.*
19 *Iuramentum sequitur naturam actus, cui interponitur.*
20 *Facultati non præscribitur.*
21 *Pactum de retro magis sonat in actionem, quàm in simplicem facultatem.*
22 *Facultati,cui est coniuncta actio,præscribi potest.*
23 *Contrarium.*
24 *Facultas aliquid faciendi dupliciter consideratur, quatenus scilicet sonat in factum,vel quatenus in ius.*
25 *Facultati, quatenus sonat in factum , non præscribitur,secus quatenus in ius.*
26 *Pactum de retrò.& facultas redimendi,potius sonare videntur in factum,quàm in ius.*
27 *Actiones perpetuæ longissima præscriptione etiam tolluntur.*
28 *Remedium reintegrandæ præscribitur triginta annis.*

Decisio

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Decisio LXXV.

1 REstant † aliæ quæstiones in hac præctica bili pacti de retrouendendo materia, nec illæ quidem inutiles, quas iustum est, vt nos, qui materias iustiqueuentes quærimus, pro posse enodemus, ac imprimis, cum huius pacti vis sit, vt possit venditor quandò voluerit, compellere emptorem ad retrouendendum, nec id possit venditori denegari per emptorem, *l. 2. C. de pact. inter emp. & vendi.* Videndum † est quanto tempore duret hæc facultas ipsi venditori, Difficultas est maxima, quæ aliquibus visa est egere Cæsarea decisione, de quibus per Borgni & Cagnol. vbi eos allegat. Gasp. Anton. Thesau. *quæst foren. 7 l. n. 2. lib. 2.*

3 Breuiter, † cò manifestissima est doctorum opinio, & in omnibus ferè tribunalibus inconcusse recepta, & admissa, vt huic redimendi facultati, & actioni inde resultanti præscribatur triginta annorum spatio, de qua re sunt insignes loci apud eminentissimum Cardin. Mant. *de tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 3 1. pactum retrouendendi quemadmodum intelligatur, ex num. 22.* Gasp. Anton. Thesau *quæstio foren. 72 lib. 2.* Bertran. Argentre. *tot. consi. 2. posito post sua opera*, & Stephan. Gratian. *discep. foren. 2. per tot.* Qui quamuis auctores licèt sufficerent pro mille, cum late negotium examinent ad partes, eis tamen non permittebit addidisse Ceuall. *in commun. contra commun. quæstio. 207.* Amato *resolu. 19. n. 6.* Polidor. Rip. *singul. observa. 162.* Rota Auenionen. apud Hieronym. Lauren. *dec. 129.* Surd. *dec.* vbi *n. 7.* dicit hanc opinionem ita esse communem, vt non sit curandum de his, qui aliam partem tenuere. Otal *decis. 69.* Anton. Fab. *in suo Cod. lib. 7. tit. 17. de præscr. 30. vel 40. annorum, defin. 3. 4. & 18.* & nouissimè Per. Barbos. *in l. sicut 3. ex n. 158. & l. cunctis notissimi 7. ex n. 83. C. de præscrip. 30. vel 40. ann.* Costa. *de fac. scien. & ignorantia centu. 2. distin. 60. n. 25.* & denique Ambrosius. latissimè de hoc agentem *tot. dec. 27. lib. 1.*

4 Rationes † adducunt, primò, vt euitetur infinitas *l. 1. C. de senten. quæ pro eo quod interest profer. & l. fideicommissa. §. si quis decem, de legat. 2.* Secundò, quia † illa verba, *toriens, quotiens, quandocunque, & similia*, quæ solent in instrumentis horum contractuum apponi, restringuntur secundum iuris terminos, *l. nemo potest, de legat. 1. l. 2. C. de nox. actio. l. commodissimè, de liber. & posthu. & l. si duo*, vbi Bal. *ff. de adquir. here.* Ne

6 præsumantur † partes vno generali verbo totam illam præscriptionem obseruationem tantis vigilijs excogitatam, radicitùs euellere, *l. si quando, C. de inoffi. testamen.* cum † pro bono publico introducta præscriptio fuerit contra desides, & sui iuris contemptores, *l. 1 ff. de vsucap & perfectius, C. de annal. præscrip.* Tertiò, † quia non est dubium quin ex pacto illo nascatur actio, *l. 2. C. de pact. inter emp. & vend.* & ex consequenti neque debet esse dubium, quin ei præscribatur, *l. sicut C. de præscrip. 30. vel 40. anno.* Nam † omnes concedunt, quòd si ius offerendi cohæreat actioni iam ortæ, præscriptione tolleruntur, vt latè probat Barbos. *in citat. cum notissimi, num. 14.* Quartò, † quia nihil aliud ea conuentione actum videri potest, quàm vt perpetuum esset ius redimendi, perpetuaque actio, ac perpetua etiam iura, perpetuæ autem actiones long. simi temporis præscriptione excluduntur, *l. sicut, & Leonis, C. de præscrip. 30. vel 40. anno.* Exempla perpetuarum actionum, quæ nihilominus præscriptione 30. annorum excluduntur, adducit Ceual. *d. q 107.*

11 Sed licèt † tot rationes habeat hæc opinio, ac taliter ab omnibus recipiatur, à nostro tamen Senatu

†† *approbari* nunquam potuit, qui semper vendituri concedit, posse perpetuò sibi redimere, oblato pretio, prout dicit Cancer. magnus in eo præctica, *in 1. 8. var. resol. cap. 13. de emp & vend. n. 51. in addi. & p. 3. 4. 7. de pact. n. 206.* quod & nos attestari possumus sine dubio, qui millies id obseruari vidimus. Et si vis aliquas de hoc in individuo decisiones, recutte ad sequentes de ista materia per nos compactas, vbi nonnullas reperies accommodatas.

Tom. I

Proper † hanc differentiam opinionum, vidimus 12 magnam contentionem, quæ non est adhuc finita, inter duas superioribus annis, inter quosdam Commendatores ordinis sancti Ioannis Hierosolym. & quendam valde virum nobilem huius Principatus, vbinam esset tractanda quæstio super quodam iure luendi cuiusdam Boroniæ. Commendatores enim, sub prætextu quòd ipsi essent de foro, & iurisdictione Iudicis Ecclesiastici, & erant reiecti verùs, quia volebant eam tractandam in Rota Romana, quia tota eorum defensio consistebat in præscriptione iuris luendi, & facultatis illius, quæ in illo sacro auditorio admittebatur, & admittitur interpolet, vt probant decisiones, quas refert Herciul. Marescot *var. resol. lib. 2. c. 67 n. 56.* & Stepha. Gratia. *discep. foren. 2. n. 5. lib. 1.* fugiebant indè Regiam Audientiam huius Principatus, quę præscriptionem non admittit. Et è contra, nobilis ille strenuè defendebat, quod non alibi, quam in Regia Audientia causa erat tractanda, eo motiuo, † quod in iurisdictio- 13 nalibus, etiam Ecclesiasticis tenebantur subire forum Regiis, à quo tanquàm à fonte omnes iurisdictiones dimanant, & ex consequenti, in eius Regia Audientia litigare, sed verius, è contra propter commodum, quòd inde ipsi resultare debebat ex repulsione præscriptionis, quam facit Regia Audientia. Mdera res, quòd habere, vel non habere iustitiam, dependeat ex hoc quòd negotium tractetur in vno tribunali, vel in alio,

Videamus, † & examinemus paululùm quam ra- 14 tionem habeat Sacer Senatus ad discendum ab aliis in hac materia, non enim est præsumendum de tanta doctrina, & sapientia, qua semper, ac in omni æuo polluit ipsum fine magna ratione, ab allis se separatile, & abitraxisse. Nullum ex nostris hactenus reperi, qui de hoc quidquam dixerit vnquam, ego pro posse auctoritatem Senatus defendam.

Sanè, in Cathalonia videtur quòd non possumus 15 hanc opinionem defendere ea ratione, quam omnes, qui illam tenent adducunt, principaliorem existimantes, quòd emptor ideò non potest præscribere, quia cum sciat se obligatum retrouendere venditori quoties is redimere voluerit, nullo tempore potest præscribere, quippe qui malam fidem habeat, text. in *cap. vltim. de præscrip.* quam rationem late prosequitur insignis Couar. in *citat. cap. 9. lib. 1. var. resol. n. 5.*

Quia † in Cathalonia non tam exacta, sicut in 16 aliis partibus, fit malæ fidei examinatio, nec tanta eius habetur ratio quemadmodùm apud alios, cum particulari lege *vsat. omnes causæ, de præscrip.* habeamus constitutum, omnes causas, siue bonas, siue malas triginta annotum spatio tolli, & præscribi. Vltra † quòd, 17 non dicitur verè esse in mala fide is, qui scit teneri ad retrouendendum, quoties voluerit venditor recuperare rem, dum venditor non interpellat eum, nec dicit se velle facultatem illa vti, quod late expendit eminentissimus Cardin Manti. *de tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 31. n. 22. vers. neque obstat, cum sequen.* Gratia. *discep. forens. 2. n. 15. cum sequen.* Aliis modis hinc rationi satisfacit Surd. latissimè *decis. 3 n. 18. vers. secundo respondetur, vide.*

Prætereà, † nec mul.um facit, quod semper in his 18 contractibus apponitur iuramentum, quòd videtur impedire præscriptionem, quia id non est multùm curum, provt apparet ex *decis. 5.* Ioan. Petr. Sur. quæ tota est de hoc compacta, & ex *defin. Fab. 4. in suo Cod. lib. 7. tit. 13. de præscrip.* Manti. *de tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 31. n. 18.* Quia † notum est, Iuramentum sequi 19 naturam actus, super quo interponitur, *l. vlti. Ci*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

*de numera.pecun.*insignis Couar.*lib.3. var.cap.17.n.5.* plures cumulat Augustin.Barbos.*axiom.134.n.1.*

20 Neque † etiam videtur mihi multùm solidum, & inexpugnabile fundamentum illud,quod etiam principaliter Doctores adferunt pro sustinenda hac opinione,in quoque maiorem sum faciunt,quòd cum id,quod est posse rem recuperare,cõsistat in facultate,cui nunquam præscribetur, neque etiam præscribetur huic,de
21 qua agimus ; Quia † mille per Doctores ei tationi accommodantur solutiones, & responsiones. Et signanter,quod cum ex contractu descendat, actionis nomen
22 meretur potiùs, quàm facultatis , & ideò † præscribi potest, vt & cæteta omnia,quæ sunt facultatis si cum his coniuncta sit actio,vt bene probat Anton.Fab. in suo *Cod.lib.7.tit.13.de præscrip.defin.4.* & Barbo.etiam suprà allegatus in *l.cum notissimi, n. 64.* ac Angentre,
23 omnium latiùs, *cons.1.ex n.4.cum seq.*Licet † ego non desinam mirari quòd Doctores parui fecerint hanc rationem, maximè eo motiuo , quòd cum ex contractu descendat hæc facultas, nomen potiùs actionis meretur,quàm facultatis,quia mihi videtur semper remanere in terminis nudæ facultatis,præsupposito quod eam sibi reseruauit venditor in venditione, non ex ipsa acquisuit : quæ enim in hac materia adducuntur,procedere possent,quandò ego aliquam facultatem in bonis alienis ex contractu acquisiuissem, sed quandò, provt hic , non acquisiui , sed reseruaui , restringens totum dominium , quod in re mea habebam , ad hanc solam facultatem , non video quòd proprie actionis nomen ea facultas mereatur habere in mei præiudicium.

24 Vndè † melius iudicarem, attendendum ad distinctionem, quam in proposito adducit Barbos. in *dict.l. cum notissimi,n.77. & sequen.C.de præscrip.30. vel.40. anno.*vbi dicit facultatem aliquid faciendi duobus modis considerari,scilicet quatenus sonat in factum,item quatenus sonat in ius: consideratur autem tanquã sonans in factũ,quando non dirigitur ad aliquod ius acquirendũ de nouo,sed tantum pertiner ad conseruatio-
25 nẽ iuris quæsiti,& † hæc(inquit)facultas tempote non præscribitur,*l.2.ff.de vin publi.Zaz. cons.15. n.6. lib.2.* Rolan.*cons.55.a n.25.lib.2.*Meno.*cons.201.n.62.lib.3.* Dicitur autem sonare in ius , quandò dirigitur ad acquirendum aliquod ius de nouo deducibile in iudicium,& hæc facultas tanquàm iuris,præscriptione tolli potest,*l.licet cum gl.C.de int. deliber.* Anto.Gabr.*commun.concl.tit.de præscrip.concl.10.n.8.* Menoc.*cons.143. n.28.lib.2.*

26 Optima † distinctio,maximè declarata provt egregiè declarat Menoc. in duobus locis superiùs citatis. Tota difficultas est in applicatione. Sanè , secundùm prædicta,in factum potiùs, quàm in ius videtur hæc facultas sonare , cum eam a nemine acquisierim , nec in vim alicuius contractus,vt diximus,atque ideò videtur imprescriptibilis. Cogita quia magna res foret quòd ex hoc posses concludere contra præscriptionem,licet non desint alia ad id quamplura , vt vides in hoc discursu.

27 Nec † finaliter videtur multùm concludere quod dicitur in confirmationem huius opinionis,dictiones, *perpetuò,semper, toties, &c.* efficere vt perpetua detur actio venditori ad redimendum.Respondet enim Fab. in *loco suprà cita.defin.3.*quòd perpetuæ quoque actiones longissimi temporis præscriptione excluduntur, ex *l.sicut, & l.omnes, C.de præscrip. 30. vel 40. annor.*
28 Exemplum † habemus satis accommodatum in *cap. restituenda,t.q.1.* in illis verbis, *quacunque temporis conditione,&c.* Per quæ dicunt omnes,eam actionem, quæ competit , ad recuperandum res à nobis ablatas, perpetuam esse,& tamen omnes intelligunt quòd nihilominùs præscriptione 30. annorum excluditur , vt docet Meno. de *retinen. poss.remed.3.n.706.* Gratia. *discep. forens. 2. ex n.7.*& latissimè Hercul. M.*resol. var.resolu.cap.68.ex num.53.lib.2.*vbi multis rem hanc explicat,& Rotam Roma.in duabus causis in hac eadem materia pacti de retrouendendo censuisse,asserit *n.56,*quòd etiam si sit factum cum dictionibus, *quandocunque,& perpetuo,* spatio 30. annorum excluditur, Sebast.Medic. *decis. March.* 18. Alia similia exempla latè etiam ponit Hierony.Ceual.in *commu.cons.commu. q.207.n.1.cum sequen.*& ego etiam in *1. de pact. nup. dam.4. glo.* 18. *par.1. num.* 78. sed multò pluta antèa adduxerat fœcundissimus Tiraquel. a quo alij , licèt quandoque, iniustè tamen, suppresso, & tacito magistri,& ducis nomine,mutuatunt,Tiraquel.(inquam de *retrac.conuen.§.1.gl.2.ex num.1. cum sequen.* omnimò videndus , quia cum magna diligentia per omnia necessaria in proposito pertansiunt feliciter magnus ille vir.

Ex quibus facilè dicet quilibet,non posse hanc Senatus Cathalonizæ defendi sententiam,non subsistentibus illis tribus superioribus rationibus,quæ eam videbantur sustinere.Reliqua habes in sequenti dec.

ARGVMENTVM.

De eadem materia præcedentis dec. circa præscriptionem gratiæ redemptiuæ.

SVMMARIVM.

1 L.2.C.de pact.inter emp.& vendi.*est clauis magistra materia pacti de retro.*
2 *Pactum de retrò solet poni dupliciter,vel ad tempus, vel in perpetuum.*
3 *Exprimitur quandoque ad maiorem declarationem, id quod tacitè inest.*
4 *Difficultas quæstionis circa præscriptionem in pacto de retro,iustificat Senatus opinionem.*
5 *Verisimilis mens semper attendenda contrahentium.*
6 *Mens,& intentio mentium , & mensura ad respondendum de ijs.*
7 *Mens etiam in contractibus,in primis attendenda.*
8 *Verborum a proprietate,non facilè recedendum.*
9 *Verborum qualitas, optima mentis declaratrix.*
10 *Verba ad naturalem, non ad ciuilem sensum,& intelligentiam sunt referenda.*
11 *Verba intelligenda secundum verisimilitudinem.*
12 *Voluntatis quæstio non sistat in claris.*
13 *Pactum est intelligendum,vt potius noceat venditori,quam emptori in ambiguis.*
14 *Actum quod est,primum inspicitur.*
15 *Verba vbi sunt clara, non debent aduersus eum,qui in illis se fundat,retorqueri.*
16 *Actio, & obligatio ex conuentione partium possunt in infinitum protrahi.*
17 *Præscriptioni 30.vel 40.annorum possunt partes renunciare,vbi decis.*
18 *Iura partium debent esse equalia.*
19 *Pactum de retrò,est pars pretij venditionis.*
20 *Pactum omne,est pars contractus,cui apponitur.*
21 *Pacta sequuntur naturam contractus, cui apponuntur.*
22 *Venditio etiam cum pacto de retrò,dicitur perpetua.*
23 *Incertum propter dubium,dicitur perpetuum.*
24 *Census licet perpetuò possit lui,nihilominus dicitur perpetuus.*
25 *Vnus & idem contractus , non debet diuerso iure censeri.*
26 *Pactum de retrò , quomodò concipiatur in Cathalonia.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Decisio LXXVI.

Mihi, postquam dici multúmque ac profundè quidem, super hanc rem de præcriptione admittenda, necne in gratia redemptiua, in præcedentibus decisionibus cœptam, meditatus fui, quædam considerationes se obtulerunt, quibus taliter iustificatur sententia nostri Senatus, vt arbitrer vix aliud dici posse.

1 Prima † desumitur ex *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* quæ clauis est huius materiæ, cùm nulla alia lex sit, quæ de hoc disponat, vt dicit Tiraq. *in præced. decis. cita. num.* 17. vbi † duobus modis dicitur apponi posse venditioni pactum de retrò, vel vt quandocunque liceret redimere, vel vt intra certa tempora, quo in loco dictio, *quandocunque* non potest intelligi temporaliter, nec restringit ad triginta, vel quadraginta annos, vt Doctores in locis suprà citatis interpretati fuere, quia Imperator iam aliàs posuit casum quando temporaliter apponitur pactum in illis verbis, *vel intra certa tempora*, & si temporaliter volebat intelligere illud, *quandoque* superfluum redderetur: clara ergo mens legislatoris fuit distinguere, & ponere duos casus, vnum quando in perpetuum quis sibi reseruat facultatem redimendi, & alterum, quando intra certum terminum. Hanc rationem posuit eleganter Tiraquel. cum aliis rationibus *in loco superius citato, n.* 17. Et licèt aliis satisfaciat abunde contrariam nostræ tenens sententiam, verùm huic nihil respondit, sed eam in sua vi, & efficacia relinquit: volens enim respondere contrariis *ex num.* 28. initium sumit à *l. quod si nolit, §. si quid ita venierit, ff. de ædil. edict.* quam in contrarium adduxerat secundo loco post inductionem *d. l.* 2, provt apparet *n.* 18.

3 Et ne † decipiaris, aduerte, quòd Tiraquel. metipse *num.* 30. tractat de superfluitate verborum, *quandoque, perpetuo, semper*, nisi perpetuitatem denotarent, sed temporalitatem, cùm sine eis iam temporalitas foret significata, & de eadem etiam tractant alij, dicentes non esse inconueniens, quòd quandoque ad maiorem rei declarationem exprimatur id quod tacitè inest, sed non loquuntur isti Doctores respectu *dict. l. 2. C. de pact. inter*, &c. sed quando ponuntur verba prædicta in contractu emptionis, quæ res valdè diuersa est, atque ita argumentum ex *dict. l.* 2. desumptum in sua *vi*, & in suo robore manet, quia cum in *dict. l.* 2. procedat Imperator distinguendo casus, est necessarium quòd vnus non comprehendatur sub alio, videndus idem Tiraquel. *num.* 43. vbi refert Ang. satis bene pro hac ratione loquentem; hanc etiam considerationem quam ego in superioribus desumpsi *ex cita. l.* 2. *C. de pact. inter emp. & vend.* tetigit, sed alio modo Ceuall. *in commu. contra commun. q.* 207. *n.* 16.

4 Secunda † consideratio, quam ego facio circa rem hanc, ad sustinendam praxim iudicandi in nostro doctissimo Senatu, nascitur ex difficultate ipsa quæstionis, quam tractamus, quam omnes statim in limine tantopere extollunt, & exaggerant, vt diximus in initio, est verum quòd nullum reperies qui non tibi e vestigio proponat negotij difficultatem.

5 Hoc præsupposito, † necessarium est deuenire ad electionem opinionum, considerando quænam ex eis sit magis rationabilis, & inter alia, quod meo iudicio, debet magis attendi, est verisimilis mens contrahentium, ita vt semper interpretatio fiat, quæ magis mentem

6 ti sit conformis: mens † enim, & intentio, vt dicebat magnæ mentis vir Ludouic. Cafana. *cons. 10. num.* 31. scilet esse metrum, & mensura ad respondendum de iure,

7 & in † contractibus etiam mens est in primis attendenda, *ex l. vlt. C. quæ res pignori obli. pos.* & tradit Ioan. Anton. Bello *cons.* 21. *num.* 13. & *cons.* 29. *num.* 16. & 17. & omnes passim, nec expedit in re tam clara, tempus consumere inutiliter. Mens autem clarior esse non potest ex verbis, quibus contrahentes vtuntur in his venditionibus, quæ cum pacto de retrouendendo fiunt, & concipiuntur, cum in eis sibi expressè reseruet venditor facultatem recuperandi tem venditam pro eodem pretio, perpetuò, & quandocumque ipse voluerit, & promittat etiam ei emptor perpetuò, & quotiescunque ille voluerit, pro eodem pretio retenditionem facere, & rem restituere, ego enim non video qualiter clarius loqui potuisset qui voluisset facultatem hanc sibi in perpetuum esse reseruaram, id procul dubio important verba prædicta ex sui natura 8
infinitatem denotantia, à quorum † proprietate non
esse faciliter recedendum, iura nostra præcipiunt, *l. 3. §. hæc verba, de nego. gest. & l. non aliter, de leg.* 3. latè Cafana. *cons. 45. ex num.* 157. Gurib. *decis. 52. num.* 1. & præsupposito † quòd qualitas verborum id importet, 9
sequitur quòd nihil magis potuit mentem contrahentium declarare, provt ex Bald. tradit Cafana. *in cons. 45. num.* 161. vbi dicit, nullum mentis nostræ maius esse testimonium, quàm qualitas inspecta verbotum. Et quid † est aliud id quod tractamus, quàm illud 10
quod ex Anto. Cur. ino, & Gephal. adducit Cafana. *in cons. 49. num.* 19. & Ioan. Anton. Bello *cons.* 1. *num.* 52. verba ad naturalem, non ad ciuilem sensum, & intel-
ligentiam fore referenda? Istud est † multum verisi- 11
mile, voluisse contrahentes, atque ita secundum eam veritsimilitudinem verba sunt intelligenda, iuxta *l. nuptura* 58. *in fin. de iure dot.* Surd. *cons. 3. num.* 21. Ioan. Anto. Bello. *cons.* 43. *n.* 3. infinita congerit ad istud propositum Cafana. *cons.* 39. *n.* 51. & 60. *cons.* 55. *n.* 43. & *cons.* 56. *n.* 46.

Mihi, † vt liberè loquar, videtur mentem, & verba 12
non posse esse in proposito clariora; atque ideò intrare optime censeo illud, quod communiter dicitur, vbi verba sunt clara, non esse admittendam voluntatis (ego dico voluntariam) quæstionem, *l. ille aut ille, §. cùm in verbis, de leg.* 3. *cum vulga.* Atque ita ego arbitror nos esse in casu Cardin. Manti. *de tacit. & ambig. connen. lib.* 4. *tit.* 27. *ex num.* 28. vbi declarando † quod dixerat autea, pactum sic esse intelli- 1
gendum, potiùs noceat venditori, quam emptori, dicit id fore intelligendum, quando verba sunt ambigua, non vbi sunt clara, vt hic: etenim † quod 14
actum est, primum inspiciatur, *l. cum in lege, ff. de contra. emp. cum concor.* & si † verba sunt clara, non de- 15
bent aduersus eum, qui pacto nititur, retorqueri, Alex. *in cons. 167. n. 1. lib.* 7.

Ego + ab his, qui tam voluntarie volunt à natura, 16
& proprietate verborum in ista materia recedere, percontarer, cur ita? Respondebunt continuò, vt infinitas cuitetur. Quod peccatum? nonne ex conuentione partium obligatio, & actio possunt extendi ad infinitum? ita probant plura iura, quæ in id adducunt Anton. Gom. *in 2. tom. var. resolu. cap.* 2. *num.* 28. & Ceuall. *q.* 207. *num.* 27. Cancer *in 1. part. variar. resolut. cap.* 13. *de emp. & vend. num.* 52. *in addit.* idem Cancer *in 3. part. variar. resolu. cap.* 13. *de renun. ex num.* 78. vbi 17
+ post disputatam quæstionem, dicit Senatum *ample-*
cti opinionem quòd partes possunt renunciare præscriptioni longissimi temporis triginta, aut quadraginta annorum.

Tertia + consideratio est, quòd omnes admittunt 18
sine difficultate aliqua contra venditorem pactum restringens facultatem redimendi ad duos, tres, decem, triginta, aut quadraginta annos, cur non admittent in fauorem illius perpetuitatem pacti, argum. *l. fina. de fundo instru. l. in maioribus, C. de appel.* nonne iura partium debent esse æqualia? Hanc considerationem prior fecit Hieronymus à Lauren. multum exclamans contra eos, qui istud nolunt considerare dicendo respondeo mihi, valerne conuentio, vt intra centum annos liceat redimere? cur non etiam valebit, vt toties

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quoties,&c. non mutat substantiam rerum verborum diuersitas,*l. Labeo,de aur.& argen.lega.*

19 Quarto † denique,& vltima consideratio, nec illa quidem inutilis est,quia,vt sæpius diximus in hoc discursu,pactum de retrouendendo pars pretij est,ac pars etiam ipsius contractus, & venditionis, & ineisse dicitur,iuxta *l. lecta,si cert.peta.l fundi partem.ff.de contra-*
20 *hen. emp.* quod † generale esse in omnibus pactis , vt sint pars contractus,late probat Surd.*cons.*217.*num.*6.
21 & Valenc.*cons.*2.*n.*38. Si pars † contractus est,eius naturam sequatur oportet,& quòd nos illud dicamus esse eiusdem naturæ , & substantiæ , cuius naturæ , & substantiæ totum est,*l.quamuis, ff. si quis omi.cau testam. & l.quæ de tota,de rei vendica.* Euerat. ad id tibi ministrat infinita, *in loco de toto ad per.* & nouissimè Barbos.*in lib.princip.& locor.communn.in liste.A.n.*234.
22 Contractus † autem venditionis,licet cum isto pacto factus , cuius vigore est in potestate venditoris quandocunque restituto pretio, rem recuperare , dicitur nihilominus perpetuus propter incertitudinem,an
23 aliquando redimatur , incertum † enim propter dubium,reputatur perpetuum, Tiraquel.*de retract.ligna.* §.1 *glo.*14.*n.*120. Francisc.Becc.*cons.*35.*in fin.*& Ioan.
24 Grimel.*decis.Dola.*53.*n.*13.& 14. Propter † quam rationem census,qui est perpetuæ luitionis subiectus,non desinit dici propterea perpetuus , vt tradunt prædicti, propter illam incertitudinem, si luetur, vel non. Non.
25 est † ergo mirum quòd pactum etiam noster Senatus,postquam non repugnant verba, immò adituant, perpetuum iudicet,cum suffragetur etiam regula,*l.eum qui ædes,de vsucap* quòd vnus & idem contractus non
26 debet diuerso iure censeri , & in † Carhalonia soleat pactum illo modo concipi : *Ego N.gratis, & ex certa scientia , &c. instrumento tamen gratia redimendi mediante,non aliàs,&c.*quibus verbis videntur venditores velle totam venditionem afficere , & qualificare , & quòd non venderent nisi eo modo,demonstrare. Hoc eodem ferme argumento, licet ad aliud institutum, in hac tamen eadem materia, vtitur Mantic. *de tacit.& ambig. connent. lib.*4. *tit.* 32. *n.*57. Reliqua habes in sequenti.

12 *Et .n regno Aragonum.*
13 *Pacto de retro, & facultati redimendi præscribitur, quando sunt apposita ex intervallo.*
14 *Mutari non debent facile quæ certam habuerunt interpretationem.*
15 *Præscriptio curtis aliquando,etiam apud nos,in pacto de retro.*
16 *Quod quomodo cuitandum , traditur.*
17 *Pacto de retro . & gratiæ redemptiuæ nunquam in censibus & censualibus præscribitur.*
18 *Pactum de retro in censibus, & censualibus coniunctum est exceptioni.*
19 *Exceptionis natura est perpetua , & ei nunquam præscribitur.*

DECISIO LXXVII.

Mitto † (continuando quæ indecisa reliquimus in præcedent. decis. in materia, de qua in summario) quòd forsan omnia , quæ dicuntur de interpretatione verborum, *quandocunque, perpetuo, toties , quoties , &c.* possent concliari , quòd vbi intelliguntur temporaliter , est cum à lege præfertur, non cum à parte,quia tunc retinent suam propriam naturam,cum generalis dispositio hominis minus restringatur,quàm legis, provt eleganter ex Rum. *in cons.*115 *in prin.& n.*5.& 6.& *per tot.lib.*1. explicat Cephal. *cons.*40.*n.*6. *in* 1. quem sequitur Vulpel. *de dictio.quandoque,n.*4. sequitur etiam Fachin. *controuer.iur. lib.*2. *cap.*13 *circa fin.* Et propterea , † prouisio quæ fit à contrahentibus semper est firmior ea, quæ fit a lege, *l.assiduis, C. qui potior.in pigno.hab* Hieron. Lauren.*decis. Auenionen.*129.*num.*5.*in fin.* Mitto (inquam) hanc considerationem, quia fallam vnico verbo dicit Surd. *in cita. dec.*2. *num.*22. *vel.nec monet.* Gratia. *discept.forens.*2. *num.*16.& *sequen.* sed vtinam nihil magis fallum scripterimus vnquam , qui hoc officio (ne dicam vitio) scribendi fingimur.

Mitto † etiam,quòd pactum istud de retrouendendo apponitur in fauorem venditoris , Cagnol. *in l.*2. *num.*132. *C de pact. inter emp.& vend.* Monter *dec.*1. *num.*35.& Mat. Giurb.*dec.*69.*num.*3. Manti.*de tacit.& ambig.connen. lib.*4.*tit.*33. *num.*4. vbi † vlteriùs dicit, illud esse fauorabile vt res vendita ad suam pristinam naturam , & ad antiquum dominum reuertatur , *l. si vnus,*6.*pactus ne peteret,in fin.ff.de pact.* Quod si † ita est,non debet ad commodum alterius intelligi,aut interpretari,*l.ea lege,*& ibi Bald.*ff.loca.* nam pactum appositum in fauorem alicuius non debet in eius læsionem redundare,*l.quamuis,* & ibi Bal.notat.*ff.de pigno. acti.* Manti.*de tacit.& ambig connen. lib.*2. *tit.*2.*n.*29. Surd. *cons.*339.*num.*16.*tom.*3. Quæ ratio potest esse, quòd cum ego in mei fauorem reseruauerim vt perpetuò,& quotiescunque vellem possem restituto pretio,rem recuperare, & reemere, id aliquis contra me, & in fauorem alterius restringat ad certum tempus , certe nulla.

Maxime , † quòd hæc facultas non solet concedi, aut retineri gratis,solet enim valere tertiam,au saltem quartam partem pretij,& tanto minus vendi res,vt dicunt Casana. *cons.*10.*n.*46. & Ioan. Anton.Bello.*cons.* 10.*n.*31. & nos in aliqua alia decisione , partem contractus,& pretij esse pactum istud retrouendendi, dicunt omnes,& ideò † res ita vendita,pro minori pretio præsumitur empta, quam nec venditor vendidisset nisi ex illo pacto liceret redimere , vt ex multis tradit Gratia.*discept. forens.*26.*n.*4.*lib.*1.Sesse *decis.*355.*n.*13. *tom.* 3. Et iusto quòd cum ego pecunia mea , vt ita dicam , emerim istam facultatem pro omni tempore, quo voluero , sine qua rem non vendidissem, ea mihi per aliquem, ex istis , vel illis considerationibus, diminuatur ?

Hæ

ARGVMENTVM.

De eadem materia præscriptionis admittendæ, necne in gratia redemptiua.

SVMMARIVM.

1 *Dispositio hominis minus restringitur quam legis.*
Opinones contraria in materia huius decis. conciliantur, ibidem.
2 *Prouisio quæ fit à contrahentibus semper est firmior ea,quæ à lege.*
3 *Pactum de retrò, in fauorem venditoris.*
4 *Pactum de retrò est fauorabile vt res redeat ad suam pristinam naturam,& antiquum dominum.*
5 *Fauorem alicuius quod respicit , non debet ad commodum alterius & in odium illius intelligi.*
6 *Pactum de retrò diminuit de iusto res valore tertiam,aut quartam partem.*
7 *Vendita res cum pacto de retrò,præsumitur vendita minori pretio , nec aliter eam vendidisset venditor.*
8 *Opinionem, quòd gratia redemptiua nunquam præscribatur admittit Camera imperialis.*
9 *Et Rota Auenionensis.*
10 *Et Senatus Neapolitanus.*
11 *Et in regno Siciliæ ex particulari de hoc condita lege.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

8 Hæ possint † esse rationes, quibus maiores nostri sapientissimi moueri potuerunt ad amplexandam, quæ est aduersus præscriptionem, in fauorem venditoris, & eius claræ mentis significatæ verbis, sententiam. Nec est iste solus Senatus, qui illam sequitur, sed & Camera etiam Imperialis, vt testantur Minsinger. *singul. observa. centu. 1. cap. 16.* & Andre. Gail. *practica, observa. lib. 2. observa. 18.* & Doctor Marta in *digest. nouissim. tom. 3. tit. de pig. cap. 4. & tit. de pac. cap. 42.*

9 Idem † in Rota Auenionen. auctor est Hieron à Lauren. *decis. 129. in final. verbis*, quæ est optima in proposito decis. Idem † seruat Neapolitanus Senatus, vt auctor est Ricc. *collectan. 285.* & Ioan. Bapti. Thoro in *compen. decis. Neapol. verb. pactum de retrouendendo, fol.*

11 375. In Regno † Siciliæ factam de hac esse particularem legem, vt nunquàm huic pacto *sit* præscriptum, asserit Anton. Amato *var. resol. 19. num. 6.* Signum est, quòd visa est ibi aliquid boni habere hæc opinio. Et

12 denique † eandem opinionem obseruati in Regno Aragon. dicit Casana. *cons. 7. num. 14.* & Sesse *decis. 18. num. 103.* & *107.* vbi dicit, id ibi esse introductum contra ius, & foros de hoc loquentes, quo demonstratur quàm optima visa fuerit hæc sententia, vt obstrinxerit ad eam sequendam contra ius, & foros.

13 Quod tamen † dicit procedere, quandò in ipso contractu fuit pactum appositum, secus si ex interuallo, quia tunc illud præscribitur, sicut cæteræ actiones, viden. Andre. Fachin. *controu. iur. lib. 2. cap. 13.* vbi dicit sibi hanc opinionem videri longè probabiliorem, in cuius confirmationem adducit multa non pœnitenda, Valençue. Velas. *cons. 187. numero 118. & 132. lib. 2.*

14 Hæ (inquam) sunt † rationes, quibus maiores nostri, qui semper fuerunt doctissimi, moueri potuerunt ad hanc tenendam opinionem, & sententiam: alij aliam teneant, nos hanc non relinquemus, quia apud nos non facilè mutantur quæ certam habuerunt interpretationem, vt dicit obseruantissimus Micha. Ferrer in *1. par. observan. statim in initio, & in introductione*, & etiam quia bene nobis succedit cum ista opinione.

15 Sed an † sit aliquis casus, in quo in Cathalonia admittatur nihilominùs præscriptio in pacto de retrò, & venditione cum eo facta, tractat noster don Accas. de Ripoll. *var. resolu. cap. 11. de emp. & vendi. n. 241.* & dicit esse vnum, quando contingeret interpellari emptorem per venditorem ipsum, & oblato pretio requiri, quatenus reuenditionem firmaret, & ipse recusaret, & contradiceret, & factis recusatione, & contradictione, eis acquiesceret venditor, nec amplius peteret per tempus triginta, aut quadraginta annorum, tunc præscriptum diceretur huic actioni compellendi emptorem ad reuenditionem faciendam, id quod probat ex his, quæ dictimus citra ea, quæ sunt facultatis, in quibus est indubitatum, non intrare materiam præscriptionis, vt tradunt omnes in *l. 1. ff. de seruitu.* si tamen datur contradictio cum acquiescentia, tunc præscriptioni datur locus, per ea quæ ego post alios satis late in hac materia tradidi in *1. de pac. nup. clau. 4. glo. 17. ex n. 52.* & in aliis locis harum decisionum. Alia ibidem adducit Ripoll. *vbi suprà.*

16 Vnde † animaduertant, & sint arrenti venditores quòd si aliquam interpellationem de hoc faciunt emptoribus, de qua possit constare, non sistant in ea, sed statim causam moueant, vel respondeant cum alia contradictione, ne per acquiescentiam ius amisisse dici valeant.

17 Sed quid † in censibus, & censualibus? Licet ex eisdem rationibus, quas contrariæ partis tutores adducunt, videretur idem dicendum, quòd intret, & procedat præscriptio, cum eædem rationes videantur militare, verùm propter absurditatem, quam ea res contineret, non ausi sunt idem in censibus, & censualibus resiluere, sed dicunt in eis huic pacto nunquam præscribi, quia (inquiunt) est de necessitate iustitiæ, atque validitatis census, & inseparabile ab eo contractu, & consequenter impræscriptibile. Item † in censu dicunt, 18
ius redimendi connunctum esse exceptioni, cum enim actor agit ad reditus solutionem, venditor excipit, quoad futuros saltem reditus, offerendo pretium redemptionis, vnde † sicut natura exceptionis perpetua 19
est, & nulla temporis præscriptione tollitur, iuxt. *l. pure, §. vlt. ff. de dolo excep.* ita & ius offerendi, quod iuri excipiendi connunctum est, nunquam præscriptione tollitur, Casana. *cons. 7. n. 15.* An hæc considerationes sufficiat, vt diuersum ius constituatur in hoc pacto de retrò, quàm in alio, tu iudicabis, nobis qui in vtroque casu tenemus contra præscriptionem, & contra eam inconcusse declaramus, quæcunque tradatur ratio sufficiet sine difficultate, eam rationem late expendunt insignis Couar. *lib. 1. var. resol cap 9 num. 8.* Gasp. Roder. de *annu. reditib. lib. 1. q. 17. num. 76. & quæst. 19. per tot.* Auenda. de *censib. Hispan. cap. 10. 1. num. 8.* Velas. de *iure emphyt. q. 11. n. 17. cum sequen.*

ARGVMENTVM.

Pacto simplici de retrouendendo, sine verbis, toties, quoties, perpetuò vel quandocunque & similibus, an longissimi temporis præscriptione præscribatur.

Et an pro eodem pretio, etiam vilissimo respectu valoris rei qui creuit, & auctus est postea, sit facienda reuenditio.

SVMMARIVM.

1 *Præscriptio an admittatur in pacto de retro, quamuis non sint verba infinitatem denotantia.*
2 *Pactum de retro, multoties concipitur sine verbis denotantibus perpetuitatem.*
3 *Reuenditio vigore pacti de retrò, est facienda pro eodem pretio, quamuis non dicatur.*
4 *Expressum dicitur, & pro expresso habetur quod est verisimile.*
5 *Reuenditio est facienda pro eodem pretio, quo facta fuit, etiamsi postea creuerit valor.*
6 *Praxis Cathalonia, vt eodem pretio reuenditio fiat.*
7 *Pacto de retrò præscribitur, quando non adsunt verba denotantia perpetuitatem.*
8 *Præscriptio longissimi temporis omnes actiones personales permit.*
9 *Facultas, quæ ex contractu descendit, nomen actionis meretur.*
10 *Reseruatio facultatis redimendi simpliciter facta, intelligitur secundum dispositionem iuris, & sic intra triginta annos.*
11 *Promissio de retrouendendo intelligitur, si intra debitum tempus reuenditionem petierit venditor.*
12 *Senatus noster, etiam in hoc casu, quòd non sint verba perpetuitatem denotantia, est contra præscriptionem.*
13 *Ratio fundatur in verisimili mente in hac opinione Senatus.*
14 *Pactum in fauorem alicuius appositum, in sui etiam fauorem debet interpretari.*
15 *Naturalia contractus veniunt in ipso, licet non exprimantur.*
16 *Mens contrahentium talis præsumitur, qualis natura contractus.*

17 *Nam*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

17 *Naturalia contractus sunt in duplici differentia.*

18 *Venditor reservando sibi facultatem redimendi, intelligitur cum omni eo, quod tam de iure, quàm de consuetudine venit sub pacto.*

19 *Procurator constitutus ad aliquod factum, potest facere ea omnia quæ sunt de consuetudine.*

20 *Clausula solita apponi in instrumento, habetur pro apposita.*

21 *Venditor potest compellere emptorem ad firmandum instrumentum gratiæ redemptionis sibi reservatæ cum omnibus clausulis solitis.*

22 *Pactum de retrò, cum dictionibus perpetuitatem denotantibus censetur factum, quamvis non dicatur.*

23 *Contrahens semper censetur contrahere iuxta morem regionis.*

24 *Tempus in stipulationibus raro intelligitur ineſſe, nisi exprimatur.*

Decisio LXXVIII.

1 CVm tota † vis per eos qui tenent, pacto de retrouendendo non præscribi, fiat in dictionibus, *toties, quoties, perpetuo, quandocunque*, & similibus perpetuitatem denotantibus, quæ solent in venditionibus, quæ cum eo pacto celebrantur, apponi, vt vidimus in præcedent. decis. meritò dubitari potest, nunquid, cùm vnum, aut aliquid prædictorum verborum non apponitur, procedat etiam quod inibi diximus, vt nec etiam admittatur præscriptio, & quid in nostro Senatu obtinuerit.

2 Succedit † iste casus non raro, ferè tamen semper tabellionum incuria, & ignorantia, qui licet regulariter soleant longiores esse, quàm deceat, quandoquetamen taliter breuiores volunt apparere, vt obscuriores fiant contemantur enim persæpe instrumentum concipere dicendo: [Ego N. gratis, & ex certa scientia, instrumento tamen gratiæ redimendi mediante, & non sine eo, vendo vobis N. hunc, vel illum fundum, hanc, vel illam domum, &c.] & posteà acceptat emptor venditionem in genere, cum pactis in ea appositis, promittens soluere pretium, &c. Et nihil vltetiùs dicitur de pacto de retrouendendo, nec emptor firmat instrumentum gratiæ, promittendo quòd toties, quoties, & quandocunque voluerit emptor, soluto sibi pretio, restituet ei rem venditam, sicut communiter fieri solet instrumento ad partem incontinenti confecto. Concepto prædicto modo, instrumento ita simpliciter, de duobus solet incommodi dubitari. Primò, cùm non sit dictum quo pretio sit facienda retuenditio, dubitatur quo fieri debeat. Secundo, an pacto sic concepto sine illis dictionibus infinitatem, & perpetuitatem denotantibus, præscribatur triginta annis.

3 Primum † non est dubium, nec meretur ante oculos alicuius poni, quis enim potest dubitare quin pactum de retrouendendo simpliciter adiectum, censeatur appositum pro eodem pretio? Forte pro maiore, aut minore? nullus dicet, *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendi. & l. si a test. eod. tit.* Eminentiss. Cardinal, Mantic. *de tacit. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 31. num. 21.* adducens † pro ratione, quòd hoc videtur verisimiliter à contrahentibus cogitatum, & actum, & ideò pro expresso habendum est. *I. in obscuris, de regul. iur. cum concor.* Cabina. *cons. 7. n. 3.* Ioan. Anton. Bello *cons. 76. n. 31.*

5 Solùm † posset esse difficultas, an si mutatum esset pretium, & rei valor creuisset, vel diminutus esset, intelligeretur pretio currente tempore retrouenditionis, an verò eodem, quo priùs emptor rem ipsam emerat, quando non est dictum, quo pretio sit retrouenditio facienda. Qua in re, licet multa disputando dici possent, veritas tamen est, esse intelligendum pactum de pretio conuento, & difficulter aliud posset obtineri, quamvis diuersa opinio variis sit fulsulta rationibus, vt dicit Cagnol. *in l. 2. num. 99. in fin. C. de pact. inter empt. & vendit.* & nouissime Ioan. Anto. Bello *cons. 76. num. 8. & 19. vers. minus obstat.* Atque † ita apud nos sine difficultate *practicatur*, recuperantur enim quotidie plures proprietates in vim harum pactionum, cum modicis quantitatibus, & vilissimo pretio habito respectu ad tempus recuperationis, eo solo motiuo, quòd non pluris fuerant à principio venditæ. 6 †† 7

Circa † secundum dubium est difficultas, affirmatiua enim opinio, quòd huiusmodi pacto, & facultati præscribatur, placebit sine dubio maiori ratione iis, qui in quæstione præcedenti eandem affirmatiuam tenuerunt, etiam quando dictum fuit, *perpetuo, semper, toties, quoties*, & præterea placebit, seu placi. ura videbitur etiam iis, qui ad tenendum negatiuam in dicta præcedenti quæstione, se fundarunt in verbis prædictis, eo quòd denotent infinitatem, & perpetuitatem, cùm enim hic non adsint, cessabit ratio illius opinionis, & ex consequenti cessabit opinio, atque ita Menoch. *in cons. 143. n. 14.* & Cardin. Mantic. *in dict. tract. de tacit. & ambigu. conuen. lib. 4. tit. 31. n. 21.* dicunt quòd in hoc casu nullus, aut pauci dissentiunt. 8

Et ratio † huius opinionis videtur esse clara, patens, ac manifesta, quia hic nihil consideratur, quod impedire possit, ne intret præscriptio longissimi temporis, quæ omnes actiones personales petunt, *ipsius, & omnes, & l. cum notissima, C. de præscript. 30. vel 40. annor.* sublatis enim verbis perpetuitatem denotantibus, nulla alia ratio potest obstare, vt vidimus in præceden. decis. vbi docuimus, qualiter parùm, aut nihil referat quòd facultati nunquam præscribatur, quia † cùm ex contractu descendat, nomen actionis meretur, ex Fab. *de pact. inter emp. & vend. defin. 4.* Nec malæ fidei, in qua videtur esse emptor, habendam esse aliquam rationem etiam pulchris considerationibus demonstrauimus, non est necesse repetere. 9

Secunda † ratio, quæ facit pro hac opinione est, quia reseruatio facultatis redimendi, simplicitèr facta, intelligitur secundum dispositionem iuris, id est intra triginta annos, prout pluribus auctoribus, qui faciunt differentiam quando simpliciter est facta reseruatio, & quando cum dictionibus, de quibus in præceden. decis. probat Surd. *decis. 2. n. 8.* 10

Tertia ratio, † quia promissio continet tacitam conditionem, si venditor intra debita tempora redemerit, vt declarat Bald. *in cons. 303. in fin. vol. 1.* cum aliis, quos in proposito adducit Surd. *decis. 3. n. 10.* Ista autem tempora sunt sine dubio triginta, aut quadraginta annorum, vt sæpiùs dictum, ergo huic facultati erit per istud tempus præscriptum. 11

Verum, † his non obstantibus, Senatus noster præexcellens eandem opinionem, quam diximus in decis. præced. tenere contra præscriptionem, quando in pacto adsunt verba denotantia perpetuitatem, *amplectitur*, & sequitur etiam in isto casu, in quo illa non adsunt, de qua attestatur Cancer particulariter *in 3. part. var. resol. c. 7. de pact. n. 206.* & nos etiã fidem facere possumus, qui nunquã in hoc difficultatem fieri vidimus. 12

Sed quæ † sit ratio, cur à tam receptissima opinione recedat Senatus, est quòd perquirimus, ne sine ratione dicamus causas decidi in Senatu, eam nullus ex nostris tradidit, vt dicebam in dict. præceden. decis. super quæstione ibi proposita, iudico quòd ex verisimili mente contrahentium, vti in eadem præceden. decis. diebamus, nullus enim est, qui cum hoc pacto contrahat, qui non existimet illud importare in fauorem venditoris reseruationem perpetuæ facultatis redimendi, & cum † in sui fauorem pactum apponatur, interpretari illud oportet in eius etiam commodum, & vtilitatem 13 14

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vtiliratem: Quod quia late in præceden. decis. expendi, ideò hic non repeto: solùm adduco rationem, qua vtitur Mantic. vt supra vidimus. de *tacit. & ambig. conuen. lib 3. tit 9.* vt pactum gratiæ redemptiuæ intelligatur pro eodem pretio rameti si non dicatur, quia hoc videtur verisimile à contrahentibus cogitatum, & actum, & ideò pro expresso habendum est, *l. in obscuris, de regul. iur. cum concor.*

15 Et quòd † intelligatur, & intelligi debeat venditor sibi reseruasse facultatem redimendi quandocunque vellet, etiam si non dixerit, & expesserit, quemadmodùm si expressisset, & dixisset, probatur ex eo quòd naturalia contractus veniunt in ipso, licet non exprimantur, & adhuc non tanquàm tacita, sed tanquàm expressa, quia faciens contractum, censetur exprimere ea, quæ sunt de natura illius, probatur *leg. ex empto, in princ. de actio. emp.* in illis, verbis, *quod si nihil conuenit, ea præstabuntur, quæ naturaliter inesse iudici potestate, &* tradit late Sesse *decis. 36. n. 6 cum seq. tom. 1.* & fusiùs Cardin. Mantic. de *tacit. & ambig. conuen lib. 1. tit. 13.*

16 *n. 13.* Vnde fit † vt talis præsumatur fuisse mens contrahentium, qualis est natura contractus, elegantèr idem Cardin. Mantic. *vbi sup. num. 15.* vbi has conclusiones facit. Pro expresso habetur quod naturaliter inest, quasi natura ipsa loquatur. Intentio contrahentium præsumitur conformis naturæ contractus. Naturalia contractus videntur tacitè subintelligi. Quæ naturalia sunt, quamuis à contrahentibus non dicantur, per notarium in instrumento exprimi possunt, quia ad eius officium pertinet. Est receptissima omnium interpretum sententia, vt notarius intelligatur à contrahentibus rogatus apponere clausulas, quæ respiciunt naturam ipsius contractus. Si est contentio, quemadmodum debeat fieri instrumentum super aliquo contractu conuentionali, omnia debent apponi, quæ sunt substantialia, & naturalia contractus. Vis plura? Hæc ego iudico sufficere. Si quis alius non ita, quærat.

17 Naturalia † autem contractus sunt in duplici differentia, alia quæ lex vult interuenire debere, & alia quæ de consuetudine interuenire solent, Sesse *vbi supra num. 6.* & melius *num. 25.* vbi plures in id adducit, Mantic. *d. tit. 13. num. 12.* vbi in hoc etiam æquiparat consuetudinem cum lege, & ideò tantum operatur in

18 his consuetudo, quantum lex ipsa, & ex † consequenti reseruando sibi venditor facultatem redemdi videtur sibi eam reseruate cum omni eo, quod tam de iure quàm de consuetudine venit sub pacto de retrò, elegantèr etiam istud docet idem Mantic. in *eod. tractat. de tacit. & ambig. conuen. lib. 3. tit. 9. num. 36.* vbi etiam ait, quòd ea, quæ sunt naturalia, & quæ sunt de consuetudine æquiparantur, adducens quendam Angeli locum, quòd sicut ea, quæ veniunt ex natura contractus, debent suppleri quamuis fuerint prætermissa, *l. cum quis, ff. si cert. petat.* ita etiam debent intelligi quæ ex consuetudine solent apponi.

19 Hinc † fit, quòd procurator constitutus ad id quod factum, potest facere ea omnia, quæ sunt de consuetudine, Menoch. *consil. 121. num. 12. lib. 1.* Ramon. *consil. 41. ex num. 17.* Vide in his eandem etiam Cardin Mantic. in *eod. tract. de tacit. & ambigu. conuen. lib. 3.*

20 *tit. 9. num. 32. & 33.* vbi & hoc plus, † quod clausula, quæ apponi solet in instrumento, habetur pro apposita, etiamsi non sit adscripta; quia quod exprimi consueuit, habetur pro expresso, *cap. cum M. Ferrariensis, ext. de constit.* & ibi notant omnes, & ad propositum

21 plures adducit Mantic. viden. Nec † dubito quin in isto casu posset venditor compellere emptorem ad firmandum sibi instrumentum gratiæ redemptiuæ, si vellet, cum omnibus clausulis, & obligationibus in similibus apponi solitis, per ea quæ late tradunt Anton Massagal. ad *form. camerat. obl. 9. de præambulis ipsius processus quæstio. 28. per tot.* & ibi additio Siluest. Zachiæ perdocta, & Paul. Granu. *tot. theorem. 9.* ac nouissimè Nichola. Anton Gizzarel. *dec. 75. Neapol. ex n. 6.* cum enim ex consuetudine soleant fieti ad partem hæc instrumenta, quando quis dicit se vendere cum instrumento gratiæ, videtur quòd emptor nullo modo possit effigere firmam illius, si pars vult illud sibi firmandum.

Ex his † sequitur, quòd quamuis venditor non ex- 22
pressérit in pacto de retro, quòd posset quandocumque, &c. quia tamen id venit de consuetudine, semper enim quod fit de pacto instrumentum, solet exprimi, vt est notum, ideo debet haberi pro expresso, quis enim credet quod non intellexerit ita sibi reseruate venditor cum sit ei magis proficuum, & ab omnibus fiat, & obseruetur? Quis † credet noluisse venditorem con- 23
trahere iuxta morem regionis, contra *l. quod si nolit, §. qui assidua. ff. de aedil. edict. Mestrii. decisio. 103. num. 2.* multum abunde Cardin. Mantic. de *tacit. & ambigu. conuent. lib 3. tit. 9.* qui inserbitur, *quemadmodum tacitæ, & ambigua conuentiones ex consuetudine congruam recipiant interpretationem.*

Ex rationes, † quibus moueri potuit Senatus, introducìque consuetudo ita in eo iudicandi. Quibus addere poteris, quod quando pactum de retrò est simplex, debet intelligi sine præfinitione temporis, tarò enim in stipulationibus intelligitur inesse tempus, nisi exprimatur. *l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus. ff. de verb oblig. § omnis, insti. eod. tit.* Mantic. de *tacit. & ambig. conuen. lib. 4 tit. 31. n. 10.* Si est sine præfinitione, cur ei terminum volumus præfigere? id non permisit vnquàm Senatus, sed in simplici etiam pacto semper præscriptionem *repulit*, repellereque debuit ex prædictis. ††

Sed si admitteres, prout diximus in præceden decis. quod hæc facultas soleat potiùs in factum, quàm in ius, minorem difficultatem res haberet, tunc enim quocunque modo conciperetur, impræscriptibilis foret, vt ibi notauimus.

ARGVMENTVM.

Pactum de retrouendendo, & facultas retenta per venditorem recuperandi rem venditam quando voluerit, an possit contra singularem successorem, seu contra tertium exerceri.

An emptor teneatur stare colono, quando cum hypotheca bonorum, & iuramento promisit obseruare contractum.

SVMMARIVM.

1 Lex 2. C. de pact. inter emptor. & vendi. *discutitur.*

2 *Actiones, quæ dantur venditori proreuenditione obtinenda, sunt personales.*

3 *Actiones personales non dantur contra singulares emptores.*

4 *Pactum de retrò, posse exerceri contra tertium, tenet Paul. de Castr. & contrarium Alex.*

5 *Opinio Paul. quod pactum de retro, possit exerceri contra tertium, reprobatur à multis.*

6 *Opinio prædicta Paul. tot errores habet, quot verba, secundum aliquos.*

7 *Opinio Senatus in hac quæstione.*

8 *Tribonianus secundum Fab addidit quædam verba in l. si cum venderet, de pign. actio.*

9 *Sed defenditur ab Osual. & Faber reprehenditur.*

10 *Opinio*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

10 *Opinio, quòd venditor vigore pacti de retro, agat contra tertium, amplectitur a plurib.*

11 *Et ab auctore quocunque modo sit pactum conceptum.*

12 *Pactum de retrò, interest multùm quomodò sit ceptum, secundùm aliquos.*

Decisio LXXIX.

1 Occasionem † dubitandi circa hunc articulum, dedit Imperator in *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendi.* quæ, vt Doctores dicunt, sola est quæ de pacto de retroemendo, & gratia redimendi agit. Primò, quatenùs de hærede emptoris duntaxat meminit dicens contra eum dari actionem venditori vt contra-
2 ctus fidem seruet, & non de alio tertio. Secundò, † quatenùs actiones, quæ ad id dantur, dicit esse duas, nempè præscriptis verbis, vel ex vendito, quæ personales sunt dum ex contractu proficiscuntur, *dict. l. 2. C. de pact. inter emp. & vendi. l. qui fundum 75. de contrahen. emp. & l. duduum. C. eodem*, Fab. de *pact. inter emp. & vend. defi. 8.*
3 *n. 1.* quæ † non dantur contra singularem successorem, *l. vlt. §. vlt. de contra. emp. l. 1. § si heres, ad Trebel. l. quadam, §. si autem, ff. de eden.* idem Fab. in *d. tit. de pact. inter emp. & vend. defi. n. 3.* Alex. Trentacinq. *var. resolu. lib. 3. tit. de emp. & vend. resol. 10. ex n. 17.* sed quia tex ipse magis difficultatem patefacit, ideò eius verba referemus: [Si fundum (inquit) parentes tui ea lege vendiderunt, vt siue ipsi, siue hæredes eorum emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictæ, hæres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur actio præscriptis verbis, vel ex vendito, tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.]

Quæstionem hanc disputarunt in forma, & ex proposito Andre. Tiraq. de *retrae. conuen. 6. 5. glo. vni. per tot.* Aym. Craue. *cons.* 201. insignis Couar. *lib. 3. var. resol. cap.* 8. Gasp. Anton. Thesau. *quæst. forens.* 81. *lib. 2.* Facchin. *controu. iur. lib. 2. cap. 15.* Hieronym Gabr. *cons. 66. li. 1.* & nouissimè Card. Manti. de *tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 32. ex n. 44. cum mult. sequen.* Qui tamen, licet suis disputationibus rem claram facere debuissent, adeò obscuram tamen illam è contrario, mihi visi sunt reddidisse, vt vix quid iustum sit, discerni valeat. Ego, qui magis resolutiones facio, quàm disputationes, breuiter quid tenendum, aperiam.

Scissi sunt Doctores in duas diuersas, ac contrarias opiniones, quorum bonam partem adducunt Scribentes supra proximè relati, quos diximus magis ex proposito disputare quæstionem, sed posteà latius eos retulit Anto. de Amato *var. resolu. 19. n. 2.*

4 Affirmatiuæ † opinionis, quòd pactum de retrouendendo, & facultas, quam habet venditor, possit contra tertium exerceri, auctorem communiter interpreres faciunt Paul. de Castr. in *l. si cum venderet, ff. de pig. ac.* Contrariæ verò negatiuæ Alexan. in *cons. 10. lib. 1.* quorum quiliber plures habet assecl as, sicut communiter contingit in opinionibus controuersis.

5 Opinionem † Pauli affirmatiuam adeò absonam iudicat Anton. Fab. vt nullo modo eam tolerare valeat, eam & simul statutum patriæ Sebusiensis illam approbans, ab omni iure abhorrere dicit in suo *Cod. lib. 4. tit. 34. de pact. inter emp & vendi. defi. 3. & 8. in glos.* sed acerbius multo, & actius valde contra eam opinionem loquitur *in suis de error. pragmati. lib.* signanter *decad 12. erro. 9. in princip. & error. 10. per tot.* in quibus locis errorem magnum nostrorum interpretum istum plenè ore appellat, ac proinde nullo iuris colore defendi posse, eam sententiam à certus, & notissimis iuris regulis abhorrere dicit, statutumque ei conforme contra iuris rationem editum fuisse in sua patria, prædicat. Pergit † vltetius dicens, totam Pauli traditionem 6
in hoc articulo non plura verba continere, quàm errata, vt mirandum (inquit) sit tanto posteriorum interpretum ferè omnium, adeoque supremorum tribunalium applausu receptam eam fuisse.

Ego † licet pro facultate mihi orbi Senatus nostri 7
doctissimis resolutionibus prouinciam hanc, istamque laborem susceperim, retrahebar per hæc à sententia illius in hac re manifestanda, ne si forsan contingeret, provt fieri potest, eam esse pro affirmatiua, continuò nomen iniustæ, absonæ, à iure deuiantis, erroneæ, &c. ex Fabro contraheret, Verùm re pensata, decreui nihilominus veritatem in hac quæstione inquirere, & ea tecta, non verebor sententiam Senatus aperire, siue sit contra Fab. siue pro eo, parùm timens vt in male licta huius, vel alterius interpretis incurrat quæ per illum electa erit, & approbata, non enim soler Senatus electiones opinionum facere iniustè, vbique possunt apparere. Id diiudicandum in prudentis cuiusque arbitrio relinquam posteà.

In primis, † vt vanum timorem expellam, quem 8
incutiebant verba Fabr. ne quis auderet affirmatiuam sententiam amplecti, aut circa ipsam liberè loqui postquam ipse alioquin doctissimus eam tantopere execratus fuit, animaduerto principale motiuum ipsius fuisse, quod Tribonianus in *l. cum si cum venderet 13. de pignora. ac.* quæ est totum affirmatiuæ fundamentum, adiecit, ac addidit, vt solet de suo, totam illam clausulam, quæ vnà (inquit interpretes fefellit, ac tot erroribus causam dedit, *sed & ipse debitor, aut vendicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere* id non temouear, est is auctoris stylus agere contra Tribonianum: pro eo † satis plene, & acute si- 9
mul respondit Ofual. in *præfatione lib. quem Donellum enucleatum appellat*, efficacissimis rationibus commonstrans quàm magno errore lapsus prædicta de Triboniano iste auctor dixerit.

Et quoad † pluram opinionem, si erroneam eam pu- 10
tauit Fabr. non desunt alij, ac illi quidem doctissimi, quibus contrarium visum, ego omnes hic non adducam, sed aliquos, qui sufficiunt, & inter eos domus ei compatriotam vnum valentissimum Doctorem Gasp. Anton. Thesau *quæst. forens. 81. lib. 2.* qui *n. 3.* in puncto iuris tutiorem hanc opinionem se arbitrari dicit, & deinde de statuto illi conformi in sua patria facto loquens *n. quarto* illud asserit esse iuri consonum. Nicho præterea Boer *decis. 181.* celebriorem, humaniorem, rationabilem, & amplectendâ eandem sententiam prædicat. Borgni. item Caualca. *decis. 16. n. 7. & 11. & 26. in 2. part.* veriorem rationabiliorem, & æquiorem eam dicit. Alexand Rauden *decis. Pisa. 16. n. 192.* dicit verba *dict. leg. si cum venderet*, quam tam acriter impugnat, & reprehendit Fab. esse adeò clara, vt mirum sit quòd Alexand. & Cur. sen. remauerint cuitate hanc decisionem. Quid dixisset ad Fabrum si illum legisset? Quis cum his commilitonibus metuet maledictiones Fabri? Pusillanimes.

Iam † ergo quòd possimus liberè loqui cum à 11
Fabro non defendant reliqui, ego in hac materia dicam cum insigni Couar. in *cit. cap. 8. lib. 3. var. numero. 3.* quòd licèt multi contradicant, possitque res in acerrima disputatione in dubium verti, plurimùm nihilominus placet Pauli sententia simulque arbitror eam in praxi recipiendam fore, idque † siue 12
verbis obliquis, & communibus, veluti dicendo, quòd pretio oblato teneatur emptor retrouendere, siue etiam verbis resolutiuis directis ad instar pacti legis commissoriæ, quòd tali casu res sit inempta, pactio fiat, quamuis plures distinctionem amplexi fuerint, de quibus per Mantic. *vbi sup. ex numero 61.* per Gabr. *cons. 66. num. 1.* Henric. Ressental.

de

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

de *feud cap.10.concl.7.num.12*, existimantes priore casu actionem non dari contra tertium, vtpote quia tunc dominium ipso iure non redeat ad venditorem, sed solùm personalem aduersus ipsum primæuum emptorem, quanti venditoris interest rem venditam non fuisse, posteriore verò sic, ex quo redit ipso iure, & resolutæ quæcunque inueniat retrò, & sic venditionem & distractionem retro factam. Et nisi reprobata dicta distinctione, apud nos nunquàm verbis directis, sed obliquis fiant pactiones de retrò. Rationes, quibus fundo hanc sententiam vna cum decisio. Senatus habes in sequen.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. an & quandò in vim pacti de retrò, possit agi contra tertium.

SVMMARIVM.

1 *Actio in rem datur per pactum de retro, quæ concurrit cum personali.*
2 *Actio in rem exercetur contra tertium.*
3 *Actio in factum scripta oritur ex pacto de retrò.*
4 *Reprehenditur qui id dixit à quodam, quia actio in factum etiam est personalis, nec potest contra tertium exerceri.*
5 *Actio in factum in rem scripta exercetur contra tertium.*
6 *Facultatem redemptionem posse exerceri contra tertium, tenet Senatus Aquen.*
7 *Pactum de retro efficit vi oblato pretio statim transferatur dominium in venditorem sine traditione.*
8 *Pactum de retrò in dum factum non causam bonorum, id est domini transferendi continet.*
9 *Pactum de retrò dicitur vestitum sua causa, quia alias venditor non fuisset venditurus.*
10 *Pactum de retro cum generali obligatione bonorum, & cum iuramento, impedit alienationem, & translationem dominij in præiudicium venditionis, & illius facultatis redemptionæ.*
11 *Iuramentum emptoris in gratia redemptiua appositum, quid operetur respectu secundi emptoris.*
12 *Successor singularis non tenetur stare colono.*
13 *Fallit si locatio est facta cum obligatione, & iuramento.*
14 *Senatus plures, qui sequuntur opinionem, quod pactum de retro potest exerceri contra tertium.*
15 *Senatus nostri eadem est opinio.*
16 *Ius meum sine facto meo a me auferri non potest.*
17 *Emptor secundus, cui vigore pacti de retro aufertur res, agit de euictione contra primum.*
18 *Emptor secundus, si habuit notitiam pacti de retro in prima venditione appositi, non potest se defendere a primo venditore volente rem retinere.*
19 *Successor singularis si habet notitiam locationis, tenetur stare colono.*
20 *Emptor, vel donatarius posterior, quamuis prius acceperit possessionem, non præfertur si sciuit aliam antea fuisse factam, vel venditionem, vel donationem.*
21 *Emptor sciens primum venditionem cum pacto de retrò, non excusatur.*
22 *Venditio cum pacto de retrò, si est firmata per dominum, maiorem virtutem habet.*

DECISIO LXXX.

RAtio, † qua primò fundo illam sententiam quæ fuit in præceden. proposita quòd detur venditori actio in rem pacti de retrò, siue vetus obliqua, siue directis sic illud conceptum, est quia quamuis in *l.2.C. de pac.inter emp.& vend.* tradatur, dari in isto casu duas actiones, quæ anibæ personales sunt, cum ex contractu proficiscantur, nempè præscriptis verbis, & ex vendito, vt diximus in initio, verum datur etiam vnius in rem, quod non est inconueniens, vt ea simul cum personali detur ob eandem causam, quæ † efficit vt contra tertium experiatur, & experiri possit venditor volens rem suam in vim pacti recuperare, vt probatur in *l.si cum venderet ff. de pignor. ac.* in qua Pau. hanc opinionem fundat, & meritò, cum in ea detur actio in rem simul cum actione in factum. Hæc est ratio inligens Couar. in *cita.cap.8.n.3.* vbi postea dicit, illud quod supra retulimus, quòd licet sciat posse in acerrima disputatione responderi ad iurisconsulti responsum in *dict. l. si cum venderet*, quid dixisse si Fabrum tot, tantaque aduersus eam legem ore proferentem excusata verba audiuisset) nihilominus opinatur Pauli Castren. opinionem in praxi recipiendam fore, & vltra adductos per Couar. in confirmationem sui dicti, quòd scilicet detur in hoc casu actio in rem scripta, tradit Henri. Ressental, *de feud cap.10.concl.7.n.7.& in alleg tio littera D.* 1

Secundò † mihi multum placet dictum Catol. Molin. auctoris licet damnati, in hoc veto, ad quod allegabitur cum expurgatione permissi, qui in iam alias *citat.cons.10. Alex in 4 dist. litte B* sic pulchre ait, [Recte respondet Alex. rigore iuris inspecto, quia hic neque res erat hypothecaria pro obseruantia pacti, neque allegatur fraus, eamque participatam ab vltimo bonæ fidei emptore, & sic relinquitur nuda personalis obligatio, quæ non sequitur fundum. Tamen ex æquitate puto actionem in factum dandam tanquàm in rem scriptam. Et ita obseruamus ex quo dominium non exiit simpliciter, sed sub hoc onere, alias vbi tale pactum non esset appositum in alienatione rei propriæ, non esset actio in rem scripta, quia cessaret æquitas, &c.] 2 3

Et licet † Molineum carpere nouissimè voluerit Franciscus Stephan. *decis. prouin. Aquen. 25. n. 7.* eandem hanc quæstionem tractans, vbi miratur, quòd ille primo venditori in factum actionem, quæ personalis est, aduersus tertium dari censeat, quo cum non contraxit, quem obligatum non habet, de quo nulla penitus in contractu mentio facta fuit. Verum † otiosa est reprehensio cum Molin. non posuerit actionem in factum simpliciter, sed cum illa additione, tanquàm in rem scriptam, quæ potens est vt ad tertium deueniatur, ac deueniri possit. 4 5

Mellus † processit deinde idem Stephan. quòd non recordatus eorum, quæ anteà dixerat, nempè in *dec.57. n.6.* vbi approbat dictum, & opinionem Castren. ac Mol. etiam ad Alexand. concedens vtilem in rem contra tertium, & præterea etiam æquitatem, vt quis vendicet rem suam sub lege reuenditionis distractam, etiam à tertio emptore, testaturque deinde Senatum Pau. Castren. sententiam probasse sæpissimè. 6

Tertiam † rationem ponit Mar. Giur. nomin. Senatus Siciliæ *dec.93. n.1. Quia oblato*, inquit, *pretio sine traditione transfertur dominium in venditorem ex ipso pacto*, vnde infert posse venditorem retinendatione agere contra quemlibet rei possessorem. 7

Quarta † ratio desumitur ex traditis per Gasp Anton. Thesau. in *cita.quæstione 81. num.3. lib.1.* vbi satisfaciens his, quæ contra hanc affirmatiuam opinionem considerauerat Cagnol in *l. 2. num. 153. Cod. de pact. inter emp. & vend.* optime probat eam. Dixerat 8

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Cagnol. quòd pactum de retrò nudum factum, non caufam bonorum, id eſt dominij transferendi continet, ſicque à veritate eſſe alienum, vtile transferri dominium facta oblatione, & vtilem rei vendicationem contra ſingularem ſucceſſorem competere, cum emptor nolens retrouendere, & rem tradere, ad intereſſe tantum teneatur. Reſpondet Theſau. in *dict. loco*, dicens hic pactum eſſe veſtitum ſua cauſa, qui aliter non
9 eſſet † venditurus ille, qui vendit, & illud pactum eſt pars contractus, vt dicitur in *dict. l.2.* & non poſſunt contrahentes a pacto emptioni adiecto recedere, quo concludit non prohiberi propterea venditorem contra ſingularem ſucceſſorem pro recuperanda re ſua, oblato pretio, experiri, multa vtilia in propoſito adducit Gabr. Petrey *deciſ. Portugal. 15. à n.1. vſque ad n. viden.*

10 Quinta, † & vltima ratio deducitur ex hypotheca, & obligatione generali bonorum, quæ pro obſeruantia contractus cum iuramento, ſaltem apud nos, ſolet apponi in his cõtractibus: promittunt enim emptores in omnibus illis cum iuramento rettouendere, & promiſſa tenere, & obſeruare, & illis non contrauenire ſub bonorum ſuorum omnium obligatione, quæ generalis hypotheca coniuncta cum iuramento efficit ne emptor potuerit rem alienare, nec dominium transferre in præiudicium venditoris, & facultatis recuperandi, & habendi rem per viam tenendi tionis ſibi reſeruatæ, & cum primo emptore pactatæ, elegantèr Nicho. Boer. in *citat deciſio.* 182. atque ita optimè poſſe venditorem agere contra quemcunque ſingularem ſucceſſorem, cum tali caſu dicatur habere ius reale, non perſonale, quod ſequitur fundum, eleganter idem Boer. in *dict. deciſio.* 181. *numero.* 53. late etiam Alexand. Trentacinq. *variar. reſolu. libro tertio de empt. & vend. reſolu.* 10. *ex numero* 18. latiſſimè Borgnin. Caualca. *deciſ.* 16. *ex numero ſexto in ſecunda part.* Et
11 † quamuis iuramentum ſolum reſpiciat perſonam iurantis, & non ſecundi emptoris, cum quo nihil geſtum eſt, tamen operatur, vt non poſſit iurans in præiudicium illius, aliquid agere, per quod virtus iuramenti inefficax reddatur, vt benè conſideratur Theſau. *queſt. forenſ.* 13. *numero vndecimo, quem mox citabimus.*

12 Simile † eſt illud, quod dicimus de ſingulari ſucceſſore, qui ſecundùm *l. emptorem, Cod. locat.* non tenetur
13 ſtare colono, verùm † ſi locator pro obſeruantia contractus, ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter cum iuramento, quod ideo eſt, obligauerit bona, tunc idem eſt, ac ſi prohibita foret legitime alienatio, & per talem obligationem tale ius acquiritur colono, vt non poſſit modo aliquo à re conducta expelli, elegantèr Gaſp. Anton. Theſau. *queſt forens.* 13. *lib.* 2. qui poſtquàm multis illud confirmauit, & omnia fere adduxit ad id neceſſaria. Doctoreſque retulit, qui recte de hac re tractant. poſtea *n.* 10. *in fin.* ſe remittit ad ea, quæ tradidit *in ſupra adducta queſt.* 81. in qua de hac pacti de retrouendendo materia, vt videmus, agitur, quo videtur æquiparaſſe vnum caſum cum alio, Polidor. etiam Rip. *ſingular. obſerv.* 134. & 135 auctor deciſ. Lucen. diuerſor. *dec.* 18. & Andr. Fachin. *tom.* 2. *controu. iur. lib.* 12. *cap.* 28. quos ego non adduxi, & nunc ſeparatim poterit, in 1. *de pact. nup. glau* 4. *glo.* 26. *ex n.* 67. vbi pluribus de eadem quæſtione egi.

14 Redeundo † ad principalem articulum, in quo diximus, licere ei qui vendidit rem ſuam cum pacto rettouendendi, recuperare illam recta via abſque aliqua excuſſione prioris emptoris, quam aliqui requirunt, à quocunque ſingulari ſucceſſore teſtituto pretio: Eam opinionem ſequutus fuit Senatus Pariſien. vt auctor eſt Caſſane. *conſil.* 53. vt refert Couar. in *ſæpe cita. cap.* 8. *n.* 3 Senatus Burdegalen. vt eſt apud Boer. *in cita. dec.* 182. Rota Lucen. apud Magon. *deciſio.* 80. *nu.* 2. & apud Cornezam. *deciſio.* 84. *n.1. &* 2. apud Borgni. decil. 16. *part.* 2. Prouin. Aquen. apud Franc. Stephan. *dec.* 57 *num.* 6. In Regno Aragon. idem obſeruati aſſerit Calana. *conſilio.* 7. *ex num.* 10. & denique in Regno Siciliæ eandem opinionem recipi, auctor eſt Mar. Giurb. *deciſio.* 93. Aliquid boni debet habere hæc opinio, poſtquàm tot Senatus eam ſequuntur, & aliquid etiam boni, cum videamus in nonnullis partibus ſtatuto particulari cautum fuiſſe, vt illa obſeruetur, obſeruarique debeat, provt in Ducatu Sabaudien. vt auctor eſt Fab. in *relatis. deſio.* 3. & 8. *de pact. inter empt & venditor.* & Gaſp. Anton. Theſaur. *dict. queſt.* 81. & in ciuitate Verſellæ, provt refert Cagnol. in *dict. l.2. C. de pact inter empt. & vendi. n.* 115. & Theſau. *vbi ſup. numero* 4.

Et ſi † percontetis, quid ergo Senatus noſter am- 15
pliſſimus ſequatur? ſatis ex ſupra dictis poſſe te comprehendere, & colligere, reddam. Diximus hanc opinionem æquam, humanam, rationabilem, &c. ex hoc ſolo debes eam adſcribere noſtro Senatui, qui ſimiles opiniones cum prudentia eligere ſolet, & apices iuris contemnere vti ſupremus Senatus. Ita *declarauit* in †
terminis referente egregio olim Senatore don Ludouico à Peguera die 17. Decembris 1596. in cauſa egregiæ domnæ Petronillæ de Pinos Vicecomitiſſæ de Canet, cum Hieronima Saturnina de Odena, & Sindico villę Acrimontis, provt vidi in Archiuo Regio, fuit etiam condemnatus tertius ad rettouendendum, & antea etiam *declarauerat* ſimiliter Senatus *die 22. Septembris.* 1575. referente egregio Relatore Ros in cauſa reductionis Baroniæ de Verges ad Regiam Coronam, quæ eſt in proceſſu Comitis de Peralda, contra Fiſcum Regium, & alios. Relatore don Raymundo Rubi de Mat y mon, & ſcriba Sebaſtiano Coſta.

Non enim † foret iuſtum, vt negatiuam *Senatus* 16
amplecteretur, per quam ſine facto ſuo, ius ſuũ reſeruatum per venditorem in venditione rei ſuæ, auferretur eidem, & materia daretur mille fraudes committendi, provt conſideratur Theſau. *in cita. queſt. foren.* 13. *n.* 15.
Nec † per hoc ſit aliquid præiudicij, vel ſaltem quod 17
ſit conſiderabile, ipſi poſteriori emptori, quia iam per cuictionem pactatam in ſua emptione recuperabit quod ſua intereſſe rem oblatam, non fuiſſe, aut ſi quid præiudicij eſt, melius, eſt ipſum illud pati, quam quod primus venditor, qui ſatis per pactum de retrò ſibi cauit, nec eſt iuſtum quòd contra ſuam cautionem defraudetur.

Ex his, † ſatis ſupérque manet confirmata hæc re- 18
ſolutio, nec eſt opus his, quæ deducuntur in contrarium, pluribus ſatisfacere, cum eſſet nunquam facere finem, & ex ſuperius adductis, illa remanenant ſatis diluta, & enerauata.

Ceſſant in hac materia omnes amaritudines, ac omnes doctorum concertationes, quando probatur (provt eſt facile, cum ſempet ſoleant tradi nouis emptoribus inſtrumenta priorum acquiſitionum à vero domino factarum, & calendari in poſteriorib⁹ quòd ſequentes acquiſitores habuerunt notitiam pacti de rettouendendo, cum quo priores venditiones fuerunt factæ, tunc enim non eſt dubium, quin recta via poſſit agere primus venditor contra ſingularem ſucceſſorem, quia tunc, iſte nouus acquiſitor videtur eſſe in dolo, & fraude, vel ſaltem in mala fide, & exemptio videtur facta ad æmulationem.

Exemplo † eorum, quæ dicuntur de emptore ſcien- 19
te rem eſſe alteri antea venditam, vel locatam, & de donatario ſimiliter notitiam habente, rem fuiſſe alteri prius donatam, quamuis † enim ex duobus emptori- 20
bus, vel donatariis, is præferatur, qui prius nactus fuit rei vel venditæ, vel donatæ poſſeſſionem, quamuis ſit poſterior, & quamuis etiam emptor non teneatur ſtare colono, verùm id non procedit quando prio-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

prioris venditionis, vel donationis, vel etiam locationis nouus emptor, vel donatarius, vel locator nofitiam habuit. Surd *dec. 125. n. 21.* & apud Gutier. *de iure confirmo. par. 1. cap. 30. n. 8.* & ege etiam pluribus tractaui, & decisionibus huius facri Senatus ornaui, *in 1. de pact. sup. lib. 4 glos. 15. ex n. 79* quibus adde Gulp. Antonium Thelau *quæstio fuerit. lib. 2.* Et in individuo † 21 to. Thelau *quæstio fuerit. lib. 2.* Et in individuo † in hoc eodem nostro casu pacti de retrouendendo, quòd cum nouus adquisitor non fuit illius ignorans, possit recta via venditor cōtra eum agere, probat cum multis, idem Thelau. *in sæpe cita. quæstio. fuerit. 81. n. 14.* & Henr. Reffental. *de feud. c. 10. concl. 7. n. 9.* Crauc. *consil. 12. n. 8.* Menoch *consil. 63. n. 21.* Dec. *consil. 87. n. 3.* & Sola *ad constitu. Sebau super decret. ex frequentibus subditor. glos. 2. par. n. 3. & 6.* Ad hæc est bene attendant qui contra tertios possessores agere volunt, maxime vbi non recipitur simpliciter opinio, quam sequimur in Cathalonia de potestate agendi contra tertium absque aliqua alia consideratione.

22 Finaliter † est bonum in hac materia, quòd venditio prior fiat cum assensu domini directi, & eius firmatione enim est doctrina magni feudistæ Henri. Reffental. *de feud cita cap. 10. concln. 7. n. 10.* dum enim (inquit) dominus sub hoc pacto vendere consentit, videtur aliquo modo egisse, vt res illa non ita plane à vasallagio venditoris exiret. Et pactus non minus dominus consentiens intelligitur, vt vassallo pretium restituenti, feudum reddatur, quàm ipse emptor. Idcòque qualificato huic suo consensui contrauenire non debet, &c.

ARGVMENTVM.

Tertius an præscribat contra pactum de retrouendendo.

SVMMARIVM.

1 *Tertius an præscribat contra pactum de retrò.*
2 *Emens à non domino præscribit contra verum dominum.*
3 *Tertius facilius bonam fidem habere indicatur circa rem in eum alienatam.*
4 *Differentia maxima est quoad præsumendam bonam. vel malam fidem, & quoad præscriptionem, inter eum, qui primò acquirit, & eum, qui postea à primo acquirente.*
5 *Præscriptio procedit in fauorem illius, qui ab empture pupilli emit.*
6 *Præscriptio procedit in fauorem illius, qui rem ab alio vi possessam emit.*
Vel à præside, cui res contra legem donata fuerat, ibidem.
7 *Præscriptio in pacto de retrò procedit fauore tertij.*
8 *Præscriptio procedit fauore ementis à colono vendente rem vti propriam.*
9 *Præscriptio procedit fauore ementis ab vsufructuario rem vendente vti propriam.*
Præscriptio 30. annorum non impeditur, quod à mala fidei possessore res acquisita sit ibidem.
10 *Tertius semper eximitur à generalibus depositionibus, etiam multum priuilegiatis.*
11 *Spoliator non auditur donec spolium purgauerit.*
12 *Spoliator punitur criminaliter pro spolio.*
13 *Tertius, qui se opponit in causa spolij, impedit illius purgationem, & agitur petitorio, vbi decisiones.*
14 *Tertius impedit restitutionem rei mutuatæ, depositæ, commendatæ.*
15 *Tertium non comprehendit rigor scripturæ tertij ab alio firmatæ.*

Idem est de obligatione camerali, ibidem.
16 *Tertius quod præscribat non obstante pacto de retrò, declarauit Senatus Lusitanus.*
17 *Contrariam opinio, quod immo nec tertius præscribat in pacto de retrò.*
Decisiones Senatus sitæ pro hac opinione, ibid.

DECISIO LXXXI.

1 Dictum † fuit in præcedentibus decisionibus de pacto de retrouendendo, & instrumento gratiæ redimendi, quòd siue illud apponatur simpliciter, siue etiam cum dictionibus, *semper, perpetuo, quandocunque*, & aliis perpetuitatem denotantibus, nunquam facultati, quæ inde resultat venditori recuperandi rem venditam pro eodem pretio, præscriptum censetur pet lapsum cuiuscunque temporis videndum restat, an id procedat non solùm, respectu ipsius primi emptoris, qui ea lege emit, sed etiam & respectu alterius, cui itidem ipse vendidit.

2 In qua quæstione, licet præscriptionem negemus primo emptori, & acquirenti cum pacto de retrouendendo, videtur tamen eam concedendam tertio ex aliis rationibus, quæ non militant in eo, primo, quia emens à non domino, quamuis dominium non adquirat tamen vsucapiendi conditionem contra verum dominum, taliter quòd legitimo præscriptionis tempore decurso, nihil vetus dominus possit ab eo petere, *l. 1. ff. de publi. in rem. actio. l. claudius, de contrahen. emp. & ex his, insti. per quas perso. nob. acqui.* is enim † tertius fa- 3 citus bonæ fidei possessor præsumitur, ex *glos. in c. cum ea, de iure patro.* ibi: *eorum successores ignorant, & bonam fidem habent*, facit *l. bona fides, de acquir. rer. dom.* ibi: *ab eoque alienata bonæ fidei emptori, &c.* est enim † magna differentia eius, qui immediate cum aliquo vitio à 4 principio acquirit, ab eo qui postea ab huiusmodi acquirente ius habet, quod mirifice probat I. C. *in dict. l. bona fides*, vbi † præscriptio procedere dicitur in fauorem illius, qui rem pupilli emit ab eo, qui ab ipso pupillo, vel eius tutoribus, & curatoribus malo modo acquisuerat, ac in † fauorem etiam illius, qui emit rem 5 ab alio vi possessam, vel à Præside, cui contra legem repetundarum res illa donata fuerat, licet dicta præscriptio non procederet in fauorem priorum acquisitorum, id quod elegantissime declarat Arti. Pinel. *in l. 2. par. 2. cap. 4. ex n. 38. C. de rescin. vendi.* & post eum Gab. Petey. *dec. Portug. al. 15. n. 8.* Secundum † quæ, 6 quantumuis in aliis locis dixerimus, præscriptionem pacti de retrouendendo non procedere in fauorem primi cum eo pacto emptoris, procedet tamen contra acquisitorem ab eo, in quo bona fides concurrit, faciliterque præsumitur in dubio iuxta *l. fin. C. de euict.*

Alia † exempla similia adducit Per. Barbos. *in l. 2.* 8 *ex n. 195. C. de præscipt. 30. aut 40. anno.* & signanter de colono, qui vendidit rem domini tanquam suam, & tradidit: quo casu emptor statim incipit præscribere, iuxta tex. *in l. cum nemo, C. de acqui. poss. ff.*

Idem † dicit in vsufructuario, qui eodem modo 9 vt suam rem proprietarij vendidit, & finaliter vnico verbo dicit, non impediri præscriptionem, saltem 30. annorum, quod a malæ fidei possessore res acquisita sit.

Secunda † ratio delimitat ex regulis generalibus, 10 & ordinatis, quibus regulatiter tertius eximitur, & seu excipitur à generalibus, & communibus dispositionibus tametsi multum priuilegiatis, vt ecce, † nul- 11 lus ignorat quàm rigorose procedant leges contra spoliatores, punientes eos nedum ciuiliter in denegatione audientiæ donec illud purgauerint, *cap. 2. extra, de ordin. cogni.* sed etiam † criminaliter pœnis legali- 12 bus, de quibus late per Farina. *de var. & diuer. quæstio. q. 100. n. 38.* Sed iste † rigor totus est contra ipsum 13 spoliatorem, non contra tertium, immò si is se

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

causæ opponit, dicens rem esse suam, impedit sine dubio restitutionem, & efficit eius oppositio vt tractetur de petitorio ad instantiam tertij oppositoris, relicto possessorio, provt late probat Menoch. *de recupe. possess. reme 1. n. 137.* & Per. Barbos. *in l. si alienam, 12. n. 9. ff. solu. mat.* Dummodo is tertius non participauerit de spolio, provt ego, plures sunt anni, *obtinui* in Senatu pro quodam Sacrista Monasterij sancti Michaelis de Cuxano, & de tempore antiquo, nempe de anno † 1551. est etiam alia *declaratio* facta sub die 4. Iulij, qua idem fuit declaratum, Relatore Clariana de Sena. Partes don Ioannes Torelles, cum don Ioanne de la Nussa.

14 Præterea, † omnes sciunt quàm priuilegiata est rei mutuatæ, depositæ, commodatæ, &c. restituio, quam tamen tertius opponens potest impedire volens in incontinenti probare dominium, quia rigor solùm est respectu mutuatarij, depositarij, commendatarij, &c. non tertij, vt dicunt Doctores *in cap. veniens, 2. de testibus* Boer. *dec. 79. num. 1.* & late Barbos. *in l. si alienam, 12. n. 9.* & *10 ff. solu. mat.* & Stepha. Gratia. *discep. foren. 161. numero 7.*

15 Deinde, † quis non credit magnam guarentigiæ vim, & efficaciam, qua proceditur rigorose, & executiuè contra partem, etiam non citatam, nec audtam, is tamen rigor nullus est contra tertium, sed solùm contra illum, qui cum guarentigia se obligauit, quantumuis ille tertius possideat obligati bona, Selle *de inhibitio. tor. cap. 12.* Gratia. *decis. Premin. Mare. 138.* Massagal. & ibi additio, *ad formam. Camer. obliga. par. 2. cap. 2. per tot.* noster Cancer egregius doctor *in 1. par. var. resolu. cap. 17. de appella. n. 25. & in 2. p. c. 3. de instrum. guaren. n. 5.* & ego ipse *in 1. de pact. nup. claus. 3. n. 2. n. 51. & in 2. claus. 6. glos. 1. par. 4. n. 2.* quibus adde Rotam Roman. apud Ludouis. & ibi eius doctum additionatorem *decis. 22. n. 1. & 362. n. 6. & 12. decis. 330. n. 2.* vbi etiam si agatur in vim obligationis cameralis.

16 Ex quibus † videtur, quòd quæ dicuntur respectu primi acquisitoris cum instrumento gratiæ, ne possit præscribere, non possint accommodari tertio, in quem posteà eadem res peruenit. Et ne eamus per mendicata suffragia, nec totum sit argumentari à simili, ita in terminis in facti contingentia declarauit, ac tenuit Senatus Lusitæ. vt testatur Georg. Cabedo *dec. 160. par. 1.* & Gab. Petrey *dec. eiusdem Regni. 15. n. 8.*

17 Sed his † non obstantibus, Senatus noster aliam, & diuersam sequitur sententiam, quòd nec tertius habens causam ab eo, qui emit cum pacto, præscribit aduersus facultatem redimendi domino competentem, atque ita *declarauit* expressim in causa relata in præcedenti *dec* die 17. Decemb. 1596. ad relationem don Ludouici à Peguera, in causa Vicecomitissæ de Canet, cum Hieronyma Saturnina de Odeda, vt ibi diximus, † ac *antea etiam* de anno 1575. in causa Baronię de Verges in eadem præcedenti decisio memorata. Reliqua in sequenti, vbi adducuntur rationes huius Senatus resolutionis.

diuersa militat ratio.

4 *Emens à non domino potest vsucapere, & fructus suos.*

5 *Intelligitur data bona fide in emente, aliàs non procederent prædicta,*

6 *Idem est in emente à solono, & ab vsufructuario.*

7 *Tertius, qui se opponit in causa spolij, ideo impedit restitutionem, quia est in bona fide.*

8 *Spoliator non auditur nisi facta restitutione, quia vius sibi propria auctoritate reddidit.*

9 *Tertius si participauit de spolio, non impedit cursum causæ spolij.*

10 *Tertius, qui possidet rem spoliatam, opponendo se in causa spolij, non impedit illius cursum.*

11 *Tertius non impedit restitutionem mutui, depositi, commendæ, si participauit de dolo.*

12 *Guarentigia non afficit tertium.*

13 *Tertius cui afficitur, & obligatur pacto de retrò sicut principalis.*

14 *Bona fideicommissò subiecta non præscribuntur.*

15 *Præscriptio non currit non valenti agere.*

16 *Fideicommissarius recuperat à quocumque bona fideicommissò subiecta alienata.*
Prohibitio alienandi in fideicommisso officit rem ibidem.

17 *Corne. contrarium tenens reprobatur.*

18 *Pactum de retro afficit rem ad quemcumque vadat*

19 *Emens scienter rem affectam pacto de retro, tenetur ad illius obseruantiam.*

20 *Pactum de retrò sonat potius in factum, quàm in ius.*

Decisio LXXXII.

SEd cum † ita Senatus teneat, vt diximus in præcedenti, quòd nec tertius præscribat contra gratiam redemptiuam contra tot alios? curtantoperè præscriptionem odio habet? forsan, quia est iniquum præiudicium, quid nè cùm sint plures qui id dicant, *glos. in l. 1. de nege. gest. §. nolumus, in autem. de his qui ingred. ad appellan.* Rolan. à Val. *consil. 79. n. 11. cum sequen. vol. 3.* Petra *de fideicom. quæst. 14. n. 29.* Mar. Muta *decis. Sicil. 31. n. octano* vbi dicitur esse illam iniquissimum refugium, odiosam, improbum luctū, & improbā allegationem, iniquamdefensionem. & contra naturalem æquitatem. 1

Sed breuiter † non ob eam rationem, sed ob aliam, quæ meo iudicio, est clara, & euidens secundùm illa, quæ in præcedentibus decisionibus diximus de natura verborum *semper, perpetuò, totiet, quoties, & quandocumque* his pactionibus de retrouendendo apponi solitis, quòd stent in suo proprio significatu perpetuitatem importantia, maximè attenta verisimili mente ipsius vendentis, qui clarè eam declarauit velle esse, vt in perpetuum liceret sibi reemere rem, dum verba prædicta pacto apposuit. Quod si ita est, nihil mirum, quòd Senatus, quoad excludendum præscriptionem, idem iudicet de tertio, atque de principali, cùm eadem in vtroq; militet ratio, quod quia in dictis locis satis late confirmauimus, ideò non est necesse hîc repetere. 2

Ad contraria † respondemus etiam faciliter, ipsa procedere, quia non militabat in tertio eadem ratio, quæ in principali, & ideò nihil mirùm si diuersum ius statuitur. Quod non militet eadem ratio, patet, quia in illis casibus adductis in contrarijs prædictis, in tertio bona fide acquirente non poterat considerari mala fides, quæ in principali, quæ impediebat præscriptionem, ideò aliud in eo iudicabitur, quàm in principali. Differtarmus per exempla tradita in dictis contrarijs paululùm, vt res fiat dilucidor. 3

Et in primis, † accipiamus exemplum de emente à non domino: hunc dicunt jura nostra & vlucapere, seu præscribere posse rem emptam, & fructus præterea facere suos, provt de primo probant jura 4

jam

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden.
Vbi adducuntur rationes præceden. decis. Senatus, & simul satisfit contrariis.

SVMMARIVM.

1 *Præscriptio est iniquum præsidium.*
2 *Ratio vbi eadem militat, ibi & idem ius.*
3 *Tertius non afficitur rigoribus principalis, quando*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

jam allegata in primo contrario, & de secundo probat, *l. bona fidei. ff. de acquir. rer. dom.* & *l. si quis à non domino. ff. de rer. divis.* videamus † qualiter id procedat, certè data bona fide, id est credendo quòd vendens dominus esset, non sciens non esse dominum, alias nec præscriberet, nec fructus faceret suos, vt expressis verbis dicunt jura prædicta cum suis glossis, & declarat Rota Ludovis. *dec. 190. ex n. 9. vsque ad fin. & ibi addi. Beltrami*, at que ita, qui scienter emit rem alienam, in æternum non præscribet propter malam fidem, quam habet, Cæsar. Barz. *dec. 48. n. 13.* En qualiter, si aliud statuitur in tertio, aliud in principali, est quia diuersa est ratio, vbi autem est eadem, aliud diceretur.

6 Præterea, † quod de emente à colono, & vsufructuario tradit Barbos. *in cita. l. 2. ex n. 199. C. de præscrip. 30. vel. 40. annor.* idem Barbos. declarat procedere data bona fide in ipso emente, quæ consistit in credulitate, quòd vendens esset dominus, & in ignorantia contrarij, aliàs quis diceret, ementem à colono vt colono, & ab vsufructuario vti vsufructuario eum tam mala fide præscribere posse?

7 Idem † elt procul dubio dicendum de tertio opponente se in causa spolij, auditur enim is volens in continenti de dominio docere, & suspendit possessorium intentatum, & impedit restitutionem, quod non faceret spoliator, quia scilicet diuersa ratio militat in vno,

8 atque in alio. Ratio † enim ob quam spoliatus ante omnia restituendus est, non obstante exceptione dominij spoliatoris etiam in incontinenti probandi, est quia contra iuris prohibitionem dixit sibi ius propria auctoritate: vnde in odium, & pœnam hujus culpæ, ei denegatur audientia Panor. *in cap. 1. n. 5. de restitu. spol.* Corras *in l. naturaliter, §. nihil commune, de acquir. poss. n. 70.* quæ ratio cessat in tertio rem vendicante, & ideò audiendus est si dominium velit in contimenti probare, ita in indiuiduo respondet Barbos. *in supra cita. l. si alienam 12. n. 10. ff. solu. matr.*

9 Si tamen † contingit, quòd ipse tertius participauerit de spolio, quod sæpius contigisse vidimus, veluti cum vnus, qui alicui soluebat aliquam pensionem, spoliando, ac priuando eum sua possessione incipit eam soluere tertio, tunc si liti, in qua tractatur de spolio, se opponit huiusmodi tertius volens agere de juribus suis in petitorio, non audietur, quia tunc non est diuersa ratio in eo, atqui in principali spoliatore propter participationem spolij, & sic æque vnus atque alius videtur esse in dolo, prout benè declarat Menoch. *in cita remed. 1.*

10 *de recuperan. poss. ff. n. 381.* Imò † quocumque modo deuenerit res ad tertium, qua alius fuit spoliatus, non audietur ipse tertius volens de juribus petitorij tractare, quod enim dictum est, tertium impedire restitutionem spolij, intelligendum est, si ipse non est qui possidet, seu detinet. prout pulcherrime Rota Roma. Ludo. & ibi additio *decis. 542.* de quâ etiam re est Marescо. *var. resol. lib. 1. capite 59. num. 10. & 11.* in quibus locis plures citantur Rotæ decisi. de hoc factæ, Surd. *vot. cons. 28.* Gab. *de restit. spol. conclu. 5. n. 38. & 73.* Thesau. *dec. 129. n. 1.*

11 Idem est, † quando tertius se opponit causæ, & liti super deposito, mutuo, vel commodato alicui facto. clarum enim est, quòd si ipse habet prætentionem aduersus rem illam mutuatam, commodatam, depositam, abstractam ab omni iure ipsius mutuatarij, depositarij, commodatarij, audiendus erit, quia diuersa ratio est in vno atque alio, sicut in causa spolij diximus, cæterùm si ipse deprehenderetur in aliquâ participatione doli ipsius mutuatarij, depositarij, commodatarij nolentis vero domino, qui rem mutuauit, &c. restituere rem, certè non foret audiendus, ex eisdem rationibus in spolio traditis.

12 Demùm, † quod attinet ad exemplum adductum de guatentigia, illud non applicatur huic casui nisi

quatenùs eo probatur, quæ rigotosè statuuntur contra aliquos, non comprehendere tertium, quod nos numquam negauimus quandò non militat eadem ratio inter ipsos.

In summa, † casus noster est talis, quòd ex eâdem 13
ratione, quâ principalis excluditur à præscriptione, debet etiam excludi quilibet tertius, qui non excluditur propter malam fidem, quæ videbatur cessare in singulari successore, sed propter amplitudinem, & extentionem pacti in perpetuum, quod efficit materiam impræscriptibilem, vt superiùs dixi, vnde nihil mirum si Senatus noster cum summâ ratione, nedum principalem, ac primum acquisitorem cum eo pacto excludit à præscriptione, sed etiam, & quemcumque alium, cùm in vtroque militet eadem ratio, nempe impræscriptibilitatis.

Exemplum † habemus excellens in materia fidei- 14
commissariâ, clarum est enim quòd bona fideicommisso subjecta non possunt præscribi quocumque etiam longissimo tempore in præjudicium successorum in vinculo, & fideicommisso, eâ ratione, † quia non valenti 15
agere non currit præscriptio, *l fina. C. de anna. excep. & in authen. nisi tricennale, C. de bon. matern.* vbi latè Pinel. *à n. 42. cum seqnen.* innumeros ad propositum allegat Fusar. cum quo omnes habes, qui adduci possunt, *in tracta. de substitu quæst. 528. n. 4.* Et pro eâdem etiam *de pact. nup. tom. 1. cl. 4. gl. 12. n. 65. & 67.* Et quia † prohibitio 16
dirigitur in rem, & non in personam, & sic affecta res manet, bona enim ipsa sunt grauata, vt suo tempore ad successores gradatim, & successiuè deueniant, & onus ipsis rebus, non personis videtur impositum, ideò non attenditur si est tertius, qui acquisiuit à tertio, vel ab ipsomet hærede grauato, vel alio quocumque modo, in omni enim casu cessat præscriptio, numquàm aliquis eâ exceptione se juuare potest aduersus successores in vinculo, & fideicommisso, imùmò ad quoscumque, & per quoscumque res vadant, semper qui in fideicommisso ex propriâ personâ succedit, bona vindicat, vt eleganter dicit Paris. *consil. 72. n. 89 lib. quarto*, Molin. *de primoge. Hispan. lib. etiam 4. capite 10. n. 1.* Anton. Gom. *in l. tan. 40. n. 90. vers. tertio & singulariter*, eleganter, sicut solet, Peregrin. *de fideicom. art. 41. n. 17 vers. nota tamen*, tota de hâc materiâ est *decis. Portug. 52.* apud Gab. Percy. cum alijs late adductis per Fusar. *in cita. quæst. 528. n. 5. & 7.*

Et licèt † id controuertere voluerit Corn. *in consil.* 17
304. lib. 3. adducens *ex n. 19* plures rationes, vt à prædictis recederet in casu cum possessor longissimi temporis in re fideicommissariâ causam habuit ab alio, quàm ab hærede grauato, quem nullo alio adducto, & quod plus est, mihil dicto de reprobantibus eum, quos est impossibile ad ipsius tanti viri docti notitiam non peruenisse, approbat, & sequitur Pet. Barbos. *ad rub. tit. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. n. 206.* verùm Cornei consultatio non recipitur, vt dicit Pereg. *vbi supra*, asserens contra communem loquutum illum fuisse, cùm in vtroque casu militaret ratio prohibitionis, & contrarium in eo casu consuluisse Alex. *consil. 101. ex n. 26. lib. 7.* licèt erratus sit ibi numerus consilij, cuius Alexan. authoritatem longè præponderate, rejectâ opinione Corn. dixit Nat. *in cons. 437. n. 7.* eumdem Cor. rejiciunt etiam Percy. & Fusar. *in locis cita.* dicentes contrariam sententiam malè tueri Corn. *in d. loco.*

Similis † est sine dubio casus noster. Ecce, quòd 18
per pactum de retrò affecta sine dubio fuit res, ne possit contra reseruantem sibi illam facultatem præscribi, id propterea non erit intelligendum solùm respectu primi acquirentis, sed & aliorum etiam quorumcumque.

Vltra † quod vix erit, quòd emptor vltimo non 19
tradantur tituli à primo, quibus fiat conscius vitij, quæ scientia impediet procul dubio præscriptionem,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vt antea dicebamus & in præcedentibus de hac etiam materia loquentibus decisionibus.

20 Et finaliter, † si admitteres facultatem hanc esse meram facultatem donantem potius in factum, quàm in ius, provt explicuimus *in 1. decis. de pacto de retrò*, minorem res haberet difficultatem, cùm tunc, vt ibi diximus, esset res impræscriptibilis.

ARGVMENTVM.

Pactum de retrouendendo, quomodo sit æstimandum, & qualiter de iusto valore rei detrahendum?

SVMMARIVM.

1 *Pactum de retrò est pars pretij, & facit minus valere rem.*
2 *Pacta quæcumque quæ apponantur venditioni, faciunt rem minùs valere.*
3 *Res valet plus ex aliquibus pactis, & conditionibus, quæ apponuntur in fauorem emptoris.*
4 *Pactum de retrò quanti æstimetur, & quantum diminuat de iusto valore rei.*
5 *Pactum de retrò aut est ad tempus, aut in perpetuū.*
6 *Pacti de retro temporalis nulla est certa æstimatio, sed relinquitur arbitrio Iudicis.*
7 *Arbitrio Iudicis relinquuntur quæ in iure definita non sunt.*
8 *Pacti de retro temporalis æstimatio per peritos.*
9 *Pactum de retrò temporale reuera diminuit de iusto pretio.*
10 *Pactum de retrò perpetuum nihil secundum aliquos diminuit de iusto valore.*
11 *Reprobatur hæc opinio, quòd nihil sit de iusto rei pretio detrahendum ob pactum de retro.*
12 *Res tanto magis valet quanto pinguius, & uberius fuit, & dominium eius transferitur.*
13 *Res quæ sub aliqua conditione potest euocari minus valet.*
14 *Pactum de retrò efficit secundùm aliquos, vt liceat detrahere ex pretio vsque ad dimidium, vel paulò plus.*
Alij tenent, quòd citra dimidium, & alij quòd paulo minus dimidio, ibidem.
15 *Sed reprobantur prædicta.*
16 *Pactum de retro diminuit secundùm aliquos de iusto valore quartam partem.*
Sed non recipitur hæc opinio, ibidem.

DECISIO LXXXIII.

1 OMnes † Doctores, quotquot de hac materia tractant, concordant in duobus. Primò, quòd pactum de retrouendendo, in aliqua venditione appositum, est pars pretij. Secundò, quòd propterea quòd huiusmodi pactum apponatur in venditione, res minùs valet, minori ipsque æstimanda est.

De primo est text. *in l. fundi partem, 79. ff. de contrah. emp.* vbi loquens super reconsultus de certo pacto venditioni fundi adiecto, dicit hæc verba: *nam hoc ipsum pretium fundi videtur, quòd eo pacto venditus fuerit.*

De secundo sunt etiam plura iura manifesta, & inter alia, tex. *in d. l. fundi partem*, ibi: *fundum vilius vendidisti*, in quibus iuribus late inducendis ego, qui breuitatem quæro, non laboro, videantur si vis, apud doctum Lusitan. Aluar. Velasc. *consultat. 70. num. 4.* qui plurimùm laboris, & temporis in hoc consumpsit, & in adducendis rationibus prædictorum. Sane, quis dubitare poterit, quin quæ res sub aliquo pacto, & sub aliqua conditione venditur, minùs procul dubio valeat, & æstimetur. Eleganter insignis Couar. *var. resolu. cap. 10. lib. 3. num. 1.* larga remissio apud Tiraquel. *de retract. lign. §. 1. glos. 18. num. 38. & de retract. conuen. in præm. n. 22.* & apud Meno. *de arbit. iudi. cas. 160. n. 44.* Cardin. Manti. *de tacit. & ambig. conuen. lib. 4. tit. 10. num. 41. & 42.* vbi † postquam pluribus de pacto de retrò, quod propter illud res sit minoris æstimationis, 2
postea adiecit generale esse, vt res sit minoris æstimationis propter alia quæcunque pacta, quæ respiciant commodum venditoris. Et in individuo in iustificando quod dictum est suprà per pactum de retrò semper diminui de iusto rei valore, plus ego aliis laboraui *in 1. de pact. nup. clauſ. 4. glos. 18 par. 1. n. 77.* vbi plures diuersorum Senatuum decisiones videndæ, & aliqua etiam de hoc tradidi in vna ex præcedentibus de pacto de retrouendendo compactis decis. in qua de eius præscriptione differuimus, necnon etiam in aliqua alia inter decisiones rescindendæ venditionis ob læsionem. Quemadmodum † è contrà, aliquando ex ali- 3
quibus qualitatibus, & conditionibus magis res æstimatur, vt sit contrariorum eadem disciplina, iuxta *l. quod sæpe, § fi. & ibi, gloſ. & Doctor. ff. de contrab. empt.* Pinel. *in l. 2. par. 3. cap. 4. n. 19.*

Sed non † concordant, quanti istud pactum sit 4
æstimandum, & seu quanti minoris sit vendenda res cum dicto pacto, quàm si libere venderetur, & absolutè absque aliqua spe, quòd aliquādo posset redire ad ipsum venditorem. Quod est vtile scire ob plures quæstiones, quæ incidere quotidie possunt disputandæ, in quibus his opus habemus, & signanter quando venditor agit de rescindenda venditione facta cum hoc pacto, sub prætextu læsionis beneficio, *l. 2. C. de rescin. vendi.* ac etiam quando tractatur de iudicando contractu vsurario, & fœneratitio ob modicitatem pretij, & appositionem huius pacti, quæ sunt quæstiones multùm vsufrequentes, quarum resolutio non potest haberi absque eo quòd resoluatur prius, quanti sit æstimandum huiusmodi pactum, & seu quanti minoris valoris sit iudicanda res propter illud.

Pro cuius † quæstionis dilucidatione est præsup- 5
ponendum, quod istud pactum duobus modis solet apponi in contractibus, temporaliter scilicet, & in perpetuum. Si temporaliter, † nullus adhuc ei taxauit, & 6
impositus pretium certum, ea ratione, quia nec ipsa temporalitas est certa, potest enim esse ad vnum annum, vel ad duos, vel ad decem, vel ad viginti, &c. necessitatum ergo dicere, eam taxationem remitti debere prudentis Iudicis arbitrio secundùm ea, quæ probata reperiet in processu, & alias, † ex ratione generali, quòd 7
ea quæ in iure expresse determinata non reperiuntur, arbitrio Iudicis diiudicanda censentur relicta, vt dicit Corras. *Miscellan. iur. lib. 4. cap. 12. num. 6.* & Menoch. *de arbit. iudi. lib. 1. quæst. 14. n. 6.* Card. Mant. *de tacit. & ambig. conuen. lib 13. tit. 10. num. 1.* qui ad id allegat tex. *in cap 1. §. 1. vers. bonus tamen Iudex, hic finit lex, &c. in vsibus feudor.* & in † terminis pacti de retro tempora- 8
li, dicit Velasc. *in cita consulta 70. num. 11.* & vt id possit fieri, debent attendere partes, & seu pro eis Iudex in adhibendis peritis, qui id diiudicent prius secundum suam peritiam, secundùm consuetudinem terræ, & alias, vt prædictis attentis facilius ducatur Iudex ad discernendum quod iustum fuerit, ne in arbitrio error. Et est † reprobata opinio dicentium, pactum 9
de retrò temporale non diminuere quidquam de iusto valore, quia immò diminuit proportionab. liter arbitrio Iudicis, vt dicit Bertazol. *d. consult. 129. n. 20. lib. 1. consil. criminal.*

Quando † autem ad imperpetuum est appositum 10
pactum, ideſt vt perpetuò sit redemptioni, & luitioni subiecta res vendita, qui est casus ordinarius, ac vsufrequens,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sens, videndum quomodo illud æstimari debet, quia tunc ipse proprietas sit de iusto rei valore detrahendum: in hoc sunt opiniones.

Prima est, quòd nihil sit de iusto rei valore propter adiectionem huius pacti detrahendum, ea ratione, quia per huiusmodi pactum nihil immutatur de natura contractus, nec propterea emptor minus recipit ex re vendita, & eius vsu, nec proinde minus libere ea fruitur, solum potest expectare quòd aliquando ei auferenda sit, sed non sine recuperatione pretij, & refectione quorumcunque sumptuum, super re empta factorum, ita vt nihil de suo amittat venditor: cui ergo de pretio diminuendum est propter huiusmodi pactum? hanc opinionem tenuit quidam Henri. Ita relatus a patre Molin. *de contract. disp. 475. n. 6.* quæ nec displicere videtur doctissimo Luitano Pinel. *in l. 2. C. de rescin. vend. 3 par. c. 4. n 19. ver. quod mihi.* vbi dicit se in ea esse sententia, vt ex eo pacto non alteretur communis rei valor quod materiam *dict. l. 2.* vel quoad similem, vel circa præmunendum vsitam, *ad cap illo vos, cum ibi nota. de pign.* & glos. *in cap. conquestus, de vsur.* quem cum alijs ego in id commemoratum *in 1. de pact. nupt. claus. 4 glos. 18. p. 1. n. 77.*

11 De hac + opinione nulla est omninò habenda ratio, quia omnes communiter, vt diximus, resoluunt contrarium, quod nempe huiusmodi pactum faciat rem minùs valere: in eo quod facit minus valere, potest esse controuersia, non si facit, vel non facit. Nec argumentum dictæ reprobaræ opinionis quid-

12 quam facit, cui respondet Molin. *vbi supra*, & non + est inutilis ratio, quæ ex alijs refertur per Aluar. Velasc. *consul. 14. 70. num 4.* quod tantò plus valet res, quantò ius, & dominium pinguius, & vberius transfertur, & e contra, sequitur ergo quod cùm pinguius, & vberius ius, & dominium transferatur per simplicem, & purum venditionem, quàm per eam, quæ fit cum pacto

13 plus illa, quàm ista valebit: cuius + rei est bonum exemplum quod ponitur *in l. 1. § si heres ff. ad Trebel. & in Litera labeo, § fin. cum l. sequen. ff. famil. erciscæ.* in quibus res, quæ sub al qua conditione potest auocari, minus procul dubio dicitur valere.

14 Secunda † ergo opinio, præsupposito quod pactum istud faciat rem minùs valere est, licere rem cum isto pacto tanto minoris emere, vique ad dimidiam, vel paulò plus, glos. *in c. ad nostram. de emp. & vend.* Alij citra dimidiatò esse debere, alij paulò minùs dimidia, de quibus per Anto. Sola *ad const. Sabau. de pact. inter emp. & vend. glo. 1. parte, num. 4. pag mihi 191.* Hæc opi-

15 nio † nec etiam recipitur in hac materia, quidquid forsan esse posset ad iudicandum contractum fœneratitium, & vsurarium ex modicitate pretij cum pacto de retrò, in quibus terminis videntur loqui Doctores, qui de hac opinione tractant.

16 Tertia † est opinio, quod altem diminuat istud pactum quartam partem de iusto rei valore, vt per Sola *vbi supra*, Tiraquel. *de retract. conuen. in prim. n. 25* Berthazol. *conser. 229. num. 20. lib. 1.* Sed non admittitur ea opinio, vt dicit idem Berthazol. ibidem. Reliqua cum decisionibus Senatus habes in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. circa æstimationem pacti de retrò, quod apponitur in venditionibus.

SVMMARIVM.

2 *Pactum de retro, secundùm aliquos, æstimatur minùs tertia parte, quod explicatur.*

2 *Arbitrio Iudicis relinquitur, secundùm aliquos, quatenus sit de iusto rei valore detrahendum ob pactum de retro.*

3 *Senatus sententia, quod pactum de retrò æstimatur tertia parte pret. vel paulo minùs.*

4 *Opinio auctorum, quòd relinquatur Iudicis arbitrio.*

5 *Pretia rerum variabilia.*

6 *Pactum de retro diminuit de valore vsque ad tertiam partem, vel paulò minùs.*

7 *Pactum de retrò in censualibus nihil diminuit de iusto valore.*

8 *Pactum de retrò in censualibus, si quid diminuit, debet esse quid modicum.*

9 *Census, & censualia an possint minori pretio vendi, quam constituta sint, & num. 14.*

10 *Iudex non debet auctorari venditionem factam cum lasione circa dimidium.*

11 *Venditio cum lasione circa dimidium, non est licita in foro poli.*

12 *Venditio cum lasione intra dimidium, toleratur ad cuitanam maius malum.*

13 *Venditio cum lasione intra dimidium non est licita in pretio taxato, & certo.*

14 *Emptio census minori pretio, quàm sit constitutus, non potest fieri, & n. 9.*

15 *Res vendenda sub hasta debet prius æstimari, & ad quid.*

16 *Res sub hasta debet vendi iusto pretio.*

17 *Dispositio l. 2. C. de rescin. vendi. improbatur ab aliquibus.*

DECISIO LXXXIV.

QVarta † est opinio, circa valorem pacti de retrò 1
appositi in venditione, in continuationem materiæ decis. præceden. Quarta (inquam) est opinio, cum qua video magis frequenter concurrere scribentes, quòd dictum pactum debeat æstimari minùs tertia parte, & sic, exempli gratiâ, debent de quolibet centenario detrahi triginta, taliter quòd res, quæ iusto pretio valet centum, licitè cum pacto de retrò ematur septuaginta, infignis Couar. *in 3. part. var. resolu. cap. 10. n. 1.* Sola *tit. de pact. inter empt. & vendit. glos. 1. parte, n. 4.* Iosephus Ludou. *dec. Perus 97. n. 6.* Ant. Velasc. *d. consul. 70. n. 5.* Anto. Gam. *dec. 138* & *dec. 178. n. 9.* Casana. *cons. 30. n. 46.* qui reliquos citat, & ego *in 1. de pact. nupt. claus. 4 glos. 18. p. 1. n. 78.*

Quinta † denique, & vltima opinio est, quòd cùm 2
istud non reperiatur iure definitum, Iudicis arbitrio æstimandum relinquatur, habita ratione consuetudinum regionum, secundùm quas solent variari pretia rerum, & esse diuersa, & attentis circumstantijs, quæ regulariter in his materijs solent augere, aut diminuere, ita omnes, quos suprà retulimus, & signanter insignis Couar. cui ego multùm soleo deferre, *d. cap. 10. lib. 3, var. n. 1.* vbi sic ait: *Hæc vero diminutio iusti pretij ratione huius pacti non temere facienda est, sed arbitrio boni viri, vtpote, qui discretis moderatoris.* Menoch. *de arbi. iudi. casu 227.* qui cæteros refert, & *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 122. n. 9.* & *n. 29.* & latiùs Farina. *de falsita. & simula. quæst. 163. n. 13.*

Quid † de nostro Senatu? strenuè de hoc puncto 3
disputari in eo de anno 1613. in quadam causa Baudilij Sotties Mercatoris, contra dom Bernardum Domis, quæ ducebatur in consistorio verbali suæ Excellentiæ coram admodum Reuerendo Cancellario, Scriba Alphonso Maynes. In qua causa, cùm in executionem sententiæ latæ contra dictum nobilem Domis, fuisset positus in subhastu publico quidam census illubilis. cum dominatione media, pensionis annuæ viginti sepiè libratum, & decè solidorum, què super certis proprietatibus recipiebat dictus nobilis Domis, nec

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

reperiretur qui aliquod pretium daret, fuit concessa licentia dicto Souies, vt pro suo credito licitaret, & cùm ejus creditum esset tenue valde respectu valoris census, qui subhastabatur, decreuit Senatus tem ei vendendam cum pacto de retrò, quod solet communiter facere Senatus cùm rei justum pretium in subhastatione non reperitur, vt cum minori damno debitoris distractio fiat. Et, quòd dictus Souies offerebat pro pretio census duntaxat centum octuaginta tres libras, sex solidos, & octo denarios, quod erat suum ipsius creditum, asserens, attento onere pacti, sufficiens illud esse pretium census, cum detractâ tertiâ parte ratione dicti oneris constaret offerri plus quàm esset dimidium justi pretij, quod sufficiebat: contradicebam ego valde, rem dicti Domsagens, dicendo læsionem, quæ indè resultabat debitoris, esse ingentem, & ideò intolerabilem, quo licèt dictum censum non æstimaremus nisi ad rationem aliorum censuum, & censualium subsilium absque aliquâ dominatione, ad rationem scilicet quinque pro quolibet centenario, quod est apud nos commune pretium censualium, ad minus valebat quingentas, & quinquaginta libras, & sic vendere tam magnum censum pro tam modico pretio, donare potius illud erat quàm vendere: cæterum quamvis multa dicerem, non potui *obtinere* aliud, quàm quòd augeretur ab emptore pretium vsque ad centum nonaginta libras, hâc consideratione factâ, quòd ob pactum, ex valore census erat detrahendum paulò minùs tertia parte, & quòd ea detractâ, sufficiebat quòd pro reliquo daretur ea quantitas, quæ non faceret læsionem vltra dimidiam, quamvis facerer intra eam, quod adimpleba tur dando pro dicto censu dictas centum nonaginta libras, atque ita fuit dicto Souies pro dictis centum nonaginta libris firmata venditio census perpetui cum dominatione mediâ, annuæ pensionis viginti septem librarum, & decem solidorum, cum tamen justa justum valerent, & communem non variabilem, sed fixum, pro centum, & nonaginta libris non habuisset, nec habere potuisset aliàs de annuâ pensione plus quàm nouem libras, & decem solidos, & illum censum possedit per plures annos, & nunc etiam possidet, quia adhuc debitor non curauit illum redimere.

In quâ declaratione habes, quòd Senatus amplexus fuit opinionem, & sequutus sententiam de æstimando pactum de retrò ad tertiam partem, vel paulò minus, juxta quartam opinionem ab scribentibus magis receptam supra propositam. Quam etiam postea in causâ don Caroli de Alemany contra don Franciscum Ros, sententia lata referente don Raymundo Rubi de Mar y mon *die 11. Aprilis 163 1.* scriba Hieronymo Bosch *sequutus* idem Senatus fuit, detrahendo imprimis de quibusdam scribanis venditis, tertiam partem valoris illarum, ratione pacti de retrò, & de reliquo fecit computum ad læsionem, quæ prætendebatur.

4 Cæterum † mihi opinio, quòd remittenda sit res arbitrio Iudicis pudicanda, vel ex, & certior, sine dubio videtur, qui consideratis circumstantijs, & reliquis, quæ considerandæ sunt circa augmentum, & diminutionem valoris rerum, quod justum est decernat, non attendendo ad tertiam magis quàm ad quartam, vel aliam pretij partem de justo rei valore diminuendam propter pactum, sed ad id, quod aliàs justum videtur, secundùm ea quæ justificata in processu apparebunt, vel aliàs natura negotij suadebit, non enim judico omnes vendiones posse sub vnâ certa regula regi, & meriti:

5 immò † mihi magis incertum, & variabile, quam valor, & pretia rerum, juxta *l. pretia rerum. ff. ad l. falcid.* quia pretium aliquando augetur, aliquandò minuitur ex qualitatibus, & conditionib. rei. *l. quod sæpe. ff. de contra. emp. & ibi glo. & Doctores*, & tradit late per multos casus discurrendo, Arius Pinel. *in l. 2. p. 3. c. 4. ex n. 19. cum sequen. C. de rescin vendi.*

Verum † aut, non displiceret, quòd nisi aliud obstet, 6 arbitretur Iudex valorem hujus pacti ad rationem tertiæ partis, vel paulò minus, juxta quartam opinionem, quam Senatus ampliectitur. Vide vltra omnes suprà adductos circa opinionem de valore pacti de retrò, & illius æstimationem, nouissime Mar. Cutelli. *de dona. contempla matrimo. tract. 1. discur. per sexta, ex num. 149.* vbi cum diligentia cumulauit Doctores, qui prædictas opiniones tenent respectiuè *fol. 224.*

Ad resolutionem † Senatus eapram in illa Baudilij 7 Souies, iam dixi quid ego fecerim, ne illa caperetur, sed non potui obtinere. Liceat hic mihi cum Senatus bonâ venia paulisper ab eo diuertere, bené potest semel mihi permitti, qui in reliquis, quasi communibus oculis, ejus vestigia sum semper sectatus. In duobus insistebam particulariter, ne illa resolutio caperetur. Primò in eo, quod dicebatur de censu, & illius valore propter pactum de retrò, detrahendam esse tertiam, vel aliam partem, quia in censualibus, quæ minùs apud nos valent, nihil diminuitur de justo illorum valore, qui est ad rationem solidi pro librâ, propter pactum istud de retrò, quod semper in eis apponitur, ad quod faciunt quæ tradunt Virgin. de Bocca. *in tract. de censib. 1. p. n. 34.* & Cæs. Manen. *de usuel. pact. 1. n. 11.* Accipere debere aduersarium rem hanc videbatur ac si ipse emisset censum, & creasset de nouo, quo casu erat illum emptures sine dubio cum pacto de retrò ad rationem vnius solidi pro libra similiter sicut hic; & propter pactum nihil fuisset diminutum. Aut si † quid erat di- 8 minuendum, debebat esse modicum valde, præsertim posito quòd si vendebatur census cum pacto, ex alia parte erat census qualificatus cum dominatione directa, & illoibilis aliàs ex parte obligati ad illum. Et si vis † sci- 9 re, & late habere disputatum, & discussum, an census, & censualia possint minori pretio, quàm constituta sint emi, vide Mar. Giurb. *tor. decis. Sicil. 117.*

Secundò † dicebam, quòd tametsi esset iusta reso- 10 lutio de detrahenda de valore rei, tertia parte, vel paulò minùs propter onus pacti de retrò, quod illi imponebatur: verùm non videbatur justum quod deinde ex eo, quod remanebat, permitteretur emptori auctoritate Iudicis decipere venditorem circa dimidiam iusti pretij partem, parùm enim deficiebat quin dimidia læsio transcenderet: quamuis enim communiter dicamus, licitum esse contrahentibus se inuicem decipere vsque ad dimidiam iusti pretij juxta vulga. *l. in emptione, §. idem Pomponius. ff. de minor. cum simil.* eam tamen deceptionem auctorari posse Iudicem, ita vt cum eis auctoritate, & eo vendente scienter fiat, ego non reperi vnquam, quia † in effectu est deceptio & ex con- 11 sequenti prohibita, si non in foro fori, in foro poli, Viui. *decis. 160. numero octauo* Pater Rebel. Socie. Iesu *de obliga. iust. 2. par. libro 9 q 3 per tot.* & latissimè & omnium, cùm omnes cumulauerit nouissimè Pater Cartusien. don Ioan. Valero *de differen. inter vtrum que forum, verbo contractus, differen. 1. per tot.*

Item, † quæ dicuntur de licita deceptione contra- 12 hentium intra dimidium iusti pretij, si potest esse licita aliqua deceptio, quod nolunt concedere citati interpretes, & si aliquando id tolerant leges, est non tanquàm licitum, sed vt minimum malum, ad euitandúmque maius, quod ex litibus oritur, vt ex dño Thomâ, Padill. & aliis dicit Pater Rebell. *vbi supra num. 6.* Prædicta † (inquam) quæ dicuntur de licita decep- 13 tione vltra dimidiam, non procedunt in pretio taxato, sed in naturali, nam si pretium taxatum sit, ac iustum, constat apud omnes (dicit Rebel. *in d. loco n. 2. ver secundo notandum*) receptâque est praxis, siue emptor decipiatur vltra, siue citra dimidium, dari actionem, & obligationem restituendi excessum in vtroque foro. Adeò † vt dicat, & pluribus probet Mar. Giurb. 14 decisum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

decissimque in Senatu Siciliæ tradit *decis.113.* in hac materiâ censuum, in quibus premium est taxatum, non esse licitum eos emere minori pretio, quam sit iusta constitutum, & si id fiat, rescindendam esse venditionem pro rata census venditi minori pretio, quàm fuerit constitutus, ad quod tot, tantáque pro more adducit is Auctor, vt superfluum sit alia superaddere.

Adde nihilominùs, † quod *l. si quos, C. de rescin.* 15 *vendi*, iubentur æstimari res antequam in publicâ subhastatione veniantur. Ad quid id fit? [Ne sub nomine (inquit Imperator) subhastationis, publicæ locus fraudibus relinquatur, vt possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor ex gratia, quàm debitor ex pre-16 tio consequatur.] Quibus † satis se declarat Imperator velle ne fraudes, & deceptiones in subhastationibus publicis fiant, sed iusto pretio res vendantur, circa quam rem videndum pulchrum Surd *consil.256.* quod est totum de hac materiâ æstimationis faciendæ in illo casu compactum, & *dec.54.* Vin. de Franc.

17 Quid † ad hanc resolutionem Senatus dixisset qui de *l. 2. C. de rescin vendi*, & eius dispositione scripsit sequentia, doctus additionator ad Francis. Stepha. *decis. aquen.61.* quem locum non displicet hic etiam repetere: [Præceptum diuinum (inquit) est Leuit. 25. quando vendes quidpiam ciui tuo, vel emes ab eo, non contristes fratrem tuum. Contra leges ciuiles permittunt contrahentibus mutuo se circumuenire. Sed quantæ debeat esse illa circumuentio, diu certatum, & dociendum est à crudelissimis tyrannis, & nominis Christiani infestissimis hostibus, hoc tandem diffinitum in dict. l. 2. Sed (quod fœtet) maxima cum mæqualitate, & vt ait vir doctissimus, disproportione, quæ æqualitatem ipsam, hoc est veram iustitiam dimidio fraudare permittit, & non restituendum circumductum venditorem, nisi dimidio plus sui pretij sit fraudatus. Sed non est mirum illam duritiem exisse à sanguinariis illis pietatis Christianæ hostibus, qui decimam illam carnificinam perfectionis, longiorem, & truculentiorem pertinacissimè exercuerunt, & donec imperio se abdicarunt. Sed hæc ad historiam.] Volui ego ea transferibere, quia sunt multùm ad propositum rei, quam tractauimus, & quia mihi non multùm placet iudicare pro deceptionibus, & deceptoribus. Et signanter, quòd Iudex quispiam ante factam venditionem dando formam qualiter illa facienda, & pro pretio, iubeat fieri pro certâ quantitate quam ad id taxat habità solùm ratione ne sit omnimodò vlera dimidiam, licèt sit circùm circà, ego non laudarem, sed quid laudare? nec pateret, videat quisque quo modo ambuler.

ARGVMENTVM.

Venditio facta cum pacto de retrouendendo, an dici possit impignoratio.

Præscriptio non procedit stante titulo vitioso.

Multa de obseruantia subsequuta.

SVMMARIVM.

1 *Venditiones cum pacto de retro, sunt vera venditiones, & idem iudicatur de eis, atque de simplicibus quo ad translationem dominij, & faciendum fructus suos.*

2 *Venditiones cum pacto de retrò, vulgò apud nos dicuntur impignorationes.*

3 *Vsus communis loquendi præstat interpretationem ad quæcunque disputationes.*

4 *Idem est in priuilegiis, & gratijs.*

5 *Venditiones cum pacto de retro, in Cathalonia dicuntur communiter impignorationes.*

6 *Venditio cum pacto de retrò, dicetur quasi quædam pignoratio.*

7 *Renouatio dicitur quandoque reluitio, & pro retroditione luitio accipitur.*

8 *Obseruantia subsequuta est potentissima ad declarandum quæcunque ambia.*

9 *Obseruantia non est opus, quod sit præscripta, & declarat melius quam aliud, quodcunque ambiuum.*

10 *Obseruantia efficit, vt casus obseruatus censeatur comprehensus in scriptura.*

11 *Obseruantia est regina omnium interpretationum.*

12 *Priuilegia Apostolica, & similia subsidens obseruantia interpretatine.*

13 *Decisio Senatus in contrarium facta.*

14 *Venditio cum pacto de retrò, non potest dici impignoratio.*

15 *Vulgi opinio cùm est erronea, non est recipienda.*

16 *Præscriptio cum allegatur titulus, non admittitur nisi quatenus est titulo conformis.*

17 *Titulum non allegare cum præscriptione, melius est in multis casibus.*

18 *Titulus vitiosus non potest tribuere causam præscribendi, & est ille examinandus, & de eius viribus disputandum.*

19 *Interpretatio non est noua dispositio.*

20 *Obseruantia interpretatiua non est noua dispositio, sed statutum ipsum sic interpretatum.*

21 *Obseruantia interpretatiua non caruit ex titulo vitioso.*

22 *Obseruantia interpretatiua non intrat vbi nulla sunt verba obscura.*

23 *Aduocati tenentur liti cedere, quandò non fouent iustitiam.*

24 *Obseruantia interpretatiua intrat vbi etiam contrarius intellectus est verior.*

25 *Interpretatio deducta ex obseruantia præualet proprietati verborum.*

DECISIO LXXXV.

QVamuis † venditiones, quæ fiunt cum pacto de 1
rerouendendo, veræ venditiones sint, atque ita in illis, quemadmodum in simplicibus, & puris transferatur dominium, consequatúrque proinde emptor fructus, & faciat illos suos, atqui si absque aliquo pacto emisset, sola ea differentia constituta, vt dominium illud non sit perpetuum, sed possit resolui volente venditore, vt multoties diximus in præcedentibus, de hujusmodi venditionibus, quæ fiunt cum pacto de retrò, factis decisionibus. Parùm † nihilominùs abest quin 2
vulgus, cujus proprium est omnia corrumpere & confundere, effecerit, vt hæ venditiones, non venditiones essent, sed obpignorationes, taliter quòd cum pacto de retrò rem possidet, in pignus potiùs, quàm in dominium possidere videatur, quod fuit causa multarum litium, & signanter cuiusdam molestissimæ, quæ *de anno 1596.* ducta fuit in consistorio Baiuliæ Generalis, decisa tamen per conclusionem in Senatu factam, qui fuit pulcher casus, ac ideò perpetuæ memoriæ commendandus.

Habebant quædam vniuersitas, & eius singulares ex priuilegio Regio, ne soluerent laudimia de obligationibus, & impignorationibus intellectum vulgò fuerat de venditionibus cum pacto de retrò vigore illorum verborum, *& de impignorationibus*, atque ita per multos annos, ac ferme per immemorialem obseruatum. Mouit Fiscus litem contra eam vniuersitatem, & singulares illius, pro exactione laudimiorum ex venditionibus, quæ fiebant cum pacto de retrò: contradicebant rei; videamus quid dicerent partes, quidque fuerit decisum per sacrum Senatum.

Vt

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

3 Ve nullus † in posterùm circa hæc decipiatur, latè rem hanc in hac decisione explicare decreui. Primum argumentum vniuersitatis desumebatur à communi vsu loquendi, & vulgi opinione, à quibus regulariter dispositiones solent iuuare interpretationem, & verba sunt secundùm dictum communem loquendi vsum intelligenda etiam per impropriationem iuxta *vulga. l.librorum,§.quod tamen Cassius, & ibi nota.de lega.3.l. Labeo, & ibi Bart.de libera lega.* de cuius argumenti virtute pluta ego inter alios dixi *in 1.de pact.nup.clauſ.4. glo.3.par.1.ex num.4.cum ſequen.*

4 Quæ † resolutio procedit etiam in gratiis & priuilegiis, & eorum verba interpretentur etiam secundum communem vsum loquendi, & vulgi opinionem, Gon çal.*in reg.*8. *Cancellar.gl.*13. *numero* 62. *& gl.*35. *num.*10.

5 Quòd † autem in Carhalonia, secundùm communem vsum loquendi, & vulgi opinionem, venditiones huiusmodi, quæ fiunt cum pacto de retrò, dicantur impignorationes, est plus quàm notum, habere enim impignoratum fundum communiter dicitur qui illum habet cum instrumento gratiæ, sequitur ergo quòd immunitas, exemptio dici debebat concessa etiam in dicto priuilegio pro venditionibus cum pacto de retrò.

6 Quibus † accedit, quòd ea interpretatio, & acceptio verborum non est vulgi opinio duntaxat, sed & quandoque Iurisconsultorum, atque ita non est tam impropria, vt existimatur, quia véditio cũ pacto de retro respectu recuperationis, videtur quòd sit pignus, ad quod reperi locum valde appositum Rotæ Romanæ, quam nihil latuit vnquam de bona iurisprudentia, apud Ludouisi meritò posita ob suam singularem doctrinam, & æqualis mentis, Gregorium Papam XV. *decis.*194. *num.*9. qui in proposito detegit vnum *conf.*Socin.15. *num.*34. *lib.*1 valde ad materiam conferens, vbi dicit quòd quando in alienatione interuenit pactum de retrò, effecta videtur quasi quædam pignoratio propter facilitatem, & facultatem, quam habet venditor, vt em-
7 pror teneatur retrouendere, & licèt † reluitio videatur naturæ pignoris congruere, vt *in rub.C. de luitio. pig.* reuenditio ea reluitio quandoque per nostros appellatur, & ipsa reluitio pro reuenditione vsurpatur, prout est apud Thesau.*decis.*75. *inprin.* dicta Rota Ludouisi.*d.decis.*194. *ex num.*18.

Ex quibus videbatur satis fundata prætentio vniuersitatis, & singulatium, quod gratia prædicta comprehendebat venditiones etiam, quæ cum instrumento gratiæ fiunt.

8 Et casu † quo id non sufficeret, addebatur obseruantia subsequuta temporis immemorialis, qua iustificabatur nunquàm consuesse in illis partibus solui laudimia domino Regi de venditionibus, quæ fiebant cum pacto de retrò, licet soluerentur de reliquis, quæ obseruantia quantæ sit virtutis, & potentiæ, sigillatim ad declarandum verba dubia, nullus ignorat ad quod probandum, cum infinitis vicibus quæ sufficiebant, adduxerimus, & allegauerimus, pudet iam manus studium circa eandem rem adhibere: videantur quæ nos de ea scripsimus *in 1.de pact. nup.clauſ.1. num.*33. *cleu.*3. *glo.*2. *num.*16. & denique *clauſ.*4. *glo.*14. *num.*72. & *rursus in* 2. *tom. clauſ* 6. *glo.*1. *par.*4. *num.*16. & *glo.*3. *par.*2. *num.*21. *cum multis ſequen.* vbi habes abunde quæcunque desiderare potes de ma-
9 gna vi, & virtute obseruantiæ: ibi habes † quòd non requiritur præscripta: ibi quòd declarat melius quàm aliud, quodcunque dubium oriri ex aliqua scriptura, etiamsi sit priuilegium, quomodò sit intelligenda: ibi,
10 quòd † casus obseruatus censeatur in scriptura com-
11 prehensus, etiamsi clarè non dicatur: & finaliter † quòd est regina omnium interpretationum, & denique Ioseph.Ludouis.*commun.conclu* 38. Aldera. Malcat. *de ſtatut.interpreta.conclu.*2. *ex num.* 39. *cum multis ſequen.* & Calana.*conſ.*10. *num.* 208. *conſ.*31. *num.* 1. *conſ.*44. *num.*33. *& conſ.* 45. *num.* 44. *&* 145. qui laudatissimè de his agunt, ex quibus reliqua petri possunt, quæ in hac materia desiderantur, adde etiam Rotam Romanam apud Ludouis. *decis.* 184. in qua & in docta eius additione, plures aliæ eiusdem Rotæ referuntur decisiones, in quibus mitè de hac interpretatiua obseruantia agitur, vbi † signanter, quod regulæ Cancellariæ, 12
priuilegia Apostolica, & similia subiacent obseruantiæ interpretatiuæ.

Si obseruantiam † ira sempet fuerat, videbatur non 13
esse dubium quin & obseruantinam in posterum foret. Sed Senatus contrarium *decidit* referente egregio olim Senatore Anton. Oliba, cui fuerat commissum, quandò per Assessorem Baiuliæ Generalis fuit in Senatu factum verbum, conclusione sequuta per duas vices, in duabus causis diuersarum personarum, sed super eisdem meritis, quarum vnam ex dictis decisionibus refert Iaco. Cancer. *in 3.par.variar.reſolu.cap.*5. *de priuileg.a num.*24. & ambas ego non ad ipsud omnino propositum *in 1.de pact.nup.clauſ.*4 *glo.*13.*par.*4. *n.* 48. quibus partes reæ, non obstantibus prædictis, fuerunt condemnatæ ad soluendum laudimia ex venditionibus cum pacto de retrò, sicut soluebant de aliis venditionibus, non obstante allegata immemoriali consuetudine in contrarium probata.

Ratio, † qua motus fuit Senatus erat quia existi- 14
mauit ridiculum, posse dici quòd sub illis verbis, *de obligationibus, & impignorationibus*, possent intelligi venditiones cum pacto de retrò, cum clare de pignore loquerentur, & si vulgus ita intelligebat, aut intelligit, id est notabiliter errando, cum magna sit differentia inter vnum, & alium calum, & quandò † vulgi opinio 15
est erronea, non est recipiendo, vt dicit I. C. *in ſi. dictum,*56. *ff. de euict.* ibi, *non tamen (vt vulgus opinatur) etiam ſatisfiare debet, &* & notat Manti. *de tacit. & ambig.conuen.lib.*5. *tit.*7. *n.*33.

Præterea, quid commune habent verba Principis concedentis gratiam cum nostri vulgi opinione à Princeps clare loquitus fuit de obligationibus, & impignorationibus, non de venditionibus, non sunt ergo eius verba ad venditiones trahenda.

Solùm † facit hæc difficultatem consuetudo imme- 16
morialis non soluendi de venditionibus cum pacto de rettouendendo, quod eratterium argumentum vniuersitatis, Et satisfaciebat Senatus dicendo quòd si vniuersitas non allegasset titulum suæ possessionis, sed solam ipsam possessionem, & consuetudinem, aliquid fundamenti potuisset habere illius prætentio: verum cum allegasset, & in iudicio produxisset titulum, cuius vigore dicebat introductam fuisse dictam possessionem, & consuetudinem, nempe Regium priuilegium, sequebatur quòd non poterat vniuersitas allegare præscriptionem, nisi quatenùs esset conformis ipsi titulo; si autem excederet titulum, erat præscriptio cum mala fide, quæ non proficiebat, *cap.penul.extra de præſcrip. cap.cum perſone,*§. *quod ſi tales*, & ibi † expresè Ge- 17
minia.*col.fin. de priuileg in* 6. declamat aduersus illos, qui promiscuè allegant titulum, & præscriptionem, ita pulchrè Mandel. de Abba *conſ.*34. *num.* 11. *in* 1. Constat autem in casu concurrenti, titulum allegatum pro fundamento possessionis, & præscriptionis esse limitatum ad obligationes, & impignorationes, id, ò non potest præscriptio tales obligationes, & qualitates excedere. Alios in terminis in idem allegat doctissimus Lusita. Pet. Barbos. *in rub.C. de præſcrip.num.*343. & ginanter Otalor. *de nobili.*2. *par.*3. *num.* 4. *verſ. his tamen non obſtantibus.*

In † effectu, ex his rationibus, titulus qui allega- 18
tur, habitus fuit pro vitioso, qui non potuit tribuere causam præscribendi, sed [illegible] fuerat exhibitus tius,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

lus, vilius fuit oportere quòd de eo, & de illius viribus disputaretur, & cognosceretur, ac si nulla post eum subsequuta fuisset possessio, & obseruantia, Osal. *decis.* 101. 3 1. in fignis Couar. *in relect. 2 par. 3 eg possessor. §. 8. n. 4. vers. sego quisdem.* Catmil de Cur. *in diuers feud. vers. declarata agitur, n.* 129 *fol.* 75. *& vers. superest, n.* 11. *fol.* 78. & don Fran. del Castillo *decis. Sicil. 1 2. n.* 16. Cumque recognoscendo titulum, repertum fuisset, illum loqui de obligationibus, & impignorationibus duntaxat, ideò Senatus per cognitionem de viribus tituli deuenit ad declarandum contra vtiuer sitatem eo modo quo dictum est.

19 Sed hæc † nonnullis videbantur non sufficere, vt ita declararetur, quia quæ dicuntur de titulo inofficioso, procedunt in præscriptione, & seu consuetudine correctoria, & noui iuris inductiua, quandò ego in vim illius volo acquirere nouum aliquod ius, tunc si cum possessione allegato titulum vitiosum, nihil ago, & in his terminis loquuntur Doctores, qui de hac materia tractant, consulentes propterea melius esse tacere titulum, & non exhibere illum, de quo casu non est nostra disputatio, sed de obseruantia interpretatiua, & declaratiua, in qua non tractatur de aliquo nouo iure acquirendo, nec de noua dispositione agitur sed de eadem: interpretatio enim hæc non est noua dispositio, sed eadem metipsa, quæ continetur in scriptura, vt dicit elegantèr Tiber. Decia. *cons.* 114. *n.* 30. *lib.* 3. bene Aldera.

20 Mascat. *de interpret. statut. conclu. 2. n.* 149. vbi dicit, † quòd talis consuetudo interpretatiua non dicitur noua dispositio, sed statutum ipsum, scilicet sic interpretatum, in qua tantum abest quòd possit agens illum tacere, & dissimulare, quinimò tenetur illum exhibere, quia ea obseruantia versatur circa declarationem verborum dubiorum in scriptura, seu priuilegio aliquo contentorum, & nisi scriptura exhiberetur, nihil obseruantia proficeret, cum deficeret subiectum, sub quo illa

21 fundaretur, atque ita † in obseruantia interpretatiua non potest intrare materia tituli vitiosi, sed videndum quomodò sit obseruatum illud, quod in scriptura continetur: eo enim modo quo obseruatum fuit, censetur in scriptura contentum, vt diximus supra, alia plurimùm accommodata ad propositum ego adduxi *in 1. de pact. n.p. el. 1.* vbi latè naturam, & effectus obseruantiæ interpretatiuæ explicaui ex *n.* 32. simul cum aliis Doctoribus de ea agentibus quos suprà citaui: cumque obseruatum fuisset semper de venditionibus cum pacto de retrò factis, sequi videbatur quòd de illis erat intelligendum priuilegium.

22 Sed nullam † Senatus de hoc articulo rationem habere voluit, quia iudicauit non posse obseruantiæ interpretatiuæ intrare materiam, cum in priuilegio nullum reperiretur verbum, quod vti dubium interpretatione aliqua indigeret, vel declarationem requireret, cum clare loqueretur de obligationibus & impignorationibus, interpretatiua enim obseruantia tantùm intrat quando sumus in verbis dubiis, non quando verba sunt clara, provt ex Rota *diuers. decis.* 108. *n.* 6. *par.* 1. tradit Aldera. Mascat *in cita. conclu. 2. n* 174. plures ad propositum, ita vt aliud non requiratur, decisiones Rotæ Romæ. de ea re factas adducit Oliuer. Beltramin. *in additio. Ad Ludouis. dec.* 184 *viden.*

23 Cur ergò, † si res tam clara erat, aduocati consulebant hanc causam? ob fragilitatem humanam, debebant saltem non recordari de priuilegio, nisi eos morderet conscientia, vel si id non poterant facere, tenebantur liti cedere. Sed hæc relinquamus, non enim possum mihi persuadere, quòd citra securitatem conscientiæ causa ducta fuerit. & si attentè inspiciamus Doctores, de hac materia loquentes, reperiemus, † quòd ad hoc vt excludatur obseruantia in rebus claris, est necessarium eas esse tam claras, vt excludant contrarium intellectum, nam si non excludunt, tali casu admittitur obseruantia, non obstante quòd contrarius intellectus sit de iure verior, & datus pro obseruantia sit malus, & de iure non tenendus; & interpretatio † deducta ex 23 obseruantia magis attenditur quàm proprietas verborũ, Rot. Rom. *dec. 5. n. 3. par. 1 diuer. dec.* 608. *n.* 8. *par.* 2. *in recentio.* Honde. *cons. 92. n. 30. lib.* 1. Craue. *in resp. 8. pro genero, n.* 117. *vers. vsque adeo,* Menoch. *cons.* 390. *n.* 20. quos elegantèr adduxit Beltra. *in addi. ad Ludou. dec.* 184. *n.* 8. Considera, si probabilem habebant aduocati litigandi causam? Et tu, si casus similis euenerit iterùm, non desinas circa prædicta tuum amplius exercere ingenium, cum multa dici possint adhuc post dec. per Senatum factam: materiam præparatam satis sufficientem tibi in id relinquo.

ARGVMENTVM.

Miscellanea decisionum in materia pacti de retrouendendo per alios Auctoris libros dispersarum.

SVMMARIVM.

1 *Pactum de retro cum modicitate pretij, an faciat contractum vsurarium, vbi dec. Senatus.*
2 *An sit necessarium, quòd contrahens sit solitus fœnerari.*
3 *Venditor recuperans rem in vim pacti de retro, non recuperat fructus regulariter.*
4 *Venditor cum recuperat rem ex contractu vsurario, recuperat etiam fructus.*
Venditor in dicto casu, quòd contractus est vsurarius, remanet dominus, ibid.
5 *Fructus sequuntur dominum.*
6 *Pactum de retrò prodest nedum venditori, sed & eius hæredibus.*
7 *Posessentes semper censentur nedum sibi, sed etiam & suis hæredibus prospicere, & stipulari, quamvis non dicant.*
8 *Hæres vnus ex pluribus potest rem cum pacto de retro venditam recuperare, alijs inuitis.*
9 *Prohibentis conditio in re communi melior.*
10 *Ius redimendi est individuum.*
11 *Hæres vnus in pluribus rediment rem venditam, tenetur cauere emptori pro alijs hæredibus, vel alias.*
12 *Creditor vnus ex pluribus petit totum debitum, præstita cautione de restituendo alijs.*
13 *Hæres vnus ex pluribus redimere censetur ad suorum cohæredum etiam vtilitatem.*
14 *Redempta res ab hærede vigore pacti de retro, fit hæreditaria.*
15 *Cautio non videtur debere præstari per vnum ex hæredibus redimentem.*
16 *Redemptio, vel luitio censualis, vel alterius rei potest fieri hæredi grauato.*
17 *Alienatio necessaria non est prohibita hæredi grauato.*
18 *Facultas collata in liberam facultatem emptoris, non potest ei auferri, aut coartari.*
19 *Actio datur substituto ad pretium rei redempta contra hæredes hæredis grauati.*
20 *Praxis Barcinonæ, quando petitur renenditio ab hærede grauato, & depositum soluari.*
Debitor luere volens, curias facit deponendo pretium ad soltam alicuius, ibid.
21 *Iudex debet condemnare notarios ad soltam faciendam simpliciter hæredi grauato, quando est ei factum depositum luitionis.*
22 *Vsufructuario non potest fieri redemptio nisi ad iterum emerciandum.*
23 *Fallit*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

23 *Fallit præstita cautione de restituendo proprietario.*
24 *Testator non potest ordinare in suo testamento, ne consultatio iam creata luantur suis hæredibus, nisi ad eorum misericordiam.*
25 *Quod tamen in dubium vertitur.*
26 *Hæres gravatus redimens res hæreditarias sua pecunia, acquirit hæreditati, non sibi.*
27 *Pretium tamen est ei restituendum.*
28 *Hæredis sit proprium quod acquirit ex sua propria industria, & ex suo contractu, non vero, quod ex facto, & contractu testatoris.*

Decisio LXXXVI.

PVlchra, † & valdè frequens erat hoc loci, vbi de materia pacti de retrouendendo instituimus agere, disputanda quæstio, an & quando pactum de retrò cum modicitate pretij reddat, vel faciat præsumi contractum emptionis vsurarium, & fœneratitium, nisi eam tractatissem *in 1. de pact. nupt. claus. 4. glos. 18 par. 5. ex num. 6.* vbi adduxi *decis.* Senatus de hoc factam de anno 1602. referente egregio tunc Senatore, postèà in supremo Coronæ Aragonum Regente Michaele de Saliba, & de Vallseca, qua fuit decisum pactum de retrò, cum modicitate pretij propè dimidiam, & cum adiectione pacti, quòd non posset per venditorem redemptio fieri, nisi post quatuor annos, vel quatuor exactos, arguere contractum vsurarium, & fœneratitium, de qua re vltra ibi adductos, videndus vlteriùs est Prosper. Farin. qui valet pro mille, cum omnes conferentes ad materiam, nullo pene prætermisso, adducat, *in tract. de falsita. & simula. tot. quæs. 163. & n. 130.* late etiam Barthol. Bertazol. *cons. crim. 371. cum duobus sequen. lib. 2.* late item don Ioan. Castil. Sotoma. *quotidian. controuer. iur. lib. 2. tot. cap 25.* Anto. de Gam. *dec. 82. & dec. 138. & in vtroque loco additiones copiosæ*
2 *multum*, in quibus locis, † iunctis illis, qui positi sunt in præcedent. decis. reperies enodatum qualis, & quanta debeat esse paruitas, & modicitas pretij, & an sit probandum emptorem esse solitum fœnerari, & vsuras facere, vt intrent quæ superiùs adducta fuere.

3 Sed ad † quid prodest hæc inuestigatio? dicebat quidam ex nostris in certa facti contingentia, cùm quamuis non sit fœneratitius, & vsurarius contractus, iam habeat venditor remedium illud resoluendi, & recuperandi tem in vim pacti de retrò; verum, cæterùm differentia est maxima inter vnum contractum, & alium, & inter vnum recuperandi modum, & alium. Quando contractus non est fœneratitius, nec vsurarius, benè quidem potest venditor recuperare rem in vim pacti, non tamen fructus, nisi vel à die depositi, vel ex die litis contestatæ, vt diximus in alia decis. quia contractus in effectu valuit, & per eum emptor fuit effectus verus dominus, quod sufficit ad acquisitionem fructuum, vt ibidem etiam docuimus, cæterùm
4 cùm contractus est fœneratitius, & vsurarius, tunc ipso iure est nullus, & ideò ex eo non transfertur dominium, vtpotè lege resistente, iux. *l. 1. & tot. tit. de vsur.* & ex consequenti, venditor semper remansit dominus, & potuit rem vendicare, *l. in rem, &*
5 *l. officium, de rei vendica. & d. c. 1. de vsu.* idque † cum fructibus, qui dominum sequuntur, vt diximus fæpiùs in præcedent. decis. *l. fructus, l. in fundo, & l. ex diuerso, tit. de rei vendica.* egregiè in proposito Aluar. Velasc. *consult. 70. num. 8.* valdè igitur interest ipsius venditoris detegere vsuram, & improbum fœnus in hac materia, per quod tantò plus consequentur, quàm si pacto de retrò solùm vteretur.

6 Est secunda † quæstio. Nullus dubitat, quin pactum de retrouendendo reseruatum sibi per venditorem, prosit etiam illius hæredibus, vt & illi post mortem dicti venditoris, illo vti valeant, sicut facere potuerat ipse venditor dum superstes erat, idque quamuis dictum non sit in instrumento, seu scriptura pacti, vt in indiuiduo animaduertit glos. *in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. verb. hæredes*, per text. quem allegat *in l. si pactum, ff. de probatio.* vbi † pascentes nodum 7
consentur sibi, sed & suis etiam hæredibus pro pecore, & stipulati, tametsi de eis non meminerint, videtúrque glos. prædicta arguere Imperatorem cui *in dict. l. 2.* de hæredibus meminit, cùm fuisset satis de ipso venditore loqui, ex quo enim & de hæredibus loquutus diceretur. Est (inquam) † secunda quæstio. 8
An si venditor reliquerit plures hæredes æquales, & aliqui eorum velint pacto de retrò vti, & illius vigore rem venditam recuperare, & alij non, possint illi pacto vti, & facultate per illud concella. Hanc quæstionem tractauimus *in 1. de pact. nupt. claus. 4 glos. 9 par. 2. n. 68.* & rursus *glos. 21. n. 87.* resoluendo illam pro hæredibus volentibus redimere, quantumuis † aliàs in 9
re communi potior soleat esse conditio prohibentis, vt est regula iuris nota, ad idque pulchram in Senatu factam *decis.* de anno 1549. referente Petro Clariana de Sena adduxi, quod sola *defin. 2. Anton. Fab. in suo Cod. lib. 4. tit. 11. de hered. actio.* confirmavi. Adde aliam eiusdem *defin. 7. lib. 4. tit. 28. de contrah. empt.* Quatuor sunt pulcherrimæ Senatus Sicil. decis. quibus ita decisum fuisse in eo Senatu, attestantur Mestril. *decis. 21. & decis. 199. in 2.* Castill. *decis. 101. in 1.* & Giurb. *decis. 52.* & vt in vno infinitos habeas, nouissime Anton. de Amato *resolut. 13. num. 45.* qui nullum fere omisit, qui de hoc ageret, solùm noluisset quòd pro hac opinione allegasset Surd. *in cons. 415.* quia is *num. 23.* contrariam omninò tenet.

Rationem † adducunt, quia istud ius est indiui- 10
duum, nec emptor potest compelli ad reuendictionem per partes faciendam, quia per partes, & seu partem non emisset.

Solùm † mirabantur aliqui cùm prodiit in lucem 11
noster primus *de pact. nuptial.* Tomus, & vidisset citatam Senatus decisionem, quamobrem additum in ea fuisset, quòd teneretur hæres redimens præstare cautione de restituendo, & satisfaciendo aliis hæredibus partes, seu portiones eos contingentes, & de seruando indemnem emptorem, sed idem ipsum in terminis terminantibus addidit multis postèà annis Senatus Sicil. *allega. decis 21. num. 9.* apud don Gatei. Mestril. & idem etiam tradit Castill. tam *dict. decis. 101. num. 5.* & Surd. *in cons. 415. num. 24.*

Quod † habet fundamentum *in l. 1. §. si pecuniam* 12
saculo, ff. depos. quo loco, licet admittatur vnus ex pluribus creditoribus ad petendum totum in indiuidnis, id tamen intelligitur præstita cautione de reficiendo & seu restituendo aliis suas partes, & portiones.

Et hæc † quidem redemptio, licet concedatur fieri 13
posse per vnum ex hæredibus, non tamen ad sui vtilitatem duntaxat, sed & suorum etiam cohæredum, quod significat obligatio cauendi, qua oneratur redimens respectu cohæredum. Ratio † est clara, quia cùm hæ- 14
res non possit redimere nisi iure hæreditario, fit procul dubio res redempta hæreditaria, & consequentet communis, qui hæres redimens ob id bonam fidem tenetur cohæredibus præstare, vt egregiè declarat Fab. *in d. defin. 2. de hæreditar. actio. in allegatio. num. 5.* Vnde † colligitur, quòd nisi fiat ad cautelam non ne- 15
cessariam, à qua abhortere debent Iudices, ne fiat litium multiplicatio, nec abundent in superfluis, vel obligent ad non debita, non potest, nec debet redimens ad cautionem indemnitatis respectu reuenditoris pro cæteris cohæredibus præstantiam cogi, cùm satis contra omnes ipso iure tutus sit, qui vno ex hæredibus retrouendere coactus fuit, provt eleganter dicit Fab. *in eita defin. 2. de hæreditar. actio.* quo loco postea probat *in allegatio. num. 6.* si enim resoluimus, actionem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nem competere vni hæredi soli ad redimendum, compellendumque emptorem ad reuenditionem, quis dubitabit quin remaneat immunis respectu aliorum cohæredum? Ergò superflua est ea coactio ad cauendum ne indemnitate, ne dicam iniusta, vt cum Iudex fuetis ab ea abstineas non dando plus emptori, quàm ipsi pertinet.

16 Tertia † est quæstio, vtrùm hæredi granato de hæreditate certo casu restituenda, possit fieri luitio, vel alterius rei cum pacto de retrouendendo venditæ, solueudo ei pretium, & obtinendo ab eo reuenditionem. Hanc quæstionem tractaui in *1. de pact. inp. claus. 4 glo. 18. par. 5. ex n. 1.* quam affirmatiue resolui, docens liberari venditorem per solutionem, & quitationem factam hæredi granato, quem emptor inuenit possessorem hæreditatis, tempore quo voluit luitionem, & quita-
† tionem facere, atque ita *decisum* in Senatu tradidi, die 29. Nouembris 1605. referente egregio quondam Senatore Michaele de *Salba*, & de Valiseca postea in supremo Coronæ Aragonum Concilio Regente, in causa Marchesiæ Ferrera, contra administratores causæ piæ N. Llober, Scriba Papiol, licèt votis non conformibus, fuerunt enim in Senatu quibus ea opinio tunc non placeret, sicut sunt alij extra Senatum, de quibus in dicto loco, & signanter excellenti Senatui Siciliæ non placuit hæc resolutio in casu de quo apud don Garci. Mestrii. *decis. 47. lib. 1.* licet satis repugnante compilatore, vt ipse insinuat in fin. libi, *sed quid ipse sensserim, ex prædictis patet.*

17 Ratio † nostræ resolutionis est, tum quia si alienatio dicitur id, quod isto casu facit hæres grauatus, alienatio est necessaria, & talis dicendo, quæ non censetur prohibita, iuxt. *l. 1. ff. de fund. dotal. l. alienationes ff. famil.*
18 *ercisc.* Tum † etiam, quia cum redemptio sit collata in liberam facultatem ipsius venditoris, auferri illa non potest ipsi, nec ex post facto coarctari, alteri, aut aliter moderari, *l. 1. §. fin.* vbi Bald. not. *ff. de reb. eor. l. debitorum pactionibus, C. de pact. cum simil.* quo loci inter alias adduxt pulchram Senatus Aragonum *dec.* Martin Monter. 1. *in ordine* ex professo articulum disputantem, cum qua decis. concordant Marta *vol. 5 1.* Vincen. de Franc. *decis. 206. numero 14.* Carrar. *decis. Gen. 69. num. 23.* postea visi. Sed omnium latissime hunc articulum, post prædictos omnes, disputauit Mar. Giurb. *dec. 79. per tot.* quem in Senatu Siciliæ resolutum affirmatiue sicut in nostro Senatu, tradit, qui auctor videndus præ aliis est, quia iam scitis eius conditionem, vt in quæstionibus, quas suscipit tractandas, nec de Doctoribus, nec de rationibus, qui, & quæ ad propositum facere possunt, vix omittat aliquid, dicitque *n. 41.* nullius auctoritatis apud suum Senatum fuisse Felicia. de Solis, & nostrum Cance. qui contrarium tenuerunt.

19 Et actio † quæ datur in isto casu fideicommissario, & substituto post factam per hæredem grauatum reuendit ionem, est ad pretium, siue verè receptum, siue confessatum, quod sufficit, habendum ab illius hæredibus post purificatum fideicommissum, non ad rem ipsam recuperandam, vt dicit Cariana. qui bene hanc materiam etiam tractat, *cons. 9. n. 5* & Giurb. *cita dec. 79. n. 23.* qui alios adducit in idem.

20 In hac alma † ciuitate Barcinonæ v x potest incidere iste casus disputandus, quia modus iuendi, & redimendi fit deponendo pretium in tabula depositorum communium, dictum, & scripturn hæredibus, & successoribus venditoris, non nominando eos, ad soltam & ordinationem notarij, per quem est recipiendum, & stipulandum reuenditionis, instrumentum, quo facto, & intimato parti gerenti se pro hærede deposito, is si vult habere pecuniam, tenetur accedere ad illum notarium, & ei exhibere instrumenta liquida, clara, & expedita quibus ostendatur se esse legitimum hæredem, & successorem, qui notarius, & tabellio, si videt, & reperit in dictis instrumentis eum esse hæredem grauatum de hæreditate restituenda, non tollit loitam ad effectum vt hæres recipiat libere pecuniam, sed ad effectum vt succedat inter in loco tuto, & securo, quia damno ipsius notarij cedit periculum pecuniæ indebite liberatæ creditori, & si de hoc non vult contentari creditor, solùm habet hoc remedium, vt conueniat in iudicio notarium pro soluta liberè facienda, & si Iudex eum condemnat, quod non tolet in his casibus facere regulariter, omnia sunt in tuto, nec parti, nec notario potest quidquam imputari: si autem, quod fit communiter, prætentionum tabulionis iudicat iustam, tenetur creditor obedire. Hic est optimus modus expediendi se ab his difficultatibus, sicque faciendum semper consulo, & vbi non est tabula nummularia, fiat apud depositarium communem, vel apud eum, quem ipsi pertenti eliger, & nominabit Index, ne si liberè pecunia detur creditori, ipsque illam consumat, incidat debitor in manus iudicis, cui contraria nostræ opinio magis placeat, illumque ad iterum soluendum condemnet.

Tota difficultas † est, an Iudex debeat denegare 21
soltam faciendam per notarium si hæres grauatus non vult smerciare iterùm pecuniam. Videtur quod non, cum resoluerimus posse luitionem, & quitationem, fieri etiam hæredi grauato. Atque ita video nunc post supra scripta, in verbalibus dominorum Cancellarij, & Regentis Cancellariam, vbi hæc cau æ ordinariè tractantur, obseruari vt condemnent notarios ad ad soltam simpliciter faciendam, de quo articulo nihil vlrà, cum habeas in his libris alias à me decisiones de eo ad longum factas vbi debes videre.

Sed quid in † vsufructuario an hinc possit fieri re- 22
demptio, & telutio. Hic nullus ei pecuniam daret, quia obseruaretur, & practicaretur cum eo quod supra de hærede grauato diximus, non enim fieret soltra, nisi ad iterum smertiandi eff. ctum, non aliàs, fed tamen † 23
præstita cautione de restituendo proprietario dixi in *citat. loco claus. 4. glos. 18. par. 5. n. 5.* fuisse in Senatu Aragon. ex Sesse *decis. 63.* in fauorem vsufructuarij decisum, sequitur Giurb. (quem nunc addo) in *citat. decis. 79. nu. 49* qui tamen, quod plus est, nullam ad id cautionem requirit de restituendo proprietario. Sed reprehensus fuit in facti contingentia de anno 1617. à Rot. Roma coram Cocino, vt refert Stepha. Gratia. *discep forens. 636. n. 19. lib. 4.* resoluendo, non obstantibus traditis in *dict. loco* per Giurb. non esse admittendam solutionem redemptionis, & luitionis causa vsufructuario factam, quæ disputatio facit etiam pro quæstione præcedenti, an redemptio possit fieri hæredi granato, cum in ea tractetur iste.

Occasione † istorum disputant Doctores, an pos- 24
sint venditores censuum, & censualium statuere, & ordinare, sicut faciunt plures in suis testamentis rimentes perditionem pecuniarum per filios non benè morigeratos, quos telicturi sunt hæredes faciendam, ne redemptio eis fieri valeat, nisi ad effectum pecunias iterum smerciandi, & noua censualia emendi. Quam quæstionem late disputat Sesse *tot. decis. 30. lib. 1.* resoluens eam negatiue, per plures rationes videndas; sicque in Senatu Aragon. multorties decisum tradit quandò post constitutum censuale fit hæc dispositio, non enim licet creditori onera posteà imponere debitori, vbi videas quando succedet tibi casus iste.

Circa † quem, ego nescio quid facerem, si Iudex es- 25
sem, contra eos, qui huiusmodi dispurationis testatoris non ignari, vtpote eis notificatæ (quam notificationem deberent testatores simul prouidere faciendam per hæredem ipsum intra certum terminum sub pœna, si volunt bene negotiari) nollent dictæ ordinationi parere, sed nihilominus pecuniam hæredi grauato liberè

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

traderent,cum id eis non noceat , ex quo facillimũ est pecuniam ad dictum effectum deponere,& aliis profit iam enim sciunt omnes,qualis in his curtat obligatio. Ego saltem huic periculo me non subijcerem , nec meos, si benè, vel malè fecissem non parens defuncti ordinationi, timeo enim valdè hominum iudicia, quæ solent esse varia.Ne te in his resoluãs donec alias meas decisiones de hac eadem materia legeris factas.

26 Conuertamus † nos ad hæredem grauatum redimentem actiuè bona hæreditaria per defunctum vendita cum pacto de retrouendendo , postquàm fatis de eo passiuè egimus,& quæramus (critque quarta quæstio non inutilis in hac materia) cui acquirat hæres grauatus redimens ex sua pecunia(nam si ex hæreditaria,non esset quæstio)rem à defuncto cum pacto de retrò alienatam,an sibi,an hæreditati.Hanc quæstionem tractaui in duobus locis,primò in *1.de pact.nup.clau.4. glos.18.part.5.n.6.*& secundò in *2. clau.7.glo.3.part.3. n.41.* in quibus locis eam resolui in fauorem hæredi-
27 tatis,dicens † hæredibus hæredis grauati,purificato fi- † deicommisso,solum ius competere ad pretium per eum solutum,sicque *decisum* in Senatu tradidi 7.Iulij 1607. referente egregio Senat.Francisco Fetruz,inter nobilē Michaël.de Crailles,& nobilē Hugonem de Tamarit, circa quam non est quod aliud dicamus,cum ibi illam plenissimè fundauerimus,& certè , nunquàm ea quæstio mihi interuenienti in dicta causa, visa tantam difficultatem habere, vt tam tenaciter, vt videbam , per aduocatos hæredis grauati in contrarium defendi
28 mereretur,cum approbata † sit in hac materia distinctio inter ea , quæ post mortem testatoris per hæredem acquiruntur ex contractu proprio , ex persona propria , negociatione , vel industria : & interea, quæ ipsi hæredi obueniunt ex facto, & contractu testatoris,vt priora non dicantur hæreditaria,posteriora verò sic , quam distinctionem multis probaui in *dict.locis*, quibus adde nouissime Ma. Giurb. *decis.Sicil.92. n.7.* qui est videndus, cum pulchros casus quotidie in praxi contingentes in hac materia explicet,& magis noue Anton.de Amato *var.resol.4.numero 4.cum sequent.*

16 *Aditio non probatur ex opulentia hæreditatis secundum aliquos.*

17 *Aditio nullo magis præsumitur in lucrosa hæreditate,quam in damnosa.*

ARGVMENTVM.

Ex dispositione hæreditatis facta in testamento reuocato probatur illius aditio.

SVMMARIVM.

1 *Ascendentes deficientibus descendentibus,succedunt ab intestato filiis.*

2 *Hæreditas non acquiritur sine aditione.*

3 *Hæreditas sit caduca decedente hærede ante aditionem.*

4 *Aditio cum sit facti, non præsumitur nisi probetur.*

5 *Aditio probatur coniecturis,& præsumptionibus.*

6 *Aditio probatur ex possessione bonorum.*

7 *Fallit si constat quòd possidebat alio titulo,non hæreditario.*

8 *Aditio non probatur per possessionem iure familiaritatis.*

9 *Aditio non inducitur ex possessione quæ referri potest ad alium titulum.*

10 *Adire non videtur , qui gerit , quod potest facere citra nomen, & ius hæredis.*

11 *Aditio hæreditatis non inducitur ex actu dubio , & æquiuoco.*

12 *Aditio hæreditatis probatur quando est opulenta.*

13 *Sicut è contra, non præsumitur cum est damnosa.*

14 *Possidere quilibet præsumitur titulo sibi vtiliori.*

15 *Actum faciens, præsumitur potestate, & titulo vtiliori.*

DECISIO LXXXVII.

IN causa,† quæ ducebatur in Senatu inter manumis- 1
sores,& executores testamenti, & vltimæ voluntatis Mariannæ Senioft, & Ferrer viduæ, & Francisci de Vallgornera, & Senjust , coram egregio Senatore Hieron.Astor,actuario Paissa,petebant inter alia dicti manumissores,hæreditatem,& bona,quæ fuerant Mariannæ Senjust,& Ferrer filiæ suæ sine liberis, & aliis descendentibus , vel ascendentibus , præter dictam Mariannam Senjust, & Ferrer matrem, & sine aliquibus fratribus,ab intestato defunctæ,in vim dispositionis *authen.defuncto.C.ad Tertulla.*

Opponebatur † eis pro parte dicti Vallgornera,& 2
Senjust,dictam Mariannam Senjust,& Ferrer matrem nunquàm adiuisse hæreditatem filiæ , immò absque aliquo dato signo additionis decesserat, clarum autem est quòd aditio requiritur vt hæreditas acquiratur, & *l.1 gerit , de acquir. hæred.* Georgi.*allega.31. num.40.* Manti.*decis 41.num.6.*& vt fiat patrimonium eius,qui fuit hæres institutus, *l.1.§. veteris, vbi Alex.ff.de acquir.possess.* Menoc. *de arbit. Iudi.cas.256.n.9.* Surd.*de alimen. tit.1.q.116.n.1.* Nam † si hæres moritur ante 3
additionem,hæreditas fit caduca Igne.in *l.si sequens.ff. ad Syllan.* late hunc discursum prosequitur Ioan. Bapti. Valenque.*cons.65.ex n.9.cum multis sequent.*vbi plurimus quam alij,requisitum additionis in acquisitione hæreditatis probat, & exornat.

Ob id † oportuit vt nos , qui partes dictorum ma- 4
numissorum,& executorum agebamus, doceremus,de additione dictæ Mariannæ Senjust , & Ferrer mattis, respectu hæreditatis filiæ,quæ ad eam ab intestato deuenerat,quia aditio cum sit facti,non præsumitur, sed probanda est.*l.si filius.C.de petitio.hered.*Meno. *de adipiscend.possessremed.4.n.173.* Mascar.de *proba.concl.40. n.8.* Manti. *de coniect.vltim volunt.lib.12.tit.9.n.3.* & 4. Meno. de *præsumpt.lib.4.præsum.99.n.2.* & 3.plene Valenque. in *cetat. cons.65.ex n.14.* Et cum † actum 5
expressum additionis non haberemus, necessarium fuit recurrere ad coniecturas , & præsumptiones dictæ additionis : coniecturis enim , & præsumptionibus ea etiam probatur, vt exorditur meno.de *præsump.lib.4. præsum. 99.* in initio , quas ipse tradit , & reliqui superiùs adducti,Stephan.Gratian.*discep.forens.78.n.16. lib.1.*

Pro † coniectura additionis, in primis allegabamus 6
possessionem bonorum hæreditariorum defunctæ,in qua fuit dicta Marianna Senjust, & Ferrer senior vsque ad extremum vitæ suæ, de qua constabat in processu , ex *l.1.& 2. C.de repudian.hæredita.* vbi id probatur, & tradunt communiter Doctores ibi,ex quibus infinitos penè adducit Mascard.*concl.43 a n.1.* Manti. *dec.245.n.11.* Rota Ludouis.*decis.98.n.1.& decis.171. n.8.* Sed † non proficiebat , quia constabat dictam 7
Senjust alio titulo quàm hæreditario, possedisse bona prædicta: possidebat enim bona omnia Cæsaris Senjust viri sui , in quibus erat introclusa hæreditas filiæ, vti tenutaria , & vsufructuaria bonorum illius , & sic non sufficiebat ea possessio ad inducendum additionem,vt tradit Bald. in *l.1. C.de repudian. hæred.* quem sequuntur omnes , vt dicit Mascard. *concl. 43. nu. 19.* Valenque in *cita cons. 65. n.13.* qui dicit in suo casu 8
non profuisse possessionem,quia videbatur hæres possidere, & remansisse in possessione iure familiaritatis, quia in eadem domo habitabant,& sic poterat confiderari alia ratio possidendi , & allegat ad id *l.qui de iure 41. de acquir. possess.* eleganter Rot. Roma. apud

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

apud Ludouis. postea Pap. Grego. XV. *decis.460.n.9.*
9 & 10. Vbi dicit † aditionem hæreditatis non induct
ex possessione , quæ refetri potest ad alium titulum:
10 & est † regula generalis, vt non videatur adire qui id
gerit,quod potest facere citra ius , & nomen hæredis,
l pro hærede,circa prin.& §. Papinianus in fin. ff.de acquir.hæred. bene Mant.*de coniec.vltim. voluut. lib.* 12.
tit.9.n.6.& 18.Sued.*cons.*305.*n.*31.Oliuer. Beltram.in
*addi. ad Rot. Ludouis. decis.*98.*n.*7. eadem Rota *decis.*
460.*n.*10.

11 Et est ratio,† quia tunc actus,qui fiunt, sunt dubij,
& æquiuoci , vtpote quia non possemus certificari ex
qua causa facti, quod quando contingit, dicimus non
probari aditionem, quia ea non probatur ex actu du-
bio,& æquiuoco,*l.pro hærede, in prin.de acquir. hæred.*
Rota Ludouis.*decis.*165,*n.*2.Micha.Graf.*de succes.art.*
*acquisitio hæreditatis,quæs.*6.*n.*3.

12 Recurrimus † propterea ad opulentiam hæredita-
tis,dicendo quòd ex eo præsumi debebat adita , ne di-
catur quòd quis velit omittere lucrum sibi delatum,
contra tex.in *cap.super hoc,de renuncia.* Mascard.*concl.*
40.*num.*9. *vers.limita.* Menoch. *dict. lib.*4 *præsum.*99.
*num.*3.*vers.& hac quidem*, Antun. Fab.in *suo Cod.lib.*6.
*tit.*12.*de repudiand.vel abstinen.hæred. defin.*3. & Ste-
13 phan.Gratia.*discep.forens.*78.*num.* 18. *lib.*1. Sicut † e
contra,cum est damnosa hæreditas,vtpote quia multis
oneribus implicita , ne quis videatur contra proprias
commoda laborare,argum.*l.cum de indebito,de proba.*
præsumitur potiùs repudiata , quàm adita , vt dicunt
ijdem Doctores,qui fuerunt suprà relati.

14 Et quandò † hæreditas est lucrosa,prout hic præ-
supponebatur, intrat alia regula fauorabilis,quòd quis
præsumitur possidere ex titulo sibi magis vtili,Bart.in
*l.gerit,num.*21 *ff.de acquir.hæred.* Cæs. Barzi. *decis.*73.
15 *n.*39. Et generale † est in omnibus actibus,quòd ha-
bens duplicem potestatem,vel titulum,censetur actum
facere potestare,& titulo sibi vtiliori, Valençue.Velas.
*cons.*63.*n.*70.*lib.*1.*& cons.*122.*n.*23.*lib.*2.Gratia.*discep.*
*forens.*224.*num.*88.*lib.*2.

16 Sed † nec istud videbatur satisfacere,quia hæc sola
qualitas non facit præsumi aditionem, prout pulchre
probat Vincen. de Franc.*dec.* 60.*n.* 32. vbi dicit hanc
præsumptionem nullo modo esse admittendam , quia
ex hac præsumptione tolleremur omnes leges inductæ
ad demonstrandum,quandò quis videatur adiisse hæ-
reditatem,& frustra Doctores laborassent in repetitio-
ne *l.pro hærede,& l.gerit,de acquir.hæred.*quia potuisset
fieri hæc regula,aut hæreditas est opulenta, & præsu-
mitur adita, aut damnosa , & non præsumitur , & ex
præsumptionibus possessor, qui habet regulam pro se,
quòd non præsumitur aditio , quia in facto consistit,
17 condemnaretur. Nec † contrarium de directò viden-
tur dicere Doctores citati , sed bene , quòd hæreditas
lucrosa multò magis præsumi debet adita,quàm dam-
nosa,Reliqua in sequent. vbi quid in his Senatui pla-
cuerit.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis præceden. prose-
quendo idem argumentum.

Et signanter de præsumptione aditionis ex
dispositione de hæreditate alteriùs facta
in suo testamento,etiamsi reuocato.

SVMMARIVM.

1 *Aditio probatur quando quis disponit de hæredi-*
tate.

2 *Aditio semper præsumitur,quòd actus non possit sic*

ri citra ius,& nomen hæredis,vbi decisio.

3 *Aditio ex verbis indeterminatis,& suspensiuis non*
probatur.

4 *Aditio non probatur nisi ex verbis, quæ nullam ha-*
beant dubitationem , sed sint clara , & dispo-
sitiua.

5 *Aditio non probatur,dicendo volo adire.*

6 *Aditio est actus legitimus,quæ non admittit suspen-*
sionem,nec conditionem,aut incertitudinem.

7 *Aditio non probatur non data animi certitudine.*

8 *Aditio non probatur ex legato facto in testamento re-*
uocato.

9 *Aditio facta per dispositionem factam in testamento*
reuocatur eo reuocato.

10 *Testamento secundò censentur reuocata omnia , quæ*
erant in primo.

11 *Confessio facta in testamento , reuocatur eo reno-*
cante.

12 *Fideicommissum appositum in primo testamento cen-*
setur reuocatum per secundum, si de illo non fit
mentio.

13 *Confessio debiti ex causa mutui facta in testamento*
reuocatur eo reuocato.

14 *Testamento reuocato reuocatur etiam contractus in*
eo factus.

15 *Contractus positus in vltima voluntate regulatur se-*
cundum naturam illius.

16 *Donatio facta in testamento reuocatur eo reuocato.*

17 *Voluntas declaratur ex actu nullo.*

18 *Non tamen ex testamento reuocato.*

19 *Actus reuocatus non potest vt actus allegari.*

Decisio LXXXVIII.

DEnique † videntes quòd nihil proficerent quæ
dicebamus in præceden.decis. ostendimus testa-
mentum sæpe dictæ Mariannæ Seniust , & Ferrer se-
nioris,in quo legebatur quoddam legatum factum per
dictam Seniust,& Ferrer,Francisco de Vallgornera,&
Seniust genero suo,his verbis, [Item lego dicto Fran-
cisco de Vallgornera,& Seniust genero meo omne id,
& quantum spectare mihi potest,& pertinere in hære-
ditate , & bonis Cæsaris Seniust, quondam viri mei,
tam ratione dotis meæ,&c.quam etiam totum id , &
quidquid ad me spectabit in hæreditate,& bonis illius,
ratione successionis ab intestato Mariannæ Seniust.& 1
Ferrer filiæ meæ , & dicti Cæsaris Seniust quondam
viri mei.] Ex quibus apparebat dictam Seniust dis-
posuisse expresse de hæreditate filiæ suæ,legando eam
genero, vndè videbatur in necessarium antecedens,
illam adiuisse,prout probatur in *l.si auia, C. de sur de-*
lib. his verbis, [Si auia tua patrem tuum ex duabus
vncijs scripsit hæredem,ex sola animi destinatione pa-
ret tuus hæres fieri poterat. Igitur si ex testamento
suo easdem vncias ad te pertinere decreuit,apud Rec-
torem prouinciæ duarum vnciarum ius prosequi pote-
ris.] Idem probat text.de codicillis loquens,qui casus
fortior est, in *l. Panthonius,§ pro hærede, ff. de acquir.*
hæred. in hunc modum. [Pro hærede gessisse filium
placuit,qui motions competto matrem suam intestato
vita decessisse codicillis petit ab hærede suo,vt mater-
norum bonorum seruum manumitteret,ac sibi,paren-
tibus que suis in possessione matris monumentum
extrueret,] Approbant hanc coniecturam communi-
ter Doctores in *dict. motibus.* & vltrà eos Matan. in *l.*
*is potest,n.*52.*ff.de acquir.hæred.*Asin. in *l.*4 §. *nec quis*
*putet,n.*151 *ff. de religios. & sumpt.funer.* Meno. de *præ-*
*sumpt.lib.*4 *præsumpt.*101.*n.*16. Mascard. de *probationib.*
44.*per tot* Rot.Roma.apud Ludouis.*dec.*371.*n.*8.

Et est ratio, † quia istud legatum citra ius, & no- 2
men hæredis,& absque aditione præambula fieri non
potuisset, necessum ergò est, aditionem præsuppone-
re in necessarium antecedens , prout ego , inter alios,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ex Graue. Menoc. Graf. Surd. ex pulchra Senatus nostri
† *decisione* probaui in *1. de pact. nup. clan. 4. glo. 5. num. 38.*
adde Mascard. de *proba. d concl. 44. n. 1. & 2.*

3 Sed adhuc † non quiescebat animus, quia duo opponebantur in casu occurrenti, in quibus videbatur theoricam prædictam aliàs certam, & indubitatam ex se, non posse hic habere locum. Primum erat, quòd verba indeterminata, & suspensiua non probant additionem, veluti dicendo, *volo adire*, vel aliis verbis suspensionem, vel indeterminabilitatem animi denotantibus vtendo, prout latè prosequitur Ioan. Per. Bimi. *cons. 272. num. 29. tom. 3.* vbi loquens de dispositione cuiusdam mulieris Venetiæ dictæ, facta de omni iure, quod sibi competeret occasione hæreditatis paternæ, dicit per ea verba, non censeri aditam hæreditatem
4 paternam cum † verba † (inquit) debeant esse talia,
5 quæ nullam habeant dubitationem, sed sint clara, & dispositiua, quod † primò ex simili probat, quemadmodum (inquit) si ego dicerem, *volo adire*, & deindè alia adducit, quæ non expedit referre, cum non faciant ad institutum, Manti. de *coniect. vltim. volunt. lib. 12.*
6 *tit 9. num. 6.* Ratio est, † quia aditio est actus legitimus, & idcò non sufficiunt verba suspensiua, nec conditionalia, nec incerta, *l. quod si dubitet. ff. de acquiren. hered. l. actus legitimi, de reg iur.* Mier. de *maior. n. 4. par. quæst. 16.*
7 *num. 81.* Vnde † Gaip. Anton. Thesau. *quæstio. forens. 51. lib. 2. in fin.* in Senatu Pedemon. asserit tutius visum fuisse pronunciare pro non aditione, ob non probatam animi certitudinem, sed magis suspensiuam animi deliberationem, & imperfectam voluntatem: verba autem suspensionem, & indeterminabilitatem animi denotantia, sunt quæ leguntur in nostro legato, ibi, *Quidquid ad me spectabit in hæreditate, & bonis Cæsaris Seniusi, ex successione intestati Marianne Seniusi, & Ferrer filiæ meæ*: nota verba, *ad me spectabit*, ergo,
&c.

8 Secundum, † quod opponebatur aduersus dictam dispositionem, ne ex ea censeretur inducta aditio, erat quòd dicta Marianna Seniust & Ferrer senior non decesserat cum eo testamento, sed cum alio postea facto, cum reuocatione primi, in quo non reiterauerat legatum factum Francisco de Vallgornera & Seniust, ex quo additionem inferebamus, sed illud omiserat: indè videbatur quòd per reuocationem legati, reuocata etiam censebatur aditio ex eo inducta, quod probatur
9 hac euidenti ratione. Aut † enim volumus quòd dicta aditio valeat vti species vltimæ voluntatis, ex quo est in testamento facta, & tunc nulla dubitatio potest esse quin reuocato testamento, reuocata etiam & ipsa di-
10 catur, quia † per secundum testamentum censentur reuocata quæcunque in primo disposita, vt institutio hæredis, legata, fideicommissa, & similia, *l. 3. §. penul. vbi glo. verb. scripsit, ff. si cui plusquam per l. falcid. l. heredes palam, §. si quid post, in vers. omnia ff. de testam.* Surd. *cons. 169. num. 7.* vbi inter alios allegat Bald. in *d. l. heredes palam, in §. fin. in fin.* dicentem quòd cassato testamento quoad hæredis institutionem, cætera quoque singularia cassantur, & Cur. iun. in *cons. 163. num.*
15 qui dicit, quòd reuocato primo testamento omnia contenta in eo censentur reuocata, pulchrè Stephan.
11 Gratian. *discep. foren. 116. n. 53. & 54.* vndè sit, † vt dicunt prædicti, ac etiam Ioan. Gutier. in *practic. lib. 3. quæst. 97.* & Seraphin. de Oliuar. *dec. 487. num. 2.* confessionem factam in testamento, ex quo sapit naturam vltimæ voluntatis, cum non valeat nisi in vim legati, reuocari, & reuocatam censeri per reuocationem testamenti, in quo emanauit nouissimè Vincen. Fusar. in
12 *tract. de substitutio. quæst. 451. num. 2.* vbi † in illa quæstione, vtrùm fideicommissum relictum in primo testamento, dicatur in secundo repetitum si de eo nulla fit facta mentio, pro negatiua adducit, quòd testamentum secundum dicitur reuocare omnes clausulas, & omnia contenta in primo, Hercul. Maresco. † *variar. resol. lib.* 13
1. cap. 48. num. 7. vbi ponit quæstionem in legato facto Petro de centum, quæ confitebatur testator ei debere ex causa mutui, si per secundum testamentum in quo nihil de ea confessione, censebatur etiam reuocata confessio, aut posset legatarius ex ea agere, & refoluit per eam confessionem non probari debitum, nec posse agi, nisi sit iurata, vel patte præsente facta, sed immò haberi etiam pro reuocata confessione, reuocato testamento, quod pluribus probat videndis.

Aut verò † volumus, dictam aditionem sortiri na- 14
turam contractus in testamento celebrari, & idem etiam erit, quòd reuocata censebitur per reuocationem testamenti, prout pluribus probat Segura in *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, num. 62. vers. & procedit, de leg. 2.* vbi dicit, reuocato testamento, reuocari contractum
in eo contentum, rationem † adducens, quia contra- 15
ctus positus in vltima voluntate regulatur secundum naturam vltimæ voluntatis, per tex. in *l. 1 §. si quis sub conditione ff. vt lega. nom. caue a.* Surd. in *cita. cons. 169. n. 7.* vbi refert dict. Bal. in *l. hæredes, §. fin. in fin.* dicentis, † quòd si testator dicat, si non valet iure testa- 16
menti, valeat vti donatio inter viuos, tali casu, licèt pars sit præsens, reuocato illo testamento, censebitur quoque reuocata illa donatio, sequitur Nat. in *authen. hoc inter liberos, num. 88.* & Manti. de *coniectu. vltim. volun. lib. 12. tit. 1. num. 36.*

Nec † dicas, quòd hic aditio non accipiatur tan- 17
quàm quid dispositum in testamento, sed tanquàm quid declaratum in eo, id est tanquam voluntas declarata, licet enim ex actu nullo declaretur voluntas, *l. fin. ff. de reb eor. l. fin. C. famil. ercisc. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Abb. in *cap. 1. in 3. notab. de success. ab intest.* & alij adducti per Peregr. de *fideicom. artic. 1. num. 69. & art. 16. n. 51.* Hondede. *cons. 46. n. 28. lib. 2.* Ror. Rom. apud Ludouis. *dec. 76. n. 3.* Non † tamen ex 18
testamento reuocato, ex eo enim quod quis dixit in primo testamento, non infertur ad secundum, vt dicunt iidem ipsi Doctores, qui paulò ante relati fuere.

Et potest † omnium esse ratio, quia actus reuoca- 19
tus non potest vt actus allegari, *cap. in nostra extr. de iniur. l. dicere, §. sed si plurib. ff. de arbit.* Abb. in *cons. 3. n. 19. vol. 2.* Cranet. *cons. 80. n. 4. lib. 1.* Gram. *dec. 65, n. 4.* citati per Andre. Georg. *allega. 13. n. 15.* qui eos sequitur.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisi. proximè præcedendo prosequendo idem assumptum, de testamento reuocato, an ex eo nihilominus censeatur adita hæreditas per dispositionem in illo factam.

SVMMARIVM.

1 *Decisiones in terminis vbi sunt, non est insistendum in regulis generalibus.*
2 *Aditio hæreditatis fit solo animo.*
3 *Actus vnus, & idem potest esse inter viuos, & vltima voluntas.*
4 *Testamento reuocato, non reuocatur actus inter viuos in eo factus.*
5 *Aditio hæreditatis facta per actum vltimæ voluntatis, non reuocatur, reuocato testamento.*
6 *Conractus factus in testamento, an reuocetur eo reuocato.*
7 *Voluntas declaratur ex testamento reuocato.*
8 *Testamenti reuocatio ad principalem dispositionem pertinet, & declarationem nunquam impedit, licèt prohibita fit interpretatio.*

9 Volun

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

9 *Voluntas testatoris, maximè verisimilis, colligitur ex testamento revocato.*
10 *Confessio facta in testamento revocato probat.*
11 *Principalis intentio est attendenda.*
12 *Testamentum imperfectum, vel revocatum, bonum est habere, quia potest servire ad declarationem aliorum.*
13 *Argumentum sumitur à testamento revocato, si concurrit verisimilitudo.*
14 *Additio non infertur ex verbis, quæ ad aliud referri possunt.*
15 *Additio resultans ex dispositione de hereditate facta, consideratur uti deliberatio animi testatoris.*
16 *Animi deliberatio ad lucra facilè præsumitur.*
17 *Animi declaratio facta in testamento ad aliud non revocatur eo revocato.*
18 *Contractus factus in testamento, non revocatur testamento revocato.*
19 *Contractus qualiter possint fieri in testamento, & habeant suum effectum, remissivè.*
20 *Contractus, & eius scriptura debet legi coram testibus.*
21 *Additio resultans ex dispositis in testamento, non consideratur ut contractus.*
22 *Decisio Senatus pro additione, in hac causa facta.*
23 *Conjecturæ plures ad aliquid probandum, utile semper est habere.*
24 *Additio hereditatis ab intestato delatæ facilius præsumitur.*
25 *Interpretatio voluntatis qualis possit desumi ex testamento revocato, remissivè.*

Decisio LXXXIX.

1 SEd dictis † in præcedentibus duabus decisionibus non obstantibus, defendimus in causa ibi expressa satis sufficienter additionem remanere probatam ex legato prædicto, quantumuis in testamento revocato facto, & quia vbi sunt decisiones in terminis, non est in regulis generalibus insistendum, sed in particularibus, Felin. in *c. Rodulphus, n. 3. in fin. de rescrip.* Mago. *dec. Floren. 66. n. 21.* Surd. *cons. 386. n. 16.* Anto. Mona. *dec. Lucen. 1. n. 44.* & doctrinæ in terminis, & in individuo sunt sequendæ, idem Mona. *dec. Lucen. 65. n. 4. & Bonon. 11. n. 86.* ideò particulare studium faciendum existimaui in illis quærendis, quas in medium proponam.

2 In primis † Bal. in *l. si auia, n. 1. & 2. C. de iure delib.* sic ait. [Nota quòd solo animo aditur hereditas, qui animus potest in victima voluntate ostendi? Nota hic mirabile, quia † vnus actus est inter viuos, & victima voluntas, nam testamentum patris erat testamentum & erat aditio hæreditatis testatori delata: & in quantum est actus inter viuos, non potest reuocari. Vnde si iste patet superuiuerer, & reuocaret testamentum, tamen remaneret hæres per iam aditam hæreditatem.] Hæc Bal.

3

4 Salice. in † ea *d. si auia, n. 1. & 2.* sic dicit. [Nota quòd eo ipso, quòd quis de hæreditate relicta testatur, illam adire dicitur, &c. Item nota, quòd victima voluntas potest fieri inter viuos, vt alibi not. glo. in alio actu, quàm in eodem de quo hic, in l. hæredes palam, in fin. ff. de testam. Est enim hic actus inter viuos, scilicet aditio hæreditatis, quæ in lucitur ex legato facto, cuius dispositio est actus victimæ voluntatis. Et attende, quòd si iste testator superuiueret, & reuocaret testamentum, nihilominùs remaneret hæres ex illo actu inter viuos additionis, quod nota.] Hæc Salice.

5 Hypoli. † Rumin. in *§ 1. n. 904. & 925. in Codicibus additionalis, instit. de donat.* sic in proposito ait. [De hoc est dec. Bald. Salice. Castren. Iaf. & Alexand. in *l. si auia, C. de iure delib.* vbi si quis de hæreditate sibi delata disponat in testamento, quo casu videtur eam simul adire, licet reuocet testamentum, non tamen reuocatur contra eius additionis.] Hæc Riminal. iunt.

Idem † sequitur Gam. *dec. 175. n. 4.* & fere alios plu- 6
ribus probat Surd. *cons. dec. 149.* Nec in illis terminis additionis hæreditatis habet opinio contradictorem, quidquid disputent Doctores in abstracto in casu, quo sunt alij qui contractus in testamento. Et in qualiter res hęc in individuo. & in expresso probetur.

Et si vis generalia in hac materia, quibus etiam intentum insistificetur, nota quid ad propositum dicant infra scripti Doctores.

Ioseph † Ludou. *comm. concl. 58. in vltim. colum. 7* *vers. declara. 1.* sic ait. [Declara primò, quòd licet testamenta prima per vltimum sint annullata, tamen ex eis potest sumi coniectura ad interpretandum voluntatem ipsius defuncti, Tibe. Decia. relpon. 34. n. 3. 1. lib. 3.]

Aym. † Craue. in *cons. 547. vol. 3. n. 5. vers.* sic lo- 8
quitur [Quintò, in priore testamento legatum consimile testatrix dedit Laurentiæ Nepti, quod ipsum tamen expressiùs significatum à notario est vineam commemorando, quo nomine explorata videtur testatricis voluntas in posteriore hoc testamento ad vineæ ipsius legatum: testamento enim reuocato voluntas testatoris declaratur, gl. in l. tum primo ibique Bar. ff. de coniungen. cum emancipa. liber. Corn. in cons. 275. col. 2. lib. 4. Dec. in cons. 515. col. 2. vers. & hoc idem confirmatur, Iaſin cons. 143. col. 2. circa prin. lib. 1. dixi in cons. 113. col. fin. Testamenti enim reuocatio ad principalem dispositionem pertinet, declarationem porrò nequaquam impedit, quæ prohibita nunquàm creditur, ne quidem interpretatione quauis per statutum prohibita, Paul. de Castr. in cons. 467. super hoc puncto, col. 3. vers. fed his non obstantibus, lib. 1. Dec. in cap. ex tenore, col. 3. in fin. de rescrip. qua de re eorum qui contra sentiunt opinionem non morot, &c.] Notabilia sunt illa verba, [testamenti enim reuocatio, &c] ad sustinendum additionem resultantem ex testamento reuocato, ex quo reuocatio ad principalem dispositionem referatur, declarationem nunquàm impedit, concordat idem Craue. in *cons. 153. n. 6.* vbi idem dicit quod in *cita cons. 547.*

Deinde, † ex testamento reuocato arguitur volun- 9
tas testatoris, tum maximè vbi est verisimilis, vt dicebat Manti. de *coniect. vlt. voluntat. lib. 3. tit. 20. n. 4. vers. sed licet*, Aym. Crau. in *cons. 113. in fin.* Gab. in *cons. 97. n. 28.* Audi elegantissima ad propositum verba *consil.* Collegij Ferrarien. quod est in ordine 214. *inter consil. Rimi. iun. vol. 2.* vbi ad probandum, & decidendum (desiderium enim est consilium illud, & sententia est in calce illius, & ideò multò maioris auctoritatis) certum patronatum de quo ibi, pertinere non ad vnum, sed ad duos, arguit † ex quadam confessione de hoc facta in pri- 10
mo testamento reuocato, *& n. 32.* sic ait. [Nec repugnat huic rationi, quòd ex testamento reuocato nullum potest sumi argumentum, vt per Barb. &c. Quia ex testamento arguitur voluntas testatoris, Corn. &c. & Craue. in cons. 113. in fin. qui declarat tunc demum voluntatis præsumptionem ex testamento reuocato procedere, vbi sit verisimilis, quod in casu nostro accidit, quia nulla ratio excogitari potest cur testator falsus fuerit bona communia fuisse dedicata in dotem dictæ capellæ nisi ita veritas se haberet, & cuius reuocatio facta fuit ob natiuitatem posthuinæ, vt præcisè euenit in casu Crau. Et ideò principalis intentio testatoris fuit reuocare testamentum, vt filia haberet hæreditatem, non vt reuocaret confessionem illam, & principalis † 11
intentio est attendenda, l. si quis nec cauſum, si cert. peta.] Hactenus Collegium Ferrarien. Et potest seruire pro ratione quod Dec. in *cons. 515. n. 2. vers. hoc idem*, docet, quia in hoc non apparet de mutatione voluntatis, & ideò consonat, quòd etiam in secundo testamento intelligatur de masculis, sicut in primo, conducunt quę tradit Meno. *præs. n. 176. n. 9. lib. 4.* Hęc quæ de

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

principali intentione circa reuocationem testamenti considerata fuere per istos Doctores, remanentibus aliis, quæ sunt extra eam principalem intentionem, mirifice applicantur huic casui, vt nonobstante reuocatione primi testamenti per confectionem secundi, remaneat aditio oriens per modum declarationis, ex legato supradicto in primo testamento facto.

12 Franciscus † Ripa in *cons.132.num.1.* sic ad propositum loquitur: [Et licet illud testamentum fuerit reuocatum per secundum, §. posteriore, insti. quibus mod. testam. infr. tamen quantum sit ad declarãdum dispositiu in vltima voluntate, licitum est sumere argumentum à testamento reuocato, l. fin. de reb. dub. Bar. in l. 2. §. testamentum. ff. quemad. testam. aperi. dicit interesse nostra habere testamentum impetfectum, vel reuocatum pluribus ex causis, & maxime quia per tale testamentum declaratur intentio alterius ratione voluntatis. Hinc dicit Imper. prodesse scire antiqua iura correcta, quia per illa declarantur noua, l. vni. §. 1. C. de cadu. tollen.

13 Finaliter, † quando aliqua euidens, & valdè probabilis coniectura suadet, & negotium est verisimile, tunc semper procedit argumentum à testamento reuocato, Hieronym. Gabr. *cons. 97. n. 28. in 1.* Manti. de *coniectu. vltim. volunt. lib. 3. tit. 20. n. 4. vers. sed licèt*, Aym. Crauet. in *cirat. cons. 113. in fin.* Quid verisimilius, quàm quòd hæreditatem opulentam noluit hæc mulier respuere.

Ex quibus existimabamus, citra omnem dubitationem esse, per secundum testamentum reuocatotium primi, non censeri reuocatam additionem resultantem ex primo.

14 Et dicebamus † non obstare in contrarium adducta. Ac primò non obstare visum fuit, quod ex Bim. in *cons. 172. tom. 3.* dicebamus circa suspensionem, & indeterminabilitatem contentam, vt prætendebatur, in legato primi testamenti, ea enim circa additionem nulla est nec inducitur ex eo, quòd considerabatur ex illis verbis, *quidquid ad me spectabit, ratione successionis intestati, &c.* quia ea apponi potuerunt, provt reuertà apposita fuere, ad aliqm finem, ex eo nempè quòd nesciebatur quid, & quantum id esset: & ideò Bim. in *loco cita.* non fuit ausus in hoc solo suam fundare intentionem, quia videbat fragile multùm esse argumentum, sed aliam posteà quæsiuit meliorem rationem, nostro casui non applicabilem, quia ibi verba ad aliud referri poterant, nempe ad supplementum dotis, quod sibi in hæreditate debebatur, nihil propterea mitum si in illo casu non fuit inducta aditio: In nostro autem, aliud verba importare non poterant,

15 Ad secundum † contrarium dicebamus, quòd neque proprie vti speciem vltimæ voluntatis neque etiam proprie vti speciem contractus consideramus additionem resultantem ex legato facto in primo testamento, sed vti deliberationem animi ipsius testatricis ex dicto legato orientem, quæ animi deliberatio, cum de lucro ex parte aditæ debentis agatur, qualiscunque

16 illa sit, probat additionem, & ad † præsumendum animi deliberationem qualiber leuis coniectura sufficit, provt ex Bart. Rolan. Mascard. Magon. & aliis probat Gasp. Anton. Thesau. *quæstio. forens. 51. n. 1. lib. 2.* Et

17 quamuis † testamentum reuocetur, non reuocatur ea declaratio, quia testamenti reuocatio solùm operatur suos effectus, quoad principalem dispositionem, id est quoad relicta in eo, non tangit effectus, qui ex dispositis aliàs possunt oriri, & colligit, vt probauimus.

18 Neque etiam est verum quod dicebamus in contrariis, reuocato testamento, renocari contractus in eo factos, nam in contractum est communis opinio Doctorum, Iosephi Ludouici, *communn. concl. conci. 60. declara. 2. &* 3. vbi dicit contractum factum in testamento retinere suam naturam, & proinde remanere irreuocabilem, infinitos penè ad id adducit. Ceuall. in *commun. contra commu. quæstio. 140. n. 5. & quæstio. 510. n. 10.* qui dicit in hoc non reperiri contradictorem, Gutier. in *l. nemo potest. n. 254. de leg. 1. & de iuram, confirma 2. par. cap 2. n. 10.* Tiraquel. in *legib. connubial. l. 16. glo. 5. num. 102.* eleg. inter Stphan Gratian. *discep forens. 351. n. 5. & 6.* In quibus † locis habes, qualiter possint 19 fieri contractus in testamentis, & quibus solemnitatibus debeant fieri, & qualiter statim habeant suum effectum à die celebrationis, non expectata morte testatoris, nec reuocationi subiaceant, de quibus ego vteriùs non ago quia parum vtud apud nos practicatur.

Et quia † inter alias solemnitates contractuum est 20 vna, quòd scriptura, in qua continetur contractus legatur coram testibus, *l. contractus, C. de fide instrum. &* colligitur ex *l. 1. & 2. C. de senten. ex breui recitan.* Mantic. de *tacit. & ambig conuent. lib. 1. tit. 10. n. 2.* & testamentum, in quo fundabatur aditio, non fuisset lectum coram testibus quia erat factum iuxta locale Barcinonæ recognouerunt proceres, *ca. 25. & 26.* Indè prætendebatur ex aduerso nihil proficere prædictam prætensam additionem, quæ nisi vt contractus in testamento factus, valere non poterat. Sed iam diximus, non fore considerandam dictam additionem vt contractum, sed vt deliberationem animi, in qua supradicta non requiruntur.

Et vt videas, † qualiter hæc aditio non possit con- 21 siderari vt contractus per se stans, notare debes quæddam pulchra additionis marginaliæ ad Salicet. in *l. si auia, C. de iur. deliber.* verba, quæ sic habent: [adde dominum Franciscum de Are. qui dicit ex isto text. esse fin. Nota quòd in testamento potest intertenire, vel intermisceri contractus, vel quasi, sed limita verum in casu nostro, quia quasi contractus intermixtus in testamento resultabit ex verbis principaliter continentibus vltimam voluntatem, vndè nihil potest dici extraneum à testamento, contra Iiubemus, supra de testamen. Sed non sic videtur esse quando forma verborum, & ipsa dispositio totaliter sonat in contractum, ita quod non habet vltimam voluntatem in se, & ideò dicet ipse incongruè iste text. allegatur ad ea quæ ponuntur in Iiubemus, supra de testamen. & in l. hæredes palam, §. fin. ff. eodem tit.]

Per quæ † *placuit* Senatui sententia lata in dicta 22 causa die 12. Ianuar. 1624. per legatum prædictum optimè fuisse probatam additionem, & quia verba sunt pulchra, quibus vsus fuit Senatus, ideo ea ponam ad litteram post relatum enim tenorem legati sic ait: Quæ verba de necessitate præsupponunt additionem hæreditatis filiæ sibi delatæ. Is enim sine dubio adisse intelligitur, qui de hæreditate sibi delata disponit, quia qui vult consequens videtur velle necessariò antecedens ad illud, quod est aditio, & maximè in hoc casu, in quo dixerat quomodò fuerit sibi hæreditas filiæ delata, nempè ab intestato. Additur his, quòd hæreditas opulenta, & lucrosa ex quauis leui coniectura, maximè à possidente, præsumitur adita, quantò magis ex translatione illius in legatarium, quòd citra ius, & nomen hæredis facere non potuisset. Et quamuis hoc testamentum per secundum fuerit reuocatum, nihilominùs ex illo probatur illa dispositio, & voluntas ibi declarata, ex qua prædicta aditio, & acceptatio hæreditatis filiæ iam ab eo-possessæ resultat, & consequenter constat hæreditatem filiæ, & iura sibi competentia in hæreditate paterna, ad dictos manumissores agentes ex persona dictæ Mariannæ Ferrer illius hæredis pertinere, & spectare, non verò ad dictum Vallgornera.]

Prudenter † cumulauit Senatus alias præsumptio- 23 nes istius aditionis, cum ea quæ oriebatur ex legato facto in testamento reuocato, nempe opulentiam hæreditatis & possessionem adite debentis, licèt non esset

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

esset necessitatium, cum prima sufficeret, quia in hac materia quanto plures sint præsumptiones, quæ simul coniunguntur, plus procul dubiò operantur, l. 3. §. 1. de restib. Abb. in cap. quia verisimile, de præsumpt. Decis. cons. 271. n. 10. & Stephan. Gratia. discep. forens. 578. n. 24 23. lib. 3. Potuisset † Senatus additione etiam aliam præsumptionem si voluisset, dicendo cum Rota dec. 32. n. 6. tom. 2. in recen. quòd aditio ab intestato facilius præ- † mitur. Confirmata fuit hæc deinde sententia in alia aula in secunda instantia, referente egregio Senatore Francisco Mijauila, & Franqueza, die 15. Iunij 1628.

25 Et si † in omni materia vis plene edoceri, qualem ex testamento nullo, vel reuocato valeas desumere voluntatis testatoris interpretationem, vide vltrà supra in toto discursu citatos, Simon. de Præt. de interpret. vltim. volun. lib. 1. interpre. 1. dub. 3. solut. 5. ex n. 54. fol. 331. Caldas Petey. de nomin. emphyteu. q. 10. ex n. 10. & tursus ex n. 29. Aluar. Velasq. consul. 61. & 102. Blas. Flor. Diaz de Mena in suis quæstio. lib. 3. q. 22. & in additio. ad Gam. dec. 173. & dec. 330. Et de his satis.

ARGVMENTVM.

An mora contrahatur ad effectum adiudicandi fructus & interesse ex die extraiudicialis interpellationis, ante litem contestatam, vbi plura de mercatoribus, & eorum priuilegiis.

SVMMARIVM.

1 Interesse non debetur ante moram, & sine ea.
2 Mora quot modis dicatur contrahi.
3 Farina negat decisiones Rotæ, sub suo nomine impressas, esse suas.
4 Moræ excusationem quæ tribuant, remissiuè.
5 Interpellatio extraiudicialis, an constituat quem in mora.
6 Interpellatio est necessaria vbi certa dies constituta non est, & de ratione.
7 Instrumentum guarentigium, in quo dies non est apposita, non exequitur sine interpellatione, vbi decisio.
8 Mora, in Senatu, non contrahitur ad condemnationem fructuum, & interesse nisi à die litis mota.
9 Mora apud alios, non contrahitur ex indiciali sed ex extraiudiciali interpellatione.
10 Mora in Senatu, contrahitur à die motæ litis, non à die contestationis illius, & quare.
11 Mora non committitur regulariter ex die litis motæ, sed illius contestationis.
12 Mora non contrahitur per citationem, nec per libelli oblationem, sed per litis contestationem.
13 Iudicium dicitur captum per litis contestationem.
14 Reus quæ non tenetur soluere expensas primæ citationis, & libelli.
15 Stylorum ratio non est tenaciter quærenda, sed eis obediendum.
16 Ratio cur Senatus condemnat à die litis motæ remissiuè.
17 Mora contrahitur solùm à die litis contestationis, quando reus fatetur, non quando negat.
18 Reus tenetur soluere expensas primæ citationis, si negat.
19 Ex non trahitur ad præterita.

Decisio XC.

1 CErtum † est in iure; ante moram, & seu sine ea, non competere, nec deberi interesse, l. vinum, vbi Doctores, ff. si certs. pet. late Lup. de vsur. commen. 1. §. 6. n. 109. Surd. cons. 459. n. 2. Didac. varia. resolu. lib. 3. cap. 4. n. 5. Hondede. cons. 30. n. 3. & cons. 50. n. 41. vol. 1. Rimin. cons. 52. n. 105. lib. 1. cum aliis adductis per Mar. Giurb. decis. 114. n. 6. Steph. Gratia. discep. forens. 240. n. 1. Nostet Cancer. in 3. par. variar. resolu. cap. 16. de litis contest. n. 69. qui allegat, l. mora, de vsur. & l. stella. si certum pet. &c.

Certum † etiam est, quòd tam respectu contractuum, 2 qui sunt, & dicuntur stricti iuris, quàm bonæ fidei, mora dicitur interuenire, & contrahi ex eo tribus modis, vel per litis contestationem, vel per dies lapsum, siue ille dies sit expressus, siue tacitus, vel etiam per extraiudicialem interpellationem, ac illam quidem vnicam, nec sunt necessariæ plures. Qui omnes tres modi reperiuntur in iure apprubati sine difficultate aliqua, Dec. in l. quod te, n. 3. ff. si cert. pet. a Rot. Genuen. dec. 24. n. 8. & decis. 68. & 175. n. 13. & 14. Lup. de vsur. diff. commen. 1. §. 6. n. 110. Barzi decis. Bonomien. 108. n. 3. Giurb. dec. Sicil. 114. n. 6. & 18. Rimin. iun. cons. 63. n. 28. Rot. Rom. dec. 62. n. 5. in 2. vol. recen. resolue. vt communiter dicimus, per Farina. Qui tamen † id non vult concedere, 3 dicit enim eas decisiones sub nomine suo falsò impressas fuisse, in cons. 201. n. 56. in 3. vol. cons. Arto. Mona. dec. Lucen. 21. n. 30. Sotoma. controuer. iur. quotidia. cap. 1. n. 59. lib. 2. Stephan. Gratia. discep. forens. 102. n. 33. & 34. par. 4. plene Menoch. de arbit. Iudi. cas. 210. n. 28. totam hanc materiam prosequitur, & excutit, & signanter de 4 his, quæ excusant à mora, quæ est materia vsu frequens, diligenter agit, latissime Cassane. in consuet. Burgun. rub. 4. §. 23. in tex. ibi, sera sufficiunt interpelle. ex n. 8. vbi † de multis ampliationibus, & limitationibus 5 eius, quod dictum est, sufficere interpellationem extraiudicialem, ac illam quidem vnicam, vbi vide; bene Bec. cons. 105. ex n. 20. vbi n. 21. loquens de tertio modo constituendi quem in mora, de quo futurus est nobis particulariter sermo in præsenti decisione, nempe per interpellationem vbi certa dies non est appolita, dicit † 6 optimo iure statutum, neminem sine interpellatione in mora constitui, ne contingat eadem tempore quem obligari, & in mora constitui, l. quod dicimus, de solu. Bero. cons. 160. Illustrissime, n. 7. lib. 1. cons. 105. in præsenti, n. 11. eodem lib. nisi enim quis interpelletur, per eum stare non videtur quominùs fiat quod promisit, Oldra. cons. 241. tota præsens, n. 4. Dec. cons. 316. quoniam, num. 31. bene Thom. Gramma decis. 103. num. 163. cum sequen.

Per quæ, † Senatus in pulchro casu, me aduocato, 7 declarauit instrumentum guarentigium, quod ex se habet promptam, & paratam exequutionem, non posse exequutioni mandari sine interpellatione debitoris, ex quo non erat appositus dies, sed dictum, solutorum debitorem, ad voluntatem creditoris, quia sine illa interpellatione non poterat dici debitor esse in mora soluendi, quia non poterat diuinare quando vellet creditor eum interpellare, cuius resolutionis, & decisionis meminit nobilis Ludou. a Pegue. dec. 166. vol. 1. à quo tamen caue quatenus in confirmationem illius decisionis, allegat Gutier. in consil. 35. non enim est nisi consi. 29. n. 4. vbi de hoc tractatur, adde Thom. Gram. allega. decis. 103. n. 166.

Ex his † tribus modis inducendi moram, & 8 ex consequenti patiendi, & causandi interesse, & fructus petitionem contra morosum, Senatus noster regulariter nullum ex eis amplectitur, & sequitur in suo rigore, sed solum approbat, & admittit iudicialem interpellationem, quæ fit per motionem litis: non enim solet regulariter adiudicare interesse, & fructus, nisi à die litis motæ, quantumuis dies in obligatione sit appositus, & quæcunque extraiudiciales interpellationes debitori sint factæ, nec expectat,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nec respicit ad id diem litis contestationis, provt attestantur practici nostri don Ludouì à Pegue. & Can-
†† cer ille *decis.178.* vbi adducit *binas decisiones*, hic verò in *3.par.variar.resolu. cap.16. de litis contest.n.67.* & ego etiam dixi in *2.tom. de pact. nuptia. claus.5.glos.8. par.4.n.56.* & rursus *claus.6.glo.2.part.1.n.41.*

Hic est stylus, & obseruantia Senatus, cuius tamen causam, & rationem sæpiùs percontatus à pluribus, non potui ab aliquo habere, omnes confugiunt ad illud, quod solet dicere veteranus ille noster, ac magnus practicus Micha. Ferret in suis *obseruan. non omnium, quæ à maioribus nostris, &c.* & sufficit quòd Senatus ita resoluerit, & dixerit, absque eo quòd aliam rationem quærere debeamus, sed deceret quòd aliæ rationes traderentur stylì, & obseruantiæ tam deuiantium
9 a iure communi, vt † pleno ore Rimin.iun. *cons.653. n.28.& 39.lib 6.* dicat e contra, regulam esse moram non committi ex interpellatione iudiciali, sed bene ex extraiudiciali: sed transeat cum aliis, quæ euitare non valemus, *lex* enim expressa est incip. *non omnium, ff. de reg iur.* quæ id dicit, quod Ferret noster, non est inuentio ipsius, & ratio etiam est, qua in casu similì nouissimè vtitur Ioan. Griuel. *dec. Dola.* 1 14.n.46.
10 Solùm † esset laborandum, si ratio inuenìri saltem posset concludens quamobrem, postquàm ad iudicialem modum constituendi quem in mora, se restrinxit Senatus, nullum alium admittens, confidetauit eam iam ex die petitionis, & moræ litis, non expectando illius contestationem, vt diximus, in quo non minùs recedere videtur à dispositione iuris, & eam derelinquere, quàm in non admittendo alios duos modos suprà relatos constituendi aliquem in mora, sicque stylus prædictus, & obseruantia nedùm videtur peccare in restringendo se ad hunc iudicialem modum, sed etiam in intelligendo eum ex die petitionis, & moræ litis, non ex die illius contestationis.
11 Et ne † videamur absque fundamento mouisse difficultatem contra istum stylum condemnandi à die litis moræ, vltrà id, quod Doctores de litis contestatione, non de illius motione, in hac materia loquuntur, vt vidimus, & præterea quicunque de condemnatione fructuum, & interesse loquuntur faciendo cum ipsa re, vel debito per diffinitiuam, omnes ex die litis contestationis, per quam inducitur mora, & reus constituitur in mala fide, non ex die moræ litis intelligunt, vt patet ex doctissimo Anton. Fab. in suo *Cod. in multis locis*, & signanter *lib.7.tit.18 de fruct. & lit. expens. defin.19.21.& 77.*
12 Vltra † hæc (inquam) est aduertendum (& hoc deseruiet pro ratione dictorum) quòd per libelli oblationem, citationem, & similes actus, non censetur quis
13 in mora constitutus, sed solùm † per litis contestationem, per quam iudicium dicitur esse cœptum, *l. amplius non peti, ff. rem rat. habe.* benè Ang. quem sequitur Alexand. in *1.vinum, ff. si cert. peta.* ac ibidem Pau. de Castr. *n.9.* & post eos Baue in *tract. de mora, in 1.part. num.12.& in 3.n.13.* pulchrè Rot. Gen. viden. *decis. 16. ex num. 17.* latissì nè Cassane. in *consuetud. Burgund. rubr.4.§.23. in text. vbi sera sufficiamment interpelle, n.8.*
14 Et hæc † est ratio quamobrem reus non tenetur soluere expensas primæ citationis, & libelli, quando antea interpellatus non fuerat quia non censetur fuisse in mora cum interpellatus non extiterit, vt probat *l. quidem hybernus ff. de seruit. vrban. prædio.* quo stante videtur nullo modo posse Iudicem ad fructus, & suo casu interesse rei petitæ condemnare ex die petitionis, & moræ litis, sed solùm ex die litis contestatæ. Difficultatem res habet, quam mouisse contentor, & indicasse loca, in quibus fortia ingenia se exercere poterunt, quia meum institutum non est de his agere hoc loco. Nec
15 † istorum, & similium stylorum, & obseruantiarum iudiciorum ratio est tenaciter quærenda, & inuestiganda, sed eis inclinato capite, & conniuentibus oculis, vti legibus, obediendum, & obtemperandum, Afflict. *decis. 135.n.3.* Rolan à Val. *cons.70.n.13.vol.1.* Tiber. à Corne. *in prælud. iudi. seu de modis procedendi, lib.1.cap.36.n.4.*

Sunt † autem loca, vnde colligere forsan poterit 16
rationem, quam quæritis, apud Bald. *in l.vinum. in princ. versad euidentiam. ff. si cert. peta.* Pau. de Castr. *ibidem, num.9.* Marc. Anton. de Amat. *dec. Marchiæ 24. ex num.18.* & Hipol. Riminal. *cons. 653. ex num. 28. cum sequen. lib. 6.* qui vltimus adducit in proposito quod docet Bauer, *in tractu. de mora in 1.par.num. 22. & in 3.n.13.* dicta in superioribus † non ex eo quòd mora 17
sit contra debitorem lis, & facta contra eum petitio. starum censeri constitutum in mora, vt exinde currant contra eum fructus, & interesse, sed ex die litis contestationis, procedere quando debitor conuentus contestatur litem confitendo, secus si negando, prout contingit in casu, de quo tractamus, in quo ideò deuenitur ad sententiam, quia debitor fuit in negatiua, nam in isto vltimo casu censetur fuisse in mora tempore citationis, seu libelli, sicuti † videmus per simile, quod 18
dicit Bauer, accommodatum, quòd licèt alias debitor, qui interpellatus non extitit, non teneatur soluere expensas primæ citationis, & libelli, quia non censetur fuisse in mora cum interpellatus non extiterit, *l. quidam hibernus. de seruitut. vrbanor prædior.* tamen illud intelligitur esse verum, quandò reus citatus comparuit, & confessus est debitum: secùs verò si negauit, nam censebitur fuisse in mora à tempore citationis, & libelli, quia verisimile est sicut nunc negat soluere, tunc etiam negasset, vt tradit Bald. post Guiller. Cum. *l. non edita, C. de eden.* Roma. *singul. 396. incip. serò dominus Manuel*: sic dicit Bauer, quòd ex quo reus tempore litis contestatæ negauit, præsupponere etiam debemus tempore citationis, & libelli negasse, & propterea ab eo tempore censebitur constitutus in mora.

Hæc satis † accommodata etant ad iustificandum 19
stylum nostrum, nisi eis expressim contradixisset idem Rimin. iun. in *eita. cons. 653. ex num. 32. lib. 6.* vbi late de his agit, dicens inter alia, similitudinem vnius casus cum alio non procedere, ideò quia per illam mora traheretur in præteritum, videlicet quòd reus negans nunc, videretur à principio in præteritum negasse, & sic tunc constitutus in mora, quo casu non procedit argumentum à simili, quando est casus, in quo constitutio portigitur ad præterita, quia non est æquum, quòd lex trahatur ad præterita, vt per Bal. *in cap. 1. notab. 4. an maritus succedat vxori*, quem sequitur Deci. *in cap. translato, num. 15. de consti.* Sed hæc aliis ingeniis relinquamus, & veniamus ad casum, propter quem institutimus præsentem componere decisionem. Quod præstabimus in sequen. decis. vbi de resolutione Senatus.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden.
Fructus an veniant ex die interpellationis extraiudicialis.
Et in quibus casibus ante litem moram.

SVMMARIVM.

1 *Fructus in Senatu quandoque adiudicantur ante litem motam remissiue.*
2 *Fructus inter mercatores an adiudicentur ex die interpellationis extraiudicialis.*
3 *Stylus habet vim legis.*
4 *Mercatores nunquam solent habere pecunias otiosas.*
5 *Merca*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

5 *Mercatores in multis casibus exigunt interesse, in quibus alij non exigerent.*

6 *Mercatoribus debetur interesse propecuniis, pro quibus non deberentur vsurae.*

7 *Pactum de lucro interesse, pro mutuo dando mercatori valet.*

8 *Interesse lucri cessantis est introductum fauore mercatorum.*

9 *Vsurae vsurarum permittuntur inter mercatores.*

10 *Pecunia mercatorum exposita negotiationi, plus valent quam alia.*

11 *Mercatores quaestus gratia laborant.*

12 *Mercatores in mercimoniis, & in mercatura fauorabiliores aliis in dubio.*

13 *Mercatoribus adiudicatur in Senatu interesse ex die extraiudicialis interpellationis.*

14 *Casus, in quibus in Senatu dantur fructus ante litem motam, cum decisionibus Senatus.*

15 *Legitima adiudicatur filiis, vna cum fructibus à die mortis patris.*

Fructuum condemnationem si non fecerit Iudex vna cum legitima, an petis nihilominus possint, ibid.

Decisiones Senatus, ibidem.

16 *Marito sustentanti onera matrimonij adiudicantur fructus ex die sustentationis.*

Decisiones Senatus, ibidem.

17 *Vxori in restitutione dotis non dantur fructus, vel interesse ante litem motam, sed post.*

Decisiones Senatus, ibidem.

18 *Emptor non soluens pretium, condemnatur ad fructus à die adepta possessionis.*

Decisiones Senatus, ibidem.

19 *Emptor cum pacto de retro soluendi retinendere condemnatur à die depositi.*

20 *Spoliator condemnatur ad fructus ante litem motam decussos.*

Decisio Senatus, ibidem.

21 *Contrarium.*

22 *Conciliatio opinionum.*

Spoliator in quo potest considerari aliqua bona fides, non condemnatur ad fructus ante litem motam, ibid.

23 *Creditor quandoque absoluitur à fructibus ante litem motam in pignore.*

Decisio Senatus, ibidem.

24 *Spolij actio datur etiam contra titulo, & bona fide possessorem.*

Decisio Senatus, ibidem.

25 *Possessor etiam auctoritate Iudicis quandoque condemnatur ad fructus ante litem motam.*

26 *Possessorio conseruandae agent, an obtineat etiam cum fructibus ante litem motam.*

Possessorio conseruandae agere commodius, quàm de spolio, ibidem.

27 *Turbatus vix nullus qui simul non spolietur.*

Turbator dicitur spoliare, ibidem.

28 *Tutor condemnari debet ad fructus, seu interesse in casu restitutionis reliquorum tutelaris administrationis.*

Decisio Senatus, ibidem.

29 *Creditoris in fauorem accipitur interesse sui crediti pro tempore quo condemnatur ad fructus pro pignore.*

Decisio Senatus, ibidem.

30 *Compensatio fit ipso iure ad impediendum cursum vsurarum.*

Decisio Senatus, ibidem.

31 *Fructus an veniant ante litem motam in* l. hac edictali, C. de secund. nupt.

32 *Fructus ante litem motam non veniunt in iudicio interestati.*

Decisio Senatus, ibidem.

Dixi † in praeceden. decis. quòd regulariter Senatus non admittit moram ad effectum condemnandi ad fructuum, & interesse suo casu restitutionem, nisi ea causata sit ex interpellatione iudiciali, & non dixi quòd semper, quia plures sunt casus priuilegiati, in quibus ex antea adiudicat Senatus fructus, & interesse: nonnullos adducit Canc. *in 3. part. variar. resolu. cap. 16. de litis contesta. n. 67.* & ego etiam *in 2. de pact. nupt. claus. 6 glos. 1. p. 6. n. 35.* & in decisionibus *decis. 65.* Quod longius infrà explicabimus. Sed cum † nullus inter eos repetiatur, quòd in vim alicuius extraiudicialis interpellationis condemnauerit Senatus ad fructus, & interesse ante litem motam ex die ipsius interpellationis, idèo in certa facti specie vidi dubitatum, si tentare possemus persuadere Senatui, quòd saltem fauore actus mercantilis, & seu fauore ipsorum mercatorum, quibus alias iura solent multum fauere in hac materia, ab stylo, & obseruantia communi non adiudicandi interesse nisi ex die motæ litis, recederet, adiudicando illud ex die interpellationis extraiudicialis, cum illa facta est, sicut fit quandoque ex necessitate, quia vel propter loci distantiam, vel aliàs non potest fieri iudicialiter. 1 2

Et quidem † stylus tam inueteratus in contrarium hucusque obseruatus in Senatu de non adiudicando ex die extraiudicialis interpellationis, deterrere quemquam debet ne aliud prætendat, cùm, vt diximus suprà, stylus habeat vim legis, & ipse sequendus, & obseruandus sit vt lex ipsa. Sed ex alia parte multum vrget fauor artis mercantilis, ex quo † enim mercatores nunquam habere solent pecunias otiosas, Mar. Muta *decis. Sicil. 42. num. 30.* & de mercatoribus Florentinis (tales iudico hodie omnes) dicit Straca *de mercatu. par. 2. num. 14.* ex Soci. iun. *cons. 87. col. penul. vol. 1.* quòd non sinunt pecunias, & merces dormire, in multis † casibus licitum est eis exigere interesse, in quibus prohiberetur aliis: in primis † enim reperimus in fauorem mercatorum, & suæ artis mercantilis statutum fuisse, vt eis debeatur interesse pro pecuniis, pro quibus non deberentur vsuræ, provt ex traditis *in l. 1.* & ibi Cagnol. *ff. de senten. quæ pro eo quod interest, &c.* docet Rot. Genu. *dec. 185. n. 3.* 3 4 5 6

Deinde, † in mutuo admittitur fauore mercatoris pactio certi, & indubitati interesse a principio taxati, quæ aliis est omnino prohibita, provt ego pluribus probaui, & decisionibus nostris, & aliquorum aliorum Senatuum otiauit, *in 2. de pact. nupt. claus. 5 glos. 9. part. 2. num. 19.* & 20. vbi reperies binas Senatus *decisiones*, quæ videntur primo aspectu contrariæ, in quarum altera contractus fuit iudicatus vsurarius, & pactio iniqua. In altera verò legitimæ, quia illa non fuerat facta cum mercatore, sed cum quadam fœmina non tali, hæc verò cum mercatore solito pecunias suas dare ad lucrum, & negotiationem. 7 ††

Præterea, † iura nostra solicita multùm fuere de lucris mercatorum, & negotiantium non diminuendis, sed augendis, & illis multùm fauerunt, ad quod signanter introductum eorum fauore præcipue videmus interesse lucri cessantis, quod est tam priuilegiatum, vt est notorium, de quo pluribus inter alios agunt don Ioan. del Castil. Sotoma. *quotidia. controuer. iur. lib. 2. tot. cap. 1.* qui singularis fuit in enarrandis, & adducendis omnibus Doctoribus, qui melius ac latiùs de hac materia tractarunt, singulariter etiam Mestril. *decis. Sicil. 245. per tot. lib. 3.* Blas. Flor. Diaz de Mena *in additio. ad Gam. decis. 110.* Stepha. Gratia. *discept. foren. 240. lib. 2.* reliquos omitto, quos potuissem proponere infinitos, quia ab istis referuntur plene. Interesse, † quoque (& hoc est plus) quod extenditur ad vsuras vsurarum, licet regulariter vsuræ vsurarum non debeantur, 8 9

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

beantur, nec interesse de interesse, fauore mercatorum introductum fuisse, probat *decis. Genuæ. 78. ex n. 15.*

10 Et ad † propositum, vt videas qualiter non sine magna ratione fauetur mercatoribus præ aliis in istis lucris, dicit vnum singulare verbum Nauar. *in manual. confes. cap. 17. numero 111. in vers. & quòd pecunia*, pecuniam mercatoris negotiationi expositam maiorem sine dubio censeri habere æstimationem, & plus valere, quàm tanta aliorum, refert ex Nauar. & aliis Soto-
11 ma. *d. cap. 1. numero 32. & 34.* Dicit † præterea Straca *de mercat. p. 2. n. 16. circa fin.* mercatores quæstus causa laborare, & omnem eorum vitam esse ad quæstum.
12 Dicit † finaliter Alex *in cons. 140. in fine, vol. 7.* & sequitur Straca *in eod. loco*, quòd etiam in ambiguis, iura mercatoribus in ipsis mercimoniis, seu mercatura fauent, quæ cum ita sint, nihil mirum si dicamus iustum fore ne saltem respectu mercatorum, sequatur Senatus, seu sequi debeat stylum non adiudicandi interesse à die petitionis, & interpellationis extraiudicialis, sed liberaliter stet regulæ, quæ dicitur, ex eo die fore interesse adiudicandum, aliàs videtur destrui totum mercatorum institutum, & commercium.
13 Optima † sunt hæc, sed si stylus est in contrarium, frustrà contra stimulum calcitramus: de meo tempore non vidi quidquam formiter declaratum. Sed tamen reperi quòd antiquitùs multories incidit iste articulus disputandus in Senatu inter Patres illos amplissimos, & semper fuit *resolutus* in fauorem mercatorum, adiudicando eis interesse ex die extraiudicialis interpellationis, quia ex eo die censebantur debitores esse in mora.

Prima declaratio fuit facta *die. 30. Octobris 1554.* inter Petrum Martì, & Iacobum Ioannem Matinez, Relatore Serta. Secunda 31 *eiusdem mensis, & anni*, inter Ioannem de Puigmido, & Catherinam Aymerich, referente N. Xammar. Et tertia denique *die. 19. Octobr. 1573.* referente Raphaële Balle, inter Petrum Sero Matmerium Venetum, & alios, ac quendam Ioannem Baptistam Tuson Matsilienfem, vt habes in Archiuo Regio in libris conclusionum, in quarum declarationum vim dicere possemus stylum Senatus de non condemnando ex die extraiudicialis interpellationis, non extendi ad causas istas mercantiles, atque ita faciendum ego semper consulerem, & iudicarem, nisi aliud mihi proponeretur quod retardaret.
14 Diximus † *initio huius decis.* nonnullos esse casus, in quibus Senatus recedit à communi praxi, & stylo, adiudicando fructus, & interesse nedùm à die litis motæ, sed etiam ante, qui sunt casus scitu digni, ideò vt eos simul iunctos habeas, qui sunt apud alios, ac etiam apud nos metipsos in variis locis valdè dispersi, hic proponemus illos.
15 Primus † est in legitima debita filiis, quæ adiudicatur, & adiudicari solet vnà cum fructibus, non à die litis motæ, sed à die mortis parentum, cum ab eo die statim debeatur, nec vllam recipiat dilationem, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam.* Surd. *dec. 25. n. 26.* Vicen. de Fran. *decis. 16. & 374. & ibi addentes*, Mar. Giurb. *dec. 64. n. 6.* vbi pluribus, & est ea decisio de pulchro casu, an si in sententia omisit Iudex condemnationem fructuum, censeantur nihilominus adiudicati, aut possint peti postea, qua de re dicemus aliqua *in sequen. dec. s.* idem Giurb. *in consue. Sena. Massan cap. 4. glos. 4. par. 1. n 13.* vbi plenissimè, Peregri. *de fideicom. art. 36. n. 69.* vbi quòd legitima numquam debet esse sine fructu, Grisci. *dec. Dola. 98. n. 1.* noster Michael Ferret *in 3. p. obser. c. 403.* noster etiam Canc. *in 1. p. var. resolu. cap. 3. de legit. n. 53. in codicib. additis.* Vbi isti duo vltimi de *obseruantia*, & praxi Senatus vti maximi practici attestantur, idem Canc. *in 3. p. var. cap. 16. de lit. contest. numero 79.* & sunt de hoc infinitæ decisiones, vnam fecit Senatus *die 3. Septembris 1601.* referente egregio Senatore Hieronymo Astor, in causa Annæ Sicat, contra Antonium Rossellò, & Vollprat, scriba Font. Alias similes decisiones Senatus adducit etiam noster Pegne. *decis. 127.* quem & etiam Cancerium nostrum in his laudat Ioan. Baptist. Hodierna *ad l. hæc edictalis quæst. 30. n. 1. & 2. C. de secund. nup.* Hæc etiam vltetiùs declarabimus *in sequen. dec.* vbi videas.

Secundus † casus est, quando viro sustentanti one- 16
ra matrimonij, non soluitur suo tempore pactata dos, tunc enim pro marito, & in illius fauorem fit condemnatio dotis, & vsurarum, & seu interesse, & fructuum illius à die, quo incepit sustinere opera matrimonij, Ferret *in d. 3. par. observat. c. 388.* Cancer. *in 3. par. var. c. 8. de depes. & commun. numero 3.* & rursus *16. de lit. contest. numer. 67.* Quem tamen † noluissem posuis- 17
se in dicto vltimo loco eo modo quo posui simpliciter, quòd in restitutione dotis debentur, & adiudicantur vsuræ, & fructus ante litem motam, quia id videtur dicere in fauorem mulieris repetentis dotem post solutum matrimonium, quod non est ita, sed respectu mariti, provt expressa *decisione* Senatus ego † comprobauiin *1. de pact. nup. clau. 8. glo. vni. par. vnic. numero 25. & 26.* & de marito ego etiam nonnullas *decisiones* adduxi Senatus in *d. 2. de pact. nup. clau. 8. glo. vnic. numero 19.* vbi pluribus declarati, & antea etiam in *cod. 2. tom. clau. 6. glo. 2. par. 6. numero 63.* quæ sunt loca, in quibus videndis neminem debet pœnitere quòd aliquod tempus consumpserit, quia multa practicabilia adducuntur in his materiis.

Tertius † casus est, quandò emptor non soluit pre- 18
tium rei emptæ, condemnatur enim ad restitutionem omnium fructuum etiam ante litem motam decurs orum, æquitate *l curabit. C. de actio. emp.* ne re simul, & pretio fruatur, provt ego probaui cum *decisionibus* Se- ††
natus ibi relatis in *2. de pac. nup. clau. 5. glo. 8. p. 15. numero 29.*

Idem † quandò venditor vult in vim pacti de retrò 19
recuperare rem venditam, & ob renitentiam emptoris deponit ei pretium, ex eo enim die condemnabitur emptor ad fructus, & sic ante litem motam, provt tradidi *sup. dec. 72. in fin.*

Quartus † casus est, quandò spoliator agit de spo- 20
lio, tunc enim fit condemnatio per Senatum, nedum ad restitutionem rei, sed etiam fructuum, & quidem nedùm ex die litis motæ, sed etiam ex die commissi spolij perceptorum, & si non fit à principio in declaratione principali, fit postea in executione, vel liquidatione, vt tradit Canc. *in 3. par. var. resolut. c. 16. de lit. contesta. n. 67.* qui tamen nullam in individuo decisionem ad id factam adducit, ego tamen tibi propono *vnam* recentissimam, factam scilicet die 17. Mar. 1638. referente egregio Senatore don Bernardo de Pons, & Turell. inter Franciscum Thomas de Galleners & viduam Llunell ciuitatis Gerundæ, scriba Curuz, Rota *dec. 14. alias 24. in nou.* plenè Thesau. *decis. 29 per tot.* Cæs. Barzi *dec. 53. nu. 25.* vbi decisio Rotæ Bonon.

Contrarium, † quòd solùm à die litis motæ ve- 21
niunt fructus etiam in spolio, tradit, & multis probat Gratia. *discep. forens. 581. num. 14.* vbi nonnullæ Ro. decis. adducuntur in idem, Rot. item *dec. 19. n. 7.* post tractat. Posti. de *manuten.*

Conciliantur, † vt prima procedat regulariter odio 22
spoliatoris. Secunda, quando esset possibile dari in spoliatore, quod fieri potest, aliquam, vel coloratam causam detinendi, quæ constituet eum in bona fide, vel in non tam mala, provt bene declarat illa Rot. *dec. 14 alias 24. in nou.* ac etiam Thesau. & Barzi *in decis. supra citat.* eadem Rot. Rom. *decis. 297 numero 14.* in positis post *tract. de manuten. Ludou. Posti.* Exemplum etiam ponunt in tertio, qui bona fide acquisiuit ab spoliatore, & cum eadem reperitur possessor, maximè quando contingeret eum auctoritate Iudicis immissū.

Non

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

23 Non absimile, † (& in hoc habes aliud exemplum, & erit quintus in ordine casus, in quo sit in Cathalonia, & eius Senatu condemnatio fructuum etiam ante litem motam) quod dicimus de possidente iure pignoris, qui apud nos ad fructus solet, & debet condemnari ante litem motam, cum illos non faciat suos, quia titulus pignoris non est ad id habilis, ve est notum, & nos satis bene probauimus in aliis decisionibus, dum de computandis fructibus in sortem in hac materia egimus, & in isto proposito extendemus in sequen. decis. Si tamen concurrit aliquis alius nouus titulus deinde acquisitus, veluti emptionis, qui tribuit bonam fidem, quamuis postea declaretur illum nihil proficere, sed nihilominus iudicetur quod possedit iure pignoris, quia aliquod vitium ille alius titulus habebat, non sit condemnatio fructuum ante litem motam, sed post eam, Fachi. *cons. 1. num. 70. lib. 1.* Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 7. tit. 13. de præscrip defin. 17.* Atque ita Senatus † *declarauit* in vna domini de Foxa, cum don Galcerando de Peguera, referente egregio Senatore Ioseph o Dalmau, quam declarationem habes in aliqua alia decis. particulari nostra.

24 Sed quomodò ; † Spolium considerabis in tertio bona fide possidente, & maximè auctoritate Iudicis? Ita, in hoc casu loquuntur citati Doctores, qui omnes etiam spolij actionem contra eum concedunt spoliato, nulla differentia facta, nisi quoad fructus, ante, vel post litem contestatam, secundum quod considerabitur in eo de bona, vel mala fide : audi ad id pulchra Senatus verba in illa Francisci Thomas de Galliners, de tertio qui acquisiuerat auctore prætore in publica subhastatione loquentia, quæ *decidendo* sic habent. [Tamen quia actio spolij datur contra possessorem rei, super qua fuit commissum spolium, quod procedit etiamsi tertius possessor titulo, ac bona fide possideat, cum in spolio non inspiciatur, an quis iuste possideat, sed solùm an alter sine iusta causa de possessione electus fuerit, &c.] quæ verba licèt non veniant benè quoad condemnationem fructuum à die adeptæ per tertium possessionis, probant tamen quod diximus, non cessare actionem spolij, ex eo quòd res reperiatur penes tertium, quantumuis titulo, & bona fide possidentem. Adde prædictis Hercul. Matesco. *var. resolu. lib. 1. cap. 59. num. 11.* vbi plures Rot. decisiones quòd actio spolij detur aduersus titulo possidentem, etiam si res ad eum sine vitio peruenerit : adde item Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 8. tit. 3. vnde vi, defin. 21. 26. & 31.* Quod tamen in multis casibus recipit iustum temperamentum, de quibus per Fab. in *dict. tit. vnde vi, defin. 22. & reliquis supra cit.*

25 Cur ergo † iste acquisitor cum titulo, & auctoritate Iudicis, de quo in dicta causa nostra, fuit ad fructus à die adeptæ possessionis condemnatus, qui secundum prædicta non videbatur condemnandus ? Quia deficiebat in eo bona fides, sed mala considerabatur ob magnam ipsius culpam, quæ inibi considerabatur ex multis causis, & circunstantiis ibi concurrentibus, quod quandò contingit, etiam iste talis acquisitor condemnandus venit in fructibus antea perceptis, in qua condemnatione habuit Senatus quam sequeretur Rotam Bononien. *in cita. dec. Cæs. Bar. 253.* vbi similis condemnatio facta, ea ratione expressa *n. 25.* his verbis, [Siquidem dixerunt ipsi domini eos fuisse malæ fidei possessores, vtpote qui inuaserunt bona pupilli, & si cum Iudicis auctoritate, minùs tamen legitimè, & non seruato iuris ordine, & sic immissio illa nullum ius eisdem tribuere potuit, l. meminerint, C. vnde vi, &c. *conclusio*, & debilius ius consequuti fuerunt, quàm prædo, Bald. &c.]

26 Sed quid † quandò quis non vult dicere se spoliatum, nec pro tali se habere, sed prout potest turbatum, quod regulariter magis expedire sentiunt Doctores propter commoda possessionis, quæ sunt pluta, vt ego post alios tradidi *in 2. de pact. nup. clau. 7. glos. 3. par. 10. ex n. 5.* & videbis etiá in aliqua alia harum decisionum.

Idem videtur † dicendum, quod in spolio, cum illis 27
distinctionibus bonæ, vel malæ fidei de quibus supra. Ratio est clara, quia vix est quòd quis in sua possessione turbetur, quia hoc ipso spolietur, quia qui turbat spoliat, *l. vim facit. ff. vnde vi*, & si concedatur tali spoliato posse nihilominùs remedium retinendæ interrare, id est in sui fauorem introductum ob commoda possessionis, vt diximus, non igitur in eius odium retorquendum, maximè cum scribentes dicant passim, & signanter in illis locis, quos suprà proximè citaui, eum qui cum posset dicere se spoliatum, quia reuera deiectus, noluit nisi turbatum se proponere, consequi aduersus turbatorem eadem illa, quæ si spoliatum se dixisset, de spolióque egisset, sed illud nunquam vidi obseruatum in specie, omnes turbatores vidi tractatos vti bonæ fidei possessores vsque ad litem motam. Tu si aliud vidisti, dices.

Sextus casus, † in quo sit in Senatu condemnatio 28
fructuum, & suo casu interesse ante litem motam, est in causa restitutionis reliquorum tutelaris administrationis, Canc. qui benè confirmat *in sæpè cita 3. par. var. resolu. c. 16. de lites contest. n. 67.* adde Ioan. Gutier. *de tutel. & cur. par. 3. c. 1. n. 81.*

Et licèt Canc. nullam in indiuiduo in istud adducat Senatus decisionem, *vnam* ego inueni in meis pro- †
tocollis antiquis, quibus soleo multum deferre, quæ sic habet, [Decimoquinto Octobris 1522. ad relationem Vincentij Orrit fuit visum, quòd si tutor finita tutela appareat debitor pupilli, quod debet condemnari ad soluendum interesse illius quantitatis debita restantis, à die finitæ tutelæ, ad forum, siue rationem vnius solidi pro libra singulis annis.]

Septimus casus est, † quando creditor pignus possi- 29
det, quem certum est fructus illius non facere suos, & ideò condemnari ad fructus ante litem motam perceptos, vt diximus suprà, cæterùm in isto casu tenetur debitor accipere interesse crediti ipsius creditoris in computum dictorum fructuum & sic quemadmodum creditor condemnatur ad fructus ante litem motam, sic debitor ad interesse crediti, etiam ante litem motam, *l. cum debitor. ff. in quib. caus. pig.* & ego tradidi latè *in 2. de pact. nup. clau. 7. glos. 3. par. 7. n. 3.* vbi *decisio* †
Senatus, & non memineram ibi adducere text. suprà citatum, qui est in terminis.

Octauus casus est † ad impediendum cursum vsura- 30
rum : demus enim quòd ego debeam tibi aliquam quantitatem ob aliquam causam parietem vsuras ante litem motam, veluti dotis, ant aliam : si tu mihi debeas aliam quantitatem, etiamsi sit ob aliam causam non patietur eu similes vsuras, ad impediendum tamen illas, sit compensatio ipso iure, taliter quòd sic meum creditum operetur ante litem motam, sicut illud, prout ego late post alios adduxi, & comprobaui, & *decisione Se-* †
natus ortuani *in dicto 2. de pact. nup. clau. 6. glos. 2. par. 6. ex num. 60.* quibus nunc addo Surd. *de alimen. tit. 1. quæst. 42. n. 88.* vbi quod in isto casu fit compensatio ipso iure ad impediendum cursum vsurarum, quocunque tempore opponatur, etiamsi non fuerit in tempore opposita, & quocunque tempore opponatur retrotrahitur.

Nonum casum † ponunt scribentes in casu *l. hac* 31
edictali, C. de secun. nup. dicentes, quòd vbi illa intrat, & habet locum, debet fieri condemnatio fructuum etiam ante litem contestatam. Sed quia non vidi decisionem Senatus hucvsque factam, sed bene, quòd noluit se Senatus determinare, vt tradidi *in 2. de pact. nup. clau. 5. glos. 8. par. 4. ex n. 54.* ideò nec ego.

Decimum casum † alij commisebant inter istos, 32
quandò alicuius decedentis ab intestato hæreditatis vnus ex succedentibus apprehendit possessionē solus,

tunc

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

tunc dicebant eum debere condemnari etiam ad fructus ante litem motam, sed non ita obseruat Senatus, provt refert Canc. *in dict. 3. par. var. resolu. c. 16. de litis contest. n. 67. vers. In causa intestati*, vbi *decisio* Senatus.

Extra hos casus vix reperies alios, in quibus Senatus recedat à communi praxi condemnandi solùm ad fructus à die litis motæ.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisionis præcedentis, circa casus, in quibus solet Senatus adiudicare fructus ante litem motam, vbi plures quæstiones de legitima ascendentiũ, & descendentium.

SVMMARIVM.

1 *Factum proponitur.*
2 *Legitima ascendentium non tam priuilegiata, quàm descendentium.*
3 *Legitima descendentium de iure naturæ. Ascendentium de iure positiuo.*
4 *Et ex hoc vinculo debetur illa, quàm ista.*
5 *Legitima descendentium, & ascendentium non semper pari passu ambulant, nec semper procedit argumentum ab vna ad aliam, & in quibus casibus.*
6 *Legitima ascendentium sic secum adfert fructus à die mortis, sicut descendentium.*
Decisio Senatus, ibid.
7 *Legitima ascendentium, de qua in constit. dels impuberis, intelligitur vnà cum fructibus à die mortis impuberis.*
8 *Legitima descendentium, & ascendentium communiter pari passu ambulant, & valet argumentum ab vna ad aliam.*
9 *Rationes, ob quas legitima dicitur deberi cum fructibus à die mortis.*
10 *Legitimam descendentium esse de iure naturæ, non ascendentium, quomodo intelligat Senatus.*
11 *Fructus legitimæ possunt peti separatim etiam post satisfactionem legitimæ, vbi dec. Senatus.*
12 *Fructus legitimæ non debentur à die mortis, quando ea ex quibus est deducenda, non parunt fructus, vel quando deducenda est in pecunias, vbi Senatus.*
13 *Fuit qui istud impugnauit.*
14 *Quomodo hæc intelligantur declaratur.*
15 *Fructus qui nullos recepit ex re empta, pretio non soluto, nullos restituit.*
16 *Quæstiones aliæ complures circa legitimam per Senatum decisæ adducuntur, & resoluuntur.*
17 *Legitima quando soluitur in corporibus hereditariis, an cum ea soluendum interesse pecuniæ, ad quam fuerat liquidata, an fructus corporum.*
Decisio Senatus, ibid.
18 *Ratio dictæ decisionis Senatus.*

Decisio XCII.

1 Proposui † cum aliqua diligentia, & valdè attentè in præceden. decis. casus, in quibus solet Senatus, præter mortem, condemnare ad fructus, etiam ante litem motam. Sed non remanet adhuc materia satis enodata, ideò secundum meum stylum, redeo vlteriùs ad eam.

2 Dixi † imprimis de legitima, ad fructus à die mortis patris, & sic ante litem motam condemnati obligatos ad eam per Senatum, & semper loquuti fuimus in legitima filiorum, & de ea communiter loquuntur Doctores de hac materia tractantes, ob quod quæstium vidi in aliqua facti contingentia, an idem in legitima debita parentibus in bonis filiorum. Et aliqui dubitabant, eo quòd non tam priuilegiata hæc videtur, quàm illa, legitima enim † filiis debita est de iure na- 3
turæ, ea autem quæ parentibus, de iure positiuo. Rip. in *l. in quartam, n. 12.* cum aliis adductis per Canc. in *1. par. var. resol. cap. 3. de legit. n. 4. in codicib. additio.* & ar- 4
ctiori † vinculo debetur descendentibus, quam ascendentibus, Peregrin. late de *fideicom. art. 49 num. 44.* Surd. *cons. 341. n. 33. vers. quarto videnus, & num. 34.* cum aliis latè adductis per Merlin. de *legit lib 1. tit. 2. q. 12. n. 13.* vndè ob eam differentiam fit, ne † semper pari passu 5
ambulent, quia filij non coguntur suas legitimas accipere in pecunia numerata, sed rantùm in rebus hæreditariis, *l. Iacunus, & ibi omnes, C. de inoffi. testam.* Ascendentibus autem legitima in pecunia, ipsis inuitis, assignari potest, provt pluribus Can. *vbi sup.* reliquas differentias omitto, quæ sunt plures, non tamen huius instituti, apud Merlin. *vbi sup. n. d. n. 13.* cum *seq.* & signanter *n. 14.* non semper valere argumentum à legitima descendentium ad legitimam ascendentium. Nihil ergo mirum, fuisse aliquandò dubitatum, si in ista legitima debita ascendentibus procedebat priuilegium de fructibus à die mortis.

Sed prædictis † non obstantibus, veritas est, idem 6
procedere in legitima ascendentium, quod in descendentium, vt sic in illa debeantur fructus à die mortis, sicut in ista, nec vlla constituatur differentia, provt latissimè probat Peregr. de *fideicom. art. 49. n. 43. vsque ad 50.* & signanter *n. 49.* Decia. *cons. 79. n. 13. lib 2.* & Gra. *disceps. forens. 688. n. 8. & 9.* Hanc opinionem sequitur Senatus intrepidè, etiam in legitima ascendentium, vt sic etiam in ea debeantur fructus ex die mortis, provt in terminis *declarauit* die 11. Aprilis 1631. relatore egregio Senatore Hieron. Guetan, inter dominam Isabellam de Santmenat, & Vilanoua, ac Raymundum Vila, & don Bernardum Salba. Scriba Maillol, vbi matri in bonis filiæ impuberis fuit adiudicata legitima à die mortis filiæ. †

Per quam † decisionem interpretaberis illam *con-* 7
stitu. nostram, dictam *dels impuberis*, de qua tantùm per in superioribus non longe ab istis decisionibus egimus, & illis illius verbis, [Sola legitima relicta illi matri, aut ascendentibus, &c. *addes*, vnà cum fructibus à die mortis ipsius filij impuberis,] sic enim censùit in prædicta causa Senatus.

Nec tanta † est diuersitas inter vnam, & alteram 8
legitimæ ascendentium, & descendentium speciem, vt suprà in contrarium fuit traditum; lege ad id Merlin. *de legit. lib. 2. tit. 2. sect. 9. 31. & lib. 3. tit. 2. q. 1. & q. 18.* in quibus etiam locis, quòd quæ statuta sunt in legitima descendentium, procedunt etiam in legitima ascendentium, & valet argumentum ab vna ad aliam. Differentias inter has legitimas cumulauit Peregrin. *art. 49. ex num 44.*

Rationes, † quibus mouentur auctores vt fructus 9
istos concedant à die mortis, non curo hic ponere, quia non est meum. Alij ob moram, alij quia legitima est quid vniuersale. Alij quia ij quibus debetur legitima censentur etiam hæredes in legitima, & illicò transfertur in eos dominium, de quibus habes apud suprà citatos plene, quibus adde Stephan. Gratia *decis. pedem. Mar. 4. per tot.* quæ est in materia legitimæ singularis.

Et illud † quod dicebamus, & quotidiè est in ore 10
omnium, legitimam ascendentium dici esse non de iure naturæ debitam, sed de iure positiuo introductam, (si vis scire quomodò intelexerit Senatus in suprà relata causa, dicam (vt nihil ignores, & in omnibus à Senatu educearis)

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

edoceatis) quòd his illa verbis suum *declararit* sensum, ibi, *nec adhuc dicta prætentio excluderet matrem à legitima si non ordine, saltem iure naturæ, & pietatis ac miserationis intuitu ascendentibus debita*. &c *Si non ordine*, adde *naturæ*, quia immò ordine turbato, *l. nam. etsi parentibus ff. de inoff. testam.* Peregr. *art.* 45. *n.* 44. vbi quòd patrenum hæreditas ex voto eorum, & pro ordine naturæ debetur filiis, filiorum verò parentibus ordine naturæ turbato, *iure tamen naturæ, & eâ est secundum naturam.* Peregr. *vbi sup. n.* 49. Denique de *pietate, & miserationis gratia*, Bello de *in actes. lib.* 1. *cap.* 6. *q.* 16. *n.* 70.

11 Habent hoc † particulare isti fructus legitimæ præ-
ter alios, vt possint separatim peti etiam post satisfa-
†† ctionem legitimæ, atque ita *obtinuit* Senatus prout ego
iam alias docui in 2. *de pact. n.* 7. *claus.* 6. *glo.* 1. *par.* 1. *n.* 23. vbi decisionem Senatus adduxi.

12 Fallit † quod diximus de fructibus legitimæ debi-
tis à die mortis, vt non procedat quando legitima est
detrahenda ex his, quæ fructus non patiunt, vel ex pe-
cunia numerata, quo casu interesse tantum debetur, ac
illud quidem, non ex die mortis, sed ex die motæ litis,
†† & hæc est praxis Senatus, quam *obtinuit* intrpide,
prout est apud Micha. Ferret in 3. *observan. n.* 405. &
apud Cancer in 1. *par. var. resolu n.* 5. *de legit. n.* 55. *in codicib. additiona.* & in 3. *p. variar. resolu. n.* 16. *de litis contest. n.* 79.

13 Quam † limitationem, non multi sunt elapsi dies,
ex quo vnus ex nostris, cum essemus plures consulti
in causa grauicirca rem hanc, acriter accipiebat, inter-
pabatq; Senatū, & Senatores quòd eam praxim admi-
sissent, & admitterēt: distinguendo casum quo legitima
debetur in corporibus hæreditatis, ab eo quà lo in pe-
cunia, vt primo casu fructus à die mortis, in secundo à
die motæ interessis adiudicer, dicēdo se inuestigare nō
potuisse vbi fundati possit ea distinctio. Addebat, quòd
si ita esset procul dubio nunc apud nos, nunquàm filii,
vel parentes respectiue possent consequi fructus à die
mortis, & esset facillimum hæredi prædictam iuris
dispositionem eludere, cum iuxta *constit. 21. tit. de legit. & dimissilium* hæres habeat electionem, si velit in cor-
poribus, vel in pecunia legitimam soluere, nunquàm
autem, si sic posset eintare fructuum à die mortis so-
lutionem, seu restitutionem, eligeret nisi in pecunia &
concludebat, quòd ipse vellet videre aliquam decisio-
nem factam post cutias anni 1585. in quibus supradi-
cta constitutio fuit condita, nihil faciens alias antece-
dentes decisiones, quia tunc non erat in manu hæredis
soluere in pecunia, & sic eludere dispositionem iuris
circa fructus, demonstrabātque iste aduocatus, immò
palam profitebatur se non credere iturum, quòd similes
nunc declarationes Senatus faceret, in prædictaque
praxi persisteret.

14 Sed satisfecimus ei, † & acquieuit cū esset bonæ in-
dolis, dicendo prædictam theoricam, & distinctionem
approbatam nedum à nostro sapientissimo Senatu, sed
ab aliis etiam, prout habes apud Cancer. in *dict. cap.* 3.
de legit. n. 55. qui multas citat, & apud Grivel. etiam
decis. Dola. 98. vbi alij adducuntur similiter, omnes re-
currunt communiter ad Angel. in *cons.* 101. qui pul-
15 chre sic distinguit. Et Grivel. † in *cita decis. Dola.* 98.
exemplum addit: ide eo qui accepit rem empram, &
non soluit pretium, quem diximus in præcedenti tene-
ri ad fructuum restitutionem ex die adeptæ possessio-
nis, vt non teneatur is res est talis, quæ non patiar, vel
patere possit fructus, non ergo tam aspere cum Sena-
tu agendum.

Et declarandæ ei exceptiam, dicebamus theoricam, & distinctionem non ita litigendam vt ipse putabat, quandò vellet hæres vterar in eius optione, soluere in pecunia legitimam, quo casu posset sequi inconue-
niens, & absurdum consideratum, sed quandò in hæ-

reditate non est nisi pecunia, & ex ea est soluenda le-
gitima, tunc enim pecunia non patiat fructus, sed mo-
ratur, & committitur apud nos ex die litis motæ,
non prius, sequitur in isto casu non posse prætendi
quidquam pro fructibus, seu interesse ante litem mo-
tam, vt particulariter declarat Cancer. cum citatis per
eum, *vbi præsertim*, atque ita benè Senatus.

Ex eadem ratione dicunt quod diximus, obseruari
etiā in Senatu, quòd si res ex quibus soluēda legitima,
sunt tales, siue mobiles, siue immobiles, quæ no patiū
fructus, non procedit quod diximus debitos fructus ex
die mortis, quia cum nullos receperit hæres, nec rece-
pere potuerit, non est iustum quòd aliquos soluat, vel
restituat, vt dicunt citati Doctores hucusque in hac
materia, tam in hac quàm in præcedent. decis.

Alias quæstiones, † cum decisionibus Senatus super 16
eis factis valdè vtiles in hac materia adducit Cancer. in
locis supra citatis, quæ sunt videndæ, & magni facien-
dæ, quia non ita facile apud alios reperiuntur. Quòd
nihil interest fructus fuisse cultumpros bona fide per
hæredem. Quòd nihil interest percutere res legitimæ,
quia nihil pro ea sit receptum, vel supplementum,
adhuc in istis casibus, & quolibet eorum debetur
etiam fructus à die mortis. Quod valor alimentorum
præstitorum ei, cui debetur legitima, computatur cum
fructibus, seu compensatur. Quòd fructus legitimæ
non computantur secundùm vetum rerum valorem, sed
secundùm quod potuerunt res communiter singulis
annis locari. Quod pro detractione legitimæ, si in hæ-
reditate sunt res pretiosæ, quæ fructus non parium, nec
communiter locari solent, non æstimantur ex reditu-
bus, sed quantum vendi possunt. Et de his quæ tractat la-
te iste auctor, quid futurum quandò is, cui debetur le-
gitima, cessit illam aliquot annos post mortem patris
pleno iure cuidam amico, qui per quindecim annos
illam petit, an possit postea illam petere cum fructi-
bus à die mortis. Cui vltimæ quæstioni ego addo alia
non minùs practicabilem, an legitimæ fructus, qui in-
cœperunt currere post mortem patris, desinant cur rere
mortuo filio, ira vt hæres qui postea petit, non audiatur
quoad fructus, nisi à die litis motæ, Peregr. *cons.* 71. *n.* 4.
lib. 1. & 66. *n.* 1. *lib.* 4. Ad doctrinam Berengar. Petran.
quæ est de hac materia relata per Molin. nostrum de
rit. nup. & pact. in mat. commun. lib. 3. *q.* 14. *n.* 47. Respon-
det Costa in *cap. si pater, 2. par. verb. debitæ, n.* 10. *vers. ā
nisi ant. fol.* 304. & denique vide Valenzuel. *cons.* 85. *n.* 3.

Sagissimus. De spirol noster in *reper. ad Mist. verb. legitima*, aliam etiam quæstionem suscitat vsu frequen-
tem, nunquid si filius incœpit recipere legitimam in
pecunia, possit in eadem compelli ad recipiendum re-
liquum. Et resoluit quòd sic. Sed hæc quæstio non apud
nos, qui damus hæredi quocunque modo electionem.

Aliam quæstionem in materia, post multos quos
allegant, mouent Vincen de Franch. *decis.* 166. & Mar.
Anton. Peregrin. de *fideicom. art.* 36. *n.* 69. nunquid si le-
gitima relinquatur à patre filio in pecunia, debeatur
etiam interesse similiter à die mortis, & resoluunt quòd
sic, atque ita decisum in Senatu Neapolitan. asserit
Franch. *vbi supr.* Cauc ne cum succederet casus iste, re
inuoltus cum aliis. quæ diximus *supr. à. n.* 11. 12. & 14.
quæ aliquibus forsan videbuntur contraria. Ego non
facio de legitima tractaturu, ideò multa aliis relinquo.

Moueo tamen † vnam aliam non minus vtilem in 17
his quęstionem quę quotidie incidit in praxi: Et, quòd
fuit liquidata legitima in quantitate, prout semper fie-
ri solet: æstimamus enim semper in primis proprietas,
& bona, & ex summa quæ inde resultat, liquidantur
quartam partem pro legitima vna cum interesse, apud
nos enim semper est quarta ex nostra constitutione,
tam in ascendentibus, quàm descendentibus, & interes-
se liquidatio fit, & fieri solet ex titulo, ad rationem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vnius solidi pro libra. Contingit autem non rarò quòd postea hæres vult soluere, prout potest, dictam legitimam in valore per corpora hæreditaria, quorum fructus non ascendunt ad interesse pecuniæ, ad quam fuit liquidata legitima: quæritur, an hæres prædictus teneatur soluere illud interesse, quod fuerat liquidatum cum legitima, quando liquidabatur in pecunia, an verò sufficiat præstare fructus illos, quos reddere solent proprietates, in quibus soluitur legitima. Bis super hoc articulo in duabus causis Senatus apposuit manum. Primò, in causa manumissorum Mariannæ Seniust, contra don Franciscum de Vallgornera, Relatore egregio Senatore Hieronymo Astor, & Scriba Ioanne Payssa. Secundò, in causa domnæ Isabelæ de Santmenat, & Vilanoua, contra Raymundum Vila, & don Bernadum Salba: Relatore Hieronymo Guerau, & Scriba Mallo. In quibus duabus causis *resolvit* Senatus in isto casu, nō illud prius interesse liquidatum cum legitima quandò liquidabatur in pecunia, soluendum, sed solùm fructus, quos patiunt proprietates, in quibus deinde hæres eligit soluere legitimam. In prima causa fuit facta declaratio referente Regio Senatore Iosepho Roca, in quadam causa supplicationis ab intermedio 2. Iul. 1630. in secunda verò 14. Iulij 1631. & fuit confirmata per egregium itidem Senatorem Gasparem Iulianum Pexo 18. Decemb. 1631.

18 Quæ potest † esse ratio? Satis euidens, quia cum non habeat filius, nec recipiat pro legitima nisi proprietates, quæ habent de fructibus ponatus centum, non foret iustum quòd, facta alia computatione, detemus ei plus: fructus non possunt esse alij quàm quos reddit proprietas, quod cum nitatur ratione naturali, non est amplius confirmandum, ideò rectè Senatus cum vult pars soluere in proprietatibus, attendit ad fructus illius, non aliud.

ARGVMENTVM.

An prohibitio de alienando extrà familiam, & extra genus facta Titio, sit personalis, vel realis, vbi multa de istis prohibitionibus.

SVMMARIVM.

1 *Probatio de non alienando extrà familiam, & genus, an sit personalis, vel realis.*
2 *In dicta prohibitione, & per eam videtur voluisse testator bona conseruari in familia.*
3 *Ratio habetur pro expressa, quando alia non videtur posse assignari.*
4 *Ratio agnationis conseruandæ quamuis non dicatur, pro expressa habetur quando alia assignari non valet.*
5 *Ratio agnationis conseruandæ, non interest expressa sit, vel tacite subintelligatur.*
6 *Ratio, quæ allegatur si est ratio naturalis, præsumitur finalis.*
7 *Ratio naturalis potest allegari pro lege.*
8 *Ratio naturalis dicitur, ne putemus testatorem voluisse facere prohibitionem de non alienando extra familiam respectu primi hæredis tantùm.*
9 *Prohibitio, ne bona extra familiam alienentur, idem est, ac si dictum fuisset, vt in familia conseruentur.*
10 *Prohibitio de non alienando extra familiam ea ratione, quia vult bona in ea perpetuo conseruari, ex personali fit realis.*
11 *Ratio dispositionis consideratur potius, quam ipsa dispositio.*
12 *Prohibitio alienandi, quando est facta certæ personæ, indicatur personalis.*
13 *Mens, cum verba omninò non deficiunt, standum est.*
14 *Mens non est standum, cum de fide commisso inducendo agitur, sed verbis, secus cum de iam inducto declarando tractatur.*
15 *Prohibitione alienandi extra familiam inducitur fideicommissum contrauentionale.*
16 *Decisio Senatus in hac causa, quòd prohibitio sit indicanda personalis.*
17 *Prohibitio de non alienando censetur facta, ne is cui fit, alienet, non in perpetuum, ne alij alienent.*
18 *Prohibitio alienationis, cum sit exorbitans, debet strictè intelligi.*
19 *Prohibitio facta in personam, non egreditur illam.*
20 *Mens testatoris semper præsumitur sui conformis.*
21 *Testator semper præsumitur conformasse intelligentiam verborum suorum, cum intelligentia verborum suis.*
22 *Testator non præsumitur voluisse priuare alienandi facultate successores in perpetuum.*
23 *Animus, & intentio conseruandi bona in familia in perpetuum non præsumitur, quamuis ex conseruatione simpliciter mentio fiat.*
24 *Prohibitio alienandi facta alicui, sine dictionibus perpetuitatem denotantibus, personalis remanet.*

DECISIO XCIII.

IN 1.† *de pact. nuptial. tracta. claus. 4. glo. 25. ex num.* 1
83. *ad fin.* memini cuiusdam causæ, quæ tunc in Senatu ducebatur me aduocato, si prohibitio facta hæredi cuipiam, aut ordinatio, cum hoc pacto, & conditione, *quòd non posset bona donare, & alienare extra familiam, & personas de genere*, iudicari debebat realis, vt comprehenderet nedum primum prohibitum, sed etiam & quoscumque de genere, & parentela, in quos bona quandocumque deuenirent, vt sicut non poterat ille primus extrà familiam, & extrà genus alienare, sic nec successores illius: an verò personalis, vt restringeretur ea prohibitio ad primum, taliter quòd ipse solum censeretur prohibitus alienare extra familiam, & extrà genus, non reliqui. Sed non posui quid Senatui placuisset in ea quæstione, quæ fuit non parum controuersa, quia adhuc tunc non erat decisa, ideo operæ pretium duxi iterum hoc loci eam reassumere, & nouè, omissis inibi iam dictis quæstionem propter sui vtilitatem disputare, & mox, quid circa eam senserit Senatus post multam disputationem, patefacere.

Difficultas † consistebat, & consistit in pugna, 2
quæ in hoc est inter mentem, & verba, quæ solet esse terribilis: qui enim considerabit mentem testatoris, facile dicet eam fuisse, ne vnquàm bona exirent à familia, & ea ratione iudicabit motum testatorem ad faciendum hanc prohibitionem, quia voluit bona perpetuo remanere, & conseruari in familia, quæ † ratio 3
licet non sit expressa, quia tamen alia assignari non potest, haberi fine dubio debet pro expressa iuxta glossam ad id allegant omnes in *l. quamtis. C. de fideicom.* & ego pluribus probaui in 1. *de pact. nup. cla. 4. glo. f. 26. numero.* 28. hic non reprendis, & in † termi- 4
nis, ne procedamus solùm per regulas generales, quòd ista ratio, *quia voluit quod bona remanerent perpetuo in familia, vel conseruarentur in agnatione*, habeatur pro expressa, & subintelligatur in dispositione, cum alia assignari non valeat, probant pluribus Molin. de *Hispan. primoge. lib. 3. cap. 5. num. 5.* Alnera. de *coniect. ment. defunct. lib. 2. c. 3. §. 4. numero 5.* & Sotoma *quotidiana controuer. iur. lib. 2. c. 4. numero.* 89. Nec † est necessa- 5
rium quòd ratio huiusmodi conseruandi bona in familia, sit expressa, tantum enim operatur tacita, quantum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quantùm expressa, Surd. *decis.* 124. *num.* 7. & *decis.* 125. *num.* 6. & *conf.* 67. *num.* 11. & *in conf.* 96. *num.* 14. [illegible] *in conf.* 241. *n.* 23. & 38. Fab. de Anna. *conf.* 10. *n.* 6. 36. & 40. Simon de Pract. *de interpreta. ultim. voluntat lib.* 5. *interpreta.* 1. *dub.* 1. *solutio.* 11. *n.* 4. *cum sequent.* Alexand. Rauden. *variar. resolu. cap.* 39. *n.* 17. Mantic. *de coniectur. ultim. voluntat. lib.* 6. *tit.* 14. *n.* 21. cum infinitis quos ipsi adducunt.

6 Quæ maxime † procedere videntur in casu de quo tractamus, in quo ratio, quæ allegatur, est ratio naturalis, quo casu dicitur apparere de mente, seu ratione finali, ac si esset expressa in dispositione, vt Mier. nostet docet in *constit. Item statuimus. in causa Gerundæ Reg. Iacob. II. cap.* 10. *num.* 6. *fol.* 99. *par.* 1. vbi glos. Bald. & communiter Doctores allegat in *l. nos dubium, C. de*
7 *legibus.* Et est † semper ratio naturalis multùm priuilegiata, potest enim pro lege allegari, imò scribendum est imbecillitati intellectus quærere legem vbi habemus rationem naturalem, vt dicunt Doctores quos ego abunde retuli in *2. tom. de pact. nup. cela.* 11. *glo. vnic. ex num.* 1.

8 Consistit † autem ratio naturalis in hoc, quòd nisi diceremus voluisse testatorem, quòd perpetuò bona remanerent in familia, nec ab ea exirent, nihil prorsus egisset secundùm suum intentum, quid enim ei proficeret quòd primus hæres non alienaret extra familiam, sed seruaret suam prohibitionem, si secundus bona extraheret à familia? Forsan inueniemus rationem, qua dicamus possibile fuisse quòd testator nihil duxerit, aut æstimauerit quòd secundus hæres vel tertius bona extraheret à familia, & genere, multi autem fecerit, ne id faceret primus hæres?

9 Et, † vt non deficiant Doctores in terminis, nota quod dicunt Pari. *cons.* 47. *lib.* 2. Molin. de *primogen. Hispan. lib.* 1. *cap.* 6. *num* 33. Meno. *cons.* 353. *num.* 15. *vol.* 4. & Pet. à Petra de *fideicom. q.* [illegible] *num.* 5. prohibitionem alienationis extra familiam significare id actum fuisse, vt familia ipsa conseruetur, & seu vt bona in familia conseruentur.

10 Ratio † autem ista, *quia vult bona perpetuò manere in familia*, non est dubium quòd ex personali facit prohibitionem realem, vt comprehendat alias personas præter nominatas, vt ducimus latè in *1. de pact. nup. clan.* 4. *glo.* 25. *num.* 85. adde Mier. de *maiora. par.* 1. *q.* 15. *n.* [illegible] *par.* 2 *q.* 6. *num.* 303. Ioan. Gruel. *dec. Dola.* 22. *num.* 9. latè post hæc scripta Vincen. Fusar. de *substi. q.* 673. *num.* 5. & Rot. Roma. *decis.* 10. & *decis.* 19. *n.* 2. & 3. *in* 1. *vol. in recen. recollec. per Farina.* idem igitur debet operari ratio tacita, & subintellecta in casibus in quibus subintelligitur vt hic, cum, vt diximus, in hac materia par sit virtus taciti, atque expressi.

11 Conducit, † quòd in qualibet dispositione consideratur potiùs ratio prohibendi, quàm ipsamet dispositio, *l. regula, 6. fi quis sui.* & ibi Doctores, de *seruis, & facti ignoran. l.* 2 *§ si mater. ff. ad Tertulia.* Rota Roma. *decis.* 595. *num.* 5. *in recentio. recollec per Farina. to.* 1. si ergo ea est ratio prohibendi, *vt bona perpetuò maneant in familia*, ipsa est inspicienda & attendenda, non prohibitio. Hæc videtur esse mens testatoris, secundum quam videtur dicendum, hanc prohibitionem, de qua tractamus, esse realem, non personalem, & sic nedum comprehendere primam hæredem, sed etiam sequentes alios, quicunque illi sint: mentem etiam, & voluntatem testatoris in his prohibitionibus fore inspiciendam, docet ex pluribus Ioan. Griuel *decis. Dola.* 22. *n.* 18. si ergo mens fuit, prout dictum est, non videtur esse aliud quærendum.

12 Sed si † verba inspicimus, ipsa non tantant, sed personalem prohibitionem demonstrant restrictam ad primum hæredem, cum sit ficta certæ personæ nominatæ nomine proprio, & [illegible], non in rem concepta, vt pluribus probaui *loco citato in princ.* cui probationi adde Rotam Roma. *decis.* 649. *par.* 1. *diuersor.* quam rursus approbauit nouissimè eadem Rot. Roma. *decis.* 449. *in* 1. *par. recent. ex recollec. per Farina.* Capic. *decis.* 108. *num* 2. & magis nouè pluribus agens Ioan. del Castill. *decis. Sicil.* 64. *ex num.* 14. Griuel *decis.* 22. *n.* 11.

Quid dicendum † in hac pugna mentis cum ver- 13
bis? Erit ne menti potiùs, quàm verbis standum, an e contra? Sanè cum verba omninò non repugnant, vel omninò non deficiunt, standum esse menti, Doctores omnes tenent, quos latissimè congerunt Mantic. *de coniect. ultim. voluntat. lib.* 3. *tit.* 3. *num.* 38. Peregri. de *fideicom. art.* 1. *num.* 4. & Cafana. *cons.* 1. *num.* 28. & *cons.* 4. *num.* 32. vbi adducuntur rationes. Hic non videntur omninò repugnare, nec omninò deficere verba, cum hæc conceptio verborum apta sit ad prohibitionem realem, veluti si ei adjiceretur ratio, *quia vult bona in familia remanere*, vt supra probauimus, ergo videtur quòd mens sit standum, & ex consequenti iudicari debeat hæc prohibitio realis, cum mens prohibentis sit pro ea, vt diximus.

Item regula † prædicta, standum esse potiùs men- 14
ti, quàm verbis, licet non habeat locum cum agitur de fideicommisso inducendo, & formando, secus est quando de fideicommisso iam inducto declarando tractatur, Rauden. de *analog. cap.* 13. *num.* 335. Sfor. Odd *cons.* 45. *num.* 26. & Cafana. *allegat. cons.* 1. *num.* 36. vbi adducit illas vulgares resolutiones pro ratione, quia fideicommissum onus est, odiumque continet, & ideò ex præsumptione legis in dubio inductum non censetur, &c. Hic non videtur posse negari quin simus in casu fideicommissi iam inducti declarandi, non in fideicommisso de nouo inducendo, quia † non potest ne- 15
gari quin ger illa verba, *prohibeo Titio omnem alienationem extra familiam, vel extra genus*, sit saltem inductum in fauorem familiæ fideicommissum contrauentionale, prout ego inter alios latè probaui in *1. de pact. nuptial. clan.* 4. *glos.* 25. *ex num.* 44. quod ergo sit, & sen fieri videtur per istam interpretationem, quæ deducitur ex mente, nihil aliud est, quàm declarare istud fideicommissum contrauentionale, vt nedùm comprehendat personam illam primam, cui facta fuit prohibitio, sed & alios etiam quoscunque de familia, ad quos in posterùm bona deuenirent, vt omnes tenerentur obseruare illam prohibitionem, & illud testatoris præceptum, vt declarat multis Peteg. de *fideicom. art.* 14. *num.* 18. sequi ex his videtur præualere debere mentem verbis, & ex consequenti sequendo mentem, fore prohibitionem declarandam realem, non personalem.

Hæc † proponebantur Senatui in illa causa Fran- 16
cisci Gili contra comuges Portas, cuius memini in *dict. 1. de pact. nup clau.* 4. *glos.* 25. *ex num.* 83. in qua tamen *resolutum, & conclusum* fuit, prout ego defendebam pro pacto personali, non reali, sententia lata 16. Maij 1614. referente egregio tunc Senatore nunc in supremo Coronæ Aragonum Concilio Regente don Ioanne Magarola. Actuario Cortell, declarando [Aliis succedentibus post primum, licitum fuisse, & esse alienare rem extra familiæ quomodocunque voluisset, quia prohibitio vti personalis non transgredebatur personam.] In quo maluit Senatus tot Doctorum auctoritatem, qui dicunt sine aliqua difficultate hanc prohibendi formam esse personalem, sequi, quàm aliis argumentationibus in contrarium moueri, exemplum nobis relinquens, ne propter argumenta vt plurimùm fragilia nimis, quæ fiunt à receptis patrum antiquorum opinionibus, & sententiis recedamus.

Neque † obstare dicebam considerata in contrarium, 17
quia principalius, quod verbabatur circa præsumptam pugnam inter mentem, & verba, ego reddebam non procedere, quia de tali mente non constabat,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

saltem eo modo, quo considerata fuit, quasi voluerit testator quòd in perpetuum bona in familia conseruarentur, sed solùm vt is cui facta erat prohibitio, ea
18 conseruare. Ratio † est quia prohibitio alienationis cum sit exorbitans, debet strictè intelligi in casu, in quo limitatè loquitur, ita post Deci. & alios tradit Otal. *d. cis 50. num. 11.* & refert Casana. *cons. 34. n. 14.*
19 Et † prohibitio, quæ est facta in personam, non extenditur, nec egreditur illam personam, cui facta extitit, provt post Bar. Rip. & Petram pluribus probat Casana. *cons. 36. num. 14.* quibus non est iustum quòd nos mentem prohibentis extendamus extra has personas,
20 extra quas prohibitio extendi non potest: mens, † enim, & voluntas testatoris semper præsumitur esse iuri conformis, & velle id, quod ius disponit, & non aliud, provt latissimè probant Decia. *cons. 1. n. 124. vol. 2.* & alij quos lata manu refert Casana. *cons. 6. n.*
21 *26.* vbi † singulariter dicit, quòd testator censetur semper conformasse intelligentiam verborum suorum, cum intelligentia verborum iuris, Mier. de *maior. part. 1. quæst. 2. n. 5.* & in terminis, est singularis discursus, quem
22 facit Ioan. Gtiuel. *decis. Dola. 22. ex num. 74.* vbi † plenè probat quòd ex quo in hac materia nunquam præsumitur testator voluisse priuare successores in infinitum nisi id expresserit, vt dixit Bald. in *cons. 262. vol.*
23 *4.* & amplius, † quòd non potest dici constare de mente testatoris, quòd voluerit bona perpetuò conseruari in familia, statim atque de conseruatione in familia loquutus simpliciter est, quia non ex eo quòd dixit simpliciter se velle bona conseruari in familia, censetur intellexisse de perpetua conseruatione, cùm possit verificari in vita hæredum, & successorum ipsius testatoris, *l. 1 ff. pro socio*, indè fit non posse vbs dicere in iusto casu, mentem testatoris fuisse quòd perpetuò bona in familia conseruarentur, ex quo vetuit ea extra familiam alienari, cum possit verificari in eo, cui per-
24 sonaliter fuit facta prohibitio. Idem † Gtiuel. paulò ante *num. 55.* vbi ex text. iuncta glos. in *§. non igitur, in authen. de restitu. fideicommiss.* Dec. & Gabrie. dicit, quòd vbi prohibitio est sine dictionibus, *perpetuò, in infinitum, de gradu in gradum, vel donec, & quousque, aut quandiu aliqui existabunt de familia*, aut aliis huiusmodi tractum successiuum habentibus, de quibus Boer. *dec. 44. num. 38.* & Doctores in *l. fin. C. de indict. vidui. tollen.* prohibitio in personam remanet personalis, nec egreditur personas prohibitorum, viden. Sfor. Odd. *cons. 67. num. 23.* Si mens non fuit agratur, sicut non fuit agratus probauimus, non est quòd vlteriùs disputemus, sed secura patrum nostrorum vestigia sectantes, prohibitionem hanc personalem iudicemus, sicut illi fecerunt. Scripsit post hæc Ioseph. Ramon noster doctum *cons. volumen*, inter quæ est vnum in ordi. 61. in quo late *num. 50.* probat nedum personalem, sed & personalissimam dicendam hanc prohibitionem, nec ad alios extendendam, etiamsi, quod plus est, fuisset apposita ratio generalis. Reliqua habes in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis præceden. Multa alia de prohibitione alienandi extra familiam.

SVMMARIVM.

1 *Prohibitio alienandi extra familiam, cum facta fuit alicui, quid illo possit, & debeat facere.*
2 *Prohibitus alienare extra familiam potest, & debet vni de familia relinquere.*
3 *Prohibitus alienare extra familiam, potest pluribus de familia relinquere.*
4 *Electiones, quando eligendi facultatem quis habet, quomodo fiant, & fieri possint, remissiue.*
5 *Eligi potest remotior de familia quando illi qui sunt de familia, sunt eligendi. Et fœmina etiam potest eligi.*
6 *Eligens potest electum grauare in fauorem alterius, qui poterant eligi.*
7 *Testatoris familia intelligitur, cum testator in familia relinqui bona voluit, vel alienari extra familiam vetuit.*
8 *Institutio de aliquo extra familiam facta, dicitur alienatio.*
9 *Prohibito alienare extra familiam succedit ab intestato proximior, quamuis non sit de familia prohibentis.*
10 *Prohibita alienatione, non est prohibita successio ab intestato, nec institutio heredis venientis ab intestato, nec donatio inter viuos in eundem.*
11 *Fallit in geminata prohibitione.*
12 *Prohibitio alienandi non intelligitur nisi ab homine, non a lege.*
13 *Prohibitus alienare extra filios quamuis quis sit, ei tamen potest filia nihilominus succedere ab intestato.*
14 *Prohibitione alienandi facta succedunt illi, in quorum fauorem est facta prohibitio, cum prohibitus in alios verè alienat.*
15 *Prohibitione facta, ij in quorum fauorem facta illa fuit, censentur vocati per fideicommissum contrauentionale, morte non expectata alienantis.*
16 *Prohibito alienante extra familiam petent omnes de familia, vti fideicommissarij.*
17 *Prohibita alienatione ex. a familiam, censetur ea etiam prohibita, quæ fit per delictum.*
18 *Fideicommissarius in casum contrauentionis statim admittitur, nec mortem expectat.*
19 *Confiscationes pauca dantur in Cathalonia, sed dantur laudamenta curiæ, quæ illis æquualent.*
20 *Prohibitionis alienationis materiam qui latè tractani, retussinè.*

DECISIO XCIV.

ALia † in eadem causa relata in priori decisione, dum ea tractaretur, & disputaretur, suscitata verbo fuerunt dubia, quæ hic oportet enodare ad perfectam materiæ cognitionem. Primum est, quid possit, & debeat facere is, cui hæc prohibitio facta fuit, quo cognito, & declarato, cognoscemus etiam, & declaratum remanebit, quid sit illud, quod non potest facere, ex *prin. Inst. de his qui sunt sui, vel aliens iuris.* Potest † igitur, immò debet, prohibitus alienare extra familiam, & extra genus, bona relinquere familiæ, vni scilicet qui sit de familia, nec tenetur omnibus, iuxta text. in *l filius fam. §. cum pater ff. de leg. 1.* vbi filius, cui à testatore iniunctum fuit, ne fundum alienaret vt in familia relinquatur, satisfacit defuncto si vni ex propriis filiis illud relinquat, nec admittentur cæteri filij: verum est enim (inquit) in familia reliquisse licet vni reliquisset, Surd. *cons. 415. num. 6. lib. 3.* Per. Bim. *cons. 65. num. 1. lib. 1.* Regens Sesse *decis. 55. num. 2.* qui allegat ad id text. in *l cum quidam, de lega. 1.* & late per exempla, & instantias probat, quod idem ego etiam iustificaui satis in *1. de pact. nup. clau. 4 glo. 25. n. 48.* Dixi vni, † non quia intelligeres non posse relinquere pluribus de familia: potest enim, ad text. in *l. vnum ex familia, §. si duos, de leg. 2.* explicat late Blas. For. Diaz de Mena *var. quæstio. lib. 1. q. 19. num. 35.* vbi † videbis quot modis istæ electiones fieri valeant, & qualiter ad vnum tempus de vno, & ad aliud de alio, & alias similes quæstiones.

Secun

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

1 Secundum † dubium est, si potest prohibitus relinquere remotiori, vel tenetur proximiorem quærere. Breuiter respondeo, posse eligi remotiorem. Ratio est, quia tunc non offenditur ratio restatoris, cum verum sit rem in familia relictam esse, sic Alcia. in *l. filius fam. in § dini. n. 53. de leg. 1.* Manti. *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 14. nu. 25.* Meno. *cons. 211. nu. 126. lib. 3.* Gabr. *cons. 140. num. 4. lib. 1.* Mier. de *maiora.* plenissime, quia multas instantias ad id probandum adducit *par. 1. q. 72. numero 9.* Gutier. *practica. quæstio. lib. 2. q. 67. numero 3.* & Surd. *cons. 415. numero 6. & 7.* 21 apud quos videbis plures rationes, & declarationes huius dicti, fuse Fusar. de *substitu. quæstio. 716. per tot.* late Doctor Marta de *succes. lega. par. 4. q. 23. art. 4. numero 3.* qui addit, quòd etiam fœmina potest eligi in quam fiat alienatio.

6 Tertium, † si potest eligens grauare quem eligit de familia onere fideicommissi, vt alteri post mortem restituat. Dic quòd sic, dummodò id faciat in fauorem aliorum de familia, quos poterat eligere, quia id non non est alienare extra familiam: sed non in fauorem alicuius extranei, quia tunc esset contrafacere prohibitioni, Molin. de *primog. Hisp. lib. 2. cap. 4. n. 10.* Petra. in *l. vnum ex familia, § sed. & si fundum, n. 17. de leg. 1.* Regens Scile *decis. 33. ex n. 12.* latissime Pala. Mier. de *maiora. par. 1. q. 71. ex n. 65.* vbi plures rationes dictum istud confirmantes, nostet Canc. *variar. resolu. par. 1. cap. 7. de pac. n. 119. & 120.* ego ipse de *pact. inp. clau. 4. glo. 5. numero 65.* For. Diaz de Mena *allega. ques. 19. ex numero 55.* & in aliis decisionibus ex istis, vbi *re-* † *solutiones* Senatus perpulchras, vbi videas.

7 Quartum, † si potest prohibitus, non obstante prohibitione, in re prohibita extra familiam alienari, illum hæredem instituere, qui sibi ab intestato succedus erat, etiamsi is ex testantis familia non sit: dubitatione mouet quòd vere extraneus est respectu testatoris, cuius persona, & familia in hoc inspicitur, vt pluribus probat Mier. de *maiora. par. 1. q. 72. n. 15.* quo stante videtur non potuisse instituì, quia satis contrauenire dicitur qui instituit eum, qui non est de familia, *l. peto,* 8 *§. fratre, de lega. 2.* Odd. *cons. 46. n. 30.* quæ † institutio de extraneo facta satis dicitur alienatio, vt probatur *ex d. l.* eriam si ille extraneus erat successurus ab intestato, vt probat Odd. *in d. cons. 46. numero 9.*

9 Sed veritas † est in contrarium, quòd immò ea institutio fieri sine dubio valeat, provt probat rex. expressus *l. cum pater, § cum inter ff. de lega. 2.* glo. *in l. pater filium, § Iulius Agrippa, verbo falsum ff. de lega. 3.* Bar. *in l. peto, § fratre n. 2. ff. de leg. 2. & in d. § cum inter,* ac alij benè infiniti adducti per doctissimum, nec vnquam satis laudatum verum, & legitimum Iureconsultum Ludoui. Molin *de primoge. Hispan. lib. 1. cap. 6. n.* 34. vbi hanc dicit esse communem Doctorum sententiam, Hieron. Gab. *cons. 14. n. 12. & 14. lib. 1.* Vbi † generaliter asserit prohibita alienatione, non censeri prohibitam successionem ab intestato, nec institutionem venientis ab intestato, nec alienationem inter viuos venientibus ab intestato. Idem antea dixerat eleganter Barto. Socin. *in cons. 227. n. 8. lib. 2.* vbi contraria adducit, & soluit, Pala. Mier. *de maiora. p. 1. quæst. 60. n. 6.* vbi

11 tamen † & antea *q. 22. n. 138.* id limitat in geminata prohibitione, propter effectus geminationis, elegantter Sfor. Odd. *cons. 46. n. 30.* vbi dicit communem bene Marzar. *in epit. de fideicom. sot. q. 42.* Peteg. *de fideicom. art. 4. n. 15.* Scile *decis. 55. ex n. 7.* allegatur ad istud id propositum cons. Ioan. Pet. Bim. *142. lib. 2.* sed quia trepidanter valde in consulendo ibi is auctor processit, ideò parum auctoritatis opinioni tribuere potest.

12 Ratio est, † quia hæc non est alienatio hominis, solum prohibita censetur, sed legis, &c. quam bene probat, & ponderat Peteg. *vbi supra & n. sequenti*, late Mier. *de maiora par. 4. q. 1. limit. 1. n. 6. & 10.* bene Fusar.

de substi. post hæc elaborata *tot. quæst.* 71. Qua ratione itaque, idem est cum iste prohibitus decedat intestatus, succedunt enim venientes ab intestato, non illi in quorum fauorem facta fuit prohibitio, provt plene probant inter alios Peteg. & Scile, *in locis supra citatis*, latissime post hæc scripta Fusar. *de substitu. tot. q. 711.* Et etiam Doctor Marta, tandem omnia ad hunc articulum necessaria, *de succes. lega. par. 4. quæst. 23. art. 6. n. 1. cum multis sequen. & art. 7. ex n. 5.*

Quod † est adeò verum, vt quamuis sit quis pro 13 hibitus alienare extra filios masculos, si decedit intestatus, succedit etiam ei nihilominus filia ab intestato, Oddus, & Scile *in locis adductis.*

Quando autem † (& erit quintu dubium) & in quo 14 casu succedet illi qui sunt de familia, in quorum fauorē facta fuit prohibitio dic quòd cum prohibitus contrauenerit prohibitioni vere, in extraneū alienando, & transferendo rem prohibitam alienari extra familiam censetur † in isto casu alienationis, illi de familia vo- 15 cari per fideicommissum contrauentionale, & possint alienationē retractare, alienataque petere, etiam vbi expectata mortis alienatis, in quo plus fauoris habet hæc fideicommissi species, quàm fideicommissum simplex, & absolutum, provt egregie declarat Scile *in sæpe cita. dec. 55. ex n. 7.* & nos etiam *in 1. de pact. nup. clau. 4 glos 25. ex n. 44.* & alij passim ex adductis supra in toto hoc discursu. Et tunc † petent omnes de fami- 16 lia, *l. peto. § fratres, & l. cum pater. §. libertis, de leg. 2.* bene Casana. *cons. 36. n. 21. & 22.* & isti de familia in isto casu dicuntur fideicommissarij. Pallis. *cons. 17. lib. 3.* Gab. *cons. 140. n. 43. lib. 1.* Odd. *cons. 31. n. 18.*

Sextum dubium † An prohibitio alienationis extra 17 familiam comprehendat eam, quæ fieret per delictum? Resolutio certa, & indubitata est quòd sic, quòd scilicet comprehendit alienationem, quæ fit per delictum, videlicet bonorum publicationem, & in casu contrafactionis istam adnittendus est fideicommissarius, & eo ipso quòd delictum commissum est ex quo sequi potuit publicatio, fideicommissarius vendicare poterit, Bar. *in l. Imperator, num. 1. ff. de fideicom. liberta.* Menoch. *cons. 275. numero 32. vol. 3.* Clar. *§ fin. q. 78. versicum quæro,* Farin. *q. 25. numero 22.* Peteg. *de substit. lib. 5. tit. 1. num. 98.* Surd. *decis. 254. numero 18.* cum aliis late per Doctorem Marta de *succes. lega. p. 4. q. 23. art. 4. n. 22.* Qui in hoc † considerat particulari- 18 ter differentiam inter fideicommissarium istum in casum contrauentionis, & fideicommissarium in casum mortis, vt ille statim admittatur, non iste, sed expectat mortem, Fisco interim bonis fruente, nisi etiam substitutio esset facta in casum delicti, Fusa. *de substit. tot. q. 529.* vbi latissime tractat, an & quando confiscari bona prohibita alienari valeant, necne.

Quod † nec tu Catalanus contemnas, quamuis 19 hic nullas, aut paucas habeamus confiscationes, quia iam habemus illa laudamenta curiæ pro resistentiis, quę fiunt contra regios officiales, quę æquiualent confiscationibus, & non diu est quòd fuit apud nos certus casus huic nostro statis proximus, in quo de hoc tractare habuimus ad defensam rei, sed postea non oportuit amplius progredi, quia alium res habuit facilitorem exitum.

Atque hæc † de his satis, cum post ea scripta ferè 20 integros tractatus de his prohibitionibus nullum circa eas non mouentes lapidem, ediderint Vincen. Fusar. *in tract. de substi. à q. 673. ad finem operis,* & Doctor etiam Marta *de succes. lega. p. 4. q. 23.* per plures articulos, vbi videre poteris si quid tibi contigerit in his materiis.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ARGVMENTVM.

Cur Rota Romana condemnat semper in expensis, noster verò Senatus perquàm raro.

Et multa in materia condemnationis expensarum.

SVMMARIVM.

1 *Rota Romana semper solet in expensis condemnare.*
2 *Senatus Catholicus nunquam in prima instantia regulariter condemnat in expensis, & infra n. 9.*
3 *Rota Romana nedum condemnat in expensis in prima instantia, sed etiam in secunda, si succumbit ex eisdem actis is qui obtinuerat in prima.*
4 *Senatus nunquam condemnat in secunda instantia, quando revocatur prior sententia.*
5 *Condemnatus in expensis in secunda instantia, intelligitur tam prima, quam secunda, in Rota.*
6 *Aliud est in nostro Senatu.*
7 *Senatus multoties absolute ab expensis in secunda instantia, non obstantibus constitutionibus.*
8 *Rota non facit differentiam si quis habet iustam causam litigandi, vel non, Senatus verò noster sic.*
9 *Expensarum condemnatio non fit in Senatu regulariter in prima instantia, & supra n. 2.*
10 *Fallit quando expense sunt stipulate.*
11 *Expensa stipulata non dicuntur accessorie, sed debitum aque principale.*
12 *Expensarum accessoriarum condemnatio fit officio Iudicis, stipulatarum autem iure actionis.*
13 *Expense accessorie coacte modo aliquando iudicantur atque principale.*
14 *Expensarum in condemnatione non taxantur aliqua damna extrinseca in nostro Senatu, secus in Rota Romana, & num. seq.*
15 *Styli Senatus sunt pro lege observandi circa modum taxandi expensas.*
16 *Auctoris opinio circa diuersitatem Rote cum nostro Senatu in condemnationibus, & taxationibus expensarum.*
Differentia est facienda inter temere, & inter colorate litigantem. ibid.
17 *Expensarum tanta absolutio, & tanta ad diffinitiuam remissio, quales fiant in Senatu, non omnino placent auctori.*
18 *Senatus deberet condemnare in prima instantia in expensis litigantes, qui non haberent iustam causam litigandi.*
19 *Maximè in altercatis, que sunt multarum litium causa, non semper remittere ad diffinitiuam.*
20 *Fructuum condemnatio semper fit in Senatu, quamvis quis habeat iustam litigandi causam.*
21 *Aduocati antiquitus condemnabantur in expensis in Senatu.*
22 *Sed nunc non practicatur.*
23 *Expensarum condemnatio victo remittitur inter consanguineos, vel affines.*
24 *Expensarum condemnatio remittitur eis, qui solent lites protrahere in infinitum, si sententia aequieuerint.*
25 *Expensa condemnata debent solui in loco iudicij.*
26 *Expense solute in medio litis pro succumbentia in aliquo altercato, non recuperantur, etiamsi is postea in diffinitiua obtineat etiam cum expensis.*
27 *Spoliator licèt vincat in petitorio, non recuperat fructus, quos antea habuit soluere in possessorio.*
28 *Protestatio de expensis ad quid fiat per partes in omnibus actibus iudicij.*

DECISIO XCV.

Circa † condemnationem expensarum faciendam, 1
necne, in iudiciis, sunt inter nos quotidianæ controuersiæ, aliis consulentibus sæpiùs faciendam, aliis e contra, valdè rarò. Illi habent quod sequantur sapientissimæ Rotæ Romanæ exemplum, quæ semper solet in expensis condemnare, vix volens considerare si quis habet iustam litigandi causam, vel non, vt ab expensis absoluat eum, vt tradit Cassador. *decis. 13. de rescript.* Pute. *decis. 246. lib. 2.* Æmil. Veral. *decis. 340. n. 4. par. 1.* Isti † autem, nostri Senatus, aliis non inferioris 2
auctoritatem, qui nunquam in prima instantia, præterquàm in paucissimis casibus priuilegiatis, *condemnat* in expensis. † †

Quæ est huius diuersitatis ratio in tam amplissimis, & suprenis auditoriis? Audi † vt magis mireris, 3
Rota Romana non contenta condemnare in prima instantia victum ad expensas, condemnat & in secunda, etiam eum qui obtinuerat in prima, si succubuit in secunda ex eisdem actis; solum excusat ab expensis quando ex nouis actis, & fic ex nouiter deductis fit reuocatio, vt tradit Veral. *in cita. decis.* 340. *num. 4. par. 1.* vbi vlterius dicit fuisse mandatum quòd ita poneretur in sententia, quòd scilicet reuocatio fiebat ex nouiter deductis vt id seruiret de ratione, quamobrem Rota in eo casu absoluerat succumbentem ab expensis, quod solet etiam Senatus noster ponere in suis sententiis reuocatoriis quantum potest, sed non ad eum effectum, sed vt seruetur debitus aliis collegis honos, ne dicatur quòd ex eisdem actis reuocentur illis sententiæ, idem probant citati infrà.

Senatus † verò noster nunquam visus est *condem-* 4
nare in expensis in secunda instantia eum, qui obtinuerat in prima, siue ex eisdem actis, siue ex nouiter deductis reuocaretur sententia. ††

Vlterius † obseruat Rota Rom. quòd cum quis in 5
secunda instantia condemnatur in expensis, ex hoc censeatur condemnatus nedum in expensis secundæ instantiæ, sed etiam in expensis primæ, vt tradit Pute. *decis. 249. lib. 2.* dicens quòd consideratio, quam facit Feli. *in cap. significante, de excep.* an in prima instantia habuerit iustam causam litigandi, non militat in Rota, quæ semper condemnat in expensis, & omissio in prima, semper videtur ex causa obliuionis, vel quia non petita, quam decisionem, quia adhuc non erat impressa, ad literam posuit Pau. Graun. *theore 6. n. 6.* vbi late quæstionem disputat, de qua vide etiam don Ioan. Fran. del Castil. *dec. Sicil. 86.* & Mat. Giurb. *decis. eiusdem regni 81.* E contra † verò, in Senatu no- 6
stro nunquam fuit auditum, quòd tale quid fuerit *de-* ††
claratum, nec solùm per partes prætensum. Immo † 7
in multis absoluere solet ab expensis in secunda eum qui succubuerat in prima, non obstantibus constitutionibus, quas habemus præcipientes succumbentem in secunda instantia post succubitum in prima, fore in expensis condemnandum, prout ego latissimè probaui *in 1. de pact. nupt. claus. 4. glos. 18. par. 4. ex num. 112.*

Quæ ratio † tantæ diuersitatis ream satis clare in- 8
sinuat *decis.* Put. *supra adducta*, quia Rota non facit differentiam, si quis habet, vel non habet iustam litigandi causam: Senatus verò noster e contra, est totus in hac considerazione, quia vt probaui supra, resolutio est firmissima, habentem iustam litigandi causam liberari ab expensis, & illarum condemnatione, quibus adde Gratia. *disceptat. forens. 725. n. 38.* In primis † enim 9
instantiis semper considerat victum habuisse iustam litigandi causam, quia non esset pars tam temeraria,

aduo

aduocatusque tam patùm Deum timens, vt sine vllo colore, vel causam instituerit vt actor, vel instituram
†† contra se prosequeretur vt reus, ideò semper *absolvit*
10 ab expensis, præterquàm † quandò expensæ sunt stipulatæ, veluti quia agitur in vim alicuius instrumenti guarentigij, in quo debitor solet promittere creditori soluere, nedum debitum principale, sed expensas etiam, sumptus, & missiones, tunc enim indifferenter, siue habuerit debitor iustam litigandi causam, siue non, ac etiam si agatur, non contra eundem, qui firmauit instrumentum, sed vel contra hæredem, vel alium illius bonorum possessorem, semper fit expensarum,
†† cum principali *condemnatio.*
11 Cuius rei † rationem ego reperio facilem, quia cum expensæ sunt stipulatæ, ipsæ non iudicantur accessoriæ, sed vti principale etiam, cum non plus habeat de-
12 bitum principale, quam expensæ: non sic † est in accessoriis expensis, quarum non nisi officio Iudicis fit condemnatio, *l. 3. & l. 4. C. de fruct. & lit. expen.* Fab. *in suo Cod. lib. 3. tit. 12. de iurisdict. omni. iudi. defin. 10. n. 3.* elegantiùs *lib. 7. tit. 18. de fruct. & lit. expen. defini. 3.* vbi perpulchrè discurrit per differentias, quæ sunt inter expensas accessorias, quæ officio Iudicis debentur, & illas, quæ iure actionis ob stipulationem partium, vbi tandem *numero 4.* deueniens ad articulum, de quo agimus, sic ait: [Sed & illud obseruandum est iustam litigandi causam, quæ ab expensarum condemnatione solet excusare, non tamen efficere posse quominùs ad omnes litis expensas condemnandus sit debitor, cum in stipulationem deductæ fuerunt, non magis quàm vt ex principali summa, quæ in obligatione est, quicquam minuatur.]
13 Bene verum † est, quòd in aliquibus casibus, & ad quosdam effectus, de accessoriis etiam expensis, quæ mero Iudicis officio condemnantur, idem etiam iudicatur quod de aliis, quæ iure actionis debentur, vt est apud Seraphin. de Oliuar. *decis. 89. n. 4. cum seq.* qui est videndus. De stylo Senatus attestatur magnus practicus, ac grauissimus Doctor noster Iacob. Canc. *in 2. par. var. resol. cap. 6. de solu. & libera. n. 33.* sed magis id comprobatur quotidiana experientia, quotidianoque vsu Senatus semper obseruato in causis, quæ per præceptum de soluendo ducuntur in eo, qui est ordinarius modus procedendi in his casibus quandò agendum est in vim instrumenti guarentigij contra hæredes, vel possessores bonorum obligati in eo, semper enim fit condemnatio expensarum cum debito ipso, quæcunque quantumuis releuantes per eos apponantur exceptiones eo quòd vti stipulatæ sequuntur naturam principalis, & eodem iure iudicantur.
14 In taxatione † etiam expensarum diuersos video istos duos magnos magistratus, in nostro enim non
†† *taxantur* aliqua damna extrinseca, nec adhuc omnia intrinseca, sed tantùm expensæ factæ circa Notarios, acta, salarium Iudicis, & similia, adeò vt nec pensiones, & conductiones animæ solutæ aduocatis & procuratoribus, veniant in condemnatione expensarum, atque ita ex stylo, & obseruatione practicamus, vt dicit Conc. *in 2. par. variar. resolu. n. 32.* & apud nos nihil est
15 magis certum, qui stylus † in tali taxatione est sine dubio seruandus, prout ex Ioan. Fab. & Afflict. ita tenentibus, tradit Anton. Thesau. *decis. 167. n. 5. in fin.* latiùs Stephan. Gratia. *discep. forens. 217. ex n. 35.* dicens signanter quòd in salariis soluendis multùm defertur consuetudini, de qua re dicemus latiùs in alia decisione. Non ita est in Rota Romana, vbi alia veniunt in hac condemnatione & alia sub nomine expensarum taxantur, & taxari solent, prout habes signanter *in 1. tom. recentior. decis. 285.*
16 His explicatis, † velles tu, quòd ego inter hos duos summos magistratus iudicarem, vter ex ipsis in his opinionibus melius procedat. Sed quis sum ego, qui id facerem? Absit, non arbitror esse in mundo cui id diceret. Et vbi iudicis hominum hæc controuersia subiceretur, vt iudicaret inter hæc suprema tribunalia, non dubitarem quin Romam altàs in expugnabilem, in ea vincerer Barcino. Ego tamen homuncio, solùm dicam me desiderasse semper quòd temperaretur aliquantulùm tantus rigor in condemnatione expensarum, quantus est apud Rotam, & haberetur maior ratio iustæ litigandi causæ si ea est in litigatore, quam facit sacrum illud Auditorium; nec essent semper eiusdem conditionis temere litigantes cum iustis, aut saltem coloratis, sicut videntur esse in Rota, licèt enim illos expediat luere pœnas temere litigantium, non tamen istos, vti dispositum reliquit Iustin. Imper. qui differentiam inter eos constituit in *tit. inst. de pœn. temer. litig.*

Ex aduerso † etiam, tantam benignitatem Senatus 17
nostri in absoluendo ab expensis quos in principali condemnat, tantam considerationem iustæ causæ litigandi in eisdem, tanta temissionem articuli expensarum ad diffinitiuam, quæ fit in declarationibus altercatorum in discursu causæ incidentium, absque eo quòd postea, nec in diffinitiua, nec alibi de eo articulo habeatur aliqua ratio, non possum multùm laudare, quia solent hæc multiplicandarum litium, & altercatorum mouendorum causam præbere non rarò, in magnam boni publici perniciem, & detrimentum.

Vellem † igitur, quòd aliquandò Senatui videretur 18
aliquis ex multis litigatoribus non habere iustam litigandi causam, vt tam in diffinitiua, quàm aliàs, posset in expensis condemnari, si non in omnibus, in eis, quæ fiunt postquam pars potuit, vel ex instrumentis productis, vel ex probatione facta per aduersarium, certificari se non fouere bonum ius, vt tradit Gratia. *in cita. discep. forens. 725. n. 37.* de qua re dicemus in alia decisione particulariter: non est possibile quòd cum aliqua diligentia, quæ in id fieret, aliquis non reperiretur temerarius litigator: vellem † idem fieri, & obseruari in 19
alteratis, quæ sunt in causis pernicio sissima, nec semper provt fit articulus expensiarum ad diffinitiuam remitteretur: Inde forsan sequeretur vt abreuiarentur lites, ex quo quanta vtilitas reipublicæ obueneret, nemo non videt.

Et certè, † non desinunt mirari plures, qui hæc 20
vident, cur Senatus, qui tam rigidè procedit quoad condemnationem fructuum erga eos, qui succumbunt in principali, vt nullam admittat eis excusationem a die litis motæ, etiamsi, quod plus est, sententiam quis primò reportasset pro se fauorabilem, vt docuimus in aliis locis, admittat tam facilè condemnandis excusationem quoad expensas, quæ videntur aliquibus debere pari passu cum fructibus ambulare, vel circum circa: nimium me dices fuisse in his, fed habeantur, ac si dicta non fuissent, si non placebunt, probe enim nosco quàm iustificatæ sunt amborum supremorum tribunalium actiones, vt vix meliorari valeant, & hæc est omnium sententia per vniuersum orbem dispersa.

Hoc vnum † non tacebo, quod aliquando noster Se- 21
natus, qui nunc videtur timidior, animosior fuit aliis in condemnando in expensis, quod enim vix legimus in alio, ipse practicabat antiquitùs non rarò, condemnare scilicet nedum partem, cum bonam causam non ducebat, sed & aduocatum, dum cauillationibus intendebat, in expensis: exempla aliqua possissem n. si iniuriam condemnatis inferre timerem; notatas ego de hoc habeo aliquot *conclusiones*, quibus ita decretum fuit: ††
vtebatur tunc Senatus aliqua ex parte, facultate multandi aduocatos concessa in *leg. moris. 9. ff de pœn. cum concor. citatis in glo.* Sed iam † sunt multi anni quòd id 22
ab aula recessit, solùm de meo tempore vidi id semel practicatum, & voluisset non fecisse Relator, quia non paucas ob id sensit amaritudines, cum enim

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

hæc sit maior infamia, & ignominia, quæ potest inferri aduocatis, eam ille aduocatus condemnationem tulit ægrè valde, ac impatienter, quod fuit in causa, vt plures molestias quærerer Iudici, quas ille voluisset non sustinere, nunc benignus Senatus, vt contemptui, & irrisioni aduocatorum obuiet, satis enim sine hoc non rarò contemnuntur, & à vilissimis sæpè hominibus iniurias petferunt, absimet facilitter ab ea pœna aduocatis infligenda, atque ita iam nunc apud nos non est in vsu. In cuius rei comptobationem scio quòd vix est elapsus vnus mensis, ex quo quidam aduocatus post succubitum tam in prima, quàm in secunda instantia in quodam altercato, voluit deinde reuoluere eundem lapidem, quasi nihil fuisset declaratum, ob quod Senatus voluit illum de bonis propriis in expensis condemnare in aula nobilis Regentis Cancellariam & reuera ita faciendum decreuerat, sed deinde benigne se habens noluit determinationem executioni mandare, sed data fraterna correctione iussus fuit desistere à prætentione, & renunciare ei, & ego forsan vt ita fierer, iuui multùm cùm vnus ex dominis de hoc cum tractaretur, mihi intentum retulisset, reprobauit enim ei multum eam actionem tam ignominiosam aduocatis, qui benignius vti fratres, & coadiutores in ministerio sunt à dominis tractandi.

23 Duo post † hæc leges apud duos auctores in hac materia quos tibi referam, de quibus mirabetis non parum. Primum est doctissimi Anton. Fab. *in suo Cod. lib. 7. tit. 18. de fruc. & liti. expen. defi. 63.* vbi sic ait: [Quoties inter fratres, aut alios consanguineos proximos lis tractatur, non est regulariter locus ei iuris regulæ, quæ habet, victum victori in expensas litis condemnari debere: vt plurimùm enim veneratione consanguinitatis, adeóque interdum affinitatis impensarum pœna, quæ temere litigatoribus infligi solet, remittitur, nisi manifesta calumnia, dolúsve malus vius, qui succumbit, arguatur: ita Senatus in causa, &c. 16. Calend. Iulij 1595.] Hactenus Fab. vidisti tu vnquam alibi id præcitatum, quòd *veneratione consanguinitatis, & affinitatis impensarum condemnatio victo remitteretur*; sane apud nos nihil tale fuit vnquam auditum, immò æqua lance curretunt semper omnium causæ, siue consanguineorum, siue extraneorum. Nec videtur datum Iudici posse aliqui condonare, & remittere quas alteri debet expensas, sub prætextu consanguinitatis, aut affinitatis: de suo solum potest facere eleemosynam.

24 Postremum † est egregij itidem viri don Gar. Mestril. *dec. Sicil. 166. in prin. li. 2.* vbi dicit se non semel vidisse determinari per nonnullos Iudices in odium, acerrimorum litigantium, qui potius ob calumniam, quam pro iustitia consequenda protrahere solent causas in infinitum, quòd in causis prædictis ab expensis absoluantur si sententiæ acquieuerint, cuius quidem praxis meminit etiam Stepha. Gratia. *discep. forens. 572. in prin. lib. 3.* vbi nonnullas quæstiones mouet circa huiusmodi factas condemnationes; vidisti tu vnquam
†† tales condemnationes; certè apud nos *non practicantur*, immò ridiculus fieret Iudex qui ita pronunciaret.

25 Faciamus† finem, quærentes vnum de quo vidi sæpiùs disputatum, an expensæ condemnatæ sint soluendæ in loco iudicij, an alibi, puta quando partes litigant extra suum domicilium, & offert pars condemnata iudicialiter soluere aduersanti in loco suæ habitationis eas expensas. Qua in re dic resolutiue, in loco iudicij esse faciendam solutionem, nec audiendam partem volentem alibi soluere eas, vt post Caual. & Caro, tradit Mat. Giurb. *dec. 38. n. 1.* In nostro Senatu licèt videtim aliquando prætensum, posse fieri solutionem parti in
†† loco sui domicilij, vbi victus offerebat eam facere, nunquam tamen vidi *obtentum*.

26 An etiam † ti contingit, quòd vna partium in medio litis succumbat in aliquo altercato cum expensis, & postea obtineat in diffinitiua cum eis, debeat recuperare etiam illas, quas primò pro altercato soluerat. Dic breuiter quòd non, quia illas soluit iuste in pœnam non probi litigatoris in altercato, vide ad id Vincen. de Fran. cum suis nouissimis sicut doctis addentibus, qui optimè id probant, *dec. 331. Anton. Faber in suo Cod. lib. 7. tit. 18. de fruct. & liti. expen. defin. 29.* qui admittit compensationem quando nihil est, quod in principali negotio condemnationem remotari possit, atque ita & nos *practicamus* eo modo quo †† dicit Franc. Griuel. *dec. Dola. 10. n. 5. & decis. 69. num. 8.* Conducit † non modicum quod ego *in 2. de pact. nupt. claus. 7. glos. 3. par. 9. ex num. 37.* tradidi, quòd licet spoliatus succumbat postea in petitorio, non recuperat spoliator fructus, quos in possessorio antea soluere habuerat in pœnam spoliationis, idem docet Cane *lib. 2. var. cap. 7. de restit. spolia. num. 11. in addi.* 27

Et quare † in fine omnium deductionum, quas fa- 28
cimus in lite, ponimus illa verba, *& protestatur*, quod intelligitur de expensis? Id omnes ponimus, pauci tamen sciunt quamobrem. Respondeo, esse ad cautelam, ad satisfaciendum illis, qui volunt eam protestationem fore in lite faciendam, Amendo. *in additio. ad Vincen. de Fran. dec. 331.* & ne dici possit non fuisse petitas vt adjudicari valeant, quæ alias non petitæ non possent, vt in individuo de hac clausula loquens dicit Maran. *de ordi. iudic. par. 6.* ibi, *rectè concipiatur libellus, n. 18.* addens quòd per hanc clausulam interpellatur Iudex ad faciendam hanc condemnationem, nos, vt magis magisque dicatur interpellatus, in omnibus actibus iudicialibus, quos facimus eam clausulam apponimus, ne ex defectu interpellationis Iudex omittat hanc condemnationem: continuam hanc protestationem vult Thesau. *dec. 67. n. 4.*

ARGVMENTVM.

Si quis in principio litis habebat iustam litigandi causam, postea verò non, an sit condemnandus in expensis, & in quibus.

SVMMARIVM.

1 *Expensarum condemnationem euitat qui iustam habet litigandi causam.*
2 *Expensarum condemnatio fieri debet pro eo tempore, quo quis cœpit habere causam iustam.*
3 *Pœna maioris quam delictum meretur, nemo plectendus.*
4 *Fructus non soluit condemnatus pro illiquida donec liquidata sit.*
5 *Mobilium valor donec sit liquidatus, non curris interesse.*
6 *Possessor a principio iustus, si postea superuenit mala fides, non propterea restituit fructus ex antea.*
7 *Possessor non condemnatur ad fructus nisi ex die litis contestate.*
8 *Vtile non vitiatur per inutile in separabilibus.*
9 *Possessor secundum aliam opinionem, condemnatur in omnibus expensis, tam antea quam post, si superuenit mala fides.*
10 *Possessor qui non desistit detecta mala fide, præsumitur, quod antea etiam scinit, & quod quamvis scisset, non desistisset.*
11 *Decisio Senatus, quod fiat diuisio temporis in condemnatione expensarum.*
12 *Instrumenta faciunt probationem probatam, & liquidam.*

13 *Proba*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

13 *Probationes per scripta, & instrumenta paries sunt.*
14 *Possessor semper debet condimnari in expensis, cum iniustitia illius detegitur ex aliquo instrumento per eum firmato, vel ex aliquo alio per eum gesto.*
15 *Idem est si detegeretur iniustitia ex facto alieno, cuius possessor esset conscius, vel potuisset esse verisimiliter.*
16 *Expensarum taxatio aut fiat per memoriales expensarum aduerationem iuratam, vel missiue.*
17 *Expensarum taxatio, motuo principali, an possit fieri cum procuratore ad litem.*
18 *Mortuo litigatore, in Cathalonia opus est citatione heredis.*
Procuratoris domini litis effectu materia parium practicatur in Cathalonia, ibid.
19 *Citandi non sunt heredes quando mortuus reliquit procuratorem dominum litis effectum, secundum aliquos.*
Conftit. 6. tit. de cita. explicatur, ibid.
20 *Procurator per contestationem litis efficitur illius dominus.*
21 *Mandatum non expirat morte mandantis ve non integra. Et non dicitur integra quando procurator fuit litem contestatus.*
22 *Procurator dominus litis effectus non potest iniutus reuocari.*
23 *Procurator dominus litis substituit, & substituta etiam potest substituere.*
24 *Citatio in Cathalonia semper necessaria quod decesserit principalis, quamuis reliquerit procuratorem.*
25 *Sententia lata contra mortuum, vel pro eo, an teneat, remissiue.*

Decisio XCVI.

1 Dixi + in aliis locis, & comprobaui pluribus, habentem iustam litigandi causam non posse, nec debere condemnari in expensis, ab eis enim absoluit, & immunem facit iusta litigandi causa, & alibi conqueftus sum, quòd tam sæpè videantur multis, litigatores habere iustam litigandi causam, vt fere semper ab expensis absoluantur, ob quod experior fieri partes animosiores ad litigandum, & prosequendum causas, & articulos periculosos, confisi vt nullum ex hoc eueniet eis damnum, quod est bono publico satis præiudiciale. Videamus nunc, an si post cœptam causam cum bona fide, cum legitima causa litigandi, superuenit mala fides, & iniusta litigandi causa, debeat tunc ille litigator condemnari in expensis, & in quibus, & quomodò Senatus obseruet, & obseruare soleat.

2 In hoc † articulo, duas video apud Doctores opiniones. Prima, quòd si pars, quæ ab initio iustam habuit litigandi, siue actiuè, siue passiuè causam, malam deindè, vel publicatione testium, vel exhibitione alicuius instrumenti, se habere manifestò cognouerit, & nihilominùs prosequatus fuerit eandem, distinguendum est, quoad expensas, inter tempus, & tempus, vt pro illo tempore, quo litigator fuit in bona fide, & ea mediante iustam dicebatur habere litigandi causam, nullas debeat expensas, nec possit ad eas condemnari, vt est opinio Bartol. in *leg. properandum, 6. fin autem alterutra, C. de iudi. per l. si quis inficiatus ff. depos.* vbi est casus in terminis, & Bald. in *l. de stisse, ff. de iudi.* Verùm pro reliquo tempore, quo cognouit se malam causam fouere, & litigauit, expensas debet, notatur in *l. qui solidum, §. etiam ff. de lega. 2.* Hanc esse veterem practicam, & semper obseruatam, quamque semper se vidisse obseruari, testatur Ranchin. in *addito. ad Guid. Pap. dec. 237.* & alij per eundem Guid. *cita. ibid. num. 1.* Stephan. Gratia. *discep. forens. 725. n. 37.* Bernat. Muscatel. in *prax. appella par. 3. gl. reformando, n. 45.* vbi facit fidem de practica Segni Neapol. vbi ipse versabatur, condemnandi modo iam dicto, distinguendo tempora, elegantèr noster antiquus Tho. Miet. (da gratias Deo, quòd vix alienas prouincias nauigare habeas pro promissionibus necessariis ad nostram transportandis) in *cur. Montis Sereniss. Reg. Iacob. III. de appellatio. ca. 20. n. 40.* vbi eandem distinctionem temporis facit *colla. 5. pag. 119. in 1. par.*

Ratio † videtur esse, quia nullus nisi pro modo culpæ venit puniendus, & pœna est semper delicto commensuranda, *l. sanctimus, C. de pœn. cap. sicut dignum de homicid. & e, vt clericorum, de vita, & honest. clericor.* quod in præsenti non obseruaretur si iste litigator solueret expensas, & pro tempore, quo habuit bonam fidem, etiam pro tempore, quo habuit iustam litigandi causam. 3

Plura † possem ad hanc rem adducere exempla, quæ illam clariorem facerent, accipe tu sequentia. Quandò res non est liquida, diuiditur tempus quoad fructus, & suo casu interesse, vt vsquequò sit liquidata, & factus calculus, & Iudici præfentatus, cū interim nō censeatur constitutus litigator in mora, & sic in culpa, & in iusta litigandi causa, non condemnetur in fructibus, atque ita in isto casu, etiam vbi soler fieri cōdemnatio à die litis motæ, non fit, nisi pro tempore factæ liquidationis, vt tradit noster Micha. Ferrer. in *3. par. obseruan. capit. 386. incip. Ita die*, Canc. in *3. par. variar. resolu. cap. 16. de litis contesta. n. 71.* Surd. *decis. 260. n. 15.* Per quæ † *obseruamus* interpide diuisionem temporis quoad interesse mobilium, ad quorum restitutionem quis condemnatur, vt vsque quo sit liquidatus, & calculatus eorum valor, non condemnetur quis in fructibus, & interesse, quia antea non videtur esse in mora, & ideò ob id pro eo tempore excusatur, condemnatur tamen pro tempore, quod discurrit ex post, quia ex tunc videtur condemnatus esse in mora, esse in culpa. De quo tamen articulo habebis alia plura in allqua alia decisione inter istas nostras, vbi potes videre ad longum. 4 5 11

Melius † est, & accommodatius exemplum de eo, qui iusto titulo accepit possessionem, & licèt posteà fuerit detectus iniustus, non tamen tenetur pro tepore antea acto restituere fructus, sed fit diuisio temporis, & pro sequenti duntaxat fit condemnatio, quia sufficit quòd ab initio haberit bonam fidem, & colorem detinendi, R. or. Ludou. *dec. 74. n. 5.* elegantissimè I. C. in *l. qui bona fide 25 ff. de acquir. rer. domin.* ibi, [Tandiu autem acquirit, quandiu bona fide seruit: cæterùm si cœperit scire esse eum alienum, vel liberum, videamus, an ei acquirat. Quæstio in eo est, vtrum initum spectemus, an singula momenta? & magis est, vt singula momenta spectemus, ad idem est tex. in *l. bona fides 48. eod. tit.* & declarat optimè Couar. *var. resol. lib. 1. cap. 3. num. 7.* 6

Est † tertium exemplum in eadem materia: certum est, quòd quis ex die litis cōtestatæ efficitur malæ fidei possessor, post eam enim nullus datur bonæ fidei, quæro, si est facienda contra eum condemnatio fructuum, quomodò illa fit? Sanè ex die contestationis litis, quia antea non erat, nec iudicabatur malæ fidei possessor, sed ex post, & ideò iustum est facere diuisionem tempotis, vt pro vno tempore fructus debeantur, pro alio non, Anto. Fab. in suo *Cod. lib. 7. tit. 33. de prascrip. 30. & 40. ann. defi. 17.* dominus Regens Leo, quem his diebus in principio ann. 1632. implacabilis Parca nobis eripuit, *dec. Valen. 98. n. 3. & seq. li. 2.* Francif. Step. *dec. Aquen. 81. n. 1.* Quod tamen apud nos est intelligendum, provt diximus in alia decisione. 7

Quemadmodùm † in his casibus fit diuisio, & distinctio, ac separatio temporis, quo quis fuit in bona fide, ab eo quo in mala, cur non idem obseruabimus etiam 8

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

etiam in præsenti casu, distinguendo, & separando tempus, quo litigator habuit iustam litigandi causam, ab eo, quo iniustam? alias vtile, in separabilibus, provt sunt hæc, vitiatetur per inutile, contra regulam iuris manifestam, *l. fascinus, C. de donat. l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig.* de qua regula late præter ordinarios, Augu. Barbos. *axiomat. iuris 1. incip. vtile.*

9 Secunda † est opinio, quæ tenet, quòd si superueniente mala fide, ac iniusta causa litigandi in quacunque parte iudicij, non desistit litigator, & liti cedit, debet in omnibus expensis, tam antea, quàm post in causa facti s condemnari, Guid. Pap. in *allega. decis. 137. in prin.* & ibi Ranchin. *etiam in prin.* vbi decisiones factæ in id in Francia, Ioan. Papon. in *arrest. Franc. lib. 18. tit. 2. de lit. expen. arrest. 6.* vbi etiam alia decisio.

10 Rationem † dicunt esse, quia perseuerando in lite, & non desistendo ab ea, post detectam iniustitiam, ex qua incipit malam fidem habere, & non iustam litigandi causam, notum facit litigator, & manifeste declaratur se à principio sciuisse se malam causam fouere, aut saltem, quòd etiam si sciuisset, non desisset litigare, sicut litigante ex post quando sciuit, ac proinde fuit in dolo, cuius dolj ratione iuste in omnibus expensis condemnari debet: hanc rationem trahunt omnes qui supra citati sunt, omnes adducunt ad id text. in *l. 2. §. circa, ff. de dolo malo, & met. excep.* qui est certè elegans in proposito, ibi, [Licèt enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseueret ex ea stipulatione petere, & si cum interpretetur iustam causam habuit, temen tunc nullam idoneam causam habere videtur,] singularis text. sed nullus meminit sequentis *§. incip. item quæritur*, qui non minus intentum probat, quam præcedens, ibi, [Nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, &c.]

11 Nostr † Senatus, cum parcè, vt dixi alibi, procedat in condemnatione expensarum, ratò nobis dat lucem, qua in his ambulare valeamus, sed non tam raro quod aliquando non prouiderit super hoc: contigit iste casus de ann. 1606. ad relationem egregij quondam Senatoris Iacobi Puigmija, inter Iacobum Requesens mercatorem villæ S. Columbæ de Queralt, & Gasparem Batthomeu, & Onophrium Monbuy Villæfranchæ Pœnitentiu, in qua causa beniguiorem sequendo, promne, opinionem, & quam ille nostet magnus practicus † Micr. antiquo tempore approbauerat, *declarauit* Senatus die 25. Septembris partem in expensis condemnandam factis duntaxat post exhibitionem actorum, & capitulorum producendam aduersam partem. Actario Cessiles.

Aliam declarationē non vidi postea factam in hac materia. Hæc facta extitit in casu, quo per exhibitio-
12 nem actorum, & instrumentorum, quæ faciunt † probationem probatam, & liquidam, secundum Bal. in *c. 1. §. instrumentum. de natu. fen.* Tiraq. de *retrac. consangui. §. 1. gl. 1. n. 10.* Surd. *dec. 177. n. 4.* constitit de iniustitia partis, & de non iusta illius litigandi causa, sed difficile foret obtinere condemnationem istam casu quo aliquis prætenderet illam, quia per testium depositiones, illis publicatis, constaret de eadem iniustitia, & non
13 iusta litigandi causa, quamuis † par sit de iure, restium, & instrumentorum virtus, *l. in exercendis, C. de fide instrumen.* Surd. *decis. 71. n. 6.* quia Senatus multum attentate in his procedit; & quia probatio per testes nō est ita certa sicut per instrumenta, licèt videamus non ratò per testes in medio litis detectam fuisse iniustitiam petitionis actoris, & illius remediariam causam, nunquàm tamen hanc condemnationem expensarum experti fuimus.

14 In vno † tamen casu ego non dubitarem condemnare in expensis omnibus absque aliqua distinctione temporis, quandò videlicet detecta foret iniustitia petitionis, a partis ex aliquo instrumento per eam inuo-
15 cato, vel ex aliquo actu per eandem ipsam celebrato, cuius non posset allegare ignorantiam, de quo vel per instrumentum, vt dixi, constaret, vel etiam per testes, quia in isto casu optime intraret præsumptio doli, & multo tempore posset dici fuisse eam in bona fide, quamuis mala fuisum in medio litis fuisset detecta, provt pulchrè tradit noster Mier. in *cur. Montisal. Reg. Iacob. III. ad appella cap. 29. n. 5. in 1. par. pag. 119.* Grana. *theo c. 11. n. 4.* vbi † id extendit nedum casu quo probationes in 15
discursu causæ factæ essent circa factum proprium, sed etiam si essent circa factum alterius, de quo poterat parti verosimiliter constare, & Bernard. Muscatel. in *prax. appella. part. 3. gl. 1. ref. rmando, n. 43.* vbi multos cumulat.

Multa† diximus in his, & in aliis decisionibus præ- 16
cedentibus, de expensis, & earum condemnatione, sed omissimus tractare quomodò illæ sint taxandæ. Quod vt explanarem in præsēti pro opportunitate materiæ, interpellauit me quidam curiosus, & vt rationem sylti Senatus, & totius Cathalonīæ traderem taxandi eas per memorialis, & seu listæ earum exhibitionem, & præsentationem per partem Iudici in primis faciendam, vt illas taxet, provt sibi fuerit bene visum, & per eiusdem partis medio iure iurando aduerationem rarundem. Dixi ab hoc me onere releuatum, per Borgni. Caual. *dec. 15. n. 26. part. 1.* vbi videas. Solùm aduerto attendendum per eos, qui in his ministeriis versantur, ad aduerationem medio iuramento de expensis faciendam, quia adueratio importat iuramentum, quod illa omnia, quæ continentur in memoriali fuerunt per partem expensa, vnde si non est verum, graue peccatum contrahitur, periurium detestabile non euitatur.

Denique † cum vidissem, non diu est, quendam ex 17
nostris motum *defin. 14. Fab. in suo Cod. lib. 2. tit. 6. de procura.* præsentisse, ac prætendere, definctō eoquod ad litis expensas condemnatus fuerat, taxationem fieri posse enim procuratore ad litem constituto, ex quo expensarum condemnatio ad litis principalis causam pertinet, *l. cum quem temer. 79. ff. de iudi. l. 3. & 4. C. de fruc. & liti. expen.* taxatio autem non noua condemnatio est, sed demonstratio eius quantitatis quæ in condemnationem deducta intelligitur, *l. Mœuio 41. & 1. de legat. 2. cum simil.* nec ad eam rem nouum hæredibus diem dici necesse est, cum sit eadem instantia, nec mandatum finiatur morte, re amplius non integra, *l. nulla 23. C. de procur.* & mandatum semel susceptum consummari oporter, vt loquitur Paul. in *l. si mandauero 22. §. vlt. ff. mandat.* consumatum autem videri non potest quandiu aliquid restat agendum, in quo procuratoris facto aliquo opus sit, argum. *l. penul C. de his qua vt indig.* nec procuratori susceptum officium desetere licet in ea re, quæ ad iudicati pertinet executionem, propria enim cuiusque rei forma contingit ex consummatione, *l. si is qui obtulgenta, §. 1. ad l falcid* quæ sunt omnia pulchra verba doctissimi Fabri, cui nihil in hoc defraudandum censui, sed ad literam referenda volui, placeat. aut non placeat lectori (si quis est) delicato. Cum hæc † (in- 18
quam) vnus ex nostris prætenderet, gloriatusque non modicum, quòd decisionem tam ad propositum in id inueniffet, dixi, non vides frater, quòd in Cathalonia ea decisio practicari non potest ob *consti. 6. incip. statuim, y ordenam sub tit. de cita.* qua præcipitur citati debere hæredes quotiescunque pendente lite decedit principalis, Apud nos parùm practicatur materia procuratoris domini litis effecti, & signanter in illo articulo si potest reuocari: nunquam super hoc vidimus fieri difficultatem contra principalem, ne posset quandocunque reuocationem facere.

Sed iste, † quia Cance. noster istam eandem quæ- 19
stionem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sionem tractans in 2.*par.var.resolu.cap.14.de procura. n.34.cum seq in 1.edit.*tenuit contrarium, quòd scilicet constitutio non intelligatur respectu eius,qui litigabat per procuratorem,qui litem contestatus fuerat, tunc enim non est necessaria citatio hæredum,& successorum principalis pendente lite vita functi,sed potest continuari cum illo procuratore, & contra eum
20 ferri sententia,ea ratione,† quia procurator per contestationem litis fuerat effectus dominus illius, *l. neque tutore,cum ibi not.A.C.de procura.l. procuratoribus,Cod. eo.cum simil.* quo in casu mors principalis non est impedimento,quominus contra talem procuratorem,& seu cum eo , & per eum possit lis continuari absque
21 alia citatione successoris,quia † mandatum non expirat per mortem quandò res non est integra,dicitur autem non talis, quandò litem fuit ipse contestatus, latè Graua.ad Vestri,in sua *prax.li.4.cap.4.de dolo, & contuma.ex n.39.* Guid.Pap.cum suis addentibus,*decis.119.*
22 vsque adeò † vt dicant huiusmodi procuratorem , nec posse invitum revocari,de qua re apud Boer.*decis.185.* Fran.Mar. *decis.67. p.2.* Beniten.*decis.80.* Capel.Tolos.*dec.177.* Moheda.*dec.84.*& Minsing.*observ.44.centu.5.* don Accas.de Ripoll.noster *var. resol.c.3. de sita.*
23 *& inhibi ex n.* 90. Et quamuis † non habeat facultatem subsituendi, substituere posse, & rursus substitutum posse etiam substituere aliu m isto casu,quo effectus fuit dominus litis per illius contestationem, Rot.in *nou.dec.122.* Bern.Vurmler.*inter observa. Hurtzhman. tit. de procura. observat.14.* & idem Harthman. *eod.tit.de observa.3.*

24 Fateor planè , † quò non videram Cance. quandò iste casus successit, nec poteram considerare quòd illum tractasset,& sic resolusset, & miror quòd nec in *3.par.* quam postea edidit , nec in additionibus ad secundam, quæ nuper prodierunt , ad idem tractandum rediisset,res enim erat noua, & iterata tractatione, & speculatione digna. Eius tamen postea vita opinio me non mouit à mea,quæ est,ne quidquam operetur quòd per procuratorem ducatur causa,ad hoc vt non intret dispositio constitutionis , aliàs si ita esset , nunquam aut perquàm rarò,practicaretur, & practicanda foret, quia,& maximè in Regia Audientia,omnes fermè lites ducuntur per procuratores pro personis absentibus,& longè distantibus,à loco vbi soler Regia Audientia residere,in quorum beneficium,ne quis eis insciis fieret contra eos, voluit constitutio , & monendos hæredes per citationem cum moritur principalis,& monendum per similem citationem principalem ipsum quando
†† deficit procurator. Et non est quòd in hoc mutiliter nos detineamus , quia *praxis nostra* , & in Regia Audientia , est huiusmodi vt citationes inconcusse fiant, & fieri habeat in dictis casibus,de qua nos,qui à tanto tempore videmus , possumus testari indubitanter, à qua non recedendum,non obstantibus per Cance. adductis. De eadem materia, vltrà supra citates, sunt videndi Vincent.de Franch. cum addentibus *decis.245.* & Minado.cum Flamin. Mona.eius additionatore,*dec. 35.*tursus Ripoll.*vbi sup. ex n.54.* Et nos etiam in aliqua alia ex nostris decisionibus materiam dictæ *constit. 6.tit.de cita.*latè excussimus in practica.

25 An sententia † lata contra mortuum , vel pro illo valeat,vide apud Mestril.*decis.137.lib.2.* Castill. *decis. 60. lib. 1.* & Rot. Farina. in *posthum. decisi. 272. lib.2.*

ARGVMENTVM.

Damnorum apellatione,quę veniant,quandò quis in eis fuit condemnatus.

Eo quæ sit differentia inter condemnationem damnorum , & expensarum simul, & condemnationem expensarum duntaxat.

SVMMARIVM.

1 *Litigatores quandoque merentur nedum in expensis,sed etiam in damnis condemnari.*
Quando id apud nos, & in Senatu seruetur de condemnando ad damna , vbi decisiones Senatus, ibidem.
2 *Damna non veniunt expensarum appellatione.*
3 *Damna non veniunt in sententia,nisi de eis expressa mentio fiat.*
4 *Expensarum taxatio , & liquidatio nunquàm fiunt in eadem sententia,sed reseruantur postea.*
5 *Taxationem , & liquidationem expensarum potest facere successor in officio.*
6 *Taxatio , & liquidatio expensarum tacitè censetur reseruata in sententia,quamuis non dictum.*
7 *Damnorum appellatione,quę veniant.*
8 *Damna alia dicuntur intrinseca,alia extrinseca, & quę.*
9 *Damna quę veniant in condemnatione damnorum sunt intrinseca,non extrinseca.*
10 *Damnorum ratione recuperati victor plura,quę non ex sola expensarum condemnatione.*
11 *Damnorum appellatione quę veniant,non datur certa regula.*
12 *Decisio Senatus optimè declarans minutatim quę veniant in condemnatione expensarum,& damnorum.*
13 *Damna extrinseca habent se ad esse,& non esse,& non sequuntur necessariò.*
14 *Flauij Amendo , quoddam dictum difficile refertur circa expensarum , & damnorum condemnationem.*

DECISIO XCVII.

TRactauimus † in aliis decisionibus , materiam condemnationis expensarum , & quæ earum appellatione veniant , quidque pars , & eius aduocatus, & procurator recipiant huiusmodi condemnationis vigore, docuimus abunde. Sed quia tanta est quandoque litigatorum in litigando temeritas,vt nedum condemnationem expensarum mereantur, sed & damnorum etiam per aliam partem sustentorum,prout est in *§.hac autem omnia,in fi.insti.de pœn.teme.litigan.*ibi,*& vt improbus litigator,& dammum,& impensas litis inferre aduersario suo cogatur*,& in quibus casibus fieri id debeat,declarat Rebuf.in *consti.Reg. tract.de expen. & interes.art.3.fol.882.no.3.* In nostro Senatu in duobus casibus vidi factam condemnationem damnorum vltra expensas. Vnus est, qui referetur inferius , quando quis iudicatur calumniosus accusator alterius. Est & alter in spolio , provt est in illa Francisci Thomas de Gallines,contra viduam Llunell ciuitatis Gerundæ,de qua meminimus in *aliqua alia ex proximè precedent. decis.*& fuit facta referente don Bernardo de Pons,& Turrell.17. Martij 1618.Scriba Curuz, vbi declarato spolio,& post condamnationem fructuum à die adeptæ possessionis,fuit etiam posita clausula sequens *Nec non ad reficiendum eidem Thomas dãna , & deteriorationes si quæ facta sint*,sed reuera circa istas condemnationes faciendas

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

faciendas, necne in damnis, non potest dari certa regula, quia iure definitum non reperitur, & ideò Iudicis arbitrio relinquendum, sicut relinquuntur cætera similia.

2 Hæc autem † damna non veniunt expensarum appellatione, vt tradit glo. *in l. 1. §. fi. ff. si ins dicen. non obtempe.* & prosequitur late Surd. *decis. 261. num. 1.* & Stephan. Gratian. *disceps. forens. 833. num. 25. & 26.* de qua re vide late per Augustin. Barbos. *in tract. de appella. verbor. utriusque iur. signif. verb. damnum, & verb. expensæ*, Olasch. *decis. 46.* Boër. *decis. 52. num. 6.* ac Thesau. *decis. 67. num. 5. vers. contrarium*, vbi † signanter, quod damna non veniunt nisi de illis in sententia expressa mentio fiat, ideò oportet quòd Iudices vltra expensas, addant damna in condemnatione, si ad illorum refectionem videtur eis debere condemnari im-
†† probus litigator, atque ita *practicamus & observamus*, aliàs si de solis expensis Iudex meminit, nunquam de damnis etiam intelligimus, sed de his, quæ secundum nostros mores, intra spheram, & propriam significationem expensarum, continentur.

4 Demus † igitur quod fit facta condemnatio ob temeritatem litigatoris, nedum ad expensas, sed ad damna etiam, illorum taxatione, & liquidatione reseruata, provt apud nos communiter fit cùm de damnis tractamus, nunquam enim fit simul in eadem sententia taxatio, & liquidatio, sed reseruatur per Iudicem postea facienda, de quo declarandi, & condemnandi modo cum reseruatione taxationis, & liquidationis eorum in posterum faciendæ, nunquam in Senatu nos dubitauimus, nec dubitari vidimus, licèt aliqui dubitauerint, quem nostrum stylum lato calamo defendit Stephanus Gratian. *disceps. forens.*
5 *444. ex num. 9. li.* 3. addens † quòd taxationem, & liquidationem reseruatam potest facere successor in officio, siue nomine proprio expresso, siue nomine officij, quia nihilominùs censetur semper facta nomi-
6 ne dignitatis, & officij: & non solùm † valet & tenet sententia quando post condemnationem, & in ipsa est facta reseruatio taxationis, & liquidationis, sed etiam quando nulla facta est, quia iam tacita inest, per hæc omnia pulchre discurrit is auctor, vt nihil mihi supersit in eis agendum.

7 Demus † (inquam) factam fuisse huiusmodi damnorum condemnationem, illorum taxatione, & liquidatione reseruata, statim tractamus de taxandis & liquidandis damnis. Videndum igitur est, quid illorum appellatione veniat, & quid in hoc sentiat Senatus.

8 Sane, † damna sunt in duplici differentia, alia sunt, & dicuntur intrinseca, & alia extrinseca: Intrinseca damna dicuntur, & appellantur, quæ sunt circa litem necessaria, vt expensæ aduocatorum, procuratorum, notariorum, scripturarum, itineris, nauigationis, cibariorum pro tempore quo quis moratur extra domum suam, cum simil. Extrinseca autem damna appellantur, quæ sunt, & contingunt vltrà expensas necessarias ad litem, veluti si litigans eundo ad Iudicem captus sit à latronibus, vel equus obierit in itinere, & sic de aliis id genus.

9 Ex his † duabus speciebus damnorum, quæ veniunt in condemnatione de damnis, sunt prioris speciei damna, nempe intrinseca, non extrinseca, provt optimè declarat Stepha. Gratia. *disceps. foren 833. n. 5. lib. 5.* Menoch. *de arbit. iudi. cas. 154.* Andre. Gayl. *pract. observa. lib. 1. observa. 151.* Anton. Thesaur. *decis. 67. n. 4. & 5.*

10 Secundùm † hæc, si obtinet victor contra victum condemnationem damnorum, obtinebit ab eo quæ non poterat ex sola expensarum condemnatione, & inter alia recuperabit salaria aduocatorũ, & procuratorum, & quod plus est, damnum, quod ipse passus est in aduocatione, si aduocatus est, & artifex in artificio, pro tempore quo propter litem non potuerunt proprio officio vacare, Surd. *in cita. dec. 261. num. 1. in fin.* Gratia. *disceps. forens. 833. num. 8.* Thesau. *decis. 67. num. 4.* Et si † vis scire minutatim, quæ veniant dam- 11
norum appellatione. Dicam te tem difficilem prætendere, quia est impossibile explicare posse omnia, quæ veniunt minutatim, & particulariter, vel dare, & constituere regulam generalem in hac materia, id dijudicare positum est sine dubio in prudentis Iudicis arbitrio, qui id æstimabit secundùm facti concurrentiam, non enim omnia conueniunt omnibus, Iaf. *in l. si quando, n. 21. C. unde vi*, Abb. & alij *in cap. vltim. de his quæ vi metúsve caus. fiunt*, Menoch. *de arbitr. iudi. cas. 122. num. 1. cum sequent.* elegantissime, provt solet, Anton. Fab. *in suo Cod. lib. 7. tit. 18. de fru. & liti. expen. defin. 45.* quæ intitulatur, *de modo taxandarum expensarum litis pro varia victoris conditione*, vbi discurrit optime per varias conditiones hominum, ad effectum augendi, vel minuendi taxam. Idem facit post plures quos allegat Anton. Thesaur. *decis. 67. n. 4. circa fin. & num. 5.*

Hanc † distinctionem, quam fecimus inter damna 12
intrinseca, & extrinseca *approbauit* Senatus in termi- †
nis terminantibus, & expressissimis verbis 17 Octobris 1583. Relatore egregio tunc Senatore Tamarit, in causa Antonij Castellet, & Petri Matthæi Moles, in qua cùm tractaretur de liquidandis expensis, & damnis, ad quæ fuerat quidam calumniosus accusator condemnatus (vtinam vnoquoque die fieret vna ex his condemnationibus) & victor peteret quamplura, quæ non debebantur, Senatus voluit, provt debebat, minutatim, & particulariter declarare, quæ in illo casu venirent expensarum, & damnorum in condemnatione contentorum appellatione. Et dixit in primis venire expensas factas per solicitatores, qui venerant ad informandum Regium Consilium. Postea salaria conductionis aduocatorum, informationes, & dietas. Tertiò, fuit liquidata certa quantitas, pro alimentis durante captura, Quartò, expensæ processales. Quintò salaria, seu dietæ testium, quæ fuerunt iudicata damna intrinseca, tanquam intra litem, & eius materiam. Et quia alia petebat pars, quæ erant extra litem, & sic damna intrinseca, veluti mortes ouium, & dictum fuit, quòd prædicta non erant taxanda tanquam damna extrinseca, reddendo rationem, † quia poterant 13
se habere adesse, & non esse, quod fuit dicere, fuisse contingens, quod ratione litis ea damna accidissent, poterant enim sine ea accidere.

Ad vnum post hæc omnia, velim te animaduertere, quod in hac materia adducit Flauii. Amendo. *in additio ad Vincen. de Franch. in cita. dec. 331. n. 1.* vbi sic loquitur: [Ad hanc decis. 332 adde tu, quòd victus ratione litis, & contumaciæ soluit non modo expensas litis, verùm damna intrinseca victori, de quibus victor in lite protestari debet, secus si victor obtinet solùm expensas ratione victoriæ, quia tunc solùm recuperat expensas litis, ità in terminis Anton. Thesau. decis. Pedemon. 6. incip. victus.] Hactenus Amendo. Difficilia sunt hæc verba, difficile est comprehendere quid sibi hæc velint. Ad quod percipiendum recurri statim ad Thesaur. hic citatum, qui me magis anxium, & dubium reliquit dum de hac distinctione loquens *n. 5. circa fin.* sic ait. Et certè iudicio meo difficile est iudicare quid Doctores sentiant in hoc articulo, quando debentur expensæ, non ratione contumaciæ, nec retardati processus, sed tantùm ratione victoriæ, &c. En qualiter remiserit nos Amend. in re hac ad Doctorem cui sit res tam difficilis, tu, si vacauerit, tuum in id probabis ingenium, mihi nihil facit ad institutum.

ARGV

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ARGVMENTVM.

Condemnatio expensarum facta in aliquem, qui litigabat nomine alieno, non expresso nomine illo alieno, an censeatur nomine proprio facta.

Tutores, & curatores quando possunt de propriis in expensis condemnari.

SVMMARIVM.

1 *Expensarum condemnatio in litigante nomine alieno, an censeatur facta nomine proprio.*
2 *Tutores, & alij administratores litigantes nomine suorum principalium quandoque merentur in expensis condemnari.*
3 *Expensarum condemnatio videtur facta nomine proprio, si nomen proprium solum est expressum.*
4 *Testator scivisset exprimere si voluisset quemadmodum in alio casu expressit.*
5 *Sententia stricti juris, & non extenditur.*
6 *Expensarum condemnatio in tutore, & curatore censetur facta eo nomine, non proprio.*
7 *Expensarum condemnatio contra aliquem, facta censetur eo modo quo in principali.*
8 *Accessorium sequitur naturam sui principalis.*
9 *Judicium idem est de his quæ veniunt in consequentiam, & sequelam, atque de principali.*
10 *Judex potest proprio nomine tutorem in expensis condemnare.*
11 *Regula si voluisset; expressisset, habet aliam in contrarium, quod una pars declarat aliam.*
12 *Qualitas curatoria apposita in principali, censetur repetita in accessoria.*
13 *Decisio Senatus in proposito.*
14 *Tutores, & curatores litigantes pro pupillo non censentur proprio nomine in expensis condemnari, nisi exprimatur.*
15 *Tutores, & curatores temere litigantes tenentur refarcire omnia damna pupillo.*
16 *Hæres cum beneficio inventarij temere litigans condemnandus est in expensis de propriis.*

DECISIO XCVIII.

QVando † quis nomine alieno litigat, veluti tutorio, & administratorio nomine, & vltra condemnationem, quæ contra eum fit in principali eo nomine, condemnatur etiam in expensis simpliciter, dubitatum vidi, an ea condemnatio censeatur facta nomine proprio, & de bonis propriis, an nomine administratorio, & de bonis administrationis, cujus dubitationis causam præbent Iudices, qui non semper clarè, vt deberent, loquuntur: cor enim non sicut in principali condemnantes, exprimunt in accessoria expensarum nomen etiam administrationis? ad quod animaduertere deberent, ne essent rot litium, & infructuosarum expensarum causa.

2 Ratio † dubitandi potest esse, quia quamuis tutores, & alij reram alienarum administratores conueniantur, & condemnentur in principali nomine tutorio, aut administratorio nomine, possunt tamen dari casus, in quibus ipsi in hujusmodi causis possunt nomine proprio, ac de propriis bonis ad expensas condemnari, tunc videlicet cum aliqua magna culpa, vel negligentia potest imputari ipsi tutori, vel administratori, non enim foret justum, quod propriæ culpæ delicti, & negligentiæ alius pœnas haeret, vulga. *l. non est ignarum, C. de administr. tutor.* quam legem pulchrus exornat Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 5. tit. 23. de administr. tutor. defin. 1.* & in *cod. lib. 11. 24. de pert. tutor. & curato. definit. 3.* cumque † in casu proposito duplici condemnandi forma Iudex vtatur, nempè in principali condemnando Petrum, ponamus, vt tutorem, & curatorem, & postea eundem Petrum sine illa qualitate tutoris, & curatoris, dicendum videtur quòd secundam condemnationem, quæ respicit expensas, noluit facere eodem nomine, quo primam fecit, quia † si voluisset, sciuisset dicere, quemadmodum dixit in prima, argum. text. in *l. vni §. sin autem, ibi. nam si testator contrarium volebat, nulla erat difficultas illud exprimere, C. de cadu. tollen.* late Casana *consil. 43. ex num. 23.* In terminis, hoc argumento in materia qualitatis non repetendæ de vna parte in aliam ejusdem dispositionis, quòd si voluisset, potuisset disponens, ita hîc sicut illic, exprimere vtitur Rot. Bononien. apud Carl. Barzi. *decis. 93. num. 19.* Non videtur igitur justum vellè nos onerare Iudex, qui distinctim de principali, & de expensis loquutus est: Sententia † præterea est tam stricti juris, vt vltra non extendatur quàm importet verborum sonus, vt pluribus probat Surd. *decis. 212. num. 13.* verba autem quoad principale, reliciunt pupillum, quoad expensas tutorem, & curatorem propria nomine, sequitur quòd ab his non possimus recedere, sed condemnationem factam intelligamus eo modo, quo sonat, postquam videmus quòd non deficiebat potestas, ad condemnandum tutorem, & curatorem proprio nomine, nec forsan causa, vt probauimus suprà.

Sed prædictis † non obstantibus dicendum in hoc casu est, non censeri factam condemnationem in dubio, dum majorem lucem sententia non dederit, nomine proprio ipsius tutoris, & curatoris, sed eo nomine, quo facta fuit condemnatio de principali. Ad quod est præsupponendum, quæ illationem hanc non esse de potestate, ea enim clara est in Iudice, quòd possit in causa condemnare tutorem, & curatorem proprio nomine ad expensas litis, vt probauimus in superioribus: difficultas est circa voluntatem, an voluerit Iudex facere condemnationem, nam si voluit, nullus dubitandi locus relinquetur alicui, ex *cit. l. non est ignotum, C. de administra. tutor.*

Sane, † si non est aliud, quàm quòd dixerit Iudex post factam condemnationem in principali de N. vti tutore, & curatore, dictum N. in expensis postea taxandis condemnando, indubitatum erit censendam condemnationem in expensis de persona N. eo modo, quo in principali fuerat facta, & sic eodem tutorio, & curatorio nomine, quia † cum accessoria sit expensarum condemnatio, qualitas apposita in condemnatione principali, in expensarum, vti accessoria, judicanda erit repetita, ex natura ipsius accessorij, quæ est sequi semper suum principale, vt est regula juris nota, & in isto casu, dicta in præcedentibus semper censentur repetita in sequentibus, quando in præcedentibus constitebat principale, sequentia autem erant accessoria, & veniebant in consequentiam, vel sequelam, *l. item quia §. idem Iulian. ff. de pact.* provt optimè tradit Afflict. *decis. 285. num. 19. & 20.* vbi tradens † rationem dicit, quia idem est judicium de his, quæ veniunt in consequentiam, vel sequelam, quàm de ipso principali, *l. si quis ex argentarijs, § rationem, in fin. ff. de eden. & l. t. C. vbi caus. fis. cal.* Rot. Ludouis. *decis. 153. num. 4.* Surd. *dec. 88. n. 10.*

Neque † obstant quæ dicta fuerunt in contrarium, quia ea reliciunt potestatem Iudicis in condemnando tutorem, & curatorem de propriis, & nis quando temerè litigat, quam nos nec negamus, nec vituperamus, imò summè laudamus, ac magis quam fieri solet exercendam, volumus vt reprimatur audacia aliquorum, qui sub nomine tutorum, & curatorum,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

confisi quòd nihil eis inde damni eueniet, sed commodum potius dictarum, & aliarum accessionum, solent persæpe temerarij esse in litigando, damna immensa, & pupillis, & partibus injustè causantes, experientia multorum annorum me istud docuit. Solum est nostra difficultas in voluntate, quam non consideramus in Iudice, qui juxta propositum thema condemnauit, si enim expressè id dixisset Iudex, quòd intendebat tutorem, & curatorem, de proprijs condemnare, omnia cessarent.

11 Ad regulam † *l. vnic. §. sin autem, C. de cadu. tollen.* quod si voluisset, expressisset in contrarium allegatum respondemus, eam habere aliam contrariam, quod vna pars declarat aliam, de quibus latè per Cassana. *cons. 47. ex n. 42.* qui tibi bene declarat quando vna, quando altera sit admittenda, hîc autem nulla est ratio, quòd admittatur prima, cùm nulla sit ratio quæ id fundeat, nec materia subjecta patitur, vt patet ex his, quæ diximus in superioribus.

12 Atque † ita per hæc, & alia, quæ huic negotio perpulchre accommodat Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 1. tit. 24. de peri. tuto. & curato. defin. 4* dicit, & attestatur decisum in Senatu Sebusiano in hoc casu censeri factam condemnationem nomine tutorio, quamuis non dicatur, eò quòd illa qualitas nominis tutorij apposita in principali censetur repetita in accessorio: expensæ enim accessoriæ sunt causæ principali, non connexæ, Canalca, *dec. 15. n. 11. p. 1.*

13 Is etiam † casus decidendus contigit in Senatu, licet antiquitus multò, nempè de anno 1510. ad relationem N. Dorda, in causa Raymundi Serrat, contra viduas Serrats, in quâ, ex quo is qui fuerat condemnatus in expensis, litigabat vti manumissor, & executor † testamenti alterius, *sine dicturo* eo nomine, non proprio, censeri condemnatum. Vide in Regio archivo.

14 Ex quibus † colligitur quòd si condemnare intenderit Iudex tutorem, & curatorem de proprijs bonis, tenebitur id exprimere, & dicere aliàs non judicabimus quòd nomine proprio fuerit condemnatio facta, sed nomine tutorio, & curatorio.

15 Sed non † existiment tutores, & curatores, quòd propterà quòd non sint in expensis proprio nomine condemnati, sint & fiant immunes à pœnis temerè litigantium, & à damnis causaris pupillo sua cum mala & temeraria lite, tenentur enim nihilominus pupillo, ne dùm ad dictas impensas ei refundendas, sed etiam ad damna ei resarcienda, ex tex. expresso *in l. qui solidum, 9 etsam respublica. ff. de lega. 2.* vbi postquàm loquutus est Iureconsultus de damnis, quæ nunc non faciunt ad institutum, deinde transit ad expensas, & sic ait: [nec aliud sequabitur in litis sumptibus si ratio litigandi non fuit. Ignauiam etenim prætendentes audiri non oportere, quòd in tutoribus quoque probatur,] optime Castil. *decis. Sicil. 52. n. 4 libro 1.*

16 Aliud † notabile dicit Fab. fuisse resolutum in hâc materiâ, *in suo Cod lib. 7. tit. 17. de fruct. & liti. impen. defi. 7.* quod hæres, etiamsi sit cum beneficio inuentarij, condemnandus est proprio nomine ad expensas litis quam temere vel instituit, vel suscepit, nec audiri (inquit) debet, si petit, aut consentiat, vt victori ex rebus hæreditarijs satisfiat, eo prætextu quod non suo nomine, sed quasi hæres cum beneficio legis, & inuentarij litigauerit, & ita pro ipsa quodammodo hæreditate, ne ex hæredis facto, & culpa deterior fiat conditio creditorum, & legatariorum, quorum interest hæreditatem. quæ hæredi ipsi jam suspecta est, nullo modo imminui. Cum qua eleganti definitione ego, pauci sunt dies, respondebam cuidam, vt possidenti quædam bona, condemnato de illis soluere certam quantitatem p.o principali vna cum expensis, volentique, & prætendenti expensas de illis bonis fore soluendas, cum eo nomine fuisset condemnatus, non fouere justitiam, cum enim hæc esset pœna propriæ temeritatis, ideo eam de proprijs luere tenebatur: & non male succedebat, quia vidi benè id recipi à nostris, dicèt non deuenerit res ad declarationem.

ARGVMENTVM.

Impedito vti frui hæreditate per annum, quo relictus illi fuerat vsus fructus, sine culpa sua, an sit reficiendum de anno sequenti.

De condemnatione fructuum ante petitionem perceptorum.

SVMMARIVM.

1 *Casus decisionis.*
2 *Impedito tempus non currit.*
3 *Impedito respectu temporis reficitur ei tantumdem de alio tempore.*
4 *Impedito vti frui aliqua dilatione iudiciali, vel parte illius, datur aliud tempus.*
5 *Iniuriam nemini facit qui suo iure vtitur.*
6 *Puteum in domo sua aperire nullus prohibetur, quamuis inde sequatur venas puteivicinas præsendi.*
7 *Vsusfructuario tempore impedito per alium, non restitur aliud tempus, sed datur æstimatio.*
8 *Vsusfructus vnius anni, alius est ab vsufructu alterius.*
9 *Colono temporali dejecto non datur aliud tempus, sed soluitur interesse.*
10 *Officialis temporalis impeditus pro aliquo tempore non recuperat illud sed interesse.*
11 Leg. quæsitum, de vsufruct. *declaratur.*
12 *Temporis refectio non fit in his, quæ tempore variantur.*
13 *Temporis refectio non fit quandò quis agit de lucro captando secus. si de damno vitando, prout in dilationibus.*
14 *Senatus sententia in hac materia negandi refectionem temporis vsufructuario.*
15 *Pignoris sure possidens fructus suos facit.*
16 *Fructus pertinent ad dominum.*
17 *Fructus sequuntur semper dominum.*
18 *Fructus restituuntur à creditore possidente iure pignoris, & ei sui debiti soluitur interesse.*
19 *Decisio Senatus, quod fructus post annum vsufructuarie debebantur hæredi.*

Decisio XCIX.

VEgenerat † quidam nobilis testator vxori vsufructum bonorum suorum, vita sua durante, & post mortem alteri nobili fœminæ consanguineæ suæ pro vno anno statim post mortem vxoris computando. Moritur testator, remanet in vsufructu vxor, quæ postea decessit etiam, & sibi superstite nobili illa fœmina, cui diximus relictum post eam, pro vno anno etiam vsumfructum, vxoris hæres apprehendit bona illa mortua, & ea sibi retinuit pro creditis quibusdam competentibus, vt prætendebatur, suæ defunctæ, nec ita facilter restituere voluit, sed post aliquot menses causam jactatorum instituit, ac monuit, tam contra hæredem vniuersalem illius primi testatoris quàm etiam contra fœcundum vsufructuarium, dicendo quòd ipse possidebat bona pro creditis suæ defunctæ, quæ ei auferenda non erant, nisi illis demùm soluris, offerendo se quòd facta ei solutione, dimitteret ad uersarijs libenter possessionem.

Comparuerunt in causâ, tàm secunda vsufructua-

ria

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

via petendo vsumfructum pro vno anno, quàm etiam hæres restitutionem hæreditatis post finitum annum postulando, vnà cum fructibus perceptis, & qui percipi potuerant a die finiti dicti vsusfructus, quia prædebat debita aduersæ partis esse plura, quàm ejus credita.

Cùm ad punctum ferendæ sententiæ deuentum esset, dubitauit Senatus de duobus. Primò, respectu vsusfructus, quando, & qualiter esset facienda condemnatio, præsuppositio quod jam erat decursus vnus annus, & virtà, a die mortis primæ vsufructuariæ, & si alius annus daretur secundæ, cederet in damnum primi hæredis, quem testator non grauauerat nisi in vno anno solo. Secundò, respectu condemnationis fructuum petitæ per primum hæredem, à die finiti anni legati vsusfructus, præsuppositio quòd quando petitionem hæreditatis cum fructibus fecit jam erat elapsus annus ille, & multo plus, & in Senatu non solent dari fructus, nisi ex die litis motæ, & factæ petitionis, quia antea possessor non constituitur in morâ, secundum nostros mores, prout est multo verum, & ego in alijs locis tradidi non semel: petitio autem non fuerat itatim post finitum annum facta, sed multò post, licet intra annum fuisset hæres per modum jactationis a possessore, & reo citatus.

2 Quoad primum, † videbatur debuisse Senatum condemnare præcisè reum ad permittendum secundæ vsusfructuariæ, vt posset vti frui hæreditate, & bonis, pro vno anno iuxta voluntatem testatoris, quamuis tempore condemnationis elapsus esset jam annus, & vltrà, a die mortis primæ vsufructuariæ, cùm vti fiui illo anno non potuisse impedita facto partis, tempus autem impedito non currere, certi juris est ad *l. 1. in fi. C. de annali excep. nisi triennale, C. de bonis mater.* vbi pulchrè Pinel. *ex n.* 42.

3 Vnde † videmus in specie nostri casus, quòd cùm quis circa tempus fuit impeditus, restituitur, & reficitur ei tantumdem, vt habetur in *l. fin. ff. de min. in l. sed si*
4 *per Prætorem. §. si feræ. ff. ex quib. can. maior.* Et in † iudicijs mihi est magis ordinarium, quàm reficere partibus de dilatione tempus, quo durauit aliquod impedimentum, quo quis tota dilatione non potuerat vti frui, & in individuo probat tex. in *l. quæsitum 43. ff. de vsufruc.* vbi si in annos decem proximos à te dari stipulatus essem, & per te ittetit quominus dares, & quinquennium transijt, eius temporis vsufructum, & operas rectè petere possum, quòd per te factum esset, quominus darentur, sic decidit ibi manifestis verbis.

5 Nec videtur † esse in consideratione quod dicebatur, id si fieret redundaret in damnum hæredis, qui non posset frui bonis post annum, sicut præceperat testator, quia cùm istud fiat principaliter vt facienti profit, non vt alteri noceat, succedit quod qui sue iure vtitur nemini facit iniuriam, vt est iuris brocardicum certissimum, quod mille legibus vulgaribus probatur, & li-
6 gnanter *l. fluminum, §. fin. ff. de dam. infec.* vbi † ex hac ratione non prohibeor ego in domo meâ puteum aperire, quamuis ex hoc sequatur vt venæ putei tui præscindantur, quia meo jure vtor. *Surdus cons. 17. li. 1.* cum mille alijs, quos non est referre opus, maximè quod damnum, quod potest sentire hæres, non videtur considerabile, cùm possit per eum recuperari facilitèr, & nullo negotio ab hærede hæredis, qui impedit: clarum est enim quod mora sua erat illi damnosa, ex regula juris vulgari.

7 Dixi, † id esse non minùs quam contra rex in *l. si vsufructus mihi in biennium 6. ff. de vsu. & vsufructu. leg.* vbi I.C. sic ait. [Si vsusfructus mihi in biennium continuum à morte testatoris legatus fit, & per hæredem steterit quominùs eum mihi daret; præterito biennio mihi hominis tenetur. quèadmodùm teneretur si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet,

moratúsque esset in ea danda: vt petij quid. ni jam vsusfructus, qui legatus fit, non possit, quia alius futurus sit:] ex quo text. appparet clarè, finito tempore non posse peti vsufructum, sed eius æstimationem, atque ita in casu nostro recte petebat hæres sibi post annum adiudicari debere fructus cum hæreditate, & vsufructuariæ annali non esse dandum vsufructum pro vno anno, sed eius æstimationem, & hoc modo, & non alio dicebam fieri debere secundum legem.

Ratio † huius decisionis est in eadem *l.* in illis 8 verbis in fine positis, *quia alius futurus sit*, quasi diceret, non esse vsufructuario dandum vsufructum alterius anni, quia esset ei date alium vsumfructum, quàm qui legatus fuit, quia legatus finiuit anno, sed ne ex sua culpa reportaret commodum is qui impeditus, ideò rectè statutum fuit, vt soluat æstimationem, quæ est ratio ingenij Cuia. relata per Sotoma. de *vsufruct. cap.* 13. *n.* 17. pluribus licet dilatata veritas, à nobis tamen minutibus restricta.

Hinc fit † vt Colono ejecto non competat ius ad 9 recuperandum rem, vt alio tantumdem tempore fruatur prædio, sed datur actio ad id, quod interest soluta ex text. expresso in *l. si fundus quem 30. versmann & ff colonus. ff. locati*, & tradit Aluar. Velas. *consult.* 173. *n.* 14. & 15 & plene Vincen. de Franch. *dec.* 419. & 451. vbi ita decisum in contradictorio judicio.

Hinc † denique fit, vt officialis ad certum tempus, 10 impeditus pro aliquo tempore, non recuperet illud tempus, quo fuit impeditus, sed interesse tantùm, id quod ego taliter probaui in 1. *de pact. sup. el. 4. gl. 10. par. 1. ex n.* 104. vbi etiam *decisionem* Senatus, sine quâ † nihil, adduxi, vt alia probatione opus non fit, adde tamen, vt videas qualitet de nouo in istud insudaui vltrà, Ioan. Francisc. Capiblanc. de *Baron. pragma. 5. n.* 87. don. Garci. Mestril. de *magistra. li. 1. c. 21. n.* 90 & rursùs *c. 21. n.* 56. & denique modernos addentes ad Vincen de Franch. in *dict. duabus dec.* 415. & 452. vbi late de his omnibus.

Quia tempora † sunt diuersa, & ideò non est date 11 restitutionem ad illud tempus, quo quis fuit impeditus. Sed quomodò respondebimus ad contraria, quæ sine dubio vigent, & incipiamus ab interpretatione *l. quæsitum 43. ff. de vsufruct.* in quâ diximus probari directò contrarium eius, quod habetur in *l. si vsusfructus mihi in biennium 6. de vsu, & vsufr. leg.* quæ Aquilles est nostræ opinionis. Solutio resultat, sub triplicibus, ex verbis Accur. *in ea lege, verbo & operas* interpretando, id est *æstimationem earum*, sequitur Bart. *ibidem*, & Sotoma. *de vsufruct capite* 13. *n.* 11.

Quoad † reliqua, solutio stat in alijs verbis doctorum in hac materia loquentium, qui dicuntali nostro casu ideò non fieri alterius temporis refectionem, quia sumus in his, quæ ex cursu temporis variantur, operæ enim vnius temporis non sunt operæ alterius, nec fructus vsusfructus vnius anni, vsusfructus alterius, cum finito tempore finiatur cum eo id, quod in illo tempore erat faciendum, quod non est ita in materiâ dilationum, in quibus non est inconueniens quòd finitâ vnâ, detur alia, & impedito suppleatur, & reficiatur tempus impedimenti, videndi Velas. & Cabed. vbi supra, quæ ita respondent.

Vel cum † Vincen. de Fran. *decis.* 419. *numero* 4. 13 qui in hac materiâ subrogationis noui temporis facit elegantem discursum, dicas quòd aliquando quis ex subrogatione noui temporis consequitur lucrum vel commodum, & hoc fieri non potest, aliquando quis vult vitare damnum, vel ne aliquid fiat contra æquitatem, tunc subrogatio temporis admittitur. In prima specie est casus noster, in secunda casus dilationum. Vnde nihil mirum si in his fiat subrogatio, in illis verò non. Vide *dec.* Genuæ 37. *n.* 10. quæ alias declarationes ponit.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

14 Hæc † Senatui placebant *sine dubio*, sed non fuit necesse super eis declarare, quia vsufructuarius annalis, cum esset sententia in puncto feriendæ, cessit liti, componendo se cum parte, sed ex eo quod declarauit inter hæredem primæ vsufructuariæ, & hæredem primi, & principalis testatoris, apparebit qualiter istud fuerit Senatus iurentum, vt dicemus infra.

15 Quoad † secundum, nouum etiam videbatur Senatui, & extraordinarium velle petere, sicut petebam, fructus hæreditatis mihi adjudicandæ, a die finiti anni vsufructus, & sic ante petitionem per me factam, & mitabantur Senatores quo iure putabam moram meam in petendo mihi profuturam, Senatusque obseruantiam non condemnantis nisi à die quo per petitionem reus constituitur in mora, infringendam.

Dixi me non consueuisse vnquam sine magno fundamento facere peritiones, & sustentare prætentiones Inspiciendum dicebam, & attendendum quod pars aduersa narrabat in præuentione iudicij, id enim meam prætentionem justificabat manifestissime, quia confitebatur de plano se nihil prætendere circa proprietatem, sed hæreditatem detinere pro quibusdam creditis suæ defunctæ in hæreditate competentibus, quæ sibi solui petebat, offerendo, hoc facto, incontinenti se restituturam hæreditatem, & interim se ad restitutionem non teneri, per quæ clarum est quòd aduersarius solum se faciebat creditorem, & jure pignoris possessorem, & detentorem hæreditatis.

Hoc supposito, indubitatum etiam erat quòd non poterat facere fructus hæreditatis suos, eos enim nunquàm facit suos possessor pignoris, sed tenetur illos computare in sortem sui crediti, *cap. illa vos, de pignor. c. ad nostram, de emp. & vend. & c. 1. & 2. extra de vsur.* cum vulg. & apud me scripta reperies mille loca, in
†† quibus istud, tum juribus, tum *decisionibus* Senatus pro-
16 bauit late: fructus † enim ad eum pertinent, qui dominus est, *d. capite primo & secundo, & capite conquestus de vsuris, l. si dominum, C. de pignor. l. 2. & 3. C. de pigno. act.* ac late Cephal. *consil. 3. n. 71.* & sequitur Surd. *con-*
17 *sil. 53. n. tertio* & ideò † sequi dicuntur semper dominum, *l. fructus, & l. in fundo, Lex diuerso de reinendic. l. hærennius. ff. de vsuris*, etiam si res alij foret obligata *l. 1. & 2. C. de pignor. d. cap. conquestus* Cephal. *consil. 131. n. 14.* Surd. *consil. 128. n. 5.*

18 Si fructus † non faciebat suos hæres prioris vsufructuariæ, cedere eos necessum erat in beneficium heredis primi testatoris vti domini, & quocunque tempore hæreditas peteretur, debebatur illa cum fructibus à die finiti anni relicti vsufructus, & illi interesse ab eodem tempore suorum creditorum: hæc enim à pari procedunt, fructus respectu domini, & interesse respectu creditoris, vt est triuiale multum, & ego alibi probaui abunde, non est necesse repetere, & signanter probatur expresse *in l. eum debitor. ff. in quib. caus. pign. &c.* ego late *in 2. tom. de pact. nup. c. 1. 7. gl. 1. par. 7. ex n. 1. cum seq.* vbi exactius forsan quàm alibi rem hanc videbis satis bene enucleatam.

19 Annuit † benignè Senatus huic prætentioni & petioni, & attentis prædictis, *condemnauit* eam, quæ mulier erat, ad relinquendum, & dimittendum hæredi primi testatoris vacuam, & expeditam possessionem hæreditatis & bonorum vna cum fructibus perceptis, & qui percipi potuerunt à die finiti anni vsufructus legati. Dies declarationis 14. *Iulij* 1631. Relator egregius Senator Hieronymus Gerau, scriba Goell. Partes egregius Comes de Centelles, & domna Matianna de Iosta, & de Peguera.

Aduerte ad hæc, quia quandoque vel ob inadvertentiam partium, seu aduocatorum, vel alias multi, qui essent condemnandi ad fructus ante litem motam, non condemnantur, quia non admittitur, quòd possident iure pignoris, sed tractantur vt alij possessores, & petitio fit solùm à die litis motæ, quod est graue partis petentis damnum, & præiudicium.

ARGVMENTVM.

Restitutio in integrum, an concedatur vni priuilegiato, contra alium pariter priuilegiatum.

SVMMARIVM.

1 *Restitutionis in integrum materia valdè frequens, & vtilis.*
2 *Afflictis solet dicere ita practicari in suo Senatu nullam ad id adduens particularem decisionem.*
3 *Idem fecit Mastril, in pluribus locis.*
4 *Priuilegiatus an restituatur contra alium priuilegiatum.*
5 *Priuilegiatus contra alium priuilegiatum in iudicijs vtitur priuilegio suo.*
6 *Priuilegium quis habet in specie in aliqua re, præfertur.*
7 *Absens reipublicæ causa restituitur quando læditur contra alium ex eadem causa absentem.*
8 *Minor qui labi passus fuit tempus in iudicio, restituitur contra alium minorem.*
9 *Ecclesiæ enim aliam Ecclesiam præscribentem datur restitutio.*
10 *Alberi de Rosa optima doctrina circa restitutionem priuilegiati contra pariter priuilegiatum.*
Priuilegiatus non dicitur minor qui non est lasus, ideo non dicitur restitui priuilegiatus contra pariter priuilegiatum quando alius minor lasus contra eum restituitur, ibid.
11 *Senatus concedit restitutionem minori contra minorem, quando est ille lesus.*
12 *Minor restituitur aduersus sententiam latam in fauorem alterius minoris.*
13 *Priuilegiatus contra priuilegiatum vtitur priuilegio suo, vbi in illo militat major ratio.*
14 *Ecclesia cogitur vendere alteri Ecclesiæ pro construenda, & amplianda alia Ecclesia.*
15 *Trebellianica non detrahitur pio loco substituto.*
16 *Fallit vbi pius locus est institutus, vel pia causa.*
17 *Non tamen procedit vbi in vno ex dictis pijs locis militat major ratio, & est magis pius.*
18 *Priuilegiatus restituitur contra alium priuilegiatum, vbi priuilegium illius est potentius.*
19 *Minor priuilegiatus præfertur filiofamilias volenti se iuuare Macedoniano.*
20 *Religionis causa præfertur maioratus causa, & conseruationis familia.*
Ecclesia prasui constructione compellit sibi vendi res majoratus, ibid.

DECISIO C.

REstitutionis † in integrum minorum ad probandum materia, sicut nulla vtilior, vt dicit I. C. in *l. 1. ff. de restit. an integr.* Sic nulla frequentior in palatijs, circa quam ego in prætenti decisione, & sequentibus, nonnullas quæstiones disputabo, ad quas reducuntur omnes fere difficultationes, quæ in judicijs in hac materia inter partes suscitari solent, & resolutiones, quas in eis capiam, varijs Senatus nostri decisionibus ornabo, aut saltem, cùm res multum nota apud nos erit (prout sunt plures ex his, quas tractabimus) ne multitudine decisionum, quas adducere possem, te obruam, quid Senatus obseruet simpliciter dicam more doctissimi, † & 2
inter

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

inter omnes sine difficultate eminentissimi decisionis Matth. de Afflict. qui licet vt plurimum consuluerit in suo libro decisionum Senatus Neapoli, tamen particularibus decisionibus suas resolutiones auctoratas, verùm quandoque hoc etiam ipse visus est, vt quid in Senatu practicaretur, simpliciter dixerit, vti habes in multis ex suis decisionibus, & signanter *decis.* 216.

3 Eumdem † stylum obtinuisse quandoque dom Garcia Mestri, & præsertim *decis.* 131. *volum.* 2. vbi hoc modo, per varias quæstiones in suo Senatu decisas procedendo totam materiam resolutionum, & suspiciosum iudicum, sicut ego feci initio harum decisionum, enucleauit, quo quid in propositis quæstionibus obtinuit Senatus, in perpetuum edoceberis,

4 Prima † quæstio erit, numquid restitutio debeat concedi minori contra alium minorem, & personæ priuilegiatæ contra aliam etiam priuilegiatam. Ad hanc quæstionem redeo, post eam jam satis ample a me tractatam in *1. de pact. nup. clau. 4. glo. 12. ex n.* 104. licet præter meum morem, (vix enim reperies aliud simile exemplum in meis operibus) quia vidi adhuc deinde circa resolutionem ibi captam, per aliquos fieri difficultatem, & signanter, post ea scripta, reperi Senatum Siciliæ apud don Ioannem Castill. *decis.* 197. *in 2. tom.* aliter confitentem id quod est agi de lucro captando, vel de damno vitando, de quo in *d. loco a me citato, & inferius* latiùs dicemus, quam nos ibi considerauerimus, quod fuit in causa, vt iterum eumdem articulum reassumerem, & quando non possem nouis argumentis, & rationibus, latem nouis Doctoribus, & decisionibus taliter eam corroborarem, vt nullus in posterum remaneret dubitandi locus: dignetur Deus iustis his annuere votis.

5 Resolutio † capta in hâc quæstione *loco sup. cita. num.* 110. est, quòd vix in judicijs casus dari poterit, in quo petenti restitutionem aduersus lapsum temporis ad probandum, objici valeat regula, *priuilegiatus contra pariter priuilegiatum, &c.* de quâ *in l. verum. §. item quæritur, de minor.* quæ facit in contrarium, ex quo vix erit, concurrere ea, quæ sunt necessaria, vt regula locum habere possit, & ex consequenti vix erit, posse in judicijs ad probandum denegari restitutionem. Nunc dico (post majus adhibitum studium) affirmanter, & absque dubitatione, & trepidatione aliquâ, non posse dari casum, in quo petenti in judicio restitutionem prædictam objici possit illud brocardicum, & ex consequenti non posse dari casum, in quo debeat petita restitutio denegari.

6 Ratio est clara, † quia vbi duo contendunt de aliquâ re, is quidem præfertur alteri, qui priuilegium habet actu, & practice, & in specie in eâ re, de quâ agitur, tex. & ibi Bart. *in l. vit. ex quibus causis maiores*, quo loco Bar. hoc annotauit, & post eum Didac. *in 2. par.*

7 *relicti. reg. possessor, de reg. jur. §. 2. num.* 4. qui rem † vlterius declarando, sic ait: [Nam (inquit) qui rei publicæ causa abfuerit, etiam aduersus eum, qui pariter reipublicæ causa abfuerit restituendus est, si aliquid damni pariatur, vterque enim priuilegium habet, ex quo restitutionem, si læsus fuerit, petere poterit, & tamen qui modo indiget auxilio restitutionis ad recuperationem damni, priuilegium habet in specie, de qua agitur, & in exercitio, quia læditur, alter verò cùm læsus in eadem causa non fuerit, in præsentiarum id priuilegium minimè obtinet.] Hæc Didac quæ deinde confirmat auctoritate jam citatæ *l. verum, §. penul. ff. de minor.* & plurium doctorum, quos allegat, quibus adde & tu *l. assiduis, vers. in duobus. C. qui pot. in pigno. habeant & cap. auditis, de in integr. restit.*

Audi nunc † nostram applicationem. Minor qui litigat in judicio, etiam aduersus eum, qui pariter minor est, restituendus est si aliquid damni, patiatur, sicut contingit, quandò passus est labi tempus sine probationibus, vterque enim priuilegium habet, ex quo restitutionem si læsus fuerit, petere poterit, & tamen, qui modò indiget auxilio restitutionis ad recuperationem damni, priuilegium habet in specie, de quâ agitur, & in exercitio, quia læditur, alter verò, cùm læsus in eadem causâ non fuerit, in præsentiarum id priuilegium minimè obtinet. Nonne hæc ita procedunt respectu minoris agentis contra minorem, quemadmodum illa, quæ Didac. adducit de absente causa reipublicæ contra similitet eadem causa absentem? Nonne quod lex dicit de illo absente respectu alterius absentis, accommodatur æque bene nostro minori litiganti contra alium minorem, sicut † Ecclesiæ contra aliam Ecclesiam præscribenti? cui illud accommodat Didac. ibidem, dicendo sic esse in specie præscriptionis, quòd quia Ecclesia, quæ rem alterius Ecclesiæ præscribit, non habet in præscribenda illa re, nec in præscribendis rebus alienis priuilegium aliquod, Ecclesia verò contra quam præscribitur, priuilegium habet, vt minori spatio quàm quadraginta annorum eius bona, & res minimè sui capiantur, sequitur quod non detur priuilegiorum concursus, quia tamen vnius Ecclesiæ priuilegium huic negotio conuenit. 9

Id quod † etiam optimè percepisse, & docuisse mihi visus est, & videtur, Alberi. de Rosa. *in l. vlti. ff. ex quib. caus. maior.* his pulchris verbis: [Item nota (inquit) quòd glos. hic colligit, quòd priuilegiatus admittitur contra priuilegiatum, de quo dixi supra de minor. in l. verum, §. item quæritur circa fin. Iacob. Butri. dicit quòd illud, quod glos. colligit, non est verum, quare absens qui præscribit, non est priuilegiatus, sed ille, contra quem præscribitur, & qui læsus est priuilegiatus est, & ideò restituitur, & hic priuilegiatus admittitur contra non priuilegiatum, non autem contra priuilegiatum, nam & si esset præsens, restitueretur contra absentem, vt supra eodem, l. 1. §. verba, vers. item si quis, & idem est etiam in l. verum, §. item quæritur, nam ibi oporter duo concurrere, scilicet minorem ætatem, & læsionem, quod est ibi in vno tantùm, in alio autem erat sola minor ætas, & non læsio, & sic hic, & ibi est reperire semper priuilegiatum admitti contra non priuilegiatum. Iacob. Butri. &c.] Hactenus verba Alber. per quæ cessant contentiones in hoc negotio, præsupposito quòd alius quamuis minor, non potest dici priuilegiatus, quia non est læsus, & ideò non intrat regula *priuilegiatus contra pariter priuilegiatum, &c.* quam Alber. doctrinam commendat nouissimè Vincen. Caro. *in tractat. de remed. contra præsud. sentent. except. 48. num. 12. vers. meliorem*: multos adducit loco supra *in prin. citato*, qui hoc idem clare probant, quibus nunc addo Alex. Tiem. *ic var. resolut. lib. 1. tit. de restitut. & priuil. resol. 2. n. 5. & 4.* late Mori *in empo. iur. tit. 5. de restitut. minor. num. 27.* in præmissis, Surd. *de alimen. priuilegiat. 61. num. 11. &* Stephan. Gratian. *in addit. ad num. 21 decis.* 197. quos Doctores non allegani *in 1. tom. de pact. nup. loco supra addotto*, vbi latissimè articulum disputaui, ex quibus junctis illis, quos ibi adduxi, & rationibus hic, & illic ponderatis, colliges hanc rem esse indubitatam, non est necesse repetere, quibus tamen non pœnitebit addidisse Menochium *in cons. 52. num. 45.* & Cardinalem Tuschum *litte. P. conclus. 760. n. 11.*

Quod † attinet ad Senatum nostrum in hâc quæstione, jam dixi *in loco citato primi tom. de pact. nup. n.* 105. me vidisse in Senatu *condemnari* in expensis quendam, qui contra hanc opinionem tenere voluerat. Ex post vidi contra Vniuersitatem ciuitatis Balagatij petentem restitutionem in integrum ad probandum, pro parte Ecclesiæ Illerden. cum qua, me aduocato, illa litigabat, coram egregio Senatore Iosepho Ferrer, oppositum, non fore restitutionem concedendam, quia priuilegiatus contra pariter priuilegiatum, & c. maximè 11

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

cum ageret dicta Ciuitas (vt dicebatur) de lucro captando, Ecclesia verò de damno vitando, sed *succubuit* Ecclesia, & concessa fuit restitutio, prouisionibus fictis per dictum Ferrer diebus 7. Iunij 1615. & 4. Decembris 1618. facto semper verbo in Regia Audientia, quæ ambæ fuerunt confirmatæ in alia aulâ referente egregio Senatore Balthazare Morell. 15. Nouembris 1617. & 15. Aprilis 1619. Actuario Domin. Fontana. Et deinde non vidi amplius vsque ad alium casum, qui mox adducetur, circa rem hanc factam difficultatem, nec arbitror Senatum eam admissurum. Sicut deinde post plures annos expertus sum, cum suscitata eadem quæstione de anno 1611. in causâ pupillæ Mariæ Annæ Miret, cum ciuitate Barcinonæ, quæ petebat restitutionem ad probandum, non obstante quòd obijceretur dicta regula de priuilegiato contra pariter priuilegiatum, &c. ac quòd ciuitas didicerat testificata super alijs articulis eandem materiam continentibus, & videtur etiam intertogatoria pro parte Pupillæ præsentata, diceretur, & demum opponeretur etiam in examine testium nouiter per dictam ciuitatem prætensô dictam pupillam lædi occasione damni sibi imminentis ex subornatione isto casu à jure præsumpta, allegando ad hæc *consil.* 7. Cephal. *libr.* 1. & sic concurrente tali læsione ciuitatem non debere restitui, cum ipsa, & dicta pupilla in specie allegarent læsionem, & indè essent priuilegiati in eodem actu, & exercitio, vt supra dictum extitit, fuit, prædictis non obstantibus, die 1. Decembris jam dicti anni, facto verbo in Regia † Audientia *pronunciatum*, locum fore, & esse beneficio restitutioni in integrum per ciuitatem ad probandum implorato, non obstantibus in contrarium deductis: Relator erat Michael Angel. Llorens: scriba Ioannes Payssa. Bona est † ad propositum *decis. Sicil.* 44. apud don Garci. Mestrill. in 1. *rom.* vbi apparet minori contra minorem fuisse concessam restitutionem aduersus sententiam contra illum latam, quia fuit consideratum minorem in eo casu agere de damno vitando, ex quo succubuerat in causâ, cui non idem in minore permittente labi temporis absque probationibus?

Adducamus † aliquas fallentias, in quibus in similibus huic nostro casibus non procedit regula, *priuilegiatus contra pariter priuilegiatum non vritur priuilegio suo*, quibus ex omni sui parte materia hæc remanebit optimè enucleata, & nostra assertio efficaciter confirmata.

Imprimis regula non procedit, vbi in vno ex priuilegiatis militat major ratio, quo casu majorem causam habebit, & priuilegium, & attendetur quis sit magis priuilegiatus, vt dicit Bal. in *authen. habita, C. ne fili pro patr. num.* 33. Rot. Rom. *decis.* 557. *num.* 4. *in* 1 *par. nouis.* Per quæ † don Garci. Mestril. *decis.* 180. *ex num.* 88. dicit decisum in Senatu Sicil. Ecclesiam cogendam, sicut quemlibet alium particularem, ad vendendum alteri Ecclesiæ partem prædij pro construenda, vel amplianda alia Ecclesia, quia licet ambæ Ecclesiæ sint pariter priuilegiatæ, hic tamen id non attenditur, nec conquassantur priuilegia, quia major ratio procedit in vna, quàm in alia, & major æquitas.

Hæc regulæ limitatio militat in nostro casu, ac si pro eo facta foret, cùm major ratio, major æquitas militet in subuenendo ei, qui sua fragilitate passus fuit labi tempus, quàm alteri, qui nihil damni sustinuit.

Secundò, † nullus ignorat, quòd hæres grauatus de hæreditate restituendâ non detrahit Trebellianicam, si causa pia est substituta, vel alius pius locus, de quâ re abunde apud Manti. de *coniect. vltim. volunt. lib.* 4. *tit* 5. *art.* 6. *num.* 4. Perez de *fideicom. art.* 3. *ex num.* 61. quòd † tamen non procedit vbi etiam causa pia est substituta, vel pius locus, ex regulâ, *priuilegiatus contra pariter priuilegiatum*, &c. ad quod vide insignem Couat. in *reg. possessor. 2. part. §. 2. num. 2. vers. ex quibus*, quia non expedit hic examinare. Verùm † si ex duabus 17
istis causis pia, vna esset magis pia, in qua militaret major ratio, & fauor; attenderetur sine dubio priuilegium ipsius, tanquàm magis piæ, & non conquassaretur ex eo, quòd ageretur contra aliam causam piam; atque ita si causa pia militans esset hujus speciei, vt esset magis pia, tunc detraheret sine dubio Trebellianicam, sicut quilibet alius esset substitutus, vt probat Vrs. vt Affli. *decis.* 56. *numero* 4. Mestrill. in *eius decis.* 180. *num.* 92. *cum seq.* vbi plura alia exempla tradit similia.

Concludamus † hunc discursum cum doctissimo 18
don Francisc. Hieron. Leo, in supremo regni Aragonum Regente, *dec.* 90. *lib.* 1. *ex n.* 23. vbi regulam, *priuilegiatus contra pariter priuilegiatum*, &c. limitat non procedere quando ambo priuilegiati non sunt in eadem specie priuilegij, sed priuilegium vnius, est priuilegio alterius potentius, tunc enim præfertur ille, qui habet potentius, quod probat *l. veriùs*, § *fin. in vers. plane. ff. de minor.* vbi minor † 25. annis ex causa æta- 19
tis priuilegiatus præfertur filio familias ex dispositione S. C. Macedonij priuilegiato, quia potentius est priuilegium ætatis, priuilegio Senatus consulti. Ibidem is auctor alia in idem inducit iura videnda, quibus adde alium text. per eruditissimum virum, licet mirè propositum probantem, omissum, in *l. sed, & similes*, ibi, *fertor. ff. de excusat. tutor.* per quam doctrinam, & alias, quæ appositè valde accomodat, resolut, † causam Re- 20
ligionis, vti habentem potius priuilegium, præferendam esse causæ maioratus, & conservationis familiæ, vt possit Ecclesia compellere possessorem domus etiam magni maiotatus, ad vendendum eam pro ipsa Ecclesia, & illius constructione, jux. *l. si quis sepulchrum. ff. de religio. & sump funer.* Si in nostro casu consideramus, quòd minor qui petit restitutionem est qui fuit læsus, alter verò, cum quo agit, non, necesse erit fateri illum habere fortius priuilegium, ac potentius ex causa læsionis, quàm aduersarius illius, in quo nulla concurrit causa vtendi priuilegio. Atque hæc de prima quæstione dicta sint satis.

ARGVMENTVM.

Restitutio in integrum ad probandum, an concedatur sine alia probatione læsionis, ex solo temporis lapsu.

SVMMARIVM.

1 *Minor solùm ex causa læsionis restituitur.*
2 *Læsio est fundamentum restitutionis.*
3 *Læsio est probanda ad restitutionem, cum non præsumatur.*
4 *Minor non restituitur ad appellandum, nisi docto de læsione.*
5 *Causa super qua restitutio fundatur, semper est probanda.*
6 *Minor vt restituatur ob non prosecutam appellationem, vel lapsa fatalia, debet probare quòd si non essent lapsa, prob. ff. si. &c.*
7 *Restitui volens debet aliquatenus de læsitia docere.*
8 *Appellare non inuerecundi, qui non fouet iustitiam.*
9 *Restitutio non datur aduersus sententiam ex eo solo quòd minor succubuit.*
10 *Maior ex clausula generali non restituitur, nisi probet de læsionem.*
11 *Paupertas probanda est per volentem restitui ex eo, ob non prosecutam appellationem.*

12 *Appella-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

12 *Appellationis causa introducta in Senatu, non admittitur post lapsa tempora constitutionis.*
13 *Restitutio conceditur maiori in Senatu ad introducendum causam appellationis post tempora, ob pauperta tem.*
14 *Læsio quomodo sit probanda per petentem restitutionem in iudicio aduersus acta iudicij, & lapsa tempora.*
15 *Minor petens restitutionem vt obtineat, duo probare debet, primo vt restituatur, secundo vt ea obtenta obtineat in causa.*
16 *Restitutio conceditur minori eo ipso quod permissis labi tempora, absque alia probatione læsionis.*
17 *Etiam restitutio intraducenda, & prosequenda appellationis.*
18 *Restitutio ad probandum, & c. non conceditur in iudicio nisi constet de aliquo fumo læsionis per semplenas probationes, aut alias.*
19 *Restitutio non malitiosè petita aduersus sententiam ad impediendum executionem conceditur minori, & practicatur sic in Senatu.*
20 *Restitutio dicitur malitiosè petita cum constat de fumo iustitiæ, seu de bono iure, licèt non plene, atque ita practicamus in Senatu.*
21 *Minor si est actor, tenetur probare læsionem vt restituatur aduersus omissam probationem, secus si est reus.*
22 *Restitutionem petens in iudicio, quòd debeat probare læsionem aliquo modo, est magis approbata opinio.*
23 *Restitutio in Senatu semper conceditur minori ad probandum, & c. non docto de læsione, sed cum sola allegatione.*
24 *Probationibus semper est fauorabilis Senatus.*
25 *Idem est in aliis pluribus Senatibus, & cum sequent.*
26 *Ioseph. Ludou. circa hæc ab aliquibus impugnatur, & ab aliis defenditur.*
27 *Rationes huius opinionis concedentis restitutionem in iudicio sine probatione læsionis.*
28 *Contraria opinio videtur impracticabilis.*
29 *Circuitus inutiles sunt vitandi.*
30 *Lites sunt per Iudices abbreuiandæ.*

Decisio CI.

1 ESt & † alia in hac restitutionis in integrum materia pulchra disceptatio, an sit necessarium docere de aliqua læsione, vt istæ restitutiones concedantur. Videtur prima facie respondendum pro affirmatiua, quia minor ex causa læsionis tantùm restituitur, *l. 1. l. quod si minor*, §. 1. *de minor. cap.* 1. vbi Abb. *n.* 1. *de restit.*

2 *in integr.* etenim † læsio est fundamentum restitutionis in integrum, *l. nam & posteà*, §. *si minor, de iur. iur.* provt probant infiniti, quos ad propositum congerit Mari. Giurb. *decis. Sicil.* 78. *n.* 4. Roman. apud Patina. in *vltimo per eum recollectis, dec.* 87. *n.* 3. *dec.* 132. *n.* 1. *& dec.*

3 325. *n. etiam* 1. *volum.* 1. quam † læsionem nõ sufficit allegare, sed est probanda, quia non præsumitur, nisi probetur, *l. verùm* §. *sciendum, de minor.* Gozadi *cons.* 44. *n.* 8. Cephal. *cons.* 3. *n.* 115. Stephan. Gratian. *discep. forens.* 762. *n.* 14. *part.* 4. Rot. Roma. apud Cæsar. Batci. *dec.* 87. *numero.* 15.

4 Hinc dicunt † Doctores non esse concedendam restitutionem minori ad appellandum, nisi doceat de læsione, quæ inde ei contingit, considerando posse esse, quòd nihil minoris interfuit non appellasse, vt quia bonam causam non fouebat, & ideò debebat, quemadmodum in prima, sic in secunda instantia succumbere, Lancello. *de attenta. part.* 2. *cap.* 18 *de attenta. restitu. pendente n.* 24 *vsque ad* 32. post Porci. Immol. in *consil.* 134. *n.* 30. & alios quos adducit Steph. Grat. in *cit. dis-*

5 *cepta. n.* 15. *&* 16. vbi quòd † semper est probanda causa, super qua fundatur restitutio, siue iure maiorum, siue iure minorum petatur, ex Minsinge. *obserua.* 49. *centur.* 1. *in fin.* & Alciat. in *cons.* 18. *n.* 11. *lib.* 3. & deindè *n* 18. & 19. loquens † ipse Gratia. de restitutione petita aduersus non prosequitam appellationem, & aduersus lapsa fatalia, probat pluribus, non sufficere solum lapsum temporis, nisi iustificetur, & probetur, quòd si non essent lapsa tempora minor probasset, &c. Giurb. *dicta decis.* 78. *n.* 4. late Odd. *cons.* 17. *n.* 7. vbi hanc esse communem, & magis communem opinionem, & communiter practicari pluribus probat, & contrarium esse reprobatum dicit, & rursùs idem Gratia. *decis. promin. March* 196. *n.* 15. & *discep. forens.* 439. *n.* 45. vbi dicit, † 7 docendum esse aliqualiter de iustitia voluntis restitui, in ipso exordio restitutionis, quæ postea sensus discutietur, & edocebitur etiam in ipso negotio principali, quia aliter læsio non esset vera, ex quo † non in- 8 teresset appellare non habenti ius in negotio principali, benè Fab. in suo *Cod. lib.* 2. *tit.* 22. *si minor ab hærede se abstinuerit. & c. defin.* 3. vbi asserit, quòd si minor pallus est labi tempora, quæ ad appellationem interponendam, vel prosequendam data sunt, non prùs restituetur, quasi læsus, quàm docuerit iustam se appellandi causam habuisse, vbi *n.* 8. multos ad id allegat.

Hinc etiam † inter pretes resoluunt, aduersus senten- 9
tiam minori non dari restitutionem, ex eo solum, quod succubuerit in ea, sed necessarium esse docere de læsione, nempe quòd male sententia lata sit, nec satis est docere de fumo boni iuris. Vincen. de Franc. *d.* 473. *n.* 4. Mascastel. *de apell. part.* 3 *glo. fineris. n.* 33. doctus additionator ad Rot. Roma. Ludouis. *dec.* 459. *n.* 11. fusè Giurb *dec.* 18 *n.* 7. & *n* 13. vbi bene declarat.

Et finaliter facit † quod Doctores tradunt de resti- 10
tutione maioris ad prosequendum appellationem ob suam pauperiatem, licet enim ex causa concedatur, & concedi debeat ex clausula generali, ad text. in *l. si procuratorem*, § *ignorantes ff. mandat. in fin.* & confer. text. in § *Aly, in authen. de his, qui ingred. ad apell. & in cap. & ratione, vbi glo. de appell.* Guid. Pap. *dec.* 713 *num.* 31. Sfor. Odd. *de restit. in integr. quæst.* 3. *num* 15. & 50. & *quæst.* 11. *n.* 44. & 51. Mascard. de *probat. concl.* 1274. *n.* 7. Mauri Dola. de *restit. in integr. cap.* 362. & Marius Giurb. *dec. Sicil.* 18. *n.* 1.

Pauperras † namque excusat à non appellando, & 11
à non prosequendo appellationem, Carpan. ad statu. Mediol. 132. *n.* 64. Gayl. *obserua* 142. *lib.* 1. Giurb. qui plures pro more adducit in *cit. dec.* 18. *n.* 3. id tamen intelligẽdum est dummodò probetur paupertas ab eo, qui in ea fesundat, non obstante, quòd nudi nascamur, *l. si verò* § *qui prorei qualitate*, & ibi glo. & Doctores, *ff. qui satisd. cog.* provt late prosequitur Giurb *cita. dec.* 18. *ex n.* 4. quo inuaberis † si quando tibi volenti in- 12
troducere in Regia Audientia aliquam appellationis causam post lapsum multum tempus absque aliqua facta diligentia ex die quo appellasti, oppobrium fuerit de desertione, & noluerit eam causam Senatus tibi admittere, sicut solet in vim *constit.* 10. & 13. *tit. de appellat.* tefarcies enim damnum allegando, & probando paupertatem, & dicendo quòd ob ea non potuisti anteà causam introducere, petendo restitutionem in integrum ex clausula generali, quæ † sine dubio concedenda tibi erit ex sententia DD. supra adductorum, 13
quã in facti contingentia sequuti fuere Senat. Dola. & Sicil. vt dicunt Mauri. & Giurb. in *locis supra adductis*: quod & ego in certo casu tentaui in Senatu, & benè successit, *admissa* enim fuit meo principali hoc prætex- †
tu causa, quæ aliàs repulsa fuisset ob magnam in introducendo negligentiam, vt videbis infrà in alia particulari decisione de hoc articulo facta. Si ergo in his omnibus casibus est probanda læsio, cur non etiam dicemus probandam eam pariter fore in casu occurrenti?

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

14 Et si quæris, † quomodo ergo erit probanda ista læsio? Docebit te pluribus Ioan. Petr. Surd. *cons.*79. vbi per septem numeros priores hanc conatur adstruere opinionem, dicens signanter, ad probandum istam læsionem necessarium esse deducere, quòd habebat probationem, quam omisit, & quæ si fuisset exhibita, profuisset cauiæ, aliàs (inquit) minor non dicitur læsus, atque ita dicit declarate Bart. *in l. nam & postea, §. si minor in fin. ff. de iure iur.* vbi Bald. Dicens,

15 quòd † eo casu minor bis probat. Primò, vt habeat restitutionem. Secundò, vt ea habita obtineat in causa principali, vide ibi latè discursum hunc extensum, aliàs læsio non esset vera, ex quo non interest restitui ad probandum ei, qui non habet quid probet, vt suprà dicebamus in simili, in restitutione ad appellandum, benè licèt remissiue, Fatina. *de testi. quæ.*75. *num.*434. Et hanc opinionem, quòd minor non probans intentionem suam in termino, non dicatur læsus, vt debeat restitui, sed esse necessarium ostendere se habere probationem, tenuit in primis Bart. *in l. nam & postea, in §. minor, de iure iur. num.*7. & sequuntur ibidem Bald. Paul. & alij, & Syluan. *cons.*19. *ante num.*5. & est communis opinio, secundùm Iaf. *in dict. §. si minor, num.*19. quos omnes refert Cald. à Perey. *in l. si curatorem habens, verb. vel aduersarij dolo, n.*19. Olaſc. *dec. Pedemon.* 158. *n.*8. vbi dicit hanc opinionem esse veriorem, & communiter receptam, alios allegat Ceual. *in comman. contra commun. quæſt.*836. *ex num.*11. *lib.*3. Cæſar Bar-21. *dec.*87. *n.*15. don Ioan. del Caſtil. *dec. Sicil.*30. *n.*10. *tom.*1. & *in* 2. *tom. dec.*197. *n.*1. Olaſ. *dec.*158. *n.*8. late Odd. *de reſtitu. in integr par.*2. *quæſt.*65. *art.*12. *n.*89. late etiam Fatina. *de teſtis. citat. quæſt. ex n* 45. vbi plures adducuntur.

16 Sed contrarium † alij tenent, nullam fcilicet fore necessariam probationem læsionis, sed eo ipso quòd minor non probauit in termino, læsum præsumi, ac propterea restitui debere, quos refert Cald. Pereyr. *vbi sup. in verſic. aduerſus prædictam*, quæ opinio probatur auctoritate text. *in cap. audiuis, de reſtit. in integr. ad finem*, ibi, *neceſſarium, vt aſſerat probationem omiſit*, vbi vide per ſolam aſſertionem læsionis factam per procuratorem, restitutionem concessam, & *in cap. ſuſcita. eod. tit.* vbi similiter ex sola assertione procuratoris, fuit concessus nouus terminus probatorius, quæ opinio dicitur a Pereyr. communis Canonistarum, contraria verò communis Legistarum, benè Afflict. *in conſtitu. Neapol. lib.*2. *de reſtit. min. rubr.*38. *num.*2. vbi sic ait: [Sine quia omisit probare id quod erat sibi vtile, dicitur læsus, & debet restitui in integrum ad illud omissum probandum, vt in l. minor autem, §.1. & l minor 11. annis omissam, ff. de minor. Et ista læsio (pergit vlterius) non aliter probanda, vt inquit Speculum tit. de restitu. in integ. §.1. in princ.] Idem Afflict. postea *num.*20. vbi sic loquitur: [Sunt tamen aliqui casus speciales, in quibus minor non habet probare de læsione, & inter alios, est quando minor recipit mutuum, &c. item quando fuit læsus in iudicio, quia non probauit id quod debebat, vt dixi suprà in 2. notab. & hic obseruatur in hoc casu, nam sine aliqua probatione læsionis in iudicio conceditur primum, & secundum beneficium pro minoribus, &c.] Et denique idem Afflict. *dec.*114. *num.*1. idem tenent alij, quos late refert Anton. Gabr. *de minor. concl.*1. *n.*2. & Odd. *de reſtit. in integr. part.*2. *quæſt.*65. *art.*12. *n.*89. eandem opinionem tenet Ioan. Garci. *de nobili. glo.*6. *§.*1. *ex n.*51. vbi alios allegat Flor. Diaz de Men. *variar. queſtio. lib.*1. *quæſt.*5. *n.*8. qui alios adducens, dicit hanc esse magis veram, & communem opinionem, Ceual. *in commun. contra commun. quæſt.*836. *ex num.*1. & *num.*22. *lib.*3.

17 Et non solùm † respectu probationum faciendarum medio restitutionis in integrum beneficio, sunt qui tenent prædictam sententiam, sed etiam respectu introducendæ, & prosequendæ appellationis, non enim est necessaria probatio læsionis, secundùm plures Doctores, signanter Bart. tamen si libi contrarium, *in l. fin. num.*10. *C. in quibus cauſis reſtit. non eſt neceſſar.* Capel. Tolof. *quæſt.*389. & alios relatos per Pereyr. *loco ſupr. allegato, num.*18. *circa medi.* Odd. *de reſtitu. in integr. quæſt.*36. *verſ. in contrarium eſt communis opinio, & verſic. ego dico*, Anton. Mona. *deciſ. Lucen.*43. *num.*2.

Tertia † opinio media inter supradictas duas extremas, est aliorum qui non requirunt quidem, quòd probetur læsio, eo modo quo volunt tenentes primam sententiam, sed tamen nec permittunt, quòd absque aliquo fumo læsionis detur ista restitutio; requirunt itaque quòd saltem iudici constet de aliquo fumo læsionis per semiplenas probationes, aut alias, de quibus per Odd. *de reſtitut. in integr. part.*1. *quæſt.*36. *num.*63. & *art.*10. *num.*70. ac *in* 2. *part. quæſt.*66. *art.*12. *num.*90. & *quæſt.*67. *art.*2. *num.*17. Cell. Hug. *conſ.*101. *n.*2. Mar. Mut. *deciſ. Sicil.*97. *n.*4. bene Giurb. *deciſ. Sicil.*18. *n.*13. *verſ. reſpondeo ſecundò*, quibus Doctoribus & addere poteris, quos suprà in prima opinione adduxi, dicentes, debere aliqualiter minorem deducere de sua læsione, referuato exactiori examine ad in posterum, videm. noster Cance. *in* 3. *part. varia, reſol. cap.*17. *de ſentent. & ear. execu. n.*242.

Ad similitudinem † eius quod dicimus de restitu- 19
tione in integrum petita aduersus sententiam ad impediendam illius executionem, quæ siue dubio est concedenda, si non constat illam malitiose fuisse petitam, prout fuse docet nouissime Vincen. Caroc. *de remed. contra præiud. ſenten. excep.*48. signanter *num.*57. qui sufficit pro multis, cum alios cumulet abundanter, quod intrepide *obſeruari* in Senatu, docet egregius †† olim Senator Micha. Ferre. *in* 3. *p. obſeruan. cap.*479. & ego millies vidi practicatum. Tollitur autem † præ- 20
sumptio malitiæ, quando datur de bono fumo instituæ, & seu docetur de aliquo bono iure, licet non plene probetur, sed qualiter qualiter, plena enim boni iuris probatio referuatur in ipso restitutionis in integrum iudicio faciendæ, vt enim ea admittatur, sufficit fumus, & sufficit præsumptio, & si hæc non adsint, denegatur restitutio, Odd. *de reſtitu. in integr. quæſt.*43. *art.*1. *num.*20. Mascard. *de probatio. concl.*1274. *num.*16. Veral. *deciſ.*94. *par.*2. bene Giurb. *dec. Sicil.*18. *n.*13. *verſ. reſpondeo ſecundò*, doctus additionator ad Rot. Roman. Ludouis. *dec.*459. *n.*1. Cæs. Barzi. *deciſ.*107. pleuc Caroc. *in tract. de remed. contra ſent. præiu. excep.*48. *n.*22. *cum ſequen. & num.*46. atque ita apud nos *obſeruatur* †† sine difficultate, vt dicemus latiùs infra in alia particulari decisione de hoc facta,

Quarta tandem † opinio distinguit inter actorem, 21
& reum, vt si minor sit reus, nulla egeat probatione læsionis, secus si sit actor, de qua opinione late per allegatos per Anton. Gabr. *de minor. concl.*1. *n.*2. fusiùs per Giurb. *dec. Sicil.*18. *n.*13. & per Ioan. Garci. *de nobilit. glo.*6. *§.*1. *n.*52. *verſ. tertia opinio*, Gregor. Lop. qui dicit æquam opinionem, *in l. glo* 3. *tit.*25. *part.*3.

Ex his opinionibus, † prout ex Doctoribus citatis 22
apparet, quæ communiter recipitur sine dubio est quæ requirit probationem læsionis, siue illud sit per exactas probationes, siue per semiplenas, & præsumptiones, in quo non motor, cum non sit mei instituti: verū est, quòd video inclinari maiorē partem in id quod est sufficere constare de præsumptione læsionis, & seu de fumo illius absque exacta probatione, quod mihi placeret, vbi in opinione requirente probationē læsionis conuenirem, Sed Senatui† nostro contrario opinio 25
negatiua fine dubio *placet*, quòd nulla requiratur probatio læsionis, siue plena, siue semiplena, sed quòd admittatur minor cum sola allegatione læsionis, siue ad probandum, ††

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

probandum,siue ad appellandũ,siue ad prosequendum appellationem tam interpositã,aut ad quid simile, atq; ita apud nos intrepide obseruatur , nec vidi vnquam fieri difficultatem,licèt mille casus viderim, in quibus
24 restitutio ad supradicta fuit concessa.Plenus † est noster Senatus benignitate , semper lapsis porrigit manum, signanter circa probationes, quas semper fouet, & adiuuat, ne earum defectu ius partis pereat, Surd. *dec.43.n.5.& dec.277.n.9.vsque ad 12.* Gratia.*disceptat.forens.591.n.11.*

25 Nec est noster † Senatus solus,qui hanc praxim sequitur, & obseruat , idem enim obseruari in Camera Imperiali,in Senatu Neapoli.in Senatu Tolosa.& denique tam in superioribus,quàm inferioribus tribunalibus,habes ex Doctoribus,quos lata manu refert Ceual. in *commun. contra commun q.*836. *n.7. & 8.lib.3.* qui postèa *n.22.* dicit,tam de iure communi,quàm regio,hanc opinionem esse veriorem,& communiorem,& tenendam, in iudicando, & consulendo, & ita apud omnes obseruari,idem etiam attestatur Ioseph.Ludou.*commun. conel.49. in fin.*de prouincia Marchiæ Ancon.de prouin.Vmbriæ,de Rot.Lucen.de Rot.Florent.& de Rota Senen.& aliis locis.

26 Et licèt Stepha.Gratia.*dec.prouin.Marchiæ 196. n.* 16. contra Ludouicum agens,dicat non esse tutum, propter dictam attestationem obseruantiæ,à contraria communi opinione recedere , & quantumuis etiam March.Anton.de Amat.*dec.March.77.n.5.* attestetur, quòd licet ista obseruantia,de qua fidem faciebat Ludouic. plurimum apud eum vrgeat , ausus tamen non fuit tenere pro ea,quia (inquit)dutum videbatur recedere à communi opinione propter dictam obseruantiam non allegatam in processu:pro Ludouico tamen respondet nouissime Vincen. Cato in *tract.de remed. contra preiud. senten. except.48.n.49.*dicens illum non meruisse reprehendi, quia ipsemet Ludoui præsupponit, & allegat communem , & tamen obseruantia est in contrarium,sed vt videas quanti facienda sit ea obseruantia,aduertes quòd ea effecta est iã cõmunis multorum superiorum tribunalium,vltrà enim memoratos Senatus,de Pinciano,quòd hanc etiam praxim obseruet,testatur Ioan. Garci- Galle.in *tract.de nobilit.glo. 6.§.1.n.12.vers.in hac varietate,* & quod ea opinio de iure communi habeat iura , & Auctores plures maximæ auctoritatis,postea addit *n.52.*quotidiè obseruari, & plus millies concessam sibi fuisse hanc restitutionem , sine vlla Bart. & Iason. contrarium tenentium consideratione:de eadem praxi vigente in regno Franciæ,fidem facit Rebuf.*tom.2.ad ll.Galli.tit.de restitut. artic.1.glo.3.n.18.*ex quibus Doctoribus,& ex Azeue. in *l.1.à n.51.tit.18.lib.2.recopilar.*qui in regno Castellæ causas ducebat,& ex Octauia.Velttio,qui praxim Romanæ curiæ scribebat, *tit.8.cap.3.n.7.*dicit Blas. Flor. Diaz de Mena *variar.quæst.lib.1. quæst.5.§.1.n.8.* hanc esse veram , & communem opinionem, quæ in praxi (inquit)quotidiè admittitur,eandem etiam opinionem seruari in regno Neapolitano testatur Anton. Capict. *decis.109.n.7.* Iam igitur non est in ea,cum Gratia. & Amat.trepidandum,postquàm tot suprema tribunalia cum ea pertranseunt : Et quod habet melius hæc opinio, & obseruantia est, quòd ei opitulantur nonnullæ iuris canonici dispositiones, & signanter text.in *c. auditis,de in integr.restit.ad finem,*vbi,*necessariam,vt asseris probationem omisit,* quo loco Summus Pontifex ad solam procuratoris allectionem , absque alia læsionis probatione , restitutionem aduersus omissam probationem concessit,& nexus etiam est pro hac opinione in *c.suscitata,eod tit.*vbi similiter ad solam procuratoris assertionem fuit nouus terminus probatorius concessus,quæ iura cum aliis ad propositum adducit Cald. Pereyr.in *elucidar.Iuratorem,verb.vel.aduersary dolo,n.19. C.de in integr.restit.*

Solùm voluisse,† quòd qui praxim hanc sequitur, rationem aliquam concludentem adduxisse,sicut introductionis illius , nam quæ communiter circumfertur,quòd eo ipso quòd permittit labi tempora, & negligens fuit in probando dicitur læsus , non satisfacit plenè ex his, quæ in superioribus dicta sunt , quia poterat non habere testes , & sic poterat eius non interesse, ob idque non videtur posse dici quòd eo ipso quòd non probauit,fuit læsus. Sed non dubito, quòd non defuit ratio,qua mouerentur ij,qui hanc praxim à principio introduxerunt. 27

Sanè , melior † mihi ratio de mundo videtur esse, 28
quòd contraria sententia est impractikabilis omninò: quid enim est hoc,quòd prius quàm concedatur restitutio ad probandum,& ad videndum an debebat concedi, examinentur fidem illi testes, qui concessa restitutionè iurati ad merita interrogandi, ita vt si bene dicunt ad fauorem minoris , colligamus indè eum habuisse testes,quos expediebat illi ministrare,& ex consequenti lætum illum fuisse non producendo illos , & ob id concedatur restitutio , & ea mediante fiat locus vlteriori examini eorumdem testium? Nonne id est 29
magnos circuitus quærere , cum tamen † sint euitandi quantum fieri potest, *l.dominus testamento, de cond. indeb.l.cum fundus,§.verumm ff.si cert.petat.* Surd. *decis.* 264.*n.*18.*lib.*2. Certe, postquàm non possumus,etiam iuxta contrariam opinionem , euitare testium minoris examinationem , melius est quod statim medio restitutionis in integrum beneficio,quod imploratur,concedatur, sicut conceditur secundum nostram praxim, & obseruantiam,posse semel examinare testes ad merita , & habere de eis postèa rationem in diffinitiua, quo modo abreuiatur lis,quod † semper Iudex debet 30
procurare,*l.properandum, C.de iudic.cogp.finem litibus, de dolo,& contumac.*non enim occupabitur Iudex in illo examine,quod secundum priorem opinionem præcedere debet concessionem restitutionis, si testes fundant intentionem: minoris , vel non : atque ideò iustè hæc nostra praxis dicetur introducta.

ARGVMENTVM.

Restitutio in integrum ad probandum , an concedatur post didiscita testificata , & quomodo.

SVMMARIVM.

1 *Minor restituitur ad probandum post didiscita testificata.*
2 *Subornatio non præsumitur in minoribus, & eorum curatoribus circa testes ministrandos.*
3 *Minor in Senatu restituitur didiscitis testificatis.*
4 *Minores apud plures non probant , nisi didiscitis testificatis partis alterius.*
5 *Quoad tamen non est consulendum.*
6 *Minor in Senatu Sebusiano non probat post didiscita testificata.*
7 *Ecclesia gaudet beneficio minori,& æquè restituitur ad probandum didiscitis testificatis.*
8 *Subornatio in clericis agentibus nomine Ecclesiæ non præsumitur.*
9 *Respublica gaudet etiam iure minoris,& restituitur eodem modo.*
10 *Sine magna respublica sit , sine parua , de stylo Senatus.*
11 *Publicatio testium, si non sunt didicita testificata, non impedit testium examinationem , & productionem, & num.13.*

12 *Testes*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

12 *Testes in Senatu non recipiuntur post publicationē, quia publicatio non fit nisi elapsis terminis probatorijs, quo tempore iam non est licitum probare.*

13 *Publicatio sola testium non impedit productionem testium, & probationes per eos factendas.*

14 *Subornationis timor non intrat vbi non sunt didicita testificata.*

15 *Testes cessante timore subornationis semper possunt produci, intra tempus tamen.*

16 *Testes non producuntur amplius cum sunt didicita testificata, etiam si non sint publicati.*

17 *Obseruantia Senatus de admittendis testibus post publicationem, si non fuerunt didicita testificata.*

18 *Ratio huius resolutionis quare testes admittantur in dicto casu post publicationem.*

19 *Testes admittuntur post publicationem in multis tribunalibus, dum non sint didicita testificata.*

20 *Testes post publicationem non admittuntur ad instantiam eius, qui publicationem instauit.*

21 *Probationibus renuntiare censetur qui petit publicationem testium.*

22 *Publicationi testium ex eo quòd non contradicat pars, non censetur sibi præiudicare in productione testium.*

23 *Testificata didicisse quando quis dicatur, remissiue.*

24 *Testificata dicuntur didicita quando aduocatus vidit, quia scilicet ei fuit communicatus processus, atque ita practicatur in Senatu.*

25 *Testificata non esse didicita ad probandum, an sufficiat iuramentum, quamuis fuerit communicatus processus.*

26 *Restitutio concessa minori post didicita testificata, an prosit maiori cum illo litiganti.*

27 *Senatus opinio in hac re.*

28 *Testes quando sunt nulliter recepti, admittit Senatus partem ad iterum probandum quamuis didicerit testificata.*

Decisio CII.

1 HAnc quæstionem, † si minor restituitur post didicita testificata non proposuissem, nisi expertus essem, à multis ex nostris in dies opponi minoribus petentibus hanc restitutionem, de didicitis testificatis propter timorem subornationis, non distinguendo circa eam inter maiores, quod ne iterum contingat dico, resolutionem esse certam, & indubitatam, quòd minor restituitur ad probandum post didicita testificata, sicut antea, quia in eo † propter suam imbecillitatem ingenij, & intellectus, & in eius tutoribus, & curatoribus, quia de eorum commodo tunc agitur, cessat omnis doli, & subornationis præsumptio, quod sic late probat Odd. de *restit. in integr par. 2. q. 65. art. 11.* vbi vix aliud requiratur, & signanter *n. 51. in vers. sed contra*, vbi de communi, & practicata opinione, Anton. Gabr. de *testib. concl. 21. n. 46.* Pereyr. in *l. si curatorem habens, verb. vel aduersarij dolo, n 20. in vers. nec obstat in contrarium adducta.* vbi loquitur in isto nostro casu, cum nullos minor ante publicationem produxit testes, idem Pereyr. *ibid. n. 23.* infinitos allegat Farina, de *testib. q. 75. n 444.* idem practicari in Senatu Neapoli testatur Affict. *decis. 210. n. 2.* Giurb. *decis. 1. n. 3. & 5.* nouissime Vincen Carocci, in *tract. de excepti. excep. 49. n. 135.*

1 In nostro † Senatu hæc opinio *seruatur* inconcus-
†† se, & intrepide, ac sine vlla difficultate ad quod si vellem exemplaria adducere, possem infinita, in re tam clara satis est de stylo, & obseruantia Senatus attestari, qui stylus † est tam ordinarius, & pro tam indubitato apud nos habetur, vt inoleuerit iam praxis apud plures ex eis, qui causas minorum defendunt, cum reipli minores sunt, non curare de articulando, vel probando in termino, expectando videre probationes, quæ factæ fuerint per aduersantes, vt eis visis deliberare melius possint quid illis expediat probare, quòd tamen † Pereyr. in *citat. verb. vel aduersarij dolo, n 21. 7 vers. secundo primo sententia*, astruitur, & machinationem minoris appellat, & ego id non consulerem si malo animo fieret, licut fiunt non pauca in iudicijs, de quibus rigida à nobis ratio exigetur.

Nec apud † nos fuit vnquam obseruatum, quod 6 Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 4. tit. 15. de testib. defin. 17.* dicit obseruari in Senatu Sebusian. quòd neque minoribus detur restitutio ad probandum post didicita testificata, ea ratione, quia eorum, sicut aliorum omnium, lites per procuratores, & aduocatos tractantur, quorum scientia æquè, ac ipsius litigatoris, meritò suspecta esse debet. Non (inquam) apud nos quod Fab. tradit, obseruatur; Quia nunquam alij pro minore subornabunt testes, nec talis est præsumptio, sicut est pro maiore, qui est ipsamet persona interessata. Et ideò diuersum ius inter maiores, & minores constituendum.

Ampliantur † quæ dicta sunt hucusque de minori- 7 bus, vt procedant etiam in Ecclesia, quia non est dubium quin ea gaudeat beneficio minoris, & restitutio ei sicut minori concedatur, *cap. 1. de integr. restitu. in decretal. & cap. 1. eod. tit. in 6.* & ibi omnes, & in indiuiduo, quod sicut minori comperit restituio ad probandum post didicita, idem etiam concedatur Ecclesiæ, tenet Afflict. *dec. 216. n. 2.* & Osasc. *dec 56. n. 3.* Anton. Gabr. in *commun. opin. tit. de testibus, lib. 3. concl. 21. n. 47.* Meno. de *arbit. q. 54. n. 11.* & plene Odd. de *restit. in integr. par. 2. q. 65. art. 11. n. 57.* quos citat Farina, de *test b. q. 75. n. 465.* Ratio, † quia non est præsumenda 8 subornatio in clericis propter eorum religionem, quæ fuit ratio introducendi, ne post didicita testificata ministrantur testes, & etiam quia non est iustum, quòd culpa Prælati in non probando suo tempore, noceat Ecclesiæ, quæ est melior ratio, quàm superior, quia secundum eam etiam clerico cuica patrimonialia essent danda restitutio, quod non est ita. Hæc ampliatio est indubitata, nunquam circa eam vidi ficri difficultatem, sed eam *seruari* incepcusse in Senatu. ††

Ampliantur † etiam in Republica, quæ cum gau- 9
deat iridemptura minoris, ex glo. & Docto. in *l. Respublicæ, ex quib. caus. n. 40.* ad quod probandum plura allegat Franc. Cal. Pereyr. in *l. si curatorem, C. de restit. in integr. in prin. n 12. & in verb. minoribus, n. 61.* Gab. in *commun opin. tit. de testib. concl. 21. n. 47.* Odd. de *restit. in integr par. 2. q. 65. art. 11. n. 58. & 59.* ac Farinā, etiam de *testib. q. 75. n. 470.* Qua in re † licet aliqui faciant 10 differentiam inter magnas, & paruas Respublicas, & vniuersitates, in Senatu tamen nunquam de meo tempore vidi aliquam fieri, sed inconcusse omnes vniuersitates *admitti* ad beneficium restitutionis. ††

Notanter † dixi, *post didicita, testificata*, non post 11 publicationem testium, licet plures materiam confundentes promiscuè de vno casu, atque de alio loquantur, nam secundum veriorem, & practicatam opinionem, si aliud non obstat, sola publicatio testium non impedit aliorum receptionem & examinationem, atque ita in hoc, quod est recipi facere testes post publicationem, non habet minor opus restitutione, sine ea enim, & maior quilibet (si aliud non obstat) potest cos recipi facere.

Dixi, † *si aliud non obstat quin recipi possint testes* 12 *post publicationem*, obstat autem fere semper in Cathalonia, & in Senatu, cum hic non fiat publicatio in causis ordinarijs formiter, sed lapsis den tum temporibus probatorijs per constitutiones statutis habentur testes pro publicatis ipsa constitutione, vt dispo. nit *const. final. tit. de dilationi*, atque ita in Cathalonia, &

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

& in Senatu semper obstat aliud præter publicationem, ne recipiantur testes, quia scilicet sint lapsi termini. Et in isto casu intrant bene privilegia minorum, Ecclesiarum, & Vniuersitatum, vt per testitutionem admittantur ad probandum, nec intrat dubitatio, si ad probandum post publicationem est necessaria testitutio, quia licet non esset necessaria ob publicationem (quod mox disputabimus) est necessaria ob lapsum temporis.

13 Cæterùm † in aliquibus tribunalibus proceditur per dilationes, veluti in verbal-bus suæ Excellentiæ, & Reuerendi Cancellarij, ac nobilis Regentis Cancellariam, & in cuiis Bironum: in his cadit benè dubitatio, si publicatio impedit aliorum testium productionem, quamuis non sint didiscita testificata prætextu nouæ dilationis concedendæ per iudicem, cum non essent omnes elapsæ, an verò sit necessaria testitutio, quando qui omisit probare antèà, est minor, vel alius qui iure minoris gaudet.

Sanè, licèt plures ex Doctoribus, qui de hac re agunt, materiam confundant, vera resolutio est, quòd sola publicatio, si non sint didiscita testificata per suos testes, vel per testes partis aduersæ, non impedit vlteriorem testium productionem, & hæc est communis opinio. Surd. *decis.153. n.2.* Gratia. *discep. foren. 158. n.20.* ad quod tot, tantaque adducit Farina. *de testib. q. 75. ex n.324.* vt superfluum videatur aliquid addere, quia tamen res est, quæ quotidiè succedit in praxi, ideò aliqua addemus pro eius maiori intelligentia, & cognitione.

14 Ratio huius † communis opinionis est, quia vbi pars non didicit testificata, non subest timor subornationis, qui est in causa, quòd non admittantur alij testes, iuxta tex. *in cap. fraternitatis, & cap. intimauit, de testibus, auth. atqui semel, C. de probat.* vt dicit glo. *fin. in*
15 *cap. constitutus 2. extra de testib.* cessante † autem timore subornationis, non potest prohiberi pars testes producere quotiescunque voluerit, si simus intra tempus, ita pulchre Surd *consi. 76. n. .vol. 1.* plenè Farina. *de testibus in cita. q. 75. n. 69.* vnde quantumuis testes sint publicati, si eos non didicisset pars, non nocebit nocebit publicatio, cum ratio prohibitionis non stet in publicatione, sed in notitia attestationum, vt euitetur occasio subornandi.

16 Id quod † est adeò verum, vt licet publicatio non sit facta, si pars didicit dicta testium, non admittitur ad vlteriùs probandum, vt in *auth. atqui semel, C. de proba.* vbi ad impediendum examen considerantur testificata didiscita, & de publicatione verbum nullum, vt aduertit ibi glos. verbo *produitur*, & probat late Farina. *d.q. 75. n. 88.*

17 Atque ita † intrepidè in Cathalonia *obseruatur*, & †† in istis tribunalibus verbalium Excellentissimi Locumtenentis, & Cancellarij, & Regentis Regiam Cancellariam, in quibus proceditur per dilationes, & fit publicatio testium in forma: si enim non sunt concessæ omnes dilationes, & vna pars nihilominus fecit publicari testes; si non sint didiscita testificata, admittitur iterum pars, quæ non instauit publicationem ad probandum iure ordinario, sine restitutione in integrũ.

18 Et habet † hæc opinio magnam æquitatem, reperiuntur enim multoties quidam tam soliciti litigatores, qui in vna modica dilatione minisirant omnes suos testes, & statim petunt publicationem eorum, & vix pars altera aduertit quid agitur, quandò iam notificatur ei publicatio; iustum est, quòd cum ius partis non sit factum deterius admittatur aduersa nihilominus ad probandum, quidquid dicat Farina. & qui ab eo citantur, *in sæpè cita. p. 75. ex n. 20.* cum intelligantur vbi vltra publicationem, fuerunt didiscita etiam testificata, vt percipitur ex verbis eiusdem Farina.

n. 85. in quo cum ipso conueniobenter. Et non † in 19
nostris tribunalibus solùm id quod diximus, ex sola publicatione, nisi sint didiscita testificata, non impedici vlteriorem testium examinationem obseruatur, sed etiam in Camera Imperiali, vt Auctor est Andr. Gayl. *observa. 1054. n. 2. vers. primo fallit iunct. n. 3. lib. 2.* & in Curia Roma. vt est in nouissimis *par. 3. lib. 2. dec. 136.*

Dixi † *si non instauit publicationem.* nam si pars 20
quæ vlteriùs vult examinare testes, instasset eam, vel ei aliàs consensisset; tali casu non admitteretur via ordinaria ad probandum, quia publicatio excludit probationes in istis casibus, cum inde † inducatur renun- 21
ciatio probationum, provt habes apud Surd. *in cons 8. ex n. 20. lib. 1. ac in cons. 176. per tot. libr. 2.* & apud Farina. *quæst. 75. n. 325.* Stepha. Gratia *discep. foren. 158 n. 20.* Et propter hoc vidi plures contradictum vltetiori probationi faciendæ.

An autem † idem sit non contradicere publicatio- 22
ni, vel consentire ei, ne possit quis vlteriùs probare, tractat Farina. *vbi supra*, & resolutè quod non, atque †† ita apud nos *præticatur* intrepide etiam.

Hic locus † requirere videbatur vt tractaremus, 23
quibus modis dicatur pars didicisse testificata, vt prohibeatur iterum probare, sed quia ego librum de hac materia non facio, satis erit indicare loca, vbi hæc benè enodata, & explicata reperientur, singulariter in hoc processit Surd. *in sæpè cita. cons. 176. ver tot. & etiam decis. 153.* ac Farina. *in sæpius etiam allega. q. 75. de testi. ex n. 34. cum multis seqq Rota Ludouis. dec. 583.*

In Cathalonia, † & in Regio Senatu pro didiscitis 24
habentur testificata, quando ea vidit aduocatus, quia scilicet ijli fuit communicatus processus cum depositionibus testium, quamuis non probetur, quòd pars viderit, atque ita *obseruamus* intrepide, huc enim est mo- ††
dus ordinarius probandi apud nos, didicisse esse testificata, vt pars probibeatur vlteriorem facere probationem, quod habet fundamentum in *§. quia verò, in vers. verò*, ibi: [Si verò deducens quidem testes, editionem nondùm acceperit, neque prælegerit testationes, neque ipse, neque aliquis aduocatorum eius.] & rursus ibi: [Neque percunctatus est testationes, neque ipse, neque aliquis aduocatorum eius, aut omninò pro eo agens, &c. in authen. de testibus & in auth. at qui semel, C. de proba.] vbi similia verba referuntur ibi, [Neque subtraxerit, neque percontatus est ipse testificationes, vel aliquis aduocatorum eius, vel alius pro eo agens.] quæ etiam loca ad propositum refert Farina. in *cita. p. 75. n. 49* Surd *dec. 153. n. 4.* & Anton. Fab. *defin. 17. n 4. in suo Cod. lib. 4. tit. 15. de testib.* Circa † quæ vide si parti pro- 25
desset iurare, quòd quamuis aduocatus habuerit communicationem, nihilominus ipsa nihil sciuit de dictis testium, & sic cessare videtur timor subornationis, & si videbitur, offeret id iurare: purgari enim per iuramentum quamcumque præsumptionem, quæ esset contra partem, attestatur Surd. in *dec. 53. n. 19.* licèt id neget in *cons. 176. n. 9.*

Sed an aduersario † ipsius minoris cum eo litiganti 26
concedatur etiam in isto casu vti beneficio minoris ad producendum, ponamus alios testes, vsque ad eum numerum, quem lex permittit, si pauciores produxit; sunt opiniones, aliis enim visum est non debere concedi maiori, quòd probet, ob timorem subornationis, vt patet ex Pereyr. qui eam opinionem tenet, in *l. si curatorem habens, verb. vel aduersarij dolo, ex numero 22.* Alij verò censent e contra, eo quòd dilatio debet esse communis nec inæqualitas in iudiciis est admittenda, vt visum est Mauri. Do'a. de *restit. in integra cap. 168. per tot.* apud quos videas cum casus contingat. Ego 27
non † vidi, quid Senatus in hoc casu declarauerit, sed non dubito quòd placeret ei opinio Maur. nec apud eum esset alicuius considerationis prætensus subornationis

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

subornationis timor, in dubio enim semper inclinat pro probationibus, ne ex eorum defectu ius partis pereat, & est argumentum satis sufficiens, quòd Senatus inclinat in hanc opinionem, stylus quem sequitur in concessione dilationis, quæ peritur per minorem medio restitutionis in integrum beneficio, semper enim ex officio dicit, quæ sit alteri parti communis, non curando si alias probauit, vel non, bonum esset quòd videns maior quòd minor non probat, contentetur minori numero testium, quàm potest producere, & quòd possea cum minor per restitutionem ministrat maiorem testium numerum, non posset quod ei deerat suppiere? Probasset minor suo tempore, nec sic decepisset maiorem & in terminis, quòd istud beneficium sit commune maiori litiganti cum minore, etiam ad effectum probandi post didicita testificata per alios testes, sicut potest minor absque alia discussione, tenet Vrsil. ad Afflict. *dec.* 89. *n.* 1. vbi dicit, quòd ita vidit semper observari, Muscatel. in *prax. iudic. par.* 6. *gl. communis, num.* 5. qui plures allegat, & Aloy. de Leo ad *l.* 1. *C. si sapius restit. in integr. post. n.* 5. In casu † sequè, aut forsan magis dubitabili, vidi Senatui *placuisse*, quòd is, qui testes nulliter examinauerat, admitteretur etiam post eorum testificata didicita, nedùm ad testium receptorum recensionem, sed etiam aliorum examinationem, nihil faciendo prætensum subornationis timorem, prout tradidi in *l. de pact. nupt. elau. 4. gl.* 18. *par.* 4. *n.* 114. iustum est, quòd in isto casu, in quo partes debent esse æquales, ad idem admittatur maior deposito quandoque timore.

28

ARGVMENTVM.

Minor, an beneficio restitutionis in integrum possit iterùm probare, quandò videt non satis probasse per priores testes suam intentionem.

SVMMARIVM.

1 *Minor potest iterùm probare post terminum, medio restitutionis in integrum beneficio, quamuis probauerit in termino, si videat se non plenè probasse.*

2 *Debet tamen priùs probare se alios testes habuisse meliores, secundùm aliquos, & quomodo.*

3 *Testes in summario, non probant in plenario, nisi denuò examinentur.*

4 *Minor, si nullos produxit testes, admittitur ad probandum medio restitutionis in integrum beneficio sine probatione lesionis, secus si alias probauerat.*

5 *Minor si produxit aliquos testes, postea non admittitur per restitutionem ad ulteriùs probandum, secundum aliquos, & ibi redditur ratio.*

6 *Hanc opinionem, approbauit quandoque Senatus.*

7 *Minor, qui sufficientem, & ab statuto præfixum numerum testium ministrauit, non potest ulteriùs probare, secus si omnes non ministrauit.*

8 *Minor per restitutionem ministrat testes, qui desiuit ad numerum taxatum.*

9 *Decisio Senatus.*

10 *Testes in Cathalonia non possunt produci vltrà decem in vnoquoque articulo.*

11 *Minor in Senatu semper admittitur per restitutionem ministrare testes, quos omisit vsque ad numerum permissum.*

12 *Respondetur aliis opinionibus in hac materia, de quibus in præcedentibus.*

13 *Minor semper per restitutionem admittitur post tempus ad faciendum id, quod potuit in tempore, & iure ordinario, & non fecit.*

Et è contra, nunquam admittitur iure extraordinario ad faciendum id, quod non potuit iure ordinario, ibidem.

Minor non restituitur ad appellandum vbi non datur alias appellatio, ibid.

14 *Minor succedens maiori post lapsa tempora non restituitur ad probandum.*

15 *Priuilegiati comprehenduntur in statuto generali, si in eo non sunt priuilegiati.*

16 *Minores comprehenduntur sub statuto generali vbi non sunt in specie priuilegiati.*

17 *Restitutio tantum dat, quantum læso ablatum, non plus.*

18 *Restitutione ad probandum in causis supplicationum contrario imperio post lapsum tempus solum datur illi decem dies, qui in eis concessuntur ad probandum iure ordinario, & talis est praxis Senatus.*

DECISIO CIII.

1 CONsequutiua † est hæc quæstio præcedentem, an minor beneficio restitutionis in integrum possit iterùm probare quandò iam testes ministrauit in termino, si videt per eos non fuisse probatam intentionem, quam latè examinat Cald. Perey. in *l. si curatorem habens, verbo, aduersary dolo, ex num* 20. *C. de in integ. resti. min.* multa adducens pro vtraque parte, concludens tandem pro affirmatiua, siue plures, siue paucos testes minor produxerit, cum hoc † tamen temperamento, quòd probet minor anteà se habuisse multos alios meliores testes, quàm essent quos produxerit, quæ probatio sufficiet (inquit) summaria hoc modo, si testes de nouo producendi à Iudice examinati responderint se ita, & sub hac forma, & modo respondisse si producti à minore fuissent, vnde colligere Iudex poterit, an minori expedierit illos testes produxisse, & consequenter restituendum fore tanquàm ex hoc læsum, ad nouam testium productionem, qui testes posteà (inquit is Auctor) in hoc summario restitutionis iudicio examinati, iterùm in causa principali, parte citata, examinandi erunt, quia † eorù dicta, & testimonia in eo incidenti, fidem in plenario iudicio non faciunt, nisi denuò plenariè, & exactè examinentur: hæc Perey. ad quæ multos adducit videndos, quod idem etiam anteà docuerat *n.* 19. *vers. cæterum*, in quam sententiam adducat Din. Felin. Bal Saly. Capell. Tholo. Roram antiquam, Afflict., Mauri. Anr. Gomez, & Mencha. qui vltimus dicit hanc esse veram, & communem sententiam, *conr. over. v. subsequen. lib.* 2. *cap.* 31. vbi præ aliis latè quæstionem disputat, latissimè Oddus qui communem dicit, *de resti. in integ. par.* 2. *quæst.* 65. *n.* 51. *vers. sed contra est, in fine n.* 68. *cum aliis seq.* vbi alios plures Doctores in idem citat, Farina, *de testibus, q.* 75. *n.* 444. ibi, & loquitur non solùm in casu, in quo minor nullos produxit testes, sed etiam si aliquos produxit, &c.] Rota Romana apud Puteum *dec.* 193. *lib.* 2. Castil. *dec.* 5. *n.* 19. *lib.* 1. qui † tamen faciunt distinctionem, quòd si nihil pars probauit, absque aliqua læsionis probatione concedatur restitutio ad probandum, secus verò si aliquos testes ministrauit.

2

Sed † diuersam opinionem tenent ijdem Din. Paul. de Castil. & Faber & alij relati signanter per Perey. & Mencha. *in locis citatis*, alios adducit Oddus *vbi supra in vers. tertio quia ita*, cuius opinionis præcipua ratio est, quia in hac specie cessare videtur omnino lesio, quia constat minorem produxisse testes, idque eg ille, quod diligentissimus quisque paterfamilias feciſſet, quòd ſi contigerit eos non dicere

3

4

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

dicere quod vellet minor, & requireret eius causam, non præbet id iustam causam alios producendi, quia potest esse, atque ita est credendum, ita successisse, quia veritas in eo consistebat, quod testes deponunt, nec aliud probari poterat, vnde quamuis postea aliud allegetur, non tenebitur iudex adhibere fidem, ad vitandum plura inconuenientia, quæ tam circa subornationem,
6 quàm aliàs possent succedere. Atque † ita vidi ad quandò Senatum *Sanctissæ* referente egregio Senatore Hieronymo Astor 21. *Iunij* 1600. in causa Syndici oppidi Cardone contra Syndicum Vicinatus Cardonæ, actua. Carmona, vbi fuit denegata restitutio ex quo erant ministrati testes, & eorum testificata didiscita per Vniuersitatem, quæ petebat restitutionem.

7 Tertia opinio † distinguit inter minorem, qui sufficientem numerum testium ministrauit, & eum qui vel nullum testem produxit, vel non idoneum numerum, cum potuerit. Primo casu, deneganda est restitutio, ea ratione, quia nihil plus posset diligens patersamilias, *argu. l. non videtur, & l. fin. C. de in integr. resti. minor.* Secundo verò casu est concedenda, quia tunc læsio est patens, cum omiserit minor probare, vel in totum, vel in parte Alex. *in l. 1. §. nunciatio, ver. 12. de nou. oper. nunt.* Innocen. *in cap. auditis, de in integ. resti.*

8 Secundùm † quam opinionem vbi concessum est partibus posse vsque ad certum numerum testes ministrare, sicuti in multis Prouinciis, vbi taxatus est numerus, vt pareatur laboribus, & impensis, de quibus late per Menoch. *de arbi. iudi. cas. 249.* si pauciores minor produxerit, & voluerit dein le alios vsque ad numerum competentem ministrare, audiendus erit. Hanc
9 † sententiam *sequutus* fuit Senatus prouisione facta referente eodem egregio Senatore Hieronymo Astor, 8. *Octobris*, 1609. in causa Vniuersitatis Villæ, & Castri Asinotum, contra Monasterium Scalæ Dei Ordinis Cartusien. Actuario Perez, concedendo restitutionem ei, qui minorem numerum testium ministrauerat, vt
10 posset producere, vsque ad numerum decem, qui † numerus in Cathalonia taxatur per *constit. final. tit. de testibus*, his verbis: [Et quamuis aliqui ex dictis articulis contineant eandem materiam, de qua fuit articulatum in prima instantia, & super quibus fuerunt testes recepti in prima instantia, & didicita testificata, quia tamen possunt per constitutiones Cathalonie recipi, & examinari super quolibet articulo decem testes, & Syndicus nomine Vniuersitatis (quæ gaudet iure minoris) petit se in integrum restitui, vt super dictis articulis continentibus eandem materiam, de qua iam articulauerat, possit ministrare testes vsque ad numerum decem testium cum ex hoc sit læsus, &c.] melior est ista declaratio, quàm illa alia, quam suprà ex eodem Relatore retulimus, in qua non vidi consideratum sicut hic, quòd octo tantum fuerant ministrati testes per vniuersitatem, vt comprobaui in processu illius causæ.

11 Ex his † opinionibus, hæc tertia videtur fecurior, quam diximus Senatum vltimò sequutum, nunc ad-
†† dimus *sequi* inconcusse: sunt enim plura alia exemplaria, & nuper in causa Syndici de Agramunt, contra dom Raphaelem de Biure, referente egregio Senatore Ludouico Besturs, obtinuit Syndicus aliam simillem prouisionem sicut est illa, quam diximus factam referente Astor, scribæ Agramunt, quæ fuit facta sequendo illud exemplar per eadem fere verba; nam dicta
12 † prima opinio habet illud inconueniens de examinandis primò testibus ad effectum videndi si sunt depositi pro minore melius, quàm alij, quod in decisionibus præcedentibus consideratimus, existimantes fere eam praxim esse impracticabilem. Secunda etiam opinio in suo rigore accepta, vt per quamcunque productionem testium, minor sic eo ipso primorus alia quacunque productione, non potest sustineri, qui si potuit producere decem, & non produxit nisi quinque, non se habuit vt diligens quilque pater familias, quod inibi consideratur, sed immò negligens valdè fuit, & ob id læsus dici debet, quod est fundamentum restitutionis. Ratio, † quæ priores opiniones destruit, 13
& hanc vltimam iustificat, potest esse, quòd minor, tædio restitutionis in integrum, & extraordinario beneficio, admittitur in hac materia semper ad faciendum id, quod potuit facere suo tempore iure ordinario, & non fecit, & e contra, non admittitur eius beneficij vigore ad faciendum id, quod nunquam ei licuit iure ordinario, quia in primo casu, est quòd consideremus læsionem, ex quo non fecit minor suo tempore quod potuit, in secundo verò non. cum nunquàm potuerit, provt verbis expreisis dicit Vincen. de Franc. *dec. 647. n. 2.* Mari. Giurb. *decis. 19. n. 1.* & 18. vbi quòd minori non datur restitutio ad appellandum, vbi alias non datur appellatio.

Exemplum † est in hac materia probationum, de- 14
mus litem aliquam ductam inter maiores vsque ad conclusionem in causa, postea que vnum ex eis decessisse, relicto successore aliquo minore, qui vult probare stante causa in eo statu, ad quod implorat beneficium restitutionis in integrum aduersus lapsum temporis ad probandum, quæritur an sit audiendus nec ne? Respondet Farinac. *in loco supra cita* quòd non, quia quandò minor successit, iam erant lapsa tempora, & sic nunquam iure ordinario licuit ei probare, & ius ergo est, quòd nec iure extraordinario ad probandum admittatur, super qua etiam specie idem resolutum scripsit Afflict. *decis. 212.* & ego etiam in 1. *de pact. nou. clau. 4 glo. 3. num. 59.* vbi *decisiones* perpulchræ nostri, & aliorum Senatuũ. In hoc casu cum minor non ministrauit omnes testes, quos potuit, nempe decem ex nostra constitutione, merito dici debet læsus, quia omisit facere quod iure ordinario poterat, & ex consequenti merito datur ei, & debet dari restitutio: cæterũ cum decem testes produxit, cum plures iure ordinario ministrare non potuerit obstante *constit. final. iam allega. sub tit. de testibus*, quam † indubitatam est com- 15
prehendere tam minores, quàm maiores, cum generaliter, & indistincte loquatur, statutum enim generale comprehendit etiam personas, & causas priuilegiatas, quæ in casu illius non reperuntur habere priuilegium per text. clarum in *l. in fr. eadem, § fin.* ibi, *quia generalis est ista determinatio ff. de milit. testamen.* Nat. *cons* 410. *num.* 20. Cæs. Barzi. qui late exornat *decis. 82. n. 5. & decis. 142. num. 17.* vbi † particulariter sequitur de mi- 16
noribus, quod comprehendantur etiam sub dispositione statuti generalis, quod apud nos in casu occurrenti non habet vllam difficultatem, sequitur quòd non potest allegare læsionem, & sic nec petere restitutionem, vt extraordinario beneficio admittatur ad faciendum id, quod nunquam potuit iure ordinario.

Eleganter † in proposito, ne detur ei, qui per- 17
missum numerum testium ministrauit restitutio ad alios producendum, ei autem, qui pauciores vsque ad numerum permissum tantùm, Nicol. Intrel. *decis. Sicil. 25. numero 6. & 7.* & Mat. Giurb. eiusdem etiam Regni *decis. 6. num. 12.* probantes, & auctoritate illius Senatus confirmantes, quòd si fiat conclusio in causa per dies aliquot ante lapsum instantiæ, si minor aduersus conclusionem venit beneficio restitutionis in integrum, ei soldm dabitur, & concedetur illud tempus, quod restabat, & seu ad tantundem, ea ratione clara, & manifesta, quia tantùm restitutio datur, quantum læsio abstulit, non plus, *l. fin. de minor. l. sed etsi per procuratorem, § si feria, ff. ex quib. caus. maior.* Lancel. Gallia, qui alia allegat, *cors. 37. num. 49.*

Ob quam † rationem obseruamus etiam, quòd 18

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

si quis in causis supplicationum contrarij imperij negligens fuerit in probando intra tempus constitutionis, quod est decem diecum, *const. 122. & 13. tit. de suppli. de senten.* & petierit restitutionem in integrum ad probandum, sicut potest ratione minoris ætatis, prout ego latè probaui ex nonnullis Senatus decisi. in 1. *de pact. nup. clau. 4. glo. 12. n. 98.* non dabitur ei maior dilatio, quam aliorum decem dierum, in quibus consistit læsio, ne plus restitutio tribuat, quàm læsio abstulit, atque ita Senatus intrepide *observat*, & nuper de mense Decembr. 1631. ad relationem egregij Senatoris Micha. Carreras, prouisum fuit in causa supplicationis inter Iacobum Falguera mercatorem huius ciuitatis, & suos assecuratores, Scriba Cortell, de qua causa, & eius meritis alias feci decisiones infrà.

ARGVMENTVM.

An admisso minore ad probandum, medio restitutionis in integrum beneficio post conclusum in causa, vt in præcedentibus decisionibus diximus, sit iterùm in causa concludendum, & iterùm (vt nos dicimus) processus denuntiandus.

SVMMARIVM.

1 *Minor non obstante conclusione in causa, admittitur ad probandum medio restitutionis in integrum beneficio.*
2 *Et in hoc casu est posteà facienda alia conclusio in causa, & alia processus denuntiatio, & quare.*
3 *Alia resoluto, resoluuntur etiam omnes illius effectus.*
4 *Decisiones Senatus pro hac opinione.*
5 *Nunc autem istud non obseruatur ad euitandum damna, & expensas, & inconuenientia, quæ indè partibus contingerent si noua conclusio foret facienda, si nouiter processus denuntiandus.*
6 *Conclusio in causa non videtur iterum facienda cum minor post eam probat medio restitutionis in integrum beneficio, quia id videntur prohibere constitutiones.*
7 *Causa quæ redit ad ordinarium ob recessum Regiæ Audientiæ, an habeat idem principium, quod in Regia Audientia.*
8 *Causa euocata ad Regiam Audientiam redeunt ad ordinarios recedente Regia Audientia à loco.*
9 *Euocationes causarum non permittuntur denuntiato processu.*
10 *Euocationes causarum permittuntur quamuis sit assignatum ad sententiam vbi processus non denuntiantur.*
11 *Constitutiones sunt strictæ iuris.*

Decisio CIV.

1 AD huius † quæstionis intelligentiam, & cognitionem, præsupponendum est conclusionem in causa non obesse minori, quominùs restitutionem aduersus omissas probationes petat, & impetretur, Speculum. *tit. de fide instrum. §. nunc videndum*, in prin. & Felin. in *cap. cum dilectus, num. 23. vers. 12. limita. de fide instrum.* Menoch. cum aliis, *de arbitr. iud. q. 35. num. 19.* plenè Odd. de *restit. in integr. q. 65 art. 12. num. 81.* notissimè Mar Giurb *decis. Sicil. 1. num. 5* Hoc præsupposito, intrat quæstio, si admisso minore ad probandum, aperitur taliter processus, qui erat iam conclusus, vt necessarium sit iterùm illum concludi posteà, vt ad diffinitiuam procedi valeat.

Quæstio est peregrina, & vix in tribunalibus, saltem apud nos, vnquam consideratæ, sed tamen † non a omissa à Doctoribus, qui necessariam aliam conclusionem volunt, dicendo, quòd per admissionem nouarum probationum post conclusionem causæ, dicta conclusio dissoluitur, & reuocatur, & pro dissoluta, & reuocata habetur, quam tacitam conclusionis reuocationem Doctores appellant, glo. in *l. fin. C. si sapius restit. postu.* Menoch. de *arbit. iud. q. 355. num. 35. & de præsump. lib. 2 præsum. 63. num. 4.* Az. in. in *prax. iudi. §. 23. cap. 6. limit. 21.* Mar. Giurb *decis. Sicil. 83. num. 2.* qui in propriis istis nostris terminis loquitur, quando post semel factam conclusionem, concedirur in nouis restitutio ad probandum, & alios pro more allegat in idem non paucos, atque ita obseruari in Rot. Roma. & in Senatu Neapol. habes apud Afflict. *decis. 115.* vbi ad id allegatur *decis. Rot. 5 de restit. in nou* vndè sequitur, quòd alia deinceps est conclusio facienda, vt possit deueniri ad diffinitiuam, quia † resoluto actu resoluuntur effe- 3 ctus eius omnes ab eo procedentes, perinde ac si nunquam fuisset conclusum, *l. 1. §. sine autem. & l. penul. ff. de condic. sine caus.* Graue. *cons. 202. n. 23* & 28. Motof. *cons. 22. n. 6.* cum aliis adductis per Giurb. *allega. dec. Sicil. 83. n. 2.*

Quod † placuit aliquando Senatui nostro, repeti 4 enim quòd ob id antiquitus *obseruabatur* vt si post †† conclusionem in causa, quam nos denunciationem processus appellamus, petebat minor restitutionem, & in vim illius probabat, habebatur denunciatio pro non facta, & iterum processus denuntiabatur, vidi de hoc in archiuo Regio factas concluftones nonnullas.

Sed de meo tempore, nedum non vidi id practicatum, sed nec prætensum per aliquem aduocatorum: aliquid de hoc mentio fuisse tractatum in certa causa vniuersitatum de Cataquès, & de Lensa, de qua ad aliud institutum dixi in 1. *de pact. nup. clau. 4. glo. 15. num. 86.* Sed non fuit pro hac opinione resolutio capta, nec aliquid prouisum. Et si miratus † rationem 5 quæsieris ab aliquo ex nostris, cur hæc, cum apud Doctores saepiùs citatos sint tam indubitata, non obseruantur similiter apud nos: non reperies vnum, qui rationem tibi huius rei reddat, vel vnum solum verbum de hoc dicat. Ego considerabam quod Ægid. de Bellame. *decis. 55. num. 2. & decis. 57. etiam num. 2.* dicit de istis reuocationibus conclusionum in causa factarum respectu damnorum, quæ indè partibus contingunt, si reuera habetur conclusio pro reuocata, & ad aliam conclusionem faciendam est procedendum, quia (inquit) per hoc lites plurimùm prorogantur, & negotia plerunque hac ratione multipliciter implicantur, quæ debet Iudex totis viribus euitare. Hoc supposito, iam non miraberis de obseruatione Senatus. Nihil enim ergo mirum si Senatus noster, cuius curæ, & oneri incumbit lites abbreuiare quantùm potest, omisso stylo antiquo, & ad vtrandum inutiles circuitus, non curat de alia conclusione in causa facienda per quam posset partibus non leue quandoque præiudicium fieri differendo plus debito causæ expeditionem: maximè † 6 quòd ego dubito ne in Curiis *anni 1585. cap 81.* quæ est *const. vltima. sub tit. de dilat. in volum. constitu.* ista obligatio iterùm denunciandi processum, & concludendi iterùm in causa, sit sublata: postquam enim dispositi, denuntiato processu non posse admitti supplicationes, aut scedulas, &c. & si forsan pei inaduertentiam admitterentur, non esse de illis rationem aliquam habendam, excipit casum restitutionis ad probandum per minorem postulandæ, volens, eo casu, dilationem duorum mensium concedendam, ex quo apparet quòd post denunciatum processum, quandò alius est omnis via præclusa ad quæcumque procedimenta,

minori

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

minori conceditur, vt suprà, restitutio absque aliqua alteratione, aut mutatione status causæ: rationi igitur congruit quòd nec nos dispositionem constitutionis alteremus, aut mutemus, sed simpliciter eam vt jacet intelligamus, quòd denunciato processu omnia maiorum procedimenta denegentur, minorum concedantur, & admittantur, denunciatione in suo robore permanente, vt insinuat dicta constitutio.

7 Adduxi † inter alios, suprà Mar. Giurb. *in decis.* 83. ad probandum, quòd si post concluſum in causa, & denunciatum processum, conceditur minori restitutio ad probandum, iterum est de iure communi in causa concludendum, & processus iterum denunciandus, qui optime intentum probat. Nunc addo, inibi tractati quæstionem, quæ potuit his miserabilibus annis in praxi facile contingere, cum mandato Regio Senatus mutauit suum antiquum domicilium ab vrbe Barcinonæ, ad ciuitatem Gerundæ, quid faciendum de causis, quæ inter ciues Barcinonæ, à Curia Regentis Vicariam Barcinonæ proprij Iudicis ciuium, reperiebantur euocatæ ad Regiam Audientiam, clatum † enim est, quòd recedente, provt recesserat, Regia Audientia ab vrbe, causæ huiusmodi debebant redire ad dictam Curiam *ex constitut. de enoca. causar.* Micha. Ferret *in 1. par. observan. cap.* 1. nisi de nouo vt causæ maiores tercentarum librarum euocarentur, & sic practicabamus tunc. Quærit igitur in isto casu Giurb. *in dicta dec.* 83. vtrum causæ huiusmodi habeant, & habere debeant coram ordinario eadem illa priuilegia quæ habuissent in Regia Audientia, si in ea tractatæ fuerint. De qua quæstione nihil ego dicendum hic putaui, quia iam non continget amplius, cum iam, Dei gratia, qui miserius fuit pauperum, Regia Audientia redierit ad suum locum, nec permittet viterius secundum suam misericordiam, ab eo recessuram. Sic credimus, & speramus in nostræ Reipublicæ bonum.

9 In eadem † hac materia denunciationis processus, est quòd tu, qui in Regia Audientia ducendi causas munus geris, attendas semper cum voluerit causam aliquam ad eam euocare, si processus est denunciatus, vel non, quia primo casu non est permissa euocatio, ex expressa *constitu.* 17. *tit. de enoca. caus.* & caue ne in hoc pecces, quia opposita postea per partem exceptione, luet tua per condemnationem expensarum pœnam, quia Curia noluit quòd huiusmodi causæ, quæ sunt in tam proxima expeditione, per has euocationes impediantur, atque ita *practicamus* inconcusse.

10 Dixi, si † prorsus est denunciatus, ad differentiam earum causarum, quæ in multis partibus Cathaloniæ, & signanter in terris Baronum non denunciantur, nec denunciari solent, nec concluditur formiter in causa, quia in eis, quantumvis processus sit iam instructus, & assignatum ad sententiam, & causa sit in proxima expeditione, & videatur militare eadem 11 ratio, nihilominus Senatus *admittit* euocationes, quia 11 constitutio † est stricti iuris, & tractatur de auferendo viduis, pupillis, & aliis miserabilibus personis, priuilegia eis concessa recurrendi ad Principem, quod est valde odiosum, sic resolutum fuisse in Senatu de anno 1602. ego tradidi *in 1. de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 11. *num.* 85.

ARGVMENTVM.

Minor an possit bis restitui in vna, eademque causa. Et an si semel denegata fuit restitutio, possit postea iterum peti, & concedi.

SVMMARIVM.

1 *Restitutio in integrum potest pluries concedi in vna, eademque causa.*
2 *Restitutionem è contra, non fore in eadem causa iterato concedendam, tenent multi.*
3 *Christus non nisi semel Lazarum suscitauit à mortuis.*
4 *Minor, qui dolose non probauit in prima restitutione, non restituitur amplius, secus si pura negligentia.*
5 *Minor non restituitur quando malitiose se gessit.*
6 *Minor restituitur quamvis expresse renunciauerit restitutioni.*
7 *Minor potest restitui bis in eadem causa, non pluries.*
8 *Dictio, rursus, significat duas vices, non plures.*
9 *Lites non debent protrahi in infinitum, sed finiri quamprimum.*
10 *Restitutio quare dicatur primum, & secundum beneficium in regno Neapolis.*
11 *Restitutio, seu dilatio pro ea in Senatu solet minoribus concedi in duabus vicibus.*
12 *Restitutio in vno, eodémque articulo non conceditur nisi semel, secus in diuersis, quia in primo casu non potest dici nisi vnica restitutio, licèt in secundo plures.*
13 *Minor, qui fuit restitutus ad adeundum hereditatem, restituitur postea ad repudiandum si inuenit eam damnosam.*
14 *Restitutio, nisi nouæ subsint causæ, non conceditur iterum.*
15 *Praxis nostri Senatus est quod pluries restitutio concedatur si plures sunt articuli, in quibus se minor læsum dicat, & ibi decisiones.*
16 *Lites vbi non vigent, beata vrbs.*
17 *Restitutio vbi statuitur, ne nisi semel concedatur, intelligitur super vno, eodémque articulo.*
18 *Restitutio in & super eodem articulo non nisi semel, quamuis non adsit statutum de duabus restitutionibus non concedendis.*
19 *Minor in restitutione quam petit, non potest argui de dolo, vel malitia, &c.*
20 *Restitutioni in integrum concedendæ minoribus, est in Cathalonia præfixus terminus duorum mensium.*
21 *Iste terminus in opinione Auctoris non potest, nec debet per Iudicem abbreuiari.*
22 *Dilationes vltramarinæ taxatum terminum, nunquam Iudices diminuunt.*
23 *Restitutio semel denegata, non potest iterum peti.*
24 *Sententia non rescinditur nisi per remedia appellationis, & alia ordinaria.*
25 *Restitutio semel denegata, quia non constabat de minori ætate, potest iterum peti.*
26 *Restitutione denegata, si ob inuenilem imprudentiam non fuit appellatum, potest iterum peti.*

Decisio CV.

HAnc quæstionem, † si minor potest bis restitui [1] in vna, eademque causa, plures Doctores tractarunt, ex quibus alij tenuerunt simpliciter, pluries

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

fore concedendam restitutionem, inter quos eam opinionem asseruit Cald. à Pereyr. *in sapè cita. repet. l. si curatorem habens, verb. implorandum ex num.* 31. Fundamentum præcipuum sit *in l. & si fine. §. restitutus. ff. de minor.* vbi ita habetur: [Restitutus autem, cùm se hæreditati misceat, vel eam adeat, quam repudiauit, rursus restitui poterit, vt se abstineat, & hoc & rescriptum, & responsum est,] quibus verbis probari videtur, semel restitutum iterum posse in eadem causa restitui, pro hac opinione Perey. adducit glo. Bart. Paul. Fulgo. Rebuf. Capi. Mauti. & eam sequens dicit esse veram, & communem sententiam, quam praxis obseruat.

2 Alij fuerunt † in alia opinione, simpliciter resoluentes non fore nisi semel concedendam restitutionem, quæ fundatur in dispositione *l. fin. C. si sapi. in int. rest. post. ul.* ibi: [in vna eademque causa iteratam in integrum restitutionis auxilium non iure, nisi nouæ defensiones aliquæ prætendantur, posse, sæpè reseripta
3 est,] sed non † in ridicula illa ratione, & indigna sanè viris doctis, quia semel tantùm Christus resuscitauit Lazarum, de qua apud Capi. *dec.* 165. *n.* 3. Mago. *dec. Lucen.* 68. *n.* 25. Perey. *in sapè cita. repet. l. si curatorem, verb. implorandum, n.* 33. pro hac opinione stant Alberic. Oldra. Deci. & alij adducti per Perey. vbi proximè, eandem sequitur Anto. Fab. & eius Senatus, vt ipse testatur *in suo Cod. lib. 2. tit. 26. si sapius in integr. rest. post defin.* 1. & 2. Cæs. Barzi. *dec. Bonon.* 107. *num.* 17. alios allegat Odd. *de resti. in integr. p.* 1. *q.* 16. *art.* 8. *num.* 41. *vers. in contrarium*, innumeros in idem habes apud Mar. Giurb. *dec. Sicil.* 66. *n.* 5.

4 Tertia opinio † conciliatrix prædictarum, est Sfor. Odd. *loco suprà citat. d. n.* 41. *in vers. ego tamen*, distinguentis inter minorem, qui in contemptum partis, vel iudicis omisit vti beneficio restitutionis ei concesso, & postea vult rursus restitui, & inter minorem, qui ex mera negligentia, & imprudentia omisit probationes facere, vt in primo casu procedat opinio denegans vl-
5 teriorem restitutionem, ea ratione, quia † minor non restituitur quando malicioſè se gessit, vt docet idem Odd. *ea. p.* 1. *q.* 23. *art.* 2. & dicit ita in terminis tenere Rebuf. *in tit. de resti. in integrum, in fin. per l. fina. §. vbi autem puerilis. C. de bon. quæ liber.* & per ea quæ not. Maurt. *de resti in integr. c.* 132. *& seq.* In secundo verò casu procedat opinio concedens restitutionem, tum ex
6 rationibus quæ allegantur pro ea, tum ex eo, † quia G minor expresè renunciat beneficio restitutionis obtinendo, & in minore ætate constitutus est quando renunciat, hoc non obstante, restitutionem petere potest, & tenet glo. *in l. si index. vers. vnicuique. ff. de minor.* & ibi Bal. & Alberi. & est communis omnium sententia. vt dicit idem Odd. *dict. p.* 1. *q.* 30. multò magis restituetur si tacitè, & per secordiam renunciat beneficio restituendis iam obtento, quia magis lædetur, ibi enim ius quærendum omiserat, hic ius quæsitum. Hactenus Odd.

7 Quarta opinio † etiam conciliatrix duarum priorum inter se pugnantium est, quòd facultas petendi, & impetrandi restitutionem in integrum, non restringatur ad vnam vicem tantùm, secundum quod tenet secunda opinio, sed nec extendatur ad plures; quasi in infinitum, secundum quod videtur contineri in prima, sed extendatur ad duas vices, id est quod si negligens fuerit minor in probando intra primam restitutionem, & tempus illius, restituatur iterum, & nonum tempus ei concedatur semel tantùm, non pluries, quæ
8 opinio ✣ habet fundamentum in illa dictione, *rursus*, posita in *citata* proxima opinione, *l. & si fine. §. restitutus. ff. de minor.* quæ duas vices tantùm significat, iux. *l. eum qui. ff. de verb oblig. & l. si cui. ff. vt legato.*
9 *nom.* quæ interpretatio † est iuri conformis, ne in infinitum detur processus; aliquisque sit litium finis, vt scribit I. C. *in l. fin. ff. pro suo*, & alibi passim; hanc per hæc, & alia similia, quæ adducit, opinionem tenet, & primam suprà relatam temperat, & limitat Cald. à Pereyr. *in cit. l. si curatorem habens, verb. implorandum, n.* 361. & Muscat. *in prax. iudic. par.* 6. *verb. in integr. n.* 20. dicens, † quòd inde fuit introductum in regno pri- 10
tum, & secundum beneficium, id est prima, & secunda restitutio.

A qua sententia† non videtur longè abesse Senatus 11
noſter, de cuius communi stylo est *concedere* in primis †† minoribus restitutionem petentibus, dilationem triginta dierum, postea, si alia dicunt se indigere ex eo quòd non potuerint intra illam dilationem suas probationes facere, soles concedere aliam aliorum triginta dierum similem dilationem, & non vltra.

Quinta denique, † & vltima opinio, quæ conciliat 12
etiam duas priores contrarias, est quòd distinguatur inter vnum, & eundem causæ articulum, & inter diuersos, vt respectu vnius, & eiusdem articuli, admittenda sit opinio denegans secundam, & vlteriorem restitutionem: respectu autem diuersi, admittens plures restitutiones, quæ videtur habere rationem manifestam pro se, quia cùm sint diuersi articuli, nunquam est, nec potest considerari nisi vnica solùm restitutio, & ad id expenditur tex. ille, qui fuit allegatus pro prima opinione, *in l. & si fine. §. si restitutus. ff. de minor.* vbi † conceditur quidem bis restitutio, sed non respe- 13
ctu eiusdem articuli, sed diuersi, primò ad adeundam hæreditatem, quam minor repudiauerat, secundo ad abstinendum, si postea reperit hæreditatem esse damnosam, & ita ille tex. videtur magis facere pro hac opinione, quam pro qua allegatur communiter, pulchrè Polido. Rip. *tota singulo observ* 331. qui ad id† citat Bald. 14
& Minsing. dicens, quòd de stricto iure, nisi nouæ subsint causæ, non conceditur nisi semel restitutio, idem sequitur Georg. de Cabedo *decis. Porug.* 100. *n.* 4 qui alios in idem adducit, atque ita decisum ibi dicit, quòd debet dari noua restitutio respectu noui articuli, quod † & noster Senatus *sequitur* semper cùm casus con- 15
tingit, quòd restitutiones petantur respectu diuersorum †† articulorum, millies enim concedit restitutionem, si mille articuli diuersi accidunt, in quibus ea opus habeat minor, sic cum contradictione partis ego *obsi-* †
nis prouisionem factam referente egregio olim Senatore Raphaele Rubi & Coll. die 18. Decembris 1613. inter nobilem Guiomaran de Aymerich & Cruilles, & nobilem Hugonem de Cruilles, & de Santa Pau. Actuario Ioanne Prats. Idem postea referente egregio etiam Senatore Iosepho Ferrer, fuit etiam *prouisum* † die 4. Decembris 1615. in causa Syndici ciuitatis Balagarij, contra Capitulum Ecclesiæ Ilerden. Actuar. Domin. Fontana, in quibus causis, etiam post diffiscita restificata, fuit secundò concessa restitutio ad probandum in diuersis causæ articulis, & punctis.

Quid dicemus † ad tantam confusionem? Quòd 16
beata verbs in aliqua nullæ vigent lites, & beatus vir, qui vsuit sine eis. Quod primò dubitationem non admittit in hac materia est, quòd cũ articuli sunt diuersi, nullus dubitat quin plures detur, & dari debeat restitutiones, scilicet quoad vnumquemque articulo suæ restitutio, atque ita apud nos seruatur intrepidè, vt diximus.

Quod est adeò † verum, vt procedat in terris 17
etiam, vbi per statutum est speciabter prouisum, ne in vna, eademque causa bis restitutio concedatur, interpretantur enim huiusmodi statuta circa eundem articulum, non circa diuersos, prout in terminis docet Cabed. *in cita. dec.* 200, vbi refert legem regni, qua istæ quæstiones sunt inibi sopitæ, per quam prohibetur ne nisi semel restitutio in vna causa concedatur. Fœlix prouincia, quæ sciuit se ab his altercationibus per particularem prouisionem liberare, sed non meretur immorem laudem nostra Cathalonia, quæ

particulari

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

particulari etiam lege, nempe *const fin. sub tit. de dilat.* sibi prospexit in hac re, statuendo, quòd iis, quibus competit restitutionis beneficium, possit eo mediante dari, & concedi dilatio duorum mensium, & non vltrà, quod est in effectu nolle, quòd concedatur nisi
†† vna dilatio, atque ita apud nos *practicatur*, ob idque non intrat apud nos quæstio, si bus in eadem causa est restitutio concedenda, quia certum est, quòd nisi semel, ex dicta particulari lege patriæ, eo tamen modo quo suprà declarauimus vique ad duos menses, vel in vna, vel in duabus, aut pluribus prouisionibus, quod tamen intelligitur respectu vnius, & eiusdem articuli, non respectu diuersi, vt diximus.

18 Vbi autem † ageretur de eodem art. etiam vbi non est statutum, ne nisi semel restitutio concedatur, ego simpliciter tenerem cum tot Doctoribus pro secunda sententia adductis, sufficit enim quòd semel minorem priuilegiemus aduersus suam negligentiam, & quòd id semel habeat plus quàm maior, quod leges volunt, non quòd habeat pluries, ex quo posset sequi processus in infinitum, in notabile Reipublicæ damnum, dato enim quòd non debeat contentari minor vna restitutione, non video quòd debeat contentari duabus, si adhuc viget eadem negligentia, & sic cum semper sit in sua manu esse negligens, semper & in infinitum poterit tractare de istis restitutionibus per quod tollitur secunda conciliatio, quæ fuit suprà posita pro quarta opinione. Additur, quòd imputare sibi minor debet, propriam negligentiam accusando, si intra tempus concessæ restitutionis non adimpleuit id quod agere debuit, nec debet de lege, aut Principe denuò non restituente conqueri, vt pulchrè in proposito considerat Dec. *cons.* 436. *n.* 6. & extendit late, licèt non sequatur Pereyr. *in l. si curatorem habens, verb. implorandum, num.* 33.

19 Prima conciliatio, † quæ fuit adducta in tertia opinione, suum etiam habet reprehensorem Polido. Rip. *sing. observan.* 330. *n.* 3. dicentem illam neglectum, illum contemptum, illam malitiam, quos, & quam Odd. considerat in dicta conciliatione, in minores non cadere, ex Thesau. *dec.* 227. *a n.* 8 *vsque ad secundam obiectionem, vsque ad n.* 7. *vers. ad vltimum*, & ideò malè applicari ad istum casum distinctionem illam. Restat igitur secundum distinctionis membrum, quòd cum non ex contemptu, & malitia, sed ex mera negligentia, & imprudentia omisit minor probare intra tempus restitutionis, alia est iterùm concedenda, quod supra fuit reprehensum, & contra id tentum cum pluribus. Hæc habere volui pro aliquali introductione huius materiæ, reliqua speculabunt, qui in terminis iuris communis rem istam tractare habebunt, nos enim iam habemus, vt vidimus, legem particularem, qua ab his altercationibus liberati sumus.

20 Finiamus † tractationem hanc tradendo praxim nostræ constit. Iam dixi ea statutum fuisse, minori petenti restitutionem ad probandum, posse dari terminum duorum mensium, non vltrà, tradidi etiam stylum ferè communem esse, dandi eum terminum in duabus vicibus, primò triginta dies solent concedi, ex post, alij triginta, si eos petit minor. Sunt tamen aliqui ex nostris, qui statim in prima petitione concedunt totum tempus constitutionis, qui procedendi modus mihi magis arridet, nollem enim me legis ministrum, & famulum auarum ostendere, vbi lex ipsa, quæ domina est, liberalem se reddit in concessione huius termini, atque ita non possum laudare eos, qui ex hoc termino detrahunt minori aliquam partem, aut particulam. Nec
21 acquiescere † vnquam potui illi *declarationi* Senatus,
†† quam super restrictione, & limitatione huius termini factam fuisse, me reluctante, dixi in 1 *de pact. nuptial. claus. a glo.* 16 *p. n.* 23. *vers. cuius doctrinæ*. Nec aliam similem vnquam reperi, omnes enim de cõmuni stylo aut cum vnica prouisione, quod ego melius iudico, totam dilationem concedunt, aut cum duabus, nihil ex ea defraudantes, & quomodò possunt iudices limitare terminum nescientes (prout regulariter contingit, vel propter locorum distantiam, vel quia præ multitudine negotiorum examinare non possunt) si minor dilatio minori sufficit? Sine hoc enim examine, non video qualiter iure possit Iudex, de dilatione minoris detrahere, quod cum vix fieri possit, vix etiam limitari potetit terminus. Aduertatur ad hæc, obsecro, ne pupillis, & miseris istis personis indebite damnum, multoties irreparabile, inferamus. Arbitrium † similiter concedit iu- 22
dicibus *constit. 14. tit. de dilatio.* circa terminum dilationis vltra mutuæ, statuendo quòd possit concedi vsque ad nouem menses, & tamen nullus ex nostris aliquid vnquam de nouem mensibus diminuit, aut detraxit.

Sed quid erit, † si denegata fuit semel restitutio, an 23
amplius concedi possit, & debeat, facilis est responsio, quòd non, ex de qua re habemus text. expressum in *l. 1. C. si sapius in integr. restit. postula.* quæ tantùm concedit minori succumbenti in restitutione posse à sententia appellare, siue iure ordinario, si est intra tempus siue extraordinario restitutionis in integrum, si tempus permisit labi. Magon. *decis. Lucen.* 68. *n.* 23. Rip. *singul. observan.* 331. *n.* 3. *vers. illud etiam*, Odd. de *restitut. in integr. quæst.* 16 *art.* 1. additio ad Gam. *decis.* 110. *n.* 7. Calda. Pereyr. in *l. si curatorem, verb. implorandum, n.* 34. Ratio est, † ne sententia lata ludibrio habeatur: 24
nec conceditur reuocatio sententiæ, nisi per remedia iuris, vel appellando, vel aliàs, non iterum petendo coram iudice illud idem à quo me per sententiam repulit, obstat enim semper exceptio rei iudicatæ, vt est notum.

Fallit, † si restitutio fuit denegata ex eo solùm, quòd 25
non constaret de minore ætate, constito enim postea de ea, concedi debet restitutio, non obstante te iudicata ex noua tamen causa declarando vt per Auctor. ad Capell. Tholosa. *decis.* 55. *num.* 4. Odd. de *restitut. in integr. par.* 1. *quæst.* 16. *art.* 1. *n.* 9. *& toto etiam art.* 5 Rip *singul. observan.* 331. *n.* 3. *vers. illud etiam*, ad quos recurras cum accident casus illi similes.

Immò & † ex causa iuuenilis imprudentiæ, etiamsi 26
à denegatione non fuerit appellatum, fore restitutionem concedendam, quamuis antea fuisset denegata, probat Rot. Coccin. in *decis.* 334. *n.* 5. ex Odd. de *restit. in integr. par.* 1. *q.* 16. *art.* 2. *n.* 14.

ARGVMENTVM.

Pauperes an restituantur præ textu suæ paupertatis aduersus omissam appellationem, aut illius non introductionem, vel prosecutionem.

SVMMARIVM.

1 *Appellans intra quod tempus debeat facere diligentias, secundum nostras constitutiones, ne causa efficiatur deserta.*

2 *Minor restituitur contra desertionem appellationis ob non factas diligentias.*

Praxis Senatus est huiusmodi, ibid.

3 *Pauperes an sit tuta causa restitutionis maioris ob non introductam appellationem.*

4 *Seruus iussus esse liber si certam quantitatem daret, non consequitur libertatem si non dederit: quamuis ob paupertatem non potuerit.*

5 *Libertas est omnium rerum fauorabilissima.*

6 *Maior impeditus prosequi appellationem, restituitur sicut minor.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

7 *Pauperes semper indigent pecuniis, & illarum defectus eos comitatur.*

8 *Pauperes sine impensis litigant in Cathalonia, secundum nostras constitutiones, quia non soluunt salaria scripturarum, neque aduocatorum, & procuratorum.*

9 *Sed contraria opinio est verior, quòd paupertatis prætextu concedatur in integrum restitutio.*

10 *Impossibilium nulla est obligatio.*

11 *Difficultas excusat à mora.*

12 *Afflictio non est danda maior afflictio.*

13 *Pauperis dies omnes mali. Pauper proximo suo est odiosus. Pauperes odiuntur à fratribus.*

14 *Paupertas est legitima causa, vt maior restituatur ad introducendum, & prosequendum appellationem.*

15 *Id aliqui intelligunt apud Principem, non apud alios Iudices inferiores.*

16 *Condemnatus quandoque euasit furcas, paupertatis prætextu, quia eo prætextu concessa sibi fuit restitutio ad appellandum.*

17 *Iura referuntur, quibus predicta probantur.*

18 *Decisio Senatus, quòd ob paupertatem detur restituio maiori ad introducendam appellationis causam.*

Decisio CVI.

1 COnstitutione † 17. *tit. de appellat.* apud nos ordinantur tempora intra quæ appellans tenetur facere diligentias, vt causa decidi, & terminati valeat, quibus nõ factis, statuitur causam esse defertam, & vi-
2 tio desertionis affectã clarum est, † quòd si minor est negligens in faciendis dictis diligentiis subuenitur ei medio restitutionis in integrum beneficio aduersus læsionem inde sibi contingentem, nec causa ob dictam negligentiam efficitur deserta Boeri. *decis.* 247. Afflict. & ibi Vrsil. *decis.* 175. Guido Pap. *dec.* 52. *n.* 5. Franc. *dec.* 473. Capi. *dec.* 109. cum aliis plurib⁹ quos in id adducit Mar. Giurb. *dec. Sicil.* 18. *num.* 1. & 13. vbi quòd non sit necesse aliter docere de læsione, sufficit dicere se esse læsum, quia alias causa efficeretur deserta, in quo non est ambigendum, cùm id quotidie *præticemus.*

3 Dubium est † in maiore. Sanè, nisi ex causa maiori talis restitutio nõ cõceditur. De causa paupertatis hic nos diceremus, quia est in nostris tribunalibus valdè frequens quæstio, cùm omnes fere causæ eo prætextu ad Senatũ euocentur. Quærimus igitur, an si lapsi omnibus temporibus per *const.* 17. *iam dictam*, accedit aliquis introducturus aliquam appellationis causam in Senatu, admitti debeat, si alleget ob suam paupertatem non potuisse eo tunc vsque causam introducere, volens dictam paupertatem probare, & petens eo prætextu beneficium restitutionis in integrum, ob non factas intra terminum debitas diligentias, sibi impartiri: pulchra est quæstio, præsuppositio, quòd regulariter maior non est sine causa audiendus, videamus quid iuris.

4 Ac primò † quidem videtur dicendum, maiori in dicto casu non fore beneficium restitutionis in integrum indulgendum ob paupertatem, arg. *l. fin. C. de condit. infer. iuncta ibi glo. verb. conditionem*, vbi in casu, qui debuisset esse magis priuilegiatus, relictæ libertatis seruo, si certam pecuniæ quantitatem alicui daret, non consequitur seruus libertatis legatum, si quantitatem non dederit; quantumvis propter paupertatem dare non posset, sicut ergo in isto casu, qui videbatur
5 esse magis priuilegiatus, cum † omnium rerum fauorabilissima sit libertas, *l. 4. ff. de inst. & inv. l. libertas 107. de reg. iur. & l. libertas 165. eod. tit.* vbi his breuibus vtitur I.C. verbis, *libertas omnibus rebus fauorabilior est*, nullum conceditur libertati priuilegium, sic non debet in nostro casu concedi, cum non sit tam priuilegiatus, vt argumentemur de maiori ad minus.

Secundò, † paupertas non videtur iusta causa restitutionis concedendæ, quia ipsa nullum præstitit impedimentum quominus condemnatus causam appellationis introduceret, & prosequeretur intra legitima tempora, impedimenta enim sunt solùm quæ huic restitutioni locum dare possunt in maioribus in quibus debet concurrere legitima causa, vt illa concedatur, vt colligitur ex late traditis per Thesau. *dec.* 10. *ſtatim in initio.* 6

Quòd autem † nullum paupertas ad id præstet impedimentum, patet, quia illud consisteret in defectu pecuniæ, qui defectus semper comitatur paupetes, sine qua non potuerunt introducere, nec illam prosequi, prout in individuo dicit Thesaur. *in allega. dec.* 10. *num.* 5. & Scacci. *de appell. quæſt.* 12. *num.* 162. & 9. 15. *num.* 145. Sed istud † non videtur esse in considera- 7 8
tione, quia ad id nulla pauperibus opus est impensa, nulla necessãria pecunia, cùm omnes scripturas, tam iudiciales, quàm extraiudiciales, teneantur eis tabelliones gratuitò tradere, & aduocati, & procuratores eisdem gratis, & sine salario patrocinari, prout ego ex multis late probaui *in 1. de pact. nupt. clau 4. glo. 18. par. 4. num.* 85. & in terminis, quòd quando pauper potest habere scripturas necessarias absque aliqua impensa, nulla ei sit restitutio concedenda, adducit Thesaur. *dict. decis.* 10. *num.* 5. loquens de locis, in quibus ex statuto gratis sunt pauperibus scripturæ tradendæ, latè Scacci. *dict. tract. de appell. in allega. quæſt.* 15. *n.* 45. *versic. contra.*

Quibus † tamen non obstantibus indubia est contraria opinio, quòd nemò pauper, tam ad introducendum, quàm etiam ad prosequendum appellationis causam, sit admittendus beneficio restitutionis in integrum, quando diligentias ad id necessarias non fecit intra tempus, pro qua opinione non desunt rationes concludentes, quæ illam suadent. 9

Sit prima † ratio, quia impossibilium nulla est obligatio, *l. impossibilium, ff. de reg. iur.* Pauper autem propter suam inopiam impossibiliratut introducere, & prosequi suam appellationem, ergo, &c. Hanc rationem in proposito adducit Andre. Gayl. *lib. 1. obſerua.* 142. *num.* 1. 10

Secunda ratio, † quia difficultas excusat a mora, iuxt glo. *in l. quod te. ff. si cert pet.* cessante autem mora, cessat culpa, & proinde tempora ad introducendum, & prosequendum appellationem pauperi meritò cuttere non debent, idem Gayl. *dict. obſerua.* 142. *n.* 2. quem laudat Thesau. *d. decis.* 10. *n.* 5. 11

Tertia ratio, † quia iniuanda est paupertas, ne afflicto detur maior afflictio, *l. diuus, ff. de offi. præſ. cap. ex parte, de cleric. ægrot.* quòd autem paupertas sit afflictio magna, si quis neget, probet eam, quod fuit responsum valdè celebratum, per pauperem datum diuiti, qui suo quodam elogio vltra modum, vt videbatur, pauperi, extollebat paupertatem, signum euidens, aiebat pauper, quòd non probauerat eam: Spiritus sanctus † *in Prouerb. c. 15. verſ. 15.* afflictionem hanc pau- 12 13
perum, & miseriam paucis verbis demonstrauit dicens, *omnes dies pauperis mali*, & antea *c. 14.* dixerat etiam, *proximo suo pauper odiosus erit*, & rursus *c. 19.* asserit, *fratres homines pauperes oderunt, cum insuper & amici procul excesserunt ab eo, quid miserabilius?* Et si alias voluerit de hoc instituto recurre ad Poliante. *verb. paupertas*, quæ tibi infinita in proposito subministrat, iustum est ergo, & æquum, quòd in his, pauperum in iudiciis misereamur. Hæc est ratio Rot. Roman. apud Cassado. *dec. 6. de appella.* pluribus dilatata verbis.

Ex quibus † communis est opinio, pauperi in his 14
esse subueniendum beneficio restitutionis in integrum
ce

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ex clausula generali, *si qua mihi iusta causa*, provt est apud Sfor, Odd. qui plures citat *de restit. in integr. p. 1. c. 11. tot. art. 9.* Gayl. *practi. observa. lib. 1. in allega observa. 141.* Tiraqu. *decis. 10. num. 5.* Sigism. Scacci. *de appell. q. 2. 9. 12. num. 162. & q. 15. num. 45.* Mar. Giurb. *decis. Sicil. 18. num. 2. & seq.* & rursus *decis. 116. num. 9.* Pute. *decis. 446. lib. 2.* Anto. Fab. *in suo Cod. lib. 7. tit. 27. de tempor. & repar. appella. defin. 15. & in allega. num. 6.*

15 qui tamen † non vult hanc restitutionem concedi posse per inferiores Iudices, nisi à Principe ita expressim mandantes, quibus locis plures decisiones diuersorum Senatuum adferuntur, ex quibus † Doctoribus

16 hic citatis sunt plures, qui referunt casum, qui alicubi successit, quòd quidam condemnatus ad furcas, euasit pœnam earum per appellationem, quam extra tempus interposuit, & introduxit sub prætextu paupertatis.

17 Et quid † ahud poterant dicere Doctores si de hoc habemus rex. expressum, *in l. si procuratorem, §. si ignorantes in fin. ff. manda.* his verbis: [Cæterum dolo versati sunt si non procurauerunt, quid tamen si paupertas ei non permisit? excusata est eorum inopia,] ad quod etiam allegatur tex. *in §. alij, in auth. de his qui ingredinntur ad appelland.* & *in cap. ex ratione*, vbi glo. *de appella.* & si cognitio impedimentorum quæ impediunt, est posita in arbitrio Iudicis, inxt. *l. præses, C. de appell.* & probat ex pluribus idem tenentibus Thetau. *in sæpè cita. dec. 10. n. 1.* quis istud paupertatis impedimentum non iudicabit legitimum? immanis ille foret sine dubio.

18 Successit † mihi iste casus practicandus de anno 1612. & forsan fuit primus qui incidit in Senatu disputandus, cùm nullus recordaretur alterius, cùm enim vellem euocare, & introducere causam appellationis in Senatu à sententia inferioris, post aliquod tempus elapsum vltra illud, quod præfigit *consti. 17. tit. de appella.* fuit de ea oppositum per Iudicem, qui nolebat ea ratione causam admittere, & data informatione de paupertate supplicantis, ac ob eam petita restitutione

† ex clausula generali, *obtinui* facto verbo vt admitteretur causa: dies prouisionis 19. Septembr. anni 1611. Relator egregius olim Senator Laurentius Iouer. Scriba N. Domingo. Partes Sebastianus Turon parochiæ S. Stephani de Oculo Vicecomitatus de Bassò, & alij, contra Ioannem Bose de Pla Trauer. Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. circa restitutionem, quæ petitur ob paupertatem,

SVMMARIVM.

1 L. fina. de condi. insert. *declaratur.*

2 *Lites impensas necessarias offerunt ingentes, solu endas etiam per pauperes, quamvis ab aliquibus sint immunes.*
Lites, si non currit pecunia, pedibus plumbeis incedunt, ibidem.

3 *Pauperes parcim fouentur ab iis, qui litibus ducendis, & patrocinandis intendunt.*

4 *Paupertas est probanda per eum, qui illam allegat.*

5 *Impedito non sufficit probare impedimentum, sed quod illo fuit impeditus taliter quod aliàs actum fecisset.*

6 *Paupertas & inopia est probanda in ordine, & respectiuè ad illud, pro quo allegatur, sicut hic declaratur.*

7 *Protestatio non est necessaria impedito, ita vt sine ea non possit postea allegare impedimentum.*

8 *Sed bona est protestatio semper quod fieri potest.*

9 *Senatus requirit specialem probationem paupertatis, ita quod illa impedierit ne appellatio introduceretur.*

10 *Sufficit tamen lenis probatio arbitrio Iudicis.*

DECISIO CVII.

AD primum † contrarium ex adductis in præce- 1
den. decis. contra pauperratem respondet Odd. *d. q. 11. art. 9. num. 49.* quòd ideò pauperras non excusat legatarium libertatis ab implemento oneris injuncti, quia intelligitur testator casum illum cogitasse, & illum libertum esse noluisse, quod probatur rex. eleganti *in l. cum hæres, §. 1. ff. de statulib.* ibi, *quia nec animus dandæ libertatis.*

Ad secundum, † fateor iustis legibus statutum esse, 2
ne à pauperibus exigantur salaria, portulæ, & similia: fateor in qualibet republica benè ordinata, signanter in nostra Catbalonia esse de publico constituta officia aduocatorum, & procuratorum pauperum, qui eis patrocinium ferant gratis, fateor vlterius, quòd tamen si salarium de publico non habeamus, tenemur omnes gratis, iubente sic domino, seruire pauperibus, & prius eis, quàm alijs, sed quòd eis ita obseruetur, vt absque aliqua impensa, litigare, & causas ducere possint, id fixo pede negamus, qui diu in hoc munere versati longam rerum experientiam habemus: sunt immensæ impensæ, quæ litigatoribus se offerunt, à quibus non liberantur pauperes, sed perquirere ex vna, vel alia parte habent ad eas supportandas. Relegandæ est igitur limitatio, quæ ab aliquibus adducitur, quòd quæ dicta sunt de excusatione ob paupertatem, non procedunt vbi sunt aduocati, & procuratores pauperum, & eis ministrandæ sunt scripturæ gratis, & alia similia sunt ordinata ad fauorem pauperum, quia experientia nos docuit id vix esse alicuius confidetationis, quia si non currit pecunia, pedibus plumbeis in negotiis proceditur. Vtinam nos † essemus 3
huiusmodi, qui pauperum in his miseretemur, sed quis est is, & laudabimus eum? mirabilia enim dicemus feciste in vita sua. Quantum ad me attinet, qui sum omnium fragilior, timeo valdè ttam domini, circa negligentias in his commissas, spero tamen de eius magna benignitate, qui totum sanguinem pro me dignatus est effundere, quòd cordi contrito, & humiliato faciliter parcet, & hæc condonabit, suoque pretioso sanguine abluet, vide ad istud institutum, quod late prosequitur Sigism. Scacci. *de appellatio. 15. num. 45.* vbi acriter nos reprehendit, nec sine ratione, cur tam negligenter erga pauperes versemur. Quid miserabilius, quam videre pauperes in annos plurimos causarum expeditiones in hac vrbe solicitantes, vxore, & familia perisse pè in patria fame pereuntibus?

Declaratur † prædicta, dummodo probetur per 4
allegantem, cum enim id sit fundamentum suæ intentionis, est per partem probandum, tamesi communiter dicamus, quòd nudi nascimur, & ideò videtur, quòd qui nos aliquid habere prætendit, probare debet, ita in terminis omnes, qui fuerunt superiùs adducti, & signanter Giurb. *in duabus illis decisionibus supra cita.* 18. & 116. qui reliquos cumulauit, & apud nos nullam res haber difficultatem, vbicunque enim aliquid prætextu paupertatis prætenditur, nunquam conceditur, nisi demum paupertate probata, provt videmus in euocationibus causarum sub prætextu paupertatis, in alimentis, quæ petuntur pendente lite, &c.

Sed nec sola † probatio paupertatis ad effectum 5
iam dictum sufficit, sed necessarium est probare simul, fuisse impedimentum, ne appellatio introduceretur,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

aut profequeretur quia in materia impedimenti non sufficit probare illud, sed simul est iustificandum, quòd si non fuisset impeditus, actum sibi incumbentem fecisset is, qui impedimentum allegat, vt in his terminis est Rot. Rom. apud Pute *dec. 446. n. 4. lib. 2.* Surd. *dec. 4. n. 1. & dec. 203. n. 17.* Anton. de Amat. *variar. resol. 34. num. 29.*

6 Et prætereà, † cum agitur de inopia certi, & determinati effectus, requiritur specialis probatio paupertatis respectiue ad negotium de quo agitur, & hic in nostro casu, respectu introductionis, vel prosecutionis causæ, videlicet quòd non adesset quantum requirebatur pro introductione, vel prosecutione causæ, *§. fed neque in auth. de fid. instru.* Stephan. Gratian. *dec. prouinc. March. 34. n. 9. & 14.* & melius *discep. foren. 907. num. 1. lib. 5.* vbi decisiones Rot. Rom. in id allegat videndas. Ad hæc est bene animaduertas ne erres in modo probandi paupertatem in hac materia, probatio enim paupertatis simpliciter facta, non esset profutura.

7 An autem † sit necessaria protestatio impedimenti, vt postea impeditus super eo audiatur, an sufficiat illud fuisse probare, & iustificare, tractant omnes in hac materia, & nonnulli tenent necessariam protestationem, de quibus vide apud supra citatos, & magis in individuo apud Thesau. *dec. 10. n. 5.* Franc. Becci. *consil. 104. n. 2. lib. 1.* Sed contrarium est verius, maxime apud iudices, qui magis intendunt veritati, quàm iuris apicibus, id quòd, quia ego latissime probaui in 2. *de pact. nup. el. 7. gl. 3 par. 1. ex n. 63.* vbi cum decisionibus, tum doctrinis Doctorum quamplurimis probaui hanc veritatem, ideò hic omitto, quibus addo nunc Anton. de Amat. qui multò post scripsit, *variar. resolu. resol. 34. n. 18.* & Sigism. Scacci. de *appell. q. 15. num. 45.* plene ante istos Seraphin. de Seraphin. de *priuileg. iuramen. priuileg. 35. ex n. 13.* Becci. *consil. 104. ex n. etiam 13. cum seq.*

8 Bonum est † protestari, & ita omnes consulunt, sed si non fiat, non propterea desperet impeditus de victoria.

9 In casu, quem † retuli suprà, nulla erat protestatio, & tamen admissa fuit excusatio prætextu impedimenti, quod probaui in individuo, tantam scilicet esse partis paupertatem, vt non posset accedere ad præsentem ciuitatem ad introducendam causam, hoc enim voluit Senatus, vt etiam probarem, vt satisfacerem opinioni eorum, qui volunt, non sufficere solam paupertatis probationem, sed etiam quòd ea fuì impeditus: sed cum

10 † arbitrio Iudicis hæc probatio relinquatur, vt dicunt omnes fere, qui superiùs in hac materia fuerunt adducti, & signanter Giurb. in *duabus dec. allega.* nempè 18. & 116. Senatus leuioribus probationibus (& meritò) super hoc articulo contentatur, cum semper contra desertionem in hac, vel alia quacunque materia debeat Iudex inclinare.

ARGVMENTVM.

Confratriis an detur restitutio in integrum.

SVMMARIVM.

1 *Confratriæ officiorum mechanicorum sunt valde antiqua vbi multa enumerantur.*
2 *Confratrias tollere, an bono publico expediat.*
3 *Confratriæ in regno Castellæ sunt sublatæ.*
4 *Idem est in Gallia.*
5 *Monopolia videntur induci Confratriis.*
6 *Baccanalia, & scandala quandoque in Confratriis ratione conuiuiorum, quæ in eis frequentantur.*
7 *Confratriis an detur in iudiciis restitutio, si laduntur.*
8 *Confraternitates comparantur Ecclesiæ, & locis piis, sicut Ciuitates.*
9 *Reipublicæ conceditur restitutio.*
10 *Respublica comparatur pupillo, & minori, & quare.*
11 *Confratriæ reguntur etiam per administratores, & sunt in eis minores, & pupilli, ac viduæ.*
12 *Reipublicæ tam paruæ, quam magnæ, tam Romanæ, quam aliæ cuicunque conceditur de iure restitutio.*
13 *Lex semper extenditur ex identitate rationis, quia mens non est aliud, quam ratio.*
14 *Piæ causæ restitutionem habent cum læduntur.*
15 *Confraternitates sunt piæ causæ cum habeant ferè omnia, quæ piam causam faciunt.*
16 *Doctores referuntur, qui simpliciter confraternitatibus restitutionem concedunt.*

DECISIO CVIII.

ARtificum, & officialium Confratriis plena est 1
vniuersa Cathalonia, priuilegiis Regiis sub certis formis erectis, nullus in Cathalonia potest esse Sutor, quin sit examinatus in Confratria Sutorum, & sic de reliquis, quæ res Confratriarum valdè antiqua est, sunt enim earum variæ exempla in iure, vt Pistorum, ac Nauiculariorum *in l. 1. quod cuiusque vniuers. nom.* Argentariorum, *in nouella* 136. Suatiorum, Classicotum, Saccariorum, & similium, de quibus speciales sunt *tit. sub lib. 10. Cod.* specialisque statuitur enumeratio *in l. fin. ff. de iur. immuni.* & tradit eleganter Anto. Fabri. *in theor. & prax. benef. tit. de locis collegia. & Confratriis, n. 32.* quas † Confratrias, cum perlæpe in Monopolia con- 2
uertantur, an melius esset tollere, & à republica eradicare, vide apud Alfons. Azebe. *in leges Regias lib. 18. tit. 14. de las ligas, y Monopodios, l. 4. statim in initio,* vbi leges † Castellæ referuntur, quibus sublatæ dictæ con- 3
fraternitates fuere, eas sublatas etiam fuisse † in Fran- 4
cia, refert Anto. Fabri. *in theor, & prax. benefic. tit. de locis collegia. & confratriis, n. 35. & ibi additio. lit. X. & Z.* idque duplici ratione, primò † vt sub prætextu Con- 5
fratriarum fieri solita Monopolia, & complicationes euitentur, secundo, † vt vitentur bacchationes, & scandala, quæ in conuiuiis confratrum spesse contingunt. Hæc posterior ratio non est apud nos in aliqua consideratione, cum ea non fiant, quæ ibi timentur, prior verò satis vrget apud expertos in hac re: sed relinquamus eas in suo statu, donec ad quos spectat, aliud statuant, & veniamus ad id, quod disputare intendimus. 6

Hæ Confratriæ, † cum habeant bona & reditus, 7
& alias, non desinunt habere plures lites, quas ducunt per suos Syndicos, & procuratores communes. Quæritur an eis tam ad probandum, quàm alias concedantur restitutiones, sicut Ecclesiæ, minori, & reipublicæ, quando in aliquo sunt in discrimine causæ negligentes.

Pro affirmativa, † quòd istis Confratriis sit conce- 8
denda restitutio si læsæ ostendantur, facit quòd non minor videatur esse ratio, vt Ecclesiæ (quæ pius locus est) fraternitas æquiparetur, quàm ciuitas, cuius tamen cum Ecclesia sit æquiparatio in tex. & glos. *in l. illud, verbo, ciuitatem, Cod. de sacrosa. Eccles.* Quis autem dubitat, quin Ecclesiæ concedatur restitutio: ergo & fraternitati cuilibet concedi debere simili modo videtur.

Secunda ratio † est, quia nullus potest negare, 9
quin reipublicæ concedatur restitutio in integrum,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vt per glos.& Doctores *in l. respublica, C. ex quibus*
20 *caussantur.& in cap.1.de restit.in integ.* idque ea † ratione,quia æquiparatur pupillo,& minori,& ea æquiparatio fit , quia quemadmodùm pupilli , & minores, qui per seipsos res suas regere , & administrare non possunt , quia sunt constituti sub regimine , & administratione tutorum, & curatorum, & non esset iustum,quòd ex regimine,& administratione istorum si læderentur,absque remedio, sine culpa sua aliqua, remanerent ; ita vniuersitates cum sub cura,custodia,& regimine administratorum , non valentes res suas per se gerere, & administrare, similiter existant, ideò non videtur rationi consonum quòd si administratores deficiant in administrando , damnum indè proueniens , patiatur vniuersitas sine spe recuperandi , *d. l. respublica , & ibi glos. 2. in vers. solet , Cod. ex quibus caus. restaur. l. rempublicam , Cod. de iure reipubl. lib. 11.* & præterea in Vniuersitatibus ipsis infiniti minores , & pupilli reperiuntur , quorum interest, eorum rempublicam incolumen ab omni damno, & læsione seruari , quia ex læsione ipsius Vniuersitatis, ipsi etiam in consequentiam læduntur : vndè sit iure merito,vt sicut minoribus,sic Vniuersitatibus restitutio concedatur , provt abundè tradunt Oddus *de restit.in integ.q.3.art.9.n.62.& art.11.n.71.circa finem*, Nicol.Lofæ,*de iur.vniuers.par.3.cap.18.ex num.1. cum sequentib.* Mauri. Dol. de *restitu. in integr. cap.* 417. & 418.

21 Hæ rationes † militant etiam in confraternitis,quia similiter administratores reguntur,& gubernantur,sicut vniuersitates, nec deficiunt in eis minores, pupilli, & viduæ , ac aliæ miserabiles personæ , & quamuis non essent,sufficeret prior tradita ratio : sequitur ergò iure optimo dicendum sic istis confraternitis,quemadmodum ipsis vniuersitatibus, fore , & esse restitutionis beneficium indulgendum.

22 Per hanc † rationem concludunt citati Doctores, nedùm Reipublicæ Romanæ , nedùm vniuersitatibus magnis, & populosis, sed etiam & quibuscunque aliis quamtumuis minimis concedi restitutionem in integrum, quia(inquiunt)in omnibus militant supradictæ rationes, quæ faciunt locum restitutioni concedendæ,
23 & ideò idem ius militare debet , lex enim † semper extenditur ex identitate rationis , quia non est aliud mens legis,quàm ratio,*l.non dubium,C.de legib.*de quo vltimo puncto, an & quandò vniuersitates patuæ habeant beneficium restitutionis,vide *infrà in fin. huius decis.*Liceat igitur & nobis ex eisdem rationibus idem dicere in confraternitis , cum omnes in his militent sine dubio,vt diximus.

24 Tertia † ratio,& quia omnis pia causa restitutionis in integrum beneficio gaudet quandò læditur,quia valet argumentum à minoribus ad pias causas, & Ecclesia, & pia causa æquiparantur, & generaliter quælibet pia causa gaudet his priuilegiis , quibus gaudet Ecclesia, provt latissimè multos adducens probat Sfor. Odd.de *restit.in integr.q.3.art.5.n.31.* Confraternitates autem
25 † istas,pias causas esse,videtur dubitari non posse,cum in illis opera charitatis , & pietatis exerceantur : illæ enim solent habere Ecclesias,& seu capellas,in quibus sacræ res celebrentur, in eis solent esse fundatæ causæ piæ pro puellis maritandis,in eis solet expendi pro funetibus confratrum,& alia similia opera charitatis,& pietatis exerceri : videtur igitur dubitari non posse,quin causæ piæ istæ confraternitates dici debeant,quod latè profequitur Stepha. Gratia *discep. forens.*481.*n.*17.& 517.*n.*2.Mestril.*decis.*110.*n.*15.Cabed.*dec.*51.*n.*8.*per.*1.in quibus locis ita decisum in supremis Senatibus asseritur.Reliqua in sequenti,cum decisione Senatus.

ARGVMENTVM.

De eadem materia confratriarum, an illis sit concedenda restitutio in integrum,de qua in præceden.decis.

SVMMARIVM.

1 *Alia opinio negans confratriis restitutionem , quia non sunt causæ piæ.*
2 *Confratriæ artificum dicuntur meræ laicales,cum non erigantur auctoritate Episcopi,sed regis.*
3 *Confratria non est pium collegium , sed profanum, & potest disponere de bonis suis sicut de secularibus.*
4 *Confratriæ reguntur per personas laicales, & à iudicibus laicalibus iudicantur.*
5 *Confratriæ non desinunt esse laicales quòd in eis aliqua opera charitatis exerceantur.*
6 *Confratriæ vt concedatur restitutio, solemus probare in eis esse minores pupillos,&c.vbi decis.*
7 *Confratriis ex eo quod sint seculares, plures negant restitutionem.*
8 *Confratriis erectis auctoritate Ecclesiastica datur restitutio,aliis vero non.*
9 *Exempla harum confratrium.*
10 *Auctoris opinio,quòd confratriis artium mechanicarum debet dari restitutio,& ibi ratio.*
11 *Confratriis non debet denegari restitutio ex eo quòd sint laicales, quia & laicales etiam sunt vniuersitates.*
12 *Confratriarum bona, lucra, & emolumenta seruiunt pro operibus publicis.*
13 *Confraternitatibus litigantibus per procuratorem dabatur antiquitùs restitutio, sed non quando omnes interueniebant,vbi decisiones.*
Confraternitati in Senatu antiquitùs simpliciter fuit denegata restitutio,vbi dec.ibid.
14 *Confraternitatibus nunc non conceditur restitutio, nisi ostendatur in eis esse pupillos,&c. quod tamen non placet auctori.*
15 *Responsio ad decisionem antiquam relatam suprà num 13.*
16 *Restitutio non datur vniuersitati parua, quæ tractat sua negotia per illosmet paucos de vniuersitate, secùs in magna vniuersitate , quæ ea tractat per administratores.*
17 *Sed reprobatur ea distinctio.*
18 *Vniuersitatis bona non dicuntur singulorum , nec è contra.*
19 *Vniuersitas aliud est,& aliud singulares de ea.*

Decisio CIX.

ALia,& secunda † opinio contraria ei quam fin- 1
damus *in præceden.decis.*est quòd istis Confraternis non detur,nec competat restitutio tatione contraria,quia huiusmodi Confratriæ artificum non pos- 2
sunt dici loca pia, aut causæ piæ , cum non erigantur auctoritate Episcopi,& Ecclesiastica , sed immò seculari , nempe Regum concedentium ad id priuilegia, quò fit,vt dicantur meræ laicales , subsintque proinde iurisdictioni Iudicis laici , provt tradit Auiles *in cap. prætor.cap.2.verbo confœderatio,n.*10 ibi ; *cum sint merè laicis.fol.*25.Gutier.*canon.quæst.lib.*1.*cap.*35.*n.*9.*in fine*, & 10. vbi asserit † confraternitatem non esse pium 3
collegium,sed immò profanum,& seculare,ideò posse

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

de bonis suis disponere, sicut de sæcularibus, Patisf. *consf.* 34.*n.*20.*&* *per tot.par.*4. Menoc. *de recuperan. possess. remed.*15.*n.*30. Marta *de iurisd.par.*4.*cas.*113.*n.*11. Ceual. *tom* 5.*de cogni. per viam violen.*2.*par.q.*32. Lata *de anniuers.lib.*2.*cap.*1.*n.*7. Bouadil. *in sua politi.lib.*2.*cap.*18. *num.*228.

4 Nec interest, † quòd aliqua hospitalitas, & aliqua opera charitatis, & hospitalitatis in his Confratriis exerceantur, cum enim alias per personas laicales regantur, & personas laicales iudicentur, nunquàm iudice Ecclesiastico de his se intromittente, laicales dici debent omninò, vt egregie dicit Francisf. à Ponte *consf.* 18.*n.*1. eleganter Stepha. Gratia. *discep. forens.*5 17. vbi resoluit has confraternitates, quæ non sunt erectæ auctoritate Episcopi, sicut hæ nostræ, non esse loca pia, nec Ecclesiasticas, sed seculares, vbi infinitos fere ad id allegat, Genuen. *in praxi Ecclesiast.*q.606. Caualca. *dec.*

5 17. *in* 2. *par.* Et in isto † casu ad effectum de quo agimus, nihil immutare de sua natura laicali, quòd aliqua opera charitatis, & pietatis in his Confratriis exerceantur, probat pluribus Mar. Anto. Maceraten. *var. resolu.*

6 *lib.*1.*resol.*66. *num.*1. Et ideò † vidi plures præticari inter nostros, qui cum volebant petere restitutionem deducebant, & probabant in Confratria esse minores, & pupillos, parùm confidentes quòd aliter, nisi id probarent, posset eis concedi restitutio. Et in terminis ita præticatum fuisse *de anno* 1603. quòd Confratria, quæ voluit restitutionem sibi concedi, probauit in ea esse

† minores, & eo motiuo *concessa fuit* restitutio, quæ forsan aliàs concessa in nostro Senatu non fuisset, tradit Sigismund. Despu. *in repar. ad Mieres littera C. verbo Confratria officialium, &c.* & ex post *de anno* 1630. in causa Confratriæ Scutellariotũ huius Ciuitatis, contra Confratriam Olleriorum, ad relationem don Raymundi Rubi de Mat y mon, scriba Sebastiano Vilella, cum pereretur restitutio per Scutellarios, non confidit aduocatus, qui egregius erat in opinionibus doctorum, sed in Baptismi quorundam confratrum, qui fue-

† runt exhibiti, per quos facile fuit *obtinere* restitutionem.

7 Atque ita † plures Doctores ex his negant istis Confratriis restitutionem, & signanter Paul. de Castr. *in l.* 2. *Cod. etiam per procur. caus. restitut. in integr. agi posse*, Anton. Gabriel *in comm. conclus. tit. de pia causa, concl.*1.*n.*21. Ioan. Gutier. *canon. quæst. cap.*35. *num.*14. *lib.*1.

8 Tertia opinio † conciliatrix est prædictarum, quòd aut loquimur de Confratriis, quæ sunt erectæ auctoritate Episcopi, aut aliàs Ecclesiastica, aut sine ea: et priioribus concedatur restitutio, posterioribus verò denege-

9 tur. Exempla † priorum Confratriarum ponunt poni in Confratriis Mineruæ, & sacratissimi corporis Christi, sanctissimi Rosarij, sancti Francisci, sancti Augustini, &c. Exempla verò posteriorum, in Confratriis mechanicis, prout sunt Sutorum, Paratorum, &c. ita pulchre distinguit Mestrii. *in cit. dec.*210.*n.*16. dicens quod respectu prioris speciei confratriarum opinio concedens restitutionem non habet contradictorem, cum illæ vere sint loca pia, tanquàm erectæ auctoritate Ecclesiastica, & in his nihil exerceatur præter opera pia, & ad id solùm sunt institutæ, & de eis dicit loqui Cabed. *in cit. dec.*51.*par.*1. respectu verò secundę speciei asserit magis communem opinionem esse contra Sfor. vt post alios testatur Petus. *dec.*90.*n* 9.

10 Ego in hac † quæstione non distinguerem confraternitates à confraternitatibus, sed omnib. indistinctè, restitutionem concederem, ex secunda illa ratione, quam pro priori opinione superiùs *in præcedent. dec.* adduximus, quia nempe hæ confraternitates similiter per administratores reguntur, & administrantur quemadmodum Reipublicæ, & vniuersitates, & sic in istis, quemadmodùm in istis, reperiuntur pupilli, minores, & viduæ, & aliæ etiam miserabiles personæ, quarum interest confratrias seruari incolumes, ne in consequentiam, & ipsi pupilli, minores, &c. lædantur: non ergo video quamobrem confratriis, sicut vniuersitatibus, non debeat concedi restitutio.

Nec interest, † quòd laicales, & seculares sint istæ 11 confratriæ, quia laicales etiam sunt vniuersitates, & non propterea desinunt gaudere beneficio minorum quoad restitutionem. Et præterea, † inspiciatur ad quid 12 communiter seruiant bona confraternitatum, sanè pro operibus pijs, nempè pro celebrando die festo illius Sancti, sub cuius inuocatione est instituta confraternitas, & præterea pro Missis dicendis, pro sepeliendis corporibus confratrum mortuorum, & alijs similibus, exercitijs pijs, quo attento, quis iustis bonis, si pereant, non concedet restitutionem? cum priuilegium non concedatur loco, sed causæ, vt in alio proposito dicit late Rot. Coccin. *dec.*210. & latissimè prosequemur in sequenti de hospitalibus confecta decisione.

Successit † antiquitus disputari istum casum in Se- 13 natu, nempè de anno 1551. & 1553. vt reperi in quibusdam decisionibus manuscriptis Ioannis Sunyer quondàm Regiæ Audientiæ Doctoris, & est *dec.*306. vbi ita habetur. [Fuit dubitatum in Regia Audientia 3. die mensis Decembris 1551. an confratriæ seu collegium artificum possint petere restitutionem in integrum, & sic vtrum gaudeant iure minoris, sicut cæteræ vniuersitates, & fuit visum quòd non, per doctrinam Paul. de Castr. in l. 1. C. etiam per procur. causa in integ. resti. agi posse, sed 1. Iulij 1553. fuit in facti contingentia doctrina Paul. limitata in negotiis, in quibus interuenunt omnes de collegio, sed in litibus, quas ducunt per procuratorem visum fuit posse in integrum restitui.] Illud fuit decisum antiquitùs, de tempore autem nostro, nisi 14 ostendamus, minores esse in confratriis, indistincte *de-* † *negatur* restitutio, quod non video omninò tutum, cum sufficiat, quòd æquiparentur vniuersitatibus confratriæ ipsæ, cum ambæ per administratores regantur, & administrentur, & si requiris minores, & pupillos, cur non sufficiet allegare eos non deficere, sicut facimus in vniuersitatibus? Sed non vidi formiter super hoc puncto declaratum vnquàm. Cautelam tamen aduocatorum in iustificando esse minores in confratria, vt facilius obtineant, quam prætendunt restitutionem, sæpiùs sum expertus, & ideò exemplaria moderna non adduco, sed ex prædictis satis superque me docuisse existimo, quid sit sequendum.

Resolutio † antiqua Senatus facta, vt diximus, po- 15 test habere fundamentum in distinctione, quam in hac materia facit Bart. in *l. Respublica. C. ex quib. caus. maiores.* & in *l. Rempublicam. C. de iure Reipubl. lib.*11. quam late refert, & examinat Nicol. Losæus, de *iure vniuers. part.*5.*n.*18. *ex n.*16. Mauri. Dola. de *restitu. in integ. dict. cap* 417. *&* 418. & Nicol. Gizzarel. *dec. Neapol.*21. *ex n.* 9. Cuius † distinctionis secundum membrum est, quòd 16 si castrum, aut villa habent paucos homines forte sex, vel decem, & sic tractatur negotia communitatis tanquàm propria, & quilibet scit omnia ipsa negotia publica, hoc casu ex quo per se, & non per alios reguntur, est eadem ratio, quæ est in priuato maiore, & ideò restitutionis auxilium non habent, cessat enim ratio, quæ militat in ciuitatibus, & castris, aliisque magnis vniuersitatibus, in quibus est multitudo hominum, qui reguntur per alios, licèt administratores, & inter alias personas sunt pupilli, viduæ, & aliæ personæ miserabiles, quarum causa, & contemplatione concederetur restitutio in integrum vniuersitatibus, sed quia † ea distinctio reprobatur per citatos Doctores, & præterea, quantumuis homines de vniuersitate tractent negotia ipsius vniuersitatis per se ipsos, semper in effectu est vetura dicere, ipsos tractare negotia aliena, cum bona, † & res vniuersi- 17 18 tatis

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sitatis non dicantur singulorum , nec è contra vt dicit Bart.& alij in *l.in tantum*, §. *vniuersitatis*, *ff. de rerum* 19 *diuis.*& aliud est † vniuersitas, & aliud singulares de ea,vt not.glo.in *l.sicut* § *si quid.ff. quod cuius vni.nom.* Gabr.*eod tit.concl.* 1. quæ bona non est iustum relinquere sine remedio, si forsan ex administratione aliorum receperant læsionem , & finaliter vix succedit, maxime in istis populosis ciuitatibus , quòd per ipsas conflatitiæ administrentur , sed per aliquos , qui ad id de certo ad certum tempus eliguntur , ideò non immoror.

ARGVMENTVM.

Hospitalibus , an concedatur in integrum restitutio.

SVMMARIVM.

1 *Hospitalibus communicantur omnia priuilegia Ecclesiæ concessa.*
2 *Ecclesiæ conceditur in integrum restitutio.*
3 *Hospitalia sunt loca pia.*
4 *Loca pia restituuntur in integrum.*
5 *Hospitalia debere restitui in integrum , nullo iure cauetur.*
6 *Restitutio in integrum est priuilegium particulare contra ius,in fauorem minorum indultum.*
7 *Priuilegia cum sint stricti iuris,non extenduntur,sed limitantur,nec habent locum nisi in casibus expressis.*
8 *Priuilegia restringuntur vt quanto minus fieri possit,ius commune ledatur.*
9 *Priuilegia nec ex identitate rationis extenduntur.*
10 *Hospotalia possunt erigi duobus modis, vel auctoritate Ecclesiastica,vel priuata.*
11 *Hospitalia erecta auctoritate Ecclesiastica restituuntur, non alia.*
12 L. omnia priuilegia , C. de Episcopo. & Cleri. *declaratur.*
13 *Hospitalia erecta auctoritate Ecclesiastica solum dicuntur pia,& religiosa,non alia.*
14 *Locus omnis pius includitur sub Ecclesiæ nomine.*
15 *Hospitalium auctoritate Ecclesiastica erectorum bona,non alienantur nisi cum solemnitatibus rerum Ecclesiæ,secus in aliis.*
16 *Hospitalia erecta auctoritate Ecclesiastica, in multis distinguntur ab aliis.*
17 *Requisita vt Hospitale dicatur locus pius.*
18 *Hospitalia auctoritate Ecclesiastica distingui ab aliis in hac materia,non placet auctori.*
19 *Hospitalia omnia eriguntur , vt ibi exerceantur opera charitatis,& pietatis solum.*
20 *Hospitalia erecta auctoritate priuata dicuntur etiam loca pia.*
21 *Restitutionis in integrum beneficium non datur loco,sed causæ.*
22 *Trebellianica non detrahitur confraternitate aliqua substituta.*
23 *Hospitalia omnia administrantur per alios ad instar administrationum , & gubernationum tutorum. & curatorum.*
24 *Restitutio datur furiosis, mente captis, & prodigis, quia per alios illorum bona reguntur,& administrantur.*
25 *Hospitalia semper habent minores , & pupillos, & personas miserabiles,quibus alias competeret restitutio.*
26 *Senatus praxis quod restitutio concedenda Hospitalibus.*
27 *Hospitali sanctæ Crucis Bareinonensis Ciuitatis,solet Senatus concedere restitutionem.*

DECISIO CX.

PRæcedentibus † quæstionibus iure optimo annectitur ista , nunquid Hospitalibus concedatur , & seu concedi debeat in integrum restitutio,sicut minoribus, & Ecclesiis,ac Vniuersitatibus conceditur. 1

In qua pro affirmatiua videtur facere tex. *in l. omnia priuilegia , C. de Episcopis & Clericis*, vbi omnia priuilegia concessa Ecclesiis extendantur ad Hospitalia , & alia similia loca pia, vnum autem , † ac illud quidem egregium Ecclesiæ priuilegium est vt restituatur aduersus quamcunque læsionem ei contingentem, *cap.1.ex.de in integ.restitu. & cap.1.eo.tit.in 6.* ergo debent Hospitalia in integrum restitui si læduntur Istud argumentum est proprium Euerar. *in suis topic. legal.tit 75.ab Ecclesiis ad pia loca.per tot.* 2

Secundò † in Hospitalibus nihil præter pia opera excercentur,& religiosa, dando pauperibus in infirmitatibus constitutis , quandò aliud refugium non habent, quandò in maiori vitæ discrimine versantur, id quo opus habent vt viuant, quibus attentis,quis dicet Hospitalia loca pia non esse ? sanè qui pius non erit: loca autem † pia beneficio restitutionis in integrum frui , & gaudere debere, nullus dubitat,late Tiraquel. *in tract. de pia causa,priuileg.*138. Oddus *de restitu.in integ. par.*1. *q.*3. *n.*31. vbi dicit , hanc sine dubio esse communem opinionem , nemine penitus dissentante, Mesttril.*decis.Sicil.*110.*n.*3.*lib.*2. 3

Sed pro negatiua † facit , quòd nullo iure cauetur, Hospitalia gaudere debere beneficio restitutionis in integrum,& erubescimus sine lege loqui, *Lillam, C.de collat.* 5

Additur † quòd restitutio priuilegium dicitur , & singulare, & particulare , quia contra iuris regulas illius beneficium Prætor minoribus indulsit *in l.* 1. §. *hoc edictum ff.de minor.* & priuilegiati communiter dicuntur,quibus hoc beneficium conceditur,iuxta illud, *priuilegiatus contra priuilegiatum non vtitur priuilegio suo.*de qua re *in l.verum,*§.*item quæritur, de minor.* constat autem,† quòd priuilegia cum sint stricti iuris non extenduntur , sed limitantur , & ideò non habent locum, nisi in casibus expressis,vt dicit eleganter Imper. *in l.*2. *C.de legib.* in illis verbis,*nec generalia intra sint,sed leges fiant iis duntaxat negotiis ,atque personis, pro quibus fuerint promulgata* , loquebatur Impera.in dicto loco de priuilegiis, *l. ius singulare,ff.eod.tit.*§.*sed & inst. de iure nat.gent. & ciuil.* vt minus † quam sit possibile ius commune lædatur, *cap.nos,*§.1 *de tempor. ordina. lib. 6. plenè Valenzuel. cons.*35.*n.*268.*&* 269. 270. 271. 272. vbi quòd † nec etiam ex identitate ratio- 9
nis sit extentio in priuilegiis , Giron *de priuileg. & exemp. explica.n.*35.sequitur inde. quòd cum non habeamus legem de Hospitalibus loquentem , ideò non debemus ei beneficium istud , & priuilegium , & ius singulare concedere per extentionem à minoribus ad Hospitalia. 6 7 8

Sed obtinuit,† quòd nec vna, nec alia ex prædictis rationibus sit recipienda in suo rigore , sed sit distinguendum inter Hospitalia,quæ sunt erecta auctoritate Ecclesiastica,& ea quæ priuata, ex pia alicuius particularis voluntate:posse enim vtroque modo instituj, & auctoritate Ecclesiastica, & priuata, latissimè probat Guillet.Guidobon.*aduoca.*106.*per tot.*Priora † dicuntur beneficio restitutionis in integrum gaudere, posteriora verò non.Hanc distinctionem facit Oddus, *de restitu.in integr.par.*1.*q.*3.*art.*6.*n* 46.*vers.ego breuiter.* Anto.Gabr.*in communi. concl.tit.de pia causa.tota concl.* 24.Ioan.Gutier.*canoni.quæst.lib.*1.*cap.*35.*n.*29.vbi † dicit iuxta hanc distinctionem esse intelligendum text. 10 11 12

celebrem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

celebrem in *citat. l. omnia priuilegia 34.C.de Episc. & Cleric.* quã tamen is Auctor allegat erronee sub *tit.de sacrosan. Eccles.* vbi disponitur, omnia priuilegia, quæ conceduntur Ecclesiis, extendi hodie ad huiusmodi hospitalia, & alia loca pia, don Ioan.del Castill.Sotom. *quotidian. controuers.iur.de vsufructu.cap.54.n.24.* Hieron.Gonzal.in *reg.8.cancell. glo.5 § 4.num.21.*sequitur Rot. Rom. vt est apud Ludouis. *dec.54.ex n.11. & dec.168.in recentio.recollec.per Farinac.par.1.* Ioseph.Ludou.*dec. Perus. 30.n.6.& 7.* Carol.de Graal.*de effectu.de clerica.effect.1. n.122,* Marta.*de iurisdict. part.4.centur. 2.cas.113.n.10.*

13 Et est huius † distinctionis ratio, quia quandò hospitalia sunt erecta, & instituta cum authoritate, & licentia Episcopi, tunc duntaxat dicuntur loca pia, & religiosa, secùs cum authoritate priuata, ita omnes supra citati, & signanter Rota Ludouis. *dict dec 4.n 15.* Gabed. *dec.104 n.1.in 1.part.dec.iij.Portugal.* Gonzal. ad *reg.8.cancell glo.5.§.4.n.* 21.22. & 23.& magis extense Aluar.Velas.*consult.105 ex n.5.* provt de confraternitis diximus in præced.decis.cumque restitutionis beneficium solùm possit contingere hospitalibus, ex eo

14 quòd sunt loca pia, ea ratione, † quia Ecclesiæ nomine includuntur omnis pius locus, *cap.requisisti. ex. de testamen.* Lap.de *castrilli.de hospitalibus.n.*13. Giton.de *priuileg.n.*520.sequitur quod quandò non considerabuntur hospitalia, vt loca pia, non dabitur eis restitutio.

15 Hinc † videmus, quòd quandò authoritate Episcopi hospitalia sunt erecta, & instituta, tunc eorum bona non possunt alienari, sine eisdem solemnitatibus, quæ requiruntur in alienatione rerum Ecclesiæ, secus si sine dicta auctoritate, quod late, inter alios suprà adductos, prosequitur Sotoma. de *vsufruc.d. cap.54.n.24.*

16 Alias † plures differentias inter hospitalia erecta, & instituta auctoritate Episcopi, vel auctoritate priuata, tradit fuse nimis Velas. per *tot. dict. consult.* 105. Ex quibus sequitur, quòd qui iuxta hanc opinionem voluerit prætendere restitutionem pro hospitali, necesse habebit probare, quòd sit locus pius cum omnibus requisitis, quæ ponunt Doctores citati in hoc discursu, & signanter post alios Marta de *iurisd.par.4.centur.*

17 *1.cas.113. n.*24. Et sunt † tria copulative. Primo, vt sit locus, cui personæ ita adiunctæ sint, vt nequeant separatim considerari. Secundo, vt sit ordinatum ad pia loca, & opera, & hutiusmodi opera pia in eo exerceantur. Tertio, vt sit approbatum, & ædificatum authoritate Summi Pontificis, vel Ordinarij.

18 Mihi non † placet distinctio inter hospitalia, & hospitalia, sed omnia existimo dici debere loca pia, saltem ad effectum de quo agimus, siue auctoritate Episcopi, & seu Ecclesiastica, sine etiam auctoritate priuata ex aliquius pia voluntate sint instituta, & erecta, nam quoad alia non ignoto, quamplures reperiri, ac adnotari differentias, ac discrepantias, de quibus satissime per Aluar.Velas.in *sæpe citat consult.*105.vbi ex proposito eam prouinciam suscepit.& cum satisfactione ab-

19 soluit, quia † in vtroque casu finis institutionis fuit, & est, vt ibi exercęantur opera pietatis, & charitatis duntaxat, quo præsupposito, quis non dicet ea loca pia? Vt saltem ipsorum miserendum sit, si forsan negligentia administratorum, & culpa eorum, aliquod damnum succedit tot pauperibus, & miserabilibus personis, quæ ibi aluntur, & quarum vita ibi conseruatur, qui sine hospitalibus sine dubio peri-

20 rent. Atque † ita, quòd etiam hospitalia erecta auctoritate priuata absque Epis. licentia dicantur loca pia, in individuo tenet Garcia in *tract. de benefi. 5.p.c.1.n.* 602. vbi tradit ea quandoque sacram Cardinalium Congregationem declarasse, multaq; allegat, quæ ego non omississem, si ipse non adduxisset, Sotoma.de *vsufruct. d.cap.54. n.24. in fin.* remissio ad sacrum Conc.

Trid. *sess.22. cap.8.de reform.verb.hospitalia,* quæ abundanse st.

Et si vis, † considera, ad libitum tantam laicalita- 22
tem in his hospitalibus, quanta considerari potest, eo quòd non sint auctoritate Ecclesiæ ea instituta, & quòd propterea non valeant dici loca pia; adhuc ex duobus non potest eis denegari restitutio cum læduntur circa bona, & reditus ipsorum. Primò, quia ad id non est necesse esse locum pium, sed sufficit opera pietatis exerceri in eo, & per illud, quia priuilegium nõ datur loco, sed causę. Quis non videt bona hospitalium deperire causi-pus? Qui s non experitur, quòd quæ cunque eis relinquuntur, ad pia opera relinquuntur? Inde sequitur ius, qui bona ista administrant, non posse denegari eorum nomine, & causa restitutionem, Paul. de Castr. *cons.167.n 2.lib 2.* Manti.de *consil. ultim.volunt.lib.4.tit.5.ar.16.n.5* Gabr.de *pia causa concl.2.n.*15. Peregr.de *fideicom.art.1.n.63.vers. & nota,* & Rot. Coccin.*decis.110 n.2.* qui licet † non sequatur in isto casu in individuo, idem tamen est ille casus, ficut iste, ibi disputabatur an Trebellianica, quæ prohiberet detrahi de causis pijs, centeatur prohibita de confraternitatibus laicalibus, vt pote absque auctoritate Ecclesiastica instituris, & refolata? quòd sic, ex prædictis rationibus, quia ad istum effectum non inspicitur locus, quia ei non datur priuilegium, sed causæ cui relinquitur. Sic in nostro casu, inspiciendo causam, ob quam hospitalia habent bona, non poterit denegari restitutio.

Secundo † in his ego vlteriùs considerandum exi- 23
stimo illud idem, quod in *praecedenti decisi*, recepto confratriarum diximus, quòd etiam hospitalia sunt confraticia corpora, quæ per administratores regũntur, & administrantur, sunt (dicit apposite Gonzal. ad *regul. 8. Cancell. §. 4. glo. 5. num.* 8.) velut quædam administrationes, seu gubernationes administrat rotorum, & curatorum, quod deducitur clare ex text.in *Clem.quia contingit, §.vt autem,de religio domib.* ibi: [Sed eorum gubernatio viris prouidis, idoneis, & boni testimonij committatur, quia sciant, velint, & valeant, loca ipsa, bona eorum, ac iura vtiliter gerere, & eorum prouentus, & reditus in personarum vsum miserabilium fideliter dispensare, &c.

Quare † furiosis, mente captis, & prodigis, sicut mi- 24
noribus datur restitutio, nisi quia sicut minores sub aliena cura, & gubernatione, ac administratione eorum bona existunt? de quo assumpto quamplurima apud Cald. Percy.in *l.si curatorem. verb.tum non absimilis, C de integr. restitu.ex n.1.* vbi allegat ad id multa iura conferentia, & signanter ad id est text. elegans in *l.properandum,§.fin.C de indict* quoad restitutionem, tota vis sit in eo quòd sub aliena cura sint, ibi, *sin verò causæ, vel pupillorum, vel adultorum sint, vel aliorum sub cura agentium, &c.*

Deinde, † in his hospitalibus nunquàm deficiunt 25
minores, & pupilli, & aliæ miserabiles personæ, sicut in vninersitatibus, quæ in consequentiam ex mala administratione læsionem recipiunt, cur ergo non subuenietur eis in isto casu? Hæc opinio mihi magis sine dubio placet, & arridet, nec arbitror oportere eam vlteriùs iustificare, sufficiunt enim quæ suprà dicta fuere. Nec etiam quòd respondeamus ad quæ contra instis contrariis, quæ satis dissoluta manent ex prædictis.

Sed † quia patùm prodesset, quòd nos vrgaremur aliam 26
sequeremur opinionem si contradiceret Senatus, dico quòd respectu hospitalis generalis sanctæ Crucis huius almæ ciuitatis Barcinonensis, in quo quæ abundat magnis litibus, propterea magis, quàm in aliis datur occasio de his tractandi, non est debitum † quin 27
concedatur in Senatu restitutio, atque ita *practicatur*: 28
Verum est, quòd illud hospitale est erectum, & institutum auctoritate Ecclesiastica sine dubio, & habet

præterea

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

prærerea omnia alia,quæ Doctores considerant in hospitali,vt dicatur locus pius,vt est apud Ioseph.Ludou. *dec.Perusi.30. n.7.* & Carol de Grat.*de effectu clericat. effect.n.12.*,in quibus locis isti auctores describuntur, & delineatur ad viuum nostrum potius hospitale sanctæ Crucis,quàm aliud, cum adsit Ecclesia cum campanili,in qua Ecclesia quotidie celebrantur diuina Officia,adsint sepulturæ,curatrix infirmi,nutriuntur multitudo infantium,qui ex tota ista Prouincia illuc transmittuntur,traduntur nuptui mulieres, quæ ibi fuerunt alitæ,& educatæ,& tandem moderate,& sanctè gubernatur à personis Catholicis,pijs, circumspectis,& c.sed quamuis non ita esset,cum abundet pupillis,minoribus ac aliis,miserabilibus personis,& regatur per Administratores,arbitror quòd Senatus eodem modo ei restitutionem † *concederet*,& non solùm ei,sed & cuicunque alteri etiam,ex rationibus suprà adductis.

ARGVMENTVM.

An maiori litiganti sit concedenda restitutio in integrum ex capite minoris ætatis alterius, qui non est in iudicio, ob illius interesse coniunctum cum interesse litigantis.

SVMMARIVM.

1 *Casus disputandus in hac decisione.*
2 *Restitutio minoris prodest maiori litis consorti.*
3 *Secus est,si minor non est in causa quamuis cum maiore litigante habeat ius connexum.*
4 *Persona illius solum attenditur,cuius nomine,& contemplatione actus geritur.*
5 *Restitutio non conceditur quando ij quibus competit, contrahunt pro maiore.*
6 *Restitutio non datur minori nisi in eo,quod cum ipso gestum est.*
7 *Persona in contractu non intervenientis nulla ratio habenda est.*
8 *Restitutio in iudicio non conceditur minori ad litem venienti post lapsa cum maiore cui successit,tempora.*
9 *Restitutio non datur minori in his,quæ cum eo gesta non sunt,sed cum defuncto maiore.*
10 *Mater potest tutorem datum filiæ suspectum postulare.*
11 *Restitutio denegatur marito maiori petenti illam nomine uxoris minoris in contractu per maritum celebrato læsæ.*
12 *Pupilli priuilegio gaudet qui pupillus non est,in re communi.*
13 *Indiuisa,connexa,unita gaudent eodem priuilegio, si vnum est priuilegiatum.*
14 *Minoris ius coniunctum cum iure maioris in indiuiduis non potest conseruare illæsum,nisi conseruetur etiam ius maioris.*
15 *Idoneus in individuis quis non potest esse respectu vnius,& non idoneus respectu alterius.*
16 *Dispositio facta fauore vnius personæ,extenditur ad aliam,quando alias persona inclusa non gauderet beneficio illius dispositionis.*
17 *Immunitas concessa Doctoribus,extenditur ad eorum fratres viuentes in communione.*
18 *Socius in individuis gaudet priuilegio socij.*
19 *Emptores fructuum Ecclesiæ gaudent illius priuilegio,cum redundaret in damnum Ecclesiæ si aliter fieret.*
20 *Priuilegiatus quando non posset alias gaudere priuilegio,recedit a persona.*
21 *Individuorum,connexorum,unitorum,priuilegia multa enumerasse.*
22 *Decisiones Senatus Portugaliæ in casu huius decisionis.*
23 *Decisio nostri Senatus approbans nostram opinionem.*
24 *Priuilegium minoris semper communicatur maiori in indiuiduis.*
25 *Vidua in Cathalonia pro suis doribus possidentes bona virorum suorum habent multas prærogatiuas.*
26 *Sententia lata contra mulierem tenentem, & possidentem bona viri,nocet hæredi.*
27 *Mulier tenutaria pro sua dote,potest in iudicio petere restitutionem ratione minoris ætatis pupilli, cuius sunt bona.*
28 *Appellatio vnius an suspendat quoad alios, & efficiat ne sententia contra non appellantes exequatur.*

DECISIO CXI.

Litigabat † mater cuiusdam pupillæ coram egregio Senatore don Ioanne Magarola,nunc in supremo Aragonum Concilio Regente contra patrunum eiusdem pupillæ,super tutela,& cura illius,quam prætendebat mater, quam prætendebat patruus, quia pupilla valde pinguem habebat hæreditatem sibi a patre defuncto relictam (semper pupilli diuites reperiunt plures tutores,nunquam deficiunt ; non ita pauperes.) Allegabat mater malos patrui mores,& ea ratione pietatis necessitudine , sicut ei concedit Imperator in §. *consequens,inst. de suspec. tutor. & curator*, illum suspectum postulabat , sed negligens fuerat intra tempora ordinaria ad probandum concessa , iustificare causas suspicionis , petiit restitutionem in integrum ad probandum extra tempus , ex capite minoris ætatis ,non suæ,quia iamdiu in perfecta ætate erat,sed pupillæ filiæ suæ adhuc impuberis. Contradicebat pars,& mirabatur quòd maior,quæ litigabat,peteret restitutionem ad probandum nomine minoris, quæ non erat in causa : dubitatum fuit,quid iuris ? 1

Pro partuo† contradicente restitutioni, facere videbatur,quòd priuilegium minoris litigantis benè visum est prodesse maiori eius consorti in eadem lite in re inter eos communi,& indiuisibili,& sic restitutionem minoris suffragari consorti,vt probatur *l.1. C. de consort.eius.lit.* ad quod iustificandum,tot tantaque adducit don Garci.Mestril.*decis.42. ex num.8.cum pluribus seq.par.1.* Alexan.Trentac.*var.resol.vol.1. lib.2.tit. de muneribus,resol.5.per tot.*& Ioseph.Ramon.*cons.41. num.3.*vt superstatum mihi videatur alios superaddere. Sed † quòd maior litigans solus sine minore, qui ius quantumuis connexum cum suo habet , velit quærere priuilegium minoris , & eo iuuari aduersus suam propriam negligentiam,& segnitiem,id iure cautum non reperitur,nec bonæ rationi esse consentaneum iudicari potest,ad quod Bonifaci.Ruger.*cons.2.ex n.113.* plura iura cumulauit videnda, quæ hic ego non transcribo, ne actum agam. 2

Secundò , † quia in effectu minori esset concedere restitutionem , non maiori eam postulanti cum ea nomine ipsius postuletur , certum enim est personam illius duntaxat attendi cuius nomine, & contemplatione actus geritur , *l. fideicommissa , §. interdum . ff. de lega. 3.* Bat. in *l. 2. §. interdum.numero 2. ad Trebell.* Surd. *decis.182. num. 16. & decis.291. numero 3. & 4.* idem Surd. *cons. 140. numero 16.* Rimin.iun. *cons. 641. numero 42. & sequen.* Quod † est adeò verum , vt si maior contrahat ministerio serui, minoris, vel alicuius alterius,cui competeret alias restitutio , non esset illi concedenda, 3

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quia spectatur persona domini, & repræsentata, non repræsentans, ex text. in *l. denique § fin. ff. de minor.* late Surd. in *cons. 140 ex num. 16. in 1. lib.* Concedi autem † minori non litiganti restitutio aduersus ea, quæ vel malè gesta, vel negligenter omissa in ipsa lite sunt, non potest, quia minori non succurritur, nisi in eo, quod cum minore gestum est, *l. 1. l. 1. ast prætor. ff. de minor.* & in *l. 3. § parui. ff. de pecul.* Sicut etiam † personæ in contractu non interuenientis consideratio habenda non est, *l. si stipulatus, § Chrysogonus ff. de verb. oblig.* ita nec illius, quæ in iudicio non est, Gam. *dec. 162. n. 1.* Iude † videmus, quòd etiam quando minor venit ad litem post mortem patris, vel alterius, qui eum reliquit hæredem, si ille qui antea erat in causa omisit labi tempora absque probationibus, non est audiendus postea minor volens beneficio restitutionis in integrum in fauorem minorum indulto, admitti ad probandum, idque non alia ratione, quàm quia læsio non contingit de suo tempore, quo ipse erat in lite, & sic nihil cum eo gestum est, cuius ratione possit prætendere læsionē, & eius respectu restitutionē, *l. Æmilius Largianus. ff. de minor.* Affl. Cl. *dec. 212.* Vinc. de Franc. *dec. 247* & ego † etiā adduxi, & Senatus nostri *decisione* ornaui, in *1. de pali. nouellam 3. n. 5.* quæ inter Cæs. Barzi. *dec. 107. n. 12.* vbi ex † text. in *d. l. Æmilius Largianus*, deducit ex eadē ratione superius proposita, quòd cum nihil gestum est cum minore, sed agitur de obligatione ex facto defuncti, non est minori danda restitutio ex capite minoris ætatis, sequi igitur videtur maiori, ex capite minoris ætatis eius, qui interesse habet in re de qua litigatur, restitutionem non fore concedendam.

Si mater, † pietatis necessitudine, vt ei concedit Imperator in *allegato § consequens, instit. de suspect. tutor.* patruum suspectum postulasset, & non alia ratione, neque aliquo interesse proprio mouente, litem instituisset, tunc negotium agere pupillæ dici potuisset, & ex consequēti in eo, in quo in lite læsa forer, restitutionem illius nomine petere posset. Verùm non ita res erat, sed immò mulier magis attendebat, quòd ipsa fieret tutrix, & quia patruus id ei contradicebat, quia transferat ad secundas nuptias, volens se affligendum, ideò mulier conabatur multa contra illum obijcere, quibus repelleret, quæ ratio est, quòd hæc mulier de proprio interesse principaliter agens, cum sit maior, beneficio gaudere debeat minoris ?

Per quæ, † cum in Senatu Lusitano tractaretur quæstio, an matito restitutio competeret ex capite præiudicij illati vxori minori viginti quinque annorum in contractu ab ipso marito gesto, decisum refert Anton. Gam. *decis. eiusdem Senatus 162. n. 5.* restitutionem non competere, ex quo nihil cum muliere minore gestum foret, quæ videtur resolutio decisiua huius nostri casus.

Sed prædictis, † & aliis quibuscunque non obstantibus defendi, restitutionem ad probandum ex capite pupillæ minoris, forè matri, in casu de quo agebatur, concedendam, ad quod in primis adducebam text. in *l. si communi fundum 5. in fin. ff. quemad. seruit. amitt.* ibi; [Si communem fundum ego, & pupillus haberemus, licet .tenuae non videretur, tamen propter pupillum, & ego viam retineo.] quo loco apparet de priuilegio pupilli participare eum, qui pupillus non est, propter interesse pupilli, cum interesse non pupilli cōcurrens, ita hanc text. in proposito inducit Bonifa. Ruger. *dict. cons. 1. num. 2.* Idem Odd. de *restitut. in integr. quæst. 46. art. 4. numero 10. uersus pro qua adducitur*, cui addit & alium text. præsertim similem, in *l. loci corpus. § si fundum. ff. si seruit. vendi.* vbi dicit patrem videri esse casum in illis verbis, *tamen de re quidem ipso singuli experientur, & victoria etiam aliis proderit*, eundem text. in idem adducit Mestril. *decis. 42. n. 5.* & Stepha. Gratia. *discep. fori cap. 113. n. 6.*

Secundò † adducebam in proposito rationem connexorum, vnitorum, & individuorum, in quibus nullus nescit, communicari priuilegia, & beneficia, ita vt omnes habeant quod vni solùm competit, aliàs ex se priuilegiato, ex glo. in *cap. 1. verb. vitiendo. extr. ne sed. vacan.* & in *cap. ex temporis, verb. triue. 16. quæst. 1.* late Fului. Pacian. de *probat. lib. 1. cap. 26. n. 16.* & late etiam Mestril. *allega. dec. 42. ex n. 5. cum sequen.* cum aliis antea cum eo adductis in *princ.* Rationem † egregiam in proposito, maioris volentis gaudere beneficio minoris in his connexis, & vnitis Sfor. Odd. tradit *dict. quæst. 46 art. 4. n. 11.* quia cum necesse sit, quòd minori ius suum illibatum, & integrum conseruetur, & non possit remanere, si integrum etiam ius suum maiori pariter remaneat, propter connexitatem, & indiuiditatem rei, quæ non permittit illam diuidi; sequitur quòd si maior indigebat in integrum restitutione pro suo iure conseruando, cum sic conseruet etiam ius minoris, & de eius etiam beneficio agat, iure optimo fore ei, ex capite minoris ætatis alterius, maiori etiam, restitutionis beneficium indulgendum.

Quòd au em † hic simus in indiuiduis, nemo ambigit, quia clarum est, quod patruus, qui impugnabatur, non potest pro parte esse idoneus, & pro parte non, id est pro parte male is non idoneus, & pro parte pupillæ idoneus, vel e contra, ad tradita per Mestril. *d. decis. 42. ex n. 10. cum seq.* & delatat late Odd. *d. quæst. 46. tot. art. 5.* vbi articulum disputat quando res dicatur diuisibilis, vel indiuisibilis in proposito.

Fmo † cum pulcherrima *decis.* Surd. 301. *per tot.* vbi elegantes in fauorem huius opinionis adducit sequentia. Primò, quòd dispositio restricta ad vnam personam, extenditur ad aliam, quando alias persona inclusa non gauderet ea dispositione, secundum glo. in *l. fin. C. de mūner. & honor. non cōtinuan. lib. 10.* Secundò, † quòd immunitas Doctoribus concessa extenditur ad eorum fratres viuentes in eo mmunione, quia si fratres ipsi foluerent, id redundaret in damnum Doctoris, ex quo stante communione non potest vnus nummus solui, qui non sit communis. Tertiò † quia vbi materia est indiuidua, locus gaudet priuilegio loci, quo alias non gauderet, ad quod allegat *l. qui duos ff. de libera. legat.* & alias à nobis iam ad suctam *l. si communem ff. quemadmod. seruit. amitt.* Quartò, † quòd tamen in emptores tinctorum perceptorum ex bonis Ecclesiæ, teneantur ad gabellam, tamen hoc fallit, quando vnus ex eis tur damno Ecclesiæ, puta qu a vilibus venderet. Quintò, † quòd in priuilegio recedit a persona, quando alias priuilegiatus, non posset gaudere beneficio priuilegij per quæ refert is doctor cōsultum in Senatu Mantuano, relati prum debitori concessum, quo mandabatur quatuscunque iudicibus, ne eum in ære, aūt persona molestarent, impedire nedum molestiam inferendam debitori respectu bonorum, quæ erant penes ipsum, sed etiam resp. ctu eorum etiam, quæ antea sequestrata reperiebantur apud sequestros, ob damnū, quod inde sequeretur ipsi debitori, per quod fuit iudicatum, quòd eodem modo infringerentur debitori priuilegium si ageretur contra sequestrum, atque si contra ipsum. Hæc facile applicantur nostro casui, non est opus inductione. Alia si vis ad idem instimutum, vide apud Stepha. Gratia. *discep. fori. cap. 113. lib. 1. & discep. 64. lib. 4.* in quibus † locis plura habes, de priuilegio connexorum, & individuorum, inter eos communicando, & ibi tradunt ar alia plura exempla simillima his, quæ tradit Surd. *vbi sup.*

Per quæ, † [illegible] pro communicatione priuilegij minoris matri facienda declaratum, & concludum in Senatu Lusitano fuisse, refert Gam. in *citat. decis. 162.* licet in casu illius decisionis non fuisset tunc obtentum, pendebat tamen causa supplicatio-

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

idem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

idem etiam postea pro nostra opinione fuisse in eodem Senatu resolutum, auctor est Melchi. Phæb. *decis. tom. 1.* Et in causa † à me initio proposita, licèt à principio dura videretur petitio restitutionis, quam maior faciebat prætextu minoris ætatis alterius, qui non erat in causa, verùm deinde re bene
† perpensa, *declaratum* fuit die 19. Aprilis, 1630. referente dicto egregio Senatore don Ioanne Magarola, matri concedendam restitutionem ad probandum articulos extra tempus oblatos, ex capite minoris ætatis filiæ quantumvis non litiganti, quia tractabatur de eius interesse indiuiduo, & inseparabili ab interesse matris. Scriba erat Sebastianus Costa. Partes Lucretia de Ortz & Iulia, quæ antea fuerat Torner, cum quodam N. Torneq villæ Prataæ Confluentis.

24 Nec obstant, † quæ in initio fuerunt in contrarium adducta, quia omnia cessant infallib. licet dato interesse minoris coniuncto indiuisibiliter cum interesse maioris, taliter quòd minoris priuilegium nullum esset, nisi etiam ad maiorem in illo casu extenderetur.

25 Hæc seruat † pro subueniendo pupillis, quando mulieres eorum bona tenent pro suis dotibus in vim *constit. hac nostra, sub tit. dissolo matrimonio.* scis enim ipsis mulieribus in hoc casu, licet nomine vsufructuariarum legalium tantùm donentur, tantam esse constitutam potestatem, vt interim dicantur vniuersales bona tenentes, habeant vices hæredum, & tanquam hæredes reputentur in omnibus, ac per omnia, ac denique sustinent actiones actiuas, & passiuas, adeò vt non sit opus citare hæredes, sed cum sola muliere agere, & quod cum ea fit, præiudicat omnibus, prout ego ex nostris practicis, ac variis
†† Senatus *decisionibus* adduxi late *in 2. de pact. nuptial. clausu. 7. glos. 3. part. 3. ex num.* 24. In hoc enim † differt vsusfructus mulieris tenutariæ ab aliis, quòd licèt in reliquis vsufructuariis sententia contra vsufructuarium lata non noceat proprietario non citato, nec è contra, *l. is cuius, in §. fin. ff. de vsufruct.* Cavalcan. *de vsufructu mulieris lito. num.* 125. & Sotoma. *in simili tract. lib. 1. cap.* 34. *num.* 6. non tamen est ita in muliere tenutaria pro sua dote, quia iudicium cum ea actum reliquis præiudicat, vt dixi. Si
27 mulier † hoc tenutariæ nomine conuenta negligens forte fuerit in non probando suo tempore, aut alias in iudicio læsa, si hæres est minor viginti-quinque annorum, provt plerunque fit, tunc erit bonum recurrere ad restitutionis in integrum beneficium ex capite minoris ætatis hæredis, cuius sunt bona, quique indiuisum ius habet, ac inseparabile, rebus vt tunc, cum mulierc, & non poterit denegari: a paucis vidi id interatum, sed ne dubites, succedet benè.

28 Hoc intrabat † multùm scitu digna quæstio, an si vnus ex pluribus appellauit ab aliqua sententia contra eos lata, ea appellatio, sicut suspendit executionem respectu appellantis, communicato priuilegio sit idem respectu aliorum non appellantium, an obtenta victoria per appellantem, quoad reuocationem sententiæ, prosit etiam reliquis, vide apud doctissimum Stephan. Gratian. *dec. prouinciæ March. 142. discept. forens. 115. lib. 1. & discept. 641. lib. 4.* vbi latissime de his, quæ ego omitto, quia absoluta est materia, quam in hac decisione tractare proposueram.

ARGVMENTVM.

Restitutio in integrum ad probandum concessa minori, an prosit suo aduersario maiori in alio articulo diuerso, & separato.

SVMMARIVM.

1 *Maior an iuuetur restitutione minoris in articulo diuerso.*
2 *Dilationes omnes, quæ conceduntur minoribus, iura volunt esse communes maioribus cum illis litigantibus.*
3 *Decisio Senatus, qua fuit declaratum restitutionem minoris esse communem, nulla facta distinctione inter diuisibile, & indiuisibile.*
4 *Æqualitas in iudiciis est seruanda.*
5 *Iudicia non debent claudicare.*
6 *Maior gaudet restitutione minoris, etiamsi illi velles minor renunciare postquam concessa fuit.*
7 *Priuilegium impetratum per minorem in restitutione concessa, contingit aduersarium, qualisc unque ille sit.*
8 *Exceptio personarum nulla debet esse in iudiciis.*
9 *Maior non potest in diuisibili iuuari restitutione, & beneficio minoris, nisi quoad illud caput, in quo minor impetrauit illam.*
10 *Limitata causa limitatum producit effectum.*
11 *Appellatio in vno articulo, non deuolvit totam causam in articulos separatos, & non connexos, nec indiuiduos.*
12 *Opinio, quod maior vtatur restitutione minoris in omnibus, videtur æquior, sed quæ restringit ad illud solum caput, in quo minor petiit restitutionem, certior.*
13 *Æqualitas videtur consideranda in probationibus vt maior solum probet super eo capite, super quo minor impetrauit restitutionem tantum.*
14 *Vna & eadem res potest diuersis iure conseruis respectu diuersorum, & diuersis respectibus.*
15 *Decisio Senatus, quod maior non iuuetur restitutione minoris, nisi quoad caput, pro quo minor restitutionem implorauit.*

DECISIO CXII.

PEtpulchrum † in hac restitutionis in integrum materia, de qua in decisionibus præcedentibus tam abundè tractauimus, fuit subtratum dubium, nunquid si in causa minoris cum maiore habente duos articulos, sit ius dictum circa vnum in fauorem minoris, & circa alium in fauorem maioris, & ambo à sententia appellauerint, seu supplicauerint à capitibus eis respectiue præiudicialibus, restitutione per minorem post lapsa tempora implorata ad probandum in capite sibi præiudiciali, à quo appellauit, & circa illud, possit maior se iuuare ad probandum, nedum de contraria materia respectu illius capitis, sed etiam respectu alterius capitis diuersi præiudicialis à quo appellauit. 1

Et primò † quidem videtur indubitatum, maiorem posse ea restitutione vti ad omnia, quia leges nostræ, dilationes quæ conceduntur minoribus, medio in integrum restitutionis beneficio, communes volunt esse maioribus etiam cum eis litigantibus ad probandum similiter, idque generaliter, & indistinctè, vt probatur vulgata *lex penult. Cod. de tempo. in integr. restitu.* ibi: [Qua dilationis si à reo impetratur, etiam actor in requirendis probationibus vti minimè prohibetur,] quæ 2

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sunt multùm generalia verba, vt quicunque velit vti dilatione aduersarij possit, & quòd restitutio sit communis, nullus dubitat, de qua re sunt latgæ remissiones apud Vincen. de Franc. & eius modernos addentes *decis. 169. Afflict. dec. 113.* & ibi Vrsil. don Garci. Mesttul. *decis. 42* Aluar. Velasc. *consult. 25.* Capici *decis. 170* Bernar. Muscatel. in *prax. cruil. par. 6. glo. communis*, Cald. Perey. in *l. si curatorem habens, verb. vel aduersarij dolo, num. 22. C. de in integr. restit. min.* quos scribentes volui ita late recensere, non tam vt tam vulgare axioma probatem, quàm vt apud eos pulchras alias, quas in materia tractant quæstiones, videres. Adde nostrum † Michael. Ferr. in *suis observan. cap. 480 par.* 3. vbi asserit, fuisse simpliciter, & quod plus est absque vlla facta distinctione inter diuidua. & indiuidua, *declaratum*, restitutionem minoris prodesse maiori litis consorti aduersus Afflict. *dec.* quam allegat erroneè 230. cum sit 113.

4 Et est ratio, † quia alias non seruaretur æqualitas, cum tamen nihil magis in iudicio conueniat, quam æqualitas, *l. qui accusare, C. de edend. & cap. cum inter, de except. l. non debet, ff. de reg. iur.* Perey. *vbi sup.* nec iu-
5 dicia † debent claudicare, *l. die Sabbati, C. de inde.* Perey. ad *d. l. si curatorem habens vel b. vel aduersarij dolo,*
6 *num. 22. vers. aduerto tamen*, quod est † adeò verum, vt nec liceat post concessam restitutionem, illi renunciare in præiudicium aduersarij sui; adhuc enim si fiat renunciatio, potest aduersarius restitutione vti, vt probant omnes fere, quos suprà adduximus, & signanter est de hoc tota allegata *decis.* Vincen. de Franch. 269. idem de Franc. *dec. 141. n. 6.* vbi addentes, Muscatel. in *prax. cruil. p. 6. verb. communis, n. 7.*

Rationem nullibi reperies meliorem, quàm apud Din. in *reg. in iudiciis, num. 6. de reg. iur. in* 6. quia † (in-
7 quit) occasione controuersiæ, quæ inter eos versatur, & inæqualitatis vitandæ causa, videtur priuilegium, & restitutio aduersarium contingere, ex *l. fin. C. de fruc. & lit. expen.* quæ ita le quitur, cum aliis relatis ibi-
8 dem per eundem Dinum, & hæc † connexitas, & extensio priuilegij (addit) ex eo procedit, quia non est habenda in iudiciis exceptio personarum, sicut in illa regula dicitur. Non ergo videtur in hoc casu denegandum maiori cum minore litiganti, quin possit probare quæcunque voluerit intra dilationem suo cullitiganti concessam.

9 Sed prædictis † non obstantibus in contrarium est veritas, quòd in isto casu maior non potest vti restitutione minoris, & ea se iuuare nisi quoad illud caput, contra quod fuit restitutio per minorem implorata, deducendo, allegando, & probando circa illud quæcunque voluerit, sicut ipse minor, non quoad alia fauorabilia minori, circa quæ non fuit restitutio petita, ad quod quia est vnus text. expressius in *l. etiam 30. n. 1. ff. de minor.* in aliis ad id adducendis non multùm laborabo: [Ex causa, curationis (inquit Iurisconsultus) condemnata pupilla, aduersus vnum caput sententiæ restitui volebat, & quique videbatur in cæteris litis speciebus relenata fuisse, actor maior ætate, qui acquieuit tunc temporis sententiæ, dicebat totam debere litem restaurari. Herennius Modestinus respondit, si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderabat, cæteris speciebus non cohæret, nihil proponi cur à tota sententia recedi actor postulans audiendus sit,] ex quo tex. apparet, quòd quando minor petit restitutionem limitare ad aliquod caput, tunc non prodest ea maiori cum illo litiganti in alio capite separato, & distincto, quæ fuit opinio Bal. in *l. per hanc, C. de tempor. appella.* Afflict. *decis. 89.* & ibi Vrsil. in *adduio.* Capici. & eius additionator, *decis. 170.* Vincen. de Franc. *decis. 269. num. 7.* vbi dicit ita decisum, & addentes eius perdocti multis etiam probant, & omnes fere, qui adducti suprà fuerunt, quos pariter addentes prædicti ad idem referunt, & præter eos, Perey. in *l. si curatorem, vel b. vel aduersarij dolo, 2. num. 22. vers. aduertendum tamen, & vers. secundo.* Muscatel. in *prax. cruil. par. 6. verb. communis, ex num. 3.* vbi repetitum, Vrsil. quèd in *addi. ad Afflict. in d. c. citat. decis. 269.* dixerit eam, & *decis.* Capic. 170. in hac materia esse obscuras, & tenebrosas.

Non est † contemnenda ad propositum regula 10
brocardica, quòd causa limitata, limitatum producit effectum, *l. in agris, de acq. rer. dominio. l. cancellauerat, de his, quæ in testam. delent.* late Barbos. *litte. C. axiom. 40. num. 29.*

Per quam † regulam tradunt Doctores in simili, 11
quòd appellatio in vno articulo non deuoluit totam causam in articulo separatis, & non connexis, vel, indiuiduis, vel quandò est vnicum caput, de qua re est tota *discep. forens. 1.* Stephan. Gratian. in *1. tom.*

Et licet † inter istas duas opiniones, prior videretur 12
iustior, & æquior, tanquam fauorabiliori probationibus. Posteriori tamen secundum regulas artis est certior, & indubitata, quòd facilicer restitutione minoris non vtatur aduersarius in aliis capitibus diuersis, & separatis, nec vnitis, nec connexis. Rationes, quæ relatæ superiùs fuere, sunt regulæ generales, quibus per limitationes derogatum censetur, quas Doctores certò constituunt.

Ad considerandam † inæqualitatem, si minor pro- 13
bet, maior non probet, dicimus nullam esse quandò tractatur de diuersis rebus, vt quia minor non vult admittendum aduersarium suum ad probandum de his, quæ sunt distincta, diuersa, & separata ab his, super quibus minor petit restitutionem, hoc non est inducere inæqualitatem, sed æqualitatem potius, & contrarium esset inæqualitas maxima, quòd facilicer restitutio petita per minorem, & ad sui fauorem ad capita prætudicialia reformanda, retorqueretur in eius odium, vt ea mediante posset aduersarius contra eum suscitare caput fauorabile ipsi minori impugnando illud. Quando minor petit restitutionem in vno capite, quod prætendit læsum, bene est quod aduersarius admittatur ad illius corroborationem, & in hoc consistit æqualitas, non in eo quod iuetur, iuuari prætendat aduersarius ad aliud caput, minoris restitutione, & quemadmodum † vna, & eadem res, quæ regulariter non po- 14
test diuersis iure ceuseri, *leg. eum qui ædes, de vsucapio. cum similibus*, potest tamen respectu diuersorum, ac diuersis respectibus, *ex leg. milles. §. pro parte. ff. de lega. 2.* Thesaur. *decis. 163. num. fina.* Surd. *consil. 127. num. 69. & decis. 266. numero octauo.* Anton. Monach. *decis. Floren. 28. numero duodecimo*, sic poterit hic non leuari prætensa æqualitas, nec fieri restitutio communis respectu diuersorum, nec id erit propterea aliquod inconueniens.

Casum hunc † habuit in Senatu hæc insignis, & 15
præclara Barcinonensis ciuitas, contra Franciscum Guerau mercatorem, & fuit ille disputatus per multos dies, & tandem per vnum ex aula nobilis Regentis, coram quo causa ducebatur, non communicato negotio in aula, resolutus fuit pro dicto Guerau maiore, qui ad probandum contra caput sibi prætiudiciale, à quo ciuitas fuerat absoluta, volebat vti restitutione, quam ciuitas ad probandum è contra, in capite sibi læsiuo duntaxat imploraueret, motiuo ordinario, quia restitutio est communis. Sed cum posteà in aula, plena in causa supplicationis tractari, & iterùm examinari cœpit, visa res fuit habere difficultatem, & tandem capta fuit contraria *resolutio*, non posse maiorem in hoc ca- †
su, quo capita erant tam diuersa, iuuari restitutione ciuitatis, sententia lata 14. Februarij 1632. referente egregio Senatore Galpate Iuhano Perez. Scriba Bernardo Costell. [Quia (inquit) restitutio non operatur vltra casu, in quo fuit (vindicus læsus, & in aliis nō sit restitutus, nec habeat opus restitui.] Cogita quia egregia

sit

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

est disputatio, & miror, quòd in eadem aula, & extra eam, fuerint quibus hæc sententia non multùm placuit, sed examinato negotio sciui, quòd ille etiam qui priorem prouisionem fecerat, cum reliquis in illa reuocanda conuenit.

ARGVMENTVM.

De restitutione in integrum, quæ petitur incidenter ad executionem, aduersus sententiam, & rem iudicatam.

Et de modo procedendi in ea.

SVMMARIVM.

1 *Sententiæ Regiæ in hoc Senatu executioni demandantur præstita cautione, non obstante supplicatione.*

2 *Restitutio in integrum ferè semper imploratur per minores, ne sententia contra eos lata exequatur.*

3 *Restitutio in integrum ad impediendum executionem, quomodo apud nos petatur, & n. 7.*

4 *Remedium ordinarium habens, non potest intentare extraordinarium, ex praxi Senatus.*

5 *Idem seruatur in Senatu Valentino.*

6 *Remedio ordinario in Senatu Valentino admittitur quòd possit renunciare pars quæ illud intentauit, vt possit persequi extraordinarium, secus est apud nos.*

Idem est, etiam si solus litis consors supplicauerit in individuis, id enim impedit restitutionem etiam in alios ibid.

7 *Restitutionis in integrum aduersus sententiam, ne exequatur, petendæ praxis, & n. 3.*

8 *Restitutione petita aduersus sententiam ne exequatur, quod prius debet examinare Iudex est si malitiosè petitur.*

9 *Restitutio in nostro Senatu non ex eo aduersus sententiam pro executione impediendæ denegatur, quòd sit præuentum per actorem in petendo executionem, sicus denegatur in Rota Romana.*

10 *Restitutio ad impediendum executionem sententiæ, si petitur malitiosè, non est admittenda.*

11 *Restitutio prædicta, vt denegetur, sufficit calumnia præsumpta petentis.*

12 *Restitutio aduersus sententiam, an malitiosè petatur, diiudicare relinquitur arbitrio Iudicis.*

13 *Restitutiones plures apud nos repelluntur quotidiè, hoc motiuo, quia iudicibus videntur malitiosè, & calumniosè peti.*

14 *Prouisiones, quæ fiunt super admissione, vel repulsione restitutionis, solent fieri per solum Relatorem in Senatu nostro.*

15 *Aduocati abutuntur nimis remedio restitutionis minorum, petendo eam in omnibus causis aduersus sententiam.*

16 *Restitutio aduersus sententiam nunquàm denegatur in Senatu cum contra eam deducuntur releuantia, sed supersedetur in executione, vbi plures decisiones.*

Decisio CXIII.

1 QVia Regiæ † sententiæ, quæ proferuntur in hoc regio Senatu, quamuis ab eis supplicetur, præstita cautione executioni demandantur, absque eo quòd pars contra quam condemnatum impediri id valeat iure ordinario, ad formam *authen. quæ supplicatio, C. de præcib. Imper. offer.* & nullus sit qui quantumuis millies condemnatus, iudicet se iustè condemnatum (non rato id culpa nostra accidit, qui semper calumniamus sententias contra nostros clientulos latas, & nunquàm de eis bene loquimur, ne videamur fateri, vel non intellexisse, vel nouisse intelligere iustitiam, & malum consilium dedisse patri) ideò omnibus viis, & modis curant impedire executionem, ne fiat. Vnum est † remedium restitutio in integrum aduersus sententiam, quæ competit minoribus, & illis, qui eorum priuilegio gaudent, quod ex extraordinario est iam apud nos effectum tam ordinarium, vt vix sit vlla horum causa, in qua istud remedium non tententur, licet in paucis obtineatur, propter quod ego in hac decisione proposui large de materia agere, & illam exactè explicare, vt sciant omnes quomodò, & quandò possint hoc remedio vti.

Praxis † ordinaria huius remedij intentandi est, non curare in primis de supplicando à sententia, sed permittere eam transire in iudicatum, vel si supplicatur, non intimare prouisionem, donec finita sit restitutionis causa, quia † Senatus adhuc *persistit* in illa sententia, vt habenti remedium ordinarium supplicationis, non ad- † † mittat istud extraordinarium restitutionis quantumuis pinguius, prout ego tradidi multis decisionibus ornans, *in 1. de pact. nup. cl. 4. gl. 18. par. 1. n. 103. cum duobus seq.* Quod † idem etiam (vt id nunc addam) obseruatur in regno Valentiæ, prout tradit oculatissimus, & doctissimus Regens Leo *dec. Valen. 106. tom 2.* vbi † tamen mitius agitur in his, quàm in nostro Senatu, quia ibi permittitur patti, quòd dimittat remedium ordinarium si forsan illud intentauit, vel renunciet ei, vt possit extraordinarium prosequi, quod non est ita in nostro Senatu, sed intentato semel remedio supplicationis ordinario, nullo modo permittitur patti restitutionis in integrum extraordinario beneficio vti, etiam si renunciet ordinario prius intentato, vt mihi contigit, & habes latè *in loco supra citato.* Quod idem etiam habet locum tametsi non sit idem ille qui supplicauit, & qui petit restitutionem (in individuis loquor) sed sufficit quòd supplicauerit vnus ex litis consortibus ad excludendum alium etiam priuilegium à remedio restitutionis, cum sit supplicatio communis, & ideò possit alius ea iuuari, prout late probaui, & *decisione Senatus* ottaui † in 1. hatum dec. tom. in quadam dec. de hac restitutione facta, inter arrendatarios prouisionis niuium, cum ciuitate Barcinonæ.

Expectamus † igitur communiter, quòd pars vincens petat executionem, sicut fieri solet post lapsum tempus ad supplicandum, & tunc victus supplicatione quadam opponit, & deducit, sententiam non posse executioni mandari his, vel illis causis, & petendo restitutionis in integrum beneficium aduersus illam, & lesionem pupilli, quam continet, & supplicando declarari eam non posse exequi, aut aliàs media dicta in integrum restitutione aduersus dictam sententiam sibi iustitiam omni meliori modo &c. ministrari, victor replicat satisfaciendo deductis per aduersarium, & concludendo semper processum portari, & non obstantibus diff. igiis, & dicta restitutione malitiose petita (viz obliuiscitur vnquam dicere hoc vltimum, quamuis non sempet sit ita) decretum executionis petitum prouideri. 7

Quid teneatur † in isto casu facere Iudex, videamus. Die quòd examinate in primis si malitiosè, & animo protelandi & cuitandi executionè petitur restitutio, vel cum aliquo colore iustitiæ. Quia † Senatus non recipit opinionem Rotæ relatam late & comprobatam per Carol. de Graf. *de rest. in integr. decis. 1. num.* 14. & per Ludou. Greg. XV. *decis. 120. num.* 18 quòd quando est præuentum in petitione executionis sententiæ, ex hoc solo non sit superfedendum in executione propter restitutionem postea postulatam: 8

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ad quod habet Senatus multos,quos sequatur,qui eandem opinionem improbant etiam, apud Polido. Rip. *singul. observan.*338. *per tot.* qui singulari modo eam opinionem non sequendam probat in hac restitutionis specie quæ petitur incidenter coram eodem iudice per modum exceptionis, in qua non est locus prænentioni, cum potius restitutio incidenter petita coram eodem iudice per modum exceptionis præsupponat iam petitam executionem , est etiam de hoc optimus locus apud Lancellot.de *atten.2.part.cap.*18.*ex n.*117. & apud Odd.de *resti. in integr.p.*1. *q.*41. *ar.*6. *n.*28.*vers.*3.

10 Si iudici,† examinato negotio,videtur malitiosè,& calumniosè petita,tunc admittenda non est,sed ea repulsa, prouidenda,& decernenda executio, vt disponit Roman. Pontif. in *cap. suscitata. de in integr. resti.* & tradunt Thesau. *decis.*181.*n.*3.Afflict. *dec.*356.Micha. Ferr. in 3.*part.observan.cap.*479.*incip.die* 18. *Febru.*Iaco Canxe. in 2.*part.var.resol.cap.*1.*de minor.n.*163. *in additio* abunde de hoc Steph.Gratia.*discep.foren.*762.

11 *n.*23. & 24. vbi † quòd sufficit calumnia præsumpta, diximus supra in 2.*huius materiæ decisione.*

12 Per hunc † modum redditur firme apud nos inutile istud remedium de iure multùm salubre restitutionis in integrum aduersus sententiam , cum enim nulli non videantur sui partus perpulchri , & iura , & Doctores ponant in manu ,& arbitrio eius diiudicare quandò calumniosè,& malitiosè ad diffitendum,restitutio petatur, vt benè per Ferrer.in *titul.observan.*4-9. Menoch. de *arbitr.iudi. cas.*197. vix succedet vnquam quòd ei qui sententiam tulit,coram quo restitutio petitur,non videatur malitiosè,& calumniose peti,atque

13 † ita ex mille restitutionibus,quæ petuntur, vonagintà nouem repelluntur hoc motiuo , & Iudex ea non obstante prouidet executionem faciendam , quod non reparatur in Senatu per supplicationem , quæ solet à prouisione repulsionis interponi , quia iam † est in vsu inconcusse obseruato,fieri has prouisiones

14 per solum Relatorem non facto verbo in aula : vndè fit,ne per supplicationem exeat abea,& sequitur indè, quòd si Relatori non fuit visum,quod iuste restituio petieretur , idem etiam fere semper videatur in aula plena, vbi vocata causa fuerat pro diffinitiua. Verum † est (ne videamur culpam Senatui ex his imponere,

15 nullus enim nescit quam iustificate procedat) quod aduocati abutimur sine dubio hoc remedio, vix enim vlla sententia profertur contra minorem,vel alium iure minoris gaudentem , quam non existimemus indignam executione, & ideò sine vllo delectu, & sufficienti examine , ad eam impediendam recurrimus ad istud remedium , cumque rarò concurrant requisita, indè fit quod diximus,ne ex mille ex voto vnus casus succedat.

Si autem † (& hic est secundus casus) talia aduer-

16 sus sententiam aduocatus deducit , quæ videantur releuantia , & mereti reuisionem,non dubites quin Senatus benignè audiat eum,& supersedeat in executio-

†† ne,prout *vidi* non semel ita factum,& signanter in casibus sequentibus. Primò in libro conclusionum anni 1559.legitur vna antiqua eius anni,sub die 11. Iulij,inter Galeerandum de Sanrmenar,& Iacobum de Santmenar:Relatore Miralles,in qua,*ex quo*(vt ibi dicitur) *visum fuit Senatui , quod restitutio non petebatur calumniosè,nec pars differebat negotium*, fuit supersessum in executione,& prouisum ad vlteriora in causa restitutionis in integrum procedendum , vide in archiuo regio

Secundò,in causa Syndici de Mombrio contra Franciscum Colibarò, & alios, Relatore egregio Senatore Hieronymo Seniust, Actuario Perez, proposita restitutione aduersus sententiam , quia vita fuerunt releuantia quæ aduersus sententiam deducebantur , fuit etiam supersessum in executione , & concessa dilatio ad probandum quæ deducebantur prouisione facto verbo facta 9.Iunij 1604.

Tertio denique,& singulariter in quodam negotio multùm controuerso Bartholomæi Geroni notarij ciuitatis Gerundæ , contra Syndicum Ecclesiæ Collegiatæ, & secularis sancti Felicis eiusdem ciuitatis,cum referente egregio Senatore Iosepho Roca,fuisset contra dictam Ecclesiam in certa reconuentione lata sententia , in qua vti aduocatus dictæ Ecclesiæ ego iudicabam meam partem non fuisse plene audiram , cum peteretur,& instaretur executio, proposui ad eam impediendam restitutionem contra sententiam , repulsa fuit prætentio per egregium Relatorem , & decreta executio, sed in causa supplicationis in eadem aula ad relationem egregij ibidem Senatoris Hieronymi Astor , sententia lata 27. Iunij 1624. obtinui in hunc modum,ponam verba formalia,quia exemplaria sunt: [Attento,(inquit)ex processus meritis constat pro parte Syndici Ecclesiæ Collegiatæ , & secularis sancti Felicis Gerundæ , fuisse in præsenti causa supplicationis ab eo interpositæ,plura acta,& instrumenta exhibita , ex quibus resultat esse illi concedendam restitutionem in integrum ab eo imploratam aduersus sententiam diffinitiuam contra eum latam 20.Nouembris 1619. in fauorem Bartholomæi Geroni , ad effectum duntaxat pro nunc vt admittatur ad ea probandum, quæ aduersus dictam sententiam deduxit,& allegauit, & vt interim executio illius supersedeatur.His & aliis meritis processus attentis, & alias, sua Excellentia dictam in sequendo conclusionem in Regia Audientia factam,sententiat,pronunciat, & declarat, quòd dicto beneficio in integrum restitutionis postulato per dictum Syndicum , concedatur ei dilatio duorum mensium ad suas iustificandas prætentiones , sicuti cum præsenti concedit , intra quos possit heri comparatio literarum per dictum Syndicum petita , & illis elapsis per dictum magnificum Iosephum Roca Relatorem causæ, habeatur debita ratio de sententia inter dictas partes lata in curia Metropolitana Tarthaconæ in hac causa supplicationis exhibita , & an procedi possit ad executionem dictæ sententiæ Regiæ instatam pro parte dicti Geroni, prout de iure videbitur faciendum,& quòd modo prædicto ex nouiter deductis moderetur prouisio per dictum Roca facta 18. Februarij 1620. à qua fuit per dictum Syndicum , & alios in forma , & contrario imperio supplicatum, & quod acta posita in posse scribæ causæ inferantur in processu , neutiam partem,&c.] Scriba erat Ioannes Payssa.

Ex quibus habes qualiter Senatus , vbi videt causam , ob quam restitutio fit concedenda , & supersedendum in executione , facit libenter , nec in hoc est dubitandum , quia deuiaret alias ab optima iurisprudentia,& Regulis eius.Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis.præceden.restitutionis in integrum , quæ petitur aduersus sententiam incidenter , ad effectum impediendi illius executionem.

Et signanter de prima cognitione illius, & de probationibus in ea faciendis.

SVMMARIVM.

1 *Restitutionis aduersus sententiam ad impediendum illius executionem, materia qualiter sit practicanda.*

2 *Restitutionem aduersus sententiam ad effectum sanspersequendi*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

perſedendi in executione, aliquibus viſum eſt non fore concedendam niſi plene liqueat de illius iniuſtitia, & iniquitate.

2 *Reſtitutio aduerſus ſententiam pro ſuperſedendo in executione non poſſet denegari minoris, ſi oſtenderet inſtrumentum, quo de iniuſtitia illius appareret.*

4 *Inſtrumentum eſt probatio probata, & facit rem claram, & manifeſtam.*

5 *Reſtitutio, quæ petitur aduerſus ſententiam pro ſuperſedendo in executione, duas habet inſpectiones.*

6 *Reſtitutio vt admittatur, & ſeu vt vigore illius ſuperſedeatur in executione, eodem ſufficit ſummaria probatio, immo fumus iuſtitiæ.*

7 *Ad victoriam autem poſtea plene conſequendam neceſſaria eſt plena probatio.*

8 *Deciſio Senatus approbans propoſitam diſtinctionem in duobus num. præcedentibus.*

9 *Indices monentur ad ſuprà tradita attendenda ne facile reſtitutionem repellant, & audientiam ſuper ea denegent.*

10 *Articuli qui præſentantur in decreto executionis ad iuſtificandam reſtitutionem petitam, nunquam repelluntur in Senatu.*

11 *Reſtitutione in integrum petita ad executionem ſententiæ, illa non eſt exequenda præſtita cautione.*

12 *Reſtitutione pendente nihil innouandum.*

13 *Reſtitutionis in integrum aduerſus ſententiam petitio non ſemper habet malitiæ præſumptionem. Conar. & Theſaur. reprobantur. ibid.*

14 *Senatus nunquam admittit ad probandum in reſtitutione petita aduerſus ſententiam, quin ſuperſedeat in executione.*

15 *Reſtitutio principaliter petita aduerſus ſententiam non impedit illius executionem præſtita cautione.*

16 *Reſtitutio apud nos de neceſſitate facit ſuperſederi in executione ſententiæ ratione hic aſſignata.*

17 *Reſtitutio in certo caſu non impedit executionem, quamuis admittatur, veluti quando ex deductis nec bene colligere poſſit Senatus quod adſit læſio, nec bene quod non adſit.*

18 *Deciſio Senatus acuta.*

19 *Alia ſimilis deciſio Senatus, vbi etiam habes quòd Senatus admittebat remedium reſtitutionis, non obſtante quod à ſententia fuiſſet ſupplicatum.*

Decisio CXIV.

1 SOlum † eſt difficultas circa ea, quæ diximus *in Sprecedenti deciſione, & in calce illius*, ex quibus moueri poſſit, & debeat Iudex ad ſuperſedendo, & admittendum partem ad reſtitutionem, & quomodò ſit iſtud practicandum. Id ego conabor plenè hic explicare, quia non videò inter nos ſatis de hoc liquere, omnes ſtatim de reſtitutione aduerſus ſententiam opponunt, ſed quomodò ſit ea practicanda, & in praxim deducenda, non conſtat omnibus.

2 Ex his, † cum quibus hæc tractauimus hucuſque, ſæpiùs aliquos vidi rigidos, ac rigoroſos, quibus niſi ea concurrerent, quæ monſtrarent ſententiam notoriè iniquam, & reuocandam, non videbatur eſſe in executione ſuperſedendum, ſed repulſa reſtitutione, abſolutè fore in ea ad vlteriora procedendum. Rigoroſa opinio, & acerba reſolutio, pro cuius exterminatione, & plena declaratione materiæ, cœpi in illa Eccleſiæ Collegiatæ ſancti Felicis Gerundæ, de qua ſupra, reuoluere libros quotquot de his agerent, vt ad perfectam eorum notitiam deuenirem. Quæ † in re, vt certa ab incertis ſeparemus, dicimus quòd ſi pars petens reſtitutionem, oſtenderet inſtrumentum in ſui fauorem, res carere dubitatione, conſtaret tunc de cauſa reſtitutionis, & de bono iure illius, ac de iniuſtitia ſententiæ, licèt non ex parte iudicis, qui iuſtè aliàs ſecùs dum merita proceſſus iudicaſſet, cum apud eum exhibitum inſtrumentum non fuiſſet, & ideò non poſſet denegari reſtitutio, quia † inſtrumen- 4
tum facit rem certam, & manifeſtam, *cap. cum dilecti, vbi Abb. n. 2. de donat.* cum aliis latè adductis per Rot. Ludouiſ. *dec. 459. n. 1. 2. & 3.* Veniamus ad alios caſus, qui poſſent eſſe dubij.

Repeti ✠ igitur, facta diligentia, materiam hanc 5
duplicem habere inſpectionem: vna eſt reſpectu admittendi partem ad ipſam reſtitutionem, & cauſam illius iuſtificandam, & ex conſequenti interim in executione ſuperſedendi, nam niſi ſuperſederetur interim fruſtrà de reſtitutione poſteà tractaretur: altera eſt reſpectu declarationis poſt admiſſam cauſam, & conceſſam audientiam, deinde facienda ſuper meritis ipſius reſtitutionis, ad effectum reportandi totalem victoriam, & retractandi ſententiam. In primo † caſu, 6
ſufficit ſummaria, ſeu præſumpta, ſeu colorata probatio, & ſolus fumus iuſtitiæ, his enim modis loquuntur Doctores. In ſecundo † verò, plena eſt neceſſaria proba- 7
tio iniuſtitiæ, non ſecus atque in aliis remediis, in quibus agitur de retractandis ſententiis ſemel latis. Pro qua diſtinctione poſſem plures Doctores adducere, ſed ſufficiant pauci, qui allegabuntur, illi enim reliquos referunt, Statil. Paciſi. de *Saluia. inter di. in ſpec. 4 cap. 3. n. 53. cum ſequen.* Oliuer Bertram. *in addit. ad dec. Ludouiſ. 459. n. 11.* vbi plures Rot. deciſiones adducit pro hac diſtinctione, dicitque cum ea ad cõcordiam reduci auctoritates Doctorum, & deciſionum, dum aliquandò ſimatur eſſe neceſſariam plenam probationem, aliquando verò ſufficere ſemiplenam, & ſolum fumum, Cæſ. Barzi. *deciſ. Banon. 107. n. 3. cum ſequen.* vbi ſignanter dicit, reſtitutionem, quæ fit ad hoc vt quis audiatur, non eſſe propriè reſtitutionem, ſed præambulam ad veram reſtitutionem, & ad hoc vt concedatur, ſatis eſt adeſſe aliquam coloratam cauſam. Odd. de *reſtit. in integr. part. 1 quæſt. 36. n. 44. cum ſeq.* Surd. *conſ. 95. n. 15.* & 16. Vincen. Caroci. de *remed. aduerſus præiudi. ſenten. excep 48. ex n. 11.* alia dixi ſuprà in *2. deciſ.* huius materiæ ad propoſitum.

Media † hac diſtinctione (quam forſan ego fui 8
prior qui in Senatu propoſui, & perſuaſi) *obiiuni* quòd prouideretur eo modo quo vidiſti in cauſa Eccleſiæ ſancti Felicis ciuitatis Gerundæ, dicebam enim in cauſa ſupplicationis à decreto executionis, vbi repulſa fuerat reſtitutio, & denegata ſuper ea audientia, meam partem fuiſſe eminentes in hoc læſam, quia quamuis non probaſſet plenè ad reuocationem, in quo videbatur fundari primus Relator, id non erat neceſſarium, non enim tractabamus adhuc de reuocatione, ſed de audientia, vt poſſet probari iniuſtitia, pro qua audientia ſufficiebat colorata cauſa, quæ ibi non deficiebat; ad quod, † obſecro, attendant qui cau- 9
ſas iudicant, ne ita faciliter, ſicut vidi, audientiam in reſtitutionibus denegent, conſideremus ad eam non neceſſarium conſtare plenè de iniuſtitia, cum quo motiuo infinitæ fermè reſtitutiones à principio fuerunt repulſæ ſine probationibus, concedendo executionem, dictis reſtitutionibus non obſtantibus, ſed ſufficere quamlibet coloratam cauſam, immò ſolum fumum, vt vidiſtis.

Ex hac † diſtinctione, & in vim illius iudico intro- 10
ductum in Senatu, vt iam nunc vix dubitetur de admiſſione articulorum, ſi eos facere velit pars ad iuſtificationem reſtitutionis poſtulatæ, & cauſarum illius, ex quo enim ſemper deducitur aliquid, quod habeat aliquem colorem, aliquem fumum, & ſumus in prima parte diſtinctionis, nempe in præambulo reſtitutionis,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nunquam Senatus *se difficilem reddit* in admissione articulorum, non obstante contradictione partis, & si forsan primus Relator eos repellit, ptouidendo decretum executionis, Senatus postea in causa supplicationis communiter eos admittendos declarat, & concedi dilationem ad probandum iubet, nisi ta discolotara res videretur, vt non posset sine rubore aliud fieri, prout mille exemplaribus possem probare, ex eis habes nonnulla in hac *decisione*, & in aliis sequentibus.

31 Vnum † vidi apud insignem Couar. in *prælti. quæstio. cap. 25. n. 7.* & apud valde doctum Thesau. *dec. 181. n. 3. in ver. & quamuis*, quod si esset verum, tota nostra machina destrueretur, dicunt enim, quòd & si sit admissa cognitio super restitutione in integrum, nihilominus media cautione ad formam *auth. quæ supplicatio, C. de preci. imp. offer.* sententia Principis debet executioni mandari, quia talis petitio restitutionis habet præsumptionem malitiæ, &c. Contrarium enim iudico

32 verius, quia † admissa restitutione, intrat regula, restitutione pendente nihil fore innouandum, vt tradunt iidem Doctores, & probatur *lib. 1. Cod. de in integr. restit. post. l. si causa cognita 32. Cod. de transac.* Fabian *suo Cod. 2. tit. 30. in integr. restit. postula. def. n. 1. n. 7.* & destrueretur quod dicunt quotquot de hac restitutione tractant, per restitutionem in integrum impediri executionem sententiæ, de quib. vide inter alios, Aloysi. Ricci. *collect. 188.* Barbos. in *collect. ad cap. suscitata, de restitu. in integr.* & Flor. Diaz de Mena, *g. 5. ex n. 49. li. 1.*

33 Nec illud, † quod datur pro ratione, quia in his casibus petitio restitutionis habet præsumptionem malitiæ, videtur mihi multùm appositè dictum quia cum admittitur petitio, iam præsupponimus id carere tali præsumptione, quia si eam haberet, non fuisset admissa, vt dximus: nec quàdo est admissa, est quod quæramus si fuit malitiose petita, vel non ad supersedendum. sicut facit Thesaur. *vbi suprà*, quia vt diximus, non fuisset admissa si talem præsumptionem habuisset; timidus contra tam insignes viros loquor, semper enim eos venerari multùm sum solitus, vtpote qui mihi videntur esse ex principalioribus columnis nostræ iurisprudentiæ, verùm non possum aliud facere, maxime †

34 cum habeam nostrum Senatum pro me, qui nunquam †† *admittit* ad probandum in restitutione, quin supersedeat interim in executione etiam.

35 Vel dic, † quòd prædicta possent procedere, & habere locum quandò restitutio deducitur principaliter, & in modum actionis, exequitur enim tunc sententia media cautione ad instar supplicationis, ex dispositione *d. Auth. quæ supplicatio, Cod. de precibus Imper. offer.* & dicemus latiùs in fine sequentis decisionis, non quandò incidenter, & per modum exceptionis, qui est

36 casus noster, & apud nos † vix fieri potest quòd non supersedeatur, vix fieri potest, quòd sententia exequatur restitutione petita, quia restitutio peritur regulariter, ante decretam executionem, sic quòd simul & semel currunt petitio executionis, & exceptio restitutionis (vix tamen nunc Senatus, vt dicebamus, denegat fieri probationes, immò vbi contradicitur, solet declarare pro admissione regulariter, nisi in aliquo actu videret manifestissimam, ac prorsus inexcusabilem calumniam, & rectè, quia admittendo probationes, vix potest errare, sicut non admittendo posset defensionem iustam tollere parti, vt tetigimus suprà) & factis probationibus properat Iudex ad prouisionem, & declarationem faciendam, & si videt non iustificatam restitutionem, concedit decretum, si verò iustificatam reperit eam, non exequendam sententiam decernit, vt statim dicam.

37 Potest tamen † dari casus (ne quid intactum quod prosit, relinquamus, neve tam malè de eruditissimis, ac tam bene de nostra iurisprudentia meritis viris Couar. & Thesau. sentiamus, hoc mihi debent, quia perquisiui omnia media, quibus eos defenderem, & pro eis respondercm,) in quo admittatur parti causa restitutionis, & tamen ob id non impediatur, nec retardetur executio sententiæ, observeturque dictorum præstantissimorum virorum doctrina, vt ecce quando deducitur aliquid ex quo nec bene quòd adsit læsio, nec benè quòd non adsit, potest colligere Senatus ex quo pars non probauit, vel quia non potuit, vel quia non curauit, tunc inclinat ad admittendam restitutionis causam incidenter aduersus sententiam ad illius executionem, quia in dubio concedenda est illa semper, & admittenda, vt lato calamo scribit Mar. Giurb. *decisio. 18. numero decimo*, & alij passim, quia si pars non probauit antea, poterit esse, quòd probet postea in causa restitutionis, quo beneficio non est iustum priuare minorem: cæterùm cum adhuc tunc non concurrat causa sufficiens, vt executio impediatur, solet Senatus dicere, quod ob id non impediatur executio, nec retardetur, præstita tamen cautione de restituendo rem cum fructibus casu quo in causa restitutionis obtineat reus, & in isto casu obseruat Senatus exequi debere sententiam præstita cautione, & date, ac concedere parti tempus duorum mensium ordinarium in causis restitutionum, vt dicemus infrà. Ita † *censuit* 38 sententia lata referente egregio Senatore Decano Hieronymo Aitor, *6. Decembris 1632.* in causa Ioannæ Guardiola, & Pinya contra Pupillos Mellions villæ Oloti patriæ meæ charissimæ, in qua cum noluisset Relator in decreto executionis habere rationem restitutionis in integrum postulatæ; supplicatum fuit ad relationem dicti Aitor, & coram eo vim pars faciebat in quodam instrumento in prima instantia exhibito, ex quo videbatur deduci læsio, & pro maiori verificatione, & probatione petebatur visita in loco quæstionis facienda: Senatus non censuit per hoc constare de læsione rebus vt tunc, vt superfederetur in executione, bene tamen de motiuo, vt admitteretur causa restitutionis, ac proindè causam admisit, sed executionem præstita cautione, vt diximus, faciendam decreuit, quia non fuit visum quod deberet per eam restitutionem, & illius petitionem denegari executio, scriba Ferrer, & Orriols. Res satis noua fuit, sed mihi in doctrina Couar. & Thesau. *vbi suprà*, fundamentum habere posse visa fuit.

Repetio, † quùm etiam antiquitus *die 7. Februar.* 39 *1527.* vt est in Regio Archiuo in libro conclusionum, fuerat in alia causa restitutionis post illius admissionem *prouisum*, quod nihilominus præstita cautione T. sententia exequeretur: præstita (inquam) cautione alia vltra illam quæ fuerat iam præstita antea pro executione: ex quo vides etiam, quod Senatus non erat scrupulosus tunc sicut nunc, mutato stylo, in admittendis causis restitutionum, quamuis esset supplicatum à sententia, alias non fuisset præstita illa prima cautio pro executione, cum non sit necessaria nisi vbi est supplicatum.

Ex his omnibus vides, quàm arbitraria sit hæc materia, cum Senatus iam admittat, iam repellat restitutionem, iam retardet, iam non retardet executionem, quo fit, vt magno polleant Senatores iudicio oporteat, cum in his in quibus non datur certa regula, facillimum sit errare.

ARGV

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. & signanter de secunda restitutionis cognitione, quid nempe sit faciendum postea, admissa restitutione, & superlesso in executione sententiæ.

De dilationibus in his concedendis.

SVMMARIVM.

1 *Restitutione admissa aduersus sententiam, & facto supersedemento in executione, si pars non probat postea vt debet contra sententiam, tollitur supersedimentum, & relaxatur executio, & hæc praxis Senatus.*

2 *Si autem est iustificata partis pretentio, & talis videtur, tunc sententiam non esse exequendam, declaratur.*

Partes iudicis in hac restitutione, quæ petitur incidenter ad executionem, non sunt nisi in declarando, an sententia sit exequenda, necne, vbi.

3 *Restitutio, quæ petitur ad impediendam executionem sententiæ æque admittitur post prouisum decretum executionis, atque antea, dum non fit cœpta executio, vbi decisio.*

4 *Restitutio in integrum aduersus sententiam impedit executionem, etiamsi factum sit decretum executionis, & transactum in iudicatum, & expedita executoriatia, vbi decisio.*

5 *Restitutione in integrum implorata incidenter ad impediendam executionem, quandoque vltra procedit Senatus ad declarationem iuxta partium circa merita, ac si esset causa supplicationis, & ibi decisio.*

6 *Restitutione postulata aduersus sententiam incidenter ad executionem proprius declarandi modus est, esse, vel non esse locum executioni, non vlteriùs procedendo.*

7 *Restitutio, & supplicatio, & appellatio a pari procedunt.*

8 *Restitutionis in iudicio, Rot. Roman. non declarat an quis sit restituendus, vel non, sed an sententia sit insta, necne.*

9 *Restitutio potest proponi duobus modis aduersus sententiam, vel principaliter, vel incidenter.*

10 *Restitutione principaliter intentata potest reuocari sententia, non si incidenter.*

11 *Restitutionis in integrum causa habet instantiam.*

12 *Restitutione intentata incidenter aduersus sententiam videtur multis dandam dilationem, quæ in causis supplicationum.*

13 *Restitutionem intentanti aduersus sententiam videtur dandam duorum mensium dilationem, & ibi decisio.*

14 *Impugnantur dicta in duobus præceden. num.*

15 *Restitutione incidenter intentata non posse pro dilatione dari nisi viginti dies, alij putant.*

DECISIO CXV.

SEd si postea (& hoc est quod in *præceden. decis.* promisi me dicturum) admissa parte ad probandum in causa restitutionis, & factis probationibus, non videtur Senatui iustificata prætentio) vtpote quia pars non fecerit eas probationes, quæ sunt necessariæ ad retinendum & reuocandum sententiam de quibus diximus in *d. præceden. decisi.* circa secundam inspectionem in causis restitutionis in integrum, idem traditam) quid faciendum? Illud, quod in illa Syndici de Monbrio, contra Franciscum Colibato, in qua, vt dictum, fuit concessa dilatio ad probandum, & illa quidem triginta dierum, & quia factis probationibus, non fuit visum probatum fuisse per partem, quod debebat ad finem intentum, fuit *relaxatum* decretum executionis, prouisione facta 9. Iunij eiusdem anni 1604. quod fuit in eadem aula postea confirmatum in causa supplicationis in forma, egregio Senatore Iosepho Dalmau referente, die 14. Septemb. eiusdem anni, Scriba, vt dixi, erat Michael Perez Regius scriba mandati. Atque ita fieri debere infinuauit, immò *declarauit* manifeste Regia sententia in illa Ecclesiæ † sancti Felicis ciuitatis Gerundæ, de qua in *præceden. decisi.* in illis verbis: [Et illis elapsis per dictum Magnif. Iosephum Roca Relatorem causæ, habeatur ratio, &c. & an procedi possit ad executionem dictæ Regiæ sententiæ, prout de iure videbitur faciendum:] † idem etiam *factum fuit* in vna Syndici villæ de Mora, contra Hæronymum de Torne, & Sibil, in aula Reuerendi Cancellarij prout similibus factis 7. Maij, & 12. Decembr. 1614. Scriba Sebastiano Costa.

Si autem † prætentio apparet iustificata, ita vt restitutio videatur concedenda, ex quo talia allegat pars, quæ ei locum faciunt, quomodo se debebit habere Iudex? Id infinuauit Senatus in illa Ecclesiæ sancti Felicis ciuitatis Gerundæ in illis verbis: [Et an procedi possit ad executionem dictæ Regiæ sententiæ instatam pro parte dicti Geroni, prout de iure videbitur faciendum,] quibus verbis vitus est seruire Senatus in hac restitutione in integrum, & in declaratione per Iudicem facienda, non esse aliud dicendum, nec prouidendum, quam si est exequenda sententia, vel non, ita vt si non est iustificatur plene causa restitutionis, prouidenter prout diximus consueuisse prouidere Senatum, sententiam esse exequendam. Si verò est iustificata, dicat, & pronunciet non esse exequendam idque per modum prouisionis, absque alia solemnitate, per quam declarationem videtur Iudex magis se conformare petitioni, & intentioni partis, quæ ad impediendam executionem petit restitutionem, ideò sicut si non iustificantur causæ, solet prouideri exequendam sententiam, ita e contra, si iustificantur videtur sufficere, quòd dicatur sententiam non exequendam, quod sufficit pro indemnitate partis, quæ per huiusmodi declarationem consequitur quod posset desiderare, quia si prouidetur sententiam non esse exequendam, & seu non fieri executionem, idem erit ac si renocata in totum fuisset, quia sententia, quæ non exequitur, nec exequi potest, non est sententia, nec habet effectus illius.

Hic solet † esse apud nos modus procedendi in his restitutionibus, & earum causis, quæ incidenter petuntur, ante scilicet quàm fiat decretum executionis, sed si esset iliud iam prouisum, vel factum, & transfactum in iudicatum, vel quia ab eo non esset supplicatum, vel si supplicatum, confirmatum, vel renuncia. um supplicationi post interpositionem illius, admitteret ne Senatus restitutionem, quæ petebatur postea, tam aduersus sententiam, quàm decretum executionis illius, re adhuc integra, nec executione cœpta? Vtique vt *vidi* † in quadam causa Iacobi Monyo villæ de Talarn contra Communitatem Presbyterorum eiusdem villæ, ad relationem primò don Francisci Gamis, deinde eius successoris don Raymùdi Rubi de Mar y Mon. Scriba Vilella, nunc Ferrer & Ortiols; in qua causa communitas permisit in primis, quòd sententia transiret in iudicatum. Secundò, quòd pars peteret executionem. Tertiò, quòd prouisio fieret, quòd exequeretur sententia iuxta illius tenem, & tenorem, sicut communiter fit: qua

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

qua facta supplicauit contrario imperio ab ea coram eodem Relatore, sed recognoscens, quòd pinguius prouideretur sibi per restitutionem, quàm per supplicationem prædictam, renunciauit ei, & statim eadem die obtulit supplicationem in forma *constit. 1. tit. de restitut. in integr.* petendo restitutionem, tam aduersus sententiam, quam decretum executionis, & tam ad effectum impediendi executionem (vt ibi dicebatur, quàm ad omnes alios effectus sibi vtiliores.

4 Effectus huius † petitionis, & restitutionis fuit in primis, quod eam benigne admisit Senatus, quia visum fuit non peti calumnioseè, atque adeò, vt cùm post præsentatam, & intimatam petitionem restitutionis, scriba causæ tradidisset, & liberasset aduersario executorialia pro exequendâ Regiâ sententia, quia visum ei fuerat ita posse facere, ex quo sic fuerat prouisum in decreto executionis transacto in judicatum, nec aderat aliquod supersedimentum prouisum; & fuisset de hoc pars conquesta, quòd pendente restitutione pars procedere velset ad executionem, & innouare in illius præjudicium;

† in calce supplicationis, quâ id deducebatur, *fecit Senatus* hanc prouisionem: [Recepta die 1. Septembris 1629. facto verbo in Regia Audientia prouidet, quòd pro nunc, & sine præjudicio jurium, & prætentionum partium, superfedeatur in executione instara contra communitatem Præsbyterorum Ecclesiæ villæ Talarni per t. Monjo, attenta in integrum restitutione per dictam Communitatem postulata, ac pro his expediantur literæ, & aliæ prouisiones opportunæ in contrarium.] Magnum debuit habere colorem hæc restitutio, quæ statim hunc peperit effectum, tempore quo causæ illius solùm fuerant natatæ per partem in supplicatione, non justificatæ.

Processit deinde pars ad justificationem causarum restitutionis, & tandem deuentum fuit ad declarationem, quæ facta fuit per interlocutoriam per egregium Relatorem, die 28. Iunij 1630. quâ fuit dictum, quoad aliqua ibi expressa, esse locum restitutioni in integrum postulatæ, in reliquis fore exequendam sententiam.

5 His non † contenta pars supplicauit à prouisione, & commissa causa egregio Decano Senatori Hieronymo Astor, sententia lata 29. Octobris 1630.

† fuit *declaratum*, quòd: [Concedatur (*hæc sunt verba sententiæ*) sicut cum præsenti concedit dictæ Ecclesiæ, &c restitutionem in integrum per eam postulatam contra dictam sententiam latam, &c. & decretum executionis illius, & consequenter dicto Iacobo Monjo in per eum contra eam Ecclesiam prætensis silentium imponit, & declarat licere dictæ Communitati, &c. & dictum Monjo condemnat ad cessandum à molestijs per eum illatis, & comminatis, & ad non impediendum venditiones, &c. & quòd modo prædicto commutetur, vt cum præsenti commutat, sententiam referente dicto Gamis latam die, &c. & prouisionem per Magnif. Raymundum Rubi de Mat y Mon, factam die, &c. à qua fuit pro parte dictæ Communitatis supplicatum, &c.]

Eu aliam declarandi modum, quoad reuocationem sententiæ, contra quam fuerat postulata restitutio, processum fuit eodem modo, ac si esset causa supplicationis, sic enim loquitur Senatus in causis supplicationum, non aliter.

6 Quæ ex † prædictis declarationibus sit propriùs secundum materiam sub. ectam concepta, si quæsieris, dicam, quòd prima, quâ solùm declaratur sententia non exequenda, quàm secunda, quâ proceditur vlteriùs ad illius reuocationem, quia licèt verum

7 sit, † restitutionem esse, & dici quandam speciem appellationis, & suo casu supplicationis, cum per eam, & illius beneficio, consequantur minores quod per appellationem, & supplicationem majores, vt dicit I. C. in *l. præses. ff. de minor.* ibi: [Præses prouinciæ minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam, vel decessoris sui sententiam, quod cum appellatio à majoribus interposita præstat, hoc beneficio ætatis consequuntur minores.] Lancel. de *attentat. reftit. in integr. pendent. n. 11. & n. 105.* vbi dicit, quòd in consistorio Principis restituto sapit supplicationem, Caid. Pereyr. in *l. si curatorem, v. verb. per quod prisinum jus, n. 14.* vnde videtur sequi, vt quemadmodum in appellatione solemus reuocare, & in supplicationibus commutare, quandò sententiæ primitiuæ non videntur justæ, & sic debet fieri in restitutione in integrum. Et iste declarandi † modus videtur esse conformis stylo Rot. Roman. quæ, vt ajunt Cæs. de Graf. *decis. 23. alias 3. in fin. de restit. in integr.* Eminentiss. Cardin. Manti. *decis. 315. n. 5.* & in *2. tom. recentior. recollec per Farr. decis. 3. n. 1.* non solet pronunciare super restitutione, an licèt, quis sit restituendus, vel non (in hoc videtur non approbare illud quod in sententia Astor supra relata de restitutione dictum fuit) sed solùm cognoscit an sententia lata sit justa, vel injusta, & si sit justa, eam exequitur, si autem sit injusta, eam reuocat. Licèt, inquam, † prædicta sint vera, quòd restitutio sit species appellationis, vel supplicationis, & ideò quoad pronunciationem debeat sequi idem, quod in illis, verùm est aduertendum, quòd restitutio duobus potest intentari modis, vel principaliter ad reuocationem sententiæ per hunc modum, vel incidenter ad impediendum executionem, & in discussu causæ, Rip. in *l. 4. 5. condemnatum, n. 30. vers. aliquando petitur. ff. de re iudic.* Caid. Pereyr. in *l. si curatorem habens, verb. implorandum, n. 26. C. de restit. in integr.* Muscatel. in *prax. appella. p. 1. verb. restitutis. numero 66.* & pulcherrimè Polid. Rip. *singul. versus. 337. num. 2. & 338. n. 10.* omnium latius vtrumque naturam explicans, nec prætermittendus in occasione. Blas. Flor. Diaz de Mena in suis *var. quæstio. lib. 1. q. 5. ex numero 49 cum seq.*

Quæ dicta † fuere de restitutione, quòd sit species appellationis, & suo casu supplicationis, & de stylo Rot. Roman. in procedendo per reuocationem, procedunt in restitutione, quæ principaliter intentatur, ac interponitur, quæ sequitur naturam aliarum specierum prouocationis, & ideò nihil mirum si in eâ proceditur reuocando sicut in reliquis. Sed non est ita in restitutione, quæ petitur incidenter per modum exceptionis ad effectum impediendi executionem, in quâ secundùm naturam propositæ exceptionis, sufficit dicere, non exequatur, cùm ad id intenterur, & deducatur restitutio per modum exceptionis ed executionem, vt dicit Rip. in *sup. cit. singul. ob ferm. 338. n. 10.* & per ea, quæ deducuntur per modum exceptionis, nunquam reuocantur sententiæ.

His finitima † est quæstio, quæ forsan ex eâdem distinctione optimè resolutur: Quænam dilatio sit concedenda parti ad probandum in hac restitutionis instantiâ (instantiam habet etiam hæc restitutio, & illius causa, Prosp. Passet. *consil. 64.* Bardel. *consil. 19. n. septimo*, & Mar. Gtub. *decis. 106. numero nono*, in qua declaranda Passet. totum illud *consil.* consumit) quænam (inquam) concedatur dilatio ad probandum, quærimus.

Fuerunt, † & seu fuit in Senatu cui (in quadam circa hunc processum controuersia de hoc anno 1631.) videbatur concedendum idem tempus, quod constitutiones præfigunt in causis appellationum, & supplicationum, eâ ratione, quia vt diximus suprà, restitutio sapit naturam appellationis, & supplicationis, & speciem illius redolet, vnde videtur debere eodem jure censeri, maximè cum quod instantiam Doctores relati suprà, signanter Passe. tegulent eam cum alijs instantijs, & judicijs.

Alij

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

18 Alij censebant,† applicandam esse huic casui dispositionem *constit. vlt. tit. de dilatio.* de qua ego late egi in *1. de pac. inup. clau. 4. glo. 10. par. 11. num. 13.* quæ imploranti restitutionis in integrum beneficium concedi posse dilationem vsque ad duo menses, non vltra, statuit.

Aulæ Regen. Cancellarij, in quâ istud tractabatur in causâ don Ludouici Descallar, contra homines de Besora. Relatore don Raymundo Rubi de Mar y Mon Scriba Oriol, communicato consilio cum aliâ aula,

† *fuit visum* intrare constit. prædictam, atque ita fuit concessa dilatio duorum mensium, sicut in multis alijs casibus vidi etiam practicatum.

14 Sed alijs † extra Senatum videbatur, nullam ex dictis opinionibus posse procedere in nostro casu, non prima, quia non agimus de restitutione in integrum principaliter intentata contra sententiam, vt specie appellationis, vel supplicationis, ad reuocationem illius, quo casu posset prætendi dandas, & concedendas dilationes appellationum, & supplicationum, sed agimus de restitutione incidenter ad impediendum solùm executionem intentratam, cujus instantia non potest habere easdem dilationes, quas causa principalis.

Neque secunda, quia *constit. vlti. de dilatio.* quæ concedit duos menses, non concedit illos instantiæ causæ restitutionis ad justificandum eam, sed ad probandum in causa principali iis, qui desides, & negligentes fuerunt in probando intra tempus constit. medio restitutionis in integrum beneficio, si minores sunt, aut aliàs beneficio minorum gaudentes: quæ sunt longe diuersa.

15 Sed recurrendum † esse ad *constit. vnic. tit. de restit. in integr.* quâ disponitur, restitutionem in integrum, quæ incidenter postulabitur in discursu causæ perendam esse cum supplicatione in scriptis, & pro illius justificatione posse fieri, & dari positiones, & articulos similiter in scriptis, & quòd cuitant dilationes in isto casu, quemadmodùm in alijs incidentibus, quæ sunt viginti tantùm dierum, vt disponitur *constit. 1. tit. de altercat. inciden.* quibus constitutionibus attentis, videtur in casu occurrenti non posse dari dilationem majorem viginti dierum. Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden continuando materiam dilationis dandæ in hac restitutione ad probandum.

An restitutio detur post executionem cœptam.

De restitutione in integrum, quæ petitur principaliter aduersus sententiam.

SVMMARIVM.

1 *Restitutionem intentanti quæ dilatio sit concedenda, esse in judicis arbitrio positum, censent plures.*
2 *Restitutione intentata incidenter, non est prouisum quæ sit dilatio danda.*
3 Const. vlt. tit. de dilatio. *declaratur.*
4 Const. 1. tit. de restit. in integr. *explicatur.*
5 *Restitutione petita, est optimum arbitrium dare duos menses pro dilatione.*
6 *Restitutio non impedit executionem iam cœptam.*
7 *Executio dicitur cœpta per extractionem executorialium.*
8 *Item dicitur cœpta ad hunc effectum, vbi est expeditum mandatum executiuum.*
9 *Restitutio aduersus sententiam etiam admittitur post executionem, quando illa est nulla.*
10 *Nullum quod est, nullum præstat impedimentum.*
11 *Restitutionis incidenter ad executionem petendæ materiam, quare nolebat tractare Auctor.*
12 *Restitutio in integrum apud nos non solet postulari principaliter aduersus sententiam, & quare.*
13 *Sententia habent executionem præstita cautione, cum petitur aduersus eas restitutio principaliter.*
14 *Nisi liquidissime appareret de lesione.*
15 *Restitutio principaliter contra sententiam, coram quo Judice sit petenda.*
16 *In Senatu committitur causa in alia aula, & ibi decisio, tanquam species prouocationis.*
17 *Restitutio an concedatur aduersus tres conformes.*

DECISIO CXVI.

EGo, salua † meliori sententia, circa contenta in 1
præceden. dec. censeo, arbitrio judicis relinquendum fore, qualis, quantaque dilatio sit in hoc casu concedenda, ex quo non arbitror cum fuisse prouisum, & in non prouisis etiam est intrare arbitrium judicis, Meno. de *arbitr. indic. q. 14. n. 6.*

Hinc esse † casum improuisum patet. Primò, quia 2
ex quo non est hæc restitutio principaliter intentata ad reuocandum sententiam, non possunt ei accommodari quæ de appellatione, & supplicatione à diffinitiua dicta fuere.

Secundò, † quia non sumus in terminis *constit. vlt.* 3
tit. de dilatio. cum illa loquatur de termino concedendo media restitutione læso ob non factas intra tempus probationes ad causam principalem, qui non est casus noster.

Tertiò, & finaliter, † quia nec etiam sumus in casu 4
consti. 1. tit. de restit. in integr. cum ea non loquatur de termino concedendo pro illa causa restitutionis incidenter petitæ, sed solùm quod currant nihilominus dilationes in hoc casu, quemadmodum in alijs incidentibus supra dictis, quæ incidentia non possunt esse alia, quàm quæ referuntur in *cap. 77. cur. anni 1585.* quod est immediate præcedens, ad quod videtur nostra constitutio facere relationem in illis verbis, *quemadmodum in alijs incidentibus supra dictis*, quod quidem *cap. 77. est const. fin. tit. de altercat. inciden.* quæ loquens de certis altercatis, quæ ibi exprimuntur, disponit, eis durantibus non retardandum, nec impediendum processum causæ principalis, imò currant nihilominus tempora, &c. dicit igitur & disponit nostra constit. juxta relatam per eam, quòd durante etiam altercato super restitutione, currant tempora, quemadmodum in alijs, nihil dicendo de tempore, quod debet habere petens restitutionem ad probandum in eâ, & ideò bene diximus 5
remanisse in arbitrio judicis id taxare, secundùm rei & negotij qualitatem.

Verùm, cùm † videam *constitutionem* in materiâ re- 6
stitutionis in integrum ad probandum post lapsa tempora, arbitrasse tempus duorum mensium sufficiens ad probandum, etiam in causâ principali, vt elargiretur ei, qui modo extraordinario vult probare, optimo consilio factum judico, quòd Senatus etiam in eo, qui modo extraordinario venit contra sententiam, receperit dandam illi fore ad id eandem illam duorum mensium dilationem, vt quę sufficiens vila fuit ad justificandum per restitutionem causam principalem, vt in eâ possit pars obtinere sententiam fauorabilem, sufficiens etiam judicetur ad probandum in causâ restitutionis ad infringendum sententiam jam latam, & ad obtinendum contra eam. Sic sit vt non possit reprehendi Senatus, vel quòd minorem quàm oporteret dilationem concedat, cùm habeat exemplum quod sequatur in *consti.* quæ istud tempus arbitrata fuit pro probationibus in causa principali faciendis, vel quòd majorem elargiatur

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

elargiatur quàm sit necessaria, cùm eam in causâ simili, necessariam judicauerit eadem constitutio. Recta semper judicia Senatus.

6 Dictum fuit † per petitionem executionis præuentam, & demùm obtentam per victorem apud nos non impediri victum intentare remedium restitutionis, ad effectum impediendi executionem. Quæro an idem dicendum, si nedùm petitio esset præuenta, & executio obtenta, sed illa jam cœpta? Quo in casu concordant omnes, remedium restitutionis non prodesse in hoc casu ad impediendum executionem jam cœptam, & sic non operari effectum suspensiuum, de quâ re latissimè per don Garci. Mestril. *decis.* 30. *per tot.* Hetcul. Marescо. *var. resol. li. 2. ca. 121. n. 14.* Rot. Fati.

7 *decis. 138. num. 2. in 2. tom. recentio.* vbi hoc † ampliùs, quòd executio censetur cœpta, quando antequàm commissio restitutionis concederetur, literæ executoriales pro exequendâ sententiâ, & re judicatâ erant decretæ, & multò magis si erant parti intimatæ, eadem Rot. in alio *volum. decis.* antea impresso ad partem sub nomine Fatina. *dec.* 816. quæ est Pamphil. 4.

8 Ianij 1601. vbi † quod sufficit esse mandatum executiuum relaxatum, vt executio dicatur cœpta, Rota Ludouis. & seu ejus additionator, *decis.* 458. *num.* 10. vbi bene explicat quandò executio dicatur cœpta, apud quos auctores habes plures Rot. decisiones in hoc factas, ex quibus colliges ejus opinionem. In nostro Senatu non vidi vnquàm de hâc re disputatum, sed crederem eum secututum opinionem Rotæ, & aliorum Senatuum, vt in jure fundatam, quòd incœptam executionem non impediat restitutio. In eo tamen quod est quando dicatur executio cœpta, forsan non conueniret Senatus cum Rotâ, provt colligere poteris ex adductis suprà in *præceden. decis.* Ex quibus satis superque explicata videtur praxis nostra circa petitionem restitutionis in integrum incidenter, & per modum exceptionis aduersus sententiam.

9 Fallit † tamen etiam vbi executio esset in totum finita, & absoluta, non cœpta solùm, si esset nulliter facta, adhuc enim tunc deberet admitti restitutio ista

10 aduersus rem judicatam, ea ratione, † quia cùm nulliter facta fuerit, nullum potest præstare impedimentum. *l. 4. §. tandemnatum. cum ibi notatis. ff. de re iudi. cap. non præstat. de reg. iur. in 6.* elegantet Rot. Roman. in *1. tom. recentior. dec. 111. num.* 8. vbi pulchre ex hoc fuit decisum, concedendam restitutionem non obstante re judicatâ, ex quo ejus effectus fuerat suspensus per commissionem restitutionis in integrum, non obstante quòd executio fuisset jam facta, quia nulliter facta fuerat.

11 Vides, † quanta dixi, & docui hucvsque de hoc restitutionis in integrum beneficio aduersus sententiam ad illius executionem impediendam incidenter implorando? Vides quantum profuerit multis, & prodesse, suo tempore valeat? Adhuc hæsitabam multum in principio de eo quidquam agere, & diu suspensum habui calamum, quia (vt dixi) vix ex mille casibus est vnus, in quo, postquàm clientulorum patrimonia in faciendis, & perquirendis probationibus consumpsimus, obtineamus pro restitutione, propter difficultatem probationum, quas jam dixi necessarias tam concludentes, ac si ageretur per viam appellationis, aut supplicationis ad reuocationem sententiæ, & eam persuadere de nouo eisdem judicibus, qui primam sententiam tuletunt, apud quos vt plurimum hujusmodi causæ tractantur, difficile est valdè, non dico impossibile, arque ita nolebam magnam vim facere in superfluis, & fermè inutilibus remedijs, nec materiam dare partibus. vel cauillandi, vel desttuendi se: verùm, cùm prudentia nostrorum aduocatorum sit maxima, sperandum est eos remedio non vsuros nisi vbi videtint magnam probabilitatem obtinendi, veluti cùm apparet iudicem aliquem errorem, vel in facto, vel in iure facilem probatu sumpsisse iudicando, vel partem fuisse negligentem in aliquo probando, vel iustificando, quod non sit difficile, vel denique cùm reperit aliquod instrumentum, quod faciat probationem probatam contra sententiam: in his, vel consimilibus casibus, optimum remedium, extra eos vix possumus consulere restitutionis vsum, vnusquisque consuliat huæ conscientiæ, & videat quomodo ambulet.

Dicamus † aliqua de restitutione, quæ petitur prin- 12
cipaliter, & de per se, ac jure actionis aduersus sententiam. Quam cùm nullus viderit ex nostris intentaratm vnquàm eo modo, omnes vel supplicant in supremo Senatu, vel si non supplicant, restitutionem incidenter, & in modum exceptionis postulant aduersus sententiam, ad illius executionem impediendam. Cur ita? iudico, quòd quia non plus commodi ex restitutione ista, quàm ex supplicatione reportarent, quia sicut exequitur sententia præstita cautione, non obstante supplicatione in vim *anthen quæ supplicatio, C. de precib. Imp. offer.* sic non † obstante restitutione principali- 13
ter, & in modum actionis petitæ, provt post Lancellot. & alios tradit Flor. de Men. in suis *var. quæstio. lib. 1. q. 5. num. 60.* nisi (inquit) † liquidissimè appareret de 14
læsione, vel ex actis processus, vel per instrumenta, ad quod citat Thesau. *dec.* 281. *n. 4.* & text. in *l. si minor. §. 1. ff. de minor.*

Sed si nihilominus † vellet quis istud remedium 15
tentare, quæro vbi, & apud quem iudicem? Blas. Flor. Diaz de Mena in *d. q. 5. num. 76.* & post eum Ioannes del Castill. *decis. 100. num. 3. & 4. libr.* visum est posse, vel coram eodem indice, vel coram superiore id fieri, sed per contrarium, ne sic fieri debeat, apparet ex eo, quia cùm sit species prouocationis restitutio, superior est adeundus. Reperi hunc † casum disputatum anti- 16
quitus in Senatu de anno 1531. vbi cùm quæreretur vbi esset restitutionis in integrum causa committenda, distinxerunt domini inter principaliter, & incidenter petitam, vt illa tanquàm species principalis prouocationis *committeretur* in aliâ aulâ, sicut supplicatio, † hæc verò tanquam incidens, & per modum exceptionis, eidem judici, vt vidi in quibusdam decisionibus antiquis manuscriptis.

Vltimò, † ne quid intactum remaneat, quæro an 17
aduersus tres conformes, idem est contra duas in consistorio Principis, quæ habentur pro tribus, detur restitutio? Dic quòd sic, quod quo modo procedat, & quæ requirantur, declarat tibi optimè don Garci. Mestril. *decis. Sicil. 45. lib. 1. & dec. 110. lib. 2.* & dicam infrà in alia dec. multum late, vbi videndum.

ARGVMENTVM.

An post intentatum remedium restitutionis in integrum aduersus sententiam ad impediendam executionem illius, & succubitum in eo, liceat redire ad remedium ordinarium appellationis, aut supplicationis.

SVMMARIVM.

1 *Restitutionis causa finita in odium impetrantis, quid ille possit postea facere contra sententiam.*
2 *Remedia duo habentis, eligendo vnum censetur alteri renunciare, ad quod non potest postea redire.*
3 *Iacobus Cancer laudatur.*
4 *Remedy extraordinarij electio tollit ordinarium.*
5 *Restitutio est remedium extraordinarium, & subsidiarium, quod non admittitur stante ordinario suppli*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

supplicationis in Senatu nostro.

6 *Sententia Principis non habet nisi verum remissionem.*

7 *Appellatio duplex admittitur, supplicatio scin. lex.*

8 *Prohibitum una via, non debet alia esse concessum.*

9 *Iudicium summarium non impedit quin postea de eadem re cognoscatur sternum plenarie, & n.* 14.

10 *Nullitas cognita summariè non impedit quin postea sternum cognoscatur plenariè, & n.* 14.

11 *Summario in iudicio si aliquid plene examinatur non potest postea plenariè de eadem re tractari.*

12 *Restitutionis in iudicio exacti negotium examinatur.*

13 *Restitutionis in causa, cùm procedatur coram eisdem iudicibus, non quiescit per declarationem animus partis.*

14 *Summaria cognitio non impedit plenariam postea facendam.*

15 *Remedia quando sunt equalia, unum tollit aliud, secus si inequalia.*

16 *Remediorum duorum usus censetur prohibitus eodem tempore, non diuerso.*

17 *Restitutionis finito iudicio, multoties fuit practicatum in Senatu redire ad causam supplicationis, quam antea interposuerant. sed non intimauerant.*

18 *Nunc autem moderni temporibus id egre fert Senatus.*

19 *Auctoris opinio, quòd admittatur causa supplicationis finito iudicio restitutionis.*

20 *Senatus quoad negotia est diuisus in duas aulas, vt reuideatur in una quod fit in alia.*

21 *Renunciare est donare, & perdere.*

22 *Minoris, & cumulibus alterius interest causam reuideri in alia aula.*

23 *Senatus aliquando diuersus in se est in opinionibus.*

24 *Sententia Senatus exequitur præstita cautione.*

Decisio CXVII.

POstquàm† Senatus declarauit, vt dictum est in *præcedenti decisi.* super restitutione in modum exceptionis ad impediendum executionem opposita, si negotium bene succedit opponenti, gaudet, & contentatur, sed si e contra, non obstante restitutione, procedendum fore, & esse ad vlteriora in executione dicitur, ibi est fletus & planctus: quærimus statim, quo alio remedio clientulis nostris vlteriùs subueniamus, vnum solú superesse videtur, quod possit intetari, nempe supplicationis aduersus sententiam (idem est respectu appellationis apud ordinarios, & coram eis) id quod ego duobus modis vidi practicari. Primò, intimando causam supplicationis, quam jam ante restitutionem interposuerant, & secreò secum custodiebat expectantes exitum causæ restitutionis, vel de nouo supplicando medio restitutionis in integrum beneficio aduersus lapsum temporis ad supplicandum imploratо.

2 Sed intimatis † istis supplicationum causis, vidi etiam per victores opponi exceptionem in modum dilatoriæ, quòd non licuerit aduersarijs post electum restitutionis remedium, & succubitum in eo, ad supplicationis remedium redire, quia id foret contra sententiam Principis bis prouocare, & bis post primam sententiam de justitia, aut injustitia illius agere, quod non permittitur.

Quos victores in hac prætentione fouere justitiam, videtur concludi ex eo quòd victi habebãt duplex remedium, quod proponerent aduersus sententiam Principis, vel supplicationis, vel restitutionis, vt est notum, ex quibus quando eligit condemnatus vnum, alterum videtur renunciare, qua renunciatione stante, non potest deinde ad primò omissum redire, ex regulâ *l. similiter,*

§ fin. ff quod met-caus. Cravet. *consil.* 74. *n.* 8. Benintendi. *decis.* 72. *n.* 3 & Iatius Caroc. *decis.* 57 *per totam* alijs juribus adductis per Surd. *dec.* 91. *n.* 13 auctor Cancer. † (quem dum hæc scribo, hoc die 24. Octobris 1651. 3 non sine magno mœrore, & luctu lepeluimus patrem aduocatorum, & tincerum & perfectum vtidique Iuris consultum) in 3. *part. var. resol. cap.* 3. *de primileg. n.* 284.

Maxime, † quando ex duobus remedijs competentibus, vnum erat ordinarium, & aliud extraordinarium, tunc sine dubio est, per electionem extraordinarij tolli ordinarium, ne ad illud postea pars redire, provt lato calamo scribit Gutier. Gutidobo. *adhoc.* 57. qui illam compulsi totam ad istud 4 remedium, nihil aliud agens, Odd. *de restitutione integr. quæst.* 17. *n.* 121. *vers. secundo.*

Quod autem † restitutio in integrum sit subsidiarium, & extraordinarium remedium, probat late subsidiorum auctor Ioan. Baptist. Colt. *remed.* 48. & noster Senatus taliter habet illud pro subsidiario, vt si adsit ordinarium supplicationis, non *admittat* re- †† stitutionem etiam ad executionem, ne eodem tempore concurrat remedium extraordinarium cum ordinario, vt ego plene docui in 1. *de pact. nuptiali* 4 *glo.* 18. *par.* 1. *n.* 104. vbi exemplaria adduxi, & post me, egregius Senator in Supremo coronæ Aragonum Concilio don Franciscus Leo *decis. Valent.* 166. *n.* 12. vbi ad istud nos citat.

Secunda † ratio, quia sententia Principis, & supre- 6 mi Senatus non admittit, nisi vnam tantum remissionem, per quam possit illa communari, vt elit de hoc text. in *l. si quis* 5. *C. de precib. Imper. offer.* & apud nos, qui in supremo Consistorio Principis causas ducimus, est plusquam manifestum, in quo appellatio a supplicatione differt; dicimus enim† communiter, appellare 7 licet bis, ex *l. unic. C. ne liceat tertio prouocare, & capit. dilecte ext. de appellat.* supplicare semel tantum, ex *dict. l. si quis.* Hoc autem modo si post restitutionem admitteremus supplicationem, per indirectum binas remissiones concederemus aduersus sententiam Principis, & sic quod vna via permissum non est, bis licitè supplicare, concederetur alia, restitutionem videlicet petendo, & postea supplicationem interponendo, contra †regulam juris manifestam, *quod diuus ff de pact.* 8 *cum similibus*, immo & per tres vices concederetur remissio sententiæ Principis, restitutio enim semper duas habet instantias, quia a prima declaratione, quæ fit in eâ datur supplicatio, quod magnum videretur absurdum.

Nec dicatur, † quòd prædicta procedere possent in 9 restitutione, quæ peteretur, & intentaretur principaliter, & per modum actionis aduersus sententiam coram alio judice, vbi plene negotium examinatur iterum, non in restitutione, quæ petitur incidenter, & per modum exceptionis coram eodem Iudice, vbi non solet fieri plenum examen, de qua restitutione nos loquimur, & propterea non debet impedire, quin postea idem negotium deducatur per modum actionis, vt plenarie examinetur, & de eo cognoscatur, prout ego alias probaui plenissime in alia *decis.* & est de hoc amplissimus locus apud Sesse in *tract. de inhibit. c.* 2. §. 3. *ex n* 7. vbi *n.* 11. † inter alia ponit exemplum de eo, 10 qui primò in modum exceptionis opponit de nullitate ad impediendum executionem, quod postea non impediatur, si succumbit, deducere de eadem principaliter, & in modum actionis, quod plus procul dubio est, quàm velle se iuuare alio remedio diuerso, Mastril. *dec.* 189. *n.* 18. Castill. *decis.* 16 *ex n.* 7. Surd. *de alimentis. tit.* 1. *q.* 126. *n.* 1. Gurb. *decis.* 61. *n.* 5. Gratia *discep. foren.* 44. *n.* 5. Vincen. de Franch. *dec.* 280. *n.* 3.

Quia respondemus, † certum esse, † quòd si in his, 11 quæ incidenter, & per modum exceptionis deducuntur,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

cuntur,sit exactum eorum examen, auditis plenè partibus,tunc non poteſt illud iterum in modum actionis in iudicium deduci, vt dicunt omnes, qui ſuperiùs adducti ſunt, tradentes ſtatim hanc limitationem regulæ,quibus adde Cæſ.Barzi *deciſ.Bonon.82.n.25.& dec. 149.n.7.*in quo ampliùs me non extendo, ne repetam, quia dixi late in alia *deciſione*.

12 Quòd autem † in his reſtitutionibus , de quibus agimus , plenißime ſoleant negotia iterùm examinari poſt primam ſententiam, dubium non eſt,cùm dentur noui termini ad probandum , & exactè partes audiantur, provt poſſent in quocumque judicio plenario , vt experimur quotidie : ſequitur ergo quòd non debeat admitti pars ad aliud examen ejuſdem negotij.

13 Sed cùm † condemnati non remaneant ſatisfacti ex iſtâ nouâ cognitione iteratóque examine negotij,quæ fiunt in huiuſmodi reſtitutionũ cauſis ; quia in effectu ſunt fere ſemper ijdẽ ludices qui iudicant,quia modus ordinarius eſt judicare ſuper reſtitutione, eundẽ judicem ſolùm,qui ſententiam nomine Senatus,& cum eo tulit,indè fit ne cauſa poſteà in ſupplicatione, quæ ab eâ prouiſione ſolet interponi , exeat ab aulâ , & nunquam condemnatus habet tantam ſatisfactionem, quòd judicetur ab eiſdem,quam ſi judicaretur ab aliis, quia primi ſemper habent affectionem ad id quod ſemel declaratunt,cùm(ut quam)per hanc iteratam cognitionem eorundem judicum non quieſcat animus clientulorum, ſit vt quantum poſſunt curent de adhibendo alio remedio , vt per alios ſententiæ reuideantur,quod faciunt per viam ſupplicationis,quam à principio omiſerant , ſreti reſtitutionis remedio, per quod pinguius ſperabant,quòd prouideretur ſuæ indẽnitati.

14 Fundant + ſuam prætentionem , quòd debeat eis admitti ſupplicatio , non obſtante remedio reſtitutionis antea intentato , ex quo in reſtitutione procedit̃ per viam exceptionis, datis ſummarijs, & breuibus dilationibus , quæ aſcendunt ad ſummum ad ſexaginta dies, vt diximus in *præceden.deciſ.*non per viam actionis , & ſic cum illis in plenarijs terminis, qui concedunt̃ in cauſis plenarijs , & ex conſequenti non poteſt tam exactum fieri examen juſtitiæ , aut iniuſtitiæ ſententiæ,provt in cauſis ſupplicationum,quæ ad hoc ſunt inſtitutæ,vt cum plenario termino ad probandum ac illo quidem maiori,quàm in primâ inſtantia ſecundùm noſtras conſtitutiones,*conſtitu. penultis.tit.de appellat.* iuncta *conſtitu.*14. *titul.de ſupplica. de ſenten.*& *conſtitu.*2.*& ſequen.n tit.de dilati.*cauſa iterùm ex integro reuideatur , diſputetur , ac cognoſcatur , ad quod iuſtificandum eſt optimum exemplum quod antea dicebamus de nullitate , quæ proponitur aduerſus ſententiam incidenter,& per modum exceptionis, ad effectum impediendi illius exẽctionem,ſi enim repellitur,& nihilominus exequitur ſententia, non probitetur victus iterùm de nullitate dicere principaliter, & per modum actionis , provt ex Paul.de Caſtr.*in l. de pupillo, & in l. is cui in fine. de nouì. oper.nuntia* & Contard. *in l.vnic. limit.7.n.11.& 12. C.ſi de monen.* docet Seſſe *in tract. de inhibitio. c. 2. §. 3. numero* 17. quia in eo caſu (inquit) non poteſt dubitari , quin cauſa ſit ſummaria , cùm ſit cauſa executionis , vbi dicitur de nullitate , vnde ſit, neceſſarium eſſe , quòd †† ſummarie fiat probatio , & ideò apud nos *practicatur*, quòd non dentur tempora conſtitutionum in cauſis plenarijs ad infirmandum ſententias conceſſa : ſic in reſtitutione , quæ petitur incidenter , & per viam exceptionis in cauſa executionis , & in iudicio executiuo , dicendum eſt ibi non fieri plenam cognitionem , quia non dantur ad id tempora, & terminj, ſed arbitrio Iudicis taxantur dilationes,& ideò eam cognitionem non impedire plenariam poſteà faciendam iure actionis per viam ſupplicationis , remedij ordinarij ad commutandam Principis ſententiam, ſi aliquo defectu laboraret,dicendum videtur.

Per quæ † videntur ceſſare quæcumque dicta fuere ſupra in contrarium,quia poſſent procedere vbi tremedia forent æqualia,vt reſtitutio impetrata principaliter,& de per ſe ac per modum actionis,quo caſu cùm darentur termini omnes,qui in alijs remedijs,& fieret exactiſſima ſicut in illis diſcuſſio , non eſſet mitum, ſi electio vnius remedij tolleret aliud , ne darentur plures diuiſiones aduerſus ſententiam Principis, quæ vnam ſolum admittit , & in his terminis , ſi bene attendantur , loquuntur Doctores citati in argumentis contrarijs , ſecùs eſt cum reſtitutio non principaliter , ſed ad executionem incidenter petitur , quia tunc bene iſtud remedium ſe compatitur, cum ſupplicatione poſteà intentanda nunquàm enim quod opponitur in modum exceptionis(quandò provt hic non ſit,nec fieri poteſt plenaria omninò diſcuſſio)impedit quin jure actionis,& principaliter opponatur deinde,vt probauimus ſupra,& magis abunde *in alia deciſione*,non eſt neceſſe repetere. 15

Adde prædictis † quod ex multis illis quæ valde approbatis auctoribus ſcribunt Cagnol *in l. vbi repugnantia , numero.7.in fine.ff.de reg. iur.* Cephal.*in conſil. 624. numero* 34. & Bruno à Sole *in compend. reſolut. propoſ.iuris*, verbo, *Remedia duo*, id quod dicitur de prohibito vſu duorum remediorum, intelligendum eſſe eodem tempore , non diuerſo , & ſucceſſiuè quandò quis vnum elegit , & in illo ſuccubuit , tunc (inquiunt) nullo jure quis prohibetur poſteà aliud proponere. 16

In multis † ego cauſis vidi ſucceſſiſſe caſum, quem propoſui,quòd ſcilicet minor ſupplicabat à ſententia contra ſe lata,& facta per Prætidem decretatione,*caueat iuxta pragmaticam.*vt fieri ſolet,& aliquandò poſt cõmiſſionem Iudici factam, & promiſſione ipſius, ſupplicatione ſibi retinebat,nec intimabat,nec olẽebat,quouſque tentaſſet remediũ reſtitutionis,eo modo quo hîc dixi,incidẽter ſcilicet coram eodem Iudice ad impediendam executionem , & ſuccubito in eo, redibat ad cauſam ſupplicationis , & nunquàm vitã fieri difficultatem , & ſi facta fuit, ſuccubuit contradictor, præterquam † modernis his temporibus , in quibus non bene id recipit Senatus, vt habes *in alia deciſione* facta in materia cauſarum ſupplicationum ad interpretationem *conſt.* 17. *tit.de ſupplı. de ſentent.* An qui ſic, vt dixi, per aliquod tempus ſibi retinuit ſupplicationem , poſſit deinde illam proſequi : bene verum eſt,quòd in illis caſibus non fuit forſan ita examinatum negotium , provt hic. Cæterùm † quidquid ſit, ſi mea aliquid cenſura valet, ego ſum opinionis , dum alius meliores rationes non afferat , fore admittendum in iſto caſu minorem iſtum ad proſequendum cauſam ſupplicationis ante reſtitutionem interpoſitæ, vel ad none ſupplicandum hoc æuo , quo Senatui non placet illa cautela ſupplicandi antea , vnum autem, & idem ſunt , idque exiſtimo ex motiuis latè ſupra poſitis. 17

Quibus addo † duas conſideriones, quæ me hæc profundè conſiderantem multùm ad ita tenendum mouerunt. Primò, quòd noſtræ conſtitutiones diuiſerunt Senatum in ciuilibus, in duas claſſes , ſiuè aulas, (nihil dicamus Antonino Theſau qui malè ſentit de Hiſpanis quòd aulas vocemus has claſſes, *in præfa.dec. n.36.in fin.* licet mereretur reprehenſionem cùm ſine cauſa de Hiſpanis malè loquatur,vt quæ ſententia lata foret in vna , in alia reuideretur per modum ſupplicationis,vt conſtat *conſti.7.tit.de audi.y Cœcill.real.*)ſtud remedium vt tollamus in hoc caſu minori, neceſſe eſt præſupponere illi minorem renunciaſſe per electionem remedij reſtitutionis , quæ renunciationis præſumptio (maxime contra minorem,& illius priuilegio gaudentes)non ita faciliter recipitur,cum † renunciare,ſit de- 18 19 20 21

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nare,& ambo perdere,*cap.super eo, & ibi omnes communiter de renuntia.*,& in hac materia Carocci.*dec.seu casu 17.num. 8.*

21 Præterea,† semper considerare debemus in minore, & eius respectu prædicium quòd causa finiatur in vna sola aula,licut communiter nunc contingit,quia vix fit vnquam facto verbo prouiso super restitutione,vt diximus (parcat illi Deus,qui hunc stylum-declarandi per hunc modum super restitutione , in qua iterùm agitur de meritis de quibus tota aula cognouit, introduxit) nunquam enim , vt ferginus supra , erit tanta satisfactio , ac si in altera foret etiam negotium

23 examinatum , quia † vltrà alia , notum est apud nos, quòd multoties super vno, eodémque puncto iuris,vna aula sequitur vnam opinionem, alia aliam, non igitur est justum, quòd minorem priuemus isto commodo, quòd scilicet videant negotium ambæ aulæ.

24 Nec ista † reuisio potest multum damni patti afferre,præsupposito quòd per ejus concessionem non impeditur ei executio præstita cautione, ita Imperatore disponente in *authen.qua supplicatio,C.de precib. Imp. offeren.*& nostris constitutionibus ita etiam statuentibus in *titul.de supplica.de senten.*& hanc opinionem, quòd post succumbentiam in causa restitutionis,liceat redire ad remedium appellationis , & suo casu supplicationis,tenet Sfor.Odd. de *restit in integr.par.2.quæst. 69.n.13.* cui tamen auctoritati parùm ego fido , cum idem Auctor contrarium videatur ex Baldi tenere antea in *1.part.q.17. tot. art. 17.* Decisionem videbis in calce sequentis decisionis.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisi præceden.
Ex quibus causis detur restitutio ad supplicandum, vel appellandum post quadriennium.

SVMMARIVM.

1 *Restitutio an detur minori ad supplicandum,vel appellandum.*
2 *Non potest denegari,si petitur intra quadriennium.*
3 *Restitutio ad supplicandum est concedenda minori post succubitum in restitutione.*
4 *Quadriennium ad restitutionem,à quo die currat.*
5 *Restitutio ad supplicandum an concedatur post quadrienium.*
6 *Restitutio non datur aduersus quadrienij lapsum.*
7 *Fallit.si adest aliqua legitima causa.*
8 *Veluti grauissima læsio.*
9 *Læsio quæ facit locum restitutioni concedendæ post quadriennium,relinquitur arbitrio Iudicis.*
10 *Arbitrium Iudicis in hac læsione æstimanda non est liberum , sed regulatum ad id quod Doctores in materia tradunt.*
11 *Læsio considerabilis aliquibus videtur si dammum minor patitur in majori parte bonorum,respectu rei,de qua litigatur.*
12 *Quadriennium ad supplicandum, aut appellandum non currit pro eo tempore, quo quis egit de nullitate.*
13 *Tempus supplicandi, ei qui prius egit beneficio constitutionum* de la obtervança,*non cucurrisse censuit Senatus.*
14 *Decisio Senatus admittens supplicationem post causam restitutionis finitam.*
15 *Auctoris censura circa praditam decisionem.*

DIfficultas † est,retento eodem themate *decisi præceden.*quando victus non supplicauit à principio, sed causam restitutionis aduersus executionem, omissa supplicatione, instituit,& profecutus est : postea vult, absoluto,& finito iudicio restitutionis , recurrere ad supplicationem , quod cùm non possit via ordinaria, cum lapsum sit tempus ad supplicandum, postulat ad supplicandum beneficium restitutionis sibi indulgeri, quæritur quid iuris ?

Sanè , † si restituendo petitur intra quadriennium 2 non est dubium,quòd erit ei concedenda, præsupposito quòd teneamus per restitutionem illam postulatam aduersus sententiam ad executionem,non fuisse supplicationi, & illius remedio renunciatum : notum enim est minori & eius beneficio gaudenti cuicunque competere beneficium restitutionis aduersus lapsum temporis ad appellandum,& supplicandum,idque absque eo quòd teneatur docere in principio de aliqua læsione, sed ad solam allegationem concedenda est,vt fuse probauimus supra, docentes de Senatus, pro hac opinione,obstruantia in alia *decis.*facta de hac eadem materia *restitutionis in integrum ad probandum,& appellandum,*viden.viterius Giurb.*decis.106.& decis.116. per tot.* & in hoc † proprio casu,quòd sit concedenda restitu- 3 tio ad appellandum , & supplicandum post succubitum in restitutione intentata,& opposita ad executionem,tenet Odd.in *præceden. decis. cit.n.q. 9.num 13.* quod † quadriennium (iam leis) minori cuiuis à die 4 quo factus est maior, aliis autem eius beneficio gaudentibus , à die læsionis , Giurb. post alios *decis.106. num.5.*

Sed quandò † quadriennium est elapsum , vt quia 5 multos annos durauit causa restitutionis , tunc initiat considerabilis difficultas, an sit restituto concedenda, & quomodò, loquor de his, qui ex post possunt gaudere iure minoris , prout sunt Ecclesiæ, vniuersitates, &c. non in minore ; qui iam est effectus maior : Scio quòd quandoque Senatus se difficilem reddidit ad concedendum hanc restitutionem , vt videbis infra , ideò oportet quòd nos qui hanc prouinciam suscepimus, istud plenè examinemus,& discutiamus.

Dubitauit † igitur Senatus de restitutione ista con- 6 cedenda , & bene , quia erat elapsum quadriennium, aduersus quem quadriennij lapsum non datur restitutio,quia res iter in infinitum, prout ex Anguisol.Odd. Pereg. & Aldoui, dicit Giurb.*decis.106.num.* 11. & ex aliis plutibus probat etiam Gratia.*discep.foren.601. ex n.41.lib.4.*

Verùm,† si adest aliqua legitima causa, non dubi- 7 tes quòd concedetur restitutio,etiam post lapsum quadriennium,*ex text.in cap.1.de restit.in integr. in 6.& ibi not.glos. & omnes scribentes* , & ego signanter docui plutibus *in tit.de past.nup.claus.11. ex n.86.* vbi *decisiones* Senatus.

Causæ † autem possunt esse plures , vti deprehen- 8 des facilè ex scribentibus à me in dicto loco addu& vna erit indubitata,si docetur de graui læsione ie eor& gente victum ex sententia ipsa,vt dixi in dict lo,& in nostro specifico casu,latissimo calamo scri iurb. *in cit.decis.106.n.12.*vbi fœcundissima ad id allegatio Doctorum,idem Giurb.*dec.110.ex n.1.*

Sed quomodò † computabitur ista læsio ? cer- 9 tum est , quòd arbitrio Iudicis , cùm non sit à iure diffinitum,vt ait Giurb.*d. dec.110. num.3.vers. confitebor.*

Sed quali † arbitrio ? non prout iudicanti vide- 10 bitur quomodocunque , sed prout volunt Doctores æstimandam læsionem,Menoch. *de arbit. iud.cas.74. num.4.*Mascar.*de probat.concl.1058.num.*10. & Giurb.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

11 *vbi suprà n.*4.Giurbæ cum suo consistorio, † *in d. decis.* 110.*n.*5.fuit visum in casu isto sufficere, quòd victus ostendat se fuisse sententia priuatum maiori parte bonorum, non respectu sui patrimonij (quod plus est) sed considerantis tantùm bonis,de quibus erat quæstio : magnum dictum , quòd non teneatur victus ad obtinendum restitutionem ad supplicandum à sententia contra eum lata post lapsum quadriennium,docere de iniustitia sententiæ aliquo modo,sed sufficiat docere de læsione ei contingente,respectu eorum,quæ illi auferuntur,siue bene,siue malè, siue iuste,siue iniustè. Facile erit cuique secundum hoc, restitutionem hanc obtinere in hoc casu , vide vltetius in materia huius læsionis Steph. Gratia. *discep. foren.* 601. *ex num* 45. *lib.*4.

12 Iuuabit dicere , † quòd cum diu de restitutione in integrum actum fuerit,quadriennium forsan non poterit dici cucurrisse,nisi a die,quo in restitutione condemnatus fuit victus,nec decennium ad appellandum, aut supplicandum,prout de tempore , quo actum fuit de nullitate, resoluit pluribus Giurb. *d. & sæpius allegata dec.* 110.*n.*6.*cum seq.*Quod † in facti contingentia non *displicuit* Senatui : in vna enim nobilissimæ domus de Oms , cum nobilissima itidem domo de Santmanat,cum illis de Oms visum fuisset quandam prouisionem contra eos factam esse contra constitutiones Cathaloniæ,non curarunt ab ea supplicare, sed intentarunt remedium datum per *constitutiones sit de obseru. const.* vt per eundem Relatorem reuocaretur tanquam facta contra constitutiones,in quo succubuerunt,declaratione facta per omnes aulas,vt fieri solet : quo facto,redierunt ad remedium ordinarium supplicationis,& obtinuerunt quòd eis admitteretur , licet esset elapsum tempus supplicandi , etiam sine restauratione,iudicando illud impedimentum pro legitimo,ne diceretur cucurrisse tempus , scriba causæ , est N. Famada.

13 † gata dec. 110.*n.*6.*cum seq.*

14 Iste casus † successit in individuo de quo tractamus , disputandus in Senatu *de anno* 1630. in causa Vniuersitatis villæ de Mora contra Hieronymum de Torme, & Sibil, in qua post effluxos ex die latæ sententiæ vsque ad diem interpositæ supplicationis, quatuordecim annos, in quibus fuerat actum de restitutione in integrum incidenter in modum exceptionis oppositæ ad executionem in vna,& alia aula,cum vniuersitas,quæ restitutionem petierat succubuisset in ea, voluit redire ad remedium ordinarium supplicationis, illamque sibi admitti postulauit,medio restitutionis in integrum beneficio aduersus lapsum tempus supplicandi imploraro,cumque id soleat fieri sine causæ cognitione , decreta fuit facile supplicatio , & commissa causa egregio Senatori,& Decano Hieronymo Astor, coram quo,loco exceptionis dilatoriæ litis ingressum, & progressum impedientis , fuit dictum non potuisse admitti,nec committi causam,ex duplici ratione, primò, quia post succumbentiam in causa restitutionis, non licebat recurrere ad remedium supplicationis, secundo, quia erat elapsum quadriennium ad supplicandum.

Senatus in hac exceptione reddebat se , vt dixi antea,difficilem in concedenda, & admittenda supplicatione,cæterùm cessarunt omnia,ex quo vniuersitas de noua causa non discussa in instantijs restitutionis opponebat, ob quam postulabat restitutionem ad supplicandum,volebatque quòd iterum de causa cognosceretur , nempe de quibusdam pactis , & conditionibus, sub quibus firmata fuerat quædam venditio , de qua agebatur,cuiusque ratione fuerat vniuersitas condemnata,quæ de nouo fuerant reperta,quæ prætendebantur non fuisse adimpleta , & ob id non potuisse vniuersitatem condemnari.

Quibus visis,& auditis (ea qua solet prudentia Senatus) *die* 18. *Martij anni prædicti* 1630. fuit facta *promissio* super dicta exceptione,dicendo : [Quòd sine † præiudicio iurium,& prætentionum partium de quibus ind finitiua habebitur debita ratio, procedatur ad vlteriora in causa,& currant partibus ad probandum,& instruendum processum tempora constitutionum,&c.] Scriba Sebastianus Costa.

Ex quibus apparet , placuisse Senatui ex causa admittere hanc supplicationem post succubitum in causa restitutionis,& post lapsum etiam tempus ad supplicandum,quamuis enim promisso fuerit facta cum illis salutatibus,& retentionibus (stylus est iste Senatus) admissa vere nihilominùs dici debet supplicatio, licet ego † causam necessariam esse solum iudico respectu 15
concedendæ restitutionis ad supplicandum post quadriennium (quando non admitteretur nobis quod antea dicebamus,non cucurrisse tempus durante iudicio restitutionis) non respectu illius admissionis post succumbentiam in remedio restitutionis prius intentato, quia iam dixi illam iure ordinario fore admittendam, neque etiam existimo oportere,quòd pro causa deducatur de necessitate aliquid,quod non fuisset in instantiis restitutionis discussum,aliæ enim possunt esse causæ,quæ idem suadeant,vt vidimus suprà. Bene verum est ex principalioribus & magis mouentibus esse eam, quæ hic deducta fuerat,quia habebat vniuersitas causas releuantes,quas de nouo opponeret,quæ non fuerant discussæ,& consulo,quòd in hoc faciant diligentias aduocati si possunt,cum vt dixi,melius, & potentius motiuum,quod potest sumi, sit istud, non excludendo alia etiam circa discussa,si ostenditur in eis bonum ius,aut alias,quod vt probauimus,in recto arbitrio iudicis iudicandum resident.

ARGVMENTVM.

An aduersus tres conformes,vel duas,quando æquiparantur tribus, detur restitutio in integrum,& per eam impediatur executio ?

SVMMARIVM.

1 *Restitutio incidenter ad impediendum executionem, an detur contra tres, vel duas conformes respectiue.*

2 Lex minor autem magistratus §. sin autem Princeps,ff.de minor.*declaratur.*

3 *Restitutio aduersus duas , vel tres conformes respectiuè conceditur ex causa.*

4 *Restitutionis concedendæ aduersus duas,vel tres conformes,qualis causa requiratur.*

5 Carol.de Graf *notatur super intelligentia cuiusdam loci Mastrili.*

6 *Restitutio vt aduersus duas,aut tres conformes concedatur non est necessaria noua causa,sed quòd ex meritis processus appareat de iniustitia.*

7 *Restitutio sic debet concedi contra plures sententias sicut contra vnam.si non malitiosè petitur.*

8 *Malitia , & calumnia in hac materia præsumpta quando dicatur cessare.*

9 *Restitutiones concedendæ aduersus duas conformes materia parum practicatur in Senatu , & quare.*

10 *Sed non tam rarò , quòd non eueniat aliquandò ista casus disputandus,vbi decisio Senatus pro admissione.*

11 *Sed si non bene probat posteæ pars,succumbit in causa restitutionis,vbi decisio.*

12 *Sententia lata in causa restitutionis imploratæ con-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

tra duas conformes, non facit numerum cum illis, vt dicatur reus ter succubuisse, & ideo possit ab illa supplicari, aut appellari.

12 *Appellata potest à declaratione desertionis, quamuis à principali fuit mensis non potuisset appellare.*

14 *Et hoc modo ducimus causas ad Senatum, quas non possemus alias.*

Decisio CXIX.

1 QVæ dicta † hucusque fuere in *præcedentibus decisis*, respiciunt primas instantias cauiarum, quando scilicet vna duntaxat est lata sententia, & eius petitur executio, prout contingit in sententijs Principum, & supremorum Senatuum in vim *authen. quæ supplicatio. C. de precib. Imp. offerend.* in eis diximus posse ad executionem impediendam implorari beneficium restitutionis in integrum, eo modo quo vidisti in prædictis *decisionibus*: nunc conuertitur sermo noster, ad disputandum de aliis instantijs, veluti quando in his, in quibus non supplicatur, sed appellatur, dantur tres conformes, & ex post, earum petitur executio: vel duæ in his, in quibus supplicatur, quarum prior ex aliquo incidenti non fuit executa, vel quia non esset aliqua, vel al as, & lata secunda confirmatoria, petitur ambarum executio, quæritur an similiter liceat minori petere restitutionem aduersus eas, ad impediendum executionem, ac si essemus in prima instantia.

2 Sane, licet † pro affirmatiua omnes allegent *l. minor autem magistratus 19. §. si autem Princeps, vers. sed & Percennio. ff. de minor.* Verùm ea lex mihi non videtur id probare, sed immò in ea ostendere Iurisconsultum rem esse dubiam, & adhuc sub lite, quam solum Imperatores disputari permisisse asserit, ibi, [Sed & Percennio Seuero contra tres bis iudicatas in integrum restitui desideranti, diuus Seuerus, & Imperator Antoninus permiserunt in auditorio suo examinari,] & dicit glo. ibi, *verb. examinari*, examen prædictum fuisse permissum, & licet eadem glo. quærens quid ergo fuit statutum? respondeat, dandam fore restitutionem ex noua causa in *l. 1. C. si sæpius in integrum restitu.* Verùm id in dictis legibus, licet prior sit Imperatorum Seueri, & Antonini, quorum meminit Iureconsultus in *dict. vers. sed & Percennio*, non fuit decisum, aliud ex dispononit procul dubio, qualiter scilicet a sententia denegante restitutionem possit appellari, & si minor est, qui succubuit, nec appellauit intra tempora; qualiter sit ei restitutio ad appellandum concedenda, ac qualiter etiam semel denegata iterùm possit peti.

3 Glossæ autem † opinio est *in d. l. minor autem magistratus*, concedendam fore restitutionem ex noua causa, vt vidisti, quam sequitur Gamma *decis. 110. num. 11.* Mascar. *de proba. concl. 1275. a num. 1.* Sed quaeris † debeat esse ista noua causa, in explicando, non conuenerunt in vnum omnes: aliqui dixerunt debere in isto casu inprimis de iniustitia sententiarum apparere: addunt aliqui quòd ex eisdem actis, & quòd iniustitia sit adeo manifesta, vt non possit aliquo modo offuscari, & dubium reuocari. Dicunt & alij quòd debeat plene constare, & licet non desint qui dicant sufficere de tali iniustitia dari fumum, & de tali fumo satis esse liquere iudici semiplenè, & summariè; verum alij in contrarium esse veritatem, secundum magis communem opinionem, asserunt, ita vt sit necessarium esse qui tale, quod si posteà plenè probaretur in via processus redargueret apparentem sententiæ de iniustitia, & demùm debet, secundum istos, constare de noua causa superueniente, quæ si fuisset allegata ante prolationem sententiarum, sententiæ non fuissent latæ, hæc omnia habes late discussa apud don. Gaic. Mestril.

Tom. I.

tota decis. 45. in 1. tom. & decis. 110. in 2. vol. quem † 5 non bene percipisse in dictis locis visus est Carol. de Grad. *de except. except. 54. num. 17.* dum enim ibi allegat ad probandum simpliciter, non obstare exceptionem restitutionis in integrum si opponitur aduersus executionem trium sententiarum, addit Mart. Giurb. *decis. 18. num. 13. circa fin.* & deinde magis notæ apud Vincent. Caroc. *in tract. de except. except. 48. ex num. 24.* qui infinitos allegant, quos ego omnis ne multus fietem, ibi videantur, vbi fere omnes, qui de materia tractarunt, existimo citatos. Addo tamen † Cæl. Barzi. *decis. Bonon.* 6 *73. num. 63.* vbi dicit, quòd detecta sententiarum iniustitia cessat id, quod dicitur de probationæ nouæ causæ quando petitur restitutio in integrum aduersus tres sententias conformes, cum satis sit, quòd ex actis antiquis appareat, & quòd non est necessaria probatio huius nouæ causæ, nisi quando læsus peteretur restitutio, ad quod plures allegat.

Mihi visum † est non facere distinctionem inter 7 restitutionem, quæ petitur ad impediendam executionem vnius sententiæ, & eam, quæ petitur respectu trium, atque ita dandam fore restitutionem, eamque debere habere effectum suspensiuum aduersus tres sententias, eodem modo atque contra vnam, si scilicet calumniose, & malitiose non petitur, quemadmodum diximus *in præcedentibus decisionibus de vna sententia loquentibus*: non enim video posse impediri effectum restitutionis ex eo quòd tres latæ sint sententiæ, si calumniæ præsumptio absit in allegante, atque ita censuit, & recte Salicet. *in l. 1. C. ne lic. tertio pronos. quæst. vlti.* contra Bal. contrarium tenentem Lancello. de attenta. eleganter multum, *par. 2. cap. 18. de atten. restit. in integr. pend. numero* 88. Odd. *de restit. in integr. q. 43. art. 3. numero 51. vers. Odd. in contrarium*, Caroc. *in cita. except.* 48. *numero* 26. & omnium latius Mestril. *in supra cita. decis. 110. ex numero 1. cum multis seqnen.* vbi quòd hæc sit magis communis opinio, pro qua Senatus declaratum, asserit.

Et in hoc † ego non reperio difficultatem, solum 8 considero eam in declarando, quando dicatur cessare calumniæ, & malitiæ præsumptio in casu occurrenti: recurre (postquam restitutionem, quæ aduersus tres, æquiparatimus restitutioni quæ contra vnam petitur) *ad præcedentes decisiones nostras*, in quibus de hoc latè egimus circa restitutionem, quæ petitur ad respectu vnius sententiæ, & sequere quod ibi diximus, & signanter animaduerte, id diuidicare positum esse in prudentis iudicis arbitrio, vt ibi diximus. In Senatu † 9 rato iste casus succedet, quia cum sententiæ eius, præstita cautione in prima instantia executioni mandentur, iuxta *authent. quæ supplicatio C. de precib. imp. offeren.* & restitutio non impediat executionem iam finitam, nec etiam cœptam, vt vidimus *in superioribus decisionibus*, vix potest contingere, quòd valeat peti restitutio aduersus duas conformes. Sed accidit † aliquan- 10 do ex aliquo accidenti, quòd prior tententia non exequatur statim, sed expectetur confirmatio, prout nuper contigit in vna Figulorum, & Scutellatiorum huius Ciuitatis, refetente egregio Senatore don Raymundo Robi de Mary mon, in qua petita fuit restitutio aduersus duas conformes ad impediendum executiones, quæ coram dicto Relatore instabantur, & cum, prout moris est, articulatum fuisset de causis restitutionis petitæ, & de motiuis iniustitiæ sententiarum, admissioni articulorum, fuit ex aduerso contradictum, eo signanter motiuo, & prætextu, quòd restitutio petebatur calumniose, & malitiose, quæ est ordinaria cantilena in hac materia, & ideò non poterat executiones impedire: Senatus autem articulos admittendos *duxit* ad pro- † bandum in causa restitutionis, addendo, *admissa in integrum restitutione, tanquam non mobiliate postulata.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quia deducebantur plura incontinenti probanda, pet quæ exiſtimabatur, quòd conſtaret euidenter de iniuſtitia ſententiarum, dies prouiſionis 17. Nouembris 1650. Scriba cauſæ Sebaſtianus Vilella, Et hæc, nota, quia forſan alibi non reperies, quia fuit fortè primus caſus, qui in hac materia apud nos contigit.

11 Sed non † exiſtimes, quòd propterea quòd is, qui reſtitutionem petiit admiſſus fuit ad illius iudicium proſequendum, ex quo non viſa malitioſe, & calumnioſè peti, propterea eſt certus de victoria deindè obtinenda in illo iudicio, quia contrarium quotidiè ſuccedit ſecundum quod probat, vel non probat pars aduerſus ſententias, quod contigit in cauſa paulò ante memorata Figulorum contra Scutellarios, in † qua poſt multas diſputationes prodiit tandem *proniſio* decreti executionis de menſe Decembris 1632. non obſtante reſtitutione petita; eo motiuo, *quia non conſtitit de læſione, ob quam potuiſſet illa concedi, & eius beneficio minoribus ſubueniri.*

12 Finaliter animaduerte, quòd ſententia quæ fertur ſuper reſtitutione implorata in hoc caſu contra duas conformes, non facit numerum cum eis, quaſi dicatur reus tet ſuccubuiſſe, & ſeu tres ſententias reportaſſe contra ſe, quamuis in reſtitutione ſuccumbat: eſt enim prima non tertia, quia nunc primum reſtitutionis beneficium imploratur, de quo in prioribus inſtantiis nihil dictum fuerat quantumuis eadem metita refricentur, eſt enim remedium diuerſum, & iudicium diſſimile, & ideò à ſententia ſuper reſtitutione lata appellari poteſt iterum, & ſupplicari, vt optimè probat Anto. Fab. in ſuo *Cod. lib. 7. tit. 18. de fructi. & liti. expenſ. defin. 62.*

13 Ex eadem † ratione *obſeruatur* in Senatu inconcuſ-
†† ſe, quòd quamuis ſecundùm priuilegia Magiſtratus Conſulatus Logiæ maris ciuitatis Barcinonæ, non detur appellatio à ſententia Iudicis appellationum in cauſa mercantili lata, nec iuxta priuilegia curiæ Vicarij Barcinonæ à ſententia in cauſa reclamationis, nihilominùs ſi iſti Iudices non declarant ſuper meritis, & ſuper eodem articulo, de quo cognouit Iudex primitiuus confirmando, vel infirmando, ſed declaratur cauſa deſerta, ob non factas intra tempus neceſſarias diligentias, tali caſu admittitur appellatio, quia hæc declaratio eſt prima, vti diuerſa ab aliis: hic eſt Senatus ſtylus, de quo atteſtatur noſter magnus practicus Micha. Ferr. in *3. par. obſeruan. cap. 25. incip. ita fuit obſeruatum. & cap. 455. incip. reclamationis priuilegium*, & nos etiam de eodem ſtylo facimus fidem indubiam,
14 quia plures vidimus ita *obſeruatum*. Ac etiam † apud
†† nos eſt alius circa hæc ſtylus, quo cauſam trahimus ad Senatum (in quo longe melius, quàm alibi in aliis noſtris tribunalibus adminiſtratur iuſtitia) & hac via fit, vt noſtris clientulis melius ſit proſpectum, ita vt non curemus multum de diligentiis, in prædictis tribunalibus inferioribus pro decidendis cauſis appellationum, & reclamationum faciendis, occaſionando partem, vt cauſam deſettam declarari poſtuler, & iudicem vt ita declaret: ducto enim hoc modo negotio ad Senatum, quod alias duci non poterat, ſi clientulus noſter fouet iuſtitiam in meritis, Senatus, vti ſupremus, relicta deſertione, de qua non curat, pto ea iudicar, & iudicare ſolet inconcuſsè; & per hoc inditectum, quod poteſt dolus bonus dici, conſequimur quod non poſſemus aliter, niſi aduerſarius ſit ſagax, qui non curet de deſertione, ſed confirmationem in meritis ſemper petat, ne nouis appellationibus detur locus: ita vidi inter peritiores ex noſtris obſeruari non rarò, & bene ſucceſſiſſe.

Quando ego hanc ſcripſi deciſionem, non ſucceſſerat in Senatu diſputandus alius caſus in indiuiduo de hac reſtitutione in integrum aduerſus duas conformes, niſi qui ſupra fuerunt relati, & adhuc vt vides, non erant in expreſſo ſecundùm thema in hac *dec.* propoſitum. Succeſſit autem poſtea in indiuiduo pro ciuitate Dertuſæ cum hominibus Baiuliarum de Miraflet, de quo ſeci nonnullas deciſiones, & ſignanter vnam de hac reſtitutione, quam non pigebit legiſſe, ſicut me non pœnitet feciſſe.

ARGVMENTVM.

An in criminalibus detur reſtitutio in integrum minori ad impediendam executionem ſententiæ condemnatoriæ.

An ea reſtitutione poſſit etiam iuuari fiſcus ad augmentum pœnæ.

An fiſcus petat reſtitutionem aduerſus ſententiam, vel abſolutoriam, vel ob minorem pœnam condemnatoriam, quàm ipſe vellet.

An detur reſtitutio minori ad appellandum, vel ſupplicandum poſt lapſum terminum.

De appellatione admittenda, vel repellenda in criminalibus.

SVMMARIVM.

1 *Periculum vbi maius, ibi cautius eſt agendum.*
2 *Appellatio, & ſupplicatio in Cathalonia non dabantur ante curias anni 1599. in criminalibus.*
3 *Appellatio eſt defenſio.*
4 *Defenſio eſt de iure naturali, & ideò non facile auferenda.*
5 *Lex licet dura, ſeruanda tamen.*
6 *Lex debet eſſe iuſta, & habere alias qualitates, de quibus hic.*
7 *Lex dura apud auctorem ſeruanda nunquàm foret.*
8 *Statuta prohibentia appellationes in criminalibus, defendentur ob bonum publicum, publicamque vtilitatem, quæ verſatur in puntione delictorum.*
9 *Criminalis qualibet cauſa reputatur maior qualibet ciuili.*
10 *Iudicium eſt firmius, quod plurium ſententiis confirmatur.*
11 *Appellationes, & ſupplicationes in Cathalonia ſunt permiſſæ in criminalibus.*
12 *Statuta prohibentia appellationem in criminalibus, vel in totum, vel in parte, videntur iniqua.*
13 *Leges transferedi quandoque licet in atrocioribus.*
14 *Pœnæ maiores poſſunt quandoque errantes inſligi delinquentibus, & error commiſſi in perſona deliquentis.*
15 *appellatio deberet admitti in criminalibus quandò poſt plene diſputatum, an delictum ſit proditorium, prodit ſententia condemnatoria de delicto proditorio.*
16 *Appellatio in Cathalonia in Criminalibus nouiſſimè permiſſa.*
17 *Exceptis aliquibus caſibus.*
18 *Appellatio in criminalibus, in quibus caſibus de iure communi prohibita.*
19 *Appellatio, ſeu ſupplicatio in Cathalonia non admittitur in criminalibus, ſed repellitur, & repulſa cenſetur ſtatim quod in ſententia apponitur qualitas delicti exceptuati.*
20 *Appellatio apud nos, non ſolum prohibetur in criminalibus, in criminibus exceptis, ſed etiam quodcunque aliud remedium, quod de iure communi poſſet alias admitti.*

21 *Appellatio,*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

11 *Appellatio, & omnis recursus prohibitus apud nos à sententijs Visitatorum generalis Cathaloniæ.*

Decisio CXX.

1 SCripsimus † multa *in superioribus decisionibus* de restitutione in integrum, sed omnia respiciunt negotia ciuilia, nihil diximus de criminalibus, debebamus tamen, cùm maius in eis verteretur præiudicium, & ex consequenti cautius est agendum, *cap. vbi periculum de elect. in 6.* Oiald. *dec. 79. n. 1.* & Mat. Mut. *dec. 1. num. 1.*

2 Causæ criminales † in Cathalonia vsque ad annum 1599. nullum habebant remedium, vbi cadebat lignum, ibi manere illud oportebat, quem aula criminalis condemnabat, Deum solum habebat vltorem si grauiamen prætendebat, non enim audiebatur in tertis, duca lex tollens in re tam graui, & vbi maius est

3 periculum hanc defensionem, defensio enim † est appellatio, *l. 1. appella. & cap cum inter. de excep.* & cùm

4 † defensio sit de iure naturali, non erat tam faciliter auferenda, *elem. pastoralis, §. caterum de re iudi. l. vt*

5 *vim. ff. de iust. & iur.* Sed nihilominus † seruandam dicebant nostri, ex *l. prospexit, ff. & a quib.* quod ego vix vnquam mihi persuadere potui, sciens legem de-

6 bere esse † honestam, iustam, probabilem, secundum patriæ consuetudinem, loco temporique conuenientem, necessariam, vtilem, nullo priuato commodo, sed pro communi ciuium conscriptam, *can. erit autem lex,*

7 *distinc. 4.* Vnde † Vlpia, verba in *d. l. prospexit*, quoties audio, turbatur, nec mediocriter spiritus meus, dum video esse qui velint duras leges seruandas, non sum ego primus, lege alios, qui non parum mirati ante me fuerunt de dictæ legis dispositione apud Franc. Becce. *cons. 51. numero 18. lib. 1.* Hic erat rigor nostratum legum, hæc asperitas nostrorum merum.

8 Verum est, † nec id ego ignoro, in omnibus fere mundi partibus vigere similia statuta prohibentia in criminalibus appellationem, de fendique ea à Doctoribus ob publicam vtilitatem, quæ in punitione delictorum versatur, de quibus late per Ioseph. de Sesse *decis. 91. n. 39. & 40. tom. 1.* & tursus *dec. 416. ex n. 13. tom. 4.* Ego tamen sentio in hac re, vt dixi, non esse non punire delicta, miseros iterum atque iterum audire reos, & eis admittere omnem defensionem.

9 Sed superuenerunt † curiæ anni 1599. in quibus nostri, quasi aperientes de nouo oculos, quos visi fuerant eo tunc vsque habuisse obtusos, cœperunt inuicem conferre modum istum procedendi in causis criminalibus consuetum, dicendo, si in causis ciuilibus, quamvis de solo obolo litigetur, prouisum est de remedio contra sententias præiudiciales, vt alius de eis in secunda instantia cognoscat, cur non idem etiam obstetuabimus in causis criminalibus, vbi de vita, & honore hominis agitur? nonne quælibet causa criminalis reputatur maior qualibet ciuili? *l. in seruorum, ff. de pœn.* Pute. *decis. 98. num. 1. lib. 1.* Meno. *de arbitr. iudic. cas. 464. n. 3.* Valençue. *cons. 43. num. 98.* late Hieron. Buccat. *de differen. inter iud. ciuil. & crimin. in prin-*

10 *cip. præmis. 4. per tot.* Nonne † firmius est semper iudicium, quod plurimorum sententijs confirmatur? ita ex Roman. Pontif. *in cap. prudentiam, de offi. deleg.*

11 ac propterea † instarunt fieri legem, quæ facta fuit in 15. cap. curiæ dicti anni 1599. quòd admitterentur supplicationes, & appellationes respectiuè in causis criminalibus, eo modo, quo inibi habetur: quæ lex fuit semper, & est apud nos ex tunc in viridi observantia.

12 Sed quia † constitutio non consentit omnibus omninò condemnatis posse appellare, & supplicare, excipit enim plures, & generaliter quibus de iure communi non est permissum; pulchra dubitatio est, an saltem iftis si sint minores, sit admittenda restitutio in integrum, si petatur adueniia sententiam contra eos in criminalibus latam? Mihi in primis (si quod sentio liberè dicere possum) duriissima videntur statuta, nedum in omnibus, & quibuscunque delictis prohibentia appellationem, vt erant quæ vigebant antea in hac prouincia, sed etiam quæ in antiquibus casibus quantumcunque particularibus, & atrocibus, ac mali exempli, non permittunt. Ratio est † in promptu, quia licet in aliquibus criminibus, propter sui atrocitatem, & immanitatem, necessaria videatur etiam crudelitas, & seueritas leges etiam quandoque transigendo do, vt tradit Grain. *decis. 36. ex num. 2. cum seqnent.* Cabal. *resolut. crimin. 97. num. 9. centur. 1.* & facit text. *in §. sed & si credat, in fine, instit. de oblig. quæ ex delic. nascun. l. sacculary, §. sunt quædam, ff. de extraord. crimi. & l. ant facta, §. nonnunquam euenit ff. de pœn.* nullus † tamen dubitat, quin in his possit committi excessus majorem imponendo pœnam, quàm par esset, vel etiam error in persona delinquentis, existimando eum esse, qui non est, vel denique in probationibus quem esse, qui non est, vel denique in probationibus defectus? ad hæc corrigenda esset bona appellatio, vel supplicatio, ne alicui fieret iniuria. Quæ est ratio, quòd in his delictis, quantumvis atrocissimis, stare debeamus de necessitate opinioni primi iudicis, magis quàm in aliis? Quando ego † video, quòd post plene disputatum in Senatu, an aliquod delictum sit proditorium, & proditorie per aliquem commissum, necne, & condemnato reo, non admittitur illi appellatio, aut supplicatio, nulla alia ratione, quam quia per illum proditorie fuerat delictum commissum, & hoc motiuo (super quo principaliter in causa disputabatur) video exequi sententiam capitalem contra condemnatum, infelicissimum eum iudico, quòd iterum in secunda instantia non permittatur ei de eadem re disceptare; hæc rebus vt nunc, apud nos non habent remedium, possunt tamen habere, cum iterum de condendis legibus apud nos tractabitur.

Lex itaque † nostra nouissima temperauit rigorem antiquum, qui erat apud nos, de non audiendis aliquibus delinquentibus volentibus appellare, seu supplicare à sententijs criminalibus contra eos latis, vel à prouisionibus torturæ, & quæstionis reorum, cum quo nobis semper bene fuit, quia multos per hanc viam vidimus magnas pœnas euasisse eis impositas per Iudices criminales, iterum enim reuiso negotio in vna aula ciuilium, contigit aliquando eam aliter sensisse.

Sed lex † ipsamet excipit aliquos casus, & aliquos delinquentes, in quibus non vult concessam hanc appellandi, aut supplicandi facultatem, prout sunt latrones, & grassatores itinerum, homicidæ per insidias & proditionem, crimina læsæ Majestatis in 1. & 2. capite, falsæ monetæ, & sodomiæ committentes, & generaliter quicunque alij qui per ius commune arcentur ab appellando in criminalibus. Quos delinquentes, † & casus, in quibus de iure communi prohibetur appellatio, ad interpretationem nostræ constitutionis, habes latè apud Prosper. Farina. *in 2. p. tom. 1. tit. de var. & diuers. quæstio. q. 101. n. 1. per tot.* & Sebast. Guazzi. *de defen. reor. defen. 36. cap. 4. per tot.* In quibus vltimis criminibus exceptis, istud *præticatur* intrepidè, ne admittatur †† aliqua appellatio, vel supplicatio.

Et si vis scire † qualiter præticetur, animaduerte quòd cum aliquis in criminalibus condemnatur, semper apponitur ei causæ fuæ condemnationis, dicendo. [Attento ex meritis præsentis inquisitionis, & aliàs legitimè constat de intentione procuratoris fiscalis contra N. delatum, & inculpatum de nece proditorie, & appensatè commissa in personam N. &c.] In illis verbis, *delatum, & inculpatum, &c.* stat certa, & firma

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

condemnationis causa, quæ non ponuntur nisi respectu eorũ de quibus plenè constat contra delinquentem, & si in eis exprimitur inculpatio de aliquo delicto ex exceptuatis, per hoc clauditur os condemnatis ne possint appellare, aut supplicare, & hoc solum sufficit, & per hoc regitur factum Concilium, & occasionem sumit admittendi, vel repellendi appellationes, aut supplicationes, & cum est expressum aliquid ex delictis exceptuatis, inexorabile se reddit ipsis reis, atque ita *ob-*
†† *seruatur* inconcusse absque aliqua exceptione, aut li-
20 mitatione, vsque adeò, † vt nihil admittat de limitationibus, & exceptionibus, quas adducunt scribentes ad statuta prohibentia appellationem in criminalibus, prout sunt, dictio de nullitate, quandò exceditur in pœna, quandò allegatur notoria iniustitia, & sic de reliquis, quæ enumerantur per Farina. *vbi sup. a n.* 97. vbi abunde, & Guazzi. *decap.* 4. Quandò enim quis est condemnatus in criminalibus cum aliqua qualitate delicti, in quo prohibita est appellatio, vel supplicatio, nullum est remedium, nisi se Deo tradere totum, & præparate ad bene moriendum.

21 Rigidi sumus ‡ in his Cathalani, nam ex quo in introductione syndicatus Deputatorum, officialium Generalis facta in curiis anni 1599. fuit prohibita appel-
†† latio, id iam ad litteram *obseruamus*, vt nec notoria iniustitia, nec dictio de nullitate, nec aliud remedium admittatur contra sententias, quæ inibi proferuntur, sed eis præcisè stando, siue bonæ, siue malæ: noluerunt enim credere Cancerio, qui hæc remedia introducebat in 3. *par. var. resolu.* 18. *an quib. caus. non lic. appella.* Quæ res fuit aliquandò satis mali exempli, & sequuta fuerunt absurda satis multa ex non admissione remediorum de iure contra prætiudiciales sententias introductorum, sed hæc relinquamus, quia non sunt huius instituti, dabit eis Deus quandò sibi bene visum, finem, & veniamus ad rem nostram, in sequenti tamen decis.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisionis præcedentis iuxta argumentum illius.

SVMMARIVM.

1 *Restitutio non datur minori ad appellandum, quando materia ex se est inappellabilis.*
2 *Appellatio si via ordinaria est prohibita suo tempore, prohibita etiam erit via extraordinaria, & talis est praxis Senatus.*
3 *Restitutio in criminalibus non datur minori aduersus sententiam, a qua non licet appellare, nec supplicare quando principaliter petitur restitutio.*
4 *Secus si incidenter ad impediendum executionem, si non malitiosè restitutio petitur.*
5 *Argumentum de causis ciuilibus ad criminales de iure valet, vbi non est diuersa ratio.*
6 *Restitutionis in materia in criminalibus, non est attendendum si adest præsumptio calumniæ, vel malitiæ.*
7 *Sera nulla vindicta de morte hominis cunctatio.*
8 *Restitutio in criminalibus impedit executionem sententiæ, quamuis requirat aliorum indaginem.*
9 *Restitutio in Senatu concessa ad impediendum executionem modo quo hic dicitur.*
10 *Minor aduersus delictum non restituitur, & ideò errant qui aduersus illud restitutionem petunt.*
11 *Restitutione in integrum non potest prætendi per minorem omnimoda remissio delicti, & pœnæ illius, sed minoratio.*
12 *Minoribus in delictis regulariter est pœna minuranda, non enim pœna ordinaria minoribus infligitur, & hoc est praxis Senatus.*
13 *Fallit ratione atrocitatis delicti, cuius ratione solet minori pœna ordinaria plecti in Senatu, & ibi decisio.*

DECISIO CXXI.

MEum intentum † non est, in hac decisione tractare, an in casibus in quibus per leges nostras 1
prohibetur appellatio, aut supplicatio via ordinaria, permittatur saltem restitutionis in integrum beneficio ad fauorem minoris condemnati, quia hic casus est extra omnem aleam, extra omnem dubitationem: non enim datur restitutio ad appellandum, quandò est in illo casu prohibita appellatio, Lancell. *de attent. part.* 2. *cap.* 14. *de attent. pendente restitu. an integr. ad appellandum.* n. 34. Stani. Paciffic. de *Saluis. interdi. in spec.* 4. *cap.* 3. *n.* 67. Mar. Giurb. *decis. Sicil.* 19. *n.* 18. omnes allegant Lap. *allega.* 53. *in fin.* sed decipiuntur, quia est *allega.* 52. circa finem, cum enim † via ordinaria non potuerit minori 2
concedi appellatio, sit vt nec via extraordinaria restitutionis in integrum possit, Anton. Mona *decis. Lucen.* 45. *n.* 5. quia in eo, quod nunquam fieri minori non est considerabilis læsio si non fecit, qua cessante cessat restitutio, cum illius fundamentum sit læsio, Odd. de *restitu. in integ. quæs.* 4. *per tot.* atque ita *pr. Ecclesiam* intrepidè in Senatu, quòd in casibus, in quibus leges nostræ prohibent appellationem, vel supplicationem, siue in ciuilibus, siue in criminalibus, æquales sunt minores, cum maioribus, nihil plus conceditur vni, quàm alteri.

Meum † (inquam) intentum non est tractare, an 3
prohibita appellatione, vel supplicatione, possit, & debeat ad appellandum, aut supplicandum nihilominus minor admitti, medio restitutionis in integrum beneficio ad fauorem minorum introducto; sed vtrum, sicut in ciuilibus auditur minor condemnatus, per restitutionem in integrum aduersus sententiam, & sententias transactas in iudicatum, à quibus non licet amplius appellare, sic audiatur, & audiri debeat aduersus sententiam contra eum in criminali latam, in quo nec supplicatio, neq; appellatio permittitur, nam in aliis casibus iam haberet remedium ordinarium, & non esset necesse istud extraordinarium restitutionis tantare.

Sanè, † si loquimur de restitutione, quæ petitur 4
principaliter aduersus sententiam, quæ est species prouocationis, & committitur in alia aula, de qua loquuti fuimus in alia *decisione* de restitutione in integrum incidenter ad executionem sententiæ petita, nunquam *visum*, vel auditum, quòd quisquam tale remedium in- ††
tentauerit, nec Senatus concesserit aduersus sententias criminales, atque ita de hoc casu non est disputandum, quia Senatui nunquam placeret concedere tale remedium, maxime cum non esset applicabile ad causas criminales, quæ ind-gent remedio impediente executionem, quale, si rigorem naturæ restitutionis, quæ principaliter, & de per se intentatur, attendimus, non est remedium restitutionis, quæ principaliter, & per se, & iure actionis intentatur, exequitur enim nihilominus sententia præstita cautione, non secus ac si supplicatum foret, vt in eodem loco diximus.

Quæstio nostra † est, si debet admitti beneficium 5
restitutionis minori, si illud implorat aduersus sententiam criminalem contra eum latam, incidenter coram eodem iudice, ad impediendum executionem, petendo quòd reuideatur sententia ex eisdem actis, vel detur dilatio minori ad probandum aliquod, quod licet relenuatur, fuisset omissum ante sententiam, & interim non exequatur.

Hæc

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Hæc materia(licet parùm practicata inter nostros) nullam, aut modicam videtur mihi habere difficultatem,nam non video rationem,quare causæ criminales tanto maioris præjudicij diuerso iure censeantur a ciuilibus,vt in illis denegetur quod in his conceditur,debere admitti minorem ad beneficium restitutionis in integrum aduersus sententiam ad impediendum illius executionem,si non apparet calumniose peti, vt tradimus in præcedentibus , atque ita quæcunque dixi circa causas ciuiles , applicanda fore causis criminalibus iudico,vt si Iudex videt ad quæ allegari,vel ex ipsomet processu, cum quo fuit facta condemnatio, vel quæ possint postea probari , citra omnem calumniæ præsumptionem , ex quibus condemnatio appareat excessiua , non credo iuste facere iudicem si supersesso negotio, iterum illud non examinet , & si opus sit,nouas probationes, quæ videantur releuantes, non admittat , prudenter tamen , super quo non potest dari certa regula , cum sit materia arbitraria , vt diximus in materia ciuili in aliis *decis. præceden.*

6 Nec mireris , † quòd quæ dixi procedere in ciuilibus,velim applicare,ac accommodare in criminalibus, quandò enim non adest diuersitas ratio, argumentatur bene de vno ad aliud sine dubio,Farina,*de reo confit. & conuic. quæst.*81.*n.*65. plenè Hieron.Buccar.*de differentiis inter iud.ciuil.& crimin.toto practic.*2.cuius titulus est,*nunquid in criminalibus causis procedatur ad similitudinem ciuilium, & an & quando valeat argumentum de vno ad aliud.*

7 Plus dicit † idem Buccaro,quod ego vix audeo referre,*differen.*106.*num.*6.ex multis quos allegat,in criminalibus,quia habent executionem itreuocabilem,ad impediendum eam per restitutionem , non esse attendendum,sicut in ciuilibus, si adest præsumptio calumniæ,& malitiæ,vel non,sed semper impediri executionem per restitutionem , sed non credo id bene recipi in tribunalibus , vti notorie impedituum recte administrationis iustitiæ , vt potest colligi ex Bossi. per eundem Buccar. allegato , debet tamen istud seruire de freno , ne facilitet protumpamus contra reos ad executiones sententiarum criminalium faciendas , & decernendas sine delectu , non considerantes matute,

8 si aliqua allegatur causa , quæ id impediat , illud † (provt decet)semper in mente habentes, *nulla vnquam de morte hominis sera cunctatio est* , vt apud eundem

9 Buccar.*differen.*205.*num.*4.Vnum † aliud ad fauorem reorum dicit in proposito Castill. *decis.*199.*n.*6.*lib.*2. quòd licèt in ciuilibus restitutio non impediat executionem sententiæ quandò requirit altiorem indaginem ; id tamen non procedit in criminalibus, in quibus executio esset irreparabilis, ad quod allegat *decis.* Boer.65.*ex n.*7.

10 Sed quid † obseruat Senatus ; iam dixi suprà,negotium esse in eo parùm practicatum : contigit tamen superioribus annis,quòd pro quodam N.Iolleuma terræ Confluentis condemnato ad seruiendum in Regiis triremibus ad septem annos remigando pro quodam præteuso homicidio appensato,fuit imploratum beneficium restitutionis in integrum , tam ex causis resultantibus ex eodem processu,quàm etiam ex aliis,quæ deducebantur de nouo, pro quibus probandis , & iustificandis petebatur tempus, & informato Senatu visum fuit ei, esse aliquius considerationis, quæ pro minore deducebantur, & nulla facta in scriptis prouisione(ne rem nouam faceret, non enim est ex nostris qui tale quid vuquàm viderit , aut audierit)verbo *decreuit* admittendum reum ad compositionem cum fisco & compositione facta & obseruata constitutione de non ingrediendo locum homicidij intra certum tempus , reus fuit à carceribus liberatus : hic est casus , qui fuit practicatus , eodemque modo anos fimiles practicandos sperarem si contingerent,nec posse denegari restitutionem, vel vno, vel alio modo, tam ad probandum de nouo , quam alias , habitem pro indubitato , si vedivis, releuantia viderentur quæ allegarentur , sed quia in paucis ciibus concurrunt requisita necessaria ad restitutionem in isto casu concedendam,quia vix incedit quòd ex eisdem meritis processus resultet tanta iniustitia condemnationis,vel quòd minor remanserit indefensus habens alia quæ probaret post sententiam releuantia,ideò parùm fiat apud nos hac materia practicata,& est iustum,quòd iudices cum magna circumspectione in his procedant , & difficiles se reddant in his concedendis,ne detur occasio, vt in damnum Reipublicæ quotid.e quærantur impedimenta punitionibus delictorum.

Vt autem † nihil ignoretur ex his , quæ oportet in 11
hac materia scire , ne in aliquem erroreni incidamus, sicut in aliis vidi non semel,animadeertendum est, regulam esse , quòd minor aduersus delictum non restituitur , de qua re sunt intra expressa in *l.i. C. si aduers. del.ff.* & in *l.si ex causa § nunc videndum. ff.de minor.* ideò erant , qui aduersus delictum restitutionem petunt , prætendentes per restitutionem se obtenturos, quòd declarabitur non delictum quod reuera delictum est,quæ est consideratio glosæ *l.si ab hostibus § si vir. verò.lueri facere ff.solut.matr.*& ibi Baldi quem sequuntur communiter scribentes,& post omnes tradit optimè Ioan. Francisc.a Ponte *dec.*14 *num.*18.vnde † venit 12
consequenter non posse prætendi per restitutionem obtineri posse omnimodam absolutionem a delicto,& eius pœna, sed solùm illius minoratione. *Idem in omnibus ff.de regul.iur.l.aui facta,3.per totum.ff.de pœn.* de qua re passim apud nostros, & figuranter plena manu apud Farina,de *pœn.tempe.quæs.*1.*ex n.*4. & *conf.*66. *ex n.*7. *& ibi addatio. lib.* 1. atque ita cum tractamus de subsidio prætendo minori in delictis per restitutionem,aut aliàs,id debet esse ad effectum, vt minoretur pœna , quæ † regulariter minoranda est,non enim 13
pœna ordinaria delicti regulariter punitur minor , vt probatur in locis suprà adductis , & est bona remissio apud Mar. Mant. *decis.*30.*n.*19. optima *decis.* Thesaur. 161. late Cald.Pereyr.in *l.si curatorem. verb.vel abuersary dolo,ex n.*50 *C. de integr restitu. in nou.* quod apud nos *obtinet* intrepide , tegulariter Senatus minuit †† de pœna ordinaria delicti minorum Dixi , regulariter. † quia in aliquibus casibus tanta potest esse immanitas delicti,tam frequens delinquenti consuetudo,vt necessium sit plectere minorem pœna ordinaria prout aliquando vidimus, & timebamus valdè ne hanc opinionem Senatus acciperet,& practicaret contra quendam militem minorem,quem defendebamus proximis annis , qua atrocissima iudicabantur delicta per eum perpetrata, propter quæ amiserat Ecclesiæ immunitatem,led non ita fuit,sed relegationem enim ad certam insulam contentatus fuit date ei , contigit tamen his diebus dum hæc scribimus, & seu prælo dimus quòd quidam minor occiderat socerum in Campo Tarracone,quem tenebatur vti parrem reuereri,& non fuit Senatus misertus suæ minoris ætatis,sed nihilominùs ad pœnam ordinariam,mortis scilicet *condemnauit*,& ita fuit executum , videndi ad istud fuit suprà relati scribentes,& præter eos,Sesse *dec.*9 *per tot.lib.*1.optimè Mantic.de *reflitu. integ.cap.*153.& 154.

ARGV

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ARGVMENTVM.

An restitutione minoris, vt augeatur pœna, possit iuuari fiscus in criminalibus.

An fiscus in criminalibus petat restitutionem aduersus sententiam, vel absolutoriam, vel in minus condemnatoriam.

An detur minori restitutio in criminalibus ad appellandum, vel supplicandum post tempus.

SVMMARIVM.

1 *Fiscus non habet restitutionem in criminalibus ad augendam pœnam.*

2 *Quæ est opinio receptissima in Senatu.*

3 *Fiscus an possit adhærere restitutioni petitæ per minorem, ad augendum pœnam.*

4 *Fiscus in Cathalonia adhæret appellationi, & supplicationi rei condemnati, ad augendum pœnam, & c. num. 7.*

5 *Quæ resolutio pluribus videtur dura.*

6 *Adhæsio, species est appellationis.*

7 L. ampliorem, C. de appellat. *in Cathalonia procedit, & habet locum, etiam in criminalibus, sed non in aliis partibus, & n. 4.*

8 *Appellatione prohibita, non censetur prohibita adhæsio appellationis alterius.*

9 *Fiscum posse adhærere appellationi condemnati ad augendum pœnam, resolutio capta per nostrum Senatum, ideò videtur dura quia est, si non contra, præter mentem constitutionis.*

10 *Restitutio dicitur quædam species appellationis, & supplicationis.*

11 *Restitutionis in integrum beneficium minoris, commune debet esse suo aduersario.*

12 *Fiscus non potest iuuari restitutione rei minoris petita aduersus sententiam criminalem incidenter ad impediendum executionem, sidque optima ratione adducta.*

13 *Restitutio, quæ petitur principaliter, est quæ æquiparatur appellationi, non quæ incidenter.*

14 *Restitutio intelligitur esse communis quoad probationes quando ad eas faciendas petitur, non ad alia, nisi principaliter petatur contra sententiam.*

15 *Appellare, aut supplicare melius est reo condemnato, quam petere restitutionem in integrum in causis, in quibus datur appellatio, aut supplicatio.*

16 *Restitutio datur minori ad appellandum, seu supplicandum post terminum in criminalibus, sicut in ciuilibus.*

17 *Appellationem post terminum interponendam intra quadriennium per condemnatum media restitutione, non tenetur Iudex expectare, sed lapso termino debet exequi sententiam.*

18 *Sententia debet exequi statim, nullo expectato termino, quando non potest amplius appellari.*

19 *Consuetudo, qua in aliquibus locis viget, quod sententia criminales statim exequantur non expectato termino, qui eis datur ad appellandum, est iniqua.*

20 *Tempus frustrà expectatur, quod expectatum non prodest.*

DECISIO CXXII.

SEd an † in hoc quod diximus in *præced. decis.* sint æquales fiscus, & minor, vt sicut iste iuuatur restitutione ad obtinendum minorationem pœnæ, si videtur excessiua, sic ille ad augendam illam, si videtur minor, quàm deberet esse? dic breuiter quòd non, vt tradit Bossi. *tit. si aduer. rem iud. restit. post.* Mauri. Dola. de *restit. in integ. cap.* 153. & 154. & latius Sfor. Odd. de *restit. in integ. p. 1. q. 3. ex n.* 85. Pere. de *iu. fisc. lib. 6. tit. 2. n. 11.* Farin. de *vari. & diuers. quæst. q.* 101 *cap. 1. ex n.* 35. *cum seq.* & nouissime Hierony. Bucca. de *differen. inter indi. ciuil. & crimin. differen.* 174. *n.* 3. idem Farin. *cons.* 40. *n.* 59. *& ibi addit. lit. F. lib.* 1. quæ opinio † est apud nos receptissima, nunquàm enim fuit *visum*, aut auditum, †† quòd fiscus petierit restitutionem ad augendum pœnam, quæ data minori esset minor, quam ipse fiscus vellet, nec audiretur, si id peteret. 1 2 ††

Deinde est † videndum, nunquid possit saltem fiscus adhærere restitutioni petitæ per reum ad obtinendum minoritatem pœnæ, prætendendo, quòd immò debet augeri, vt sic per indirectum, iuuando se beneficio aduersarij, possit obtinere quod non posset per se, ad similitudinem eorum, † quæ ex resolutione capta de anno 1600. tradit noster egregius olim Senator don Ludouicus à Peguera *decis.* 199. *in* 1. *tom.* quòd fiscus, qui non potest per se appellare, aut supplicare in Cathalonia, potest appellationi, aut supplicationi rei in criminalibus aduersus sententiam condemnatoriam, adhærere, & eius vigore obtinere augmentum pœnæ, prout quotidie apud nos *practicatur*, intellecta enim fuit *l. ampliorem, C. de appella.* quæ in ciuilibus appellationem facit communem, etiam in criminalibus, de qua resolutione, † & praxi, & eius iustitia nihil ego nunc dico, nec iudico: meminì tamen, quòd dura hæc visa aliquandò fuerunt, non tam, ex eo quòd fiscus in Cathalonia non appellat, & ideò videbatur, quòd neque etiam appellationi alterius adhærere poterat, & ea se iuuare, cum adhæsio † species videatur esse appellationis, ad latè tradita per Anton. de Amat. *resol. 9. per tot.* & Anton. Mona. *dec. Bonon.* 47. & sic per indirectum concederetur ei, quod directò non posset, sicut visum fuit Vincen. de Franch. *dec.* 467. *n.* 6. vbi dicit † disputationem *l. ampliorem*, nunquam fuisse in illo regno seruatam in causis criminalibus, & forsan (inquit) quia fiscus non appellat. 3 4 †† 5 6 7

Quia id † non caret difficultate, quia non est regula semper certa, quòd ex eo censeatur prohibita adhæsio, quòd prohibita sit principalis appellatio, si alter appellat, quia prohibitio intelligitur solùm altero non appellante, prout late discurrit Mar. Giurb. *decis.* 30. *num.* 24. Non (inquam) † ex prædictis dura videbatur dicta resolutio, sed quia, si non contra, præter mentem erat constitutionis concedentis appellationem, & supplicationem, quam antea rei non habebant, à sententijs criminalibus condemnatorijs, quæ videtur esse, reis fauere, & prouidere, non fisco, quod vel illud fuadere videbatur, quòd stante prohibitione, tam respectu fisci, quàm respectu partis, cui concedens appellationem, & supplicationem, partis meminit, & de ea loquuta fuit, non de fisco, cui si voluisset idem priuilegium concedere, facile erat exprimere, & ideò durissimum videbatur quòd præter legislatoris mentem interpretatio contra miseros istos condemnatos caperetur; sed ita censuit Senatus, sufficit. 8 9

Ad exemplum † igitur resolutionis captæ in appellatione, & supplicatione dicendum videtur, quòd sicut illis interpositis per reum, potest fiscus iuuari ad obtinendum augmentum pœnæ, sic in restitutione, cum nulla diuersitatis ratio videatur inter hos duos casus considerabilis, cum ad eundem finem tendant 10

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

…dant appellatio, seu supplicatio, & restitutio reorum, ad innouationem veniret, vel absolutionem pœnæ, siscus autem ad augendum attendit, ob quod restitutio quædam species dicitur appellationis, & supplicationis, vt dicit Iurisconsult. *in præsens. ff. de minor.* Lancell. de *attent. 2. par. cap. 18. de attent. restitu. in integr. prænd. n. 11. & 105.* Cald. Perey. in *dict. l. si curatorem. ver. b. per quod pristinum ius, n. 14. de in integr. restitu. minor.* quod late examinat Sfor. Odd. de *restit. in integr. p. 2. q. 1. n. 63. cum sequen.*

11 Et præterea, † restitutionis in integrum beneficium per minorem impetratum, commune debet esse suo aduersario, ex text. expresso in *l. penul. C. de temporum integr. postul.* & probat latissime Cald. Perey. in *dict. l. si curatorem verb. vel aduersarij dolo, ex n. 22. C. de in integ. restit. min.* & apud nos *practicatur*, intrepide, quòd si minor ad probandum petit restitutionem, & eius vigore conceditur ei dilatio ea inuatur etiam aduersarius tametsi maior: & quòd generaliter restitutio in integrum sit communis, ex multis probat Eminentiss. Card. Tusc. *lib. R. concl. 180. n. 22.* Mat. Giurb. *dec 30. num. 6.* & declaratiuius late supra in alia *decis. huius materia.*

12 Sed reuerà, † contrarium est dicendum in hoc casu, non posse fieri sicum iuuari restitutione minoris, quia materia non est capax, nec habilis, eo quòd restitutio hic non petitur, vt iterùm iudicetur, & noua sententia feratur, reuocetur que prior, sicut fit in appellatione, & supplicatione, quo casu posset intrare prætensio, & adhæsio fisci, cum alia esse ferenda sententia, sed fit ad effectum ne exequatur in totum, sed modificetur, iuxta priuilegium minoris, & adhuc istud vix potest in criminalibus fieri in scriptis, cum necesse esset ferre aliam sententiam alio modo, & ad aliam pœnam diuersam ab illata, quod abhorret à recta iudicandi forma, sed est faciendum eo modo, quo suprà diximus in illa de Iosefina, quòd Senatus videns iustitiam minoris, consulat excellentissimo Præfidi, sententiam commutet illi in aliam mitiorem pœnam, atque ita nullo modo potest intrare prætensio fisci, quòd pœna augeatur, cum non possit fieri in causa restitutionis, quæ incidenter petitur ad illam minuendam, in quo idem est, & obseruatur in ciuilibus, nunquam enim †† *visum est*, aut *audstum*, quòd si petitur restitutio ad impediendam executionem in totum, vel in parte, tractatum fit de augenda condemnatione, cum in hoc functus iam esset suo officio Iudex.

13 Et quod + de æquiparatione restitutionis, & appellationis diximus, non est in hac restitutione, quæ petitur incidenter ad impediendam executionem, sed in illa, quæ ad rescindendum sententiam principaliter postulatur iure actionis, & de per se, prout in alia *decisione* suprà traditimus.

14 Et demum, † quod fuit prætactum, remedium restitutionis esse commune ambabus partibus, non legitur in locis allegatis, nisi respectu probationum faciendarum eo remedio, quod tunc sine dubio est commune, & respectu restitutionis, quæ petitur principaliter in modù prouocationis, alias foret magna inæqualitas, respectu autè minoris petentis, eo beneficio mediate, super federim in executione, vel in toto, vel in parte, res est inapplicabilis, quòd immò fiat executio in maiori quantitate, quàm fit condemnata pars, & maxime in criminalibus, in quibus, nec respectu ipsius minoris patitur materia subiecta, quòd aliqua declaratio fiat, sed per modum cõmutationis procedatur, vt processit Senatus in supra relata causa de Iosefuma, quod ego aliter fieri posse non existimo. Agamus interim tanto Senatui, post Deum omnium moderatorem, debitas gratias, qui tam prudenter, & docte in hoc procedendum duxit, nobis relinquens exemplum vt similiter, ne erremus, faciamus.

Opponant igitur audacter minores, quandò sentiunt se grauatos, de hoc beneficio adue. sus sententiam, & illius executionem, nec timeant quod in appellatione, aut supplicatione, eis pœna augeatur, quia nunquam fiet, nec fieri poterit.

Supra tradita † procedunt in casibus, in quibus pro- 15
hibita est in criminalibus appellatio, aut supplicatio, nam vbi non est prohibita, vtilius est multo minori (nisi velit virtumque remedium tentare, petendo priùs restitutionem coram eodem Iudice, & deinde appellare, aut supplicare ad alium, vt diximus de ciuilibus causis *in superioribus decisionibus*, & eo modo quo docuimus fieri posse) appellare, aut supplicare, facilius enim hoc modo est obtinere quod defideratur apud alium Iudicem, & in alia causa, quàm apud primum Iudicem, qui iam votum propalauit suum. Quo supposito, † si in casibus, in quibus permittitur appellatio, 16
aut supplicatio, negligens minor fuerit eam interponere intra terminum, quæritur an beneficio restitutionis in integrum ad supplicandum post terminum sit admittendus: Respondeo, nullam esse difficultatem quòd debeat admitti, per ea quæ late *in aliis decisionibus* circa iudicia ciuilia traditimus, quæ optimè applicantur criminalibus, cum non reperiantur mutata, vbi etiam documus non esse ad id necessarium docere de aliqua læsione, sed solùm de lapsu termini, qui sufficit pro læsione, & si id procedit in ciuilibus, quanto magis in criminalibus, in quibus tantò maius est periculum, & damnum. In his paucis allegationibus sum vlus, quia tantam mihi videntur habere notorietatem, & tantam rationem naturalem, vt nullatenùs opus esse iudicem, vix est aliquid, meo quidem iudicio, ex istis, quod iure controuerti queat.

Sed post † lapsum terminum ad appellandum, & sup- 17
plicandum non tenetur Iudex expectare pro executione facienda quadriennium quod de iure datur ad petendum restitutionem, id enim foret nunquam date finem negotiis, sed sufficit quòd lapsus sit terminus ordinarius ad appellandum: & supplicandum statutus, atque ita praxis *obseruat* apud nos inconcusse tam in ciuilibus, quàm in criminalibus sine dubitatione aliqua.

Obserua † finaliter apud nos, quòd in casibus in 18
quibus non datur appellatio, vel supplicatio, tam in ci- ††
uilibus, quam in criminalibus, nullum tempus expectatur pro executione facienda, veluti, quando prouisio decreti executionis in ciuilibus, est in omnibus confirmata in causa supplicationis ab ea interposita, quo casu non potest iterùm supplicari, scriba in continenti expedit, & expedire potest litteras executoriales in prima prouisione prouisas, non expectando aliud tempus, & Iudices firmant illas absque difficultate aliqua, licet aliquos de hoc aliquando conqueri viderim, qui tamen nunquam fuerunt auditi, quia non habebant rationem: & in criminalibus etiam, si in casu appellabili vel supplicabili est confirmata sententia, vel si sumus in casibus, in quibus non datur appellatio, aut supplicatio, statim sententia executioni mandatur, probant late Caualca. *dec. 10. n. 13. par. 1.* Roland. à Valle *cons. 77. n. 20. vol. 2.* Io. Ctot. *cons 101. n. 8. & 9. lib. 1.* Iuli. Clar. *in præct. cr min. §. fin. q. 96. n. 2.* Buccaron. *de differ. inter iudi. ciuil. & crimi. tota different.* 195. apud quos † 19
duos vltimos reprehendenda videtur quædam consuetudo, quæ ab aliquibus approbatur, quòd in omni casu, siue sententia sit appellabilis, siue non in criminalibus, nihil expectetur ad executionem, non enim video quomodo in damnum miserorum, & in præiudicium defensionis naturalis, tam iniqua consuetudo possit subsistineri. Et in nostro integerrimo Senatu semper *expectatur* labi tempus ad appellandum, vel † supplicandum.

Rationem † dicunt esse, quia frustra expectatur 20
tempus, quod expectatum non prodest, *l. cum hæres. §. fin.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

fin.de acquir.hæredi. l.aliquandò, §. vltimo ff.ad Vellei. & frustra expectatur euentus cuius nullus futurus est successus *l.non cogendum, §. Subinus, ff.de procur.l.quibis,de verb.oblig.* quæ licèt brocardica possunt ad plura prodelle,de quibus apud Alex. Trentacin.*var.resol.lib. 2.de exceptio.resol.3. numero 6.* & latius apud Augustin. Barbo. *axiom. 84. incip.euentus numero 3.* Bene igitur diximus, vbi non datur appellatio, vel supplicatio, nihil fore expectandum, nec differendam executionem.

ARGVMENTVM.

Vt sententia criminalis ad fauorem Fisci possit reformari, quomodò sit per eum perendum, & an existente parte instante, nec appellante, possit fieri ea reformatio.

An in terris Baronum possit etiam fieri dicta reformatio.]

Et an Barones habeant fiscum.

SVMMARIVM.

1 *Fiscus quid debeat facere quando prætendit se iuuare posse appellatione, aut supplicatione rei condemnati ad augendum pœnam.*

2 *Appellationi, seu supplicationi rei condemnati si vult iuuari fiscus ad augendum pœnam, debet expresse,secundum aliquos,adhærere ei,& petere augmentum pœnæ.*

3 *Sed contra tenent alij.*

4 *Fiscus non dicitur adhærere appellationi alterius, nisi de expressa adhesione appareat.*

5 *Index ex officio in ciuilibus nunquàm in secunda instantia priuatam condemnationem in Senatu reformare solet,nisi petatur.*

6 *Fiscus in Cathalonia si vult quòd in secunda instantia augeatur pœna reis,debet id petere,& quomodò,vbi decisio.*

7 *Alius modus petendi,qui nunc obseruatur.*

8 *Clausula,peto ius, & iustitiam fieri,& ministrari, operatur vt super non petitis possit Iudex declarare.*

9 *Et signanter super fructibus, interesse, & expensis non petitis.*

10 *Clausula prædicta efficit vt possit Iudex super personali declarare,quamuis sit realis intentata.*

11 *Item quòd possit Iudex condemnare in decem,quamuis sola quinque sint petita.*

12 *Item quòd intentians possessorium, possit obtinere in petitorio.*

13 *Item quòd possit Iudex declarare super apta conclusione,quamuis inepte facta.*

14 *Item quod censeatur visile remedium propositum.*

15 *Clausula,peto ius, & iustitiam, &c. efficit vt omnia quæ consueuit censeantur petita per eam.*

16 *Appellare in Cathalonia non potest pars, quæ facit instantiam in criminalibus,sicut nec fiscus,& hæc nostra praxis.*

Processus criminalis in Cathalonia est fisci, non partis,& ideò dicitur procedi apud nos per inquisitionem,non per accusationem,ibid.

17 *Fiscus in terris Baronum in criminalibus non potest petere quod augeatur pœna in secunda instantia.*

18 *Barones non habent fiscum,verum habent alind,quod fisci loco est, & iura obtinet.*

19 *Fiscus nunquàm fuit visus petere in secunda instantia augmentum pœnæ in Cathalonia in terris Baronum.*

DECISIO CXXIII.

OCasione † eorum quæ dicta fuerunt in *præcedenti dec.* circa illam resolutionem Senatus,quòd fiscus in criminalibus, tametsi non possit ipse per se appellare, aut supplicare à sententiis, quæ contra reos proferuntur, vt augeatur pœna; potest tamen appellatione aut supplicatione adueniri tui iuuari,si ille appellauerit, aut supplicauerit; est dubiũ quomodò id fit practicandum, an scilicet possit id facere Senatus ex officio non petente expresse fisco, an verò sit necessarium,fiscum expresse adhærere adueniri appellationi, seu supplicationi,& adhæiendo petere augeri pœnam? 1

Pro opinione,† quòd sit necessaria adhæsio, & petitio fisci,videtur,esse text.expressus in *l.amplissimum, C. de appella.* in qua,extendendo eam ad criminalia, vt docet Peguer.*dec.* 196. fundata fuit Senatus resolutio in illis verbis.[Sancimus itaque si appellator semel in iudicium venerit,& causas appellationis fiæ proposuerit,habere licentiam, & aduersarium eius si quid iudicaris opponere maluerit,(si præsto fuerit) hoc facere,& iudiciale mereri præsidium,sin autem abiens fuerit,nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimpiere.] In textu isto,duos Imperator proponit,& distinguit casus,vnus est quando pars est præsens,& alius quando absens: in primo dicit necessariam adhæsionem,& petitionem partis,in secundo posse iudicem ex officio reformare sententiam ad fauorem appellati,nulla eius interueniente petitione, cumque fiscus semper sit præsens, sequitur necessariam videri eius petitionem. 2

Quod non † sit necessaria fisci petitio, suadet alia opinio tenens indistinctè non opportere,quòd appellatus petat reformationem, sed posse iudicem id ex officio facere,vt docent à Ponte *cons.61.n.58.& 59.* Giurb. *dec.30.n.4.* Amat.*resol.9.n.2.* 3

Quid tenendum, † quomodò istud est practicandum? In Senatu Neapolitan.ne fiscus teneretur petere reformationem sententiæ, necessarium fuit id statuere quadam Regia pragmatica, de qua loquuntur Vincen.de Franch.*dec.467.n.7.*& Io.Franc. Capiblan. de *offic.Baron.pragma.par.1.n.241.* vbi dicunt, quòd de iure fiscus non dicitur adhærere appellationi rei, sed per pragmaticam semper quòd inquisitus appellat,fiscalis dicitur adhærere. 4

Quod adhuc † in Cathalonia videtur magis difficile, quia, vt animaduertimus in alia decisione de appellationibus, nunquam in ea vidimus in ciuilibus,in quibus hæc magis practicantur,quod Senatus in fauorem appellati non petentis reformauerit aliquam sententiam,adiudicando ei plus,quàm esset in priori sententia; ob quod † nobi.Ludou.à Pegue.*decis.196. in fin.* tradit *resolutum* in illa magna aularum congregatione † facta de anno 1600.super interpretatione, & practica *capituli curiarum anni præcedentis* 1599. concedentis appellationem condemnatis in criminalibus,quam veteres eo tunc vsque illis denegauerant,quòd quia semper Fiscus est præsens, ideò iuxta *l. amplissimum, C. de appella.* tenetur reformationem petere, fuisseque tunc datam petendi formam, vt cum peteret ad sententiam assignari (quòd semper ipse facit non pars) diceret, [Ad sententiam assignari, *ius,* & iustitiam fieri, & administrari, & quatenus opus sit in eius fauorem sententiam reformari,&c.] 5 6

Sed non placuit † postea hæc praxis Fiscalibus, nolucrunt enim ponere, nec ponunt, illa verba, *& quatenus opus sit,in eius fauorem sententiam reformari,* existimantes sufficere,vt dicatur,sicut dicitur, *ad sententiam assignari, & ius & iustitiam fieri, & administrari petit Fisci procurator regiæ Curiæ,* & cum hac petitione 7

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

petitione obtinuerunt, & obtinent quotidiè augeri reis pœnam infligendam in prima instantia, de quo non parum allegi aliquando mirabamur, quare nollent fiscales petere, provt in illa magna congregatione maturè nimis deliberatum fuerat, & quare volebant cum eis fieri, quod cum nullis fiebat in partia, quòd reformaretur in illi favorem sententia absque petitione, quam tam facile erat eis facere.

8 Sed quòd non † habebant rationem, qui hunc procedendi modum per Senatum observatum reprehendebant, dixi, quamvis antiquitùs aliud visum fuisset quod non puto huic praxi repugnare modo aliquo, ibi enim fuit deliberatum oportere, quod reformatio peteretur per Fiscum, praxis non contradicit, sed existimat sufficere, quòd dicat Fiscus, & petat *ius, & institiam fieri & ministrari*, quæ est tantæ virtutis clausula, vt possit Iudex super non petitis officium suum impartiri, Capi. *decis.* 10. *n.* 23. cum aliis late adductis per Augustinum Barbo. *clausul. 76. ius, & institiam ministrare n.* 8. & 9. vbi adducit † de fiuct: bus, interesse, & viuris, ac expensis, in quibus potest Iudex reum condemnare, quamvis non fit alias petitum, quàm per clausulam

10 Iam prædictam. Item quòd † possit actor obtinere in vim dictæ clausulæ in actione personali, licèt intentauerit realem. Item quòd † possit Iudex condemnare

11 in decem, quamuis quinque duntaxat sint petita, si de

12 decem debitis constat, in vim dictæ clausulæ. Item † quòd intentans possessorium, in vim huius clausulæ, possit obtinere in petitorio, si de eo cõstat, & demùm

13 † quòd vigore huius clausulæ, Iudex possit declarare super apta conclusione, quamuis ineptè facta fuisset.

Quid dixi † *super non petitis*? malè, nam clausula

14 hæc operatur, vt censeatur semper vtile remedium propositum, quodque parti expedit, & conuenit petitum, vt declarant prædicti Doctores, & Rolan. à Valle *consil.* 41. *n.* 19. *lib.* 2. ac Hond *cons.* 24. *n.* 18. *lib.* 2. &

15 Cæs. Barz. *decis.* 10. *n.* 39. vnde fit, † non esse dicendum, quòd Senatus reformet sententias priminas in criminalibus non petente Fisco, perit enim semper quòd vtitur clausula, *ius, & institiam ministrari*, nec quòd Fiscales non obtinent quod in illa don Ludouici à Pegue. *decis.* 196. decretum fuerat, perendam scilicet fore reformationem, peritur enim, sed politiori stylo, provt decet tantum Senatum, & eius egregios Senatores per clausulam, *ius, & institiam, &c.* Si clausula hæc sufficit, cur fupefluis vti debent, qui verba in statera ponderare, & metiri solent, vt nihil ponant de fupefluis, nec omittant de necessariis? bene igitur curtè hoc negotium, benè fiscales procedunt petendo modo prædicto, & Senatus condemnando cum ea petitione, præsupposito quòd sequamur opinionem, posse Iudicem ad fauorem Fisci reformare sententiam criminalem.

16 Limitat prædicta † de adhæsione Fisci, & reformatione sententiæ Vincen. de Franc. *in sita. decis.* 467. *n. fin.* vt non procedant vbi adesset pars, quæ querelam exposuit, & non appellasset, quod non practicatur in Cathalonia, vbi nec appellat pars, quæ facit partem cum Fisco, nec processus dicitur partis, sed Fisci, & ideò procedit per inquisitionem, vt dicit don Ludouicus à Pegue. *in pract. crimi. cap.* 13. *de proces. via ordin. n.* 1. vnde fit, vt nulla in his partis habeatur ratio, sed Fisci, cuius nomine sunt omnia, & ideò quamuis adsit pars, quæ nihil petat, nihilominus fit, & fieri soleat reformatio, vt diximus, cum sola petitione Fisci de administrando *ius & institiam*.

17 Quid in † sententijs Baronum est obseruandum, in quibus etiam concedunt per constitutionem appellatio in criminalibus, si sententiæ sint ad mortem, mutato Assessore, an possit prior reformari etiam per Iudicem appellationis per Fisci adhæsionem? Hanc quæstionem tetigit Amendo. *ad cita. decis. Vinc. de Franch.* 457. *n.* 10. & videtur resoluere, quòd in dicto casu non potest fieri reformatio, quia † Barones non habent Fiscum, vt dicunt (inquit) criminalitèr communiter; si non habent Fiscum, male potest iudex ad eius instantiam, & pro eo facere reformationem. Ego nolo disputare, si Barones habeant Fiscum necne, quibus si denegatur Fiscus, non tamen potest negari quin sit apud eos quidquam aliud, quod Fisci locum, & iura obtineat, vt est apud Cap. blanc. *de Baron. pragma.* 8. *par.* 1. *n.* 212. à Ponte *de potest. proregis tit.* 1 *§.* 4. *ex n.* 61. & don Garc. Mesterl. *de magistr. lib.* 3. *cap.* 10. *ex n.* 6. fed iudico † non fore tutum quòd in hoc casu 19 vellent Barones sequi exemplũ fieri Senatus in reformatione sententiæ criminalis, multa enim decerni supremos magistratus, quæ non permittuntur inferioribus, nec ego vidi vnquàm ita *practicatum, nec tentari.*

ARGVMENTVM.

Creditor, cui fuerunt datæ literæ directæ Cuidam tertio vt illi solueret, non potest redire ad debitorem, qui literas dedit, non factis diligentiis contra illum tertium.

SVMMARIVM.

1 *Casus decisionis.*
2 *Litera cambij data per debitorem creditori, vt ab alio recipiat debitum quando debitor sit primum liberent.*
3 *Litera cambij non liberant debitorem, nisi sequuta demum solutione eius, cui litera dirigunter.*
4 *Literis cambij traditis, adhuc potest creditor facere contra debitorem primum donec solutio sit sequuta, quod poterat antea.*
5 *Decisio Senatus in comprobationem praditorum.*
6 *Venditor non habens fidem de pretio, adhuc retinet dominium, donec sequatur solutio*
7 *Creditoris acceptatio literarum cambij, censetur facta pro soluendo, non pro soluto.*
8 *Decoctio ante solutionem facta per eum, qui tenebatur soluere in vim literarum cambij per eum acceptatarum, ero noces creditori, cui erat soluendum.*
9 *Creditor non potest redire ad principalem debitorem nisi discusso in primis eo contra quem data fuerunt litera cambij, & facta diligentiis.*
10 *Creditor acceptando literas cambij alij directas, censetur approbare illum soluendo modum.*
11 *Atque licèt in dorso literarum non reperiantur illa verba, vista, ay acceptada.*
12 *Scriptura non est inuenta pro substantia conuentionis, sed ad probationem.*
13 *Stylus mercatorum est, quod verbis, vista, y acceptada, probetur acceptatio, sed id non excludit aliam probationem, & n. praced.*
14 *Præsumptio cedit veritati, & non est probatio, sed releuatio ab onere probandi.*
15 *Solutionis vim habet quæcunque satisfactio partis.*
16 *Satisfactio accipimus quemadmodũ voluit creditor.*
17 *Non refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
18 *Literas cambij acceptans a sua debitore, obligatur eas præsentare, & ab eo exigere.*
19 *Creditor qui acceptauit literas cambij, non potest a tractatu recedere, nec pænitere.*
20 *Debitor post traditas suo creditori literas cambij, non potest reuocare ordinem.*
21 *Etiam si scribuns literas post ea decexisset.*
22 *Litera cambij cum præsentata fuerunt non potest ille alteri soluere.*

DECISIO CXXIV.

EMerat vnus † quasdam merces ab alio, & illi 1 dederat literas cambij directas cuidam tertio,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

pro habendo pretio, qui tertius illas acceptauerat, & Promiserat soluere, sed propter aliquod accidens, quod non declarabat, non reddibat creditor ad illum, qui litteras acceptauerat, pro habenda, & recuperanda sua pecunia, sed ad primæuum suum debitorem emptorem mercium, qui se excusabat dicendo, quòd ipse pro satisfaciendo illi, quæ fuerat illas litteras cambij ab alio, cui soluerat, & ideò non erat iterùm molestandus, saltem non discusso illo, qui litteras acceptauerat, contra quem tenebatur prius creditor adhibere omnem diligentiam, Institutum Senatu fuit super hoc causa pro venditore contra emptorem, prætendendo sibi licuisse, & licere redire ad principalem debitorem, nec teneri prius agere contra acceptantem, ex sequentibus.

1 Primò negabat † se acceptasse illas litteras cambij. Negabat etiam se dictas litteras prætentasse cui dirigebantur, illumque acceptasse, & promisisse soluere, ad quod persuadendum allegabat, quòd in litteris, seu in dorso earum non legebantur illa verba, *visita, y acceptada*, quæ de stylo mercatorum, quem probabat, solent apponi in litteris præsentatis, & acceptatis, in signum, & probationem ipsius acceptationis, ralitet quòd aliàs non dicantur acceptatæ, vnde dicebat nihil vetare, aut impedire quominus ipse suum creditum à suo indubitato debitore peteret, & exigeret, Phæb. *decis. Peringa.* 207. *par.* 2.

2 Secundò, † casu quo probaretur, quòd creditor ipse acceptasset litteras illas cambij, ac quòd illas etiam postea similiter acceptauerat ille, cui dirigebatur, non tamen poterat probari solutionem fuisse adhuc factam, sed ad summum, quòd ille cui litteræ dirigebantur, promiserat soluere, atque ideò verum erat dicere, quòd pecunia erat adhuc ei debita, quo stante dicebat licitum sibi fore, & esse redire ad principalem debitorem, & ab eo debitum petere, & exigere ea ratione, quia debitor non remanebat liberatus, eo ipso quòd creditori suo tradidit litteras cambij pro habenda pecunia ab alio, nec si ille cui diriguntur acceptauit, sed tunc demùm quando soluit, & mandatum adimpleuit, quæ est doctrina Paul. de Castr. in *l. si debitorem, de nouatio.* Anton. Gabr. *cod. tit. de nouat. concl.* 1. *num.* 18. & 27. Rot. Genu *decis.* 2 *num.* 11. & 14. Matesc. *var. resol. lib.* 2. *tot. cap.* 11. vbi signanter † *num.* 7. asserit decisum in Rot. Roman. de anno 1598. quòd solutione non sequuta, creditor interim potest ea omnia facere, quæ sibi de iure, vel conuentione permissa sunt facere, Gabr. Petey *decis.* 126. *n.* 4. noue Melch. Phæb. *decis.* 107. *in* 2. *par.* vbi ita decisum tradit in Senatu Portugal. & Rota Roma, apud Farina. *decis.* 442. *n.* 2. & eadem etiam Rota Roma, apud tunc Card. Ludouisi post ea sanctissimum Pontificem Gregorium XV. *decis.* 217. & *ibi additio*, & apud Farinac. *in* 1 *par. recentior. recollect. per eum decis.* 679. *n.* 2. Scacc. *de commer & cambi.* 3. 1. *glos.* 5. *n.* 32. & cum infinitis, quos allegauit: egregie † ad propositum *dec. Senatus* facta 3. † Octobris 1595. in causa Io. Mich. Moradeil contra Paulum, & Michaelem Puiginer, & alios, Relatore egregio Senatore Ioanne Castello, vbi plura de isto puncto, quæ est ex delectantissimis, & abundantissimis in hac materia, quàm desiderari possit, vt potest videri in Archiuo Regio.

6 Ratio, † quare debitor cambij, qui scripsit litteras, remanet adhuc obligatus, est quia illa acceptatio non est nouus contractus inter ipsum acceptantem, & creditorem, cui est facienda solutio, sed est pars contractus litterarum cambij, nec creditor acquirebat acceptationi, nisi quatenùs sequatur solutio numerando, vnde cum creditor non habeat fidem de pretio litterarum acceptatarum, non liberat suum debitorem, sicut enim is qui vendit non habita fide de pretio, retinet dominium rei venditæ penes se, §. *vendita, inst. de rer. diuis.* ita quoque creditor, qui acceptans litteras non habet fidem de solutione, non liberat suum debitorem, quam rationem tradit Scacci. *de comm. & cambi.* §. 2. *gl.* 5. *n.* 313. Gratia. *discep. forens.* 64. *ex n.* 4. *lib.* 1 egregie Rota Roma. Ludouisi, posita sanctissimi Gregorij XV. *decis.* 217. *n.* 4. vbi dicit † quòd acceptatio 7 litterarum facta per creditorem, facta censetur ad effectum, vt is cui diriguntur, suo tempore soluat, nec possit modo aliquo solutionem euitare, aut differre, & propterea videtur creditor per hos actus eius cui litteræ dirigebantur fidem esse sequutus, dummodo solueret, & non alias, & accepisse illum pro soluendo, non pro soluto, ex Bald. *in cons.* 348. *n.* 3. *vers. amplius dicendum lib.* 1.

Hinc fit † quòd si interim decoxerit is, qui litteras 8 acceptauit ante solutionem, dum non sit facta delegatio, ficut regulariter non fit, nec in nostro casu allegabatur, quia non concurrebant requisita, de quibus per Rot. Genu. *in sit dec.* 2. & per Matesc. *in a lege cap.* 11. *n.* 7. ac alios supra citatos, periculum, & damnum cedit debitori ipsi principali, non creditori, prout docent Matesc. & Farina. ac reliqui in citatis locis vbi plures adducuntur Rotæ Romanæ decisiones, adde Melchi. Phæb. *dec.* 209. *in* 2. *par.*

Sed contrarium † ego defendebam pro principali 9 debitore, cuius partes agebam dicendo non licuisse, nec licere creditori petere pecuniam a principali debitore antequam debitas diligentias fecisset contra eum, contra quem ipsi creditori date fuerant litteræ cambij pro dicta solutione facienda, quod fundabam sequentibus rationibus.

Ac imprimis, † ponebam pro constanti illud, sine 10 quo mihi actum fuisset, quòd creditor liberaliter acceptauerat illum soluendi modum, per litteras scilicet cambij tertio directas, cui illas præsentauerat, conueniendo, & concordando cum eo, quod certa die esset in certo loco, vbi pecunia integre ibi solueretur, de quo facto deponebant nonnulli testes, qui latis intentionem probabant. Et quamuis aliud non adfuisset, nisi sola receptio litterarum, quæ erat plene probata, facta per dictum creditorem absque aliqua protestatione, id solum probabat plene acceptationem dictarum litterarum, & contentum in ipsius præstitum illi solutioni, & seu illi soluendi modo, argumento *l. filius familias, ad S. C. Macedon.* Bald. *in* 1. *cuiptor.* § *tutius, de patt.* Rota Gen *dec.* 18. *n.* 6. *dec.* 24. *n.* 4. *dec.* 68. *n.* 1. *cum* 4. & *dec.* 120. *n.* 1. Franc. Iurisat. *cons.* 55. *n.* 8. 14. & 15. *lib.* 1. bene Paris. *cons.* 91. *n.* 3. *vol.* 1. cum infinitis aliis.

Nec erat † aliquis considerationis, quòd non repe- 11 riretur scripta in dorso litterarum manu illius, cui litteræ dirigebantur, verba illa, *visa, y acceptada*, quæ probant acceptationem, imò alias non censentur acceptatæ per eum, cui dirigebantur, secundum stylum Mercatorum, vt dictum fuit, quia huius, & aliarum similium formalitatum defectus non nocet vbi aliàs probatur, & probari potest acceptatio, vt potè per testes vt egregie resoluit, & probat Vincen. de Franch. *decis.* 303. ille est vnus modus probandi acceptationem, cum videlicet scribit in dorso, *vista y acceptada*, sed non restringitur probatio ad illum modum, potest enim probari testibus, vt bene probat Fran. *loco citato*, & id quidem † optima ratione, quia scripturæ non est adi- 12 uenta pro substantia contentorum, sed pro probatione, *l. contrario, de p. gnor. & l. in re, de fid. instr.* cum similibus: igitur ab ea probatio nominis minus necessaria quòd non reperiatur scripta de manu † (ut debuit) 13 attestationes de stylo mercatorum, quæ quam facient, quia non deponebant in causa, de quo tractabamus, quo aliàs probabatur acceptatio? Credebant, nec dicere poterant, quòd illam probabat alio modo, vnde sola concludebat testes pro principali, ne credulitate, quòd non fuerat iterùm acceptata, ex quo nó reperie-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

batur scriptum in earum dorso, quòd communiter in signum acceptationis, ex communi stylo Mercatorum, scribi solet, quæ † præsumptio debet cedere veritati, cum alias, & ex aliis probationibus apparet de ca.l.fin.in princ.ff. quod met.caus. Surd. cons.7.n. 61. & dec.146.num.12. Nec præsumptio est probatio, sed releuatio ab onere probandi, prout notatur in rubr.ext. de probatio. & probat latè Surd.dec.131.n.24.

15 Hoc suppositò, † ingrediendo merita principalis dubij, dicebam primò, quòd creditor prædictus, postquàm litteras cambij acceptauerat, & illo soluendi modo contentatus fuerat, petebat debitum, quod iam ei fuerat solutum, & seu de quo, saltem rebus sic stantibus, debebat haberi pro satisfactu, tum ex rationibus iam dictis, tum etiam, quia pro solutione habetur quæcunque satisfactio ipsius creditoris, prout clare probat tex. in l.satisfactio 52.de solut. his breuibus verbis, satisfactio pro solutione est, § vendita vero res, inst. de verum diuisi. l.1. ff. qui satisf.cog. l.si rem §. omnis, de pignor.act. vbi I.C. [Omnis pecunia exoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum vt nascatur pignoratitia actio: satisfactum enim † accipimus quemadmodum voluit creditor, licèt non fit solutum, &c.] non enim refert quid ex æquipollentibus fiat, iuxta 17 glo. nor. in l.3.C.de insti.& subst. quod & in materia solutionis locum habere docet Rot. Gen. dec.4.num. 11.& dec.191. num. 10. Secundò dicebam, rebus vt tunc existentibus, nulla scilicet facta diligentia contra eum, cui litteræ dirigebantur, non licuisse dicto 18 creditori molestare principalem debitorem, quia † quandò dictus creditor acceptauerat litteras cambij à suo debitore, seu de suo ordine illi traditas directas cuidam tertio, remanserat sine dubio adstrictus eas præsentare illi tertio, & ab illo pecuniam exigere, nec fuit illi licitum, hoc non facto, ad principalem debitorem redire, ex optima doctrina Petr. Beniten. dec. 19 Bonon.58. vbi in terminis dicit, † non licere creditori recedere à tractatu, & pœnitere restituendo litteras debitori. Idem dicit Cateli. Cota, qui fideliter verba Beniten, nullo addito, aut mutato transcripsit, in suis 20 commemorab.verb.cambij litteras, ficut † nec debitori licitum est, ex eadem ratione, litteris acceptatis reuocare ordinem, Mascard.de probat.concl. 990. n. 2. Rot. Genu.dec.90.num.2.& decis.168.n.3. bene Burs.cons. 39.num.2.vol.1. Anton. Gabr. in tit. de nouat. concl.1. 21 n.15. etiam si † postea decoxisset qui litteras scripsit, prout latè tradit Scacc.de commer.& camb §.2.glo. 5. ex num.327.& declarauit Senatus Neapol. apud Vincen.de Franch.decis.303. & noue Melch.Phœb.decis. 209. in 2.part. in quibus locis vide declarationes, & 22 decisiones; nec ille † cui litteræ fuerunt præsentatæ, potest alteri, quàm præsentanti soluere, Rot. Gen. decis.93.num.8. optimè Melch. Phœb. decis.208.p.2. vbi sic decisum tradit in Senatu Lusitano. Hanc etiam correspondentiam, & æquitatem hæc inter se habent; Si ergo dictus creditor tenebatur exigere ab eo, cui litteræ dirigebantur, nec poterat pœnitere, ergo non poterat (dicebam) primæum debitorem antèà molestare. Reliqua in sequenti cum dec. Senatus.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. quod attinet ad litteras cambij acceptas, & præsentatas, nec dum solutas.

SVMMARIVM.

1 *Declaratur quod dicitur, debitorem non remanere liberatum, nisi quando littera ei præsentata fuit solutæ.*

2 *Litteras cambij scribens non tenetur ad restitutionem pecuniæ, nisi tunc demum cum non acceptantur, vel non complentur.*

3 *Scriptor litterarum cambij censetur obligatus sub conditione.*

4 *Scriptor litterarum cambij tenetur, si littera redeunt cum protestu.*

5 *Scriptor litterarum cambij tenetur, mandato non impleto.*

6 *Mandatum dicitur non implenum quando littera non sunt acceptatæ, nec habuerunt effectum.*

7 *Cessionarius tenetur personam cessam excutere, dato solum regressu vbi non possit pecuniam recuperari, vbi secùs.*

8 *Solutio habetur pro facta quando stat per eum, cui erat facienda.*

9 *Debitor excusatur à mora, creditore non comparente in loco destinato solutionis.*

10 *Subsidiaria actio solum intrat deficiente ordinaria.*

11 *Conditio ob causam datur contra scribentem litteras cambij.*

12 *Conditio ob causam est subsidiaria, & quando detur.*

13 *Causa defectus est quæ conditionem ob causam inducit.*

14 *Conditio ob causam non intrat cum non est culpa adimplere debentis.*

15 *Litteras cambij acceptans tenetur diligentias facere antèà quam redeat ad tradentem, & quomodo.*

16 *Decisiones Senatus factæ in hoc casu in fauorem debitoris qui litteras cambij tradiderat.*

17 *Debitoris cessi decoctio non semper cedit damno cedentis, veluti si negligens multum fuerit in exigendo.*

18 *Arbitrio iudicis relinquitur quæ sit ista maxima negligentia.*

DECISIO CXXV.

EX dictis in calce *præceden. dec.* † colligitur quali- 1
ter debeat intelligi, quod antèà dictum est in contrarium ex Castren. Gabr. Rot. Gen. Matefeor. & Rot. Roma, quodque passim traditur alij Doctores in hac materia, debitorem non remanere liberatum eo ipso quòd creditori suo tradit literas cambij pro habenda pecunia ab alio, nec si ille, cui litteræ diriguntur, illas acceptauerit, sed tunc demùm quando soluit, & mandatum adimpleuit; quia hoc intelligitur non quòd possit propterea creditor nulla facta diligentia aduersus eum, cui litteræ dirigebantur redire ad debitorem, qui eas scripsit, vel pro quo scripæ sunt, & sic pœnitendo à tractatu recedere, quia id esset contra suprà probata, ex Beniten. & Cota, sed tunc demùm regressus dabitur aduersus debitorem si is cui litteræ dirigebantur, vel non acceptat illas, vel non vult, vel non potest soluere, quod satis ex eisdem Doctoribus in contrarium adductis colligitur, & multùm benè declarat Rot. Gen. *dec.8.n.17.* ex Bald. in *cons.348. facta fuerunt littera, vol.7.* & in *cons.190. Sempronius vol.2.* dicens † tunc demum scriptorem litterarum cambij A
obligari ad restituendum pecuniam numeratori, cum apparuerit eius litteras, vel non esse acceptatas, vel non esse completas, & quòd † scriptor censetur se 3
obligasse sub tacita conditione ad restituendum pecuniam acceptam cambio, videlicet, casu quo illæ litteræ non acceptarentur, vel acceptæ non completentur, &c. eadem Rot. Gen. *dec.6.n.6.* vbi le quitur † si lit- 4
teræ sint tenetæ cum protestu *dec.8.n.*
vbi significat Rota obligationem scribentis incipere ex protestu, qui fit, & datur ei, cui litteræ dirigebantur, *dec.50.n.1.dec.168.n.1.* & 5. & aliis sæpè, optimus

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

5 rex.in *l.literarum, C. de solut.* vbi regressus † quidem conceditur contra scribentem literas cambij, sed in eo tantùm casu, mandato scilicet non adimpleto, quia tunc, inquit text. petitio debiti manet integra, quam
6 *l.interpretando Bald.ibid.* dicit, † mandatum ibi dici non impletum, quia is cui literæ dirigebantur, eas non acceptauerat, & ideò, inquit, cum literæ non fuissent acceptatæ, nec habuissent effectum, nihil mirum, quòd obligatio prima duraret, & eius effectus.

7 Et id † est ordinarium in omni acceptante cessionem super alio, qui tenetur personam cessam excutere, & interim donec est excussa, cedens remanet liberatus, solùm datur regressus vbi non possit recuperari à persona cessa, vel quando minus ab ea recuperari possit, vt dicit, text. in *l. si mandauero, §. interdum. ff. mandat.* Olasc. *dec.* 62. Becci. *cons.* 105. Sutd. *cons.* 22. *n.* 11. *vol.* 1. ego ipse de *past. nup tom.* 1. *claus.* 4. *glo.* 9.

†† *par.* 5. *n.* 31. & 32. vbi pulchræ Senatus nostri *decisiones* ad propositum, nouissimè ad hanc materiam Sigimund. Scacci. *de commer & camb.* 9. 2 *gl.* 5. *n.* 255. *cum seq.*

8 In isto casu † tantùm abeat, quòd ille cui literæ dirigebantur, nolluisset acceptare literas, nec ordinem sibi datum adimplere, quòd immò constabat plenè se eas acceptasse, & nunquàm recusasse soluere, taliter quòd in scriptis interpellauerat creditorem, quatenùs pecuniam acciperet, & ob sui tenitentiam, depositum de ea in publica tabula nummularia facerat: propter quod succedere diebam regulam, solutio habetur pro facta, quandò stat per eum, cui erat facienda, quin fiat, vt *l. Iulianus ait, de condi. demonst. n. l. 3. in princ. de stat. libe.* Surd. *dec.* 117. *n.* 9.

9 Et quemadmodum † omnis debitor excusatur à mora, & à quacunque culpa, creditore non comparente in loco destinatæ solutionis, ex doctrina Batt. in *l. item illa, vers. quæro pone. de const. recu.* latè Deci. *cons.* 566. *per tot.* Afflict. *decis.* 316. & ibi Visi. *num.* 1. Rot. Gen. *decis.* 175. *num.* 17. sic in isto casu, ille cui dirigebantur literæ, & qui ei ordinem dederat, & seu pro quo datus fuerat, excusandi erant, ex quo dictus creditor nolebat pecuniam recipere, nec comparere in loco, vbi ex conuentione, & tractatu inter ipsum creditorem, & eum cui literæ dirigebantur factis, pecuniam recipere debebat. Nullo ergo modo, ex his prætendebam, posse tractari, de dicto debitore primæuo, rebus, vt tunc existentibus, eum non esse verum, non posse dictum creditorem ab eo, cui literæ dirigebantur recuperare, quo in casu † solùm intrare posset subsidiaria actio contra dictum primæuum debitorem, si qua competere posset, cum illa solùm intret, quando deficit ordinaria, quæ in hoc casu erat contra eum, qui literas acceptauerat, & promiserat soluere, super quo cessio fuerat acceptata, Viui. *dec.* 516. *n.* 20. Caroc. *decis. seu casu* 109. *n.* 16. Costa de *rented. subsi. pralud.* 9. *num.* 1.

11 Et vt † omnis prorsùs dubitandi locus tolleretur, dicebam animaduertendum esse, & considerandum, quænam actio esset, quæ competit debitori aduersus scribentem literas cambij in casibus, in quibus potest dari contra eum regressus. Sane hæc actio est, & dicitur condictio ob causam, siue sine causa, vel causa data, causa non sequuta: his enim nominibus hæ conditiones promiscuè appellantur, vt dicit Bald. in *cons.* 190. *incip Sempronius, circa fin. col.* 2. *vol.* 2. & Rot. Gen. *decis.* 1. *num.* 6. *circa medium*, hanc materiam tractat, & per huius actionis regulas definit eam Antou. Fab. in suo *Cod. lib.* 4. *tit.* 5. *de cond. ob caus. dat. definit.* 1.

12 quæ † quidem actio de sui natura habet, vt sit subsidiaria, datur enim ex æquitate in subsidium, quando quis promisit cum causa, & tempore quo soluit causa erat debita, & so utium erat debitum, sed ex post facto, vel accidenti posteà euidente, causa quæ prius erat, reducitur ad non causam, prout pulchrè declarat Cæs. Barzi. *decis. Bonon.* 27. *num.* 3. 4. & 5. Ilicet, Gabr. *cons.* 35. *n.* 41. & 42. *vol.* 2. Sutd. de *alimen. tit.* 1. *q.* 124. *num.* 7. Si ergo ad primæuum debitorem redire velit creditor, necesse est, quòd literæ, vel non acceptentur, vel (vt dicunt mercatores) non soluantur, tunc proprie intrabit ista condictio, tanquam cessante causa, & seu ad non causam causa reducta, & non aliàs, quia † defectus causæ est, qui hanc actionem 13
causat, & inducit, vt probat *l.* 1. *§. ob rem igitur, ff. de condic. ob turp. caus.* cumque vt diximus, ille cui literæ dirigebantur, nunquàm recusasset soluere, immò sæpiùs obtulisset, non intrabat benè, nec poterat intrare ingressus ad primæuum debitorem, succedebat enim † tunc regula text. in *l. penult. C. de cond. ob caus. seu* 14
cond. caus. dat. vbi habetur huic condictioni locum non esse, quandò non est culpa adimplere debentis quin causa sequatur, quod idem probat *l. fin. eod. tit.* à contrario sensu, cuius rei plura ponit exempla Olasc. *tot. decis.* 98. & quòd † diligentia sit adhibenda, vt is 15
cui traditæ sunt literæ, possit agere contra tradentem, ad videndum num soluere velit, vel non, & vt dicatur causa defecta, docet Fab. in pulchro casu *defin. sup. allegata.* quæ est videnda, quia præsupponit, debuisse creditorem accedere ad eum, cui literæ dirigebantur, & quòd per id constitit, non potuisse consequi solutionem, vel quia se debere quidquam scribenti negauit, vel alias pecuniam non habere in numerato dixit, & hoc suppolito, & non alias, mihi conceditur regressus ad scribentem per conditionem ob causam, quia reuerà causa reducta erat ad non causam, cùm soluere ille nolluisset, quod non sic erat in casu, quem tractamus.

Per quæ, † primò sententia lata ad relationem 16
egregij Senatoris Iosephi Roca 15. Iunij 1615. in prima instantia, & secundò in secunda, referente egregio itidem Senatore Iosepho Ferrer, sub die 10. Ianuarij 1617. quòd imponeretur silentium rebus vt tunc, dicto creditori agenti, *ubique*, iure duntaxat ei reser- ††
uato contra primitiuum debitorem in subsidium in alio iudicio ob quod habuit creditor, licet inuitus, adire illum, cui dirigebantur literæ, & ipsi se concordarunt taliter, quòd primitiuus debitor nullum vlteriùs damnum sensit. Erat causæ actuarius Michael Perez. Partes Francisc us Roig, oppidi Palamosij, & Iacobus, & Laurentius Tamarit oppidi Oloti.

Restat † illud, quod dictum est de decoctione 17
eius[a], qui literas acceptauit, quòd cedat, non damno præsentantis, sed eius, qui literas fecit, quod est ita verum, vt probauimus ex Doctoribus allegatis. Sed ego nollem credere in quocunque tempore decoctio sequatur, semper eam succedere damno illius, qui dedit literas: quid enim si distulit creditor præsentare literas, ita vt aliqua eius negligentia arguatur? Doctores, quòd adhuc id culpa illius cedit, qui literas scripsit, vti apparet ex supra relata *decis.* 217. Sanctis. Greg. XV. *num.* 6. & 7. & *ex addi. ibidem.* Sum contentus, sed quid si magna, & grandis fuit mora, & negligentia præsentandi, vel per multum tempus creditor post præsentationem distulit exactionem, & supportauit debitorem, non certiorando illum, qui literas scripserat de recusatione ipsius debitoris? Existimo † 18
iudicis arbitrio hanc culpam, & negligentiam cedere debere, non damno scribentis, sed eius pro quo scriptæ literæ fuerunt, de puncto vide per Scacci. *d. tract. de com. & camb.* 9. 2. *gl.* 5. *n.* 325. *& n.* 26. additio. ad decis. Sanctis. Grego. XV. *dec.* 217. Afflict. *dec.* 353. quem declarat Perez. *dec.* 126. *n.* 7. & nouc Melchio. Forbus *decis. Portu.* 209. *in* 2 *par.* Et cum de articulo tractabis, curabis videre illas duas decis. Rot. Roman. quas allegat Marescot. *var. resol. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 5. ad probandum quòd nulla mora, vel negligentia poterit imputari ei cui datæ fuerant literæ si non exegit, poterit enim nihilominus redire

[a] Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

redire ad remittentem. Eas decis. reperies ad. litteram impressas cum illa Lordosi. quam etiam citauimus, inter decisi. positas post *tract. de Salua. inter. Stant. Pacific.* & sunt ibi in *codicib. addition. 40. 50.* & *51.* in quibus videbis non loqui eas quandò negligentia, & mora esset longior, & exinde multum damnosa remittenti, qui certioratus fecisset alias suas diligentias.

ARGVMENTVM.

De exceptione rei iudicatæ, quãdo habeat locum circa iam discussa in alio iudicio.

SVMMARIVM.

1 *Censualium pensiones, etiam futuræ cum præteritis, ad iudicari solent nunc in Senatu.*
2 *Exceptiones, quæ possint opponi quando in nouo iudicio petuntur nouæ pensiones.*
3 *Creditor an possit pendente iudicio veterum pensionum, nouas addere.*
4 *Reo an sit concedendum tempus nouum, quando in iudicio additur noua petitio.*
5 *Exceptio rei iudicatæ obstat vbi est eadem res, & idem modus, & eadem persona.*
6 *Exceptio rei iudicatæ non obstat in petitione nouarum pensionum respectu exceptionum declaratarum in alio iudicio, vbi decisio, & n. 31.*
7 *Pensiones nouæ dicuntur diuersæ a primis.*
8 *Tempus decem dierum ad opponendum, frustrà daretur in præceptis de soluendo, si non possent opponi exceptiones.*
9 *Causa noua petendi cum superuenit post rem iudicatam non obstat res iudicata opponenti exceptiones contra eam.*
10 *Exceptio rei iudicatæ intret, siue verè, siue interpretatiuè sint eadem res, eadem persona, & idem modus agendi.*
11 *Res iudicata intrat prò & contra personas successorum.*
12 L. & an eadem. §. 1. de excep. rei iudi. *declaratur.*
13 *Res iudicata intrat vbicumque in secundo iudicio est tractandum de eo quod in primo, etiam quod sit diuersa res.*
14 L. si quis cum totum. §. si ancillam, in vers. & quidem ff. de excep rei iudi. *declaratur.*
15 *Eadem res dicitur quæ dependet ex eodem fonte decisio & discusso.*
16 *Res iudicata obstat vbi primò fuit petitum totum, & succubuit, & deinde vult petere partem, & è contra.*
17 *Res iudicata obstat si primò petebatur res, postea æstimatio, & valor ex eadem causa.*
18 *Res iudicata, vbi in secundo venit discep tandum quod in primo.*
19 *Lex considerat effectum, non verba.*
20 *Res iudicata obstat vbi deducitur in secundo iudicio id quod habet dependentiam a primo.*
21 *Res iudicata obstat vbi prius fuit actum ad fundum, postea ad viam.*
22 *Causam eandem, rem eandem, & idem ius facit origo petitionis.*
23 *Res iudicata obstat in re diuersa in secundo iudicio petita, quando dependet, & fundatur ex eodem iure.*
24 *Res eadem semper est interpretatiuè respectu eiusdem iuris vbi exempla.*
25 *Res iudicata obstat semper quod ostenditur illud idem, quod controuersum in secundo iudicio fuisse principaliter discussum in primo, etiam ad rem diuersum, si incidenter.*
26 *Res iudicata non intrat nisi cum est eadem causa agendi.*
27 *Actio, & causa agendi sunt res diuersæ, & quomodo.*
28 *Sententia in causa notabilitatis iuta contra partem non nocet filio.*
29 *Res iudicata non intrat, si cessat causa, ob quam sententia fuit lata, etiam si concurrat alia requisita.*
30 *Clausulæ*, vel ponat rationes, *quæ solet poni in præceptis ad soluendo, intelligitur circa non discussa in alio iudicio.*
31 *Decis. Senatus contraria decisioni, de qua sup. n. 6.*
32 *Iudicatum non dicitur quod non fuit plene discussum.*

DECISIO CXXVI.

SEnatus † iam illo tempore non perstitit in illa opinione, quam tradidimus in *l. de pac. nup. & cap. 2. num. matr. tract. clam. 4. glo. 15. p. 4. ex numero 21.* nolens cognoscere de pensionibus censualium futuris, etiam si debentur aliquæ de præsenti, sed de præteritis tantùm, cogendo creditores vt pro singulis pensionibus singula instruant iudicia, nobis tamen qui causas ducimus, multum reclamantibus, qui existimaremus e contra debere fieri, tum quia hic qui scripserunt, & de hac re tractarunt, faciendum dicunt: tum etiam quia non videtur vltum, partes tot litigijs vexari, cum possit vno tolo ad imperpetuum remedium adhiberi, vt diximus in *loc sup. cita.* sed mutandam dixit sententiam pro maiori parte, ita vt iam nunc vix dubitemus declarando super futuris pensionibus sicut pro præteritis.

Obseruantia, † & prædicta illius opinionis multas quotidie apud nos mouebat controuersias, & quæstiones, quatum tres vsu frequentes ego hic, & in aliis sequentib. decis. explicabo ex eisdem Senatus obseruatione si forsan contingeret, quod possibile ex facilitate, & varietate naturæ humanæ, quod in futurum rediret Senatus ad priorem illam datam sententiam, & his quos haberent nolui, vel aliq vbi alia esset obseruantia, vel etiam in casu quo pars nihil dominus, sicut sæpe fit, non peteret de futuris, sed de præteritis solùm. Prima erit circa exceptiones, si possint opponi, vel non, in nouo iudicio pro nouis pensionibus instituto maximè, ex illis, quæ oppositæ fuerant in primo, & repulsæ. Secunda, † an possit creditor addere petitioni pro nouis pensionibus, quæ decurrerent pendente lite, & vique quò ne pro eis habeat postea intentatæ nouum iudicium, & nouos sumptus. Tertia, † si est concedendum tempus reo, vel quod constituto tributi ad defendendum se à principali in causa facta petitione, aut aliud arbitrium aduersus has nouas petitiones, & additiones, quæ pendente lite pro nouis pensionibus fiunt. Ad hæc discutienda (quæ non sunt necessaria nisi vbi obseruatur quod antea Senatus obseruabat requiriens nouum iudicium pro vnaquaque pensione, vel nisi pars prætextas pensiones peteret solum) obligamur qui causas ducimus, quotidiè.

Quoad primam † quæstionem, videtur primo aspectu dicendum, obstare rem iudicatam quoad discussa in primo iudicio, quia exceptio rei iudicatæ obstat vbicumque est eadem res, idem modus, seu eadem causa agendi, & sunt etiam eædem pensionæ, *l. cum quæritur. cum duabus legibus sequentibus, ff. de re iudi. cap. fin. vbi glo. in verb. admissi*, vbi omnes, de *exceptio.* in 6. Vincen. Honded. in *cons. 30. ex n. 50. vol. 1.* Fab. de Anna *cons. 17. n. 1.* Cornez. *decis. 90. n. 8.* Sola in *cons. Sab. in tit. 8. de excep. dilat. glo. 5. n. 2. fol. mihi 401.* Sutd. in *cons. 165. numer. 11. cons. 174. n. 83. cons. 189. n. 28.* & denique *cons. 312. n. 1.* Regens Scisse *decis. 187. n. 81.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

In isto casu non potest dubitari de identitate personarum, quia sunt eædem; de identitate rei, quia est idem censuale, super quo iam fuit declaratum † nec denique de modo, & causa agendi cum nullo modo hæc sint variata, petuntur enim in hoc vltimo iudicio pensiones ex eadem causa debitæ, & eodem modo agendi: sequitur ergo dici debere obstare rei iudicatæ exceptionem.

6 His ramen † non obstantibus, contrarium Senatus † *censuit* sententia lata referente egregio Senatore Balthazare Morell, sub die 10. Maij 1622. in causa Illustrissimæ Marchionissæ de Ardales, contra Excellentissimum Ducem Sessæ, Scriba Segui, qui spreta exceptione rei iudicatæ super aliis pensionibus, per dictam Marchionissam opposita contra Ducem, qui in isto iudicio super nouis pensionibus moto obijciebat eisdem censuali de quibusdam exceptionibus, de quibus in primo iudicio iam fuerat cognitum; declarauit super meritis, & audiuimus qui causam ducebamus à clarissimis Senatoribus, istud fuisse inter eos habitum pro constanti.

7 Morinum erat, † quia illa requisita ad efficiendum rem iudicatam, de quibus supra, requiruntur tunc dubio copulatiuè, ita vt si vnum ex eis deficiat, non inter res iudicata, vt ijdem Doctores allegati expressis verbis dicunt, hic autem vnum ex eis visum fuit deficere, hæ enim vltimæ pensiones diuersæ erant à primis, & vt res diuersæ tractabantur postquam ad eas habendas, ex obseruatione Senatus opus erat nouo iudi-8 cio, & præterea † frustra in istis nouis iudiciis procederetur sicut procedi tur contra reum per præceptum de soluendo intra decem, aut ponendo iustas rationes intra eosdem cur ad id non teneatur, si postea ei non liceret iustas exceptiones contra censuale (vnde emanant pensiones) iterum ac de nouo opponere.

9 Addr his † potest, quòd cum causa petendi superueneriit post latam sententiam, tunc non dicitur eadem, sed diuersa, & consequenter rei iudicatæ exceptio non obstat. *l. si mater, §. eandem, vbi Bart. & alij, ff. de excep. rei iudi.* Aretin. in *§. item si, n. 29. in fin. inst. de excep.* Surd. in *cons. 312. n. 4. lib. 3.*

In censualibus autem, in quibus solemus de his disputare, semper noua causa agendi dicitur superuenire post sententiam, quando pro vnaquaque pensione compellitur pars nouum instituere iudicium, quia vnius cuiusque pensionis actio, & causa agendi non competunt, nec oriuntur nisi tunc demum cum cedit, & venit dies pensionis, ergo in his omnibus verum erit dicere, non obstare rem iudicatam ex præteritis sententiis, cum post eas superuenerit causa agendi pro nouis pensionibus.

Hæc vidi Senatui placuisse, sed ego arbitratus sum oportere ad quæstionis, & totius materiæ perfectam explicationem, & intelligentiam discutere paululum super requisitis suprædictis, vt causetur res iudicata, necessarijs.

10 Ac in primis, † quod dictum est de identitate personarum, de identitate rerum, quæ petuntur, & de identitate modi, seu causæ agendi, non debes tenaciter intelligere, (nota quòd quę dicam vsquequò nominem Franciscà Pont, sunt illius verba formalia, vbi infrà allegabitur,) vt nisi eædem personæ, eadem res, & idem modus agendi numero intercuniant, non inter res iudicata, & illius exceptionē sufficit, quòd vel verè, vel interpretatiuè hæc concurrant, iuxta glo. communiter receptam in *l. & an eandem, vers. concurrant. ff. de excep.*

11 *rei. iudi.* propter quod † eadem glo. *verb. personarum*, dicit, quòd operabitur exceptio pro, & contra personas successorum: nam large verba illa accipiuntur. Hinc

12 idem † tex. in *§. 1.* dum tractat de eodem corpore dicit, quòd non requiritur, quòd sit prorsus idem, sed pinguius pro communi vtilitate accipietur, & reddit rationem *glo. ibi. ver. vtilitate*, vt litium sit finis, & exponendo verb. *pinguius*, dicit largius quam verba patiantur. Et propterea † hæc fundamentali ratione attenta lex (quæ non est impedita verbis) voluit, quòd quotiescunque in secundo iudicio venit controuertendum id, quod fuit decisum in primo (etiam quòd sit diuersa res, quia interpretatiuè erit idem) obstabit exceptio, cum non possit competere quod secundo loco petitur, nisi controuertendo quod primò petitum fuit, & decisum, sic sumunt Doctores regulam ex tex. in *l. egi*, (vbi est casus) *ff. de excep. rei iudi.* maximè ibi, in *vers. sed si vrsus ita agam*, & hoc ad tollendas dubitationes, & diriminadas disputationes, tex. † in *l. si quis cum totum, §. si ancillam, in vers. & quidem. ff. de excep. rei iudi.* declarauit quid intendit dicere Iurisconsultus, dum voluit, quòd fit eadem res illa, quæ in secundo iudicio petitur, & dixit per hæc verba: [& quidem ita diffinitu potest, toties eandem rem agi, quoties apud iudicem posteriorem id quæritur, quod apud priorem quæritum est, vbi glo. in verb. id quæritur, exponit (scilicet ex eadem causa) & sic † eadem causa facit interpretatiue esse rem eandem, quia dependet ex eodem fonte iam discusso, & decisō hoc melius declarat tex. in *§. fin. eius dem legis.* Et ex hoc † fit, quòd text. in *ead. l. in princ.* decidat propriam calum, vt si primò petierim rem, & succubuerim, deinde petam partem illius, vel è contra, quòd obstabit exceptio, subdit tex. *nec interest vtrum in eo pore hoc quæratur, an in quantitate, vel in iure*, & sic † non refert, quòd in primo iudicio sit tractatum de Comitatu, & quòd in secundo tractetur de valore ipsius, si ex eadem causa, qua Comitatus petebatur, & ab eo fuit Thomasina exclusa, ex eadem (inquam) petat valorem, quia non interest, dicit I. C, quod in corpore, vel in quantitate quæratur, cum interpretatiue sit idem, & hoc sufficit, & ob id textus ibidē postea ponit multa exempla circa idem, per quem † tex. maximè per *§. plane in vers. & generaliter*, Paul. de Castr. notabilem *ibid.* teallumit conclusionem ad intellectum tex in *d. l. cum quæritur*, & dicit, quòd etsi res sit diuersa, si tamen venit disceptandum id, quod prius per sententiam inter eosdem personas erat decisum, semper obstabit exceptio, & illa † est ratio, quia ex considerauit effectum, non verba, vt litium sit finis, & propterea sufficit, quòd interpretatiue eadem sit res.

Hinc Socin. † in *l. fundum. ff. de exceptio.* declarando eandem regulam *d. l. cum quæritur, in 2. col. in princ. vers. ex hoc infero*, tradit notabiliter quòd quando causæ, & res (licèt aduersæ) quæ deducuntur in secundo iudicio habent dependentiam ab aliis causis, & rebus in primo iudicio deductis, discussis, & decisis, tunc obstabit exceptio, quia omnia dependent ex eodem fonte iam decisō, ita quòd non consideratur diuersitas rerum, sed an eadem quæstio inter eosdē partes reuocetur, licet res sint diuersæ vt eleganter dixit I. C. in *l. Iulianus. ff. de excep. rei iudic.* quem tex. notat ibi Socin. ad intellectum prædictæ *l. cum quæritur*, & melior tex. in allegata *l. fundum, iuncta glo. fin. ff. de excep.* vbi † si primò egi ad fundum, deinde confessoria ad viam, quod si succubui in fundo, obstabit exceptio respectu viæ, quia non datur illa actio nisi domino. & quia idem dominium iam decisum veniret controuertendum, propterea obstabit exceptio, & hoc est quod tradit Paul. de Castr. in *l si autem, §. fin. col. 2. ff. de negot. gest.* declarando tex. in *l. vendicantem, cum l. sequen. ff. de euict. & in d. l quod in diem.* per illum tex. quia † eadē res, idemque ius facit origo petitionis, dicit text. in *l. si mater. § eandem causam. ff. de excep. rei iudi.* & hic origo petitionis sunt capitula matrimonialia, & prætensa contractuum in est prætensa fraus. ergo eadem est causa, idem est ius eademque res est interpretatiue, ob quod † ex prælegatis, consulit Corne. etiam in re diuersa secundo loco petita, obstare exceptionem rei

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

rei iudicatæ,in *conſ.126.4.vol. penul.colum.in fin. verſ. inſuper dato*,idem in *conſ.71.penul.colu.4. verſ. ſed ad illud reſpondetur,vbi* 5.quandò res diuerſa,quæ petitur dependet,& fundatur ex eodem iure iam per prius deciſo, ita quòd venit idem effectualiter controuertendum,tam † eadem res ſemper eſt interpretatiuè reſpectu eiuſdem iuris, & propterea petita re particulari à tanto,tanquam hæredeatenus,de ſuccubui,quia non eram hæres, ſi demum petam hæreditatem, obſtabit exceptio, & ſic è contra, petito fundo, in quo ſuccubui, & demùm petam inſulam ex parte fundi factam ex eodem iure primò deducto,obſtabit exceptio,& ſic de ſimilibus,ex rationibus præfatis ad text.in *l.ego,§ fin. in d.l. ſi quis cum totum,§.planè,cum ſequent.eod.tit.de except. rei iudic.* & poſt iam,vt dixi, ſententia dicit, non obſtantibus oppoſitis,& deductis, & vlterius dat dotem de paragio, quæ in caſu excluſionis à ſucceſſione præſtaridebeat vigore conuentionis, ergo iudicant penecceſſe Thomaſinam validè à ſucceſſione excluſam,eo enim ipſo,quòd pronunciatur ficiendam inueſtituram in perſonam Comitis,& condemnatur ad dotem,penecceſſe eſt pronunciarum in excluſione Thomaſinæ, & conſequenter obſtabit exceptio, text. eſt licèt vulgatus, in *l. ſi inter me, & te, eod. tit. de excepr. res iudic.*,& ſemper † quòd demonſtratur fuiſſe principaliter in primo iudicio diſputarum de eodem iure, quod ſecundo loco venit diſcutiendum, etiam ad rem diuerſam,ſemper obſtabit exceptio,& cum hac diſtinctione reſoluuntur omnia quæ hinc inde dici poſſunt, ſecùs verò ſi incidenter, ita quòd potuit ſententia ſubſiſtere abſque plenaria cognitione, & deciſione eius, quod ſecundo loco venit principaliter controuertendum, & ſic declaratur dicta Bart.in *l.qui Rome, §.duo fratres*, per eundem Bart.communiter ſequutum in *dict.l.1.de ord.iudi.*ſic Paul.de Caſtr. in *dict. l. quod in diem, ſic. glo.in alleg.l.1.C.ſi ex falſ.inſtrument.in l.fin.C. de fideonſtrum.*& poſt alios Rip.qui ſic declarat in *dict.§. duo fratres,num.24.* & cumulat multa Panorm.in *dict.cap. fin.de iur.am.calumn.penult.column. verſ. ad ſecundum.* Hæc credibiliter mea, ſed nihil tale,ea debes doctiſſimo Franciſco Pont,qui his propriis verbis ad rem hanc declarandam vtitur in *conſ.62.ex num.35.* cum multis ſequentibus,cuius formalia verba ſic longè volui referre,quia melius quàm alius, quem videtim, rem hanc explicat,idem etiam in effectu dixerat anteà in *conſ.49. ex num. 3.* & poſteà in *conſ. 90. ex num. 10.* Sequitur Surd. in *conſ. 165. num. 11.* vbi facit † magnam vim, quòd vt inter res iudicata, debeat eſſe eadem cauſa agendi,nam ſi eſt diuerſa, diuerſum ius ſtatuitur, nam qui egit ex vna cauſa, ſi ſuccumbit, non prohiberur agere ex alia, quod pluribus exemplis accommodatis probat ibi videndis,idem Surd. *conſ.173. num.83. 189. num.28.* & denique *conſ.312.ex num.1.* quod vltimum *conſ.312.*eſt multum notandum,cum optime in eo materia declaretur, vbi ſignanter † *num. 21.* explicatur differentia inter actionem, & agendi cauſam, quia agendi cauſa eſt, & dicitur concludendi medium, & ideò inquit,quamuis actio,quæ intentatur in ſecundo iudicio ſit diuerſa, ſi tamen eſt idem medium concludendi, id ſufficit vt obſtet res iudicata. Cornaza.*deciſ. 90.num.8.*Fab de Anna. *tot.conſ 17.* qui agit † de ſententia in cauſa notabilitatis, quatenus lata contra patrem,non obſtat filio,& ita non facit contra eum,tem iudicatam.Vincen.de Franch.*deciſ.199.num.1.*vbi agit de ſententia prædeceſſorum , quòd faciat ius contra ſucceſſores,Regens Seſſe *deciſ.187.num.81.* Mar.Mur. *deciſ.21.num.9.*Intrigl.*deciſ. Sicil.3. ex num. 157.* vbi dicit † non obſtare rem iudicatam,etiamſi ſint eædem perſonæ, idem ius, & eadem res, ſi ceſſat cauſa, ob quam ſententia fuit lata Stepha. Gratia. *diſcep. forens. 445.num.11.*benè nouiſſimè don Hieronym.Leo *deciſ. Pulens.178.n.6.*

Ex quibus † arbitror, te habere materiam declaratam,ſed non multum in fauorem tenuitatis Senatus ſuperiùs relatæ in cauſa Marchionillæ de Ardales,de qua loquiti fuimus in initio: ex his enim videtur concludendum in caſu , quo in vno iudicio eſt diſceptatum plene de viribus cenſualis,obſtare rem iudicatam in ſecundo , ſi de eadem re tractetur; quod ergo ſolet dici in ſecundo , & aliis iudiciis pro aliis pentionibus poſtea inſtitutis. *vel ponant rationes, ob quas ad praditta non teneantur*,intelligetur circa non diſcuſſa, & ſic in terminis habilibus , non circa ea , in quibus fuit iam ius dictum,quæ refricari nullatenus poterunt in aliis iudiciis. 30

Diſputauimus † deindè poſt quinque annos in Senatu eundem etiam articulum ,& quod magis eſt, in eadem aula ad relationem egregij Senatoris Ieſephi Roca in cauſa Io.Baptiſtæ Caſſador,& de Aguilar domicelli,contra nobilem Didacum de Lentorn, de qua eſt per nos facta alia particularis deciſio,in qua oppoſita exceptione rei iudicatæ reſpectu eorum , quæ diſcuſſa fuerant in primo iudicio,& circa priores penſiones,*declaratum* fuit, ei locum fore , & eſſe in ſecundo circa alias penſiones,vt potes videre in dicta deciſione. Verùm non credo , quòd ſic in iſta Marchioniſſæ de Ardales , ſicut in illa de Caſſador , fuiſſent plene diſcuſſæ exceptiones, & ideò forſan in illo caſu de Ardales potuiſſet dici non iudicatum † quod non erat plenè diſcuſſum , ex Vincen. de Franc. *deciſ.178. num.6.* videnda ſunt duo loca ſingularia,in quibus de his agitur,vnum apud Rip. in *l.ita ſtipulatus 175.num. 43 ff. de verb.oblig.*& alium penes Gaip. Roderi. in *tract. de annu.reddi.lib.1. q. 15.numero.* 28. vbi tractatur caſus in terminis , an ei qui obtinuit pro primis penſionibus, poſſint opponi exceptiones poſteà agenti in alio iudicio pro aliis. Atque hæc de prima quæſtione, & controuerſia. 31 32

ARGVMENTVM.

Quando agitur pro annuis penſionibus, an & quando pendente lite poſſint aliæ penſiones ſuperaddi primo libello, quæ pendente lite decurrerunt.

SVMMARIVM.

1 *Addere nouas petitiones primo libello,non licet.*
2 *Penſiones quæ decurrunt pendente lite,poſſunt libello addi.*
3 *Idem in Cathalonia.*
4 *Intelligitur vſque ad denunciationem proceſſus, & concluſionem in cauſa.*
5 *Denunciatio proceſſus in Cathalonia ſolum permittit ex poſt ſecudlam , qua petatur ad ſententiam aſſignari.*
6 *Concluſione in cauſa facta,dicitur finitum iudicium, cum à pœri procedant ſententiam eſſe latam,& in cauſa concluſum.*
7 *Marquiles noſter reprehenditur ab Oliba.*
8 *Reus abſoluitur ab obſeruatione iudicij quoad penſiones , quæ petuntur denunciato iam proceſſu , & concluſione facta,vbi deciſio Senatus.*
9 Conſtit.5.tit.de execu.de cenſals,*vbi deciſio Senatus.*
10 *Exceptiones , qua opponuntur contra cenſualia in terminis* conſtit.5.tit.de execu.de cenſals, *nihil prouſunt, niſi opponantur ante denunciatum proceſſum.*
11 *Si tamen opponantur anteà concedendum eſt tem-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

pus constit.5. tit.de execu.de censals, *in quacunque parte iudicij.*

12 *Exceptiones* constit.5.tit.de execu.de censals, *non possunt admitti nisi fiat depositum vnius pensionis, vbi decisio.*

13 Constit.5.tit.de execu.de censals, *de deposito vnius pensionis, non procedit quando agitur possessorio iudicio, vbi decisio.*

14 *Exceptiones omnes respicientes meritum petitorij rejiciuntur in iudicio possessorio.*

15 *Quare iterum auctor de hac materia.*

16 Constit.5. tit. de execu. de censals, *non procedit cum agitur in vim instrumenti guarentigij, & scripturæ tertij, & ibi decisio.*

17 *Nec etiam nisi in illis eisdem exceptionibus, de quibus expresse loquitur, & ibi decisio.*

18 *Constitutiones Cathaloniæ sunt stricti iuris, & ideò non accipiendæ, nisi in casu de quo loquuntur.*

Decisio CXXVII.

1 VEniamus † ad secundam quæstionem in *præceden. decis.* propositam, vsquequo poterit creditor addere petitioni nouas pensiones, quæ lite pendente decurrent? Si vt dixi, Senatus condemnat nedùm ad pensiones præteritas, sed in consequentiam ad futuras etiam, non est opus ista dispositione, quia creditores non oportet vt eligent solicti de istis additionibus libello faciendis, sed si non condemnat nisi ad præteritas, quia alias quandoque non petit pars, aut alias, tunc opus est huiusmodi additiones facere, vt decurrunt pendente lite pensiones, ne pro eis aliud postea iudicium instituere habeant. Qua in re, licet in aliis materiis regulare sit de iure communi, non esse licitum facere in discursu causæ nouas petitiones, & addere primo libello, provt optime probat Canc. *in 3. par. var. resol. cap.16. de lit contest. ex num.28.* qui allegat alios etiam ex nostris idem probantes, qui
2 sufficiunt: nihilominus † in hac materia respectu pensionum, quæ cedunt pendente lite, non est dubium, quòd etiam de iure communi, & in terminis illius, est licita additio ante sententiam, vt vna & eadem sententia fiat omnium condemnatio, de qua re est text. *in l. quod si in idem. ff. de petit. hæred. & in l. sin autem, in prin. de rei vindic.* & in terminis *decis. Capel. Tolos.* 30. vbi sic concluditur, & decisum traditur, sequitur Nicola. Anto. Gizarel. *decis. Neapol.68. n.9.*
3 quod † in Cathalonia nullam prorsùs habet difficultatem, cùm ibi inconcusse id practicetur, siue ex eo quòd ita ius commune in hac materia disponat, siue etiam quia ius nostrum municipale magis liberale sit, quamvis commune in concessione additionum faciendarum priori libello, provt apparet ex *constitu.4. sub tit. de dona. libel.* quod tamen quomodo intelligatur, declarat bene Canc. *in loco citato*, & egregius Senator Olsina per eum adductus.

4 Sed quia vlteriùs non progreditur ius commune, nec etiam constitutio, sed solùm de additione ad libellum pendente lite facienda loquuntur, intrat quæstio à nobis proposita, quousque pendente lite poterunt fieri istæ additiones? Dic breuiter, quòd vsque ad denunciationem processus, quæ in Cathalonia habetur pro conclusione in causa, vt dicit egregius olim Senator primarius don Ludouic à Peguera *in prax. ciuil. rubr.11. de denun. proces. num.1.* & est plusquam no-
5 torium in hac Prouincia, taliter † quod idem operatur denunciatio processus, quod ipsa conclusio in causa, quæ prohibet aliud in causa admitti, præter scedulam, qua petatur sententia, & ad illam proferendam assignatio & designatio dici, quo id faciendum, vt disponit *constitu. fin. sub titul. de prod. de*
6 *acti.* Et † quidem de iure communi per conclusionem in causa dicitur finitum iudicium, cùm à pari procedant sententiam esse latam, & conclusum in causa, vt post Mandos. quem allegat, probat Stepha. Gratia. *discep. foren. 546. num.47.* licet ergo post sententiam latam non admitterentur istæ additiones, sic non debent admitti post conclusum in causa, quæ omnia meliùs, quàm ego scirem referre, probat egregius olim Senator Anto. Olib. *de actio. par.1. lib.3. ad §. si quis agens, n.1. & 2.* vbi signanter † reprehendit nostrum
7 Marquil. cui visum, posse addi libello post denunciationem processus, & conclusionem in causa.

Inde inoleuit † praxis in Senatu, absoluere reum
8 ab obseruatione iudicij, remittendo actorem ad aliud iudicium, quoad pensiones, quæ petuntur post denunciatum processum, vt quotidie practicatur, & signatur in terminis, ego *vidi declarari* 18. Aprilis 1615. referente egregio tunc Senatore, postea Regente in hoc Principatu, & demum in supremo regni Aragonum, Michaele de Zalba, & de Valesca in causa Mariæ, & postea don Iosephi Milsocos, contra nobilem Franciscum de la Nuça. Actu. Serra. & fuit vlteriùs absolutus reus ab expensis factis ratione dictæ petitionis.

Hinc † intelliges *constitu. 5. incipientem. mes auant,*
9 *sub tit. de executio de censals, &c.* de qua ego plura alias dixi *in 1. de pact. nup. clauf. 4. glos. 18. par. 4. ex n.14.* quæ disponit, audiendos esse debitores, contra quos agitur pro executionibus pensionum censualium, aut violationum, super exceptionibus præscriptionis, falsitatis, vis, vel metus, ac nullitatis per eos oppositis, & ad eas iustificandum, dandum eis fore terminum quatuor mensium, absque eo quòd possit ad executionem procedi, si dicti debitores faciunt depositum creditori censualistæ de vna pensione: intelligendum †
10 enim est, si exceptiones sunt oppositæ ante denunciationem processus, vbi processus est denunciandus, dum causa est in fieri, non vero si est ille denunciatus, quo casu non est fas amplius loqui in causa, provt in terminis terminantibus Senatus olim *declarauit* 7. Maij †
11 27. facto verbo in vtraque aula per egregium tunc Senatorem Michaelem Ioannem Pastor, in causa N, Rossella ciuitatis Illerdæ, contra Excellentissimum Ducem Cardonæ, vbi fuit dictum, necessarium esse, quòd exceptiones opponantur ante denunciationem processus. Sed quia † constitutio non dicit in qua par-
12 te iudicij sunt opponendæ, idcò possunt quandocunque opponi, dum sit ante denunciationem, & depositio facto, concedendi sunt indubitanter quatuor menses ad dictas exceptiones iustificandas, absque eo quòd attendatur si tempora probatoria, & instructoria sunt elapsa, necne. Reperi in libro vnde habui hanc decisionem, notatum ad maiorem eius corroborationem, quòd iam antea idem etiam fuerat *obseruatum* in Senatu in alia simili facti contingentia.

Circa quam † constitu. & eius materiam, attende
12 ad vnum, quòd in istis causis in quibus agitur pro pensionibus censualium, & violatiorum, non potest Iudex admittere, nec habere rationem exceptionum prædictarum, si opponantur per debitorem, nisi fiat depositum vnius pensionis, iuxta constitutionem, provt in terminis in exceptione præscriptionis Senatus *declarauit* referente egregio tunc Senatore, postea in supremo regni Aragonum consilio Regente, don Saluatore Fontanet, sub die 22. Iunij 1602. in causa Ioannis Baptistæ de Menargues, contra Berengarium Riu, & alios, provt vidi in Archiuo Regio. Non vidi quod multi ad id animaduertant, licet frequenter istæ exceptiones opponantur, sed bonum est, quòd vnusquisque oculos aperiat.

Sed si † agitur possessorio iudicio, provt commu-
13 niter fit apud nos, pro pensionibus debitis, & oppe-
nite

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nit debitor aliquam ex istis exceptionibus contentis in *d.constit. Petit de execu.cen.sua.*an tunc satisfaciat debitor ipse deponendo vnam pensionem, & audiatur, seu sit audiendus, ad effectum, vt dimisso possessorio, procedatur ad vlteriora in causa circa dictam exceptionem. Hanc ego quæstionem iam tractaui in *1. de pac.nup.clau.4.gl.18.par.4.n.14.* & eam resolui negatiue, quòd non intret constitutio, sed debeat præcisè debitor in primis soluere omnes pensiones, alias non
† audiatur, sicque *declaratum* per Senatum in certa facti contingentia de anno 1590. tradidi.

14 Ratio est clara, † quia omnes exceptiones, quæ continentur in dicta constitutione respiciunt merita petitorij, quas non licet opponere in possessorio, immò rejici debent ad iudicium petitorium, & interim possessor manutenendus in possessione, & per manutentionem recuperare debet omnes pensiones debitas antequàm debitor in meritis petitorij audiatur, circa quam rem, quia nimius fuit Postitam in Doctoribus adducendis, quàm etiam in rationibus coacernandis, quæ in istud faciunt, in *tract. de manuten. observa 42. per tot.* & signanter *n. 44.* & quia etiam nullus istud ignorat, ideò nihil ego aliud. Sed latius idem Postius in *eod.tract.incip ab observa.62. cum mediis seqq.* vbi discurrit particulatiter etiam in hac materia censuum, per has & alias exceptiones non admittendas in hoc iu-
15 dicio. Hæc iterum fuit † necessarium repetere in hac materia, quia non diu est quòd erat vnus ex nostris adhuc pertinax in applicatione constitutionis per depositum vnius pensionis, ad effectum impediendi causam possessorian, & ingrediendi petitoriam, ne aliud simile iterum alteri succedat.

16 Deinde † animaduerte, quòd constituto similiter non applicatur quando agitur in vim instrumenti guarentigij, & cum scriptura Tertij, vt nos dicimus, firmati, quia illud non admittit ex iure nostro, aliquam exceptionem præterquàm solutionis, de qua constet per publicum instrumentum, prout ego etiam tradidi in *1.de pact.nup.clau.4.gl.18.par.4.num.16.* vbi aliquas
17 Senatus *decisiones* ad id factas, adduxi. Sed non erat necessum, cum nullus hanc communem praxim nostram ignoret, hactenus vt nullus audeat prætendere contrarium.

17 Demùm † & finaliter, cum volueris prædicta *constit.5.tit.de execu.de cens.* vti, attende ad illud aliud, quod ego annotaui in *eod.loco quo supra, n.15.* non procedere illam in aliqua alia exceptione, quantumuis simili, & in qua posset militare eadem ratio, sed in solis
18 exceptionibus ibi expressis, quia † constitutiones sunt stricti iuris, & ideò accipiendæ in casibus solùm in quibus loquuntur, non in aliis, atque ita Senatus, vt in
† *decisione* ibi per me relata.

ARGVMENTVM.

An si addatur aliquid primo libello, sit concedendus reo nouus terminus ad se defendendum.

SVMMARIVM.

1 *Terminus nouus videtur dandus reis ad se defendendum in nouis petitionibus quæ addendo libello fiunt pendente lite.*
2 *Additio ad primum libellum, est noua instantia, & habetur pro nouo iudicio.*
3 *Decisio Senatus in contrarium, quod non sit nouus terminus concedendus.*
4 *Senatus est multum observator eorum, quæ certam habuerunt interpretationem.*
5 *Ratio prædictorum.*
6 *Sententia super vsuris, qua incipiunt currere post litem contestatam, potest fieri cum sorte, & quomodo.*
7 *Petens decem ex vendentione equi, putans sibi plus non deberi, potest deinde petere, & addere alia decem, si totidem ei debentur.*
8 *Creditor potest petere reciss ionem contractus ex non solutis tertijs, quæ decurrerunt lite pendente sine nouo termino dando reo.*
9 *Actio nouæ quando cumulatur, an sint danda nouæ inducitæ ad liberandum.*

Decisio CXXVIII.

TErtia † quæstio in *præceden.decis.* proposita, si in 1
casibus, in quibus admittitur additionem posse fieri ad libellum, vt si petuntur nouæ pensiones lite pendente decurſæ, sic dandus nouus terminus, noua dilatio reo ad se defendendum ab ista noua petitione, & ad libellum additione, quemadmodum daretur si nouum pro eis instituteretur iudicium? Quæstio est (apud nostros signanter) parum practicata, & tractata, licet enim quotidie fiant istæ additiones ad libellos primò propositos, quia vix expediuntur huiusmodi causæ, absque eo quòd nouæ pendente lite cedant pensiones, paucos tamen vidimus, qui terminos nouos, ac nouas dilationes ad se à nouis pensionibus defendendum, postularent. In qua quæstione videtur prima facie dicendum, iure facturos qui in facti contingentia, nouos terminos, ac nouas dilationes peterent, tum quia ita fieri posse Doctores videntur communiter resolucre, Angel. in *l.1.§.si stipulanti, de verb.oblig.* quem sequuntur Maran. de *ord.iud.par.6. art.3.num.9.& 10.* Vrsil. ad Afflict *dec.148.n.5.* Laderch. Immol. *cons.593. sub num.2* Pereg. *cons.92 vol.5.* & alij adducti per Mar. Giurba *decis Sicil.10.n.10.* tum etiam † quia ratio vi- 2
detur stare pro hac opinione clara, & manifesta: quandoquidem, vt dicunt Doctores citati, hæc est noua instantia, & vt noua instantia, & nouum iudicium consideratur, quo sit, vt nouus propterea sit terminus dandus, & noua dilatio concedenda, sicut si nouum iudicium foret instituturum, non enim debet sine defensione reus relinqui in hac noua petitione, & circa eam, per tex. *in l.non potest*, cum sua materia, *ff. de iudi.* quem ad id ponderat nouissime Nicol. Anto. Gizzarel. *dec. Neapol.68. ante n.1.*

Dixi, † quòd de hac re parum vidi apud nos tra- 3
ctarum, sed tamen incidit articulus propter oppositionem, & petitionem partis de necessitate in Senatu disputandus, & resolvendus de anno 1622. in causa don Francisci Grimau, contra Excellentissimū Ducem Sessæ, referente egregio Senatore Hieronymo Senjust, vbi cum fuisset additum libello pro nouis pensionibus pendente lite decursis, & fuisset pro defendendo se ab eis petitus terminus, nulla habita de hoc ratione *fuit processus denunciatus*, & conclusum in causa, & in causa † 4
supplicationis fuit prouisio denunciationis confirmata postea die 20. Maij, actua. Cesilles. Durū † (vt vidi quia eram cum alio in ea causa aduocatus) apparuit Senatui dare nouum terminum, quem non meminerat alicui concessum fuisse vnquàm, cum nemo eō tunc vsque (quòd esset memoria) illum petiisset, obseruator enim est multum Senatus eorum, quæ à maiotibus tradita fuere, & certam interpretationem habuere.

Sed † non audiui tunc aliquam rationem, meo 5
iudicio, concludentem, quamobrem is stylus denegandi, seu veriùs non petendi per reos terminum ad se defendendum introductus fuerat, credebam tamen non deesse concludentem, quia Senatus non solet leuiter moueri in suis determinationibus, exquisiui eam, & demùm inueni qualis desiderari posset. Ea

est,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

est,quia hæ pensiones non poterant claudi sub prima petitione, quia tunc non debebantur, incipiunt tamen deberi ex causa,ex qua actor antea petierat,& sic ex causa de præterito,& ideò nec causa agendi,nec actio mutatur in his,nec prima petitio deseritur:& consequenter,cum nec causa radicalis agendi,nec actio varietur, non est opus in suo processu,nec noua litis contestatione,quia iam litis contestata est super causa agendi,& illa causa non mutatur, quia in ea consistit factum principale,ideò non oportet fieri nouam litis contestationem,nec surrogandæ dilationes nouæ.Hęc te docebunt,pluribus licet dilatata verbis, Odofred.*in l.1. non potest.ff.de iudi.*elegantèr Fab.*in §. si minuem.§.& 6.inst.de actio.*& latiùs Nicol.Anto.Gizza.*dec.Neapol. 68.per totum,*& signanter *ex n.6.* qui Doctores adducunt plura de hac re exempla,eam eo modo clariorem
6 reddentes,veluti † in creditore,qui petit sortem, quæ parit vsuras, quæ cœperunt currere post litem contestatam,quòd potest sequi sententia pro omnibus, quia procedunt ab eadem causa, non à causa diuersa, quia id quod debetur post litem contestatam,incipit deberi ex causa,ex qua quis petiit.

7 Item in eo, † qui cum ex quadam,venditione equi petit decem, putans sibi plus non esse debitum , cum tamen deberentur viginti, potest enim in eadem causa petere viginti.

8 Et finaliter † Gizzarel. pulchrum ponit casum in suo Senatu decisum,in quo creditor quidam petierat in iudicio contractum rescindi ob tertias non solutas ex pacto,& ordine,quòd si debitor defecisset à solutione per duas tertias continuas,posset contractus rescindi,acciderat quòd compilato processu super prædicta rescissione , debitor soluerat tertias decursas tempore litis motæ,& consequenter purgauerat moram,sed interim fuerant decursæ aliæ,quæ etiam sufficiebant ad rescissionem,instabat creditor ex tertiis lite pendente decursis ferri sententiam,& procedi ad rescissionem : dicebat debitor, quòd illud erat nouum iudicium, & habebat opus nouo libello, & noua litis contestatione, & formati nouus processus , quia rescissio fuerat petita ex defectu tertiarum debitarũ tempore litis motæ,quæ fuerant solutæ, & consequenter cessabat iudicium illud, si creditor ex aliis tertiis interim decursis prætendebat rescissionem , debebat nouum iudicium instituere, & auditi ipse debitor iuris ordine seruato, per tex.*in l.non potest,cum sua materia.ff.de iudiciis* fuit decisum non esse opus nouo libello,& noua litis contestatione , nouoque processu , sed posse debitorem condemnari ex eodem processu,& instantia per creditorem ratione tertiarum interim lite pendente decursarum,idque ex rationibus,quas suprà adduximus,quas is doctor latissimo sermone prosequitur.

9 Optima † in proposito glos.*in l. edita 3. in verbo, emendari,in fine,C.de eden.*cum qua,additio matginaria dicit tenere omnes scribentes:ibi, & signanter Bar. *n.*27. dicit igitur glos. dicit etiam Bar. & quærunt,an quandò noua actio cumulatur,debeant dari nouæ induciæ causa deliberationis,& respondent,quòd sic,nisi (inquiunt)in secunda possit esse instructus ex deliberatione,quam fecit in prima,ponit glos.exemplum in conuento primo loco vi bonorum raptorum,& postea ex eadem rapina,furti, & actione furtiua, respondetque non esse dandas dilationes,cum possit esse instructus ex prima deliberatione:pari modo in nostro casu non debuntur dilationes in noua petitione,cum reus possit esse instructus ex deliberatione facta circa primam,huius glo. meminit Gizzarel.*ubi sup.n.*8.& anto eum Salicet.& Alberi.per ipsum adducti.

Quibus attentis, non obstant in contrarium adducta,quia non loquuntur cum fiunt huiusmodi additiones ex causa de præterito iam deducta in iudicio,vt vidimus. Atque hæc de hac materia satis.

ARGVMENTVM.

Iudex an teneatur concedere reo copiam testium ad instantiam fisci,vel partis priuatæ in criminalibus contra eum receptorum,quamuis illis fiscus,& pars nolint iuuari.

SVMMARIVM.

1 *Criminalia iudicia quomodo tractentur in Cathalonia,& quomodo in eis procedatur.*
2 *Criminalis processus in Cathalonia non dicitur partis,sed fisci,& proceditur per inquisitionem.*
3 *Fiscales solent non se iuuare rationibus ordinariorum in criminalibus , quamuis videant non recte factos secundum alias informationes quas habent.*
4 *Fiscales semper se reddunt difficiles in obtendendis processibus ordinariorum, quando non quadrant cum aliis informantibus.*
Copia informationum in criminalibus datur reis ad se defendendum, limit.
5 *Ratione cessante cessat dispositio.*
6 *Nemo sine interesse auditur.*
7 *Processus,quo non inuatur fiscalis contra reum,non videtur esse de actis.*
8 *Processus informatiuus in criminalibus fit parte non citata, nec præsente , & postea repetuntur testes reo capto,& in eius præsentia.*
9 *Copia non datur reis testium receptorum in processu informatiuo , nisi illorum tantùm qui fuerunt præsente parte recensiti,vide n.*16.
10 *Fiscales ex receptis ad eorum instantiam testibus non possunt eligere quos voluerint in damnum rei.*
11 *Iudex tenetur omnibus viis inquirere innocentium reorum,& quæcunque eorum defensiones.*
12 *Testis depositio non potest scindi,& pro parte accepari, & pro parte non.*
13 *Acta iudicij, & seu de actis dicuntur esse quæcunque fiunt coram iudice competenti.*
14 *Copia est danda reis de omnibus actis.*
15 *Testis vnus productus à fisco,vel à parte facit plenam probationem in fauorem rei.*
16 *Copia est danda reo omnium testium receptorum in processu informatiuo.*
17 *Copia est danda reo omnium, quæ pro eo facere possunt.*
18 *Decisio Senatus,quòd daretur de omnibus copia reo.*
19 *Reus potest in sui fauorem exhibere depositiones testium ad instantiam fisci receptorum,si pro eo faciunt.*
20 *Copia nominum sociorum in delictis non datur reis.*
21 *Delicta expedit Respublicæ ne remaneant impunita.*
22 *Vtilitas publica præfertur priuatæ.*
23 *Copia nominum sociorum reis est danda, si expedit pro eorum defensionibus.*
24 *Auctori durum videtur delegare reis copiam nominum sociorum,rationibus hic confirmat. n. & n. sequen.*
25 *Testes recepti in offensam in Cathalonia non repetuntur postea reo capto.*

DECISIO CXXIX.

QVandò † in Cathalonia committitur aliquod delictum,officium iudicis (minor),vbi illud fuit commit

commissum est, procedere ad informationem recipiendam de eo, fisco instante, pariter & supplicante, cuius petitio, & accusatio, seu denunciatio pariter attenditur in Cathalonia, quam partis petitio vbi
2 adest, quia in † Cathalonia processus non dicitur partis, sed fisci, & dicitur proceda per inquisitionem, id est Iudicis officio, & auctoritate, prout pluribus eleganter probat egregius olim Senator primarius dun Ludou. a Pegue. *in prax. crim. cap 11. de proceſſ. via ordin. in p. inc. num 1. & §. 1 etiam num. 1.* Contin-
3 git † non raro apud nos, quòd ratione alicuius qualitatis, & regaliæ Regiæ, causæ punitionis delictorum per ordinarios incœptæ processus iam facto, & ordito apud eos, euocantur ad Regium examinde Consilium, & facta euocatione, mittuntur Commissarij ad fortificandum inquisitionem, & quandoque ad capiendum reos, & semper ad audiendum eos ad Regios carceres Barcionæ, si capti apud ordinarios existant, qui commissarij Regij soleut cum fortificatione, quam faciunt adferre simul processus factos coram ordinariis, quibus visis per Aduocatum fiscalem, cuius oneri hæc incumbunt, si repertit processus ordinariorum dirigere a processibus factis per Commissarios Regios, vpote quia, vt non raro contingit, volentes ordinarij reos, & malefactores reos excusare, in alios culpam reijciunt, non obstandit processus ordinariorum, sed cum foris processibus commissariorum in causa procedit, & eos solùm publicat, & publicari facit reis, qui tamen scientes quid continuant processus ordinariorum, postulant copiam eorum sibi tradi mandari, vnà cum processibus commissariorum. Casus est, qui apud nos contingit non raro, in quo quæritur, an ad tradionem dictæ copiæ teneatur Regia curia.
4 Quando † isti casus apud nos contingunt, vidi semper Fiscales difficiles se ad fontes in tradenda, & laxanda ista copia, & ostendendo processus, quibus ipsi iuuare se nolherunt contra reum, dicendo quòd causa, ob quam datur reo copia processus est ad effectum, vt defendere se possit ab his, de quibus est imperitus, & exonerare se his, de quibus fuit per Fiscum oneratus, quia alias esset denegare defensionem, vt patet ad sensum, & docent quicunque Doctores de hac materia tractant, & præcipuè late Sebasti. Guazzi. *ad defen. reor. defens. 14. cap. 1. flarum in initio,*
5 quæ ratio † cùm cesset respecta huius processus facti per ordinarium, cum eo non oneretur reus, sequitur, quòd cessare etiam debet dispositio, *l. quod dictum, ff. de pact. l. adigare, §. quamvis. ff. de iur. patro.* Euerat. late *in topi. lega. loco à ceſſante, ratio* & ex consequenti non est quòd tractetur de obligatione dandi eius processus copiam.
6 Secundò, † quia nemo sine interesse est audiendus, *l. 1. ff. de appella. non recip. cum inter. de electo. Lille à quo, §. si de testamento, & ibi Doctores. ff. ad Trebell.* Tiraq. *de tract. consang. q. 1. glo. 1. n. 51.* Surd. *dec. 44. num. 9.* in casu autem occurrenti nullum interesse reus videtur habere in isto processu, de quo loquimur, cum contra eum non producatur, nec publicetur, ergo non est quòd copiam petat, nec quòd ad eam dandam obligemus Iudicem.
7 Tertiò, † quia huiusmodi processus, quem Fiscus non exhibet contra reum, nec eo iuuari vult, non potest dici esse de actis, & ex consequenti non poterit obligari Iudex ad tradendum copiam, cùm istud de copia tradenda, solùm procedat circa acta Iudicij, siue ciuilia in iudiciis ciuilibus, siue etiam criminalia in iudiciis criminalibus, prout latissime declarant Fului. Pacian. *de proba. lib. 1. cap. 65. in prine. & per tot. & ſignanter n. 77. & 110. & ſeq.* Prosp. Farina. *de indi. & tortur. q. 19. n. 154. in addit. incip & hinc eſt*, ac notissime Sebast. Guazzi. *d. defens. 14. tot. cap. 1.*

Quartò, † & finaliter facit pro hac opinione, auctoritas Doctorum, qui in casu simili pro ea tenentur: ecce enim, quòd in aliis partibus extra Cathaloniam, procedatur hoc modo in criminalibus, quòd in primis recipitur informatio de delicto, sicut hic, parte non citata, nec præsente, qui dicitur processus informatiuus, postea si capitur reus, seu fatur eius confessio, & si negat, recenseuntur, & reperuntur testes eo citato, seu præsente, & illorum testium sic repertorum datur reo copia, vt possit se defendere, quam praxim tradit Iul. Clar. *in prax. crimin § fin. q. 11. num. 2. q. 45. num. 5. & q. 50. num. 4.* & introducit ista consuetudo in Cathalonia tenuit quandoque Curia gene alis, vt apparet: *c 13. cur. an. 1599.* Contingit sæpe, † quod Iudex non re- 9
censet, nec repetit omnes testes, sed aliquos, & quos non repetit, non ponit in processu. Quæritur, an eorum (si pars vult) debeat ei dari copia? Quòd sic, ex rationibus supra adductis, quia non habet interesse ipse reus, cùm non sint exhibiti illi testes contra se, & quia non videntur esse de actis, testimunt Doctores, quia non videntur esse de actis, testimunt Doctores, quia non esse dandam copiam, quos omnes, vt in vno habeas, vide per Farina *in loco supra cita. d. indi. & tortu. quæſt. 3. n. 154. in addito. incip. & hinc eſt*, quibus adde Caualca, *in tract. de teſtib. par. 4. n. 121.* dicentem in terminis nostris, Iudicem non teneri dare copiam testium, nec iuuium, quando eis Iudex vti non velit contra reum, alias refert Basard. ad Clar. *prax. crimi. §. fin. queſt. 49. n. 44.*

Sed prædictis † non obstantibus, in contrarium est 10
veritas, nec ego arbitrabar in casu quo de hac re in Senatu tractabatur, mox referendo, tem habere difficultatem aliquam: quia quæ maior iniuria, quam quòd relinqueretur in manu Fisci (post quam processus est factus, & informatio recepta) eligere quos voluerit testes, & quos viderit concludere contra miserum reum, reiectis illis, qui in illius fauorem aliquid dicunt? simile istud esset stylo nostrorum Notariorum causarum criminalium, qui vigebat ante cursus anni 1599. quòd dum recipebant testes in offensam, si quid illi dicerent, quod videretur facere ad defensam, nolebant illud scribere, quod meritò iublatum fuit *cap. 13. earundem curiarum*, inhungendo Notarijs, scribant quodcunque testes dixerint, hinc in defensam, siue in offensam: licèt non tam benè vti statutum fuit, obseruetur, quod non parùm dolendum est, ne hoc inquirere rei innocentiam, & quamcunque illius defensionem? sicut y omnibus viribus etiam ex officio 11
tenetur Iudex, Bat. *in 1. penult. § ad crimen, col. 3. vers. ſed primo quæro, ff. de pub. iudi.* Farina. qui alios adducit, *de inquiſit. q. 11. num. 10* & Pert. Cabal. *reſolu. crimi. centur. 1. caſ. 60. num. 13.* est iustum, † quòd depositio 12
testis, quæ postquam recepta est, non potest scindi, nec pro parte acceptari; & pro parte repudiari, & rejici, si quid est in ea in fauorem rei, Surd. *conſ. 173. num. 68. vol. 2.* Sim. de Pret. *conſ. 178. num. 10. verſ. clarius, & num. 11.* Farina. *q. 43. num. 19. & ſequentib.* & Sebast. Guaz. *de defen. reor. defen. 32. cap. 35. num. 11.* rejiciatur tota per Fiscum, si tota facit contra eum.

Nec potest † dici, hæc non esse de actis, sunt ere- 13
nim, cùm sint procedimenta facta per Iudicem, qui tunc erat competens, nisi quòd Iudex non vult esse de causa, ne reo prosint: non enim † actorum sim- 14
pliciter est danda reo copia, sed omnium actorum, vt dicit Farin. *de indi & tort. q. 39. cita. n. 154. ad tex. in l. 1. §. adenda ſunt omnia. ff. de eden.* & per plures Doctores per eum adductos, qui probant hæc esse de actis.

Deinde, † magnum verfatur interesse rei, quòd ho- 15
rum testium copia sibi detur, vt si quid in fui fauorem deponant, eis iuuari valeat, notum enim est, quòd vnus solus testis productus à fisco, vel accusatore, plene probat ad fauorem inquisiti, Surd. *conſ. 40. n. 20.*

Magon.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Magon. *dec. Lucen. 56. n. 9.* Farin. abunde *cons.* 8. *n.* 28. & 55. & *cons.* 80. *n.* 9 & 56. *vol. 1.* & Guaz. *de defens. reorum, defen.* 3. *cap.* 14. *n.* 11.

16 Nec obstat † auctoritas Doctorum pro contratia opinione, & pro fisco adductorum, tum quia ab aliis reprobantur, idque vinacibus quidem, inconuincibilibus rationibus, vti habes apud Farina. abunde *de indi. & tort. citat. q.* 39. *num.* 134. vbi dicit per ipsamet rationes, quæ adductæ fuere, iniudicium meritò fuisse in vrbe, & in toto statu Ecclesiastico, vt copia detur testium pro informatione curiæ receptorum,

17 etiam non repetitorum. Et iidem † Doctores citati in contrarium idem plene fatentur, vbi aliquid prodeile testes reo possunt, veluti cùm adesset aliqua variatio, vt habes apud Pacia. in contrarium allegatum, *de proba. lib. 1. cap. 65. n.* 80. & illud dictum Cauallca, quòd iudex non teneatur dare reo copiam testium, & iurium, quibus fiscus vti non vult, reprobatur expresse per Guaz. *in cita. defen. 24. cap. 3. num. 1. circa fin.* dicentem, debere quemlibet iudicem cauere ab ista opinione, sed omnium, quæ quomodo possunt facere ad defensionem rei, copia ei danda est, quod quia latiùs, quàm ego scitem referre, probat Guaz. *dict. defen. 24. tot. cap.* 3. & duobus etiam præcedent. ideò ego in præsenti omitto, vbi videas.

18 Disputauimus † hunc articulum in Senatu, me aduocato, de anno 1609. coram don Petro Solet tunc Iudice Regiæ curiæ, in causa criminali fisci procuratoris, contra Dominicum de Andara oppidi Arula-

† rum. Actum. Congosti, & *conclusum* fuit 27. Nouembr. dandam fore copiam reo informationis receptæ per ordinarium, antequam causa euocaretur, quæ erat penes Regiam curiam, nolebat tamen Regia curia ea se

19 iuuare, & multùm † reo profuit videre eam informationem, quia illam produxit postea pro se, quod fuit in causa, vt leuiori, & minori valdè proinde pœna puniretur pro magno delicto, pro quo aliàs actus multò contra eum processum fuisset.

20 Sed additum † fuit in hac declaratione, *hoc intellecto, quod non tradatur copia nominum correorum*, &

†† est stylus Senatus, qui inconeuisse *obseruatur*, non date copiam reis nominum sociorum, ne hac via socij venant ad notitiam eorum, quæ Regia curia contra eos habet, dando eis occasionem fugiendi, & se negandi ne vnquam capi possint, quòd cederet in magnum

21 Reipublicæ damnum, cuius interest, † ne delicta remanent impunita, *l. si ita vulneratus ff. ad l. Aquil. l.*

22 *bona fides ff. depos.* & publica † vtilitas præfertur priuatæ, Bart. *in l. num. 26. versicum ergo, ff. solut. matrim.* Roman. *cons.* 310. Cabal. *resolut. crimin. cas.* 146. *num.* 3. & 4 quem stylum commendant, & esse de iure pluribus probant Clar. *in prax. crimin. §. fin. q.* 49. *num.* 7. & ibi Barard. *num.* 31. Farin. *q.* 39. *num.* 156. Charth. *de interroga. reor. lib. 5. cap.* 2. *num.* 73. & late Guazi. *de-*

23 *fens. 24. cap. 3. num.* 9. quod † omnes intelligunt dummodo in minimo non tollatur, carcerato facultas defensionis, quod ego voluissem declarassent, quomodo sit practicabile.

24 Mihi † consideranti quod scire nomina sociorum, cum quibus imponitur reis commisisse delictum, potest multùm iuuare illorum defensionem, quia possent probare illos tunc fuisse mortuos, aut absentes, & alia similia; durum videtur quòd eis denegetur nominum copia, quia semper cedit in diminutionem defensionis, quod fieri posse, nolunt Doctores citati, maxime † cùm in Carhalonia cesset vna ex principalibus rationibus, quæ ad denegandam copiam nominum sociorum considerant Doctores exteri, ne si publicentur eorum nomina, possint socij instrui de iudiciis contra eos existentibus, & subornare testes, & deinde comparere, vt considerat Iul. Clar. *in citat. q.* 49. *num.* 7. quod idem videtur considerare Baiard. ad Clar. *in d. loco, n.* 31. ibi: *Et si daretur nomina sociorum, esset pudere secreta curiæ, contra quam omnes fallitates fabricare possent*, & huiusmodi testium (ego addo) tenuit per curiam contra socios receptorum: sequi subornatio, non est modo aliquo in Carhalonia timenda cùm hic non fiat alia inquisitio, reis postea captis, examinatio, seu repetitio sicut in aliis regnis, solum ergo restat periculum ne rei aufugiant, quod an debeat præponderare damno, quod inde euenit, & euenire potest reo capto, & eius defensioni, turpe iudicato: decreuit igitur forsan. quòd in Carhalonia arbitrium; quod Baiard. *loco citato* habere iudicem dicit, inclinare pro reo nomina sociorum petente ad sui defensionem, quæ est opinio Follet. relati per Baiard. *in die. loc.* licet ab eo reprehendatur. Et ego non possum credere quòd semper, & in omni casu posset Senatus denegare hanc nominum sociorum copiam, veluti si pars insisteret multùm quòd expediret valdè scire nomina eorum, cum quibus dicitur commissile delictum, ad se plenius defendendum, quis iudex id negaret, si videret probabiliter posse id prodesse reo? Mihi iam contigit aliquando petitille per extensum in Senatu depositiones aliorum sociorum factas in tortura, cum nominibus omnium, quia volebam probare, & docere, nec hunc, nec illos ibi tunc fuisse, & alia similia, & bene successit, *concessa* enim fuit integra †

copia. Verum est, quòd debet iudex multùm in hoc attentare procedere, ne inde damnum tectæ administrationi iustitiæ, & punitioni delictorum accidat.

ARGVMENTVM.

De creatione census ex pecunia debita, casu quo intra certum tempus ipsa non soluatur.

Et de eius extinctione, casu quo creditor recipiat, ante, vel post partem debiti.

SVMMARIVM.

1 *Factum, huius decisionis.*

2 *Pactum, quod si intra certum terminum non solueretur debitum, ex tunc censeretur ab eo creatus census ad rationem quinque pro centenario, vsualium est de iure.*

3 *Pactum, quod si intra certum terminum pecunia non mutuata non solueretur, talis census habebitur pro vendito pro ea pecunia, de iure valet.*

4 *Pactum legis commissoriæ in transactione validum.*

5 *Creditor non potest recedere à dictis pactis, & petere pecuniam sibi restitui.*

6 *Pensio in pacto, quod si intra certum terminum pecunia non solueretur, censeatur emptus census pro ea, secundum aliquos, incipit tam currere ex die contractus.*

7 *Censualia possunt creari ex pecunia antea verè debita, vbi decisiones.*

8 *Debitis vnius in aliud conuersio quotnodo fiat.*

9 *Census semel constitutus ex pacto, si intra certum terminum pecunia debita non soluatur, possunt partes à conuentione recedere.*

10 *Pretij partem recipiens videtur in totum à pacto legis commissoriæ recedere.*

11 *Creditor recipiendo scienter certam quantitatem post adiudicationem ei factam de certis rebus, videtur renunciasse adiudicationi.*

12 *Consequens qui vult, censetur etiam velle omne necessarium antecedens.*

13 *Census extinguitur petitione sortis, quoad pensiones petendas.*

14 *Decisio*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

14 *Decisæ causæ illud apud nos facit.*
15 *Census à venditione, censuum in totum recessum per receptionem partis pretij.*
16 *Renuntiasse uni vie videtur aliam eligens.*
17 *Venditionem exemptam esse, & durare, impleat contradictionem.*
18 *Contraria allegans non est audiendus.*
19 *Renuntiare censibus pactis legis commissoriæ, ne liceat quis recipit sed etiam qui petit pretium, vel partem illius.*
20 *Idem est si non pretium, sed pretij vsuras petat venditor.*
21 *Illatio ad principale sit ex accessorio.*
22 *Census non redimitur nisi per solutionem pretij cum pensionibus.*
23 *Recipiens pecunias ad computum sortis, videtur extinguere censum.*

DECISIO CXXX.

1 CVm quidam † deberet alteri quatuor mille libras, conuenit cum suo creditore, quòd cum expectaret per annum, quòd si intra dictum terminum non solueret, nunc pro tunc teneretur census perpetuus (censuale mottuum nos appellamus (creatus de illa quantitate in fauorem creditoris, ad rationem vnius solidi pro libra, prout hæc censualia in hac prouincia frequentantur, cum obligatione omnium bonorum ipsius debitoris, ac cum clausulis in similibus instrumentis apponi solitis.

Successit, quòd debitori fuerunt pars pecuniæ ante lapsum termini, nempè mille libræ quas soluit suo creditori, pro rata dictæ quantitatis quatuor mille librarum, & deinde elapso termino soluit eidem alias mille libras: sicque ex dicto debito, iam non remanebant, nisi bis mille duntaxat libræ, vel alia verior, & certior quantitas.

In multis annis, qui postea effluxerunt, nec creditor quidquam perdit, nec debitor quidquid soluit, vel ratione censualis, vel ratione debiti.

Sed tandem creditor conuenit debitorem in iudicio, petens ab eo pensiones decursas ex censuali dictarum mille librarum restantium; obiecit debitor se non debere pensiones, nec censuale, sed bis mille libras tantùm, ex quo à prima obligatione, & contractu recessum fuerat per receptionem partis quantitatis principalis debitæ, tam intra, quàm etiam post terminum solutioni præfixum. Quæritur in Senatu, quis ex istis foueret iustitiam?

2 Ac primo, † vt certa ab incertis separemus, non fuit dubitatum de validitate pacti, quod si intra certum terminum pecunia debita non soluetetur, ex tunc censetur creatus census de illa pecunia debita, Gasp. Roderic. de *annuo reditu. lib. 2. quæst. 14. num. 24.* dom Garci. Mestril. *decis. 103. num. 9. part. 2.* quemadmodum
3 † valere pactum dicunt Doctores in casu fortiori, inter mutuantem, & mutuatarium, quo prius quàm de pignore vllo inter eos conueniret, id egerunt, vt si pecuniam suo die non solueret debitor, fundus Titianus creditori ex pretio vendituus esset, conditionalis enim emptio tunc contracta censetur, quæ valet, de qua facti specie pulchrè per Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 8. tit. 22. de pact. pignor. defin. 2.* Et quod magis est,
4 † pactum legis commissoriæ in transactione appositum iure validum censetur, vt docet idem Fabr. *vbi supra defin. 3.* optimæ decisiones Senatus Pedemontani, apud Thesaur. 14. & Senatus Mantuæ. apud Surd.
5 113. vbi agentes † de eodem pacto, quo debitor, si non soluerit intra certum terminum, dedit ex nunc, prout ex tunc, in solutum certum prædium æstimatum certa æstimatione, dicunt taliter esse validum pactum, & præcise exequendum, vt nec liceat creditori ab eo recedendo petere pecuniam post terminum, sed teneatur præcise stare conuentioni, quæ vtriusque partis fauorem concernit, & ideò sine consensu amborum non potest tolli, qui reprehendunt Decis. *cons. 12.* contrarium tenentem, & forsan etiam Gutier. reprehendisset, si vidisset, in *tract. de inrationem. confirmat. 1. part. cap. 63. num. 9.* Licèt ipse conetur conciliare Decium cum aliis contrarium tenentibus; quantò magis in nostra conuentione valebit pactum de venditione census, si intra terminum non soluitur pecunia debita?

Quòd est † adeò verum, vt sint qui existiment in 6
isto casu incipere currere pensionem, nedum ex die lapsi termini, sed etiam retrò ex die conuentionis, & contractus, de quibus per Rodericum *dict. lib. 2. cap. 14. n. 19.* & dom Garci. Mestril. *vbi sup. n. 9.*

Nec etiam † difficultatem patiebatur ea pactio, 7
& conuentio, eo quòd non concurreret pecunia numerata in ea censualis creatione, expeditum enim est, posse illud creari ex pecunia antea verè debita, prout missies Senatus *decisanus* in diuersis casibus, sicut ego 11
retuli in *1. de pact. inp. clau. 4 gl. 18. per. 2. n. 3.* Rode. de *annu. redit. lib. 2. q. 14. n. 19. & n. 25.* & latissime Auenda. de *censib. 1. Hispan. cap. 30. a num. 7.* & Surd. *cons. 262. n. 38. lib. 2.*

Sed quomodo † id fiat per conuentionem vnius 8
debiti in aliud, fingente lege pecuniam interuenisse vere, vbi realiter non interuenit, ex *l. singularia. ff. si cert. petat.* declarant tibi optimè dom Garci. Mestril. *decis. 262. lib. 3.* Ioan. Francis. del Castill, *decis. 130. lib eriam 3.* Muta *decis. 34.* Surd. *cons. 26. lib. 2.* & Gratia. *discep. forens. 174. lib. 1.* quod notabis ad plurima, quæ tibi occurrent, & ego spero me alibi in hoc operelatiùs declaraturum, ob quasdam vtilissimas quæstiones, quæ alias sunt difficiles valde, decidendas.

His resolutis, † pis quæ facile transibat Senatus, 9
subingressus fuit principalem quæstionem, & dubitationem, an per receptionem certæ quantitatis pro rata, & ad computum debiti principalis, tam intra, quàm post terminum factam, vitæ fuerint partes recedere à censu, à quo non est dubium, quin recedere poterant mutuo consensu si voluissent, prout ex Thesaur. Surd & aliis supra adductis apparet.

Et primò † quidem pro affirmatiua, & pro recessu 10
à conuentis, videtur esse text. in *l. de lege, §. post diem. ff. de lege commissoria.* vbi recipiens partem pretij, ex hoc videtur recessisse a pacto legis commissoriæ, idque in totum (ne occurras cum ista solutione) non pro rata tantùm, prout ex Tiraquel. de *retract. conuentio. §. 1. gl. 2. n. 61.* & aliis tradit Ioan. Baptist. Costa de *pact. rata. quæst. 83. n. 1.* vbi reprobat Nat. in *cons. 335.* contrarium tenentem, dicens lapsum in hoc fuisse circa interpretationem *dict. l. de lege*, adde Ruin. idem etiam dicentem in *cons. 151. num. 6.* lib. 3. & Crauet. in *cons. 106. num 2.* vbi asserit recipientem partem pretij, censeti renunciasse resolutioni contractus, vbi multa adducit ad comprobationem huius opinionis, nec videtur necessaria alicuius Doctoris auctoritas ad istud confirmandum, cum clarè id dicat text. illis verbis: [Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquæ pecuniæ accipit, respondit, si post statutum diem reliquæ pecuniæ, venditor legem dictam non exercuisset, & partem reliqui debiti accepisset, videri recessum à commissoria,] Eminentil. Cardin. Mantic. de *tacit. & ambig. conuentio. lib. 4. tit. 29. n. 18.* Id quod clarius, & accommodatius ad nostrum text. dicit Alexand. in *cons. 110. n. 2. vers. præterea, & n seq. lib. 5.* quem refert, & sequitur Surd. *in cons. 107. n. 4. lib. 1.* vbi asserit † Alexand. cre- 12
ditorem recipiendo scientes post adjudicationè certarum tertiæ petiarum, certam quantitatem pro parte debiti, censeti adjudicationi renunciasse, quia id venit

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

12 in necessariam consequentiam, & propterea † intrat regula, qui vult consequens videtur velle antecedens necessarium, *l. illud. ff. de acq. hared. l. ad rem mobilem, & l. ad legatum. ff. de procura.* incompatibilia enim sunt habere petias terræ pro debito, & ex alia parte illud velle recipere, & ideò, ne istud sequatur, dicendum est, maluisse creditorem pretium habere, quàm quod sibi adjudicatum fuit pro eo, quod cum non possit fieri, nisi recedendo à primo contractu, in necessarium antecedens, præsumendum est voluisse illum ab eo recedere, ita in nostro casu, impossibile est quòd creditor habeat censum, pretium; si post illius creationem recipit pretium, signum est voluisse ab illo contractu recedere in antecedens necessarium, videnda. Valenç. Velas. *cons. 92. n. 103.*

13 Secunda † ratio pro eadem opinione est, quia statim atque quis petit sortem, extinguitur census, quoad cursum pensionum, taliter quòd non currant amplius, nec peti possint, ea ratione, quia tunc sors cedit in debitum, & vltrà eam non possunt peti aliqui fructus citra vitium vsuræ, *cap. plerunque, cum sequent. 14. quæ. 3.* optima *decis.* Rot. Roman. *56. in recentio. tom. 1. & decis. 642. in 2.* Farina. in *decis. Rotæ positis post primum volum. conf. decis. 96.* Cattill. *decis. Sicil. 106. lib. 2.* & Mar. Mut. *decis. etiam Sicil. 98. per tot.* vbi plures

14 decis. & memini † ego etiam, quòd apud nos ita in † facti contingentia *declarauit* superioribus annis, vnus ex Senatoribus grauioribus in casu quo erat pactatum, sicut sæpè fit, quòd nisi darentur noui fideiussores, vel nouæ obligationes intra certum terminum, posset emptor recuperare pretium censualis, quod tenuerat pro luitione, prout ego latè adduxi in *l. de pact. nup. clau. 4 gl. 18. par. 3. n. 86.* ad quæ videnda sunt superiùs adducta per Mar. Mut. *decis. Sicil. 89. ex n. 1.* & per Mar. Giurb. *decis. etiam Sicil. 55.* licèt in Cathalonia, vbi à die litis motæ fit semper condemnatio interesse ad rationem vnius solidi pro libra, parum id prodesse posse iudicatur, cum non plus consequeretur creditor ex pensionibus si eas petere posset.

15 Maxime, † quandò (prout hic) creditor recipit partem pretij, pro quo venditus est census: ex hoc sine dubio censetur recessum à vendititione census, idque in totum, non pro rata, & portione tantum, prout expressissimis verbis dixit Rot. in illa Farin. 96. superiùs allegata, *n. 5.* his verbis: [& in casu nostro cessat difficultas, ex quo Magdalena accepit etiam pecunias ad computum sortis principalis, ex quo constat, ipsam voluisse extinguere sortem, non solum pro rata pecuniarum habitarum, sed etiam pro tota summa, cum alias parte inuita non potuisset census extingui pro parte, ad l. tutor. §. Lucius. de vsur. &c.] optimè etiam eadem Rota in *cita. decis. 56. in 1. tom. recentio. n. 6.* vbi loquens de decis. Farina. suprà proximè relata, sic ait. [Non obstat decisio alias facta in illa Romana census coram R. P. D. meo Pamphil. quia in eo casu non tantùm fuerat relaxatum mandatum pro fructibus, & restitutione sortis principalis, sed vlteriùs fuerat processum ad actualem restitutionem ipsius sortis, seu partis illius, ideò fuit, & iure merito, pro extinctione eo in casu pronunciatum, ratione indiuiduitatis ipsius census, pretij eiusdem, & iuramenti, quia dum venditor census restituit emptori pretium, seu partem illius, ex necessario antecedenti recedere voluisse videtur à censu, ad tex. in l. illud, de acqu. hæred. in l. ad rem mobilem, vel ad legatũ, ff. de procura. &c.] ex qua decisione trãscripsit Hercul. Maresc. *rot. fer. cap 1. lib. 2. var. resol.* prædictas, & alias eiusdem Rot. Roma. decisiones refert, & sequitur Cenci. de *censib. p. 3 cap. 1. art. 5. num. 2.* quid clarius ad propositum? De auctoritate Rotæ, quæ casus istos decidit, nihil dico, satis est omnibus nota, confirmat vlteriùs Mar. Mut. *decis. Sicil. 68. n. 22. & 23.* qui totum hoc fundit in receptione partis pretij, ex qua dicit resultare extinctionem census in totum.

Tertia † ratio est, quandò quis habet duas vias 16
electà vnâ, censetur ad eas renunciasse, nec potest ad aliam redire, vulg. *l. si mulier. § fin. quod met. caus.* latè Catoci. *decis. seu cas. 37 per tot.* & Ioan. Mar. Nouar. *quæsto forens. par. 1. q. 44.* & aij passim, non est quòd in brocardicis propositionibus confirmandis laboremus. Hic nostèr creditor duas habet vias recuperandi creditum, vel per receptionem pecuniæ capitalis, vel per exactionem pensionum census, in casu solutionis non factæ, ipso facto vendidit: contentatus fuit & antè, & post terminum, partem pretij recuperare, quis crederet non renunciasse, iuri recipiendi pensiones census? [Implicat † contradictionem (audi Fab. sic loquen- 17
tem in *dict. §. post dicem, in l. de lege. ff. de lege commissor. in 5. lib. rational.*) vt venditio resoluta sit, & duret. Ergo nec fieri potest, vt in venditoris arbitrio sit an ad vtrumque agere velit, siue simul, siue separatim, cum † allegans contraria, imò verò contradictoria 18
non sit audiendus, vulg. l. i. C. de fuit. Non enim potest iuris auctoritas in arbitrio esse agentis, quæ nec in arbitrio est iudicantis, l. 2. §. 1. infrà ad S. C. Turpil l. ordine 15. infrà ad munici. atqui venditor cum exercet commissoriam, dicit venditionem resolutam esse, nec amplius subsistere, cum verò post diem lege commissoria comprehensum perit, aut accipit pretium, aut partem, supponit venditionem valere, & durare, ergo eligendo pretium, videtur legi commissoriæ renunciare, &c.] Quod † posteà dicit procedere, non tantùm si 19
partem recipiat creditor, vt in *d. §.* sed etiam si solummodò petat, vt in *l. proximè sequenti, & in l. 4. §. elegantèr, eod. tit.* idemque † esse volui, si non ipsum pre- 20
tium venditionis, sed pretij vsuras tantùm petierit, *l. commissoriæ 4. C. de pact inter empt. & vendt.* in quo concordat Manti de *resci. & ambig conuen. lib. 4. cap. 29. num. 19.* reddens rationem, † quia ex accessorio, quod 21
sine principali non potest subsistere, infertur ad principale. Implicat contradictionem (similiter nos dicimus) vt venditio census duret, & subsistat, & præterea creditor pretium recipiat, vel illius partem, quis enim nesciet sortem in censu debere esse demortuam, nec recuperari posse censu maxime subsistente?

Quartò, † si pro luitione census fuisset pars debiti 22
soluta, quomodò illa solutio fuisset facta sine pensionibus eo tunc vsque decursis, cum non fiat redemptio, nisi pensiones etiam soluantur debitæ? Gratia. *discep. forens. 92 n. 16.* est præsumendum, quòd contra assuetum stylum isti negotiabantur? non credetem.

Et in † terminis terminantibus in materia census 23
Ludou. Cenci. in *tract de censib. p. 3. c. 1 q. 3. art. 5. n. 2.* ait, quòd si dominus census recipiat pecunias ad computum sortis principalis, ex hoc detegitur, & demonstratur animus illius, quòd voluerit censum extinguere, & habere illum pro extincto, & reliquum census quod non accipit, retinquere penes debitorem ipsius census sub nomine puri, & simplicis mutui, & ideò non potest amplius fructus ex dicto censu percipere citra labem vsuratum, ad quod allegat illas easdem Rot. Roma *decisiones* suprà adductas, & aliam coram † Manzanedo 6 Febr. 1615. quæ est post illum *tract. de censib. 182. n. 3.* Reliqua in sequenti.

ARGV

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præcedent. vbi Censura auctoris circa eam.
Et Senatus decisio.

SVMMARIVM.

1 *Auctoris consideratio circa prædicta.*
2 *Census non est indiuiduus, sed diuiduus, potius.*
3 *Pacto, quod si intra certum terminum pecunia debita non soluatur, censeatur emptus census, non est locus quando intra terminum soluitur pars pecuniæ, & postea continuatur.*
4 *Voluntas colligitur ex antecedentibus, & consequentibus.*
5 *Scriptoris ex duabus consequitur quod non ex vna tantum.*
6 *Solutio partis debiti facta in termino impedit ortum obligationis extra terminum.*
7 *Pretij recepcio in parte non importat resolutionem census in totum, quando pro reliquo soluitur pensio.*
8 *Voluntas præcedens colligitur ex solutione postea subsequuta.*
9 *Census ex receptione partis pretij, censetur resolutus in parte vbi decis. Senatus.*
10 *Senatus decisiones in hoc puncto reddutur dubia.*
11 *Procurator non potest declarare voluntatem principalis.*
12 *Creditor declarat in quam causam receperit pecuniam, debitore non declarante.*
13 *Voluntas sufficit quod sit declarata in prima creatione census.*

DECISIO CXXXI.

1 MIhi † per ea, quæ dicta in *præceden. decis.* fuere, in facti contingentia difficillima videbatur quædam causa, quæ in Senatu ducebatur ad relationem egregij Senatoris Francisci Mijauila, & Franqueza, quam quidam amicus meus ad sustentationem census defendebat in hac materia, non quòd placerent multùm quæ de extinctione totius sensus ex solutione partis pretij, & resolutione, ac transfusione reliqui in causam puri, & simplicis mutui dicta fuere, quamuis pro eis intercedat Rot. Roma. auctoritas, quæ summa sine dubio est, quamque ego summe veneror, venerarique soleo, quia totum fere fundamentum sit in dictis decisionibus, in quadam indiuisibilitate census, quæ fuit
2 considerata: & tamen † census non est indiuisibilis, sed diuiduus multò, quotidieque recipit diuisionem, veluti quandò redimitur pro parte, & quandò res, super qua recipitur pro parte perit, & alias, provt lato sermone probat Cenci. de *censib. par. 3. c. 1. q. 5. ar. 8. ex n.* 1. vbi respondet ad decisiones Rot. superiùs adductas, & ideò nullum video inconueniens, quòd ex receptione partis census dicamus, illum pro parte extinctum, & (si verum amamus, id multò magis intellectui, iudicio nostro accommodatur, & satisfacit, quàm quòd ex solutione partis integer census extinguatur, & reliquum in causam mutui resoluatur, durius est id credere, quam illud.
3 Non † (inquam) ex prædictis difficultatem causæ ego colligebam, sed ex eo quòd dubitarem fuisse vnquàm factum locum pacto, quòd si intra certum terminum pecunia non solueretur, fieret, & constitueretur, factusque & constitutus censeretur, ex ea census: secundum enim ea, quæ proponebantur videbatur constare de animo contrahentium, quòd non deueniretur ad secundum casum creationis census, sed fieret ur in primo solutionis debiti, patet quia a principio iam vidimus, quòd debitor cœpit intra terminum, soluere partem debiti, & post continuauit, quandò ob defectum solutionis debuisset intrare census, quod maius indicium conciderari potest voluntatis contrahentium? Ex antecedentibus † emm, & con- 4
sequentibus optimè probatur voluntas, & intentio, argum. text. in *l. Gallus. §. ille casus. ff. de lib. & posth.* in illis verbis, *Iuliano tamen videtur duobus quidem capitulis legis commixtis, in hoc quoque inducere legem:* & sicut † non est nouum, quòd ex duabus scripturis 5
simul junctis consequamur illud, quod ex vna tantum non consequeremur, sic non debet esse, quòd ex his, quæ præcesserunt, & subsequuta deinde fuerunt, mentem contrahentium in nostro casu arguamus, viden. Sotom. *contro. iur. de interpre. vlt. volun. lib. 4. c. 50. n. 33. & deinde.*

Præterea, † creatio census erat sub conditione, si 6
debitor intra terminum non solueret, ratione quòd non intrabat nisi lapso demùm termino, vt est notum, solutio autem partis ante terminum subsequuta, impediit ortum dictæ obligationis, cum iam non fierit possibile committi potuisse stipulationem stante dicta solutione integra facta, ergo non potest dici remanisse creatum census. De impedimento ortus obligationis in casu simili, vide si vis, quæ ego lato termine adduxi in 2. *de pac. nup. clau. 5 glo. 8. p. 12 ex n.* 62. Ad id facit doctrina communis † in hac materia 7
etiam eorum, qui tenent ex receptione partis pretij, censeri recessum a toto censu iam creato, quòd id non procedat si postea debitor incipit soluere pensionem ad rationem census eius quantitatis, quæ superest, huiusmodi enim solutio, & receptio satis manifestè demonstrat contrahentes voluisse in residuo forte non restituæ perditate, provt pluribus probat Cen. de *censib. par. 3. c. 1. q. 3. ar. 5. ex n.* 4. Sequens † enim fu- 8
ctum solutio manifestat, & detegit præcedentem voluntatem fuisse conformem actui subsequuto, Roma. *conf.* 291. *n.* 2. & 4. Soci. *sen. conf.* 85. *n.* 14. *lib.* 1. atque ita in terminis censuit Rot. Roma. in *decis.* 247. & 272. positis post dictum *tract de censib.* Ludo. Cenci, vndè cum contrariorum eadem sit ratio, & disciplina videtur optimè posse nos arguere a contrario, cum videamus post tempus quo debebat esse creatus census, debitorem solusse non censum, sed partem pretij, continuando quod antea fecerat, id indicat mentè eorum non fuisse vnquam, quòd census esset inter ipsos.

Sed his † non obstantibus Senatus primò coram 9
egregio olim Senatore Antonio Oliba magni nominis, omnium consensu, vno die 15. Octobr. 1592. & deinde, in secunda instantia, referente egregio itidem Francisco Mijauila, & Franqueza, vbi plenissimè articulus disputatus fuit, die 17. Maij 1627. inter Ioannem Baptistam Cassador. & de Aguilar. & don Didacum de Lentorn. Scriba Iacobo Agramunt, *censuit, & declarauit*, pro censu respectu residui debiti, declaran- ††
do omnes quæstiones supra propositas. Primò, *quòd valuit pactum de creatione census ex debito, casu quo intra certum terminum illud non solueretur.* Secundò, *quod census remansit creatus lapso termino, non obstante quod ante terminum fuisset soluta per debitorem, & recepta per creditorem certa pars debiti.* Et tertiò denique, *quod non fuit in totum extinctus, sed pro parte per aliam solutionem, & receptionem respectiuè factam post terminum, sed quòd*, vt dicitur in priori sententia, *illæ duæ solutiones ante, & post terminum respectiuè factæ operatæ duntaxat fuerunt redemptionem census, & illius solutionem vsque ad concurrentem quantitatem, eo ipso esse remanente in reliquo*, ponit

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

enim hæc verba sola respectu huius articuli : *De quo quidem censu dictus Ferdinandus partem redemerat, & fuerat, videlicet mille octingentarum librarum monetæ Barcinonæ in proprietate , & propterea restabat adhuc , & remanebat dictus census in proprietate prædictæ quantitatis bis mille quadringentum & quinque librarum dictæ monetæ , & in pensione annua centum & septuaginta quatuor librarum & duorum solidorum eiusdem monetæ , & quatuordecim marchetorum Castellanorum.* Idem postea *declaratum* etiam alia sententia lata inter easdem partes (iam enim pluries diximus , quod in Cathalonia pro vnaquaque pensione nouum institui solebat iudicium) referente egregio olim Senatore Iacobo Puigmija 17. Septembris 1600. Scriba Comelles , in quibus duabus posterioribus causis expresse fuerant data dubia circa validitatem census , contra quem pars opposuerat. Quid dicemus ad hæc ? Dubitabimus de iustitia tantarum sententiarum ? Nihil tale apud me , sed vt meo satisfacerem muneri , aperui meum sensum , vt tu iudices cùm casus euenerit. Ego enim Senatum & eius doctas resolutiones multùm venerot , eique , vt par est , cedo , verum vt dicam libere , quod sentio, difficiles videntur resolutiones illius in hac causa captæ , nisi eas saluemus , ex eo quòd quantitates suprædictæ receptæ fuerant per procuratorem creditoris , qui nec declauerat , nec poterat declarare voluntatem principalis, Surd. *cons.*285. *num.*31. *lib.*2. Rolan. *cons.*19. *num.*2. *vol.*3. cum aliis late congestis per Stephan. Gratia. *discept. forens.* 224. *num.* 39. & quando principalis suum creditum vendidit , seu transtulit in prædecessores creditoris (quo tempore nulla erat facta per debitorem declaratio) censuale dixit se transferre , non debitum simplex , & sic declarauit quid actum esset , & ad quid factæ essent solutiones , ad extinguendum nempe censuale pro parte , quæ declaratio fieri potuit per creditorem non declarante debitore, Masca. *de proba.concl.*1320. *num.*4. & Borgni. Canalca. *decis.*1. *num.*27. *p.*1. & si Cenci. *d.par.*3. *cap.*3. *q.*1. *art.*5. *num.*5. tenet , ne dicatur voluisse creditorem per receptionem partis pretij recedere à toto censu , sufficere voluntatem positam , & explicatam in primo instrumento venditionis census , quæ adhuc durare , & perseuerare præsumitur , *l. verùm , l. fi. ff. pro soci.* quanto magis in casu occurrenti censebitur durare illa census voluntas in primo instrumento declarata , vbi videmus antequam aliquid esset in contrarium dictum , ita declarasse creditorem. Et finaliter potuit considerare Senatus , & ex eo moueri , quòd si , & vbi foret verum , recessum fuisse à censuali , seu censu per receptionem partis debiti , & solùm veniret soluendum quod remansit, negari non poterat , quin à die litis motæ fuisset debitum interesse quantitatis debitæ iuxta practicam Cathaloniæ, ad rationem vnius solidi pro libra.quod interesse idem importat, quod pensio censualis, seu census : & sic parùm interest quòd condemnaretur pars ad pensiones census,vel ad quantitatem eum interesse. Attende ad hæc,quæ forsan tibi sufficient ad satisfactionem pro resolutionibus Senatus sustinendis.

ARGVMENTVM.

An & quando succumbens in exceptionibus possit contenta in eis , iterùm proponere in alio iudicio.

Et quæ in his sit differentia inter iudicia summaria,& executiua, & iudicia ordinaria.

Et inter plenam cognitionem , & non plenam.

SVMMARIVM.

1 *Sententia lata in iudicio summario , & executiuo, non nocet in plenario.*
2 *Exceptio rei iudicatæ potest opponi , cum idem deducitur in iudicio,& opponitur,quod fuerat iam decisum , idque in modum dilatoriæ.*
3 *Exceptiones oppositæ in iudicio summario , & executiuo, opponi possunt in plenario, & ordinario iudicio.*
4 *Nec tunc obstat res iudicata.*
5 *Atque id facere potest tam actor , quàm reus.*
6 *Sententia lata super filiatione,in iudicio alimentorum , vel alio summario , non nocet in alio plenario.*
7 *Nullitas proposita per viam exceptionis,potest iterum proponi per viam actionis.*
8 *Etiam quando fuit opposita simul cum appellatione incidenter.*
9 *Intelligitur,si summariè fuit cognitum,secus si plenariè.*
10 *Quod tamen vix noster Senatus admitteret.*
11 *Idem est in solito incidenter in modum exceptionis prius proposito.*
12 *Istæ exceptiones rei iudicatæ debent remitti ad definitivam.*
13 *Exceptio requirens altiorem indaginem , debet ad diffinitivam remitti.*
14 *Exceptio ex eo solum dicitur requirere altiorem indaginem,quod circa eam cadit controversia.*
15 *Et sufficit,quod contineat aliquam dubitatem probabilem,& quod sit in facto.*
16 *Exceptiones in Senatu nostro,& in aliis passim remitti solent ad diffinitivam.*
17 *Decisio Senatus,quæ exceptio rei iudicatæ non remitteretur ad diffinitivam , sed ei fuisse locum.*

DECISIO CXXXII.

NOn contentabatur † don Didacus de Lentorn dominus de Seto , declarationibus Senatus factis *in præcedent.dec.* contra eum, & in fauorem Ioan. Baptistæ Calsador,y de Aguilar: idò videns,quòd in iudicijs summarijs , & executiuis pro exactione pensionum censualium factæ illæ fuissent, quæ non præiudicant regulariter in plenario, & ordinario iudicio, ne possint per viam actionis iterùm deduci , quæ per viam exceptionis in illis iudicijs oppositæ fuerunt ; mouit causam in Senatu ad relationem egregij Senatoris Iosephi Roca,petens per viam actionis declarati contra dictum censum,& sic quòd ipse non debebat pensiones vllas,cùm nullæ concurrissent, nec potuissent currere , non existente censu, ex eisdem rationibus,quæ adductæ in præcedenti decisione fuere. 1

Aduocatus † dicti Calsador opposuit exceptionem rei iudicatæ orientem ex sententijs , & declarationibus prædictis in modum dilatoriæ ad impediendum litis ingressum , & progressum , prout fieri 2 posse

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

posse docet fusè Matan.de *ordin.iud.par.6.de excep.9. membr.iudi.ex num.12.*immò in modum dilatoriæ hanc rei iudicatæ exceptionem ad impediendum litis ingressum fore proponendam,ne in ea pars sibi præiudicet,dicit Canc.in *3.par.var.resol. cap. 17. senten. & ear.executi.num.13.*quæstum fuit an dictæ exceptioni esset locus?

3 Pro parte † dicti don Didaci de Lentorn allegabatur,quòd licet esset verum, nec negari posset, quin dubium ipsud, si census remanebat creatus , vel non, an verò in totum extinctus fuisset , iam declaratum extitisset inter eadem partes in iudiciis prædictis ; attamen cùm ea iudicia essent executiua,& summaria, per viamque exceptionis duntaxat fuisset in eis oppositum contra censum,id non prohibebat,quominus iterùm eadem proponi possent per viam actionis in ordinario iudicio,ex doctrina Bart.in *l.1.num.11.cum seq.C.quan.prouo.non est necess.*Alex.& Doctor. in *l. à Diuo Pio,§.si super rebus,de reiudi.*don Garci.Mestril. *decis.189.n.18.*Castrill.*decis.26.ex n.7.*Cæs.Barzi.*decis. Bonon.82.n.24.& decis.149.n.6.*

4 Ratio est clara , † quia sententia lata in causa leuatoris cognitionis,vel leuioris probationis,qualia sunt iudicia omnia executiua,& summaria,nunquàm patit exceptionem rei iudicatæ in causa maioris inquisitionis,prout pulchrè dicit Surd. de *alimen. tit. 1.q.126. num.5.*& tradunt etiam supra citati Doctores,ac Mar. Giurb.*decis.61.num.4.*Flamin.Chart.*dec. Gen.59.n.6.* plene Gratia. *disc p. forens. 445. num.5.* Vincen. de Franch. *decis.289.num.3.* Matt. de *iurisd.par.3.cap.6. n.4.*Olasc.*dec.74.num.15.*latissimè Regens Sesse , qui in hoc articulo valet pro mille , in *tract. de inhibit.*

5 *cap.2.§.3.ex n.7.cum mult.seq.* qui huiusce † rei plura tradit exempla ibi videnda,& *n.8.* probat id non esse priuilegium,sed procedere tam in actore,quàm in reo succumbente in iudicio summario , & executiuo , vt possit eadem materia postea reiteratò in iudicio ordinario,idem Sesse *dec.187.n.81.in 2.tom.*

6 Hinc est † quòd practicamus quotidiè,sententiam circa filiationem,vel pro ea,vel contra eam in iudicio summario alimentorum latam non præiudicare in iudicio ordinario postea super eadem filiatione mouendo,de qua re latè Surd. *vbi sup.in dict. quæs.126.tit.1.* Sesse *dict.cap.2.§.3.n.10.*

7 Hinc est † (quod etiam quotidie habemus præ manibus) vt si quis dicit de nullitate sententiæ præ viam exceptionis ad impediendum executionem sententiæ,& in ea succumbit, non prohibetur deinde de nullitate agere principaliter, & de per se, & per modum agendi,quia primo loco summatiè fuit deducta, Paul.de Castr.in *l.de pupillo , & in his cui ,in fin. de*

8 *nous oper.nunciat.*Sesse *vbi sup.num.11.*qui idem † dicit esse quandò incidenter cum appellatione principaliter proposita,fuit actum nullitate etiam,tunc sententia non nocet quin in alio iudicio possit de nulli-

9 tate dici principaliter, & iure actionis,quod tamen † est intelligendum vbi summariæ tantùm , & minùs plene de nullitate esset actum,nam si plenè , contrarium foret dicendum , vt declarat Couarr. in *pract.*

10 *quæstio.cap.24.n.8.*& 9.quod,† de iterum in isto casu proponendo principaliter nullitate, vix admitteretur in Senatu,ex traditis per Mich.Fer. *in 3. par. obser. cap.431.*& 432.de qua materia vide plura apud Mar. Giurb.*decis.Sicul.20.per tot.*vbi lato sermone disputat, an & quando nullitas ab vno iudice decisa,coram alio proponi possit , & quid respectu alterius nullitatis diuersæ ab opposita.

11 Hinc etiam fit,† quòd si contra agentem ego excepi de spoliatione mea & subcubui, possum deinde iure actionis in iudicio ordinario de ea deducere,prout quotidie facimus,est doctrina Innoc.*in cap.2. de ordi. cognit.*& Bar.*in l.qui Romæ,in §.duo fratres,*

to oppono,de verb.oblig.& Sesse *vbi supra n.10.*

Et in omni † casu,videbatur quòd saltem ad diffi- 12
nitiuam erat hæc exceptio remittenda , non hic pars statim dimittenda , seu teticienda , posset enim fieri quòd talia per eam deducerentur in discussi caulæ, quòd Senatus appareret sic de eius bono iure , vt sententiam pro se ferret , requirebat enim hæc exceptio, & requirete videbatur altiorem indaginem,quia inter alia,erat discutiendum an exceptionibus oppositis contra censum in illo iudicio summario,fuisset plenè cognitum , vt mox dicemus , prætendente aduersa parte quòd sine dubio requiretbat tempus , & propterea † saltem erat ad definitiuam exceptio re 13
mittenda tanquam requirens altiorem indaginem, prout pluribus,pro more,probat Mar.Giurb.*decis.20. num.15.*& ex eo soluma † quòd circa exceptionem ca- 14
dit controuersia, dicitur illa altiorem requirere indaginem,vt dicit Mona.*dec.Lucens.48.num.5.* Surd.*cons. 99.n.9.*vbi sufficit, † quod contineat aliquam dubie- 15
tatem probabilem,& *num.10.* quòd dubium sit in facto,Muscatel.*in prax ciuil.par.5.verbo,reservatis,n.21.*
Nec est † nouum in hoc Senatu,exceptiones remitti 16
ad finem litis,solent enim *fieri* passim, & plerunque, ††
vt dicit Canc.*in 3.par.var.resol. cap.17. de senten. & earum execution.n.10.*& 21.& non solùm in hoc Senatu consuetum id fieri,sed & in aliis , prout signanter de Senatu Neapol.attestatur Vincen.de Fran.*dec.289. n.4.* Sed insistente + semper parte in declaratione 17
dictæ exceptionis in modum dilatoriæ,sicut proposita fuerat ad impediendum litis ingressum , & progressum ; prousione facta per dictum egregium Senatorem Iosephum Roca die 17. Decembris 1617. † 18
aQuario Famada,fuit *declaratum*,dictæ exceptioni rei † iudicatæ per dictum Cassador appositæ ad impediendum litis ingressum , & progressum per dictum don Didacum de Lentorn suscitatæ, locum fore , & esse. Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisionis præcedentis, iuxta illius argumentum.

SVMMARIVM.

1 *Motiuum declarationis Senatus relatæ in calci præcedentis decisionis,refertur.*
2 *Exceptio rei iudicatæ obstat,quoties in iudicio quantumuis summario,fuit plene cognitum.*
3 *Plenaria cognitio non attenditur penes ordinem iudicii,sed penes qualitatem probationis.*
4 *Emilio fuit declarata in Senatu quandoque ex interlocutoria facta sine plena causæ cognitione.*
5 *Plenarie non fuisse cognitum,declarant illa verba,* sine præiudicio iuium,& prætentionum pattium,&c.
6 *Summaria causa potest dici duobus modis,vel ratione ordinis,vel ratione probationum.*
7 *Præceptum de soluendo cum clausula insistacina, resolutur in simplicem citationem.*
8 *Tempora causarum summariarum in Cathalonia sunt quatuor menses.*
9 *Præcepto de soluendo vtimur in Cathalonia contra tertium in vim instrumentorum quarentigiorum.*
10 *Plene cognitum dicitur quando est datum tempus sufficiens,& pars non fuit impedita probare quacunque poterat in plenario.*
11 *Præcepto de soluendo processus non differt ab ordinario,nisi in abreuiatione temporis.*
12 *Summaria cognitio quando dicatur tantum adhibita in causa.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

13 *Exceptio clara non remittitur ad diffinitiuam, sed turbida, & obscura.*
14 *Exceptio inris, seu in iure consistens semper dicitur liquida, ne remitti debeat.*
15 *Maximè vbi causa agitur coram doctissimis viris.*
16 *Exceptio, an sit liquida, & reseruabilis nec ne, relinquitur arbitrio Iudicis.*
17 *Appellatio non admittitur in arbitrariis, sed est controuersum.*
18 *Reseruationes exceptionum ad diffinitiuam raro debent fieri.*

Decisio CXXXIII.

1 MOtiuum † regiæ prouisionis, de qua in *præceden. decisf.* fuit in effectu, [Quòd in prioribus aliis iudiciis fuerant quæ contra illum censum opponebantur, expressim repulsa, præcedente plena, & perfecta eorum cognitione, & discussione, datis expresse de hoc dubiis partibus, vt super eis disputarent, quo fit (inquit regia prouisio) de census validitate ex eisdem causis tam allegatis, & decisis amplius discepari non
2 posse]: idque † optima ratione, quia ab omnibus adducitur limitatio ad ea, quæ in contrarium deducta fuere de iudiciis executiuis, & summariis, quòd exceptiones repulsæ in eis possint iterum in iudicio ordinario per viam actionis proponi; vt non procedant quando in illis iudiciis, licet summariis, & executiuis, fuit plena exceptionum adhibita cognitio, tunc enim æque intrat res iudicata, & illius exceptio, atque si in iudicio ordinario fuisset negotium decisum principa-
3 liter, & per modum actionis, quia † plenaria cognitio non attenditur penes ordinem iudicij, sed penes qualitatem probationis, nullus fere est ex his quos supra in ratione dubitandi adduximus, qui dictam limitationem statim non referat, & signanter latgè Sesse de *inhibi. cap.* 2. §. 3. *ex num.* 4. *cum multis sequentib.* vbi materiam late tractat, Giur. *decis.* 61. *num.* 5. Surd. de *alimen. tit.* 1. q. 126. *num.* 10. Cæs. Barzi. *dec. Bonon.* 82. *num.* 25. & *decis.* 149. *num.* 7. elegantissime Stephan. Gratian. *discep. forens.* 445. *num.* 6. Vincen. de Franch. *decis.* 289. *num.* 1. ego nonnihil dixi in 2. *de pact. nup. claus.* 5.
4 *gl.* 8. *part.* 14. *ex num.* 5. Sed adhuc † doleo de sententia lata in Senatu, de qua ibi *num.* 57. qua *condemnantes* quis fuit de cuictione ex sententia interlocutoria antea lata sine plena causæ cognitione in iudicio mere executiuo, contra ea quæ ibi tradita sunt, & quæ expresse in his terminis adducit Stephan. Gratian. *discep.*
5 *forens.* 445. *num.* 8. Maximè † cum in eadem interlocutoria diceretur, quòd id fieret sine præiudicio iurium, & prærentionum partium, de quibus in diffinitiua haberetur debita ratio, quæ verba denotabant, non fuisse negotium plene discussum, sed propter scripturæ tertij rigorem, fuisse prouisum, quod procederetur ad executionem, de quo puncto est tota *decisio* elegans Vincen. de Franch. 289. viden. & notanda si forsan iterum casus contingeret, nam ille iam non habet remedium.

6 In isto † casu, non poterat negari quin fuisset super exceptionibus oppositis contra censum adhibita plena cognitio, ad quod est præsupponendum causas summarias, & seu summariam cognitionem habentes, dupliciter in iure sumi, vno modo ratione ordinis, quando proceditur de pleno, iuxta *clemen. sepè, de verb. signif.* vt in executione, *l. à Diuo Pio, §. si super rebus ff. de re iudi.* alio verò modo respectu probationum, quando semiplenæ probationes, præsumptiones, & indicia sufficiunt, prout optimè declarat Andr. Gail. *pract. observ. libr.* 1. *observat.* 126. *num.* 3. In causa, de qua agebatur inter istas partes, iudicium erat summarium primo modo, non secundo, in quo propter talem summarietatem (loquamur sic) non debent omitti probationes legitimæ, & plenæ, prout ex Bart. & Doctoribus in *l. 1. ff. solut. matrim.* & Bald. Nouel. de *dote, par. 9. princil. 12. circa fin.* ego docui in 2. *de pact. nupt. claus. §. glo. vnic. par. vm. ex num.* 7. Procedebatur † 7
enim per præceptum de soluendo intra decem, aut ponendo iustas rationes, si quas pars haberet intra dictum terminum, quod resolutur in simplicem citationem, & siue compareat pars, siue non, proceditur ad diffinitiuam elaptis temporibus probatorijs, quæ † per nostras constitutiones sunt duo menses ad 8
probandum per testes, & alij duo per instrumenta, vt habetur in *tit. de cauf. fumma. in nostris constitutionibus*, qui est † modus procedendi in Cathalonia in 9
causis alias ex se executiuis, quando est agendum contra tertium, quem non afficit rigor scripturæ tertij, quæ in Cathalonia causas procedimenta executiua in toto suo rigore, sicut ego alias tradidi in 2. *de pact. nup. clau. 6. glo. 1. par. 4. ex num.* 9. In qua † causa fue- 10
rat seruatus, sicut seruari solet, ordo in procedendo, & fuerant factæ probationes, tam per instrumenta, quàm testes, tam super exceptionibus, quàm e contra, prout permittunt dictæ constitutiones per quas plenè religio iudicantis instructa fuit de veritate, & ea instructione mediante inductus Iudex ad iudicandum super re de qua agebatur, & non solùm Iudex plenè cognouit, sed etiam respectu partis fuerat plenissimè cognitum, cum pars contra fuisset produrere, & probare sicut si ordinarie actum fuisset, ita vt non potuisset maiorem diligentiam facere in iudicio ordinario, quæ faciunt, vt dicatur plene cognitum, prout optimè ita deducit Stephan. Gratian. *discept forens. 445. num. 4. & 6.* vbi pluribus id probat. Et in summa, † isti 11
processus summarij, qui fiunt in causis præcepti de soluendo, in nullo differunt ab ordinariis, & plenariis, nisi quòd abbreuiantur tempora ad probandum: habent enim causæ ordinariæ, & plenariæ tres, & suo casu quatuor menses ad probandum per testes, summariæ autem duos tantum, cæterum quoad probationes eædem in vtraque specie causarum requiruntur plenè, & perfectè concludentes, prout apud nos est *expeditum*; bene ergo est quod dicamus, sententiam †† in eo iudicio latam nocuisse, ac rem iudicatam causasse, sicut si in quouis iudicio plenario lata fuisset.

Si autem † vis scire, quandò, & quomodò dicatur 12
è contra, summariè cognosci de exceptionibus, vide Vincen. de Franch. *decis.* 289. *num.* 4. qui dicit tunc demum quandò lis in illo iudicio non contestatur, nec probationes recipiuntur, quamuis terminus ad id peteretur.

Ad illud, † quòd dicebatur de reseruatione excep- 13
tionis facienda ad finem litis, respondebatur iuri et merito non fuisse factam reseruationem, eo quòd in hac materia reseruationis faciendæ, vel non, communiter recepta est inter omnes distinctio, quòd aut exceptio est clara, aut verò turbida, & dubia, magna egens discussione, primo casu, reseruari non debet, sed statim declarari; secundo verò casu, è contra, prout pulchrè distinguit Vincen. de Franc. *decis.* 289. *num.* 4. optimæ, & multùm de hoc copiosæ sunt binæ decisiones Regni Siciliæ apud Mar. Giurb. 20. & 21. *statim in initio.* Hæc de qua agebatur exceptio, liquida erat, & clara, ergo non erat reseruanda, & erat † exceptio iuris, seu 14
in iure consistens, quæ semper dicitur liquida, & ex consequenti non reseruabilis. Gratia. *discep. forens. 692. n. 36. & discept. 740. n. 47. cum seq.* don Garcias Mestril. *decis. Sicil. 8. n. 8.* maximè † vbi causa, sicut hic, agi- 15
tur coram doctissimis viris, vt dicebat Laderch. Imol. *cons. 123. num. 1.* & an exceptio † sit liquida, vel turbida, 16
& requirat, vel non, altiorem indaginem dijudicare, in prudentis iudicis arbitrio positum esse, ex pluribus quos allegat, refert Giurb. *in cit. decis. 21. numero 3.* vbi † vult vlteriùs, vt ab isto arbitrio non liceat 17
appellare,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

appellare, cum quo tamen vltimo non vult transire don Gate Mestr. *in d. decis. 8. num. 8.* vbi ex Plot. Menoc. & Bimi. dicit, à relevatione posse appellari, & apud nos quotidie appellatur, & seu supplicatur in Senatu à relevatione, licet ratio contra arbitrium obtineatur, de quibus tamen articulis alibi in aliis decisionibus
28 plenius, & perfectius. Finio tem hanc † allegando pulchertrimum locum Ioan. Bernard. Muscam proposito, *in prax. cini. par. 5. vers. relevatis. n. 18. vers. quoad quartum principale, & seq.* vbi multùm execratus relevationes ad diffinitivam, quę in dies fiunt nimis indiscretè per aliquos Iudices, sub prætextu, quòd tes sit dubia, non aduertentes, quòd nisi attente hæc considerent, semper negotium aliquam habebit dubietatem, nihil enim est tam certum in iure, quod non admittat aliquam subtilem dubitandi rationem, vt communiter videmus. Ego cum summopere abhorream lites, vti valde expertus in damnis, quæ inde eueniunt, quorum aliquandò Deus rationem accipiet à multis, qui multùm credunt se habere mundas manus; vix possum pati has, & alias relevationes, quæ passim apud nos fiunt, videat quisque qualiter ambulet, & ego prior omnium. De hac materia huius decisionis scripti alias late in alia decisione inter Excellentissimum Ducem Sessæ, & Marchionisam de Ardales.

ARGVMENTVM.

Parti succumbenti in altercatis, cum non haberet iustam litigandi causam, currunt tempora probatoria.

Et quomodo id intelligatur, si pro toto tempore, quo durauit altercatum, tam culpa Iudicis retardantis expeditionem, quàm ipsius partis culpa, aut facto.

Dilationes, & restitutio in integrum sunt communes, & quomodò.

SVMMARIVM.

1 *Altercatis durantibus, an currant tempora in odium partis succumbentis, est de iure communi controuersum.*
2 *Sed non in Cathalonia, currunt etenim.*
3 *Fallit, si is qui succubuit, habeat iustam litigandi causam.*
4 *Iudicis iustam causam dicitur habuisse qui non fuit condemnatus in expensis.*
5 *Senatus nunquam condemnat in expensis eum, qui habuit iustam causam litigandi.*
6 *Nisi in expensis stipulatis.*
7 *Rota Romana semper condemnat in expensis, ex stylo.*
8 *De quo miratur auctor, cum repugnet ius.*
9 *Statutum præcipiens condemnari in expensis, etiam eum, qui habuit iustam litigandi causam, in dubium vertitur circa validitatem.*
10 *Tempora currunt succumbenti, qui non habuit iustam litigandi causam, vbi decisio.*
11 *Quod quomodo intelligendum sit, hic explicatur.*
12 *Tempus omne, quo durarunt altercata, cucurrisse videtur succumbenti.*
13 *Statuta sunt intelligenda prout iacent.*
14 *Tempora in altercatis non solum præfiguntur parti ad probandum sed etiam iudici ad declarandum, & aliunde ad deferendum processum.*
15 *Processus causarum solent dormire multum post lapsa tempora, ex domibus Iudicum vbique expeditione.*
16 *Tempora, quæ decurrunt culpa Iudicis, non imputantur parti.*
17 *Damnum ex aliena culpa quis pati non debet.*
18 *Impedito nullum currit tempus.*
19 *Quod maximè procedit in impedimento Iudicis.*

DECISIO CXXXIV.

LIcèt de † iure communi sit controuersum, an dum tantibus altercatis mous in discursu causæ super aliquibus incidentibus, quæ prohibent ne partes possint procedere ad probationes faciendas, currant tempora probatoria, laltem in odium eius, qui in dictis altercatis succubuit, prout est videre apud Francis. Viui. *dec. 286. Grammat. cons. crimi. 54. n. 18. cum seq. & cons. ciuil. 148.* Nat. *cons. 172.* Riminal. iun. *cons. 139. n. 7.* Cephal. *cons. 166. n. 8.* Cranet. *cons. 660. num. 3. & consil. 835. n. 8.* De iure † tamen nostro municipali id non admittit dubitationem, cum habeamus *const. 4. sub tit. de alterca.* expresse hunc casum decidentem, quòd succumbenti in altercatis, currunt termini ad probandum, taliter vt amplius ad probandum non admittatur. 1 2

Id quod † egregius olim Senator dom Ludouic. à Peguer. *dec. 34. lib. 2.* & ego *in primo de pact. n. 1. p. claus. 4. glos. 18. par. 4. n. 114.* decretauimus ex *decisionibus* in nostro Senatu factis, vt non procedat quando is, qui succubuit, habebat iustam litigandi causam, tunc enim non currit ei tempus. Repert deinde aliam similem *declarationem* Senatus factam die 16. Iunij 1595. & sic † antiquiorem, referente egregio olim Senatore Ioanne Castello, contra conuiges Planas, in archiuio Regio. Iudicatur † autem apud nos ad istud propositum, habuisse quis iustam causam litigandi, cum non repetitur condemnatus in expensis, vt inibi late probauimus, & vberius colligitur ex Ioan. Gutier. *practi. quæst. lib. 1. q. 135.* & ex Andr. Fachi. *controuer. iur. tom. 2. lib. 12. cap. 52.* Dixi, † apud nos, quia Senatus nunquam con- 3 4 5
demnat in expensis, etiamsi dicat statutum condemnandum, si pars habet iustam litigandi causam, nisi esset, † quòd iure actionis (vt quia stipulata expensæ 6
essent) illæ debentur, vt docet noster Cancer. in 2. *par. var. resolu. cap. 6. de solu. n. 33. & in 3. part. cap. 2. de inuent. ex n. 241.* & nos quotidiè *practicamus.* Quod tamen † non ita obseruatur in curia Romana, vbi 7
semper fit condemnatio expensarum, tametsi qui habuerit iustam litigandi causam, provt docent Ludou. Gom. in *reg. cancell. reg. ne a me. q. 41.* Cassad. *dec. 13. de rescrip.* Veral. *dec. 34. num. 4. part. 1.* Flamin. Chart. *dec. Gen. s. n. 4.* & Andr. Fachi. *controuer. iur. tom. 2. lib. 12. dict. c. 52. in fin.* qui † stylus vnde potuerit sumere initium miror, cum omnia iura in contrarium proclament, quomodò enim possum mulctari ex eo facto, quod mihi lex permittit? id satis probant quos ego adduxi in 1. *licet supra allegato*, & Gutier. ac Fachi, & Chart. hic allegati, adeò vt † dubitetur de validitate statuti, quod diceret id, quod obseruat Rota, victum victori fore in expensis condemnandum, etiamsi habeat iustam litigandi causam, vt est apud Federi. Scot. *tot. resp. 33. tom 1. lib. 5.* & signanter *num. 12.* sed ad rem, quia satis de his dixi ego in alia decisione. 8 9

Si autem † iustam causam litigandi non habuerit is, qui in altercato succubuit, quod iudicabimus si viderimus eum in expensis condemnatum, iuxta suprà dicta; tunc dicendum erit cucurrisse ei tempus sine difficultate aliqua, id quod satis probatum remanet ex suprà adductis, & in terminis Senatus *declarauit* 11. Decembr. 1618. referente egregio olim Senatore Raphaele Rubi & Coll, inter Ciciliam Sabatida 10

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

& Bret,& Ioannem Pla. Actuar. Front,vbi fuit dictum, [Quòd ex quo primò, & secundò succubuerat dictus Pla. cum expensis in exceptione litispendentiæ per eum oppositæ,propterea cucurrerat ei tempus faciendi reconuentionem,] quam postea volebat facere.

11 Sed hæc † explicationes indigent necessaria,quam ego ex mente Senatus in hac decisione tradere pro posse conabor. Est igitur difficultas,quomodò hæc intelligantur,si totum illud tempus,quod cucurrit ex die moti altercati vsque ad declarationem iudicis , quantumcumque illud sit , debeat imputari parti succumbenti , in termino dilationis competentis ad probandum,vel non.

12 Et prima † quidem facie videtur dicendum,totum dictum tempus imputandum,quia constitutio non distinguit , sed simpliciter disponit [Tempora præfixa per constitutiones ad prosecutionem causarum principalium,tam probatoria,quam instructoria, & quæcunque alia sint,vsque ad sententiam,& illius executionem inclusiue,currere debere contra partem succumbentẽ in altercatis,& contra quam fuerit prouisum,& declaratum,tam in prima prouisione,quàm in causa supplicationis si ab illa supplicauerit.] Quomodò poterat clarius constitutio loqui ; quam dubitatem potest res habere ? clare de omni tempore , quod consumptum est in expeditione altercati, loquitur constitutio. Si ergo per totum tempus quod datum est ad probandum, & instruendum processum, altercatum duravit, nullum aliud posteà dabitur ad probandum ; si pars illius temporis tantùm consumpta fuit , reliqua pars duntaxat parti remanebit ad probandum, & hæc vi-

13 detur clara,& expedita mens constitutionis.

Et præterea, † statutum est intelligendum , provt iacet,vt in proposito non dissimili dicebat Flam. Ch.

14 *dec. Gen. 121 n. 15.*

Veritas est , † distinguendum esse in hac materia inter tempus, & tempus. Ad id est sciendum, causas istorum altercatorum, & incidentium , tam in prima cognitione,quàm etiam in secunda,& sic tam in prima,quàm in secunda instantia, quandò à primis prouisionibus supplicatur, sua habere tempora,intra quæ finiri debeant,tam respectu partium ad deducendum, & notarij ad faciendum processum, & illum ad iudicem afferendum,quàm etiam respectu iudicis ad declarandum,provt habes in *tit. de alterca. incid. in causa, & in tit. de supplic. de senten. &c.* & explicat egregius

15 olim Senator primarius don Ludouic. a Pegue. in *pract. cumul. rubr. 15. & rubr. 16.* post quæ tempora † solent processus istarum causarum,tam in prima quàm etiam in secunda instantia dormire multum in domibus iudicum absque expeditione , habent enim illi tot causas commissas, vt impossibile fere sit omnibus punctua-

16 liter intra tempora præfixa intendere.

Ex his † temporibus , quæ currere , seu cucurrisse existimo parti succumbenti in altercatis in cum expensis,& sic cum non habet iustam causam litigandi,quo in sensu cõstitutionem intelligimus,sunt tempora illa, quæ præscripta per constitutiones fuere ad istas causas,tam respectu deductionum faciendarum per partes, quàm ad declarandum respectu iudicis,non illa,quę ex post decurrunt processu existente in domibus judicum pro declaratione. Ratio est clara,quia ista vltima dilatio non potest imputari parti , sed iudici, qui causam non expediuit quando potuit,& debuit : vnde non esset iustum,quod iudicis culpam lueret pars,nec est facienda interpretatio,vt quis indebite damnum sentiat,

17 & absurdum sequatur , sicut contingeret in isto casu, sequetur † enim istud absurdum , quòd quis ex alterius culpa damnum pateretur,& alterius negligentiæ pœnas lueret, quod non est consentaneum æquitati,*l. nam debet alteri ff. de regu. iuris, l. sancimus, Cod. de pœn.* Ruin. *in consil. 138. numero 16. lib 5.* Cæsar. Barz. *decis. Bonon. 32. numero 9.& 10.* plene Osasch. *decis. 12. num. 3. 4. & 5.*

Deinde,† impedito per Iudicem, & illius culpa ne causam prosequeretur,non potest currere tempus,tam ex regula generali,qua docemur impedito nullum currere tempus,l. 1. *C. de anna. excep. l. ab commissa, C. de adulte. cum similib. adductis* per Surd. *decis.* 189. *num.* 25. Azin. *in prax. §. 2. cap. 11. n. 29* tum etiam † ex deci- 19
sionibus particularibus de impedimento causato à Iudice loquentibus, provt est videre *in auth. si appellatione. C. de tempor. & repar. appella. & in l. fin. §. illud, eo tit.*& apud Matan. *de ordi. iudi. tit. de appella. n. 419.* Moscatel. *in pract. appella. par. 1. glos. potest, num. 45. & glos. prosequendum, num. 24.& 28.& par. 2 glos. causa, n. 13. ac denique glos. conceduntur, num. etiam 13.* Osasc. *in plena decis. 12.* quæ aliis latiùs, & dilucidiùs rem hanc confirmat,& explicat.ac Cæs. Barz *decis. 32. num. 15.* in nostro autem casu durum esset , per Iudicem fuisse partem impeditam ne causam principalem prosequeretur per illud tempus,quo ipse distulit expedire post lapsos terminos iuris,& tamen damnum ex hoc pars reportaret , non est ergo iustum , quòd istud tempus imputetur parti, & detrahatur de temporibus probatoriis.Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden. iuxta illius argumentum.

SVMMARIVM.

1 *Pars tenetur solicitare Iudicem per expeditione causæ.*
2 *Impedimentum, quod facile remoueri potest,non est in consideratione.*
3 *Impedimentum non excusat quando prouenit culpa impediti.*
4 *Pars in prima instantia non arctatur , sub aliqua pœna, solicitare Iudicem,sed in secunda,ne transeant fatalia.*
5 *Pars si fecit suas diligemias,& Iudex non expedit causam, nihil ei imputari valet ; quamvis non interpellauerit eum , si tractamus de Iudicibus occupatis. prout sunt regij Senatores.*
6 *Quod secus est respectu Iudicum inferiorum.*
7 *Tempus , quo Iudex distulit causam expedire post tempus ; non imputatur succumbenti in altercatis.*
8 *Culpa ordinata ad casum est quæ nocet , non alia.*
9 *Decisio Senatus, quòd tempus quo Iudex non expediuit causam,non imputetur parti.*
10 *Succumbens in altercatis, ad probandum admittitur etiam post lapsum terminum , si aduersarius vult probare.*
11 *Dilationes semper sunt communes.*
12 *Restitutio est communis ad probandum.*
13 *Etiam si minor ei post concessam , renunciaret.*
14 *Auctoris animaduersio circa supradicta.*
15 *Dilatione vnius iunatur aliis circa eundem articulum,non circa diuersos.*

DECISIO CXXXV.

SEd prædictis † (continuando materiam *præceden.* 1
decis.) obstant plura , quæ videntur resolutionem captam omninò destruere,primò,quòd ordinariè non fit aliud per partem,quàm facere vt deferatur processus Iudici absque aliqua alia solicitatione, & requisitione , aut interpellatione quæ fiant pro expeditione

causæ,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

causæ, quia vt plurimum ei, qui succumbere habet, non expedit solicitare expeditionem, quæ negligentia partis efficit, ne Iudex recordetur expeditionis causæ, quod quando contingit, non potest aliquo modo allegari impedimentum ex parte Iudicis ne currant tempora, provt in terminis docent Maran. & Olasch. *in locis suprà citat. in præcedent. decis de proba. concl. 1230. numero 91.* & Ioan. Gutier. *lib 1. pract. quæstio. cap 95.* ac Portol. ad Moli. *verbo, index numero 6. & verbo, requisitio*, vbi plura allegat *numero 3. & 4.* vbi vlteriùs disputant si sufficit vna interpellatio, & rationes ponunt quare vltra diligentiam instructionis processus, & delationis ad Iudicem pro expeditione, requirantur & istæ requisitiones, & solicitationes.

2 Secundò, † cum Iudex recusat expedire causam, istud est impedimentum, quod facile remoueri potest, adeundo superiorem pro illius sublatione, & appellando finaliter à denegatione iustitiæ, si sæpius requisitus Iudex perstitit in sua recusatione, & ideò non est in consideratione huiusmodi impedimentum, vt dicit Olasc. *decis 12. n. 9.* Surd. *decis. 189. n. 31.* & Cæl. Baiz. *decis. 32. n. 35. ad finem.*

3 Tertiò, † & finaliter obstat, impedimentum non excusare, quando prouenit culpa impediti, *l. 2. §. vltimo, ff. si quis cautio*, Tiraqu. *in tract. de retract. consanguin. §. 35. glos. 4. numero 28.* cum aliis adductis per Surdum *decisione 262. numero 16.* istud autem impedimentum, de quo agimus, prouenit sine dubio culpa succumbentis in altercato, quia si ille iniustè illud non mouisset, vel sustentasset, non fuisset causa per tantum tempus dilata: sequitur ergo non posse dici excusare dictum impedimentum, & eo prætextu prætendere succumbentem, tempus quo iudex distulit causam vltra debitum, sibi non cucurrisse.

4 Re tamen † benè perpensa, reuerà non obstant dicta contraria. Ac in primis non obstat primum, cui respondet Olasch. in *citat. decis. 12. numero 9. & 10.* procedere in secunda instantia, in qua requiruntur eæ interpellationes, & requisitiones ne currant fatalia, & causa efficiatur deserta, secus est in prima instantia, in qua sufficit fecisse partem quod ad se pertinet, absque eo quòd teneatur aliam adhibere diligentiam respectu iudicis, vt eum interpellet pro expeditione causæ, quod quia is auctor late probare satagit, ideò nos omittimus.

5 Secundò † (& hoc etiam defetuiet pro responsione ad secundum) respondemus, istud contrarium non loqui de causis, quæ ducuntur in Senatu supremo, provt est hic noster, in quo nulla est necessaria interpellatio, nulla requisitio sufficit ne per partem stare dicatur, & ne culpa ei nulla impingi valeat, quòd suas ipsa diligentias intra legitimum tempus fecerit, quòd possit Senatus causam expedire, si enim ob suas occupationes, quas semper habet maximas, vt experimur, & est text. in §. *ad hæc sæcimus. in authen. de appella. & intra quæ temp. coll. 4.* causam expedire intra præfixum tempus non potuerit, id non est litiganti imputandum, egregiè, & singulariter est Senatus Dolani ad propositum *decis* apud Ioan. Gruel. 72. videnda, fig-
6 nanter *ex n.6.* vbi rationem † adfert, cur secus sit respectu iudicum inferiorum, quia (inquit) isti, me interpellante, possunt cogi per superiorem, & per Senatum ad causæ expeditionem, & ideò est per me vlteriùs facienda hæc diligentia, quod non est in Senatu supremo: [Quod enim (inquit Imperator in loco suprà citato) virtum est litigantium, si culmen imperatorium occupatur? vel quis est tantæ auctoritatis, vt nolentem Principem possit ad commendandas partes, cæte-
7 rosque procures vrgere?] Vnde sequimur, † quòd ex die, quo in Senatu, vltra præfixum tempus, retardabitur expeditio causæ, nulla licèt alia diligentia partis circa requisitionem, & interpellationem intermittente, non imputabitur parti, & ex consequenti illud tempus, non poterit tolli de dilatione ad probandum de iure concessa. Eandem differentiam inter iudices, & iudices agnouit Olasc. in *citat. decis. 12. n. 9.* & in Simili Surd. *decis. 189. ex n. 29.* & *in cons. 8. n. 23.*

Ad tertium † denique & vltimum contrarium est 8 facilis responsio ex eodem Surd. ex cuius doctrina est illud formatum, in *decis 262. n. 16.* & *17.* quòd procedat solummodò vbi culpa impediti est ordinata ad causam, & sic ad impedimentum, quod secus est si non fuit ordinata quamuis postea succedat, idem Surd. in *cons. 12. n. 10.* vbi pluribus probat, neminem teneri de casu, quamuis culpa illius præcedat, nisi culpa fit ordinata ad casum.

Per hæc, † & alia, quæ considerata fuere in causa 9 dominæ Guiomaræ de Aymeric & Cruilles, contrà don Hugonem de Cruilles & de Sancta Pau, vertente in Senatu, coram egreg. Senat. Ioseph. Rocabe die 3. Iulij 1615. cum incidisset hic casus disputandus, fuit pro hac opinione *resolutus*, declarando, de [dilatione concessa parti ad probandum, demendos duntaxat esse triginta octo dies, in quibus, iuxta constitutionem, expediti potuerat quædam causa supplicationis, in qua succubuit eratque cum expensis, nulla habita ratione alterius temporis satis longi, quod ex post, sine expeditione decurrisset erat.] Actuar. Ioan. Prats. Quod idem antèà in alia causa Iacobi Sala, & Gabrielis Vergonça, referente egregio itidem Senatore, & dicti Roca in officio prædecessore Raphaele Rubi & Coll, visus fuit *voluisse* dicere Senatus, dum dixit, *succumbentis in altercato cum condemnatione expensarum, currere tempus dicti altercati, & imputari in termino dilationis ad probandum.* Nota verba, *tempus dicti altercati*, non enim est tempus altercati illud, quod vltrà præfixum à iure labitur, vel negligentia, vel occupatione iudicis.

Sed aduerte † ne erres, sicut expertus sum in plu- 10 ribus, quòd non semper proderit tibi opponere contra aduersam partem quæ succubuit cum expensis, & sic non habuit iustam litigandi causam tempora probatoria contra eum decurrisse, vt illam à probando excludas. Esto enim, quòd tu nihil probaueris & velis vti dilatione, & tempore probatorio, quæ tibi non cucurrerunt durante altercato. Sane in hoc casu non poteris prætendere, non fore aduersarium admittendum ad probandum intra eandem illam dilationem, intra quam tu vis probare.

Ratio est, † quia dilationes semper sunt commu- 11 nes, etiamsi vni tantum parti concedantur, vt est tex. in *l. petende, C. de temp. in int. resti. postu.* Marant. de *ordi. iudi. par. 6. tit. de dilati. n. 18.* Muscat. in *prax. civil. part. 5 glo. defendet. dum. n. numero 1.* Cæl. Baizi. *decis. 67. numero 3.* Caraut. in *rit. mag. curiæ rit. 90. n. 2.* Afflict. *decis. 89. in fin.*

Quod † non solùm procedit in dilatione, quæ con- 12 ceditur iure ordinario, sed etiam in ea, quæ conceditur iure extraordinario, veluti minori in vim restitutionis in integrum beneficij à se postulati, hæc enim communis etiam est aduersario, tametsi maiori, qui alias probare nullo modo poterat, provt pluribus, & iuribus, & Doctoribus probat Cald. à Perey. in *repeti. l. si curatorem habens, verb. vel aduersarij dolo, per tot. num. 12.* qui est satis longus, *C. de integr. resti. minor.* Caraut. in *rit. mag. curi. rit. 90. num. 2. & 3.* Anton. Gom. de *restit. in integr. num. 5.* Ioan. Gutier. in *pract. quæstio. li. 2. q. 22. ex n. 1.* Muscat. in *prax. civil. par. 6. verb communis*, quo non est aliud apud nos magis tritum, immò in concessione dilationis, quæ fit in Senatu minori ad probandū sèpe solet poni ex stylo clausula, *quod dilatio sit partibus cōmunis.*

Quod

Quod an procedat etiam cum post didicita testificata per aliquos testes per maiorem minist̃atos, vult
13 minor probare, habes in alia decisione. An autem † idem sit si posteà minor, vel etiam maior suo casu, velint renunciare dilationi, non est huius loci, quæstionem tractant Gutier. Carau. & Muscat. in *citatis locis*, ac Costa de *integra. dilation. 58. ex n. 14.*

14 Proderit † igitur vincenti contra victum in altercato, allegatio ista decursus temporis probatorij, quando ipse non vult aliquid probare per testes, nam si vult probationes facere, & vti dilatione ad probandum concessa de iure, vel aliàs, nihil aget cum fecerit declarari cucurrisse aduersanti tempora, quia, ea declaratione non obstante, admitterur ad probandum. Ad quod est bene attendas antequam in obtinenda dicta declaratione, quæ nihil posteà sit profutura, tempus inutiliter consumas.

15 Intelligenda † tamen sunt quæ diximus, posse hunc succumbentem in altercatis, probationes per testes facere, quas alias non potuisset; si suus aduersarius vult etiam probare, circa eundem articulum, non super aliis: veluti si essemus in altercato suscitato post lapsa tempora probatoria circa probationes faciendas ad obiciendum contra testes, aut alias, tunc si post victoriam obtentam in altercato, vult vincens super illo articulo probationes facere, licebit vtique facere idem victo, sed non super aliis articulis, veluti super meritis causæ principalis, super quibus iam anteà erat elapsum tempus, vt docet expressim Felin. in *cap. prudentiam, ex, de immu. petitio.* & Cald. de Percy. in *cita. repe. l. si curatorem habens, verb. vel aduersary dolo, n. 22. vers. secundo*, per text. in *l. etiam. §. 1. ff. de minor.* quæ vidi aliquandò in certa facti specie male obseruata, & practicata, ob quod aliam de hac materia compilaui decisionem.

ARGVMENTVM.

An conductori competat remedium recuperandæ, & reintegrandæ possessionis, si à re conducta deiicitur per locatorem. Et alia in materia.

SVMMARIVM.

1 *Colono deiecto an competat remedium recuperandæ contra dominum, vbi decisio, & n. 25.*
2 *Mens colligitur ex verbis.*
3 *Spolium requirit probationem duorum extremorum, possessionis, & spoliationis.*
4 *Colonus non possidet, sed detinet, & si possidet pro domino est, non pro se.*
5 *Colonus non habet, neque naturalem, neque ciuilem possessionem.*
6 *Colonus non præscribit contra dominum, quia pro se non possidet.*
7 *Priuatio præsupponit habitum.*
8 *Colono non datur aliquod interdictum possessorium.*
9 *Colonus quando deiicitur solùm videtur posse agere ex conducto ad pœnam stipulatam.*
10 *Colonus, eo ipso quòd non permittit domino ingredi fundum, dicitur spoliare illum.*
11 *Colono conceditur in vno casu interdictum recuperandæ, quando dominus abest, & vim ignorat.*
12 *Sed non suo nomine, sed domini nisi illi interdictum cedat.*
13 *Conductores temporales proprie non dicuntur possessores sed detentores.*
14 *Colonis contra dominum nunquàm competunt interdicta, & remedia possessoria.*
15 *Interdictum recuperandæ datur, nedum spoliatis, sed & deiectis.*
16 *Colonis datur etiam interdictum recuperandæ siue ad modicum, siue ad longum tempus sint conductores.*
17 *Dum (secundum aliquos) sint de his, qui nummis colunt.*
18 *Detentori deiecto datur restitutio ad illam detentionem & statum.*
19 *Detentor sic restituitur pendente lite, ad suum statum, sicut verus possessor ad suum possessionem.*

DECISIO CXXXVI.

IN quadam † sententia, me aduocato lata 10. Febr. 1617. in causa pupilli de Otis contra pupillos Burgesos ciuitatis Gerundæ, referente egregio Senatore Ioanne Gallego, & actuario Hieronymo Bosch. posita leguntur hæc verba: [Et constat nunquàm ex parte dictorum pupillorum Burgesos fuisse prætensum de prætenso spolio (casu quo illud allegare potuissent, si non fuissent attendatarij, seu coloni, & pro domino dictum molendinum possedissent) quinimò constat, &c.] Quæ verba occasionem dederunt dubirandi, si Senatus intellexit colonis, & conductoribus siue attendatariis deiectis denegari spolij, & reintegrandæ remedium, aduersus dominum deiicientem, & mihi articulum ex professo examinandi, ne quis citra eum auctoritate publica deceptus maneat, contra *l. 1. C. de his qui veni. ætat. impetr.*

Sane, † si ex verbis mens est colligenda, vt colli- 2
gendam admonet Bald. relatus per Boer. *decis. 155. n.* 22. & Cæs. Barzi. *decis. 5. n. 1.* hic clara sunt verba pro negatiua opinione, ib: [Casu quo illud allegare potuissent, si non fuissent attendatores, seu coloni, & pro domino dictum molendinum possedissent.

Et ratio † pro ea opinione negatiua non est quæ- 3
renda alia, quam quæ ponitur in illis verbis, *& pro domino dictum molendinum posset esse*: clarum est enim quòd in spolio, & ad illud intentandum requiritur probatio duorum extremorum. Primum, possessio ex parte agentis, & spoliatio, seu deiectio ex parte ipsius rei, iuxt. glo. in *l. 1. §. interdictum, ff. de vi, & vi arma. cap. consultationibus*, vbi Deci. *in 2. notab. ab. de offic. delega.* Aym. Cravet. in *cons. 140. n. 1.* Rot. Roma. in *recentior. recollec. per Farina. decis. 208. n. 1. tom. 1.* Colonus † autem non possidet, licèt detineat. *l. si quis antea, ff. de acquir. posse.* & si quæ possessio in colono confidetur, ea est pro domino, pro eo enim dicitur possidere, non pro se. *l. fin. C. de acquir. posse.* bona glo. in *l. communi diuidendo 7. §. neque colonis, ff. commu. diuidu.* quæ dicit † quòd coloni non habent, nec naturalem, nec ciuilem possessionem, sed possident pro domino: quæ † est ratio cur contra dominum non 6
præscribant, quia pro eo possident, Rot Rom. in *recentior. recollec. per Farin. decis 164. n. 1. tom. 2.* dom Ioan. del Castill. Sotoma. *de vsufr. cap. 5. n. 22.* vbi dicit conductorem non vti nomine proprio, aut proprio iure, sed nomine domini, & iure alieno, ex *l. non videtur 45. ff. de vsufr.* viden. Barbos. in *Iuris. in prin. 2. par. ex n. 23. ff. solut. matrim.* vbi ex differentiis, quas adducit inter fructuarium, & colonum, hæc optimè comprehenditur. His attentis non videtur posse colonus eiectus agere contra dominum pro possessione recuperanda, quà non pro se, sed pro domino habebat, & ex consequenti, casu quo eam recuperaret, pro domino quidem recuperare deberet, non pro se, priuatio † enim 7
præsupponit habitum, *l. manum. §. fin. cum similibus. ff. de inst. & iur.* & ideò, vt possessionem posset colonus recuperare, necessum esset, quòd anteà eam habuisset: per quam rationem, quia fœliciter colonus non possidet, glo. 1. *in l. si defendo, C. locat.* expressim ac-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

8 nec † non dari ei aliquod interdictum possessorium, id quod satis iudicat eadem lex ipsa, quæ ponit casum, quo conductor fuerat à locatore expulsus de re conducta, & quærit quod ei remedium dabitur, & non 9 meminit alicuius remedij possessorij sed permittit † ei duntaxat posse agere *ex conducto*, quod interpretantur glo. *ad interesse, & panam à locatore fi. pulsatum in dicto casu exigere, & exactam retinere*, quam glo. sequitur 10 Bert. Cornaz. *dec. 146. n. 6.* Immò † è contra, inquilinus, resistens domino ne ingrediatur possessionem rei conductæ, dicitur dominum spoliare sua possessione, *l. conductores, C. locat. l. non absre, C. unde vi, l. colonus, & l. cum fundum. ff. de vi, & vi arma. l. clam possidere, §. qui ad nundinas. ff. de acquir posse.* late Nat. in *cons. 161. n.* 1. late Ludoui. Posti. de *manda. de manute. observa. 52. n.* 16. vbi per tot. illam obseruatio. quod generaliter nulli hæc remedia dentur, qui possidet pro alio, ibi etiam ex *n. 17.* traduntur limitationes respectu conductorum, & colonorum. Vide etiam de eadem materia *observa. 55.* eiusdem auctoris, Anton. Fab. in suo *Cod. lib. 4. tit. 41. de* 11 *locat. defin. 58.* facit † denique *l. 1. C. si per vim, vel alio mo. &c.* vbi in vno casu conceditur quidem colono interdictum recuperandæ possessionis contra spoliantem, quando scilicet dominus abest, & vim ignorat, 12 verum † id intelligitur, vt agat nomine domini, pro quo possidebat, non suo, & si suo nomine interdicto possessorio vult agere in aliquo casu, necesse est quòd dominus ei cedat interdictum possessorium, *l. cum pinores, §. messem. ff. loca.* Nat. qui alios allegat, *an citat cons. 161. n. 12* Giurb. *decis. 12. num. 7.* Hanc opinionem tenet, & probat Menoch. de *recup. posses. remed. 1. n. 62.* Gratian. *discep forens. 174. num. 17. lib. 1 & lib. 2. discep.* 13 *357. n. 18.* vbi dicit, † istos conductores temporales priuatarum personarum dici impropriè possessores, sunt enim (inquit) potiùs detentores, & possident pro domino, non sibi, quidquid sit in perpetuis conductoribus, Anto. Fab. in suo *Cod. lib. 4. tit. 41. de loca. defi. 58. n. 15.* 14 vbi dicit, † interdicta, & remedia possessoria nunquàm competere contra dominum.

15 Contrariam, † & sic affirmatiuam sententiam, quòd detur, & competat conductoribus remedium *cap. reintegranda, 3. quæst. 1.* probat idem ipse textus, qui non loquitur solùm de spoliatis, sed etiam de ejectis, ibi, *reintegranda sunt omnia spoliatis, & ejectis Episcopis, &c.* quod verbum *ejectis* positum vltra verbum, *spoliatis*, adaptatur ad conductores, cum dejiciuntur à suis dominis, vt intelligit & declarat Specul. in *tit. de posses. & petito. §. 1. vers. sed nunquid depositiones*, Doctores in *l. rem, quæ nobis*, vbi Socin. *num. 6.* & Rip. *n. 21.* vbi dicit communem. *ff. de acquiren. posses.* & alii adducti per Vincen. Caroc. de *locat. remed. can. reintegranda,* 16 *cap. 9. num. 1.* vbi reprehendit † nonnullos, qui voluerunt id procedere tantùm in conductore ad longum tempus, dicit enim quòd in omnibus habet locum, cum indefinitè text. loquatur, ex Nat. in *cons. 161. n. 13. vol. 1. & cons. 564. num. 28. vol. 3.* pulchre Socin. seni. *consil. 17. numero 15. vol. 3.* Cornaz *decis. 146. numero 8. vers. minus obstat*, & vltimò Mat. Giurb. qui magis ex proposito articulum examinat, *tota decis. Sicil. 12.* vbi 17 dicit † ita ibi decisum pro hac opinione in conductore fundi pecunia, de quo loquitur, quia eius interest non expelli ratione fructuum, quos emere visus est conducendo rem, secus esse dicens in simplici colono, quia ille potiùs custos est, vt declarat *numero 16.*

18 Ratio huius † opinionis est, quia ad istam restitutionem non est necessaria vera possessio, sed sufficit simpliciter probare detentionem, & statum, ad quam, & ad quem quis restitui vult, sic enim ad istam detentionem, & ad istum statum debet quis restitui cum ab eis dejicitur, quemadmodum ad veram possessionem, cum ea spoliatur, prout pulchre probat Ror. Roma *dec. 56. de restit. spoll. in antiq.* Ioseph. de Sesse de *inhibit. cap 6. § 2. num. 5. & sequen.* Et certè non est maior ratio, quòd vera possessione spoliatus restituatur ad eam, quàm quòd electo à sua detentione, & statu concedatur restitutio ad illum statum.

Sic in † simili videmus, quòd cum contingit pendente lite, quem dejci à sua detentione, & statu, eodem modo reuocantur attentata, & delecta restituitur ad eum statum, atqui restituitur verus possessor, cum sua vera possessione priuatus, & spoliatus est, Lancel. de *attenta. de probat attenta. cap. 26. n. 31.* plene Stepha. Gratia. *dec. prouin. March. 91. n. 2. & decis. 132. ex n. 13.* Reliqua in sequenti. 19

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis præcedent. vbi auctoris centura circa remedia, quę dantur inquilinis, & colonis delectis.

SVMMARIVM.

1 *Conductori est aliquo remedio subueniendum si molestetur ei fit per dominum durante locatione.*
2 *Conductor non potest domino refricare causam dominij, vel possessionis.*
3 *Colonus habet ius detinendi nomine proprio, durante tempore locationis.*
4 *Conductori delecto nullum dari de iure ciuili remedium, sed officium Iudicis, volunt aliqui.*
5 *Remedium* cap. reintegrandæ, *propriè non cadit in conductore, cum non possideat pro se.*
6 *Decisio Senatus, de qua supra* numero 1. *declaratur.*
7 *Solemnitates libellorum, & alia similes non attendunter in Cathalonia.*
8 *Exceptiones, quæ admitti debeant, & de quibus tractari valeat, cum conductor petit reintegrationem contra dominum, remissiue.*
9 *Conductor finita locatione delectus propria auctoritate per locatorem, an conqueri possit.*
10 *Conductor habet retentionem ob melioramenta, & alias.*
11 *Conductor non potest dejici per locatorem, pendente lite, etiamsi fit finita locatio.*
12 *Litispendentia impedit vsum propria facultatis.*
13 *Conductori licet discedere à conductione, si per locatorem impeditur vti, & frui re locata, vel vsum non praestat.*
14 *Etiam si solum pro parte impeditur.*
15 *Conductor impeditus non potest petere refectionem alterius temporis, sed interesse, siue per locatorem, siue per tertium impeditur.*
16 *Officialis impeditus non petit refectionem alterius temporis, sed interesse.*
17 *Opera vnius anni diuersa sunt ab operis alterius.*
18 *Locator non potest cogere conductorem, vt comminuat locationem pro tempore quo fuit impeditus.*
19 *Correlatiuorum regula est, vt quod procedit in vno procedat in alio.*
20 *Conductori ex legitima causa, sicut locatori, licet à contractu recedere.*
21 *Conductor dejectus à tertio, potest compellere locatorem vt agat contra illum.*

Dec.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

DECISIO CXXXVII.

1 HÆc quæstio † proposita in *preced.decis.* mihi visa est esse de lana caprina, & differentiam opinionum inter Doctores consistere solùm in nomine, non in substantia: nam nullus negat, nec negare potest, nisi sit valde supinus, quin debeat subueniri conductori, si durante locatione aliquod præiudicium ei inferatur per locatorem in re conducta, nec debet deficere remedium, quo conductor reponatur in statu, in quo antea erat, siue sit possessionis; siue detentionis, si contingat dejici eum à re conducta per locatorem, ad effectum, vt ea vratur durante tempore locationis, alias quæ maior inhumanitas, quàm non subuenire conductori aduersus factum illicitum locatoris, qui non potest durante locatione propria auctoritate deijcere illum, etiam in casibus, in quibus aliqua potest militare iusta causa electionis, ex eo quòd non improbabilem rei retendæ causam habet conductor aduersus locatorem, quamdiu ex causa conductionis eam
2 naturaliter tenet, quæuis † nec dominij, nec possessionis quæstionem referre possit, vt pulchrè docet Anto. Fab. in suo *Cod. defin.* 58. *li.4. tit.41. de locat.* optimè
3 Ror. Ro. in *1.tom. posthu. Farin. dec.* 35. *n.*3. vbi † quòd colonus habet ius detinendi nomine proprio durante locatione.

4 Sed quale † sit istud remedium, in hoc discordant interpretes nullum dari de iure ciuili dicunt, ex *l.1.§. deijcitur, de vi, & vi armata*, sed officio iudicis conductori esse ad prædictam repositionem in statu priori subueniendum, concordant tamen, quorum bonam partem adducit Meno. de *recup. possess. remed.* 17. & *vlt. n.*21. quod idem antè docuerat *remed.*1. *n.*62. *cum aliis sequent.* vbi remedium restitutionum istud etiam iudicis officium appellatur, nec negat Nat. in *cit. consil.*
5 164. *n.*13. Concordant † igitur interpretes quòd conductor deiectus à locatore, debet recuperare suam possessionem, seu suam detentionem, & seu suum statum, solùm discordant in remedio, an *can. reintegrande, vel officio iudicis*. Et sanè magis communiter conuenit, id non per remedium *dict. can.* quia propriè non cadit in conductore, qui non possidet pro se, sed per
6 officium iudicis. Atque ita † in hoc sensu benè dixit Senatus in Regia sententia, quam retuli initio *precedent. dec. casu quo spolium allegare potuissent, si non fuissent arrendatarij, seu coloni, & pro domino dictum molendinum possedissent*, quia propriè actio spolij non competit conductori: sed in alio sensu, scilicet quòd nullo modo possit conductor petere restitutionem, & integrationem, id sustineri non potest, quia per offi-
7 cium iudicis id fine dubio consequetur. Vndè † in Cathalonia, vbi non curamus de solemnitate libellorum, sed sufficit narrare factum, ex quo intentio partis de prehi&datur, iux. *const. consti. 1. tit. de donar. libel. & dema.* & tradita per Canc. in *3. par. var. resol. cap.*16. *de lit. contest. ex n.*2. proposito per conductorem facto, quòd locator priuauit eum re conducta, in quam restitui petit, necessium est iudex cum restituat, nisi aliud ob-
8 stet, quod restitutionem impedire valeat. In quo † iudicio, de quibus exceptionibus possit cognosci, tractat Socin. senior in *cons.*17. *n.*15. *lib.*3.

9 Sed quid † cum finita est locatio, an vsus propriæ facultatis circa electionem conductoris permittatur locatori? Antonio Fab. in *cit. def. sa.* 48. *tit.*4. *de loca.* videtur vix posse audiri conductorem de electione conquerentem, quod tamen non est ita absolutè ac-
10 cipiendum, quid enim † si prætendit conductor retentionem ex aliqua causa, puta propter melioramenta per eum facta, iuxta *dec. Perusin. Ioseph. Ludon.*24. *ex n.*4. & Hercul. Marescо. *variar. resol. lib.*2. *cap.*112. *n.*8. vel propter interesse pro aliquo tempore, quo impeditus sit per locatorem vti frui re conducta, iuxta *l. si fundus §. nam & si colonus. ff. locat.* Roland. *cons.* 105. *n.*22. *lib.*4. Becci. *cons.*45. *n.*20. & Stephan. Gratian. *disc. for. cons.*143. *n.*48. Surd. *decis.*253. *n.*19. vel ex aliis † ratio- 11
nibus, antequàm ejiceretur, litem mouit contra conductorem, erit ne licita propria facultate electio? Minimè gentium, ex Lancello. & Gratia. *vbi supr. allegati fuere in materia attentatorum in calce præceden. decis.* & ego latiùs probaui in *1. de pact. nup. clau.*4 *glo.* 15. *ex n.*69. *cum multis sequentibus & glo.*19. *num.*35. vbi † pluribus docui qualiter litis pendentia impediat 12
vsum propriæ facultatis aliàs licitum, vbi *decisiones* † Senatus.

Sed an discedere † à contractu permittatur conduc- 13
tori, si impeditur per locatorem vti frui re locata, vel vsum non præstat; Dic quod sic, vt dicunt iidem Doctores, & rursum Surd. *decis.*42. *n.*17. Et non solùm † 14
cum impeditur vti tota re locata, sed cum etiam parte illius, idem Surd. *decis.*295. *n.*17. Item an † possit con- 15
ductor si vult pro isto tempore, quo fuit impeditus, petere refectionem rotidem temporis per continuationem conductionis; Dic quòd non, quia diuersi sunt anni, vti decisum in terminis in Senatu Neapolitano de anno 1589. auctor. est Vincen. de Franch. *dec.* 451. qui licèt loquatur in conductore impedito per tertium, idem est in impedito per locatorem, quia eadem militat ratio: conducunt † quæ ego pluribus docui in *1.* 16
*de pact. nup. clau.*4. *gl.*10. *par.*1. *ex n.*102. de officiali ad tempus constituto, impedito per aliquod tempus exercere suum officium, ne possit prætendere refectionem alterius similis temporis, qua † aliæ sunt operæ va- 17
ris anni, & aliæ anni sequentis, *l. si non fortem §. liberatus, de condi. indebi. l. si vsusfructus mihi in biennium, ff. de vsufruct. lega.* Et in hoc † pates sunt, & æquales 18
locator, & conductor, quia nec ille potest hunc cogere, vt continuet (si non vult) vsum rei locatæ per totidem tempus, quo fuit impeditus, vt docent iidem Doctores, & signanter Becci. in *cit. cons.*45. *num.*10. Et 19
idcò † bene intrat regula correlativorum, vt quod in vno statuitur, in alio etiam statuum censeatur, iuxt. *l. fin. C. de indic. vidui tollen. & l. fin. de acceptilat. cum similib.* adductis per Everard. in *top. leg. loco à correlat. numero* 3. & per Baptist. de sancto Blasio de Padua in simili docto *tract. de correla. posito post prax.* Azin. *cap.* 1. *numero* 10. *cum sequen.* Ecce autem correlativos locatorem, & conductorem, & ideò non debere ad impatia iudicari, probant optimè Surd. *cons.* 400. *numero* 29. *lib.* 3. & Gratian. *discep. forens.* 576. *numero* 24. quod notabis ad multa, 20
quæ decidenda in praxi quotidiè occurrent, & signanter ad illud, † in quo vidi plures errasse, & multos consultos in responsione trepidasse, si licet conductori necessaria causa intenueniente, recedere à domo conducta, quemadmodum potest locator recedere à contractu, & recuperare rem pro proprio vsu, iuxt. *l. ade. C. locat.* dicendum est enim quòd sic, propter eandem æquitatem, & rationem quæ militat in conductore, sicut in locatore, & propter correlationem ipsorum, glos. in *l. si in lege* 27. *§. si domus, in verb. statim agere, ff. loca.* per text. in *l.1. §. si pensio, ff. de migran.* pluribus Gratian. *disc. epr. forens. §.*14. *ex numero* 48. provt habes latiùs in particulari *decis.* de hac re facta.

Finaliter † in hac materia valde practicabili, est 21
aduertendum, quòd si conductor deijcitur à re conducta per tertium, potest agere aduersus locatorem, vt agat contra eum, qui deiecit, Batt. in *l. Iulianus. §. si venditor, de actio. empt.* quem sequitur Gratian. *discept. forens.*174. *numero* 26. qui dicunt esse notandum tanquàm nouum modum agendi; videlicet, ago, vt agas, quasi actionem habens ad commodum alterius agere

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

agere copetur, *l. eum plures, §. messem, ff. locat. l. 2. §. final. ff. ad l. Rhod. de iact.* quamuis ille, qui conuenitur vt agat, liberetur cedendo, *l. 2. §. item labeo. ff. ne quid in loco publ.* Bar. in *dict. § si vendidor.* Hactenus Gratia. & hactenus ego de hac materia; animaduerto solùm Giurb. in *dict. decis. 12.* larè de his agere, quam videre poteris si tibi aliquis casus circa hæc disputandus acciderit.

23 *Paria sunt non esse & non reperiri.*
24 *Argumentum à communiter accidentibus, tam affirmatiue, quam negatiue procedit.*
25 *Indices Ecclesiastici non habent pœnas condignas ad puniendum concubinatus delictum.*

ARGVMENTVM.

An contra concubinarios possit procedi sine partis instantia, & accusatione, quando qui de hoc crimine accusantur, sunt ex iis, contra quos in hac prouincia, ex priuilegio particulari, non potest procedi criminaliter sine instantia partis.

SVMMARIVM.

1 *Priuilegium militum, ne contra eos procedatur sine instantia partis, efficis sæpè vt delicta remaneant impunita.*
2 *Priuilegium prædictum iniquum, & exterminari dignum, vocat Mier. noster.*
3 *Priuilegium tribuens occasionem delinquendi, non est sustinendum.*
4 *Nobilitati est indulgendum in delictis.*
5 *Priuilegia exorbitantia sunt restringenda.*
6 *Concubinatus delictum est mixti fori.*
7 *Vicerex procedebat aliquando in hac prouincia capiendo de mandato concubinarios.*
8 *Milites aduersus prædictas capturas sine instantia partis, opponebant de suo priuilegio.*
9 *Concubinarij possunt certo modo per vxores accusari.*
10 *Maritus concubinæ potest concubinarium, & concubinam accusare.*
11 *Priuilegium militum de instantia partis requisita in criminalibus, non procedit vbi secundum rei naturam non potest esse.*
12 *Congregationes, & sessiones aduocatorum multæ per Deputatos, & per brachium Militare factæ fuere pro disputando articulo huius decisionis, in quibus discursus fuere vary.*
13 *Senatus autem, in quo maturè, & citra omnem considerationem, & respectum, negotia tractantur, non suffragari priuilegium, dixit.*
14 *Delicta continuata non merentur veniam, nec comprehendantur sub gratia, & indulto delictis concessis.*
15 *Delicta iterata, & continuata non præsumuntur remissa per Principem in generali indulto.*
16 *Delicta concubinatus sunt ex his, in quibus quis videtur delinquere quotidie de nouo.*
17 *Concubinatus delicta semper fuerunt visa de grauioribus, & mali exempli delicta.*
18 *Condemnari ex eo solo quis potest, quod res sit mali exempli.*
19 *Concubinatus in delicto puniendo, vtilitas publica versatur.*
20 *Decisio de hoc Senatus antiqua.*
Milites vsuras publice exercentes puniuntur sine partis instantia, vbi decisio, ibidem.
21 *Priuilegium militare lædi, & præiudicari in his procedimentis absque partis instantia, fuit resolutum in domo Deputationis.*
22 *Concubinatus delicta possunt etiam puniri per iudices Ecclesiasticos.*

DECISIO CXXXVIII.

PRiuilegium, † quod habent nobiles, milites, siue æquites in hac prouincia, de quo in *2. vol. constit. tit. de accusa. cap. 3. & seq.* ne possit contra eos procedi criminaliter sine instantia partis cum sola instantia filei, valde torsit semper bona ingenia Principatus, si ad illius obseruantiam persuadendam debebant inclinari, cùm enim videant expedire Reipublicæ, ne delicta remaneant impunita, *l. ita vulneratus, §. quòd si quis, vers. cum neque impunita, ad l. Aquiliã, cum vulg.* quod ne fiat, perfæpe impedit priuilegium, quia non omnes offensi volunt, vel audent aduersus milites, personas potentes, facere partem, & instantiam, & multis videatur delinquendi occasionem sub spe impunitatis præbere, † cogimur non rarò dicere cum Mier. auctore nostro antiquo, in *const. Reg. Alfons. I. in curia Montis. c. 27. circa fin. colla. 3. p. 19. in 1. p.* priuilegium iniquum, & exterminari ab hominum memoria dignum, tanquàm bono publico aduersans, magnamque præbens delinquendi occasionem, quo † nihil deterius sine dubio, *l. neque damnosi, C. de precib. imp. offer. l. 2. C. de priuil. schola. lib. 12.* Sed in aliquo † est indulgendum nobilitati in delictis, vt diffuso calamo prosequitur Farinac. de *pœn. temp. quæs. 98. ex num. 93. cum mult. sequentibus.* Ob quod, † qui de hoc priuilegio tractauimus, quoties se obtulit occasio, curauimus semper illud restringere quantum potuimus, vt minores, quàm posset, casus comprehenderet, quandò enim in istorum non possunt huiusmodi priuilegia eradicari, & tolli, sunt saltem restringenda, vt dicit Giron. de *priu. & exempt. inter pr. n. 610.* in quo ego plus forsan quàm alij, laboraui in *1. de pact. nup. cl. 3 gl. 3. ex n. 26. cum pluribus seq.*

In felici † regimine, & locum tenentia Excellentissimi Principis Henrici ab Aragonia Folch. de Cardona, & Corduba, Ducis Sugurbi, & Cardonæ, repertum fuit, quòd in hac ciuitate, vbi residet curia, viuebant aliqui omnis conditionis homines eius iurisdictioni subiecti, in continuo, ne dicam perpetuo, concubinatu, in magnam Reipublicæ, & proborum scandalum. Volens † magnus iste Princeps, prout poterat, quia non est dubium, delictum hoc esse mixti fori, atque ideò posse puniri, tam per iudicē secularem, quàm per Ecclesiasticum, prout latissimè omnes fere Doctores de hac re agentes cumulando, probat Bouadill. in sua *Politic. lib. 2. cap. 17. num. 53.* & auctor remissionum ad sacrum Conc. Trid. *sess. 24. cap. 8. de refor. matrimo.* super illa verba Cõcilij, *Ab Ordinarijs locorum, &c.* Volens (inquam) huic malo remedium adhibere, cœpit procedere per capturas de mandato contra vnos, & contra alios, & postea exacerbari iussit illos, cum præcepto, & iniunctione pœnali, ne cum concubinis sub aliquo tecto, & certis locis reperirentur. Plebei nihil habuerunt, quod dicerent contra huiusmodi procedimenta, sed tamen † qui priuilegio, ne possit contra eos sine partis instantia in criminalibus procedi gaudebant, exclamabant multum contra huiusmodi procedimenta, quòd eis frangerentur priuilegia, & signanter illud, de quo diximus initio, quia in his procedebatur contra eos, sine partis instantia, nullus enim illam faciebat, licet materia esset capax, poterant enim † vxores certo modo viros in hoc casu accusare, ex traditis per Prosp. Farina. de *delic. carn. q. 141. num. 104. cum seq.*

1
2
3
4
5
6
7
8
9

Et quid † si concubina (prout erat possibile ha- 10

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

beret maritum,nihil prohibebat, ne iſte ambos accu-
11 ſaret, per quæ † effugiebatur via ex limitationibus priuilegij,quam ego adduxi *in loco ſup.cita.* illud non procedere,niſi in illis caſibus, in quibus poteſt ſecundùm ſpeciem ſubiectam,dari acculatio partis priuatæ, & inſtantia, & non in illis, in quibus ſecundùm ſui naturam,non poteſt eſſe,quia nullus priuatim offenditur, ſed ſolùm bonum publicum.

12 Pro his diſcutiendis † factæ fuerunt diuerſæ congregationes Doctorum, tam in domo Deputationis per Deputatos, quàm alibi per brachium Militare, inter quos ego vnus eram,& demùm in Senatu facta fuit larga diſcuſſio iſtorum, nec partes intereſſatæ fuerunt negligentes in congregandis ſuis aduocatis, vt diſputato negotio eos defenderent, in quibus congregationibus varia dicta fuere in materia. Aliis videbatur caſum eſſe in limitatione, de non danda inſtantia. Aliis contra ex diametro, adeò vt vix in dictis congregationibus certa reſolutio capi potuerit, ego ſcio cauſam tantæ diuerſitatis, vnus erat in congregationibus, quæ fiebant in domo Deputationis noſter magnus Iuriſconſultus Iacobus Cancer,qui ſemper contra priuilegium, & priuilegiatos in hoc articulo ſtetit firmus,& cùm iam tandem,præ ſuis continuis infirmitatibus,in congregationibus illis aſſiſtere perſonaliter non valeret, ſuum in ſcriptis in iure fundatum Deputaris,ſeu Aſſeſſoribus illorum, tranſmiſit votum, & ex his qui pro brachio Militari conſulebantur non deerant ſatis ingenioſi viri, qui in eadem opinione conuenirent.

13 In Senatu † autem, vbi ceſſant omnes conſiderationes, & reſpectus, vbi neutraliter inquiritur quod iuſtum eſt ſincera fide, ac integro animo, facilitèr *reſolutum* fuit de an. 1631. non obſtare priuilegium his procedimentis,& quia difficultatem habere potuiſſet reſolutio,ſi fundaretur in eo ,quòd hic caſus carebat inſtantia , vt quia daremus eam fieri non poſſe per vxorem, vel alium, per ea quæ ſuperiùs tradita fuere; voluit Senatus tale fundamentum pro ſua reſolutione accipere,vt veniret bene,ſine inſtantiæ, & acculationis partis priuatæ caſus eſſet capax , ſine non, idque vnico verbo,quia ſcilicet iſti milites acculabantur per fiſcum de delicto iterato,& continuato,quod ſucceſſiue de die in diem per aliquos patrabatur,hæc dicebant egregij Senatores mouiſſe eos , vt audiui à nonnullis,cum quibus de his agebamus.

14 Difficile † multùm videbatur multis iſtud motiuum , dicentibus ſe non poſſe percipere, & conſiderare rationem , in qua fundaretur , cur ſcilicet in vno, aut alio delicto de his, quæ momento fiunt , & perficiuntur , ſi poteſt intrare inſtantia , & accuſatio partis , intret priuilegium , in aliis verò iteratis , geminatisque & continuatis non. Ego à nemine inter eos , inter quos hæc tractabantur , rationem audiui, quæ mouere potuit ad ita dicendum , ſed dixi inſpiciendum eſſe modum loquendi Senatus,cuiúque verba attendenda , & conſideranda , in quibus reperiet faciliter quilibet rationem , quam poſſet deſiderare, ſolet enim ram proprie loqui Senatus , vt ſemper in eodemmet ſuo dicto ratio decidendi includatur. Attende, dixit Senatus in delictis iteratis, & continuatis non procedere prærogatiuam militarem , ſatis ſe declarauit, quia geminatum delictum non debet ſperare veniam,nec comprehẽditur in indulto,ſeu gratia conceſſa delinquentibus,Bald.& cæteri omnes *in l.3. C.de Epiſco. audi.* egregiè Carol. de Graf *in tract.de except.except.14. num.50. cum ſequen.* qui infinitos pro more, ſignanter in codicibus additionatis, ad id allegat,& poſt eum don Garci.Meſtril. *ſup indul.general. in fin.2.tom. tract.de magiſtra. cap.28. ex num.10.* vbi ex his probat , ſub indulto Generali conceſſo per ſuam Majeſtatem in ſuis fœliciſſimis nuptiis , non cenſeri comprehenſos eos , qui pluries deliquiſſent, qui geminata , & iterata delicta commiſiſſent , quæ iteratio delicti (inquit)impedit gratiam. Addit poſtea *num.12.* & ideò reiteratio ipſa , & continuatio delicti exceptuat gratiam ipſam, Farina.*conſ.41. n.4. & conſ. 60.num.23.lib.1.*Ioſeph.Maſcard.*de probatio.conc.838.* vbi ſignanter *num.8.* aſſerit, Principem † non præſumi voluiſſe remittere delictum reiteratum,& geminatum,niſi expreſæ reiterationis,& geminationis in ſtatuto mentio facta ſit. 15

Et præterea , † illud concubinatus delictum erat, 16
& eſt ex illis delictis continuatis , ſucceſſiuis habentibus cauſam præexiſtentem , & permanentem , in quibus quis quotidie cenſetur de nouo delinquere, & peccare , de quibus late per Decian. *conſil. 60. ex num.7.lib.1.* Honded. *conſ 97. ex num 4. lib.2.* Farina. *in 3.conſſtom. conſ.107. ex num.40.* & Stepha. Gratia. *diſcep.foren.62.num 59.lib.4.* apud quos † hæc deli- 17
cta ſemper fuerunt habita pro grauioribus , & mali exempli ſine dubio,vt experientia docet , & ſacrum Concil.Tridenti *ſeſſ.24 cap.8.de reforma.* quid mirum ſi in eis non procedere prærogatiuam militarem dicamus? condemnari † (quod plus eſt) quis poteſt ex 18
eo ſolo quòd res ſit mali exempli , vt *in l 3. ſed ex Senatuſconſulto, ff. ad l.Corn.de ſicar. & veneff.* in illis verbis : [Sed ex Senatuſconſulto relegari vna eſt ea, quæ non quidem malo animo,ſed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit , ex quo ea quæ acceperat, deceſſit,] *in l ſi quis aliquid 38.§ qui aboritionis, ff de pœnis*, ibi : [Qui abortionis, aut amatorium poculum dant , & ſi dolo non faciant , tamen quia malè exempli res eſt , humiliores in metallum damnantur,&c.] & denique *in l.omne delictum.ff.de re milit.*ibi : [Qui in acie fugam priùs fecit ſpectantibus militibus , propter exemplum capite puniendus eſt,] quòd aſſumptum late proſequitur Petr.Caball.*in ſuis reſol.crimi.cent.3.caſu 114.per tot.* ſi ob malum exemplum , in materia indifferenti , videtur licitum poſſe tranſgredi leges , puniendo quod ex ſe delictum non videtur,quantò magis in iſto,quod eſt tam mali exempli delictum. Mali exempli foret ſine dubio, quòd videretur quoddam populos,ita vt dixi vinentes,ac mandata regia nihil facientes, ab'que eo quòd puniti, & caſtigari poſſent, quia inſtantiam non haberent , quam ſæpè iuriarati non audent facere,maius malum à tam potentibus viris timentes:creparet tunc dubio medius præ tanto dolore,videns in Principe defectũ circa huius delicti condigna punitionem.Et ideò nõ videtur eſſe abſque ratione,quòd in his,ceſſante inſtantia partis procedatur:cogit enim ad id vtilitas publica,ſicut 19
ad alia plura,de quibus per Georg de Cabed.*dec.Portugal.19.n.10.& rurſus dec.79 p.1. facit tot tit.C.ſi contr.ius vel vtil.publi. & in noſt conſtitutionibus,cod.tit.*

Vidi in † aliquibus codicibus manuſcriptis anti- 20
quis,qui apud noſtros conſeruantur,de diuerſis rebus, quæ in ſoro contingerunt diſputandæ diuerſis temporibus tractantes, notatum, iam alias in vno caſu *proceſſiſſe* Senatum ſine partis inſtantia contra quendam militem ſimiliter concubinarium , & contra alium vſuras publicè exercentem , ob malum exemplum, quod de ſe dabant,& legi ibi diuerſa fundamenta,ac plures coaceruatas rationes ad defendenda procedimenta Senatus excogitata , ne dici poſſent contra prærogatiuam militarem,ſed non ita,meo iudicio,vergent quemadmodum hæc, quæ nos in his excogitauimus: videant , & comprobent noſtri quando per tempus eis licuerit , facile enim inuenient libros , in quibus prædicta ſcripta ſunt.Senatus, vt dixi, matureſ *reſoluit* de hoc anno 1631.in præſidentia.Excellentiſſimi Ducis Sugurbi,& Cardonæ,non obſtare prærogatiuam militarem à dictis procedimentis,immò potuiſſe,& poſſe fieri ſine partis inſtantia,& accuſatione.

Suſcitata

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

21 Suscitata † fuit rursus eadem quæstio de anno 1632. Martio mense, cuius ratione Deputati, ad instantiam stamenti, & brachij Militaris, quæ est valdè potens in hoc Principatu, & meritò, consilium iterùm petierunt ab Assessoribus, & nonnullis Doctoribus applicatis, si poterat in dictis procedimentis considerari dicti priuilegij contrafactio, cui pro suis officiis tene- † rentur se opponere, & *resolutum* fuit quòd sic ea ratione, quàm supra retigimus, quia hæc materia non erat de his, in quibus non poterat interuenire instantia, ob quam rationem recedimus à priuilegio. Et quia 22 † etiam (nonnulli addebant) non erant hæc delicta de necessitate remansura impunita, quamuis à iustitia seculari non punirentur, concurrebat enim iurisdictio Ecclesiastica, quæ in vim dispositionis sacri Concilij Tridentini *sess. 24. cap. 8. de reform.* potest in his procedere etiam, & delictum istud punire, quæ cutia Ecclesiastica non seruat priuilegium instantiæ partis. Sed factis per Deputatos solitis diligentiis cum Excellentissimo Locumtenente Generali, pro obtinenda reuocatione istorum procedimentorum, tanquàm contra priuilegium stamenti Militaris factorum, consultato per eum negotio in Senatu, is stetit pro non contrauentione, vti anteà ex rationibus adductis.

23 Benè est, † vt respondeamus ad contraria, licèt quibusdam non videatur necessarium iuxta superiùs tradita. Ad primum de possibilitate instantiæ, dicebatur non esse alicuius considerationis, cum nunquàm reperiantur, aut raro fuerint, qui eam faciant, vnde benè videbatur applicari illud axioma iuris, paria esse non esse, & non reperiri, de quo *in l. cum vnus, ff. de bonis auctor. iudi possiden.* Bal. per illum text. *in l. cum ita* 24 *§. species, de leg. 2.* & argumentum † etiam à communiter contingentibus, optimè his conuenire asserebant, ne præsumamus faciendum, quod à communiter contingentibus fieri non soleat, sed iudicemus de eo ac si nunquàm fieret, valet enim argumentum istud, & procedit tam negatiuè, quàm affirmatiuè, vt pluribus probat Fœcundus August. Barbos. *in locis commun. arg. iur. loco 20. à comm. conting. per tot.* vnde videtur, quòd de ista possibilitate instantiæ, & accusationis iudicandum sit, ac si nunquàm esset, ex quo nunquàm fit, aut saltem à communiter contingentibus fieri non solet, & sic intrat limitatio ad priuilegium, quòd vbi non datur partis instantia, illud non procedit.

25 Ad secundum, † de iudice Ecclesiastico, qui nihilominùs iuxta sacrum Tridentinum Concilium, potest de hoc delicto cognoscere, dicebatur, eum non habere pœnas condignas, cum eius processus ordinarius sit per censuras, quas communi experientia comprobamus, non sufficere pro sufficienti delictorum punitione, tametsi graues sint istæ pœnæ, & quidquid sit, non ex hoc, quòd sit alius iudex, qui etiam possit punire delictum, aufertur alteri potestas, si est mixti fori, vt est notum. Melius est quòd ab his abstineamus, nec priuilegio, & prærogatiua militari defendi opus habebimus, ac Christo Iesu pro nobis mortuo placebimus non modicum.

ARGVMENTVM.

An exceptio metus impediat executionem sententiæ vel instrumenti guarentigij. De exceptionibus requirentibus altiorem indaginem, & quæ illæ dicantur.

SVMMARIVM.

1 *Mulieres in Cathalonia sunt multum priuilegiatæ pro suis dotibus, in bonis virorum suorum, cum*

fiunt contra eos executiones, vt illæ impediant.

2 *Mulier, quæ firmauit in obligatione, pro qua fit executio contra virum, non impedit executionem.*

3 *Exceptio metus, an impediat executionem.*

4 *Metus exceptio nihil operatur, dum obligatio non est rescissa.*

5 *Verum si aliquomodo fuit mulier admissa ad probandum metum iudex de eo debet etiam in iudicio executiuo rationem habere.*

6 *Decisiones Senatus super eo, an metus exceptio aliquo modo probata impediat executionem.*

7 *Metus exceptio requirit altiorem indaginem.*

8 *Metus exceptio non impedit executionem sententiæ, vel instrumenti guarentigij.*

9 *Obligatio habet suum effectum, & suam vim donec sit annullata.*

10 *Contractus est standum, donec rescissoria actum est, & in ea obtentum.*

11 *Contractus in suo robore permanet durante lite super eius rescissione mota, donec per sententiam sit finita.*

12 *Alimenta, & sumptus litis non dantur pendente lite ei, qui agit contra contractum, & renunciationem.*

13 *Metus exceptione, dum non est probatus, non impediri executionem, constitutionibus nostris diffinitum est.*

14 *Prohibentur fieri multa quæ facta tenent.*

15 *Exceptiones si probantur de petitorio, admittuntur in iudicio ſpolij.*

16 *Executio impeditur quoties ex probationibus factus resultat effectus rescindendi coram iudice competenti.*

17 *Exceptio aliàs non admittenda, admittitur quando in continenti probatur, quamuis remanet aliquid discutiendum ex replicatione aduersarij.*

18 *Exceptio si probatur in continenti, cessante vigore legum, & statutorum de eis non admittendis editorum.*

19 *Suspicio doli, & fraudis in exceptionibus cessat factis probationibus.*

20 *Exceptio post iam factam probationem, non dicitur requirere altiorem indaginem.*

21 *Exceptio lesionis si in continenti probatur, impedit executionem.*

DECISIO CXXXIX.

MVlieribus † in Cathalonia ex peculiari priuilegio concessum est, posse se opponere pro sua dote, & aliis iuribus, executionibus, quæ fiunt contra viros suos, tam in vim sententiarum contra eos latarum, quam etiam vigore instrumentorum guarentigiorum per eos firmatorum, pro quibus sic executiuè proceditur, quemadmodùm pro sententijs in iudicatum transactis, & non solùm conceditur eis posse se opponere pro suis creditis, sed etiam possunt optare de bonis viri ad satisfactionem eorum, & factis oppositione, & optione supersedetur in executione in bonis mariti, prout constat *Regia pragmat. in 2. vol constit. posita sub tit. de priuilegio dot. quæ est Serenissimi Regis Iacobi I. & incip Intelleximus*, quæ postea fuit approbata per curiam generalem, *constit. 7. tit. de exec. de rensals.* 1

Fallit † si mulier firmauit in illa obligatione, cuius 2 vigore, & seu pro qua fit executio, tunc enim obstante firma mulieris cessat priuilegium, quia tunc sic ipsa debet sicut vir eius, vt in *cad. Reg. pragmat.* habetur, & ego explicans eius materiam late tradidi in *2. de pact. nup. cl. 7. gl. 2. par. 4. per tot.*

Sed contingit † non raro, quòd mulieres firmant 3

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

per metum virorum, vel verum, vel reuerentialem cum enormissima læsione, quod idem est, vt ego etiam tradidi *ibid. tom. par. 5. & deinceps*, & facta oppositione & optione prædictis, & oppositio contra eas de firma ipsarum, replicant, quòd per vim, vel metum firmatant, quæritur an ista mulier admittatur ad hanc replicationem probandam in hoc iudicio, an ea repulsa tanquam non liquida, seu remittendo ad aliud iudicium, sit procedendum in executione?

4 Sanè, non est † dubium, quòd hæc exceptio non admittitur, nec impedit executionem, quia requirit altiorem indaginem, & donec firma rescissa sit, semper stare dicitur, & est verum dicere mulierem firmasse, quo casu excluditur, vt diximus, ab oppositione, & optione iuxta regiam pragmaticam, vt ego etiam pluribus probaui *in d. 2. tom. de pact. nupt. clauſ. 7. gloſ. 1. p. 5. n. 2.* atque ideò, cum mulieres ad impediendum executiones, quæ fiunt in bonis maritorum veniunt cum istis oppositionibus, & optionibus, statim solemus opponere eis de firma ipsarum, & replicantibus illis de metu, qui prætenditur interuenisse in eis, contradicimus illis, dicendo non esse exceptionem admittendam in iudicio executiuo, sed remittendam ad iudicium ordinarium, in quo plenarie de articulo cognoscatur, & benè succedit nobis, quia nulla habita ratione exceptionis, & oppositionis procedimus ad executionem contra virum, & eius bona, & in hoc nulla est difficultas.

5 Est tamen † maxima, si contingit, quòd aliquo modo mulier probet metum, de quo opposuit in causa executiua, veluti quia possint ministrari de eo testes antequam actor contradicat, vel in aliqua supplicatione, quæ contratio imperio interponatur ab aliqua interlocutoria, quæ in eo iudicio executiuo fiat, in qua constitutio concedit decem dies ad probandum, aut alias, nunquid si vno, vel alio modo mulier efficit, vt in processu, etiam executiuo, constet de metu, debeat Iudex supersedere in executione, quæ fit contra virum, ex quo firma mulieris, quæ impediebat supersedimentum, repetitur per eam probationem vulnerata.

6 Sæpè vidi † hunc casum apud nos occurrisse, & apud aliquos regios Senatores, cum modica metus † probatione facta per vxorem, *superſeſſum* in executionibus bonorum viri, sed tamen cum hic casus de anno 1630. disputaretur fortiter, coram egregio Senatore Philippo Viñes, in causa Michaelis Pax, contra Franciscum Ferrando, actuario Iacobo Ribes, in qua in decreto executionis sententiæ contra virum late se opposuit mulier, & optauit in vim regiæ pragmaticæ, petens oppositionem admitti ei, & cùm fuisset replicatum de illius firma; respondit ipsa, se per metum firmasse, & cum nulla esset facta tunc metus probatio, fuit prouisum decretum executionis, sed fuit supplicatum contratio imperio, & in forma, & in causa contrarij imperij articularum de metu, & ministrari testes, quibus ille sufficienter extitit probatus. Cùm Iudex causæ supplicationi reperiret negotium in statu, quo diximus, sufficienter probari metus, dubitatum fuit an ex nouiter deductis, & probatis deberet renocare prouisionem decreti executionis, in qua fuerat repulsa oppositio mulieris, quæ facta fuerat ob nullam de metu factam probationem. Et quidem Senatui, sententia in dicta causa † lata die 14. Decembris anni iam dicti 1630. *placuit* non recedere à prouisis, nullam de probationibus super metu factis rationem habendo, magis quàm si factæ non fuissent, sed essemus in terminis nudæ propositionis, & allegationis metus, & læsionis, hoc expresso motiuo: [Quia exceptio (inquit) nullitatis, quoad interesse dictæ N. quæ est deducta respectu illius firmæ ob metum, qui prætenditur interuenisse, requirit altiorem indaginem, & de prætensis metu, & læsione, non constat eo modo, quo constare debet, defenso, & audito instante, in cuius fauorem est lata sententia, &c.] Senatus igitur fuit in opinione, quòd exceptio metus opposita requirebat altiorem indaginem, & ideò non retardabat executionem, & secundò, quòd per probationes factas non poterat dici constare de metu eo modo, quo constare deberet, ex quo non fuerant factæ, defensa, & audita parte.

Respectu † prioris motiui, negotio sumpto in abstracto, non est dubium, quòd metus exceptio requirit altiorem indaginem in casu occurrenti, cùm non possit expediri intra illud tempus, intra quod instantia causæ executiuæ expediri posset, ad tradita per Gratia. *discept. forens. 895. n. 6. lib. 3.* & ideò † non impedit executionem sententiæ, vel instrumenti guarentigij, vt in specie tenent quos refert Thom. Grammar. *conſ. simil. 95. num. 12.* Borgnin. Cauale. *dec. 19. num. 59. par. 3.* qui dicit, † quòd donec fit annullatum instrumentum, iuramentum, & obligatio guarentigia operantur suum effectum, don Garc. Mesttril. *decis. 140. num. 22.* Carol. de Graf. *de excep. excep 11. num. 8.* Aym. Craue. *conſ. 408. in prin.* vbi ad id allegat *l. 4. § condemnatum, ff. de re iudic.* egregie Ramon. *conſ. 92. per tot.* vbi pluribus probat, nisi rescissoria † actione actum prius fit, & in ea obtentum, standum esse contractui, ad quod *num. 4.* adducit elegantem locum nostri olim doctissimi Senatoris Antonij Oliba, *de actio. par. 1. lib. 2. ad § rursus*, & ego etiam nonnulla ad propositum tradidi *in 2. de pact. nuptia. clau. 6. gloſ. 2. par. 4. ex num. 30.* vbi quòd † actio contra renunciationem, vel firmam stat in cognitione causæ, qua durante, contractus in suo esse permanet, donec per sententiam rescindatur, adeò vt nec interim † dentur alimenta, nec sumptus litis subministrentur actori. Alia dixi in idem institutum *clauſ. 7. gloſ. 2 par. 5. ex num. 2. ſup. allegata.* Sed quid est opus iure communi, cùm habeamus casum decisum in nostro iure municipali, est enim de hoc *conſtitutio 5. tit. de execu. de cenſals*, qua præcipitur, † ne per exceptionem metus impediatur executio censualium, sed procedatur eo modo, quo ibi dicitur, sed hoc intelligitur interim dum metus non est probatus, eo autem probato non est dubium per eum impediti executionem, provt in terminis tradit Aym. Craue. *in conſ. 408. num. 3. verſ. reſpondeo, lib. 3.* rationem reddens, † quia multa fieri prohibentur, quæ facta tenent, *i patre furioſo, de his qui ſunt ſui.* Sic videmus (inquit) quod † licet contra spoliatum non admittantur exceptiones, dicientes petitorium, istud tamen non procedit, quando super talibus exceptionibus probationes factæ sunt, *ex cap 1 de reſtitut. ſpolia.* eadem, & alia exempla similia in propósito adducit Mar. Giurb. *deciſ. Socin. 14.* & alia Barbo. *in locis communibus, & principiur. lit F. n. 5. facta multa tenent, &c.* Amat *reſol. 36. n. 9. 10. 11. 14. & 15.* vbi ginanter † dicit impediri executionem quotiescunque ex probationibus factis super exceptione resultat effectus rescindendi, legitime completis probationibus coram iudice præuentionis. Rot. Rom. *in recenſion. collectis per Farin. ſom. 1. deciſ. 516. num. 4. 8. 9. & 12.* vbi quòd † exceptio, quæ alias non esset admittenda, secundum indicij naturam, admittitur quando in continenti probatur, addens *dicto num. 12.* quòd quamvis remaneat aliquid discutiendum proueniens ex replicatione aduersarij, id non efficit, vt exceptio debeat reijci, tanquam altiorem requirens indaginem. De exceptione in continenti probanda non rescindenda pluribus agit Carol. de Graf. *de excep. 10ta excep. 7.* Phanu. *de nouem. 1. temp. cap. 14. n. 4.* & Paul. Bello. *de poteſt. cor. c. 112. n. 3. lib. 1.* Plura ad propositum addiscit Surpha. Gratia. *diſcep. forenſ. 264. ex n. 40. cum ſeq. lib. 1.* vbi † dicit, quòd si in continenti probetur, cessant rigores

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

rigores legum, & statutorum de non admittendis exceptionibus,& ponit exemplum in multis casibus notandis. *& discept. 364. n. 9. & 10. lib. 2.*

19 Et est ratio, † quia facta probatione, cessat omnis sinistra fraudis, & calumniæ suspicio, & ideò cessare debet prohibitio,ita omnes in locis suprà citatis,ideò nihil mirum si exceptio iam probata admittitur, ad retardandum executionem , & suspendendum eam.

20 Cessat etiam + quod dicebatur,exceptionem hanc requirere altiorem indaginem,quia animo non requirit , facta iam semel probatione, Gratian.*discept. foren. 264. n. 40. lib. 2.*

21 Et ne + mireris , quòd ita teneam in exceptione metus , quæ tam magnam videtur requirere indaginem,nota egregiam Rot. Roma *decisionem* factam coram Orano de anno 1592. relatam per Stephan. Gratian. *discept. forens. 264. ex n. 45.* vbi dicitur,idem esse in exceptione, quæ proponatur de enormissima læsione contractus,quæ est ex magis illiquidis, & difficilibus quæ possunt considerari , asserendo eam etiam impedire executionem instrumenti , si incontinenti possit probari;ex Bero. in *consil. 177. lib. 1.* licet ibi per errorem citetur 277.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis. præceden De exceptione metus,& aliis requirentibus altiorem indaginem.

SVMMARIVM.

1 *Tertius,qui se opponit executioni, satisfacit faciendo ibi probationes.*
2 *Exceptio metus,aut opponitur ad impediendum executionem,aut ad rescindendum contractum.*
3 *In primo casu, non requiritur plena probatio, in secundo vero sic.*
4 *Probatio semiplena sufficit vbi deducitur aliquid incidenter.*
5 *Restitutionis in causa deductæ incidenter non requiritur plena læsionis probatio.*
6 *Tertij oppositio ad impediendum executionem sententiæ inter alios latæ non requirit plenam probationem.*
7 *Metus reuerentialis solus apud aliquos est sufficiens ad supersedendum executioni.*
8 *Metus exceptio illiquida quæ venit ex terminis probationibus sustinenda,non impedit executionē.*
9 *Alterius opinio,an exceptio metus impediat executionem,& quando.*
10 *Exceptione metus,& violentia absolutè non impeditur executio.*
11 *Meticulosus contractus est nullus, nec eget rescissione,nisi quatenus de facto processit,& interim est habendus pro valido.*
12 *Executiua via sibi præiudicasse dicitur qui patitur agi via ordinaria.*

DECISIO CXL.

1 SEcundum † motiuum Regiæ prouisionis , de qua in *præceden. decis.* quia non fuit visum constare de metu , eo modo quo constare deberet, audito, & defenso creditore instante executionem. Ad id quo dicebam, & dico. Primum , probationem factam fuisse intimato parti in eodem iudicio , quod ipsa moueret, & in quo obtinuerat sententiam , instabatque executionem, per mulierem,quæ vt tertius se opposuerat ad impediendum executionem pro suis iuribus.

2 Et vt nullus † remaneat scrupulus circa probationem prædictam , est animaduertendum , eam factam , & exceptionem in ea contentam deductam, non ad effectum , vt per eam statim declaretur contractus nullus vti meticulosus , & per metum gestus , sed ad effectum , vt supersederetur in executione,interim dum plenarie cognoscebatur de articulo.

3 Inter istos † duos casus , magnam Doctores constituunt differentiam,vt licet in primo , quandò difficultiùs est contractus declarandus nullus ob metum in eo interuenientem, requiratur metus plena probatio, non tamen in secundo, ad effectum supersedendi interim,prout pluribus exemplis valde appositis melius quàm ego scirem referre,probat Stepha Gratia.*discep. foren. 430. ex n. 35. lib. 3.* vbi inter † alia dignanter dicit, quòd vbi agitur ad probationem tituli, non ad finem decidendi principale dubium, sed ad alium finem: incidenter apertenten viam ad aliud iudicium , sufficit probatio semiplena , producendo probationem prima facie concludentem , quasi tunc simus in probatione alicuius præambuli,Rot. *decis. 7. de restam. in antiq.* cum aliis mille,ac etiam † adducit,quod obseruamus intre- 5 pidè in materia restitutionis in integrum admissus sententiam , quòd licet ad obtinendum in ea ad effectum annullandi sententiam,requiratur plena læsionis probatio,non tamen in limine ipsius restitutionis obtinendæ,& ad effectum supersedendi in executione interea,minor enim, ac leuior ad id sufficit, de qua re est copiosior, ac diligentior locus Rotæ Ludouis. *dec. 459. & ibi docta Beltramini additio.* cum qua ego in diuersis causis hanc praxim introduxi,vt sufficeret ad supersedendum leuior probatio , postea deueniretur ad plenam necessariam pro retractatione sententiæ,vt vidistis in aliis decisionibus ex nostris,de restitutione in integrum supra factis , ac finaliter † Gratia. tradit 6 illud de tertio oppositore , quod propriùs accedit ad nostrum casum , vt ad effectum obtinendi supersedimentum in executione,quæ fit inter alios in vim sententiæ inter eos latæ , sufficiat leuis interesse probatio,licet ad obtinendum plenarie,super re controuersa,necessaria sit plena ex omni sui parte.

Sic in casu nostro , hæc quæ facta fuerat probatio metus ad effectum obtinendi supersedimentum , & parandi viam ad iudicium plenarium,sufficere videbatur,postea actum fuisset ad plenam probationem,licet facta esset iam talis,vt vix plenior fieri valeret.

4 Et tamò † magis videbatur mihi istud in casu oc- 7 currenti sequendum,primo quia ex eodem instrumento apparebat mulierem non pro se , sed pro matito se obligasse,secundò,quia iam venit bat eius obligatio,& firma cum metu reuerentiali, & eo infecta,qui metus reuerentialis semper considerat ur in his , immò sunt plures qui illum sufficere ad rescissionem firmæ , & contractus asserunt,de quibus apud Gabr. Perey. *decis. Portugal. 30. n. 3.* & tertiò denique,quia si repellebatur semel mulieris prætentio prouidendo,quòd procederetur ad vlteriora in venditione, non poterat postea rescissio plenariè contractu,aut saltem sine magna difficultate,quæ æquiparatur impossibilitati, reintegrati ad ius suum , quod consistebat in optione bonorum mulieri permissa ad satisfaciendum sibi in suis creditis , & ideò videbatur bene intrare quod dicebamus de multis fieri prohibitis , quæ facta tenent ; per istam probationem saluaremus ius partis , quod alias periret. Senatus tamen processit, vt dixi. Verum est , hæc non fuisse tam sic extense proposita , volui enim latius ea scribere , vt si iterùm casus successerit (succedit autem quotidie) datur occasio iterùm negotium examinandi.

Quid ad hanc † decisionem dixisset , si eam vidis- 8

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

set, don Antonius Cabreros Auendano multò post hæc scripta à me visus, qui *in suo moderno tractatu de metu lib.2.cap.19.ex n.7 2.cum sequen.* noluit mihi admittere quod *in 2.de pact.nup.claus.7.glos.2.par.5.n.4.* docui, exceptionem metus, quandò est illiquida, & venit externis probationibus iustificanda, non admitti ad impediendum executionem instrumenti guarentigij, vel aliam quamque priuilegiaram, si hic Senatus nec de iam liquida, & probata voluit habere rationem ad effectum prædictum?

9 Veritas † est certa, & indubitata, quòd exceptio metus non admittitur ad impediendum executionem guarentigiam, quandò est per externas probationes (sicut est communiter) probanda, aliàs nullum esset viæ executiuæ priuilegium si eo ipso quòd pars de hac, vel alia exceptione opponit, admitteretur ad probandum eam, & interim supersederetur: sed si pars, quæ exceptionem opposuit, potuit eam probare aliquo modo, & de ea liquet iudici, non est dubium quòd teneatur tunc supersedere, & hæc est concordia, quam docte in hac materia tradit Amato *in supra cita. resol. 36. ex n.9.*

10 cum allegatis per eum, qui non † merebantur allegari simpliciter per Cabreros *vbi suprà, n.70.* ad probandum, exceptione metus, & violentiæ executionem impediri, id enim ita absolutè sumptũ non potest admitti, sed factis demùm probationibus si fieri possunt & hoc est quod dicunt Auctores prædicti, non aliud. Atque ita apud nos, & apud alios quoscumque recte

†† de his materiis sentientes intrepide *obseruatur*, quòd per præuentionem iudicij, prætextu aliquarum exceptionum, non impeditur executio guarentigia, vt in aliis locis abundè docui.

11 Nec mouet † quòd in dicto loco *ex n. 72.* neget idem Cabreros quòd hæc metus exceptio possit dici requitere alterem indaginem, vel quòd dum ea indagatur, debeat haberi contractus pro valido, ex eo quia huiusmodi contractus rescissione non indiget cum sit ipso iure nullus. Respondemus enim ad id esse consulendos Pat. Sanchez *de matrimon. lib. 4. disp.* 8. & Gabr. Percy. *decis. Portugal.* 30. & sit, quantùm velis, inuitis istis, contractus meticulosus nullus, adhuc quatenùs de facto processit eget rescissione, provt optimè tradit Hierony. Gonçal. *ad reg. 8. cancell. glo. 57. n. 16. & 27.* & ego explicui late in particulari decisione facta circa rescissionem contractus emptionis, in qua interuenit plusquàm enormissima læsio.

Et quòd auctor prædictus asserit etiam, quòd nullus esset contractus, procederet, quando iudici constat de metu, quando eius probatio facta est, sed antea, per solam partis oppositionem, nihil præiudicatur instrumento, vel contractui, sed ei standum est, & exe-

†† cutio debita concedenda, atque ita *practicamus* inconcusè.

12 Nisi pars † patereturi, quòd via ordinaria ageretur, de quo debet esse valdè solicita, aliàs sibi præiudica-

†† ret in executiua, provt ego cum *decisionibus Senatus* abundè docui in *2.de pact.nup.claus.7.glo.2.par 5.ex n.* 27. In quo loco, & per totam illam *5.par.glo.2.* habes quorquot fermè possunt occurrere in praxi de metu frequentes enodatas quæstiones.

ARGVMENTVM.

An dominus temporalis possit prohibere, vel in perpetuum, vel ad tempus, ne subditi habeant flecam, & tabernam.

De iure districtus dominorum circa venditionem sui vini intra mensem, priuatiue ad alios.

An istud ius comprehendat etiam personas Ecclesiasticas.

SVMMARIVM.

1 *Barones an expediant, ne vniuersitates sua vtantur priuilegijs tenendi flecam, & tabernam.*
2 *Rex solus potest concedere priuilegia tenendi flecam, & tabernam.*
3 *Inferiori non licet tollere legem superioris.*
4 *Barones, an saltem certo tempore possint prohibere, ne vassalli possint vendere vinum, quo ipsi volunt vendere suum vinum.*
5 *Barones non possunt prohibere vassallis venditionem fructuum quin ipsi vendiderunt prius suos.*
6 *Neque ad tempus possunt Barones eas prohibitiones facere.*
7 *Barones non possunt vassallis impedire executionem Regiorum priuilegiorum, quæ habent.*
8 *Baron permittitur iure castri posse impedire venditionem vini pro vno anni mense, quo ipse vult suum vinum vendere, & ibi decisio.*
9 *Barones in Cathalonia habent in suis Baroniis iure castri, districtum vini de consuetudine generali.*
10 *Et de hoc in Diœcesi Gerundæ est quædam particularis scripta consuetudo.*
11 Thomas Mier. *de dicta consuetudine attestatur.*
12 Guillermus de Vallefficca *refert eandem consuetudinem.*
13 Iacobus Marquiles *adducit eandem consuetudinem.*
14 Ioannes de Soccarrats *eiusdem consuetudinis meminit.*
15 *Consuetudo terræ probatur Doctoribus celebribus eiusdem terræ de ea attestantibus.*
16 *Priuilegia semper intelliguntur concessa sine præiudicio iuris tertij.*
17 *Clerici volentes vendere suum vinum, non comprehenduntur sub dicta consuetudine.*
18 *Edictum domini, quod clerici non possent in certo tempore vendere suum vinum, esset contra libertatem Ecclesiasticam.*
19 *Decisio in fauorem Clericorum.*

DECISIO CXLI.

IMpetrauerat † quædam vniuersitas à sua Maiestate licentiam, & facultatem tenendi flecam, & tabernam in suo districtu, quæ importat potestatem vendendi panem, & vinum, cum prohibitione aliorum in omni tempore, sed dominus Castri illius, & Baro impediebat, & impedire volebat, ne vniuersitas illo priuilegio Regio vteretur, & sic ne flecam, & tabernam haberet, & teneret. Quæsitum fuit an dominus castri, & Baro illius vniuersitatis foueret in ea prætentione iustitiam?

Dictum fuit † breuiter, quòd non, quia fuit ta- 2
tum pro constanti, non ad dominum, & baronem, sed ad Regem spectare, ex sua Regia prærogatiua, facere similes concessiones, & concedere huiusmodi facultates,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

facultates, Guid.Pap. *decis.*197. don Garci.Mestril. *in tract. de magistra. lib.*3. *cap.*10. *ex n.*219. Cali. noller *in extravag.a. cur. cap.*7. *n.*28. don Hieron. Leo *decis. Mediolanen.*82. *lib.*1.& larius in alia *decis.*probant, & *decisolent.*

†† *nes* Senatus ad id factas adduxi complures.

3 Inferiori † autem non licet tollere legem superiorem, *cap. cum inferior, de maiori. & obedien. clement. ne vis, cap. cum inferior, de maiori. & obedien. clement. ne Romani, de elect. l. minori magistratus, ff. de minor. cum simul.* & ex consequenti, nec impedire executionem priuilegij per superiorem in suo casu in terris inferioris concessi.

4 Cùm generalem † prohibitionem Baro non posset facere subditis, ne panem, & vinum venderent contra concessionem Regiam, nec citra eam, casus enim, de quo mox loquuturi sumus, non erat quòd vniuersitas habetet priuilegium, sed erat in possessione vendendi panem, & vinum, & habendi flecam, & tabernam, quas volebat ei Baro prohibere, sed *repulsam passus fuit*. Postquam (inquam) non potuit obtinere in generali prohibitione, tentauit facere aliam prohibitionem particularem circa venditionem vini, ne illud vendetent certo tempore, quo ipse volebat vendere suum, & donec vendidisset illud, quæsitum etiam fuit an istud ei liceret.

5 Contra † Baronem allegabatur regula generalis prohibitiua, ne liceat ei prohibere venditionem fructuum, nisi prius venditi sint fructus ipsius, *l. liberas negotiationis, ff. de iure patro. & ibi na. ff. de oper. liber.* & in specie, nec permittitur Baronibus prohibere vassallis ne vendant vinum, seu frumentum, donec vinum, aut frumentum ipsorum venditum fuerit, prout hæc omnia latè probat don Garci. Mestril. *de magistra. lib* 4. *cap.*18. *num.*37. & 39. & Ioan. Francisc. Capiblanc. *de Baron. & eor. offi. pragma.*1. *num.*163.

6 vbi dicit, † quòd neque ad tempus potest prohiberi venditio, vel bonorum extractio, vt faciunt (inquit) multi Barones, qui pœnalibus edictis prohibent subditis ne vendant frumenta, vel vina, nec macellent sua, vel alia animalia, nisi sint vendita illa Baronis, sicque vno eodémque tempore cogunt ad non vendendum, & emendum, quod dicit magnam sapere tyrannidem, Petra *de potest. Princip. c.*5. *n.*122. *cum seq. & c.*6. *num.*18.

7 Et præterea, † istud videbatur esse contra Regium priuilegium vniuersitatis, si illud habebat, quo concedebatur ipsi posse vendere vinum, ac ipsum quidem solum, in omni tempore, cui Regio priuilegio, Regiæque concessioni non licebat Baroni contrauenire, nec illius executionem impedire, vel si non habebat priuilegium, erat contra possessionem, cui non poterat Baro vt diximus antea, præiudicare.

8 Sed his † non obstantibus, obtinuit Bato *declarari* † in sui fauorem, permissum esse ei pro vno anni mense impedire venditionem vini subditis, quam facultatem dicit Regia declaratio, Baroni competere de districtu, iure castri, hoc modo, postquam enim declaratum fuit, non licere domino prohibere subditis venditionem panis, & vini sicut consueuerant, sine tamen districtu, cùm illum facere non valerent, cum non haberent de hoc priuilegium, dixit Senatus, quòd poterat dominus similiter vendere etiam panem, & vinum, sicut vassalli per totum annum, sine districtu tamen, & cum eo habere ipse solus tabernam pro vno anni mense ad vendendum suum vinum, qui quidem districtus (inquit) competit ei iure castri. Facta fuit declaratio 16. Ianu. 1560. referentibus egregiis Senatoribus Sala, & Sunyer, inter dominum loci de Llers, & vniuersitatem, provt habui ex archiuo Regio.

Et quia verba Regiæ declarationis subsubsecuta sunt, ego requisitus (propter hoc feci hanc decisionem) explicabo quid istud sit, & quo iure apud nos, Baronibus iure castri pertineat hæc facultas impediendi ne per vnum mensem vendant subditi vinum suum, vel alienum in suis Baroniis, contra generales regulas iuris in contrarium adductas suprà.

Dico igitur, † quòd consuetudine generali in Ca- 9
thalonia introductum est vt inter alia iura, quæ Baronibus competunt in termino castri, & iure castri, quæ sunt plura, de quibus dixi alibi, est vnum districtus vini, quod est dicere, quòd possunt inhibere alijs ne per vnum anni mensem vendant vinum, sed ipse solus, nec vllus subditorum ab alio emat, quod fuit in fauorem dominorum introductum, vt possent ipsi per illud tempus suum vinum expendere.

De hoc † in Diœcesi Gerundæ, quæ est vna pars 10
principalis Cathaloniæ, est consuetudo scripta, quæ inibi pro lege seruatur, *in usi. de castr. & iurib suis*, in hunc modum loquens: [Item habet prohibitionem vini vendendi, quando dominus vult vendere vinum suum, & ita seruatur de consuetudine.]

Thomas † Mier. *in cur. Reg. Pet. II. c.*43. *de offi. vica.* 11
*n.*79. *colla.*2. *in* 3. *p. pag.*22. vbi Gerundensis, eadem penitus verbis vtitur, quibus consuetudo scripta, saluo, quòd post verbum *de consuetudine*, addit, *Cathaloniæ*, sicque facit consuetudinem generalem totius Cathaloniæ, quæ videbatur esse specialis Diœcesis Gerundæ.

Guillet. † de Vallesic. *in vsar. hoc quod iuris est san.* 12
*Bernm, col.*3. sic ait, dum commemorat iura castri, quæ competunt dominis: [Item vinum vetus, & ita ieeuatur de consuetudine Cathaloniæ.]

Iacob. † Marquil. *in eo. vsar. vers. is. pag* 303. *col.*3. 13
hæc verba in proposito profert: [Ita quod dominus castri habet mensatam ab eo eligendam, quòd infra illum mensem nullus audeat vendere vinum nisi ipse.]

Et denique † Ioan. de Socear. *in c. si vero aliqui* 14
*allodiarij, in commentor. Pet. Alber. num.*48. ita dicit: [Item habet tempus vendendi suum vinum, & alij habent cessare.]

Isti auctores † omnes sunt practici nostri Catha- 15
lani in iuribus, & consuetudinibus patriæ valde periti, ac insignes viri, quibus propterea, de consuetudine huius terræ in qua morabantur, attestantibus, est sine dubio credendum, Anto. Gab. *in communi. concl. tit de probatio. concl.*4. *num.*3. Nat. *cons.*218. *num.*4. *l. b.*1. Surd *cons.*74. *num.*14. & alij plures, quos refert Camil. Borrel. *in summ. decis to.* 1. *tit.*14. *de consuet num.*134. & 136. Ror Ludouis. *decis* 274. *num.*7. Atque ideò meritò Senatus, iuxta hanc consuetudinem, declarauit in fauorem domini.

Nec † possunt conqueri subditi quòd eis pro illo 16
tempore non obseruetur Regium priuilegium, cùm non comprehendat illud tempus, semper enim intelligitur Rex concedere priuilegium sine præiudicio iuris tertij, *e. super eo, de offi. deleg. cum vulga.* Et sic illud ius domini castri, & per consequens tempus illius mensis, quod habet ad vendendum suum vinum, censetur à concessione Regia exceptuatum, & non cõprehensum.

Dubitandum † etiam vidi in hac eadem materia, 17
an Clericos volentes vendere fructus suos comprehendat hæc consuetudo, vt & ipsi inhibeantur patiter durante mense dictos fructus vendere, possitque dominus castri iubere vt ab ipso solum emant, & pœnas exequi contra subditos intra illud tempus à Clericis ementes.

Responsio est facilis, quòd prædicta domini ordinatio, & iussio, quòd omnes subditi sub certa pœna certo tempore itent ad emendum vinum illius, non comprehenderet euntes ad emendum ab Ecclesia, & Ecclesiasticis personis, nec possent ita facientes pœna edicti plecti, aut puniri, de qua re late apud Carol. de Graf. *de effect. clerica. effect.*2. *n.*310. vbi plures pro more ad istud probandum aduocat. Et si † 18
veller dominus comprehendere Clericos, & personas Ecclesiasticas suo edicto, non valeret, tanquam

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

contra libertatem Ecclesiasticam, vt tradit idem Graſ. vbi ſup. multa poſſem in huius rei comprobationem cumulate, ſed quia ex aliis, quæ adduxi in aliis locis de libertate Eccleſiaſtica, facile colligi illa poſſunt, ideò contentor allegatione text. in hac materia capitalis, & ſemper menti tenendi, in *c.ſp. fin. de immun. Eccleſ.* cum quo concordant conſtrturiones noſtræ Tarraconenſes in *cap.5. & ſeq. tod.tit.de immuni.Eccleſiaſt.* quibus iuribus contra libertatem Eccleſiaſticam eſſe deciditur quòd domini temporales prohibeant quoquo modo Eccleſiaſticis liberam venditionem ſuorum fructuum. Latè Pater Diana in ſuis *reſolu. moral.tom.1. tract.at.2.de immun.Eccleſ.reſolu.5* 3. licèt diminute valdè referat verba text. in *d.cap.fin.* & inter alia, omiſit illa verba, quæ faciunt ad noſtrum propoſitum, *aut emant, &c.*

19 Hunc caſum † in individuo diſputauimus his annis pro Sebaſtiano Cuſtous Rectore Eccleſiæ S. Vincentij dels Horts Diœcel. Barcino. cum domino temporali illius loci, qui volebat pro iure caſtri, prohibere ne ſubditi intra illum menſem ab alio quam ab ipſo vinum emerent, & ſic nec à Rectore, pignoratque † facitebat contrafacientes, & *ſuccubuit* ſemper dominus temporalis, tam coram domino Cancellario in contentione, quàm poſteà in curia Eccleſiaſtica, cui remiſſa fuit cauſa cognoſcenda.

ARGVMENTVM.

An pactum de dandis filiæ centum, vel alia quantitate, ſi eam pater hæredem non inſtitueret, ſit validum.

Multa de Iſtipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig.

Stipulatio pœnalis committenda in perſonam alicuius, qui anteà moritur, an reſoluatur.

SVMMARIVM.

1 *Quæſtio diſputanda.*
2 *Pactum*, ſi me hæredem non feceris, tantum dare ſpondes ? *non ſubſiſtit.*
3 *Inſtitutio hæredis non eſt facienda metu pœnæ.*
4 *Pactum, & ſtipulatio contra bonos mores non valent.*
5 *Teſtandi facultas debet eſſe libera.*
6 *Principale vbi non valet, nec etiam acceſſorium.*
7 *Pactum de habenda hereditate alterius, eſt contra bonos mores, nec valet pœnæ adiectio.*
8 *Pœnæ adiectio non valet vt per indirectum conſequamur id quod non poſſumus directo, nec fauore cauſæ pię, aut alimentorum.*
9 *Donatio facta in pœnam reuocationis teſtamenti non valet, tanquam liberam teſtandi facultatem auferens.*
10 *Pœnæ ad effectum promiſſioni de contrahendo matrimonium, non valet.*
11 *Donatio vniuerſalis ſine reſeruatione quantumuis fauore matrimonij, non valet, nec tenet.*
12 *Pactum de ſoluendo aliquid mulieri ſoluto matrimonio, dum eo dos non reſtituitur, non valet, etiam ſi fiat fauore matrimonij.*
13 *Pactum de non computandis fructibus in ſortem, de iure non valet, nec fauore matrimony.*
14 *Donatio omnium bonorum vniuerſalis, nec intramento ſuſtinetur, ſine reſeruatione.*
15 *Mortuus non inſtituitur hæres.*
16 *Pœna non committitur, quandò non ſtat per eum, &c.*
17 *Pœna etiam conuentionalis non committitur ſtante impoſſibilitate, aut difficultate ſuperueniente, & num. ſequen.*
18 *Promittens factum alterius, liberatur per illius mortem.*
19 *Factum inhærens perſonæ defuncti, non tranſit in hæredem.*
20 *Obligatio perſonæ ad carceres, non tranſit ad hæredes.*
21 *Pactum de inſtituendo aliquem hæredem, non obligat vt eo mortuo inſtituatur illius hæres.*
22 *Deciſio in hac cauſa facta in fauorem pacti.*
23 *Motiua deciſionis.*
24 *Auctoris cenſura circa hanc deciſionem.*

DECISIO CXLII.

QVandò † quis non haber niſi filias, & natu maiorem matrimonio collocat, nolens ei donationem, & hæreditamentum facere, ſicut plures contingit, ſolet inter ſocerum, & generum fieri pactum, quòd caſu quo filium aliquem maſculum non haberet ſocer, & inſtitueret alium hædem vn ucſalem, non filiam, tali caſu, nuſue pro tunc, donat huiuſmodi filiæ, vltra dotem, mille ponamus libras, aut alam quantitatem. 1

Succeſſit in vno caſu, quòd iſte pater poſteà matrimonio tradidit aliam, & ſecundam filiam, & cum deinde deceſſit, vita iam tunc non exiſtente prima, inſtituit hæredem ſecundam: à qua hæredes primæ in vim pacti petierunt illam quantitatem, de qua donatio ei in ſuis capitulis matrimonialibus in illo caſu, qui ſucceſſerat, quòd pater non haberet filios maſculos, non inſtituerat illam hæredem, facta fuerat.

Contradicebat † rea, opponens primò de nullitate pacti tanquàm auferentis liberam teſtandi facultatem, iuxta diſpoſitionem tex. in *l.ſtipulatio hoc modo concepta ff. de verb. oblig.* vbi expreſſiſſime reprobatur hæc ſtipulatio, *ſi hæredem me non feceris, tantum dare ſpondes?* cuius † diſpoſitionis rationem tradens Couar. in *2.p.ſubr. de teſtam.n.16.* eam aſſerit eſſe, quia illicitum, & inhoneſtum eſt pœnæ adiectione quem quam velle alterum adſtringere ad certam hæredis inſtitutionem. 2 3

Petr. de Bellaper. † declarando eam *l. ſtipulatio hoc modo concepta*, ſic *num.2.* ait. [Nota, ſtipulatio contra bonos mores interpoſita non valet, idem eſt de facto, vt ſuprà de pactis in Iuris gentium, §. Marcellus, & ſuprà eodem l. generaliter.] 4

Quærit † deinde *num.3.* vtrùm hoc, quòd ſtipulatio iſta dicatur contra bonos mores interpoſita? [Quia iura volunt, vt ſit facultas libera teſtandi, adeò quòd ſi pactum apponatur in contrarium non valet, vt ſuprà ad l. falcid. quod debitor, & C. de pact. l. vlt. & C. de inutil. ſtipul. l. dolo. 5

Quærit etiam † finaliter, cur nec etiam valet promiſſio quoad pœnam? Reſpondet, [Quia vbi non valet principale, non valet acceſſorium, ſic argum. iuxta allega. vt ſuprà de cond. inſtit. l. acceſſorium, ſic argum. iuxta allega. & ſuprà de lega. 1. quæ ſub conditione, §. ſed & ſi. 6

Æmil. Ferret. † in interpretatione *d l ſtipulatio hoc modo concepta*, ſic *num.3.* declarando rem hanc loquitur, [Quandò paciſcimur cum eo, de cuius hæreditate agitur, aut id fit, vt ille, aut nos inſtituat, vel non inſtituat: aut ne quidquam nos ex eius bonis petamus poſt mortem. Quandò paciſcimur, vt habeamus hæreditatem, vel partem à teſtaturo, inanis eſt huiuſmodi conuentio, quia eſt contra bonos mores, vt dictum eſt, & propterea, ſtipulatio adiecta in pœnam non ſeruantis promiſſa, ipſa quoque contra bonos mores erit, non quidem per ſe, ſed propter conuentionem, ad quam refertur.] Hactenus Ferret. 7

Ioan

8 Io.Petr. † Surd.in *tract.de alimen. tit.1 q.45 n.15.* quem noster Moli. de *rit. mup. & pact. in emerim. examen. lib.3. q.39.n.34.* adducit ad aliud simile propositum, paucis verbis dicit quod opus est ad instituendum nostrum, videlicet non licere loco pœnæ adjicere quidquam,vt per indirectum consequatur id quod directo consequi non posset fraudando legem, atque ideò nomine pœnæ,vel aliter centorum promissio facta iudicatur vsuraria,vt nec pro pia causa,vel pro alicuius paupertibus, id possit tolerari.

9 Bar. denique † & omnis Iurisconsultorum schola in *l.si quis,in prin.col.penal. de leg.3.& in ista l. stipulatio hoc modo concepta, de verb.oblig.* & post eos Rimin. in §.1.*inst.de donat.n.9-9.* ait non valere donationem factam in pœnam reuocationis testamenti, tanquam contra bonos mores,quia aufert liberam testandi facultatem.

10 Simile est, † quod dicimus de pœna, quæ apponitur promissioni de contrahendo matrimonio, non enim valet, quia libertatem matrimonij minuit, & seu impedit, *l. Titia, de verb. obligat.* de qua re ego multis egi in *t. de pact. nup. clau.12.glo.vnic.ex numero 11.*

11 Nec dicas, † quòd hæc promissio fuit facta pro matrimonio,& illius fauore, quia color illius non facit licitum, quod ex se licitum non est, sed reprobatum, prout in terminis videmus, quòd apud nos non sint receptæ hæreditarientes,& donationes,quæ fiunt de omnibus omninò bonis præsentibus, & futuris, iuribus,& actionibus,quantumuis fauore matrimonij, & in capitulis matrimonialibus, prout docet nob. Ludou. à Pegue *decis.170.in 1.vol.* & ego etiam
†† millies dixi, & multis *decisionibus* Senatus ornaui, in *1. de pact. nup.* & signanter *clau. 4. glo. 9. par. 4. num.18.*

12 Videmus † etiam, quòd pactum de soluendo aliquid annuatim muliери, dum soluto matrimonio differt hæres restituere ei dotem, non valet ex iure communi, quia sapit vsurariam prauitatem, quæro valebit,si fit fauore matrimonij? Minimè,videatur Molin. noster de *rit.nup.& pac. in matr.conuer. lib.3.q.39. ex n.25.* & ego etiam tradidi in *2. de pac. nup.clau.7. glos.3.p.1.n.8.*

13 Denique † quandò vir ingreditur domum vxoris, & adfert ei aliquam quantitatem, quam nos axouarium dicimus, si apponitur pactum vt dissoluto matrimonio per mortem vxoris, remaneat in tenuta, & possessione bonorum, & faciat illorum fructus suos donec axouarium illi restituatur, quæro valebit istud pactum,quamuis fauore matrimonij factum? Certum est quòd non, cum enim sit ex se reprobatum pactum de fructibus pignoris non imputandis in sortem reprobatum similiter manet quantumuis fauore matrimonij apponatur, prout ego multis probaui in *1. de pac. clau.4 glo 13,par.3. numero 107.* vbi perpul-
† chra *decisio* Senatus.

Ex quibus videtur concludendum, nihil interesse quòd istud pactum, de quo agitur, sit factum, & appositum in capitulis matrimonialibus fauore matrimonij, adhuc enim debet remanere inualidum, sicut reliqua.

14 Nec quòd † capitula Matrimonialia, in quibus fuit factum pactum, sint iureiurando vallata quidquam interest, quia nec illud donationem vniuersalem validam facit,vt docet Couar.in *rubr. de testamen. 2.par. n.5.* post Bar. & Doctores in *d. l.stipulatio hoc modo concepta.* & nos in aliis locis docuimus abundè, & signanter in *1.de pac.nup.clau.4.glo.21.part.1.n.50.*
†† vbi Senatus *decisiones.*

15 Secunda ratio, † in qua fundabatur prætentio huius mulieris rea: ad se defendendum à solutione quantitatis petitæ, erat quia cum decessit pater, qui promissionem fecerat, iam non erat in rerum natura illa prior filia,in cuius fauorem facta fuerat,obierat enim antea,quò fiebat, vt non potuisset postea a parte hæres mitti,quia mortuus non instituitur hæres, *l. sed si plures,in prin.ff.de vulg.ad tutores in fin. de acquirend. hared. l. si ex pluribus, in fin.ff.de fund & legit. hared.* Surd *decis.152.n.10.* & cum † non fuerit per ipsum quominùs pactum adimpleretur, sed propter impossibilitatem resultantem ex casu mortis postea succedentis, sequi videbatur non debere condemnari ad pœnam illius quantitatis promissæ,si filiam hæredem non institueret, quamuis pactum valuisset, text. videtur esse formalis in *l.mulier,6.ff.de cond.& demonst.* vbi dicitur mulctam non committi contra eum,qui alicuius arbitratu monumentum sub certa pœna facere tenebatur, si non fecit ex eo quòd ille qui debebat arbitrari, mortuus erat antequam posset, quia per illum non stetit. 16

Et est ratio, † quia propter impossibilitatem, aut 17 difficultatem superuenientem quis excusatur à pœna, etiam conuentionali,Nat.*cons.451.n.41. lib.2.* Hieron. Gab.*cons.18 1.n.13.* & *seq.lib.3.* Honded.*consil.29. n. 33. vol.2.* infignis locus apud Mafil.in *rubr. de fideiuss. quæst.20.n.55.* vbi quòd † promittens se factu- 18 rum,& cautaturum, quòd talis faciet talem contractum, liberatur ab obligatione per mortem illius.nec obligatio transit ad hæredes,ad quod duplicem rationem adducit,primò,quia difficultas, seu impossibilitas superueniens, impedit pœnæ commissionem, *l.si vehemda, ff.ad l.rod.de iac.* & ibi Bart.& in *l.continuas, de verb. oblig.* Secundò, quia † factum inhærens personæ de- 19 functi, non transit ad hæredem, *l.si decesserit qui satis. cog.* & ibi per Bar. vbi dicit, † quòd si quis pro- 20 misit, & conuenit cum creditore posse capi personaliter pro debito, talis conuentio, & obligatio non transit in hæredem.

Ex qua † vltima ratione tollitur obiectio, quæ fie- 21 bat in isto casu,quòd prior filia,in cuius fauorem fuerat factum pactum, reliquerat filios, in quibus tenebatur promittens adimplere promissionem,instituendo eos hæredes, ad id enim, secundum prædicta, non se extendebat promissio.

In hac causa † primò iudicauit egregius olim Se- 22 nator Iosephus Ferrer solus,quia erat illa quadringentarum librarum minor,idque in fauorem reæ conuentæ, absoluendo illam à petitis, rationibus suprà pro ea relatis. Sed supplicatione postea interposita ad aliam aulam,referente egregio itidem Senatore Ioanne Gallego sententia lata 13. Maij 1624.tota aula *fuit* 23 *vori,* quod sententia cómutaretur,secundaque filia, & seu eius hæredes,quia illa iam obierat,condemnarentur ad soluendum quantitatem promissam vna cum interesse. Mortua, † ex quibus hauries rationem, sunt hæc : [Quia, inquit,in donatione nihil aliud attendit donator,quàm vt filium suum meliùs in matrimonium collocaret, cùm ipse filios masculos non haberet, & eam hæredem non institueret, quæ promissio,inquit, licita,& honesta est,vt commodius,& decentius dicta Raphaela (sic nominabatur) cum dicto Pallares matrimonium contraheret, disponendo tali casu, quòd si dicta Raphaela sine filiis moreretur, dictæ ducentum libræ reuerterentur ad dictum donatorem, vel illius hæredem, quod penitùs excludit votum captandæ mortis.] Hæctenus motiua. Partes, Franciscus Pallares, contra Gaspatem Pallares, omnes villæ Bisulduni.

Casus fuit † multùm disputatus . Iudica tu si suf- 24 ficiens ratio fuit data ad *l. stipulatio hoc modo concepta.ff. de verb. oblig.* & ad rationem de morte prioris filiæ, in qua erat adimplenda conditio. Mihi aliquis scrupulus adhuc remanet, sed cedo libenter Senatui, cui visum, intentionem partium non fuisse principaliter

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

principaliter facere stipulationem pœnalem, si illam hæredem non instituerit, quod est per *d. l. stipulatio hoc modo concepta*, prohibitum, sed intentio principalis fuit prouidere filiæ maiori, & primogenitæ de aliquo augmento dotis, casu quo patris hæres non esset, quam conuentionem licitam, & honestam iudicauit Senatus, vt vidisti : vix reperi quidquam, quod mihi satisfaceret pro tuenda Senatus sententia præter elegantem *decisionem Senatus Portugal.* 67. apud Gabr. Pereyr. quam tamen non vidimus cum causam disputauimus, ibi habes qualiter hæc promissio, quæ principaliter non rendit ad priuandum meru pœnæ aliquem facultate testandi, non dicatur, nec dici possit subiecta dispositioni sæpè citatæ *l. stipulatio hoc modo concepta*, nec in ea comprehensa. Sed istud non omninò tollit difficultatem, remanet enim illud de morte illius, filiæ, quæ erat instituenda heres. Cogita igitur.

ARGVMENTVM.

An tertius possit prosequi pro suo interesse causam appellationis ab alio interpositam, maximè in causa status.

Multa de tertio appellante, de se appellationis causæ opponente, & de citatione tertij.

SVMMARIVM.

1 *Iudex causæ appellationis habet iurisdictionem limitatam ad ea tantum, de quibus cognouit Iudex primitiuus.*

2 *Tertius veniens ad causam appellationis pro re diuersa, non est audiendus.*

3 *Persona noua non admittitur in causa appellationis, vbi decisa, & in decis. sequen.*

4 *Causa non finitur morte vnius litigatorum, sed transit instantia in hæredes.*

5 *Causæ quædam finiuntur morte litigatorum.*

6 *Instantia non transit ad hæredes, cum causa non est ad eos transmissibilis.*

7 *Tertius fuit in causa supplicationis admissus in Senatu in pulchro casu huius decisionis.*

8 *Tertius admittitur in secunda instantia in causa nobilitatis, ratione hic expressa.*

9 *Nobilitatis ex sanguine fallum est individuum, nec potest separari.*

10 *Nobilitas causa dicitur causa status.*

11 *Sententia in causa status prodest omnibus.*

12 *Nobilitatis ius est individuum.*

13 *Appellatio vnius prodest aliis in individuis.*

14 *Appellatio vnius in causa nobilitatis prodest alteri.*

15 *Instantia transit in hæredes in causa status, & quomodo.*

16 *Instantia regulariter transit in hæredes.*

Decisio CXLIII.

1 INdubitatum † est in iure, iudicem causæ appellationis habere iurisdictionem limitatam, & restrictam ad ea duntaxat, de quibus cognitum fuit per iudicem primitiuum, & in prima instantia, & non potest de aliis diuersis prætentionibus cognoscere, quia id censetur tantùm deuolutum, quod tractabatur in prima instantia, Bald. in *l. per hanc*, *num.* 30. *C. de temp. appell.* vbi dicunt Doctores, esse text. expressum iuncta ibi glos. verb. *nouum capitulum*, Affl. *dec. dec.* 155. *num.* 3. Muscatel. in *prax. appella. part.* 3. *gl. partis, n.* 35. & 36. *fol.* 162. Aym. Crauet. in *cons.* 315. *num.* 9. & *cons.* 422. *num.* 22. Menoc. de *retinen. possess. remed.* 5. *num.* 94. Anton. Mona. *decis. Bonon.* 40. *par. ll.* 9. *num.* 6. optime Resental. de *feud. cap* 9. *mem.* 8. *concl.* 25. *num.* 11. Lancell. de *attenta* 2. *part. cap.* 12. *de attent. 1st. penden. limit.* 27. *num.* 9. *in codicib. additio.* Maxinè, † si est tertia persona, quæ se offert liti voluntarie, 2 vel venit ad eam citatus pro re diuersa à meritis causæ primitiuæ, tunc minùs procul dubio permittitur hæc rei diuersæ in iudicio appellationis tractatio, quia adsunt duo impedimenta, vnum nouæ rei, aliud nouæ personæ, prout pulchre ex pluribus approbatis scriptoribus, probat Resental. de *feud. dict. cap.* 9. *num.* 1. *concl.* 25. *num.* 7. Atque † ita intrepide noster 3 Senatus citationes nouarum personarum, in his casibus, in quibus non debent admitti, *repellit*, cum ad †† instantiam reorum (quod sæpiùs fit) petuntur, prout signanter vidi prouisum facto verbo in Regia Audientia 18. Ianuarij 1602. per egregium Senatorem Franciscum Boner, in causa vniuersitatis de Torello, contra Gabrielem Xarques. Scriba Iacobo Bas. Et rursus per egregium itidem Senatorem Iacobum Pineda 13. Nouembr. 1604. in causa Ioannis Capellades, contra Philippum Closells. Scriba Paulo Daroca, nunc Hieronymo Bosch, in casu quo actor, qui obtinuerat sententiam contra reum in actione personali, fecerat in causa appellationis citari quendam, qui post sententiam emerat quasdam domos à reo, fecerat (inquam) emptorem citari cum clausula, *si sua putauerit interesse*, quia intendebat postea sententiam contra eum exequi facere, cum alia bona reus non haberet, & fuit repulsa dicta citatio, & ei locum esse non posse declaratum.

Certum † est etiam in iure, quòd licèt regulariter 4 causæ non moriantur, nec finiantur per mortem vnius ex litigantibus, quia instantia transit in successores actiuè, & passiuè, qua de re amplissimè apud Robert. Maran. de *ordi. iudi. part.* 5. & signanter ex *n.* 11. Azinii in *prax. iudic. tot.* 6. 2. & don Ioan. del Castill. Sotoma. *controu. iur. tom.* 2. *tot. cap.* 9. qui reliquos allegant, verùm non † potest negari quin sint causæ, quæ si- 5 mul cum morte actoris, vel rei & ipsæ moriuntur, & finiuntur, nec instantia transit ad successores, exemplum habemus inter alia, in *l. fin. C de asser. tollen.* vbi si lite pendente super hereditate persona moriatur, extinguitur omninò iudicium, Otalor. de *nobilit. cap.* 6. *num.* 2. *in* 2. *par. tertiæ principal.*

Qui vlteriùs † anteà fecerat regulam, quòd non 6 transeat instantia, cum causa, de qua agitur, non est transmissibilis ad quemlibet hæredem vniuersalem, ex *l. si operarum iudicio. ff. de oper. liber.*

Hæc difficilem † faciebant oppositionem, quam 7 Augustinus de Lana Rationalis in domo Deputationis Generalis Cathalonæ, fecerat cuidam causæ supplicationis olim interpositæ per Hieronymum de Lana eius patruum, à quadam sententia contra ipsum, & contra Stephanum de Lana Augustini Patrem, super nobilitate per eos prætensa lata, quam pro suo interesse volebat prosequi dictus Augustinus de Lana post mortem patris, qui supplicauerat, quia mortuus erat tempore latæ sententiæ, & etiam post mortem dicti Hieronymi illius patrui, qui supplicauerat, 8 sed *admissa* † his non obstantibus fuit oppositio, & † reuocata, seu commutata sententia in prima instantia † contra supradictos Hieronymum, & Stephanum de Lana lata, referente egregio Senatore Hieronymo Senjust in secunda instantia sub die 4 Nouembr. 1617. ex probationibus per supradictos partem, & partium factis, fuitque declaratus dictus Augustinus nobilis, & seu de genere militari. Motiuù expressù in sententia respectu prædictæ oppositionis, & adn. illionis tertij. fuit, *quia* (inquit) *dictus Augustinus de Lana habet* [illegible]

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

diuiduum, & inseparabile cum Hieronymo de Lana, qui à principio sententiæ supplicauit. Actuarius erat Hieronymus Bolchi.

9 Ista indiuiditas, † & inseparabilitas iuris, in qua fundabatur Regia declaratio, probatur late per Otalor. de *nobilit.* 2 *par.* 3 *partis principalis, tot. cap.* 8. *vbi* ex adductis per eum apparet, quòd cum agitur de nobilitate ex sanguine, factum non potest accipere separationem, & ius omnium interesse habentium indiuiduum est, quia fieri non potest, quòd pater sit nobilis nobilitate sanguinis, & non sit filius, nec etiam fieri potest, quòd vnus ex fratribus sit nobilis nobilitate ex parte descendente, & non sit talis alter frater, qui sit ex eodem patre, vt dicemus in aliis decisionibus.

10 Accedit his, † quòd huiusmodi causæ, in quibus de nobilitate patris tractatur, sunt, & dicuntur causæ status, vt docet Garcia de *nobilit. glo.* 46. *num.* 3. *in fin.* &

11 Otalor. *vbi sup. n.* 7. *in fin.* in quibus † sententia prodest omnibus, vt in *Lingenium, de stat. homi.* cum similibus allegatis per Otalor. *vbi proxime*, quod fieri non posset si separationem negotium reciperet, quia tunc nec nocuisset, nec prodesset sententia vnius alteri, &

12 quòd † istud ius nobilitatis sit indiuiduum, licet ad aliud propositum, adducit clare Otalor. *vbi sup. cap.* 9. *n.* 13.

13 Quia igitur † agitur de facto, quod separationem nullatenus accipit, seu admittit, ideò appellatio vnius alteri litis consorti non appellanti prodest, & illius ius conseruauit, ac si ille appellasset, iuxta text. in *l.* 1. *C. si vnus ex plurib. ubi, nec diuersitate factarum separationem accipere, &c.* & pulchrè etiam Anton. Fab. in suo *Cod. lib.* 7. *tit.* 30. *si vnus ex plurib. appel. defin. vnic.*

14 Sequitur ergo, † quod supplicatio interposita per Hieronymum de Lana in huc facto indiuiduo, & separationem non admittente, profuisset sine dubio Stephano eius fratri, & litis consorti, & profuit etiam Augustino eius filio, & aliis quibuscunque interesse, & ius inseparabile cum eo habentibus, & ex consequenti potuit dictus Augustinus causæ prædictæ se opponere, & illam pro suo interesse prosequi. Et in terminis terminantibus, quòd ex his hæc instantia transierit in dictum Augustinum, vt posset pro suo interesse litem prosequi, tenet, & clarè probat Otalor. in *dict. tract. de nobilit. 2. p. 3 par. principalis, cap.* 6. *per tot.* & Ioan. Garci. in *simili tract. gl.* 40. *n.* 10.

15 Additur † finaliter ex abundanti, quòd dictus Augustinus erat hæres Hieronymi patrui, quo supposito negari non poterat quin eo nomine ad eum instantia causæ patrui transisset, vt posset litem illius prosequi pro suo interesse, etiam si causa status esset, provt erat, ex pulchra doctrina Bald. in *l. principaliter la 1. C. de lib. anst.* vbi dicit, quod de statu defuncti agi potest, non propter defunctum, sed propter viuentes. Ex quo infert Otalor. *vbi infra*, quòd quando interest alicui tertio, etiam post mortem illius, qui litigabat super statu, potest tractari de iure ipsius, & transit instantia, & iudicatum ad hæredem. Otalo. *d. cap.* 6. *num.* 8.

16 Ex quibus † apparet, in isto casu nihil fuisse immutatum, vel diminutum de regula generali, quæ habet, regulariter in omnibus causis, siue principalibus siue appellatoriis, instantiam transire actiue, & passiue in hæredes, de qua suprà, & indiuiduo apud Azin. in *prax. 5. 2. ca. 14. n. 1. cum seq.* Peregr. de *fideicom. art.* 53. *à num.* 18. *cum seq. & conf.* 8. *n* 38. *vol.* 1. Mandel. de Alba in *conf.* 2. 6. *n.* 13. & omnium latissime Cæs. Barz. *dec. Bon.* 26. *ex n.* 7. Reliqua in sequenti.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decis præceden. prosequendo illius argumentum.

SVMMARIVM.

1 *Titius in quibus casibus, & quomodò debeat admitti in causa appellationis, aut supplicationis.*
2 *Tertius regulariter non admittitur ad appellandum in sententia inter alios dicta.*
3 *Etiam si iste tertius esset iam alias in causa, alio tamen nomine.*
4 *Iura duorum quando deueniunt ad vnum, vti distincta considerantur.*
5 *Supplicari nomine proprio non fuit in Senatu permissum patri, qui litigabat in iudicio pro filio.*
6 *Tertius semper appellat, & supplicat, quod eius interest.*
7 *Tertius volens appellare, tenetur suæ appellationis, & interesse causam exprimere.*
8 *Tertius volens appellare debet de suo interesse, saltem semiplene docere.*
9 *Et iste articulus vti præiudicialis est prius cognoscendus.*
10 *Tertius volens appellare, vadit contra regulas iuris, & ideo eius interesse est examinandum prius.*
11 *Supplicandi praxis contrario imperio ad impediendum executionem.*
12 *Supplicatio in forma trahit ad se supplicationem contrarij imperij.*
13 *Supplicatio vxoris, qua non est in causa, admittitur in causa viri, si docet de suo interesse.*
14 *Quod fere semper adest, cum eius interest bona viri non diminui, pro conseruatione sua dotis.*
15 *Tertij appellantis interesse non est necessarium quòd sit de præsenti, sed sufficit posse esse in futurum, vt hic explicatur.*
16 *Vxor admittitur pro suo interesse ad supplicandum in causa viri, vbi decisiones.*
17 *Non tamen sta facile huiusmodi suplicationes deberent admitti.*
18 *Adnocatus viri antiquitus non firmabat supplicationem vxoris in causa viri.*
19 *Executio sententiæ contra debitorem latæ regulariter non impeditur per creditores se opponentes.*

DECISIO CXLIV.

PRæsuppositis supra dictis in *decis. anteceden.* non 1
arbitror † oportere, quòd particulariter respondeamus adductis in contrarium, sed quòd breuiter materiam hanc, tam tertij oppositoris in causis appellationis, quàm tertij citati in eis, an possit admitti, & de aliis similibus, quæ quotidie incidunt in praxim, teassumamus, & latius explicemus, ex quibus fiet nedum quòd dicta contraria remanebunt dissoluta, sed etiam materia hæc manebit clara, & expedita, & minores difficultates proculdubio illa in posterum causabit, quam causauit hucusque apud nostros varie, & satis confuse in materia loquentes.

Circa primum † articulum, qui est de personis, de 2
quibus potest cognoscere Iudex causæ appellationis, sit prima conclusio secura, & firma. Tertium qui non fuit in causa regulariter appellare non posse à sententia inter alios dicta, vt probat tex. expressus *in l. à sententia. ff. de appellat. & relat.* Gail. *observa.* 122. *n.* 5. *circa finem, lib.* 1. vbi dicit, appellationem tertij fieri contra iuris regulas. Quod procedit † etiamsi in 3
causa fuerit, alio tamen nomine veluti quando patet

est

est in causa,vti pater,& legitimus administrator filij, & illius bonorũ,tunc quoad propria personam debet haberi,& reputari,vti tertius, & ideò non permittentur ei proprio nomine appellare,idẽ in tutore,& curatore, idem etiam in procuratore,ad tradita per Mich.Ferret *in 3.par.observuan.cap.*134.&135.in quibus locis considerãtur prædicti ac si non essent in causa,quoad proprias personas, quandò in ea sunt dictis nominibus :

4 faciunt † quæ dicuntur,quando iura duorum deuenunt ad vnum,quòd distincta considerantur,& nulla fit confusio,Surd.*decis.*110.*n.*8.& 155.*n.*3.Atque ideò

5 † cum de anno 1603. pater quidam ageret in iudicio contra alium nomine administratorio filij sui, voluitque supplicare nomine proprio à quadam prouisione contra eum nomine administratorio facta, eo modo quo in Senatu ad impediendam executionem sieri solent supplicationes contrario impetio,& in for-

† ma,fuit *declaratum* non licere,sed nomine administratorio duntaxat , partes erant Raphaël de Millas , & Galeeandus de Cattellà , Relator Iosephus Dalmau, dies prouisionis 17. Decembris anni prædicti 1610. vt in Archiuo regio vidi nuper.

6 Sed fallit † cum intercedit iusta causa appellandi, vt probat eadem *l.a sententia*,quæ dicitur iusta , cum interest tertij, vt probat expressis verbis Iuricon.*in l. ab executore,in §.alio condemnato. ff.eo. tit. de appellat. cum aliis iuribus adductis* per Dida.*in pract.quæst.cap.* 15.*in prin.*Gail.*obseruat.*70.& 122.*in.*

7 Quam appellandi † causam,etiam cum appellatur à diffinitiua, licet in aliis non requiratur, tenetur iste tertius sine dubio allegare in ipsa appellatione , aliàs non est admittenda , vt late plutibus relatis probat Couar.*in cita.cap.*15.*pract.qq.n.*1.

8 Sed non † sufficit sola causæ , & interesse allegatio,vt tertij appellatio admittatur,sed necesse est,quòd saltem semiplenè probetur , Felin.*in cap.cum super* 17. *in prin.de senten. & re iudi.* Stephan.Gratia.*discep.forens.*221.*ex n.*37. [Quoties enim † (inquit) quis pro suo interesse vult admitti in iudicio, debet saltem docere de eo semiplenè,ita vt iste articulus præiudicialis sit priùs examinandus.] qui allegat Aretin. *in l. a sententia, de appella* post Bart. *in l.si quæramus,de testam.* Innoc.*in cap.veniens,2.de testibus*,Couar.*in cita.*

10 *cap.*15.*pract. quæst.n.*5.vbi rationem † dicit esse, quia hæc tertij appellatio interponitur contra regulas iuris propter præsumptionem doli , & ideò non aliter admittenda , quàm si expressa causa iustificetur, allegat glosscelebrem *in cap.Romana,§.si autem, de appella. in* 6.& plures Doctores , Rota Romana.*decis.*193. *n.*14.*tom.*1.*in recentior. recollect. per Farin.* Scaccia *de appella.q.*17.*limit.*6.*memb.*4.*n.*106.vbi late.

11 Vnde habebis,† quod respondeas ad ea, quæ quotidie apud nos contingunt, de supplicationibus contrarij imperij,& in forma,quæ à diuersis, etiamsi non fuerint omnes in causa , interponuntur à prouisionibus,quæ possunt habere executionem:ij enim, contra quos factæ fuere , habent necesse supplicare contrario imperio coram eodem Iudice , vt per eum supplicandi modum impediant executionem , sed quia non placet eis Iudex , vel vtilius existimant causam ducere ad aliam aulam,cum prouisio est facta facto verbo , quo casu difficilis est in eadem aula illius commutatio eius, quod semel resolutum est ; faciunt supplicare etiam vxorem,vel alium in forma ad alium Relatorem , & sæpè ad aliam aulam , si vt dictum est , facta fuit prouisio facto verbo , quæ supplicatio

12 † in forma ad se trahit causam contrarij imperij, remanentibus tamen effectibus illius illæsis ac si contrario impetio duntaxat , foret supplicatum, prout est notum, & disponitur exp esse *consti.*16. *sub*

13 *tit.de supplic.de senten.*dubitatur † tunc an huiusmodi supplicatio in forma facta ab vxore , quæ non erat in causa , debeat admitti : censui semper quòd sic, quandò ipsa potest (provt contingit vt plurimùm, quia cõmuniter mulieres adferunt viris dotem) de suo interesse docere , quod † interesse versatur in hoc, vt 14 bona viri conseruentur, nec exigatur ab eo id , quod continetur in condemnatione , quia hæc via posset ei inanis reddi suæ dotis exactio , quæ est suo tempore facienda , ad quod est optima *definitio.*21. Anto. Fabr. *in suo Cod.tit.*14.*res inter alios alia,vel iuds. non nocc. lib.*7.

Et facit † etiam,quia vt tertio admittatur appella- 15 tio,aut supplicatio, non est necessarium concurrat, & videatur patens , & certum interesse de præsenti , sed sufficit posse dicto tertio interesse in futurum,& quòd licet ex sententia non sentiat damnum, suspicetur tamen ne sibi in futurum inferatur,vt pulchrè,prosequitur Surd.*cons.*271.*n.*19.

Propter id † apud nos *practicatur* quotidie , vt 16 supplicent mulieres simul cum viris , & licet infinitis vicibus id practicati videtim,raro tamen contradictũ, †† solùm habui aliquando quòd don Franciscus Taqui oppidi Perpiniani nolebat id admittere dominæ Hieronymæ de Oms consorti don Bernadi de Oms & de Cabrera de an.1617 coram egregio Senat.Balthazare Morell. Scriba Sacates:Fortiter insistẽdo,vt repelleretur eius supplicatio,sed cum ego inciperẽ deducere de interesse modo quo supra , desistit à prætentione, renunciando exceptioni , quam de hoc formiter opposuerat : verùm † (ne cum onere conscientiæ id subti- 17 cerẽ)cum vt plurimùm calumniosè istæ appellationes, seu supplicationes, interponatur ab huius speciei tertiis personis,ad impediendũ ne actor suũ consequatur, & sic ad impediendum executionem iustè contra eos declaratam,& solet esse negotiũ procuratum per eos, vix est quòd deberent admitti , vt docet in terminis Couar.in *pract.quæst.cap.*6.*n.*2. *incip.verum quoties, & cap.*14.*in fin.*Scacci.*de appell.q.*17.*limit.*6.*memb.*4. *n.*87. vbi late probat;vis videre, † & comprobare ca- 18 lumniam in isto appellandi , & supplicandi modo, quòd antiquitùs , & in principio meæ aduocationis, non erat aduocatus, qui supplicationem partis principalis, & huius tertij (qui solet communiter esse vxor) subscriberet,ne inde iudices calumniam animadurterent:verũ est quòd nunc iam nullus fere est,qui in hoc erubescat;aduocati principalium litigantium, qui has procurant cautelas, fiunt publicè,& palàm vnum,& aliud, mutant sunt mores, vtinàm sit vtinàm sit in melius. Præterea, † vix est, quòd creditores possint im- 19 pedire executionem sententiæ contra debitorem seruatis seruandis latè , quia principaliter tangit debitorẽ,licèt in consequẽtiam alios suos creditores *glos.in l.de vnoquoque ff.de re ind.*Andr.Geor.qui multos adducit,*allega.*36.*n.*1.quod si ita est, ad quid supplicabit, aut appellabit vxor in isto casu , in quo solùm agitur de executione decernenda contra virum? Maxime cùm habeat remedium ordinarium opponendi se postea executioni, per quam oppositionem recuperabit sine dubio suum creditum , secundùm suam prioritatem temporis,& iuris potioritatem.

ARGVMENTVM.

Tertius pro suo interesse nedùm appellat à sententia inter alios dicta,sed opponit se etiam appellationi alterius,& illius causę.

SVMMARIVM.

1 *Tertius pro suo interesse admittitur in causa appellationis in statu in quo est.*

2 *Executio*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

2 *Exceptio contra principalem, an impediatur ex appellatione tertij.*

3 *Appellatio vnius ex pluribus condemnatis, an impediat executionem contra alios.*

4 *Tertius quando admittitur ad appellandum, an censeatur admissus tanquàm in prima instantia, vel tanquàm in secunda instantia.*

5 *Sententia, quæ præsseruntur, non faciunt numerum contra tertium, nec ista de appellationibus loquentia comprehendunt tertium, & ideo potest post tres conformes appellare.*

6 *Instantiæ quæcunque præsseruntur, semper illa in qua se tertius opponit, est prima pro eo.*

7 *Decisio Senatus in fauorem proditorum.*

8 Authen. quæ suppliccatio, C. de precib. Imperat. offeren. *procedit solum in eo qui fuit bis condemnatus, non in tertio, qui semel tantum.*

9 *Decisio alia Senatus præcedenti similis.*

10 *Tertius, qui appellat, dicitur prosequi causam vti in secunda, non vti in prima instantia.*

11 *Tertius nunquàm debet appellare à sententia inter alios dicta, si potest ei alia via esse consultum.*

12 *Sententia late contra vnum, faciunt numerum contra tertium appellantem, & huiusmodi est nostra praxis.*

13 Constit. 10. sub tit. de supplica. *non comprehendit tertium, sed ipsos litigantes solum.*

14 *Exempla Senatus facta antiquitus in aliis causis contraria istis, non obligant, vt ita semper sit declarandum.*

15 *Appellatio non admittenda, admittitur parte non contradicente.*

16 *Tertius appellando amittit vnam instantiam.*

17 *Tertius volens in causa appellationis, cui se opponit, tractandum de re diuersa, non est admittendus.*

18 *Dominus opponendo se causæ feudali inter duos in secunda instantia vertenti, non auditur volens tractare in ea de alio, quàm inter illos tractaretur.*

19 *Reconuentio non admittitur in causa appellationis.*

De cisio CXLV.

1 ETiste quidem † tertius, de quo diximus in *antecedenti decisi.* non solum potest de nouo appellare à sententia inter alios dicta, sed etiam opponere se causæ appellationis ab alio introductæ, & ad eam causam in eo statu, in quo repetitur, admittendus est, Bar. in *l. à sententia, in prine. & in l. si proloquio, ff. de appel.* Boer. *decis.* 79. Aym. Grauet. in *cons.* 14. & *in cons.* 210. Nat. in *cons.* 99. *vol.* 1. & Azin. de *executi.* §. 4. *cap.* 88. *incip. secagesimo, n.* 1. *fol. mihi* 110.

2 Sed an † iste tertius impediat per suam appellationem pro suo interesse interpositam, executionem sententiæ, contra principalem latæ, est materia lata, & multis distinctionibus, & declarationibus implicata, & aliena à meo instituto, habebis tamen quæcunque desiderare potes si legeris Aloy. Ricci, *collect.* 1354. *vol.* 1. vbi præcipuos allegat, qui de hac re exactissime agunt.

3 Et an, quandò † vnus ex pluribus condemnatis appellat, sola eius appellatio impediat executionem contra alios, docet noster Canc. *in* 3. *par. var. resol cap.* 17. *n.* 486. tota. de hoc puncto est pulchra *disceptatio* Gratia. 115. videnda.

4 Sed dubium † est perpulchrum, qualiter iudicabimus, iudicatoque debebimus de ista tertij appellatione, an ita vt tertius censeatur admissus tanquàm in prima, an tanquàm in secunda instantia: vtilitas est maxima, quia si tanquam in prima, licebit ei iterum supplicare si causa ducitur coram Principe, & bis postea appellare coram inferiore, qua in hoc sensu prima sententia non facit numerum, quod secus est si dicitur tertius admissus tanquam in secunda, quia tunc prima sententia facit numerum, ac si tertius in causa fuisset. Qua in re † est opinio Felini *in cap. cum super*, 5 *n.* 11. *de re iudi.* sententias, quæ præcesserunt, non facere numerum contra tertium. Fundat se in eo, quòd iura, quæ de appellationibus loquuntur, non comprehendunt tertium, atque ita tertius potest post tres sententias appellare, nec eum comprehendit titulus, *ne liceat tertio prouoc.* ad quod probandum multa adducit is auctor videnda, & ego alia non inutilia *in 2. de pact. nup. siue capi. matrim. claus. 6. glos. 1. par. 3. ex n.* 14. plura etiam adfert Sigismun. Scaccia *de appella. q.* 17. *limit.* 6. *memb.* 4. *ex n.* 42. Concludit † finaliter is doctor, 6 quòd quæcunque instantiæ præcesserint, prima semper erit respectu tertij, quando ipse appellat. Id quod † aliquando placuisse Senatui reperiotin causa enim 7 hæredum cuiusdam Magistri Cæsaræ Maiestatis & Gasparis de Yuorra domicelli domini de Clatelhis, cum tertius non condemnatus supplicasset à sententia contra alium prolata, & succubuisset in ea causa, voluit iterum supplicare, & fuit ei contradictum eo motiuo, quia non erat licitum bis supplicare, iuxta *authen. quæ supplicatio, C. de precib. Imper. offerend.* sed Senatus sub die 17. Septembris 1505. prouisperi in quibusdam decisionibus antiquis manuscriptis, contrarium *decidit*, & resoluit, eo præterea, quia iste tertius non † erat bis condemnatus, & visum fuit, † *authen. qua supplicatio.* & norata in ea, procedere dantaxat in eo, qui fuit bis condemnatus, non in eo, qui semel tantùm, quo casu licitum est bis supplicare, & fuit etiam additum pro ratione decisionis, illud quod supra, ex Felin. dicebamus, quòd quemadmodùm tertio licebat post tres conformes inter alios latas appellare, quia contra eum præcedentes sententiæ non faciebant numerum, sic in isto casu. Et deinde † cum de anno 1617. Elena To- 9 ralla succubuisset ad relationem egregij Senatoris Iosephi Ferrer in causa supplicationis vertenti inter Annam Rollan, & Pol vxorem egregij etiam Senatoris Michaelis Rollan ex vna, & Ludouicum de Copons dominum del Llor partibus ex altera, cui causæ dicta Toralla se opposuerat, *admissa fuit* ad supplican- † dum in alia aula ac si nulla sententia præcessisset. Relator causæ erat egregius Senator Balchazar Morel, & & actuarius Ioannes Prats.

Quibus tamen † non obstantibus, contrarium est 10 tenendum, quod immò sententia præcedens faciat numerum, etiam respectu tertij, cum his ab illa appellat. Ratio est, quia per huiusmodi appellationem videtur voluisse facere acta eo tunc vique sua, & quod prima sententia illum afficeret, & ideo dicitur prosequi causam tanquam in secunda, non tanquàm in prima instantia, vnde si semel postea succubuit in causa supplicationis, quæ interponitur coram Principe, non potest ampliùs audiri, & idem est si bis coram inferiore, ita pulchre ex Aquil. de Grass. *decis.* 13. *de appellat.* & Puteo *decis.* 7. *lib.* 3. *& ex aliis modernis decisionibus Rotæ Romanæ*, docet Hercul. Mattesco. *var. resol. lib.* 1. *cap.* 20. *ex n.* 14. videndus Ruginell. *de appella §.* 1. *cap* 1. *n.* 48. qui copulant † tertio, ne vbi alia via potest ei esse 11 consultum, procedat appellando, ne acta priorum instantiarum ei præiudicent, quod ergo semper consulo meis clientulis, oprima *decisio* Rotæ Romanæ 98. *in recentior recollect. per Farinac. in* 1. *volum.* vbi optime, † 12 quòd binæ sententiæ contra vnum latæ faciunt numerum contra tertium & eum afficiunt eum ipse ab eis, seu ab vltima pro suo interesse appellat, atque ita plures decisum in Rota Romana refert, sic etiam apud nos intrepide quotidie *seruatur*: licet enim vi- †† deamus frequenter, vt diximus, vxorem supplicare cum viro ab interlocutoriis, postquam tamen declaratum secundò est, sic mulier sicut vir acquiescit declaratio-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ni: & vbi aliquandò tentatum est a tertio nouam interponere supplicationis causam (quod tarò contingit, & ego semel tantùm id vidi in casu de quo infrà) repulsa fuit prætentio per Senatum, provt signauter vidi in causa Hieronymæ de Foxà viduæ contra don Galceradum de Peguera ad relationem egregij Senatoris Hippoliti Montanet, scriba Perez in qua cum supplicatū fuisset contrario imperio à quadam prouisione facta in odium dicti de Peguera, dictæque causæ se opposuisset quædam ipsius filia pro suo interesse, & confirmata esset prima prouisio, de anno 162. fuit prætensum per filiam posse se, vt tertium, vlteriùs supplicare, quod non fuit ei *permissum*, sed per eructem, seu barram Sanctæ Eulaliæ, vt fieri solet, fuit supplicatio repulsa. †

13 Et licet id aliqui † ex nostris tribuerent dispositioni *const. 10. sub tit. de supplicationi de sentent.* quæ habet, à prouisione facta in causis supplicationis contrarij imperij ab altercatis confirmatoria prioris, non esse licitum supplicare; verùm, est indubitatum non potuisse Senatum ex dicta constitutione moueri, quia illa non comprehendit tertium, sed partes litigantes, ex his quæ suprà diximus, in quibus principalibus litigantibus verificari potest, quòd succumbens habet duas prouisiones contra se, quæ duæ confomes impediunt vlteriorem supplicationem quod non potest dici in tertio, nisi præsupponendo id, quod docemus, primam facere etiam numerum contra istum tertium ab ea supplicantem, & hoc præsupposito intrat benè constitutio prædicta, non aliàs.

14 Ad declarationem † illam factam in Senatu de anno 1535. quam suprà retulimus, non habeo quid dicam, nisi solùm, quòd non obligat, vt ita declaretur in futurum, postquàm ex suprà traditis contrariam opinionem esse veriorem comperimus. Sententiæ enim in Cathalonia, etiam si sine Principis, non faciùt ius vniuersale, nec faciunt legem, cum eam non faciat Rex solus apud nos, plenè Cabedo *decis. Portugal. 212. n. 17. part. 1.* Cancer noster in *3. part. var. resolu. cap. 3. de priuileg. n. 74.* Et si in aliis prouinciis faciunt legem, est quia ibi Rex solus facit leges, & lex est quodcunque decernit Princeps, *l. leges, C. de legib.* Valencue. *consil. 61. n. 32. & consil. 79. n. 127.* & aduertit bene Canc. *vbi suprà.*

Ad illiud † autem, quod diximus successisse de anno 1611. in illa admissione causæ supplicationis Elenæ de Toralla, responsio est in promptu, quòd neminem vidi contradixisse ei, & ideò nihil imitum si de plano processit: parte enim non opponente, immò patiente iterùm de viribus sententiæ agi, nihil imputatur iudici, quod id permittat, de quo puncto plura notabilia habes apud Cæs. Barzi. *decis. Bonon. 154. num. 5.* Coccin. *decis. Rot. Roma. 134. num. 4.* ac apud nostrum Cance. in *3. part. variar. resolut. cap. 17. de sentent. & earum execut. ex num. 1. cum multis sequentibus.* 15

16 Quamuis autem † fieri istæ appellationes, & oppositiones à tertio pro suo interesse possint, ego vix consulo illas vnquàm fieri, præterquam vbi necessitas taliter constringit, vt citra appellationem, aut oppositionem ius suum tertio conseruati nequeat, aut alias aliquod irreparabile damnum ei contingat. Ratio est, quia per huiusmodi appellationem, & oppositionem iste tertius amittit vnam instantiam, quia appellando censetur voluisse facere acta illucusque sua, & quòd prima sententia illum afficeret, & dicitur prosequi causam tanquam in secunda, & non tanquàm in prima instantia, vnde si semel posteà succumbit in causis supplicationum, quæ interponuntur coram Principe, non potest amplius audiri, & idem est si bis coram inferiore: vnde cum tertius habeat duas vias, duoque remedia, vnum intentando nouum remedium, & aliud appellando, melius est sine dubio primum eligere, quam secundum, propter commodum plurium instantiarum, ita ex Aquil. de Graf. *decis. 13. de appell.* & Put. *decis. 71. lib. 3.* & ex aliis modernis decisionibus Rot. Romani, ibi relatis, docet pulchrè Hercul. Marescot. *var. resol. lib. 1. cap. 20. ex n. 14.*

Hæc non habent † magnam difficultatem, cum de eadem re ageretur in secunda instantia, de qua in prima, & nihil tertius de nouo mouet cognoscendum, quòd est, quod præcipuè attenditur in istis appellationum causis, sed cum aliter contingit, videlicet quod tertius velit de alia re diuersa tractari in iudicio appellationis, sit secunda conclusio non minùs firma, quàm præcedens, non esse tunc tertium in causa appellationis admittendum, ex ratione proposita in princ. qua dixi, iudicem appellationis habere iurisdictionem limitatam ad ea tantùm, de quibus in primitiua causa fuit disceptatum, & cognitum, ita in terminis Rossental. *de feud. cap. 9. membr. 1. concl. 15. ex n. 9.* vbi ponit exemplum † in duobus contendentibus de feudo, & illius successione, quòd cum actor obtinuisset in prima instantia, & reus appellasset, voluit dominus se in secunda instantia opponere, & dicere neutri ex contendentibus ius in feudo competere, propter incapacitatem amborum, sed sibi apertum feudum esse: dubitatum fuit an dominus deberet admitti. Respondet is auctor, quòd non, sicque in camera Imperiali, vbi negotium agebatur, decisum asserit, cuius rei rationem reddit, qua tota hæc materia declaratur aperte, quia (inquit) iudex appellationis non potest (præsertim litigantibus non acquiescentibus) de aliis cognoscere, quàm quæ in prima instantia fuerunt proposita, vel ab his dependent, nec aliud concludendi medium respiciunt, sed debet solùm super his pronuntiare, super quibus lis in priori instantia contestata est, priorem sententiam confirmare, vel infirmare, de qua re est text. in *l. per hanc 4. iunct. ibi glo. in verb nouum capitulum, C. de temp. & repar. appella.* idem docent Bald. in *d. l. per hanc, n. 30. C. de temp. appell.* Aym. Craukt. *cons. 355. n. 9. & cons. 422. n. 22.* Affl. *dt. decis 155. n. 3.* Bernad. Muscat. in *prax. appell. par. 3. glo partis ex n. 35.* Ioan. del. Castill. *decis. Sicil. 3 t. n. 1. lib. 1.* vbi quòd † propterea non admittitur reconuentio in causa appellationis. Ex quo fit quòd non potest tertius in causa appellationis citari, ex quo ob id necessium foret, quòd iudex appellationis cognosceret de alio, de quo non cognouit iudex primitiuus, provt sæpiùs Senatus *declarauit*, & signanter †† 18. Ianuar. 1602. referente egregio Senatore Francisco Boner, in causa vniuersitatis villæ de Totello, contra Gabriele Xarquies, & alios scriba Iacobo Bas, & deindè 15. Nouembris 1604. coram egregio etiam Senatore Iacobo Pineda, in causa Ioann. Cappellades contra Philippum Closellò scriba Daroca. Hæc satis de hac materia. 17 18 19

ARGVMENTVM.

Filij positi in conditione, an censeantur vocati ex vocatione filiorum vltimi substituti?

SVMMARIVM.

1 *Filij positi in conditione, censentur vocati ex vocatione filiorum remotiorum substituturum, & est coniectura approbata per Senatum.*

2 *Auctor promiserat alibi latè de hac coniectura tractare.*

3 *Coniectura vocationis filiorum proximiorum ex vocatione remotiorum, potest tribus contingere modis.*

4 *Filij*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

4 *Filij positi in conditione, semper censentur vocati ex coniectura vocationis remotiorum, quando volunt succedere per eandem substitutionem.*

5 *Filios positos in conditione censeri vocatos ex vocatione remotiorum, habet magnam difficultatem, quando volunt succedere diuersa substitutione.*

6 *Filios positos in conditione censeri vocatos ex vocatione remotiorum, negarunt multi cum Rota Bononiensi.*

7 *Filios proximiorum non debere esse deterioris conditionis quam remotiorum, multis negant, & ibi ratio.*

8 *Antonius Faber in hoc articulo expenditur.*

9 *Reprobatur, quia tollit generaliter omnem coniecturam vocationis filiorum in conditione positurum. Idem dicimus ad Bello. & Scaynum, quod Fab. tenentes ibid.*

10 *Prædilectio eo ipso quòd consideratur in vno, debet etiam in tota sua posteritate considerari.*

11 *Fideicommissa non raro conseruant patrimonia, quæ alias facilè delibarentur.*

12 *Senatus intrepidè admittit coniecturam vocationis filiorum positorum in conditione, ex vocatione remotiorum.*

13 *Decisiones Senatus circa hunc articulum referuntur.*

14 *Don Ludouic. à Pegnera in hac materia expenditur.*

15 *Filiorum proximiorum vocationes ex vocatione remotiorum olim admittebantur indistincte sine differentia substitutionum, & vocationum.*

Decisio CXLVI.

1 EX coniecturis † approbatis in Senatu, vt filij positi in conditione censeantur vocati, diximus in plurib⁹ locis nostrorum operum, & signantet *in 1. de pact. nup. sta. 4 gl. 24 a n. 7. & in 2. cla. 5 gl. 10. par. 2. in princ.* & in aliqua alia, seu aliquibus ex his decisionibus, esse vnam in fauorem filiorum eorum, qui antè sunt vocati, quandò filij remotiorum expressam habent vocationem cum parentibus, ne filij minùs dilectorum, quales sunt vltimo vocati, sint melioris conditionis filiis magis dilectorum quales sunt primo inuitati, contra *l. publicus, in fin. de condi. & demonstra.*

2 De hac † coniectura me longius alibi tracturum promisi *in dict. gl. 10. par. 2. n. 49. in fin.* quia est materia frequentissima apud nos. Iste est locus, in quo fidem datam adimplere conabor. Quæ erit iucundissima materia ob plurima, quæ de nouo circa eam occurrunt in Senatu disputanda post emulgatos duos meos primos *de pact. nup.* tomos.

3 Animaduerto † tamen in primis, ne confundamus terminos, vel in eis erremus, quòd ista quæstio possit tribus contingere modis. Primò, quando filij remotiorum fuerunt vocati per fideicommissariam post parentes admissos quandò decederent, & filij proximiorum prætendunt aliam similem etiam vocationem post parentes, in quibus substitutio iam suum habuerat effectum. Secundo, quandò filij remotiorum sunt vocati per vulgarem, & filij priorum prætendunt etiam aliam similem vocationem, vtpotè quia eorum parentes præcesserunt ante casum. Tertiò denique, & vltimo, quandò filij remotiorum fuerunt vocati per vulgarem solam, sicut communiter fieri solet, & illis prædefunctis, &c. & filij proximiorum prætendunt vocationem, vel successionem per fideicommissariam post parentes admissos.

4 In duobus † prioribus casibus, modicam difficultatem res habet, quia omnes prætendunt eandem speciem substitutionis, & vocationis, & tunc intrat benè coniectura pro filiis proximiorum, ne remotiorum, qui semper iudicantur minùs dilecti, sint meliotis conditionis, &c. nec potest considerari in eis aliquod ex absurdis, & inconuenientibus, quæ infrà dicemus in tertio casu, qui est plenus difficultatibus, cum velint 8 vocationem, & substitutionem remotiorum insistere in priores, aliam speciem vocationis, & substitutionis, quam illi non habent. Et quia iste est casus, qui communiter apud nos succedit, ideò de eo multis agemus.

Hæc igitur † coniectura magnas nouissimè apud 5 nos in casu quo solemus de ea tractare in grauissimis causis, passa fuit difficultates, tam circa illius veritatem, quàm circa illius applicationem, in casibus, qui successerunt disputandi, occurrunt autem quotidie in abundantia, cum apud nos nullum fiat testamentum, in quo filij non ponantur in conditione, & in omnibus ferè vocantur filij vltimorum substitutorum per vulgarem, relictis filiis priorum, vnde oriuntur frequentissimè istæ quæstiones, cùm velint filij priorum, sub prætextu vocationis remotiorum, alia & diuersa vocatione, & substitutione succedere.

De veritate † huius coniecturæ generaliter sum- 6 præ, tam in vno, quam in alio casu, dubitarunt per plures, quorum aliquos recenset Ioseph. de Sesse *dec. regni Arago. 65. n. 18.* qui & alios adducunt etiam non paucos in idem: contra eandem est præterea Ioan. Anton. Bello. grauissimus sanè vir, *consil. 26. n. 61.* & contra eam etiam nouissimè ex proposito scriptit Ioachim Scaynus *dec. Bonon. 2. ex n. 90. vers. quintam coniecturam*, vbi quòd domini de suo Senatu magis appareutem, quàm solidam eam existimarunt, & reiiciendam imbi indicarunt, provt reiectam in facti contingentia affirmat, quia visum non plus roboris habere adiectionem filiorum in vltima substitutione, quam si mentio de eis facta non fuisset, rationibus per eum adductis, ad quem me refero: alias rationes adducit Bello. *vbi sup.* videndas.

Sed quæ † magis aliquorum ingenia torsit, dubios- 7 que, ac anceps res, vt non semel disputando vidi, eos teddidit, est consiserare quòd hæc coniectura innititur tota dispositioni *l. publius, in fin. ff. de condit. & demonstra.* ne deteriotis conditionis sint proximiores, quàm remotiores qui habent vocationem, nedùm pro se, sed etiam pro filiis suis, quam non habent proximiores nec haberent nisi hanc coniecturam reciperemus. Verùm ea ratio paulùm stringit in casu præsenti, quia dum volumus per hæc magis dilectis prospicere, eos deteriotis procul dubio conditionis facimus, quàm sint minùs dilecti. Pater, quia quando vltimus substitutus adiuisset hæreditatem, quia eius successioni fuisset factus locus, statim habuisset bona ad suas voluntates, quia, vt diximus, non erant filij vocati nisi per vulgarem, quæ adita hæreditate expirat, vulga. *l. post aditam, C. de inpub. & aliis subs.*

Non ita esset respectu primi instituti, aut proxi- 8 mioris substituti, quia quamuis adiuissent hæreditatem, non habuissent bona libera, cum secundum hanc opinionem, demus in filiis, quos relinquunt, vocationem etiam per fideicommissum. Vnde valde quosdam apud Senatum de hoc articulo disputantes, vidi aliquando exclamantes, dicendo, quæ ratio potest esse, quòd si ad vltimos substitutos deuenisset hæreditas, & per eos fuisset adita, nó fuissent deindè admissi filij, & tamen velimus admittendos filios priorum vocatorum post aditam per eos hæreditatem, cum eorum filij non possint quidquam prætendere nisi ex vocatione remotiorum, & filiorum eorum? Quæ est † ratio, & querela 9 in terminis terminantibus doctissimi Fab. in suo *Cod. li. 6. tit. 20. de fideic. def. 1. circa fin.* Per quam valide clamat contra tenentes, ex vocatione filiorum remotiorum substitutorum, induci vocationem filiorum primi,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

siue hæredis, siue substituti. [Nam, inquit, quò dilectior fuit testatori, qui prior loco, vel institutus, vel substitutus extitit, eò difficilius admittendum est, vt duplici fideicommisso, vno præsertim erga proprios liberos, quòd multò durius est, quia minuit obseruantiam parentibus per liberos debitam, l. nec ei, §. penult. de adoptio. l. cum oportet, vers. etenim, ibi, vel ad fratres suos C. de bonis quæ lib. subtr. cum eum interpretamur.]

9 Quid † de ie? facit tibi aliquam hæc ratio vim? Mihi nullam, quia considero eam sicut reliquas adductas per Bello. & Scayn. non fuisse compactas particulariter contra hanc coniecturam; sed eo tendere vt destruant, & omninò eradicent materiam vocationis filiorum in conditione positorum, qualescunque vrgeant coniecturæ, sed cum id sit impossibile, & sit
10 contra omnes, ideò non attendendum. Maximè † cum Doctores citati in contrarium, & signanter Fab. restringant fauorem patentum prius vocatorum, & eorum prædilectionem in se ipsis, cum debeerent extendere etiam ad filios, quia regula est certa, & indubitata, quòd in ea parte, in qua testator prædilexit vnum, videtur quoque prædilexisse eius posteritatem, & affectionem, quam habuit testator ad hæredem grauatum, videtur etiam habuisse ad omnem eius posteritatem, *l. cum auus, de condi & demonstr. l. cum actissimi, C. de fideicom.* Peregi. *de fideicom. art. 27. num. 15.* & Fusar. *de*
11 *substit. q. 484. num. 17. & 30.* Nec tam † male accipiendum, sicut accipit Fab. quòd in fauorem etiam filiorum inducamus vocationem, cùm nec id semper displiceat patentibus, quorum non rarò hæreditates hoc modo in ista posteritate conseruantur, quæ alias facile per eos nullum habentes substitutum, miserimè dilapidantur, & consumuntur.

Et quandò vocatio est per vulgarem, patre sublato de medio, quid ei melius, & vtilius potest contingere, quàm quòd nutrent eius filij? Sileat ergo, & habeat Fab. in domino patientiam, nec tam ægrè ferat has materias.

12 Senatus † noster intrepidus in hac coniectura *per-*
† *stitit*. Numquam mutatus, quia rationes non tanti viæ, quæ obligarent ad aliquam mutationem, videamus quomodò applicetur, & practicetur, applicari, ac practicari valeat, in quo consistit vera scientia.

13 Decisiones † Senatus circa hanc coniecturam, quæ reperiuntur antiquis temporibus factæ, sunt particulariter tres illæ, quas ego refero in *1. de pact. nup. el. 4.*
14 *gl. 24. n. 7.* De quibus, † & seu de aliquibus earum, egit noster don Ludo. à Pegue. *dec. 18. part. 2.* licet imolute nimis, & parùm distincte, sic vt vix possit quis percipere secundùm tradita per eum, ex quibus coniecturis motus Senatus: non vidi alias, præter quasdam modernas, de quibus mox dicam.

15 In illis † non fuit particulatiter tractatum, vt videO, de modo applicandi, & practicandi hinc coniecturam, sed simpliciter dictum quòd, ne filij remotiorum sint melioris conditionis, ideò testator qui vocauerat filios remotiorum, visus etiam fuerat vocare filios proximiorum, & hoc motiuo adiudicata fuerunt bona filiis, nulla habita ratione, nec facta distinctione, si parentes eorum antea successerant, vel non: si eadem erat substitutio, vel non; & si applicabilis substitutio vltimorum, filijs proximiorum secundùm materiam subiectam. Sed dictum simpliciter quòd succederent quatcunque substitutione, & quocunque modo possent. Postea verò iste articulus tam necessarius fuit lamissime disputatus in aliis causis, de quo late nos agemus in sequentibus.

ARGVMENTVM.

Vocatio filiorum, quæ inducitur ex vocatione filiorum vltimi substituti, an possit esse per diuersam substitutionem, an debeat esse per eandem, ne sit plus in causato, quàm in causante.

SVMMARIVM.

1 *Filij positi in conditione, an censeantur vocati ob vocationem filiorum vltimi, per diuersam substitutionem.*
2 *Filij censentur substituti per vulgarem, quando sunt substituti cum patre.*
3 *Causatum non debet plus habere quàm causans, sed ab eo regi, & gubernari.*
4 *Causa potest plus habere quàm causatum, & n. 12. vbi declaratur.*
5 *Dat nemo quod non habet, & n. 12. vbi declaratur.*
6 *Dilecti minùs, non debent esse melioris conditionis, quàm magis dilecti.* L. publius, ff. de cond. & demonst. *declaratur, ibid.*
7 *Deteres receseantur, qui tenent contra filios.*
8 *Contraria opinio pro filiis.*
9 *Filij in conditione positi, quando ex coniecturis dicuntur vocati, idem iudicatur de eis, quod de substitutis, quæ excluduut.*
10 *Præsumptio iuris, & fictio idem operantur, quod veritas.*
11 *Filij in conditione positi, quando vocati censentur substitutus grauatus restituere eis per fideicommissum.*
12 *Filiorum vltimorum vocatio, quomodo influat in priores.*
13 *Causatum habere plus quàm causans, nullum inconuenit, cum lex operatur cum causante.*
14 *Causa finendi quæ dicatur.*
15 *Dat quandoque quis quod non habet, vbi plures instantia.*
16 *Argumentum tollitur data qualibet instantia.*
17 *Prædilectionis excessus efficit vt filij possint dici vocati alia vocatione, quàm substitutione.*
18 *Decisio Senatus.*
19 *Prædilectio testatoris plures effectus producit, remissiue.*
20 *Decisio Senatus pro filiis, & in illorum fauorem.*

DECISIO CXLVII.

IN causa † supplicationis interpositæ in vna ex dic- 1
tis tribus relatis in *præceden. dec.* in illa scilicet illorum Rocabertinis, & Pegueras, fuit sufficitatus particulariter iste articulus, & disputata hæc quæstio, nunquid vocatio filiorum vltimi substituti per vulgarem, casu quo non superuiueret pater, influeret etiam in filios prioris, vel instituti, vel substituti, quamuis parentes adiuisset hæreditatem, & sic diuerso modo quo successisset filij vltimi substituti, si casus euenisset: cum enim casus prædictorum Rocabertinis, & Pegueras esset talis, quòd substitutio prior iam habuerat effectum in patre, ideò prætendebatur non posse intrare filios ex influentia filiorum vltimi, & prætextu vocationis eorum, ex eo quòd solum per vulgarem fuerant vocati, casu quo eorum parens non superuixisset: filij autem priorum volebant succedere, vt diximus, post admissum parentem, & quamuis ille superuixisset. Quæ fuit causa validissimè per multum tempus disputata in Se-

nato

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

natu per valentissimos aduocatos,inter quos ego solus qui nihil scirem.

2 Qui contra† conecturam agebant, diuebantur his rationibus.Primò dicebant, non posse huic casu tam applicati , quia/nominemus partes propriis nominibus,vt melius difficultas percipiatur) filij don Hugonis , & don Ioannis victimorum substitutorum , erant vocati hoc modo. *substituo don Ioannem,& filios suos, substituo don Hugonem,& filios suos*,quæ filiorum vocatio intelligitur , & intelligenda est sine dubio , per vulgarem,parte non capiente, non per aliam speciem substitutionis,vt late per Fusar.de *substit.q.*479.& per Matta.de *successi.lega.par.*4.9.24,*art.*2.*per tot.*qua substitutionis specie non potenant succedere filij Petri primi instituti , ex quo ipse adiuerat hæreditatem , & possederat toto vitæ suæ tempore.

3 Si non poterant † filij Petri succedere per vulgarem substitutionem, vocationes filiorum Hugonis,& Ioannis,cum non essent nisi per vulgarem,vt diximus, nõ poterant influere vocationem in filios Petri antea vocati,cuius rei plures sunt rationes.Prima,ne plus fit in causato , quàm in causante , quod esset absurdum, cum semper causatum debeat regulari secundùm naturam causæ causantis , & ab ea regi & restringi , ut tradunt communiter scribentes in *l. mannumissiones, ff. de instit. & iur.*Io.Bapt.Valancue *cons.*23.*n.*146,Rot Farina. *decis.*287.*n.*1.*in recen. tom.* 1. & probat abundè, pro more, Augustin. Barbof.*axiomat.*40.*incipien.causa*,
4 *ex n.*26.Quòd plus † fit,& esse possit in causa,quàm in causato, bene potest esse, quia non semper causans tribuit,& communicat causato totam suam virtutem, & deducitur ex *l.digna vox,C.de leg. & ex cap.audiuim, vers.non igitur,de prebend.in* 6. sed q uòd causatum habeat à causante plus quàm sit in eo , id non videtur
5 possibile , cum repugnet regulæ , nemo † dat quod non habet,*traditio,de acquir.rer.domin.& l.nemo plus iuris ff.de reg.iur.*bene Perez de Lara in *tract.de anniuer. lib.* 1. *cap.*4. *n* 2.*cum seqq.* Peregr.de *fideicom.art.* 45.*ex n.*26. Narbon.ad *leg.reg.lib.*2.*tit.*4.*l.*59.*glo.*1.*n.* 147. & Cance,nostet in 1.*var.resol.cap.*5.*de successi.ab intesta.n.*10.*in codicib.addition.*vbi plura de his exempla perpulchra. Indè sequitur , q uòd vocatio filiorum victimi substituti per vulgarem tantùm facta non potest tribuere filiis proximiorum aliam vocationem diuersam ab ea quam habet.

6 Secunda ratio † est , quia coniectura prædicta, & ratio illius fundatur in dispositione *l.publius, in fin.ff. de cond. & demonstr.* non permittentis , quòd victimò vocati,& sic minùs dilecti, sint melioris conditionis, quàm primò vocati,& magis dilecti, vt tradunt omnes,qui hanc quæstionem tractant.Huic autem legi,& eius dispositioni satisfactum erit,quoties dabimus magis dilectis id omne,quod habent qui minùs, non est necesse quòd demus amplius, atque ita sufficit vt per eandem substitutionem concedamus illos vocatos, per quam vocati fuere minùs dilecti,vt sic fiant pares, & æquales , nec remanebunt magis dilecti deterioris conditionis, quàm minùs dilecti, quæ est argumentatio , quam in proposito pro hac opinione facit Ioan. Grivel.sequa.*decis. Dola.*125.*n.*73.

7 Per has † rationes Grivel,in *citat.decis. Dolæ.*125. *n.*73. Lanar.*cons.*60 *n.*53. Cance.3.*par.var.resolut.cap.* 21.*de transms.n.*92.vbi alios in idem adducit,& Peregr.*cons.*52.*post n.*10.*vol.*1.*multissime* Scacch. *in citat. decis. Bonon.* 2. hanc tenui videtur opinionem , & ego etiam aliquando in 1. fundetam in 2. *de pact.nup. clau.* 3. *glos.*2.*p.n.*2.*ex n.*8.

8 Sed prædictis † non obstantibus , non defuerunt qui in prædicta facti specie , tamen videssent quæ Doctores prædicti, & etiam Cancer.& ego in contrarium scripserimus,defendentes strenuè in dicta causa, potuisse filios don Petri succedere per dictam constitutionem , quamuis filij victimorum substitutorum fuissent solùm per vulgarem vocati.

Ratio † erat, quia quandò concurrunt coniecturæ, 9
de filiis in conditione positis idem iudicatur , ac de substitutis,quos excludant,& seo atque si patri essent substituti per verba dispositiua,quia iuris † præsumptio, & fictio operantur,provt veritas, ad *l.si is qui pro emptore, ff. de vsucap.& ives iudicata.de reg. iur.*pulchrè Peregr.*cons.*59.*n.*5.*lib.*4. Hieron. Gab.*cons.*113.*n.* 12.*lib.*1. Peregr.de *fideicom.art.*15.*num.*37.& *art.* 28. *num.*3. & 24. Ioseph. de Rusti. de *filios poste. & c. lib.* 6.*cap.*5.*num.* 18. & *tot.cap.*6 Ioseph. Sesse *decis.*66.*n.* 23.& Anton.Thesau.*decis.*96.*n.* 2.vbi rem † declarans 11
dicit , quòd si domus filius esse vocatos , cessebitur institutus grauatus restituere per fideicommissum filiis,& Rot. Roma. Ludouisi.*decis.*137.*n.*4. & demùm omnes istis filiis sic ex coniecturis vocatis , tribuunt omnia,quæ substitutis ipsis si successissent,quod idem ego iam alias tradidi in aliqua alia decisione.Si idem iudicatur de filiis , ac substitutis , si atque ipsi essent substituti,quare restringemus(dicebant) substitutionem , & succedendi modum ad vnum præsupposito quòd substituti,in quorum loco reponuntur, non habent modùm succedendi limitatum ad vulgarem,iam non indicabuntur , si hoc est,pariformiter atque substituti.

Nec relinquebant argumenta contraria sine solu- 12
tione , dicendo ea nihil reuerà concludere. Ac primò quidem,non obstare primum asserebant, de causa , & causato,quòd per hanc interpretationem videatur esse plus in causato , quàm in causante, quia ista vocatio, quam inducimus futore filiorum priorum substitutorum, non dependet tota, nec oritur ex sola vocatione filiorum posteriorum substitutorum , quasi dicamus per ipsam solam vocationem filiorum posteriorum absque aliquo alio ministerio,causari vocationẽ filiorũ priorum,sed ea inducitur legis auctoritate, quæ ex vna vocatione deprehendit , & deprehensam vult testatoris voluntatem, & animum faciendi aliam in causa quo maior viget ratio , quo fit vt non fit in consideratione,si plus est in causato,quàm in causante, neq quòd quis plus det quàm habeat,& similia, quia non sumus in terminis,in quibus prædicta applicentur, sed in casu , in quo nullum considerantur inconuenientes quòd plus fit in causato,quam in causante, nec quòd quis det quod non habet , quia † fecimus eum causa 13
operatur lex,non causa sola. Hæc est limitatio, & declaratio,quam ad contraria affert Thom. Thomassetus in *flor. legum,reg* 191. vbi exponens regulam , nemo dat quod non habet , dicit intelligi de per se, secus autem auctoritate legis,& sequitur Augustin. Barbof. in *princ. & loc.com. V.Litte.N. n.*15.& communiter scribentes etiam super regula nemo plus iuris , &c tam in *libris Digestorum* quam in 6.*Decretal.* Vocatio igitur filiorum victimi substituti non est quæ dat , & efficit vocationem filiorum primi , vel instituti , vel substituti , sed lex ipsa mota ex illa vocatione , de qua legis potentia , & auctoritate nullus est qui dubitet.

Forsan † erit hæc causa ex illis, quæ dicuntur cau- 14
sæ fiendi, quia non faciunt, sed sunt causa vt alij faciant , nec dicuntur causæ finales , quæ valdè distinguuntur à causis essendi, de quibus per Tiraq. in *tract. cessan.cons.*1.*nu.*41. & *fin.*Rip.in 1.1.*n.*1.*in fi ff de leg.* 1.& Eminent.Cardin.Manti.*dec.*131.Vltra † quod.in 15
iure plures à prædictis adducuntur instantiæ, in quibus plus quis dat,quàm habeat, & signanter in *l.non est nouum ff.de acq.rer.domin.*vbi Iurisconsultus:[Non est nouum , inquit , vt qui dominium non habeat, alij dominium præbeat , nam & creditor pignus vendendo causam dominij præstat , quam ipse non habuit.] Nota quòd non esse nouum dicit, vt videas

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quàm sit vulgare id, & nos dum literas humaniores disceremus, recordamur quòd à nostris magistris edocebamur, Solem tribuere calorem absque eo quòd vllum habeat, & vinum causare ebrietatem quamuis ebrium non sit ipsum. Plures alias ad istud idem instantias habes adductas per Mattin. Monter *decis.* 25. *ex n.* 15. quibus bene regulam, *nemo pluris*, &c. & regulam, *nemo dat quod non habet*, declarat in prae-
16 xi. Et si data † qualibet instantia, solemus dicere, corruere argumentum, vel consequentiam, & tolli, glos. & Ias. in *l. arediteri ff. de oper. nou. nunt.* & Casan. *cons.* 37. *n.* 15. ac Monter etiam *ubi sup.* multò magis (aiebant) ex tot in contrarium datis instantiis tolletur argumentum contrarium.

17 Erat † secunda solutio, quâ ad id allegabât, & seruiebat etiâ pro alia ratione huius secundæ opinionis non esse inconueniens, in occurrêti casu, plus esse in causate quàm in causato, quia adest causa, & particularis ratio, ob quam id fiat, excessus nempe prædilectionis respectu filiorum prioris instituti, vel substituti: Is enim potens est ad id efficiendum ne vocatio filiorum primi substituti: vel substituti, patiatur eam restrictionem de vulgari, quæ tantùm est in vocatione filiorum vltimi substituti, prout elegater tradit Ioseph. de Rustic. *de filiis positis, & c. lib. 5. cap. 1. n. 6.* ibi: [Respondeo prædilectionis excessum circa positos in conditione, respuere huiusmodi restrictionem, sat est minùs dilectos vocatos esse in illum casum, ergò magis dilecti non in illum casum solum censebuntur vocati, sed ampliori voluntatis affectu, etiam in fideicommissariam substitutionem, militante ratione prædilectionis, ad inducendum maiorem affectionem & amoris consensum, vt semper ratio l. publius, de cond. & demonst. vigere videatur ad istam coniecturam fundadam.] Hactenus
18 ille, & pulchre, cuius formalia verba † *posuit* Senatus † in causa venerabilis Collegij Societatis Iesu, contra Nicolaum de Sant Ioan, referente egregio Senatore Hieronimo Guerau, sententia lata 31. Octobr. 1628. Scriba Ioanne Paylla, quæ est pulcherrima, vt alibi dixi dum particularem de ea decisionem confeci: [Quia (inquit post formatum contrarium) prædilectionis excessus, & amplioris voluntatis affectus erga filios in conditione posito, non patiuntur, quòd ad vnius tantùm substitutionis casum restringatur illorum vocatio, &c.] Ex quibus vides, iam alias fuisse per Senatum hanc rationem approbatam, sequitur Selle *decis. 65. n. 18. lib. 1.*

19 Nec hunc † solum hæc testatoris prædilectio producit effectum, sed alios notandos etiam, quos congessit Doctor Matta de *succes. leg. par. 4 q. 10. art. 2. per tot.*

Ad secundum contrarium respondebatur similiter, & per eundem modum, quòd excessus prædilectionis testatoris non contemplabatur, quòd filij primi substituti æquiparantur solùm filiis secundi, sed volebat vltcrius quod plus haberent, vt diximus.

20 Solùm restat † scire, quid Senatui placuerit, in quo est vera censura, firmaque resolutio. Casus fuit diu, multumque disputatus, & secundùm diuersa tempora, diuersas fecit, & habuit facies. Signa dabant priores Iudices, dum informabamus, inclinandi contra filios in non admittendo coniecturam in isto casu in fauorem filiorum priorum vocatorum, per aliam substitutionem, quàm erant vocati filij postetiorum. Sed mutati fuerunt illi, & seu maior pars illorum, suum crudeli parca officium agente, & apud eos qui successerunt, vicit tandem hæc vltima opinio in fauorem filiorum primò vocatorum, votis conformibus, sententia lata referente egregio Senatore Ludouico Besturs die 9. Iulij 1631. Scriba Sebastiano Costa, in illa illorum Rocabertins, & Peguetas, nunc Sorribes, de qua supra, qua fuit confirmata in secunda instantia alia sententia in prima lata, qua simpliciter filij don petri de Rocaberti primi institutis in conditione positi in testamento don Geraldi aui, fuerant per fideicommissariam admissi ob vocationem expressam per vulgarem factam de filiis vltimi substituti. Motiua nulla fuerunt facta, sed simpliciter, *quia nihil fuit dictum*, prout solet in his fieri; scimus tamen †† ea fuisse quæ suprà fuerunt pro hac opinione relata. Vndè duabus conformibus fuit in Senatu hæc opinio canonizata. Et eas multùm confortat & illa alia referente Guerau lata inter Collegium societatis Iesu, & Nicolaum de Sant Ioan, de qua suprà, sed quia non acquieuerunt omnes, nostrum erit qui hanc prouinciam suscepimus, quid postea successerit, tefetre.

ARGVMENTVM.

De eadem materia, vbi adducuntur fundamenta opinionis contra filios priorum vocatorum, respectu diuersarum substitutionum.

SVMMARIVM.

1 *Specialia duo non possunt concurrere.*
2 *Ratio est quæ regit, & gubernat omnem dispositionem, & prædominatur.*
3 *Filij positi in conditione ob quam rationem censeantur vocati ex vocatione remotiorum.*
4 *Argumenta de vno ad aliud sunt inuenta ad aequiparandum, non ad plus dandum vni, quam alteri.*
5 *Filij censentur vocati in defectum parentum, ne casu fiat vocatio per præmorientiam.*
6 *Referens capit totam suam vim, & interpretationem à relato.*
7 *Referens restringitur à relato, & ab eo temperatur, & suo casu amplitatur.*
8 *Scaym refutatur.*
9 *Testatores dum sunt in morbi vigore, seu vigore, vix benè cogitant vnquàm si tunc volunt testari.*
10 *Filiorum non natorum prædilectio non consideratur nisi respectu parentum, vbi decis. Senatus.*
11 *Substitutiones vbi plures, sibi mutuo dilecti respectu illius, cui fiunt.*
12 *Prædilectionis excessus, quod efficiat vt plus sit in vna substitutione, quam in alia, non approbatur.*
13 *Doctoris auctoritas probationem desiderat, necessitatem non infert.*
14 *Amor paternus aqualis præsumitur inter filios.*
15 *Amor paternus regulariter non metitur à meritis, sed à natura.*
16 *Parentes, semper præsumuntur aqualitatem velle seruare inter filios.*
17 *Interpretatio semper accipienda pro aqualitate animis parentum inter filios.*
18 *Perplexitates vitandæ.*
19 *Decisio Senatus.*

DECISIO CXLVIII.

DIxi † in præcedenti, non omnibus placuisse resolutionem Senatus captam pro filiis priorum in conditione positis, ex influentia vocationis filiorum remotiorum, eo modo quo explicauimus in dicta *præceden decisione*. Restat, vt nihil ignoretur, quod prodesse possit, nos hic tradamus ad longum motiua, & fundamenta huius contradictionis.

Difficile semper, ac difficillimum multis visum, velle

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

velle in primis quòd vocatio filiorum remotioris influat vocationem in filios proximioris,& deinde quod ista sit ampla , & generalis omnem speciem subitutionis complectens,quamuis illa,à qua procedit influxus,sit limitata,& coarctata ad vnam tolam speciem, nempe vulgaris, quæ sunt duo specialia satis notabilia, quæ volumus circa eandem rem concurrere, contra regulam iuris in *l.vni. C. de dot.promiſ.* Relinquamus primum articulum , cum per illum iam nunc conniuentibus oculis perranseat Senatus intrepidus, licet apud alios satis dubium,vt videmus in superioribus , vbi fuerunt & Senatus contra eum nouissime ex proposito,scripsisse Loachi. Scayn.*decis.Bonon.2.ex n.* 91 .Discurramus circa secundum.

2 Nullus † melior ad id modus,quàm discurrere per rationē,quæ mouit ad capiendum resolutionē : si enim repertus concludens,constans erit resolutio,& è contra, non talis si ratio non est subsistens. Notum enim est rationem esse,quæ regit , & gubernat omnem dispositionem , & prædominatur , *l.cum ratio. ff.de bon. damna.*latissime Valençue. *conſ.63.ex n.144.*

3 Rationes † sunt duæ, licet reducantur ad vnam, ne melioris conditionis sint minùs dilecti , quam magis , ne excessum prædilectionis , & amplioris voluntatis affectum erga filios primò in conditione positos, restrictionis , & limitationis incapacem , restringamus, & limitemus ad vnam tantùm speciem subsitutionis , qua vocati fuere filii remotiorum. Hæ rationes parùm , aut nihil concludere videntur, tum ex his, quæ diximus in *praceden. deciſ.*tum ex infrà dicendis.

4 Argumentum † à minùs dilectis ad magis , numquam procedit vt plus demus istis,quàm illis, nec tale quid vnquam quis dixit , id quod indicat satis, *l. Publius.in fin.* quæ ad istud semper allegatur.*ff.de cond. & demonſt.*in illis verbis: [Etenim videri contra voluntatem testatricis reprælentationem fideicommissi deiiderari,vt amplius ad subsstitutos perueniat, quàm ad puerum peruenire vel à Septitia, vel ab hæredibus potuisset.] nunquàm argumenta quæ fiunt de vno ad aliud, fuerunt inuenta nisi ad æquiparandum, non ad plus dandum, comptoba cum his,qui de argumentis istis tractarunt , ad quod ze manuducer Fran. Viui.de arg.ab æquipara large agens,*deciſ.255.ex n.19.* Si te-

5 statur † vocauit filios substituti in casu præmortientiæ patris , & sic per vulgarem , id fecit , ne per eius mortem cadicater subitutio , & ad alios, exclusis filiis,transitum faceret hæreditas,vt dicit Sesse *deciſ.65. n.18.*& Scayn. *deciſ. Bonon.1.n.92.*& est id satis ex le notum : de hoc contenrati debent filii instituti, quòd censeantur vocati etiam in casu,quo eorum pater præmoreretur , expectantes in reliquis prouidentiam , & pietatem paternam,ficut filii subsstituti,de quibus non est etedendum , quòd filiis denegent, & aliis dent,ne sit plus in causto,quàm in causante,ne causatum desinat regulari à sua causa , ne limitata causa limitatum non producat effectum,quæ tametsi procardicæ,optimæ rationes in proposito.

6 Non est † modicæ considerationis ad prædicta vlteriùs confirmanda,exemplum de relato, & refertente : dicunt enim omnes , quòd referens capit totam suam vim , atque interpretationem ex relato , *l. si ita ſcripſero.ff.de condit.& demonſt.* Casana.*conſ.50.n.28.* Sotoma.*quotidian. contro.iur lib.2. cap.43.n.1.* Videamus quomodò id practicetur, forsan vt demus plus referenti quàm relato,a quo influentiam accipit : Nun-

7 quàm tale,sed ex relato † restringitur, & temperatur, intelligitur,& regulatur,& suo casu amplatur, ita tamen ne plus , minusve iis in referente, quàm in relato, *l.in teſtamento, de condi.& demonſt. l. 2. de hæred. inſtit. cap. veniens , de præſcrip. l.1. §.ſi quis ſub conditione,vs leg.a. & fi.nec.nam.* cum aliis adductis per Sotoma.*vbi ſuprà n.1.18.& 22.* si referenti ex quo accipit suam vim , suam influentiam à relato , non posfumus plus quàm relato tribuere , immò restringere, & limitate illud debemus ad relatum , ne plus, minusve contineat,quæ ratio est quòd vocationi filiorum magis dilectioni,quæ non habet aliquam vim,nisi illam, quam accipit à vocatione filiorum minùs dilecti , vehimus plus tribuere,quàm huic.

Plus † volebat Scayn. *vbi ſup.* quòd cum militet 8 diuersa ratio in vno casu atqui in alio , eo modo quo ipse explicat , fiat propterea quòd nec ex appositione vulgaris fauore filiorum substituti, inferatur ad aliam vulgarem respectu filiorū instituti. Sed quia id deducit volens quòd testator in lecto iacens semimortuus, & mente non raro vi morbi perturbatus , tametsi non adeò vt non possit testari , & quamuis vlteriùs sit multùm idiota,cogitauerit tunc dum testabatur.& habuerit in mente id quod ipse doctus per plures vigilias magnam noctis partem insomnem non raro ducens,& cum mente quieta,& curioso mentis oculo, diu per omnia discurrens,potuit in hac materia conficqui,qui semper mihi visi fuere conatus inutiles,& cogitationes infructiferæ , ducor † ad id auctoritate lu- 9 stinia. in *nouel. 18.de vrien. & semiſ.* qui hanc mottalium miseram considerat , & postea Annæ. Rober. *rer.indica.lib.2 c.15.pag.4.*ideò vim in eis non facio.

Video † præterea,quòd maior dilectio, seu prædi- 10 lectio , seu maiotis dilectionis, aut prædilectionis excessus, & amplioris voluntatis affectus (dic sicut velis)non possunt hic considerari nisi respectu filiorum testatotis propriis nominibus institutorum, & subsstitutorum , non respecta nepotum in conditione positorum adhuc non natorum,nec cognitorum , quia in hoc casu,si quid amoris,si quid dilectionis consideratur in eis non est propter ie,sed propter parentes.prout ego post alios cum *decisionibus* Senatus late expendi, 11
in *2.de pact.nup.clau.5.glo.10 par.2.ex n.8.* quibus decisionibus nunc addo aliam referente egregio Senatore Francisco Bonet, qui *confirmauit* illam nobilis Regentis Magarola , de qua *vbi ſup. n.14.* Si respectu † 12
patentum hæc sunt consideranda , ego reperio quòd plus procul dubio oneris,& odii,quàm fauoris,& vtilitatis ex hac opinione resultat magis dilecto , quàm minùs,quia subsstitutus solùm habeat filios subsstitutos in vnum casum,nempè in casum vulgaris , instituti autem in duobus, nempe in casum vulgaris,& in casum fideicommissariæ , vt tractaui etiam in *2.noteed. deciſ.& in 2.com.vbi ſup.* Est bonum, quòd in odium magis dilecti sic argumentemur,excessus prædilectionis non patitur hanc restrictionem , vt sola vulgaris, quæ est in filiis subsstitutorum,sit in filiis instituto rum? Minùs pati debet(dicit alius)grauamen, & onus resultans ex fideicommissaria,aut admittere tam latam extensionē,vt ab vna specie vocationis fauorabili,ac benigne interpretanda,ad aliam onerosam.,quæ non possit oneri non esse, inferatur , ita Scayn. *dict.deciſ.2.n. 93.verſ.multo minus.*

Illum † porrò loquendi modum , de excessu dile- 12
ctionis in parte disponente inter plures filios per suos gradus subsstitutorum , quòd scilicet ipse influat pinguiorem vocationem in filios priorum vocatorum, solùm legi apud Rusti. *vbi in praceden deciſ.fuit citatus,de filiis poſtis lib.5.cap.1.n.6.*& Sesse *deciſ.65. num.* 18. qui sola illius relatione contentatur. Rusti. autem nihil allegat, cum debuisset , quia Doctoris † auctoritas probationem desiderat , necessitatem 13
non infert,vt dicebat Minado.*deciſ.39.num.9.* Et ego † percontor , vbi est iste excessus , & quo modo talis 14
potest generaliter , & absolute nominari in parte , & filiis , cuius amor semper præsumitur æqualis , quia regulariter † non metitur à meritis , sed à natura, 15
vt pluribus expendit pro Imore , Tirac. in *leg. ſi*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Unquam, verb. donatione largitus, num.72. cum seq.C. de reuo.dona. & Annæ.Robert.*rer.iudicat. lib.3.cap.1.*

16 *pag.2.* vade † est quod semper parentes præsumitur æqualitatem velle seruare inter liberos,*l.cum pater,§. cuiclus ff.de leg.2.& in l.fin.C.commu.vtri.iudi.* Surd.de

17 *alim.tit.4.q.23.n.1.cum seq.* & vt † æqualis sit amor inter filios,est semper capienda interpretatio, Cafana. *cons.53. num. 79.* & si vnum ante alium instituit, & communiter primogenitum non est regulariter quòd illum magis diligat,sed quia ab aliquo debet incipere,omnibus,& cuilibet eorum si posset, omnia relinquere volens, non nego quin aliquandò magis inclinetur noſtra affectio ad vnum,quàm ad alium,sed non taliter vt aliorum obliuiscamur,& possit confiderari ille amoris excessus, de quo supra, qui potens sit ad inclinandum ad tot specialia,quæ volunt Doctores : à nobis ista experientia peti potest, qui filios habemus. Atque ita ego antequàm ab vno,aut alio hæreditatem auferrem,sub prætextu harum rationum, vel alterius earum,multùm vellem considerare rem hanc, & à Deo potissimùm auxilium postularem,vt iustum iudicium facere,me doceret.

18 Vis videre † aliam perplexitatem, fingere, quòd, prout sæpè contingit, testator remotiorem substitutum,non in tota hæreditate, sed in dimidia, vel alia parte, vocauit in clausula, *si tunc viueret, & si non viueret,filios eius.* Ex contra, si hæc vocatio filiorum remotioris substituti influit in filios instituti, qualiter,& quomodò,an in tota hæreditate,in qua eorum pater erat vocatus,an in dimidia,vel alia parte,in qua remotior cum eius filiis ? Sane,si coniectura vocationis filiorum remotioris influit in vocationem filiorum proximioris,necessum est quòd in tota hæreditate, sicut eorum pater, succedant, quia de eis tunc iudicandum est,ac si patri fuissent expressè substituti, vt probauimus in *præcedent.decis.* atque ita remotior substitutio non solum influit in proximiorem, ampliorem, & fauorabilem speciem vocationis quàm ipsa haberet ; sed etiam dabit maiorem partem hæreditatis, quàm remotior potuisset consequi, si suæ vocationis casus euenisset, quod non modicum foret absurdum : vel si dicas, quòd ne plus sit in causato, quàm in causante, solùm operabitur remotior vocatio respectu proximioris,vocationem in dimidia, vel alia parte,manus absurdum,quia succedere per substitutionem patri, & reponi in eius locum post illius mortem, & non respectu totius hæreditatis, in qua ille vocatus erat,error videretur peior priore,nisi Senatus respondisset,vt videbis statim.

19 Hæc sunt † motiua, hi discursus, qui fiebant, & quotidie fiunt à noſtris aduersus resoluta in præcedentibus Senatus declarationibus, & decisionibus, ob quod oportuit aliam viam quærere,qua omnibus satisfactum esset. Id quomodò, explicabimus in *sequenti decis.* Ad quam antequam deueniam, ne hæc decisio sine decisione maneat,dicam quòd Senatus in causa cuiusdam viduæ Borrull. de Llenyader de qua in *sequen. decis.* substulit facile illam perplexitatem,

† quam considerauimus num.præcedenti,*dicendo* quòd capiant filij proximiorum partem solum, ad quam vocati fuerant filij remotiorum, in quo iam consensit nobiscum,ne plus sit in causato quàm in causante, cui non sic in reliquis ? Bonum est, quòd parens succesſit in omnibus,& filij eius,qui tametsi in conditione positi iudicantur vocati,& parenti substituti, non succedant nisi in parte ex illa influentia remotiorum ? Dura res. Nimia specialia ad sustinendum hanc coniecturam in hoc casu.

ARGVMENTVM.

De eadem materia, vbi plura de vulgari in fideicommisso,& de modo succedendi per eam.

SVMMARIVM.

1 *Aliæ difficultates excitantur circa contenta in prioribus decisionibus.*
2 *Vulgaris in fideicommisso quæ dicatur.*
3 *Vulgares omnes posita in aliqua dispositione expirant per additionem hæreditatis.*
4 *Vulgaris in fideicommisso reponit vnum in locum alterius, & deinde ille succedit per fideicommissum.*
5 *Vulgaris in fideicommisso, dicitur vulgaris secund.*
6 *Antonij Ioannis Belloni verba referuntur.*
7 *Contra eum expenditur quædam ratio.*
8 *Decisio Senatus,qua fuit pro filiis declaratum, ex motiuis positis in hac decisione.*
9 *Vulgaris in fideicommisso nunquam est fideicommissaria.*
10 *Casus substitutionis est ille solum considerandus,qui euenit,non qui poterat euenire.*

DECISIO CXLIX.

PRopter illas † igitur difficultates, quæ suscitatæ 1 fuerunt in præcedentibus, aduersus resolutiones Senatus captas,circa influentiam vnius substitutionis in aliam diuersam, vtpote quando vocatio vltimorum est facta per vulgarem, & volumus eam ducere ad proximiores, quorum filij non possunt succedere nisi per fideicommissariam, cùm eorum parentes admisserint hæreditatem, in causis, quæ postea successerunt, nullus voluit sidere prædictis declarationibus,& fundamentis earum : prudentissimè enim quis semper agere dicitur,dum videns difficultatem tametsi resolutio sit cuiusuis grauissimi Senatus,aliam quærit viam, qua illam difficultatem effugiat, negotium in tuto ponat : nullus (inquam) voluit contentari prædictis, sed modum excogitarunt, quo æquarent substitutiones,& vocationes,& pares eas facient, vt absurda vitarent,quæ inde resultabant, & seu resultare dicebantur,vt vidimus.

Consideratum † igitur fuit, quòd filij vltimorum 2 substitutorum,quamuis per modum vulgaris videantur vocati,non tamen per vulgarem directam,sed per vulgarem in fideicommisso,quæ vera fideicommissaria dicitur,per quam Franciſco (ponamus) priori vocato fuit substitutus Ioannes, & in illius defectum filij,eiusdem,Sicque vulgaris, quæ in dictis filiis respectu Ioannis consideratur vera,& propria, respectu Francisci est fideicommissaria. Vnde concluditur, & concludi videtur,quòd non est diuersitas in substitutione cùm in omni casu,scilicet,tam in causato,quàm in causante, sit substitutio fideicommissaria modo prædicto,& sic hoc modo cessant inconuenientia,& absurda proposita,cùm non concedamus plus causato quàm causanti, quod est tam in hac materia exosum.

Quod autem † illa successio per vulgarem in fi- 3 deicommisso in filiis vltimi substituti,patre antè vocato tam tunc non existente in medio, & casu quo in medio non esset, sit & fiat eo modo quo diximus supra, probatur ex eo, quia eum iam per alios priori loco vocatos præsupponamus aditam hæreditatem, non est dubium,quòd non possunt illi filij dici succe-

dere

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

dere per vulgarem directam,& in hæreditate,ex quo expirarunt omnes per additionem, *l. post mortem, C. de*
4 *impub.* sed per fideicommissum,hoc modo,† quòd per vulgarem in fideicommisso debent reponi, & retrahi reponuntur in locum patris,& repositi,per fideicommissum succedunt eidem,cui pater fi vixisset,per idem fideicommissum succedunt eidem,cui pater si vixisset,per idem fideicommissum succedunt eidem,cui pater fi vixisset,per idem fideicommissum succedunt eidem,cui pater fi vixisset,prout optimè declarat Petegri.*de fideicom. art. 15. num. 4. & 5.* & post eum Christ. Medices *decis. Senen. 8. art. 45.* eleganter Surdus *consil. 347. n. 15. vers. & vulgaris*, Hieron. Gabr. *consil.*
5 *117. num. 16. vol. 1.* Et prædicta † substitutio vulgaris in fideicommisso,dicitur vulgaris secunda, per quam non dicitur substitutus succedere, sed reponi in illius locum , & postea succedere per fideicommissarium, vel aliam, per quam succedisset primus substitutus si vixisset,prout singulariter declarat Sorin. in. *cons. 94. num. 39. vol. 1.* & ego etiam latissimè explicaui *in aliqua alia decisio.* facta inter venerabile collegium Societatis Iesu,& Nicolaum de S. Ioan. referente egregio Senatore Hieronym. Guetau , quæ est notanda. Cum ergo non deficiat fideicommissario in vocatione filiorum vltimi substituti , nihil minus si eam vel ipsius etiam in filiis primi vel instituti,vel substituti, in conditione positis ex conjecturis vocatis.

6 *Istud* † sic considerauit in proposito doctissimus Anton. Ioan. Bellon. *consil. 19. num. 8.* existimans per hunc modum posse sustineri influentiam ab vltimis ad primos filios positos in conditione (vtinam in his inter illud; & *26. cons.* superiùs citatum,non esset aliqua repugnantia,aliqua contradictio) huius auctoris verba sunt in proposito sequentia , ac ea quidem perpulchra : [Nec est,inquit,q iòd obijcias,filiarum filios non esse per fideicommissum substitutos , sed etiam tantùm per vulgarem,quæ etiam in fideicommissis fieri potest,l. vt hæredibus 51. ff. de leg. 2. l. vni. §. fin autem aliquid sub conditione,C. de caduc. toll. Ideoque non posse ab eorum vocatione sumi conjecturam vocationis filiorum in conditione positorum,vtpote in qua tractamus de vocatione fideicommissaria. Quia respondeo primò,filiarum filios, etiamsi vulgariter tantùm essent matrib. suis substituti, pera qui testator dixisset,substituo filias meas,& ipsis non extantibus,seu præmortientibus,ipsarum filios,tamen respectu institutorum, qui principaliter facta fuit substitutio , censeri etiam eos per fideicommissum substitutos. Nam testator ambobus filiis sine prole decedentibus substitutis vulgariter , & per fideicommissum filias , & ipsarum filios : Itaque non solùm filiæ,sed etiam ipsis existentibus,ipsarum filij censentur,& vulgariter,& per fideicommissum substituti,vt declarat Ioan. Bapt. in sancto Seuerino inter consil. Alex. *cons. 14. n. 11. vers. non enim, vol. 4.* Quo fit vt ex hoc colligamus conjecturam sufficientem ad inducendam filiorum in conditione positorum vocationem. Nam si testator voluit hæreditatem suam per fideicommissum peruenire ad filios filiarum, quæ sunt minùs dilectæ , multò magis censetur voluisse eandem peruenire ad filios filiorum, qui sunt magis dilecti, & ita arguunt Doctores suprà relati.] Hactenus Bellonus, qui expressè decidit casum nostrum. In his fundatur hæc opinio , eam tenent quos suprà retulimus, per hæc media. Primò, propter excessum prædilectionis, qui constituunt in filijs primi vel instituti, vel substituti , qui efficit ne reputetur inconueniens quòd plus isti habeant, quam illi. Secundò, propter fideicommissariam, quæ etiam consideratur in vocatione filiorum virorum substituti, vt vidimus.

7 Sed neque † ex istis vllum, satisfactum adhuc omnibus, qui semper negarunt , & negant identitatem substitutionum, & casuum , considerando quòd filij posteriorum , & remotiorum non sunt vocati , nec possunt admitti post patrem admissum , sed eo demùm deficiente,cùm ita constet,ex substitutione,quæ id importat , & tamen voluimus quòd admittantur filij proximiorum post parentes admissos,& sic quòd succedant primò pater, & deinde filij eius,quod non est in posterioribus vocationibus , in quibus, immò existentia,& admissio patris excludit filios,& eius defectus inclaudit, talem quid vt admittantur filij , est necessarium patrem tolli de medio : vnde semper videtur vrgere argumentum contrarium , quòd aut ex excessu prædilectionis resultante ex ordine vocationum possumus concedere plus illis,quàm istis, quod habet tantum dubitatem,vt vidimus, aut non possumus ex vna vocatione inferre ad aliam,ob diuersum modum succedendi,ne concedamus, quod abhorremus,plus esse in casufacto,quàm in casuante.

Senatus † in aula nobilis Reuerentis Cancellariam,& ad relationem eiusdem Relatoris Hieronymi Guetau , vbi facta fuerat illa declaratio collegij Societatis Iesu,& Nicolai de Sant Ioan , fundata in excessu prædilectionis, vt sæpius diximus , post multas disputationes habitas de veritate,& substantia illius morti,dicet pro conclusa *declaranerit* , non tamen † ex illo,nec verbum vllum dixit,sed potiùs ex isto, de quo egimus in præcedentibus,quoniam non videntur diuersæ substitutiones,& vocationes,his expressis verbis positis post formatum contrarium de non plus in casuanto,quàm in casuante : [Quia tamen, inquit, vocatio filiorum substituti conjecturam vocationis ad fauorem filiorum instituti operatur , nec filij substituti fuerunt per testatorem vocati per vulgarem directam , sed per vulgarem in fideicommisso , quæ vere fideicommissaria dicitur , per quem certo Thomæ primo substituta fuit Francisca , & in illius defectum filij eiusdem Franciscæ substituti fuerunt, sicque vulgaris , quæ in dictis filiis respectu Franciscæ consideratur vera, & propria , respectu Thomæ erat fideicommissaria,cum qua sicut filij Franciscæ in locum illius reponebantur , ita & filij Thomæ reponi poterant.] Sententia fuit lata 14. Iulij 1637. Partes Catherina Bortull de Llenyader , & Franciscus Pasqual ciuitatis Dertusæ. Scriba Anton. Femada. En qualiter Senatus subterfugiens difficultatem , quam supra diximus de casuato, & casuante , & de excessu prædilectionis,excogitauit æquare substitutiones,vocationes,& successiones,& pares eas facere. Si legentibus adhuc remanebit scrupulus,ipsi dicent.

Ego saltem † nolui sem polita duo verba, quæ in 9
sententia leguntur. Primum, [Quòd vulgaris in fideicommisso,vel a fideicommissaria dicitur,] & tursùs,ibi, [Hæque vulgaris, quæ in dictis filiis respectu Franciscæ considerantur vera & propria, respectu Thomæ erat fideicommissaria,] cum ea nati sit nisi repositio in locum deficientis,& repositus sic , succedit postea per fideicommissum , vel aliam substitutionem , qua vocatus fuerat deficiens, & vulgaris illa in fideicommisso semper remanet vulgaris , nunquam transit in fideicommissariam,nec illius naturam assumit, prout explicaui late in aliis *decis.* de hac materia factis , & signanter in vna *illorum Aguilars,& Turris*, vbi potes videre.

Secundum ibi : [Cum qua sicut filij Franciscæ in locum illius reponebantur, ita & filij Thomæ reponi poterant.] Cum quibus visus Senatus voluisse concedere quòd successiones,vocationes,& substitutiones non erant eædem,sed poterant esse. Difficultatem hæc verba faciunt, quia si ex potentia sola istud indicatur,videtur non esse quòd tantisper in his considerandis,& adaptandis laboremus,quia semper erit verum dicere in quacunque specie substitutionis inferius factæ,quòd poterat esse similis superiùs , & similiter casus succedere , & sic semper intrabit ista conjectura,absque eo quòd aliud quæramus Regulæ

† autem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

10 † autem iuris nostri volunt, illum solum substitutionis casum attendendum, qui euenit, & secundùm illum iudicandum, non secundùm eum, qui euenire potest, Gruel. *decis.* 64. *num.* 20. Casus qui euenit, est quòd filij priorum non possint succedere, nisi per metam fideicommissariam, videndum an eam eis possint accommodare filij remotiorum. Cogita igitur cum casus euenerit vlteriùs qui est apud nos frequentissimus, Et serua debitum Senatui honorem, qui plus nobis sine dubio sapit. Mearum cogitationum modica, aut nulla habenda ratio: dico quæ mihi occurrunt in quacunque materia, quam suscipio disputandam, & tractandam, forsan (& hoc certius) erunt detestata ex his, quæ dici possunt. Mihi tamen cum his visum meo satisfeciſſe muneri, non aliter. Et hanc protestationem velim repetitam in omnibus.

ARGVMENTVM.

De eadem materia. Vbi particulariter explicatur sensus illorum verborum, & filios, & hæredes eorum, in vocatione parentum appositorum, an scilicet filij proximiorum debeant etiam esse hæredes, vt dici possint vocati?

SVMMARIVM.

1 *Agitur de interpretatione illorum verborum*, y à fills, y hereus seus.
2 *Verba*, & hæredibus illius. *stant augmentatiue, & ideò non restringuntur ad filios in materia indifferenti, propter copulam.*
3 *Filij, & hæredes cum vocantur, vocatio non est de filiis vt filiis, sed vt præsumptiue futuris hæredibus, & ideo si non sunt hæredes, veniunt quicunque extranei.*
4 *Filii, & hæredes cum vocantur, non sufficit quem esse filium nisi etiam sit heres.*
5 *Legatum factum filiis, & hæredibus, non acquiritur filiis nisi etiam sint hæredes.*
6 *Conditio*, si decesserit sine filiis. & hæredibus, *non dicitur adimpleta nisi filij habeant etiam illam qualitatem hæreditariam.*
7 *Qualitas nisi verificetur, non habet locum dispositio facta sub qualitate.*
8 *Patria sunt non extare, vel extare; & non habere qualitates requisitas.*
9 *Subrogatum non sapit naturam eius, &c. nisi cum nulla est inter ea differentia.*
10 *Qualitates ob diuersas, cessat regula.*
Qualitas est omnino considerandæ, ibid.
11 *Decisio Senatus pro filiis absque eo quod essent hæredes.*
12 *Decisio prædicta renocatur in dubium.*
13 *Parentes, præter legitimam, nihil aliud debent filiis, bona possunt proijcere in mare.*
14 *Iniuriam nemini facit suo iure vtens.*
15 *Quamuis alteri aliquod præiudicium inferatur.*
16 *Puteum in suo faciens, quamuis sic auocet aquam alterius, licitè dicetur facere.*
Parietem tollens, quamuis sic luminibus alterius officiat, licitè facere dicitur, ibid.
17 *Dubium quod ex se est, non est apium tollere dubietatem.*
18 *Auctoris admonitio.*

DECISIO CXLIX.

CAusa illius † Borrull de Lenyader, cum Francisco Palqual, de qua in *præcedent. dec.* medùm habebat difficultates ibi repræsentatas, sed & aliam etiam non minus vrgentem, quia testator filios vltimi substituti non vocauerat simpliciter, sed hoc modo, ibi: [Stan y pertingan a la dita Francisca Llanadera neta meua, y germana sua (si viua sera) e si viua no sera, a fills y hereus de aquella, idest, sint & perueniant dictæ Franciscæ Llegnadera nepti meæ, & sorori suæ, si viua erit, & si viua non erit, filiis, & hæredibus illius.] Ex quibus verbis apparet testatorem in vltima substitutione, non fuisse simpliciter loquutum de filiis substitutæ matris, quæ tunc non repertetur viua, sed de filiis, & hæredibus, quæ quidem verba, *& hæredibus illius* in hac materia indifferenti, cuius sunt extranei capaces, non restringuntur † ad 2 filios, sed ratione copulæ significationem augent, vt hæredibus bona deferantur, siue sint filij, siue extranei. Et quando † scribitur *filiis, & hæredibus*, filij non 3 vocantur vt filij, sed vt præsumptiue futuri hæredes, & sic quicunque hæredes sint, vocati censentur, ita perpulchrè rem hanc declarat doctissimus Couar. *var. resol. lib. 2. cap. 18. num. 3.* Burla *cons. 31. n. 8.* Rota Farina. *in 1. par. recentior. decis. 665. par. 2.* Anto. Monac. *de feud. cap. 36. num. 6. & 52. cum sequent.* viden. Ludouic. Cassana. qui bene id quod dicimus de capienda copula, & augmentatiuè, *in cons. 17. ex n. 15.* deducens inde quòd qui substituit, si decesserit sine liberis, & descendentibus, videtur substituisse sub duplici conditione. Vnde fit quòd per dictum loquendi modum, quo vsus fuit testator in vltima substitutione, nullum fuit ius quæsitum filiis vltimi substituti vt filiis, sed quatenus essent hæredes, & ex consequenti eorum filiorum vocatio non poterat influere in primas vocationes, & substitutiones ad fauorem filiorum prius vocatorum, nisi quatenus illi etiam essent hæredes: si non sunt, nullum ius possunt prætendere, sed bona transeunt ad hæredes, quicunque sint.

Constabat autem quòd filia vnica, quæ fuerat prioris vocati, non erat instituta a patre suo hæres, sed alius extraneus, & sic cum deficeret in ea qualitas ha reditatia contemplata in posteriori substitutione, & vocatione quæ debebat influere in priorem, sequi videbarur ne posset intrare coniectura, ne plus requireretur in causante, quam in causato.

Accedit his † (quod idem ferme, sed superiora de 4 vocatione quotumcunque hæredum absque aliqua attentione ad filios, magis forsan videbuntur multis in propesito concludentia, licet hæc quæ sequuntur non sint contemnenda) quòd testator, vt sæpius diximus, vocauit filios Franciscæ, non simpliciter, sed cum illa qualitate, *a fills y hereus de aquella*, quò fit vt simpliciter, & absolute non dicantur, nec dici possint vocati filij, sed cum illa qualitate, quòd sint simul hæredes, ita vt non censeantur vocati, nisi qui sint filij simul, & hæredes, ex vulgari doctrina Bart. *in l. iusiurandi, § si liberi, num. 4. ff. de oper. liber.* qui loquitur in emphyteusi accepta pro se, & filiis, & hæredibus, quem sequuntur multi, qui allegantur à Casten. *in cons. 77. visis & consideratis omnibus, num. 7. lib. 1.* qui adhuc † propius ad nostrum casum loquens, dicit, 5 quòd legatum factum alicui, & eius filiis, & hæredibus, non habet locum nisi in filiis, qui sint illius hæredes. Mart. *de succes. legal. p. 1. q. 9 art. 6. ex n. 12.* vbi communem esse opinionem dicit, conditionem, † *If decesserit sine filiis, & hæredibus*, non censeri adimpletam, nisi filij sint hæredes, & habeant illam hæreditariam qualitatem, Arius Pinel. *in l. 1. p. 3 num. 90. C. de bon. mater.* Henrich. Rossental. *de feud. cap. 2. concl. 46.* 6 per

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

per tot.Mascon.dec.317.n.1.

7 Filij posteriores † substituti non poterant succedere nisi essent illius hæredes,ergo neque filij priorum,in quos debebant influere,quia cum testator fecerit dispositionem sub intuitu,& contemplatione quod essent hæredes filij qui vocabantur,sequitur vulgaris regula, quòd nisi illa qualitas adsit,dispositio non verificatur, Alex *cons.4.n.7.vers.quia dico.lib.4.*Gab.*com.1.30.n.11 lib.1.*Surd.*cons.403.n.65.lib.1.*

8 Paria enim † sunt non extare : vel extare, & non habere qualitates requisitas,*l.1.§.penult ff.quod cuiusque vniuer.nom.*Casa.*cons.44. n.29. & 30.* Valengue.

9 Velaz *cons.13. n.156. & cons.53.n.4.* Non dissimile † illud quod dicitur de subrogato , quod ve sapiat naturam eius,in cuius locum subrogatur,necesse est nullam esse differentiam inter ea, Menoch. *de arbitr.iudi.q.54. n.30.32.& 36.& cons.235.n.27.*Valengue.Velaz.*cons.*

10 *63.num.178.*vbi † quòd propter dnetiam qualitatem subrogato adiectam , cessat regula , quia qualitas est omnino consideranda,*l.fulfinius,§.1.ff.ex quib.cau.in possef.cum similibus.*

11 Senatus † *visum* , sententia lata inter illos Llanaders,& Pasquals,non impediuisse quin filia vnica prioris vocati succederet,succedereque deberet in bonis testatoris, quòd non fuisset à patre priùs vocato hæres instituta,[Quia(inquit)ex illis verbis à filis y herets de aquella , non inducitur prædilectio absoluta hæredum, sed tantùm censetur concessa electio Franciscæ inter filios, quam electionem cum non fecerit dictus Thomas,qui filiam suam vnicam superstitem hæredem non instituit,ex hoc dictæ filiæ suæ prætidicium irrogare non potuit,alias enim sequeretur,potuisse dictum Thomam fideicommissum prædictum euertere,& dicta duo prædia,quæ iudicio dicti Onophrij ad dictam Ludouicam peruenire debebant, hæredi extraneo applicare.]

12 Non placebat † succumbenti hæc declaratio , nec eius motiua arridebant ei, quia auferebant sibi bona, quæ putabat licitè possidere vt hæres testatoris : conquerebatur,quòd sic destrueretur ei regula in sui fauorem adducta(verùm nescio si sic tunc vt hic vrgenter) quam firmam, & incontrastabilem existimabat, quòd concessis facta filijs,& hæredibus nullum ius tribuit filiis,nisi sint etiam hæredes , immò illis præferuntur quicunque hæredes,quantumuis extranei, vbi filij instituti non sunt.Et cum hoc putabat pars satisfactum motiuo,quo culpa imponebatur patri, cur filiam hæredem non instituisset , quasi cum hoc vltus fuisset velle euertere fideicommissum in fauorem filiorum factum,quod non ei permissum,nec filiæ,non instituendo eam,præiudicium irrogare , & quæ prædia iudicio Onophrij testatoris ad Ludouicam peruenire debebant, hæredi extraneo applicare. Quia istud est quod negabatur , fideicommissum eo modo quo in testamento reperitur,fuisse scriptum in fauorem filiorum, sed immò hæredum,quicunque illi essent,siue filij,siue extranei.

13 Nec pater † (dicebatur istud ex abundanti)compelli poterat,nec tenebatur filiam hæredem instituere, cum vltra legitimam filiis nihil debeat,patens reliqua poterit proijcere in mare,vulg.*l.parentibus 8.C.de inof.*

14 *testam.*multos cumulauit in id Giurb.in *consuetu.Mas-san cap.5.§.7.n.5.* Vnde fit,† quòd cum suo iure vsus fuerit pater, non poterit de eo conqueri filia,quòd illam hæredem non instituerit,ex reg. volg. quòd iure suo vtens,nemini facit iniuriam,*l.iniuriarum,6. ff.de*

15 *iniur.cum similis.*latè adductis per August.Barbo.*axioma.115.incip.ius,n.8.*quamuis † inde filij aliquod præiudicium recipiant,vel luctum(quod magis accedit ad nostrum casum) adultrat.*l.filiumnum,§ 80.& l.prou-*

16 *lus,ff.de damn. infec.* vbi † puteum in suo faciens, & ex cum hoc alterius aquam auocans,& parietem suum altius rotens, & cum hoc lumin bus vicini (ficiens, non dicuntur illis facere iniuriam , quamuis illa inde eis præiudicia contingant , & est etiam text.omninò concordans,in *l.si in meis,ff.de aqua.pluui.arcen.* Alia similia quamplurima exempla reperies *in iur. & Doct.* late adductis per Barbo. *vbi sup.*

Et quamdò † hæc non darentur vti certa, & indubitata,quod nunquàm huic succumbenti persuadebis, saltem deberes ea admittere vti dubia , quid scilicet sentirit testator in victima substitutione Franciscæ, & filiorum,& hæredum illius,& admissa dubietate,difficile tib. fuisset elicere aliquid certum pro filiis proximiorum vocatorum, vt possemus certitudinarie dicere, ergò testator in primis substitutionibus vocate visus fuit filios illorum simpliciter , etiam si non fuit hæredes,nèc qualitatem hæreditariam habeant,de quibus nec verbum vllum in eis nisi in quantum de filiis & hæredibus meminerat testator in posterioribus. Dubium enim quod ex se est , non est aptum tollere dubietatem,nec quidquam certum statuere, vel facere *l.ex quo §.sed cum nostra, C.de edi.priuat.* Hering. in *tract.de fideic.cap.24.n.90.*vbi tradit exempla. Hæc sunt quæ sucellerunt in hac causa,& in aliis supra relatis in *præceden.decis.* quæ scio,saltem respectu causæ illorum Llenyader,& Pasqual,iterùm proponenda in Senatu, vt iterùm alia aula iudicet in secunda instantia : videbunt qui nos sequentur,quid iterùm placuerit : ego enim iam delibor , & tempus meæ resolutionis instat , vtinam bonum certamen certauerim. 17

Melius forsan,† ad tot dubia sedanda,quæ per tot causas,& instantias progrediendo, & longiores vitas, & profundiora patrimonia (vtinam sine contagione illatæ animæ) etiffine destruunt. Melius,inquam,forer forsan,quòd coniectura exterminaretur à tribunalibus,præterquam in illo casu, quem considerabamus in initio,quandò nulla est prorsus differentia inter vocationes & in applicatione earum nulla difficultas, aliàs si per tot diferimina rerum est transeundum , in quo est errare tam facile , vt potes etiam facile colligere ex omnibus,quæ in hac materia adduximus,forsan melius (iterum dico)salrem vtilius , coniecturam rejicere,ne cum tanta incertitudine procedatur ad auferendum bona à suis possessoribus , ac illis quidem quandoque legitimis. 18

ARGVMENTVM.

Filij in conditione positi,& ex coniecturis vocati , an censeantur etiam grauati restituere illis,quibus illorum pater per fideicommissum sub conditione,si sine liberis,&c.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio disputanda proponitur,prout in summario.*
2 *Filij positi in conditione excludunt in primis substitutum,quidquid de illu postea contingat.*
3 *Oldra.cons.21. ab omnibus communiter receptum, & a nemine reprobatum.*
4 *Oldra.cons.21. à multis defenditur , etiam contra coniecturas.*
5 *Fideicommissum. sat grauamen vni nominatim inuentum,non censetur repetitum in aliis.*
6 *Declaratur,vbi quis non grauatur nomine appellatiuo,sed nomine proprio.*
7 *Filij ex eo quod sint actiue vocati,non ob id censentur passiuè grauati.*

8 *Filij*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

8 *Filij in conditione positi, & vocati, censentur secundum aliquos, etiam grauati.*

9 *Filij positi in conditione, & ex coniecturis vocati, ex coniecturis etiam dicuntur grauati, quandò illæ concurrunt legitimæ.*
Fideicommissum potest induci ex coniecturis, & inductum haberi pro repetito, ibidem.

10 *Fideicommissum inter positos in conditione, & ex coniecturis vocatos, sic potest tacite induci sicut inter eos, qui sunt expressè dispositiuè vocati.*

11 *Oldra.* cons. 21. *non intrat, immò ab eo recedimus ex præsumptionibus, & coniecturis.*

12 *Coniecturæ, quæ hic considerabantur.*

13 *Subrogatum tam in persona, quam in rebus subijcitur eodem vinculo quo is, in cuius locum, &c.*

14 *Subrogatus censetur vnus, & idem.*

15 *Filij positi in conditione, & ex coniecturis vocati censentur grauati, cum ex post sunt vocati agnati, prout hic.*

16 *Quod procedit maximè vbicunque post filios, est facta substitutio.*

17 *Fideicommissum, & grauamen censetur injunctum ex verisimili mente, &c.*

18 *Fideicommissi repetitio, seu extensio datur ex verisimili mente.*

19 *Testator præsumitur plus voluisse grauare pronepotes, quàm nepotes.*

20 *Pia causa fuit or efficit, secundum aliquos, vt detur fideicommissi repetitio.*

21 *Resolutio Senatus.*

Decisio CLI.

1 DEmùm, † & finaliter in suprà enarrata causa illorum Llennader, & Pasqual, de qua tantis per egimus *in præcedentibus decisionibus*, fuit dubitatum, nunquid filia Ioannis Thomæ Llennader, casu quo diceretur vocata, censeretur etiam grauata restituere sc quentibus per fideicommissum in casu qui successerat decedentiæ absque liberis, sicut grauatus erat pater.

2 Hæc quæstio † pro parte prætendentis vltetius vinculum in filijs positis in conditione, & ex coniecturis vocatis, videbatur nullum posse habere iuris fundamentum, quia ei occurrebat vulgatissimum Oldra. *cons.* 21. quo filij positi in conditione excludunt substitutum imprimis, non curando quid de eis postea contingat, siue viuant, siue moriantur, & siue cum liberis, & siue sine eis, & hic est principalis effectus huius positionis filiorum in conditione, quod quidem
3 † *cons.* in terminis in quibus loquitur, ab omnibus sine disputatione recipitur à nullis improbatur, immò ab omnibus verissimum iudicatur, vt dicit, & multis
4 comprobat Cafana. *cons.* 15. *num.* 1. vsque adeò † vt multi Oldra. defendant, etiam aduersus coniecturas repetiti grauaminis, quos extenso calamo recenset idem Cafana. *cons.* 4. *num.* 165. & *d. cons.* 11. *n.* 1.

5 Idque † ratione manifesta, quia quandocunque fideicommissum ab vno nominatim relinquitur, vel vnus nominatim grauatur, etiamsi, quod plus est, is non capiat, relictum ab eo non censetur repetitum ab alio, qui grauatus non repetitur, apud quem bona remanebunt libera ab onere nominatim iniuncto alteri. *l. Celsus, §. quod alicuius ff. de lega.* 2. *l. si plures, ff. de lega.* 3. Cafana. *cons.* 55. *num.* 34. post Peregri. *de fi-*
6 *deicom. art.* 16. *num.* 59. qui dicit † hoc procedere vbi non grauatur, prout hic, sub nomine appellatiuo, sed sub nomine proprio, fusissime omninò in materia eden. Ioseph. de Rusti. *ad l. cum auus, lib.* 4. *tot. cap.* 2.
7 *& 3. de condi. & demonst.* atque ita † ex eo quòd filij sint actiuè vocati, non infertur quòd sint passiuè grauati, idem Peregri. *art.* 28. *num.* 27. *& art.* 29. *n.* 26. Anto. Thesau. *decis.* 96 *a num.* 32. Acquil. Petrona *de adipis. possess. n.* 195. Rota Rom. *in post hum. Farinac. p.* 1. *decis.* 125. *per tot. Fusar. cons.* 17. *n.* 27. *&* 98. *cons.* 57. *n.* 16. *cons.* 180. *n.* 1. *c. & 21. & in aliis eiusdem concess.* Stephan. Gratian. *discep. forens.* 774. *n.* 8. *lib.* 4.

Sed prædictis † non obstantibus (dicebatur ex ad- 8
uerso) non deficiunt qui simpliciter tenent contrarium, & strenuè defendunt, censeri in isto casu vltetiùs progredi fideicommissum in filios in conditione positos, & ex coniecturis vocatos, quos latissimè citat Ioseph. de Rusti. *in tract. de fil. positis, & seu post eum, in cons.* 1. *num.* 42. *& cons.* 3. *num.* 41. inter quos signanter ponit Guid. Pap. *dec.* 531. Grat. *cons.* 5. *n.* 85. *lib.* 1. Dec. *cons.* 170. *in fin.* Iacob. Menoc. *de præsump. li.* 4. *præsump.* 69. *n.* 14. *vers. Et hæc quidem coniectura, & in cons.* 120. *perplexa, & difficilis, n.* 16. *ver. Atque quandò, &c. li.* 3. *ac etiam in cons.* 310. *Et si difficilis, n.* 10. *li.* 4. *cum aliis multis*, iden: Rusti. *ad l. cum auus, lib.* 4. *cap.* 2. *ex n.* 54. vbi in terminis, quòd grauamen censetur etiam in filijs tepetitum tametsi non sint expressè vocati, sed ex coniecturis. Vndè volebat persuadere pars dominis iudicibus, quod simpliciter nullo aliorum rerum facto examine, filios istos in conditione positos, & sic vocatos, fuisse etiam grauatos erga reliquos, qui postea vocantur in testamento, declaratent.

Et vt † ad id faciendum meliùs, & facilius induce- 9
rentur domini Iudices dicebat quòd si & vbi sua ipsius prætentio sic simpliciter sumpra recipiebat difficultatem, eam tamen non admittebat quandò concurrerent coniecturæ, quæ illam adiuuarent, & fouerent, & in hoc nullus discrepat, cum ex coniecturis posse induci fideicommissum, & inductum haberi pro repetito, omnes profiteantur ingenue, de quibus latè per Fusar *de substit. tota quæst.* 48. & in terminis, quòd filij in conditione positi, & ex coniecturis vocati, ex coniecturis etiam dicantur grauati eodem quo patet grauamine, recedendo à *tot. s.* Oldra. 21. late probat Fusar. *in omnibus consiliis supra relatis, & in cons.* 5. *n.* 5. *& in cons.* 180. Cæl. Barz. *dec. Bonon* 3. *n.* 29. dicens, † quòd inter positos in conditione, & ex coni- 10
cturis vocatos, sic potest ex coniecturis induci tacitum fideicommissum, sicut inter eos, qui sunt expressè dispositiuè vocati. Idem Barzi. *dec.* 6. latè etiam Achil. Persen. in *loco superius citato*, Thesau. *decis.* 96. *n.* 34. Io. Anto. Bello. *cons.* 26. *n.* 51. & denique Rusti. *ad d. l. cum auus, lib.* 4. *n.* 12. vbi dicit, † quòd recedimus 11
ab Oldra. ex præsumptionibus, & coniecturis, quibus colligeretur testatorem voluisse onus restitutionis fideicommissi esse repetitum à substitutis, & vocatis in alios.

Ad istud † in casu præsenti pro coniectura addu- 12
cebatur id quod sæpiùs dictum, & repetitum, quòd si vocatio filiorum proximiorum in conditione positorum dabatur, illud quidem erat propter influentiam vocationis filiorum remotioris, quam debebant propterea recipere (aiebant) cum honoribus, & oneribus, & cum omnibus suis qualitatibus, ne plus habeant illi, quàm isti: filij autem remotioris substituti, grauati, vt prætendebatur, erant dicendi etiam sub conditione, *si sine liberis*, quemadmodùm eorum mater, ex quo si viua illa non fuisset tempore successionis, subrogabantur in illius locum, quia † fideicommisso 13
etiam subijcitur quod subrogatur, sicut erat illud, in cuius locum subrogatur, prout in terminis tradit Peregr. *de fideicom. art.* 16. *n.* 10. Sotom. *quæstd. Controuer. iur. lib.* 4. *cap.* 36. *ex num.* 51. vbi † quòd subro- 14
gatus censetur vnus, & idem, & procedit tam respectu rei, quàm personæ, & infinitus ad id allegat Eucrar. *in loco subroga.* Pala. Mier. *de maioratib.* 1. *p.q.* 11. *per tot.* Molin. *de primog. Hisp. an. lib.* 4. *cap.* 4. *ex num.* 24. Cafana. *cons.* 2. *n.* 6. & 39.

Vtra

15 Vltra quod, † in vltima substitutione reperiebantur vocati agnati post vocatos in primis nepotes, & pronepotes, solis vxore, & nutu de vita sua intermediis ibi: *fiam. y perningan à perent o parents meus proprehen, si no aura*, in quo casu volunt scribentes filios positos in conditione, & ex cõiecturis vocatos, habetri etiam pro grauatis, fideicommisso in eis reperito, cum ex hoc appareat noluisse testatorem bona transire ad extraneos. Iosephus de Rusti. in *cons. 1. n. 39. post. tract. de filiis positis, & cons. 2. n. 52. cons. 3. n. 41.* & demque ad
16 *l. cum anus, lib. 4. cap 2. n. 16.* vbi dicit † maxime hæc procedere vbicunque post filios in conditione positos, substitutio fieret, hoc enim casu dicit, quòd grauati procul dubio censentur.

17 Addunt † denique Doctores verisimilem testatoris mentem, quòd si de hoc casu interrogatus fuisset, est sine dubio quòd respondisset se velle grauare filios positos in conditione, & ex coniecturis vocatos, quia alias bona non potuissent deuenire ad proximiores posteà vocatos, nec ad causas pias, quas vocauerat in defectum illorum, Rusti. *cons. 1. n. 46.* Rot. in *nouiss. p. 1. decis. 698. n. 10.* Cæs. Batzi. in *cons. 1. ni. posito*
18 *post decis. n. 143. & decis. 5. n. 15.* vbi † quod ex hac verisimili mente datur repetitio, seu extensio fideicommissi de vna persona ad aliam, & etiam quia non est dare rationem, cur magis voluerit grauare onere reddare rationem, cur magis voluerit grauare onere re-
19 stitutionis nepotes, quàm pronepotes, immò † creditur quòd istos magis voluit grauare, Grat. *cons. 5. n. 31. & sequen. lib. 2.* Rot. Ludouis. *dec. 315. n. 14.* Et quandò
20 † non concurreret nisi solus fauor canfarum piarum, sunt qui tenent, dandam repetitionem fideicommissi in positis in conditione, & ex coniecturis vocatis, vt est apud Fusar. de *subst. q. 441. n. 48.* quamò magis (dicebant) in hoc casu, vbi tot alia concurrunt valde vrgentia, vt vidisti.

21 Senatui † in causa sæpè dicta in superioribus vi-
†† dit Borrull de Llnyader, *visum* non declarare super hac prætentione, quia non erant in causa fideicommissarij prætensi, qui bona peterent, sed solum fideicommissum allegabat rea conuenta, & interim bona remanere debebant penes Thomæ filiam in conditione positam, & ex coniecturis, vt dictum est, vocatam & in illius hæreditate, quæ fideicommissum agnouerat petendo illud in hoc iudicio, & post illius mortem, quæ contigit denunciato iam processu, illius hæres.

3 *Vsarici, & constitutiones Cathalonię præferuntur, apud nos, omnibus alijs iuribus.*
4 *Vsatici*, omnes causæ, *dispositio est odiosissima, & ideo restringenda.*
5 *Casus huius decisionis.*
6 *Verba*, & eo præmortuo, *an operentur, tam fideicommissariam, quàm vulgarem substitutionem.*
7 *Præscripto non currit non valenti agere.*
8 *Fideicommissario non currit præscripto vinente hærede grauato, quia non potest agere.*
9 *Etiam si tempus esset immemoriale.*
10 *Testator in casu huius decisionis voluit causam decidi debere secundum forum interius conscientiæ.*
11 *Statuta permittentia præscriptionem cum mala fide, intelliguntur in foro exteriori.*
12 *Sed nec in eo foro essent tuta, data mala fidei plena probatione.*
13 *Mala fides probatur ex scientia rei alienæ, & retentione illius, non minus quam si alienum caperetur.*
14 *Male fidei possessor ad præscribendum reputatur qui non vocatus in vinculo possidet bona vinculi.*
15 *Possessio etiam mille annorum non potest facere verum hæredem illum, qui non est.*

DECISIO CLII.

1 NIhil est † in Cathalonia in ore iudicum, & adnocatorum omnium frequentius, quam quod in ea, mala fides non impedit præscriptionem, id est quòd siue cum bona, siue cum mala fide, omnia trigina annorum spatio extinguntur, & suo casu acquiruntur, id quod omnes deducunt ex vsat. *omnes causæ, tit. de præscrip. in 1. vol. constit.* ibi: [Totas causas, si vol bonas, ò malas rahons ciuils, ò encara criminals si dins trenta anys difinidas noferan, ò catius, qui en contentio seran posars, e no son per altre empero possehits, si definits, ò venuts no seran, en ninguna manera no sian redemanasit. Si algu empero apres aquest nombre de 30. anys, assijara moure plet, aquest nombre li resulte à vna llinra de or, à aquest, à qui lo Rey manatà, forçat pac.] Hæc sunt vsatici verba, quibus in Cathalonia etiam cum mala fide præscriptiones defenduntur. De quo † non est patùm mirandum, quomodò sit ita 2
introductum, præsupposito, quòd sumus tam obseruatores iuris canonici (quod summe abhorret malæ fidei præscriptiones, & in hoc ius ciuile correxit, vt dicit Barbos. in *rub C. de præscr. 30. vel 40. anno. ex n. 39. cum seq.* idque in *cap fin. de præscrip. & reg. possessor. do reg. iur. in 6. cum similibus.*) vt semper illud iuri ciuili præposuerimus, vt habes apud Mich. Ferr. in *præem. suarum obseruat. Regiæ Audientiæ*, & lege perpetua de priùs iure canonico, quàm ciuili obseruando, & sequendo eautum habeamus apud eundem Ferrer. *vbi supra.* & nouissime in cutiis anni 1599. vt certius istud haberetur, *cap.* 40. ad id expresse conditum fuit, vt ius canonicum, ante ius ciuile obseruare deberemus. Et præterea, nullus potest negare quin hæc sit materia peccati, quod incurrere videtur possidens rem alienam cum mala fide, *c. si res aliena, 14. q. 6. c. sæpe, de restit. spolia.* succedit igitur regula, quòd quandò agitur de materia peccati, ius canonicum in vtroque foro obseruandum est, glos. in *cap. possessor, de reg. iur. in 6* Aym. de *antiqui. temp. 4. par. §. materia ista, n. 20. & cons. 146. n. 5.* cum aliis adductis per Pet. Barbos. in *rub. C. de præscrip. 30. aut 40. anno. n. 41. & 43.* Sed obtinuit, vt obseruaretur apud nos inconcusse eius vsat. dispositio, ea ratione, † quia eisdem legibus nostris, quibus ius ca- 3
nonicum præponitur ciuili, ius vsaticorum præfertur vtrique, non obstante quòd de illius validitate fit aliquandò dubitatum, provt ego post nostros pra-

ARGVMENTVM.

Vbi causa est decidenda secundum conscientiæ forum, non admittitur præscriptio cum mala fide, quamuis statutum illam admittat, quia intelligitur in foro exteriori.

Hæres hæredis grauati, an dicatur esse, & constitui in mala fide, non restituendo rem fideicommisso subiectam antequam ab eo petatur, & declaret fideicommissarius, se velle illam habere.

Interpretatur vsati. omnes causæ, de præscripti.

Verba, & eo præmortuo, interpretantur.

SVMMARIVM.

1 *Mala fides in Cathalonia non impedit præscriptionem.*
2 *Ius canonicum in Cathalonia præfertur iuri ciuili.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ćticos, quos cito, adduxi in *1.de pact. nup. clau.4. glo. 18.part 1.n.29.* Ad quos,si tuum velit in his excercere ingenium , potes recurrere , & cum eis super materia discurrere,quæ non est injucunda,sed delectabilis valdè. Et signanter debes recursum ad Oliban.nostrum *vbi supra* habere,apud quem benè de sensu, & intelligentia Vsar. Nec omittas Cancer. etiam nostrum, qui peroptimè de materia vsat.in *1.p.vot. resol. cap. 15.de præscrip.statim in initio,in additio.*

4 Sed cùm † sit odiosissima vsar. dispositio , vtpotè introducens, ac admittens præscriptionem cum mala fide, Olib. de *actio.tom.1. par.1. lib.3. ad §.namque si cui,n. 3.infti. de actio.* semper curarunt nostri restringere eam quantùm potuerunt , & quærere ei limitationes.

5 Id mihi† nuper contigit pro Monasterio,ac Conuentu Beatæ Mariæ de mercede redemptionis Captiuorum ciuitatis Valentiæ contra Hieronymam Talauera viduam relictam Lucæ Talauera mercatoris huius ciuitatis , nam petente Monasterio hæreditatem quandam , quæ ei obuenerat ex persona cuiusdam Religiosi ex vinculo,& fideicommisso maiorum suorum , per mortem primæ vxoris dicti Talauera absque libertis defunctæ in ea succedentis , apposita fuit præscriptionis exceptio in vim vsati.prædicti , & aliàs: & cum ego replicarem de mala fide possessoris, reddebant, eam in Cathalonia non impedire præscriptionem, vt disponit Vsar. atque ita quamuis ea concurreret (quod adhuc negabatur) nihilominus non poterat mea pars obtinere. Oportuit itaque quòd ego limitationem ad vsaticum exquiterem , vt obtinerem.

6 Primò dicebam,† quòd licèt mater Religiosi esset, quæ prioti loco erat vocata,& contra eam decurrisset sufficiens tempus ad præscribendum postquam poterat ageré,verùm vinculum non finiebat in ea,sed transibat vlterius in filios suos post illius mortem ob illa verba , quæ legebantur in vocatione matris , *& alia præmortua ad suos infantem,vel infantes legitimos , & naturales*,quę videbantur importare vocationem filiorum,nedum in casum vulgaris,casu quo propter prædefecdentiam , vel aliàs mater non posset esse hæres, qui casus non contigerat, sed etiam per fideicommissariam, quandò superuixisset, & hæres fuisset, vel esse potuisset, provt in nonnullis occationibus, secundùm subiectam materiam,intellexerunt plures, & inter eos Laderch.Immolen.qui verba,*& eo præmortuo*,cum verbis,*post mortem* æquiparat in *cons.80.per tot.*& Ioseph. Ramo. qui loquitur in vocatione facta hoc modo , *si superuixerit.sin autem eius liberos, in cons.9.ex n.14.*& est de hoc etiam *tot.cons.* Roma.56.

7 Si hoc erat † verum,cessabat omnis contentio,& disputatio, cessabat omnis præscriptionis exceptio, cum ea non currat non valenti agere,vulga.*l.1. C.de anna. except.& l.stilicinus. C.de feriis.vrban.prad.*quod ego late probaui,& explicui in *1. de pact. nup. clau. 4. glo. 12.ex n.64.&* in terminis,† quòd succesturo in vinculo ex persona propria,nulla(viuente prius vocato)curat præscriptio, quin posteà eo defuncto possit agere, nullus est,qui non fateatur esse expeditissimũ,nihil in iure magis vulgatum,& triuiale,fusè Peregrin.de *fideicommiss.tot.art.41.*& signanter *n.16.*Mart.de *succes. lega.per aquæs. 21.art. 15.n.98.* latè Regens Leo in *respon. iuris posito post decis. 173.n.249. & sequen. lib.2.* Fulat.de *subst.q.528.n.4.*Menoch.*cons.904.n.61.*etiam

9 † si tempus esset immemorialè,provt apparet ex multis,quos ego refero in *1.de pact.nup. clau.4 glo.12.n. 65.& 67.*& nouissimè Barbos.in *rub.C.de præscrip.40. vel.40.anno.n.397.*

10 Hæc ratio † non placebat multùm Senatui difficile iudicans credìru , quòd verba, *& ea præmortua , ad illius infantes*, importet idem,quod *post mortem*,& sic tam fideicommissariam , quàm vulgarem inducant, nec volunt super hoc puncto multum disputare , sed iussit ad alias exceptiones , quas contra allegatam præscriptionem adducebam,progredi, quod nec mihi displicuit , quia reuerà verba illa , non poterant importare illud,ad quod allegabantur.Erat igitur secunda exceptio, hanc causam decidendam secundùm forum interius,& sic secundùm conscientiæ forum,non sicut deciduntur aliæ,secundùm forum exterius.Ratio est,quia ita testator,qui vxorẽ,contra quam agebatur, instituerat hæredem,dispofuerat expresse in suo testamento (casus ratus,forsan non vidisti vnquam aliũ in vita tua,quàuis sit Nestorea)postquàm enim pro exoneratione suæ conscientiæ, vt dicebat , narrauerat factum, quòd licèt ipse , vt hæres primæ vxoris grauatæ , per tempus 40. annorum possedisset bona ista, absque eo quòd aliquis petiisset quidquam ab ipso super eis bonis,& haberet vota Doctorum dicentium se ea præscripsisse , nihilominus volebat,quòd si peterentur contra suum hæredem,Iudex exoneraret suum ipsius testatoris conscientiam & iudicaret causam secundùm forum conscientiæ , his verbis : [Encaretch al magnifich Iurge,qui de aſso conexerà,y es ma voluntat,que prenſupsat dit fet en la forma dalt tinch dita,fassà, y administre iusticia à les parts, de manera que si yo en conciencia , y sens patirme ma anima en lo altre mon , puch retenirme dits bens , y aquells son meus per dita prescriptio , vull me sian adiudicats , y quant no, ço es que en lo for exterior, y de dret fossen meus, empero no res menys restàs cartegada ma conciencia;en aquest cars vull,que per dit magnifich Iurge sia aquella descarragada,y juntament sia fet segons lo que en dit for interior será de justicia, que pes ser punt delicat , y no podermen determinar , per descartech de ma anima ho deix tot al dit magnifich Iurge , de qui plenament confio, que com à bon Christia, la assegurara.] Multis videbatur fuisse melius , quòd idem ipse viuens huic exonerationi conscientiæ intendisset , secundùm quod viri docti , & timorati consuluissent ei , nolens id alteri relinquere , quod est nostrum tam proprium , in tanta perplexitate, & anxietate mori circa ea , quæ propriæ conscientiæ exonerationem respiciunt , contra id quod habetur in *authen. de hæred.& facid.in fin.*

Quibus verbis,clarè testator declarauit velle se,quòd causa secundùm forũ interius & conscientiæ decideretur. Quo in† casu nõ intrant statuta,quæ sunt in multis partibus,de admittendis præscriptionibus cum mala fide , quia cum mala fide nullus est in conscientia tutus,atque ita si quis scit se aliquid debere,nulla temporis præfinitione liberatur à soluendo , quo præsupposito,iniquè faceret index,cui secundùm forum conscientiæ est commissum iudicare in aliqua causa,si reum absolueret prætextu præscriptionis malæ fidei, quantumbis essent statuta, sicut hic, admittentia præscriptionem,etiam cum mala fide,quia intelliguntur in foro exteriori,non interiori,ita pulchrè Pater don Ioan. Valero de *differentsis inter vtrumque forum,verb.præscriptio, d.fferen.2.&* 6. Gamm. *decis.53. n.9.* Bernar. Rebel.Societ.Iesu de *obliga.iust.part.2.lib.14.quæst.13. de conduc.famul.n.18.* Ioan.Gutier.in *repeti.l.nemo potest,n.200.ff.de lega.1.& de inr.confirmæ.2.part.cap.1. n.23.in fin.*quod † statutum nec foret omninò tutum in foro exteriori, data plena malæ fidei probatione,vt plures Senatus *decis.*quas Cancer.in *3 part.variar.resolut. cap.3.de priuilee n.116.* & ego etiam post eum in *1.de pact.nup.clau.4.glo.13.part 4.48.* referimus id declarant satis,quanto minus in foro interiori ?

Mala autem † fides probatur ex verbis testatoris eiusdem antea prolatis , & sic ex confessione ipsius, ibi : [Mes auant declaro per descartech de ma conci-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

ibi „[Mes anant declaro per descarrech de ma conscientia,en quant perço aquella pogues tenir cartega-da,que quant Anna Talauera quondam primera mullet mia mori,la quol me feu à mi hereu seu vniuersal, tenia yo noticia , que Eleonor Ribera tia de dita ma muller , la hauia feta hereua , y vinculat sos bens en cars dita moris seus fills,à favor, de sas germanas de dita muller ma,alguns dels quals bens me aporta en dot dita Anna , y yo ab dits titols los posseesch vuy. &c] Mala enim fides probatur,& probata manet ex scientia rei alienæ,& ex retentione illius, non minùs, quàm si alienum caperetur , provt optimè probat Surd.*dec.*240.*num.* 1.& 2.& *cons.*296.*n.*5.& 28.Barbos.in *l.cum notissimi,n.*20 *C.de præscription.*30.*aut* 40. *annor.*& hoc est generale in omni materia , vt docet Dius Thom.in 2.2. *quæst.*62. *art.*8. & alij quos citat
14 Surd.in *loco prædicto.* Et in indiuiduo, † quòd malæ fidei possessor reputetur,& vt talis nullo tempore præscribat qui contra fideicommissum , & vinculi restorationem,vt persona diuersa ab his, quas testator vocauit,bona possidet,probat Ari.Pinel.in *authen.nisi triscennale,n.*23.*C.de bon.mater.*Gregor.Lopez in *l.*10.*tit.* 16.*parti.*4. *vers.*ns le empiece,*col.fin.*& Petr.Barbos.ad
15 *rubr.C.de præscrip.n.*391. *cum sequent.* vbi agens † de eo,qui cum non esset vocatus in vinculo,possidet bona vinculi,& sic ait,[Possessio etiam mille annorum non potest facere verum hæredem illum,qui vocatus non est ad illius successionem,Lobligationum fere,§. placet,ff.de acti.& obligat.& quia cùm constat de titulo vero contrario,videtur etiam constare de vitioso initio præscriptionis,& locum habet reg. cap. fin.de præscriptio.] & in terminis tradit Decian.*cons.*117. *n.* 69.*lib.*3.*&c.* Reliqua in sequen.decis. vbi Senatus iudicium.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisionis præcedentis prosequendo idem intentum.

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissa non acquirantur nisi volentibus,atque ita qui vult succedere,necesse habet se declarare.*
Et interim declaratione non facta,possessor non dicitur esse in mala fide,ibid.& n.seq.
2 *Præscriptio semper habet locum vbi actio non competit ante acceptationem.*
3 *Mala fides impedit præscriptionem iuris,vel actionis,iam quæsitæ,non quærendæ,vbi declaratur.*
4 *Successor maioratus non succedit ex necessitate iuris, sed ex voluntate.*
5 *Mala fides solum consideratur ad impediendum præscriptionem, vbi est materia peccati,vbi declaratur.*
6 Cap.fin.de præscrip.*solum se fundat in peccato, ne cum eo permittatur præscriptio.*
7 *Possidens bona fideicommissi quamuis sciens,non est in mala fide dum ab eo non petitur.*
8 *Contrarium eius quod dictum fuit in præcedenti dec.tenent multi.*
9 *Distinguitur in his per Peregrin.*
10 *Possessor dicitur in culpa si occultat testamentum, ne ad notitiam vocatorum deveniat.*
11 *Præscriptio vt procedat in fauorem hæredis contra fideicommissarium , necessaria est huius scientia.*
12 *Ignorantia præsumitur in factis antecessorum.*
13 *Ignorantia probatur coniecturis,cum constat in animo,& ideò directa probatio est impossibilis, aut difficilis multo.*
14 *Ignorantia in absente præsumitur.*
15 *Ignorantia ex se iam præsumitur,dum non probatur contrarium.*
16 *Ignorantia testamenti præsumitur si semper fuit penes Notarium , nec vlla vnquàm extracta copia.*
17 *Culpa hæredis est non manifestare,ac notum facere fideicommissario fideicommissum , maximè cum ille solus habet testamentum,in quo illud continetur.*

DECISIO CLIII.

ADmitatus aduersarius nouitate materiæ, de qua in *præcedent.dec.*quia,vt dixi,vix est,quòd alius similis casus apud nos successerit vnquàm, confugit ad remedium negatiuum malæ fidei, cùm enim ea esset fundamentum actoris præcentionis,eo destructo,corruere omnia,necesse erat.

Dicebatur,† & non quidem insubtiliter ex aduer- 1
so,non induci probationem malæ fidei in isto possessore ex scientia,quam ipse confitebatur,vinculi appositi bonis in fauorem aliorum, in casu qui successerat, quòd illius vxor primo loco instituta decederet, sicut decesserat sine liberis,ratione manifestissima, quia fideicommissa non acquiruntur nisi volentibus,atque ita vt debeatur fideicommissario hæreditas,necessum est declaret ipse voluntatem,dum non fecerit,non potest dici esse in mala fide hæres hæredis grauati,qui illam retinet,cùm testitutio non fit faciendanisi illo volente,& petente, provt declarat magnus fideicommissorum explanator Mar.Anton.Peregr.de *fideicom.art.*2. *num.*62.& 63. & rursus *artic.*41. *num.*10. Surd.*consil.* 60.*num.*16. vbi postea † ex Anchart. dicit procedere 2
generaliter in omni materia,quandò actio non competit ante acceptationem,quia semper interim poterit præscribi , elegantissimum est de hoc *cons.* eiusdem Surd.73.*in eodem libro*,vbi in terminis terminantibus, agebatur de hoc articulo , an mala fides hæredis obstet exceptioni præscriptionis per eum allegatæ contra petitionem fideicommissi factam post lapsum tempus legitimæ præscriptioni & resoluit,quòd non, ex quo fideicommissarius nunquàm declarauerat se velle fideicommissum , & sic non erat considerabilis mala fides in hærede,non interpellato non restituente,resoluens † tandem *num.*54.*vers.respondeo secundo,* 3
declarando materiam vnico verbo , quòd mala fides impedit quidem præscriptionem iuris , vel actionis iam quæsitæ,sed si agatur de iure quærendo,vt est(inquit)legatum,vel fideicommissum,quæ non acquiruntur,nisi agnoscendo , vel acceptando , tunc est locus præscriptioni ante acceptationem, etiam stante mala fide , quod deinde tam viuacibus rationibus probat abundè, vt nihil suprà , idem etiam probat Stephan. Gratia.*decis.prouin. March.*4.*ex num.*15. & *in addit. ad eandem*,Aluar.Velasc.*cons.*ulta.160. *num.*5. vbi quòd † successor maioratus non succedit ex necessita- 4
te iuris , sed voluntate , si scilicet vult succedere, Regens Leo *decis. Valentis.* 209. *numero* 4. *lib.* 2. Vincen. Fusar. de *fusti. q.* 528. *numero* 12. Doctor Mart. de *succes. legal. par.* 4. *q.* 21. *art.* 15. *numero* 94. & *sequen.* vbi optimè confirmat : Nec negauit idemmet Pater Valero, quem ducem in hac causa habuimus, vt vidisti , is enim citato verbo, *præscriptio, differ.*2. *num.*3. explicando vlteriùs materiam, dicit, † prædicta intelligenda fore in præscriptionibus eatum actionum (inquit) siue rerum , quæ fieri nequeunt sine peccato , quales sunt debitorum, quæ sine interpellatione soluere tenetur , secus tamen in aliis , vt in præscriptione libertatis aduersus 5

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

seruiturem rusticam, & in præscriptione sententiæ
6 iniustæ : & ratio † diuersitatis (pergit vlteriùs) est, quia *cap. fin. de præscriptio.* solùm se fundat in peccato, vnde ablata culpa ex parte præscribentis, standum erit iuri communi, vel municipali, cum dictum caput sit correctorium, vnde non debet extendi ad casum diuersum, &c.

7 Ex quibus † videbatur concludendum nullam in Luca Talauera possidente vti vxoris hæredem, bona ista per trigintà, aut quadraginta annos, potuisse considerari malam fidem, quamuis scierit, vt ipse dixit, restituenda illa fore alteri per fideicommissum, postquàm talis fideicommissarius nihil petiit vnquàm, nec declarauit se velle bona prædicta.

8 Sed prædictis † non obstantibus, ego in isto casu totis viribus defendebam, nunquàm defuisse malam fidem, & ex consequenti non potuisse ei suffragari allegatam præscriptionis exceptionem : ad quod non insisto particulariter in contraria opinione, quæ tenet, quòd immò ex sola scientia fideicommissi, talitet constituatur hæres in mala fide, vt nullatenus præscribere possit, siue petatur ab hærede, siue non, quam opinionem defendunt Cumanus. Deci. Alba. & ibi additio. & Curt. iuni. quos allegat Peregrin. *de fideicommiss. art. 4. n. 11.* & Fular. *de subst it. quæst. 528. num. 13.* qui

9 Cæphal. addit, sed in declaratione, † quam *vbi supra* adducit Peregr. conciliando opiniones istas contrarias, & placet Fusario, vt ipse dicit : [Distinguendo (inquit Peregrin.) dic, quòd dicta primo loco vera sunt data scientia ex parte legatarij, & fideicommissa-

10 rij, vel saltem cessante culpa hæredis ; sed si hæres † occultasset testamentum, vel non monuisset legatarium, aut fideicommissarium de legato, & fideicommisso relicto quiaconstat hæredem peccare, & contra conscientiam agere, dum legata, & fideicommissa relicta celat, ideò legis prohibitio iure locum habet, vt propter peccatum non præscribat, & in specie sic loquitur Cuman. dict. *consil. 147. n. 3.* sequitur Deci dictus locis, quod est summè notandum ad præmissorum declarationem.] Hactenus Peregri. adde Mart. de

11 *succes. lega. par. 4. quæst. 22. arti. 5. num. 8.* vbi † præcise requirit scientiam fideicommissarij, & illius probationem, vt præscriptio ex sua patientia noceat in isto casu.

In nostro concurrebant omnia, quæ considerat Peregrin In primis scientia nulla ex parte fideicommissarij probabatur, immò ignorantia multis modis, tum ex generali iuris præsumptione, qua ignorantia, non scientia præsumitur, vt est regula iuris nota, maxi-

12 me † in factis anteceſſorum, quæ iustè ignorari præsumuntur, *l. quis in alterius, de regu. iur.* Calan. *cons. 57.*

13 *num. 25.* cum etiam † ex coniecturis, quæ sufficiunt, cum enim sit de his, quæ consistunt in animo, plena, directa, & perfecta probatio est impossibilis, aut difficillima saltem. Vlut. *decis. 505. num. 21. lib. 3.* Ofasc. *decis. 101. n. 24.* cum aliis adductis per Costa de *fac. scien. & ignor. in spect. 84. num. 1.* Coniecturæ autem hic erant euidentissimæ, & signanter, quia fideicommissarius, & eius filius, cuius nomine agebatur, habitabant, & moram trahebant, in ciuitate Valentiæ, testatrix autem in ciuitate Barchynonæ distanti per

14 quinquaginta leucas, in absente † autem ignorantia præsumitur sine dubio, *l. Titius, §. Lucius. ff. de lib. & posthum. l. 2. §. voluntatem. ff. solut. matrim.* Surd. *dec. 140. num. 13.* Monac. *decis. Florent. 7. n. 35.*

15 Deindè, † testamentum non fuerat repertum penes regentem scripturas notar j. qui illud receperat, ita vt non reperiretur apritia, vel nota illius, vt partes erant in confesso, sed quædam eius copia authentica penes hæredem, non penes alium, quò fit, vt iustè fideicommissarius posset testamenti ignorantiam allegare, quæ omni iure probatur coniecturis, Gratian. *discep. forens. 502. num. 24. lib. 3.* & si pars aduersa prætendebat in scientiam, illam debebat probare, cum se fundaret in ea, idem Gratia. *discep. forens. 587. n. 3. lib. 3.*

Vnum † notabile dicit Ladereh. Immol. quòd multùm faciebat ad instit utum, in *cons. 73. n. 1.* ex eo præsumi testamenti ignorantiam, quòd semper fuerit penes notarium, & nulla fuerit extracta copia : fortiùs hic, vbi non erat penes notarium, apud quem, vti personam publicam, poterat reperiri, sed penes personam priuatam, & interessatam, à qua non erat possibile posse haberi, vt experientia docuit, quia quandò monasterium voluit agere, habuit necesse facere condemnati hæredem semper negantem, ad edendum dictum testamentum, quod penes eum, & non alium existebat : ex quibus satis superque ignorantia, de qua loquitur Peregrin. probata manebat. 16

Ex eodem † facto otiebatur, non cessare culpam 17 hæredis in casu occurrenti, quod est aliud requisitum eiusdem Peregr. quia, vt dixi, penes ipsum solùm reperiebatur testamentum, non penes alium, qui ob id tenebatur illud notificare fideicommissario, & de fideicommisso in eo contento certiorare eundem, vt vult Peregr. *cit. loco*, quod nedùm non fecit, sed immò quantùm potuit, occultauit illud, & sic fuit manifesta culpa, qua stante, cum ignorantia ipsius fideicommissarij, non est dubium, nullam posse hæredi suffragari præscriptionem, nec dici abesse ab eo malam fidem. Reliqua in sequenti, vnà cum decisione.

ARGVMENTVM.

De eadem materia præceden. decis.
In qua signanter agitur de restitutione concedenda ex capite iustæ ignorantiæ.
Admonitio ad aduocatos causas ducentes.

SVMMARIVM.

1 *Restitutio conceditur ob iustam ignorantiam, & num. 4.*
2 *Ignorans dicitur iustè impeditus, & non valens agere.*
3 *Præscriptio nulla contra fideicommissarium ignorantem.*
4 *Præscriptio an currat mero iure contra ignorantem.*
5 *Restitutio de facili conceditur legatariis, & fideicommissariis ignorantibus.*
6 *Scientiam totius testamenti præsumitur habere, qui habet notitiam partis illius, pro quâ legati, & legatorum.*
7 *Scientia præsumitur in eo, qui facit mentionem de aliqua re.*
8 *Scientia testamenti non præsupponit, nec probat de necessitate scientiam omnium contentorum in eo in individuo.*
9 *Scientia vt quis obligetur, necesse est habeat scientiam plenam, & perfectam totius negotij cum omnibus suis qualitatibus.*
10 *Nec in testamentis sufficit generalis scientia testamenti, & relictorum in eo, sed est necessaria scientia specifica.*
11 *Scientia fideicommissi, vt præiudicet, qualis probari debeat.*
12 *Scientia partis non infert ad totum, quando scientia partis potest haberi absque scientia totius.*
13 *Tempore de præsenti ad præteritum non præsumitur in momentaneis, & transeuntibus.*
14 *Ebrius nunc non præsumitur talis antea fuisse, nec nunc febricitans, percussus, litigans præsumitur tales antea fuisse.*

15 *Agere*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

15 *Agere hominum secundum naturam, non potest esse continuum.*
16 *Decisio Senatus adiudicans hereditatem, non obstante præscriptione.*
17 *Motiua sententiæ.*
18 *Aduocati tenentur consulere secundum forum internum, & conscientiæ, non secundum exterius.*
19 *Quod exemplis declaratur.*
20 *Aduocati veritatem scienter impugnantes, contra Spiritum sanctum peccare dicuntur.*
21 *Iudex nullum, sine peccato, potest condemnare, de quo dubitet an sit condemnandus, sicut nullus potest facere sine peccato id, quod dubitat ne sit peccatum.*
Index vnus, quando erat dubius, olim in Senatu, votabantur causa fine eo, ibid.
22 *Iudex dubius debet petere veritatem a domino.*
23 *Iudex debet nulli diligentia parcere pro indaganda veritate cum sum.*
24 *Iudicum plures consueuerunt petere consilium ab aduocatis, maxime antiquis.*
25 *Sapientia est in antiquis.*

Decisio CLIV.

1 ET quando † prædictis non obstantibus, quæ dicta *in præceden. decis.* fuere, prætenderetur nihilominùs cucurrisse præscriptionem, ego addebam ex abundanti non posse negari quin fideicommissatio ex capite iustæ ignorantiæ concedendo esset restitutio aduersus dictam præscriptionem 30. vel 40. annorum, quæ petita formitter fuerat in discussu causæ, quia
2 ignorans † dicitur iusta impeditus, & non valens agere, prout pluribus probat Costa de *fact. scien. & ignor. inspec.* 87. & 88. vbi etiam, † quòd propterea contra fideicommissarium ignorantem nulla currat præscriptio, & licet † communiter dicatur quòd merò iure currit præscriptio contra ignorantem, quod ego in præsenti non disputo, quia non expedit ad istum casum, nec est necesse, agit tamen de ea te pluribus doctissimus Petr. Barbos. in *repetit. l. 3. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. ex num.* 306. & Stephan. Gratian. *discep. foren.* 475. *lib* 3. *ex num.* 15. Verum certissimum etiam est, & indubitatum, quòd in omni specie præscriptionis, siue longi 10. & 20. annorum, siue etiam longissimi 30. vel 40. annor. ex capite iustæ, & probabilis ignorantiæ datur restitutio, prout pluribus pet dictas præscriptiones omnes species omnes de vna in aliam discurrendo, probat idem Barbo. ex *dict. num.* 306. viden. ac Hercul. Marescot. *var. resol. lib. 1. tot. cap.* 19.
5 Valencue. *cons.* 53. *n.* 243. & in individuo † in nostro casu, quòd ex capite iustæ, & probabilis ignorantiæ fideicommissarius, & legatarius de facili restituantur aduersus præscriptionem 30. vel 40. annorum, probat multis Peregr. de *fideicom. art.* 41. *num.* 12. Mart. de *succ. leg. tom.* 2 *par.* 4. *q.* 21. *art.* 13. *num.* 67. qui plures adducunt in idem, latissime Fusar. de *substi. q.* 328. *per tot. & n.* 12. ex quibus videbatur nullo modo posse hæredem iuuari allegata præscriptionis exceptione.
6 Vt hæc † euitaret aduersa pars, videns ea principaliter fundari in ignorantia fideicommissarij, multis deinde conata fuit eam tollere. Primò, quia recepe-rat legatum ab hærede, quod ipsi in eodem testamento, in quo factum fuerat vinculum, fecerat testator de centum libris: vnde iam non poterat negare, quin saltem partis ipsius testamenti notitiam habuisset, nempè huius legati, ex qua partis notitia inferebatur notitia totius, quia qui scit partem dispositionis, præsumitur totam scire, vulgata *l. non est ferendum, de transac.* vbi dicitur, non esse ferendum, qui allegat scientiam partis testamenti, & reliquorum ignorantiam, & multis probat Io. Baptist. Costa de *fact. scien. & ignor. inspec.* 66. *n.* 1. vbi loquitur etiam in testamento, in quo, quia est individuum, scientia partis inducit probationem scientiæ totius, Surd. *cons.* 150. *num.* 135. *vol.* 1. & *decis.* 4. *num.* 9. Cravet. *cons.* 994. *n.* 10. *vol.* 6.
Secundò, † quia in suo testamento fideicommissa- 7
ria videbatur hanc scientiam confiteri, cum ibi faciat mentionem de certis bonis, quæ habebat, & ipsi perueniebant in ciuitate Barchinonæ, volens, quòd si ea recuperatæ hæres suus, certum quid faceret, quod non est necesse hic explicare, faciens enim mentionem de aliqua re, præsumitur illius habere notitiam, Becci. *cons.* 180. *n.* 22. Surd. *d. decis.* 4. *num.* 8. Mar. Giurb. *decis. Sicil.* 79. *num.* 5. cum multis quos allegant. Cumque scientia probetur coniecturis, & præsumptionibus, & tantum operetur, quæ per hunc modum probatur, quantum quæ per aliam quemcunque, ex Menoc. de *arbit. iudi. cas.* 89 *num.* 17. Mestrii. *decis. Sicil.* 216. *n.* 11. & 12. *lib.* 3. videbatur sufficere debere hanc probationem ad institutum.
His omnibus, † vnico verbo, tespondebamus, quòd 8
cum hic ageretur de amittendo iure suo ex scientia testamenti, non sufficiebat ad id qualiscunque, ad hunc enim effectum, quamuis scientia testamenti probetur, nihil est actum, nisi probetur etiam qualiter sit factum se sciuisse, ex scientia enim testamenti non præsumit lex omnia me in individuo scire, quæ sunt in testamento, vt pulchre probat Surd. *decis.* 216. *n.* 43. & *in cons.* 150. *n.* 136. vbi, † quòd vt quis per scien- 9
tiam obligetur, necesse est quod plenam, & perfectam habeat scientiam totius negotij, cum omnibus suis qualitatibus, Pereg. de *fideicom. art.* 54. *num.* 21. vbi quòd † non sufficiat generalis scientia testamenti, & 10
relictorum in eo, sed est necessaria scientia specifica, vt alicui præiudicetur, Cæs. Barzi. *decis.* 61. *num.* 19. & *decis.* 107. *num.* 26. & 28. Hic † erat necessaria scien- 11
tia specifica fideicommissi, & præterea casus, qui successit, quòd scilicet hæres esset mortua, & quidem sine liberis, vt intrare posset fideicommissaria, hoc esset scire eum omnibus suis qualitatibus, quod tamen non probabatur, nec colligebatur ex supradictis, immò contrarium erat præsumendum ex distinctione, quam supra ponderauimus, maxime † quòd hic 12
scire pars poterat partem sine scientia totius, nempe legatam sine fideicommisso, & reliquis, quæ in testamento continentur, quo in casu ex partis scientia non infertur scientia totius, vt ponderat Surd. in *eitat. cons.* 150. *num.* 133. & Mar. Giurb. *decis.* 79. *num.* 28. *vers. nec ex scientia.*
Et finaliter † ad illud, quod dictum de testamento 13
si Iejcommissaria dicebam, quòd nec prætensa scientia, quam volebat aduersus deducere ex eo, erat sufficiens, quia non perfecta, ex his quæ tradidimus supra, quia multum ambigue loquebatur fideicommissaria, vt vidimus antea: & in omni casu scientia prædicta solum probaretur de eo tempore, quo factum fuit testamentum, post quod iam statim actum fuit, nec inferretur, aut inferri posset ad aliud tempus præteritum, ex scientia enim quam ego dico nunc habere, non infertur, nec sequitur, quòd anteà eam habuerim, quia hoc esset præsumere de præsenti tempore ad præteritum, quod non permittitur in materia contingenti circa actus momentaneos, & transeuntes, Massin. *selecta. iur. distinct. centu. 1. distin. 15. n.* 10. vbi exempla † ponit, quòd propterea qui nunc est ebrius, 14
vel febricitat, vel percutitur, vel litigat, non præsumitur in præteritum ebrium fuisse, febricitasse, fuisse percussum, aut litigasse: secundùm † naturam enim, age- 15
re hominis non potest esse continuum. *l. seruitutes, in princ. ff. de seruitut. & l. foramen. ff. de seruit. urba. prædi.* alia similia exempla ponit Euerard. in *topi. legal. loco de temp. ad tempus, num.* 10.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

16 Doctus Senatus, † atque percelebris *sententiam* in
† hac causa dicit pro monasterio, die 26. Mart. 1631.
referente Decano egregio Hieronymo Astor. Scriba
Trelles, approbando has meas cogitationes omnes,
propter quas adiudicauit Monasterio hæreditatem,
non obstante allegata 30. & 40. annorum præscrip-
17 tione, eo motiuo, † Quia ex confessione Lucæ Tala-
uera *facta* in suo testamento, de qua suprà, reluctabat
fuisse eam malæ fidei possessorem, ex quo sciebat illa
bona, quæ possidebat, non esse sua, sed aliena, & in fo-
ro interiori conscientiæ, secundum quod voluit quòd
causa decideretur, possessor malæ fidei nullo tempore
potest rem, quam scit alienam, præscribere, maxime in
occurrenti casu, in quo fideicommissaria non erat ne-
gligens, nec in culpa non petendo, ob ignorantiam
fideicommissi, quia per totum dictum tempus, & vs-
que ad mortem habitauit extra Principatum Catha-
loniæ, nempe in ciuitate Valentiæ, & non constat (in-
quit) saltem modo, quo de iure constare debebat, de
dicto fideicommisso notitiam habuisse, nec de tenore
testamenti, quod nec in posse Notarii, etiam aprisia,
factis debitis diligentiis, fuit reperta, sed tantùm in
posse dicti Talauera, quem in principio negantem se
habere testamentum, & renitentem, condemnare facit
œconomus per nobilem Regentem Cancellariam
die 21. Martii 1630. vt illud ostenderet, & ederet, vt ex
illo copiam habere posset, & viso in eo vinculo, seu fi-
deicommisso prædicto, incontinenti causam inchoauit,
hæreditatem, & bona prædicta vigore dicti vinculi
tunc reperti petendo, & præterea constat vsque tunc
iustam, & probabilem esse, & fuisse ignorantiam per
agentem nomine Matiæ Gil allegatam, & ita ex illa
taciturnitate non motosa, nec culposa, non potuit
damnum amissionis bonorum reportare, nec dictus
Tallauera se iuuare, nec à dicta sua mala fide clara, &
manifesta se excusare, aut illam minuere, vel colorare,
qua stante tenebatur iuxta forum poli, bona prædicta
restituere, non obstante dicto temporis lapsu. Hacte-
nus sunt verba regiæ sententiæ, quibus vides qua dex-
teritate Senatus breuibus comprehendit quæcunque
ego pluribus in fauorem meæ partis dixeram, duret
in æternum pro bono publico, qui nobis imperet,
qui nos iudicet tantus Senatus. Noluit de restitutio-
ne in integrum aduersus præscriptionem, quam petie-
ram ex capite iustæ, & probabilis ignorantiæ ratio-
nem habere, non quia existimaret non fore concede-
ndam, est etenim, sed quia non fuit visum esse illam
necessariam vbi remedium ordinarium sufficiebat.

18 Hinc, quòd † tam multa de foro interiori, & exte-
rioti locuti fuimus, arrepta occasione, operæ pretium
duximus, vt qui totum vitæ tempus in dandis consiliis
aliis consumimus, nobis nunc circa id, quod non pa-
rum conscientiæ expedit, in illis dandis etiam consu-
lamus, animæque prospiciamus, ne dum aliis prædica-
mus, reprobi ipsi efficiamur, certam capientes resolu-
tionem circa vnum, in quo sæpe decipimur, si secun-
dum forum interius, an exterius faciendum id sit à
nobis. Sane non est dubium debere nos omisso eo,
quod est de foro exteriori, attendere ad interius forum,
& secundùm illud consulere clientulis, ita Pater Valer.
in citat. lib de differen. inter vtrumque forum, in præludi.
19 *n.* 14. Quod faciemus, † & obseruabimus integrè si sè-
per cõsuluerimus, nunquàm negandam veritatè inter-
rogatam, vel aliquo colore obscurandã, seu offuscandã,
& si eam nobis pars confiteatur, & secundum eam vi-
demus in foro interiori partem esse obligatam, quãuis
probari non valeat, debemus ei consulere exonerat suã
20 conscientiam, aliàs † si scienter veritatem impugna-
mus, tam grane peccatum committimus, vt peccare in
Spiritum sanctum sine dubio dicamur, sicuti probat
bene Iacobus Bennius *de primleg. Iurisconsult. part. 3.*
primleg. 71. n. 32. Res magna, est hæc ad hodierna
tempora. Res magna, infernus erit aliter operanti-
bus, quia non est vana fabula.

Horum occasione † legi vnum apud doctissimum, 21
& piissimum Nauarrum allegatum per Valer. *vbi su-*
prà, ad probandum quod dixerat de aduocatis, dum ad
eũ recurri ad dictum effectum: Nauar (inquam) *in ma-*
nual. confesso. cap. 27. n. 195. de iudicibus loquens, (ad
quos se nostra nunc conuertit oratio (monendos eos
vult vti fratres, licèt vti patres venerandos, quòd de-
beant semper omnes ante oculos habere, ne faciliter
ad notandas causas quandoque dubij satis profluant,
nemo enim potest facere absque peccato id, de quo
dubitat, an sit peccatum, & nullus (inquit) Iudex de-
bet condemnare aliquem, de quo dubitat an debeat
condemnare. Sed quod remedium his, qui dubij sunt?
olim admittebatur in Senatu iudicibus excusatio
quòd essent dubij, & causa votabatur per alios, vt vidi
in multis conclusionibus in Archiuo Regio, in qui-
bus legitur N. non votauit, quia dubius: sed ifsud iam
recessit ab aula, & merito, satius ducitur expectare ali-
quod tempus vt dubius deponat dubietatem, quàm
quòd deficiat vnum vel alterum votum. Ego duo † 22
singularia remedia reperio in diuinis literis Moysi
vnũ, & Iob alterum: referendas inprimis causas dubias
ad iudicium domini, nos docuit primus *numerorum*
c. 27. vers. 5. optimum remedium, humiliatos ante pe-
des Crucifixi petere enixe ab eo veritatem causæ, iux-
ta illud consilium Sapientis *Proverbiorum 21. vers. 30.*
Pete (inquit) *ab eo, vt vias tuas dirigat, & omnia con-*
silia tua in eo permaneant: propriam † diligentiam
nulli parcendo labori commendat alter *cap. 29. vers.* 23
16. sic loquens, *& causam, quam nesciebam diligentissi-*
me inuestigabam. vigili enim studio (mihi credo) sollici-
tum omnis dubietas, quia labor improbus omnia vin-
cit. Aliud scio † obseruatum ab aliis remedium, quod
vix successit male vnquam, petebant fiquidem consilia 24
ab aliis etiam aduocatis maximè antiquis in quibus †
est sapientia vt Iob dicit *cap. 12. n. 12.* non enim desunt 25
semper, quibus fidere possim Iudices. N. si ita fiat, sicut
dubia est causa, dubia erit salus iudicum. Sufficit, sa-
tis prædicatorem egimus indigne vtinam aliquid
proficiant mihi, magis indigenti, hæc tam salubria
monita.

ARGVMENTVM.

An fideicommissarius possit petere se de-
clarari successorem in vita hæredis.
Ius de futuro, an possit in iudicium deduci.
Tractus futuri temporis, an spectet ad iu-
dicem, vt legatorum, & fideicommisso-
rum nomine caueatur,

SVMMARIVM.

1 *Tractus futuri temporis non spectat ad Iudicem, &*
n. 1. decis. sequen.
2 *Casus decisionis.*
3 *Aduocati debent honorari à Regiis Senatoribus, sic*
cut fit in multis partibus.
4 *Aduocati sunt coadiutores Iudicum in expeditione,*
& tractatione causarum.
5 *Iudices ex aduocatis fiunt, & fieri debent.*
6 *Aduocati ab Imperatoribus honorantur.*
7 *Iudices patientes debent esse cum aduocatis, maxi-*
me iuuenes.
8 *Ius de futuro quandoque permittitur in iudicium*
deduci, vt hic per discursum.
9 *Canonicus admittitur ad agendum iudicio pro*
primo

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

prima dignitate vacatura.

10 *Fideicommissarius agit vt sibi caueatur pro fideicommisso in diem, vel sub conditione relicto. Idem est in legatario, ibidem.*

11 *Agere nullus potest sine interesse, nec excipere.*

12 *Consentire quilibet tenetur quod sibi non nocet, & aliy prodest.*

13 *Creditor in diem, potest agere ante diem, vt adnumente die ei debitum soluatur.*

14 *Mulier potest ante annum petere vt sibi dos post annum restituatur, vbi decisio.*

15 *Doctores referuntur, qui tenent successorem posse petere ante tempus declarati suam successionem.*

16 *Senatus referuntur, qui idem declararunt.*

17 *Senatuum exempla licet non faciant legem, præstant tamen magnum institiæ argumentum.*

Decisio CLV.

1 TAmetsi ignoret † nullus, tractum futuri temporis non spectare ad iudicem, nescius de futuro posse in iudicium deduci, vt dicit Iustiscon. in *l. non quamadmodum, ff. de iudic.* & ibi communiter scribentes. *l. 1. §. socius. ff. de vsur.* pluta in id adducit Molin. de *primoge. Hispan. lib. 3. cap. 14. ex n. 10.* & ego etiam omnium minimus in *1. de pac. nup. clau. 4. gl. 18. par. 4. n. 19.* cuius resolutionis, & propositionis tam obseruatorem vidimus aliquandò Senatum, vt nec si aliquid simul deberetur de præsenti, inuita licèt Iurisprudentia, permitteret agi super iure de futuro, putà pro pensionibus futuris alicuius census, & censualis, cum debitis de præterito, vt ego etiam latissimè tradidi in *citat. loco*, licèt iam nunc in hoc verè in his fœlicioribus æuo, immutatum id sit, vt diximus in alia decisione, non deerant tamen, nec desunt qui in diuersis occasionibus, ac illis quidem difficilioribus, super iure de futuro alias quæstionem mouerunt, & mouent, & signanter vidi fideicommissarios, & alios post mortem aliorum vocatos, causas instituentes contra possessores, vt declararetur ipsos succedere debere post mortem illorum, & cum iste casus successerit in Senatu proximis annis, non defuit vnus ex eminentioribus, quos in hac prouincia cognouimus, aduocatis, qui causam pro actore multis viribus defenderet.

2 Casus erat, † quòd qui prætendebat se vocatum in quodam fideicommisso, mortuo possessore, apprehenderat possessionem bonorum, & cum pulsatus ab eo, qui immediatè erat vocatus post possessorem, videret se succumbere debere, petiit, vt saltem declararetur simul, & semel, ad se bona pertinere, & spectare post mortem sui aduersarii sine libetis contingentem, provt decessurum sperabat, quia senex adhuc filios non habebat, in quo casu existimabat se vocatum.

3 Fundabat † insignis aduocatus (sic alium qui similem causam defendebat, nominabat vere insignis Senator Lusitanus Anton. de Gam. *dec. 202. n. 3. in fin.* & vere excellens consiliarius Gerar. Maynar. *dec. 27. n. 3. lib. 1.* de alio aduocato loquens eum doctissimum, ac excellentissimum aduocatum Parlamenti Parisiensis vocat, & *decis. 83. n. 2. lib. 3.* de alio verba faciens, eum eximium, & doctissimum virum appellat. Magna est Lusitanorum, & Gallorum modestia: decet certè Regios Senatores, & eos qui in supremis honorum fastigiis iuris dicendi causa constituti, à Principibus reperiuntur, honorare aduocatos, & patronos causarum, maxime quando sunt in prouincia aduocationes, multumque in ea cunctauerunt, considerantes eos † coadiutores ipsorum necessarios in expeditione, & tractatione causarum, & quòd † ex aduocatis ipsi fiunt, & fieri debuerunt in *§. verum, in auth. de iudicib.* ibi, *ex aduocatis itaque ipsi iudices preponantur*, & quòd solitus est Imperator, cuius vti ministri, tenentur vestigia sectari, honorificè de eis loqui, † & signanter in *cit. §. 6 vetus*, vbi quos nominat, spectabiles, & eloquentissimos aduocatos appellat, ac pœna appolita ita nominari iussit in *l. fin. C. de offi. diuers. iudic.* Et cum † aduoca- 7 tis patientes iudices requirit Iustiscon. ius in *l. nec quadruam, §. vbi decretum. ff. de offi. proconf.* & alia multa similia pro instructione iudicum in ordine ad aduocatos, & aduocatorum in ordine ad Iudices, tradit Iacob. Benni. *de priuileg. Iurisconf. par. 3. priuileg. 59.* Bouadil. *in sua politi. lib. 2. cap. 5. ex n. 10.* & turius *lib. 3. cap. 14. ex n. 60.* cum multis sequentib. & denique Stepha. Gratia. *discep. foren. 538. ex n. 64. lib. 3.* vbi maxime cum Iudices sint iuuenes, aduocans diuum Paulum instruentem Titum, qui iuuenis erat. Patce tam longæ digressioni, & parentheli, amor meus me ad aduocatorum laudes impellit assidue, qui ex aduocatione tot commoda habui, tot vtilitates reportaui, & vt vno claudam verbo, ea dedit quod homines negarunt, honores, & opes.

Fundabat † igitur insignis aduocatus suam præ- 8 tentionem, in primis in plurimorum iurium dispositionibus, in quibus permittitur agi super iure de futuro, ex quibus sequentia adducit Molin. doctissimus *de Hispan. primog. lib. 3. cap. 14. ex numero 1. ad 10.* & Anto. Gom. *ad l. 40. Tauri numero 79.* nempe *l. 1. C. de fideicom. l. 1. C. de sententiis, quæ sine cert. quan. profer. l. lege Aquilia, §. si delectum chirographum. ff. ad l. Aquil. l. rem alienam l. a. 1. §. fin. ff. de pigno. act. l. si mandauero tibi la 1. ff. manda. l. si finita, §. elegatner, de dam. infect. l. si contendat, de fideiuss. l. si duo patroni. in prin. de iureur. & l. vti frui. §. vtrum, ff. si vsufructus petat. ac text.* † quem Moli. non allegat, *in 9 eap. cum super, de' concef. præben.* vbi canonicus admititur ad litigandum ad ipsum permittere præbendam prim. ò vacaturam, provt reuerà declaratum iudicialiter fuit, vt demonstrat Pontifex in illis verbis, *sententialiter decernimus, &c.* adde *tot. tit. ff. & C. vt legat. nom. caueal. veto. §. fratre, de leg. 2. & l. in omnibus bona fidei ff. de indi. cum simil.* in quibus locis † habetur, fideicommissarium, & substitutum in 10 diem, vel sub conditione petere posse vt sibi caueatur per hæredem, & prohibitum alienare, de sibi consetuando, & restituendo fideicommisso, vel soluendo legato eueniente casu, seu conditione, vt late in proposito expendit Petr. Anto. de Petra *de fideicom. quæst. 10. numero 13.* sed latius ac nouissimè doctus valdè don Ioan. Baptist. Valençue. Vellas. *consi. 106. tom. 2 per tot.* Hic in terminis istis datur actio pro tempore futuro sine dubio aliquo, cur non idem erit in casu de quo tractamus; cur denegabitur petenti declarationem super sua successione, audientiæ?

Secundò † arguebat ratione: certum est, neminem 11 sine interesse admiti ad agendum, *l. si vnus §. ante omnia*, vbi Bart. *ff. de pact.* pati ratione nec ad excipiendum, pari enim passu hæc ambulant, *l. 1. ff. de appella. non recipi.* Surd. *decis. 120. n. 11.* cum aliis adductis per Barbos. *axioma. 120. incipien. interesse, n. 1.* Hic autem nullum videtur versari interesse possessoris, cum nihil petatur ab eo, nec quòd declaratum fuerit, venit exquendum in vita ipsius, & in eius præiudicium, ergo non videtur eius exceptio admittenda, quando contradicit petitioni actoris factæ super declaratione sui iuris, immò quòd † sibi non nocet, & alteri prodest, tenetur con- 12 sentire *l. seruus ea lege, in fin. ff. de serui. expor.* glos. *in l. 2. in prin.* vbi Doctores omnes *ff. sol. matr.* Surd. *vbi suprà n. 2.* cum ergo sine detrimento possessoris, cui nihil detrahitur, fieri possit hæc cognitio, & decisio, quæ plurimum prodest successori, nihil esse debet, quod ei obiici possit, immò opponendo, & contradicendo, vt dicit Surd. signum daret conscientiæ non bene ordinatæ.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

13 Mouebatur, † & alia etiam ratione deducta ex communi scribentium resolutione, quòd creditor in diem, potest ante diem agere, vt adueniente die sibi soluatur, de qua re latè apud Atlhet. *decis.* 279. Olasc. *decis.* 130. vbi ita decisum referunt, Sutd. *decis.* 120. *n.* 13. Ioseph. Ludo. *tota. concl.* 8. & ego etiam, qui *decisionem* Senatus adduxi, qua fuit dictum, † mulierem soluto matrimonio posse ante annum petere dotem sibi restitui post eum, *in 2. de pact. nup. claus.* 7. *glos.* 5. *par.* 11. *n.* 5. sic hic videbatur admittendum, quòd ante diem posset successor agere ad declarationem sui iuris pro tempore successionis.

15 Tertiò, † argumentabatur auctoritate plurium, ac illorum quidem grauissimorum Doctorum, qui hanc amplectuntur opinionem, inter quos est insignis Couar. (qui valet pro mille) *var. resol. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 8. Roder. Suarez *allega.* 4. Simancas *de primog. Hispanor. lib.* 1. *cap.* 28. & alij quos referunt Molin. & Gom. *in locis. supra. cit.* a. adde Gregor. Lopez *in l.* 1. *tit.* 2. *par.* 3. *glos.* 2. alios adducit Peregr. *de fideicom. art.* 41. *num.* 4. *circa fin.*

16 Quartò, † & finaliter auctoritate diuersorum Senatuum agebat, qui in huius opinionis fauorem declarauerant, & sic quæstionem resoluerant, vt testatur Molin. *d. cap.* 14. *n.* 9. dicens hanc opinionem apud suprema tribunalia pluries in controuersiis forensibus se receptam vidisse, idem dicit Couar. *in d. lib.* 1. *var. resolu. cap.* 18. *n.* 8. Gam. etiam idem dicit *decis.* 6. *n.* 1. & in Senatu Valentino in fauorem huius opinionis, & sic pro fideicommissario in vita hæredis, declaratum tradit don Francis. Hierony. Leo *decis.* 35. quæ est de
17 hoc tota, Magnum sanè † argumentum, quod deducitur ab eo, quod aliàs supremi Senatus declaratunt, quorum resolutiones si non faciunt legem, præstant tamen exemplum, quod sequantur qui postea iudicaturi sunt, sicut sequebantur antiqui Iurisconsulti, vt habetur *in l. filius emancipatus* 14. *in fin. prin. ff. ad l. Cornel. de falsis* in illis pulchris verbis, *sic enim inueni Senatum consuisse*, & tradit latè Ioan. Bapt. Valenz. *cons.* 40. *n.* 55. Si tot Senatus per hanc opinionem transierunt, cur non & nos? Reliqua in sequen. *cum decis. Senatus.*

ARGVMENTVM.

De eadem materia præceden. decis. prosequendo idem argumentum

SVMMARIVM.

1 *Ius de futuro non potest in iudicium deduci, & supra n.* 1. *sn præceden. decis.*
2 *Agere sine actione nullus potest.*
3 *Dies incertus in vltimis voluntatibus operatur conditionem.*
4 *Actio in conditionalibus non competit ante conditionis euentum.*
5 *Idem est in dispositionibus in diem.*
6 *Iudicia non debent fieri elusoria.*
7 *Doctores, qui hanc opinionem tenent.*
8 *Decisiones diuersorum Senatuum pro hac opiniane.*
9 *Cautio, quæ est præstanda pro fideicommissis, & legatis conditionalibus, multum repugnat huic sententiæ:*
10 *Cautio huiusmodi est præstanda etiam sine causa.*
11 *Iudex in cognitione, an pro legatis, & fideicommissis sit præstanda cautio, non procedit subtiliter, & tam exacte vt in aliis.*
12 *Pignoris nomine possidere dicitur, qui vt legatar. & fideicommiss. nomine, mittitur in possessionem, & non tam possessio quam custodia ei datur.*
13 *Hæres si duo prætendunt idem legatum, tenetur ambobus cauere, & quomodò.*
14 *Principaliter quod sit attenditur, non quod per quandam incidentiam,*
15 *Cautio de consuetudine non præstatur fideicommissarius.*
16 *Cautio ista quomodò præstanda.*
17 *Interesse partis est ne ante tempus subeat iudicium, & condemnationem.*
18 *Lites nunquam non faciunt magnum præiudicium.*
19 *Creditor in diem an agat ante diem. quomodo.*
20 *Decisio Senatus pro negatiua in hac quæstione facta.*
21 *Auctoris iudicium in hac quæstione.*
22 *Iudicium de futuro consistit quandò quis se iactat contra alium.*

DECISIO CLVI.

CÆterùm, † contraria opinio dicebatur procul dubio amplectenda, quòd nempè non liceat successori, & seu ei, qui prætendit successionem post possessorem, instituere, & mouere iudicium contra illum, vt declaretur successor post illius mortem. 1

Fundabatur hæc opinio, & fundabam ego eam, qui partes contrarias agebam, in aliis quam plurium iurium dispositionibus, quibus prohibetur ius de futuro in iudicium deduci, cum tractus futuri temporis non spectet ad iudicem, vt probatur allegata *l. non quemadmodum. ff. de iudic.* cuius hæc sunt verba: [Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse, & vel in futurum concipi; ita iudicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quæ posteà in obligationem obuenturæ sunt, &c.] & ibi id notant omnes, est etiam de hoc, & ibi omnes, pulcher. text. *in l.* 3. *§.* 1. *ff. de vsur.* ibi: [Quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem, futuri temporis tractus?] Anteius ait, & in hoc iudicio. ff. de aqua, pluui. arcen. l. non potest, ff. de iudic.] quæ sunt concordantes.

Meliores text. qui controuersiam decidunt in terminis, in *l. si ita scriptum, §.* 1. *ff. de leg.* 2. ibi: [Nec pertinet ad nos antequam dies veniat, & in l. filius qui parti, § cum filius, ff. de bon. liber. ibi, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim, & ibi differti controuersia debebit. 2

Non potest negari, quin istud iudicium sit de futuro cum non sit competiturum ius, nisi post mortem, & adhuc sub certis conditionibus, sequitur dicendum, ne possit illud in iudicio proponi ante tempus.

Fundabam † secundò eandem opinionem in manifesta iuris ratione, non solum deducta ex eo, quod diximus, de iure de futuro in iudicium non deducendo, sed ex alio etiam, dependenti tamen ab eo. Certum est sine actione nemi nem posse in iudicio expetiri, *l. si papilli, §. videamus. ff. de negot. gest.* Sed hic † sumus in conditionalibus, vel quia expressim fideicommissarius, vt fieri solet, sit vocatus sub conditione ordinaria, *si sine liberis*, vel alia, vel simpliciter post mortem, & sic in diem incertum, qui in vltimis voluntatibus effectum conditionis operatur, *l. dies incertus, de cond & demonstr.* in † his autem ante euentum diei, aut conditionis non est nata actio, nec obligatio, *l. reddere diem, de verb. signif. & l. item quia, in princ. ff. de pact.* Ergo bene dictum fuit, non esse fideicommissario permissum ante conditionis euentum agere. 3 4

Nec etiam † ante diem, male enim agere dicitur, qui ante diem agit, *l.* 1. *§. fin. ff. quan. dies vsufr. lega. ced.* Olasc. *decis.* 130. *n.* 2. *& seq.* vbi late. 5

Deinde † dicebam, cauendum omnimodò, ne iudicia fiant, & fieri possent elusoria, quia id iura valde 6

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

valdè abhorrent, *l. si prætor. ff. de iudic.* Fieri autem posset, quòd sententia, quæ ferretur in isto casu, esset inefficax, vel quia postea non eueniret conditio: vel successor, qui sententiam obtinuisset, antea moreretur, vt dicit *l. litigatores. fin. ff. de arbit.* ergo non est facienda declaratio super hoc, quod potest se habere ad esse, & non esse, ne iudicium postea fiat elusorium. Alias rationes non curo ponere, quia eas latè videbis apud Doctores inferius citandos.

7 Tertiò, † cumulabam Doctores, qui eam tenebant, & tenent, Molin. in *citat. lib. 3. de primogen. Hispan.* Gom. in *l. Tauri* 40. Peregr. *in allega. art. 41. de fideicom. à princ. cum multis num. seq.* Aluar. Vela. *cons.* 184. *n.* 19. Sesse *decis.* 115. *ex n.* 58. vbi plura docet in materia, Gabr. Perey. *decis. Portugal.* 129. *n.* 1. Anro. Gam. *decis.* 6. *n.* 6. & *decis.* 202. nouissimè Petr. Barbos. *in l. non potest videri* 21. *n.* 12. *de iudi.* Francis. Marz. *in epitho. de fideicommiss.* 3. *p. q.* 61. Boer. *decis.* 354. *n.* 13. Doctor Marta *de success. lega. p.* 4 *q.* 21. *art.* 4. *n.* 6. Ari. Pinel. *in l.* 1. *par.* 3. *n.* 78. *C. de bon. mater.* cum infinitis aliis, quos ipsi adducunt etiam.

8 Quartò † pluries, & frequentiùs in grauissimis Senatibus dicebam pro hac opinione fuisse declaratum, vt attestantur, qui proximè adducti fuerunt, secundùm quos, pro vna vice, quòd fuerit pro contraria declaratum, fuit pro hac millies. Et cum his dicebam me habere dispositiones textuales, rationes in terminis concludentes, interpretum doctrinas, & Senatuum auctoritatem, sicut se habere putabat aduersarius.

Respondebam etiam ad contraria: ac in primis ad iura primo loco allegata, dicebam vnico verbo, ea in diuersis terminis loqui, nempe vel in casu, quo aliquid erat debitum de præsenti, vel de præterito, vt in legatis, & relictis annuis, vel aderat, vel superuenit postea aliqua causa, vt potè dilapidationis, aut diffamationis, quas rationes, quia sigillatim prosequuntur Molin. Anro. Gom. Anto. Peregr. & Sesse in locis citatis, ideò hic omittuntur, ne actum agam.

9 Solùm † me difficilem reddit, & ancipitem tenet illud, quod dicebamus de cauendo legatorum, & fideicommissorum nomine: si enim permittitur fideicommissatio conditionali agere contra hæredem, vt caueat ei, de suo tempore, fideicommisso restituendo, quod est in consequentiam declarare eum successorem, cum aliter non haberetur hæres, de ei restituendo, & consecrando fideicommisso cautionem præstare, quomodò non permitteretur eidem, & agere simpliciter, vt declaretur suo tempore legitimus successor? si in hoc casu declarandi successorem consideratur, quòd tractetur de iure de futuro, de tractu futuri temporis, de timore ne iudicium reddatur elusorium, si forsan non veniet conditio, cur non in illo similiter, quo agitur de cauendo fideicommissatio in euentum conditionis? & si hæc non sunt considerabilia in isto casu, cur in illo? maximè † cum omnes conueniant prædicta, de cautione præstanda, procedere etiam sine causa, id est quamuis nulla adsit causa, vel timor dilapidationis, aut alienationis, & etiam si sit diues hæres ipse, vt habes latè explicatum apud quatuor insignes Iurisconsultos, qui cæteros referunt, Molin. *de primogen. Hispanor. lib.* 1. *tot. cap.* 15. Æmil. Gall. *de excep. excep.* 2. *ex num.* 81. Peregr. *de fideicomm. art.* 40. *num.* 10. & Fusar. *tot quæst.* 515. *in tract. de substit.*

Nec miretis, quòd me arundinem debilem hæc consideratio commouerit, cum idem fecerit antèà in saxo magno, Petra scilicet *de fideicommiss. q.* 10. *num.* 13. vbi ex hac ratione principaliter dicit, se moueri ad tenendum in fauorem successoris, pro obtinenda declaratione sui iuris ante mortem antecessoris, quod idem videtur fecisse Francis. Viui. *decis.* 403. *n.* 6.

Decreueram † dissolutionem huius nodi, & difficultatis tibi relinquere, vt circa eam exercetes ingenium, & tentates vires, sed cum sit extra meum morem, contráque boni scriptoris officium, mutaui consilium. Solutio desumitur ex tex. *in l.* 1. *C. vt in poss. lega. &c.* vbi dicitur pro istis cautionibus habendis non debere Iudicem subtiliter cognoscere, an fideicommissum debeatur, nec ne, sed tantùm decernere (inquit) vt satisderur. Ex quo tex. habetur, ibi non declarari successorem, sicut in casu, de quo in hac decisione principaliter agimus, bona glos. *in l. hæc disputatio. ff. vt lega. & fideicom. nom. caueа.* verbo, *hæreditas*, vbi dicit † quòd ibi non de hæreditate viuentis, sed de cautione est solicitudo. Vnde fit quòd ij, qui sub prætextu quòd eis non fuit cautum, legati, seu fideicommissi, cauia in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris, vt dicit Imperat. expressis verbis, *in l. qui legati, eod. tit. C. vt in pos. legat.* & Iurisconsultus *in l. is cui. ff. eod. tit. vt in pos. legat.* dicens cum, cui legatorum, & fideicommissorum nomine non cauetur, missum in possessionem, nunquàm pro domino esse incipere, nec tam possessio rerum ei, quàm custodia datur. [Neque enim (inquit) expellendi hæredem ius habet, sed fimnl cum eo possidere iubetur, vt saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat hæredi cautionem,]& idò rei seruandæ causa, non ad aliud dicitur fieri ea missio, vt iidem *tit. ff. & C.* habent, & dicunt expressè *l. certa est forma. C. vt in pos. lega. & l. si legatis. ff. vt legat. seu. fideicom. nom. caueа.* & alibi sæpè. Est adeò † verum quòd in isto casu non tractatur de proprietate, & quis successurus sit, vt dicat I. C. *in l. si duo. ff. eo. tit. vt legat. & fideicom. nom. caueа.* quòd si duo eiusdem nominis de legato contendunt, vtrique est satisfandum, nec oneratur hæres, cum possit eosdem fideiussores ad eandem stipulationem adhibere, qui & ipsi non onerantur, cum futurum sit, vt vni teneantur. Deterius iudicauit I. C. quòd cognoscretur cui res spectaret, quàm quòd, omissa ea disceptatione, vtrique eorum (quamuis non posset nisi vni deberi) caueretur.

Et quamuis † non possit negari, quin aliqua in his adhibeatur cognitio de iure petentis cautionem, & sic de iure successoris futuri, vt insinuat textus suprà adductus *in l.* 1. *C. vt in pos. legat. &c.* verùm cum id non fiat principaliter (sicut fieret in casu, de quo in hac decisione tractamus) sed per quandam incidentiam, non attenditur *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condic. indeb.* cum aliis adductis per doctissimum Casana. *cons.* 41. *num.* 43.

Non ergo obstabit istud contrarium, cùm non tractetur in eo de declarando super successione, sed de cauendo interim dum pendet conditio vel venit dies, absque eo quòd ingrediantur partes quæstionem super iure, atque ita si Petra Placentinus, & Viui. de quibus suprà, ex hoc contrario contra communem sunt in principali nostra quæstione, iam poterunt ex his mutare consilium.

Terribilis † doctrina (ne quicquam omitamus, quod prodesse possit) rigorosissima theorica, quòd cogatur hæres ad fideicommissarij conditionalis tam dubium ius habentis, & contingibile, petitionem, cauere ei de fideicommisso conseruando, & restituendo, cum sit hodie tam difficile reperire fideiussores, nec videatur concurrere testatoris voluntas. Sed consolatur nos Stepha. Gratian. *discep. foren.* 822. *numero* 2. *lib.* 5. vbi ex Molin. & Peregr. dicit, prædicta esse de iure, secus autem de consuetudine, secundum quam, in fideicommissis huiusmodi cautio non præticatur, neque debet præstari. In nostro autem Senatu rigor iuris *obseruatur*, qui ad cauendum compellit

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

compellit quoties petitur, & sunt de hoc plures conclusiones in archivio Regio, tam antiquæ, quàm modernæ, & signanter die 19. Ianuarij 1526. referente Sunyer, inter Clementem Ceruera, & N. Cerdana, quę est in matre grauata de restituendo sub conditione. Die 17. Octob. 1566. relatore alio Sunyer, vel eodem, inter Laurentiam Domenec, & Franciscam Domenec. Et denique die 28. Iunij 1619. referente Montaner, confirmata per Gallego 30. Augusti 1622. inter Ioan. Lledo, & Iacobum Sabater, & Elisabetham Condor. Scriba Agramunt, vbi expressè, *quod tametsi nulla esset dilapidationis, aut alienationis suspicio,* & erat hoc plus in isto casu, quòd mulier contra quam agebatur, prætendebat esse tenutariam pro dote, sed quia acceptauerat titulum hæredis, & ideò fuit adiectum, *saluis iuribus dotis, & augmenti, & illorum priuilegiis.* Et in multis aliis casibus videmus idem etiam obseruatum, verum est quòd respectu tot fideicommissorum, qualia frequentantur apud nos, vix vnus ex mille fideicommissariis hanc cautionem petit, & ideò potest hoc respectu dici, quasi de generali consuetudine neque apud nos istum rigorem obseruari. Sed si petitur, patientia.

16 Attende † tamen, & iterum consolare, quòd cautio non est præstanda nisi pro sua possibilitate, non habito respectu ad valorem fideicommissi, sed iuxta vires patrimonij ipsius hæredis, & alia etiam specialia habet hæc cauendi obligatio ad fauorem hæredis, quæ non habent cautiones aliorum. ea videas apud Gratia, *vbi sup.* & Canc. nostrum in *1. par. var. resolu. cap. 2. de trebel. & falcid. ex n. 127. cum seq. in codicib. additio.* & de materia tractat pluribus Vincen. Fusar. *de substit. quæstio. 515.*

17 Ad secundum † contrarium diuersæ opinionis, quod fundabatur in non interesse hæredis possidentis, respondimus cum Osasc. *decis. 130. n. 6.* hic præiudicium eo ipso considerati, quòd inuitus quis cogatur ante diem præfixum solutioni, subire iudicium, & condemnatoriam sententiam sustinere, cùm damnum ex eo solo inferri dicatur, quandò aliquid contra alicuius voluntatem fit, *l. fin. ff. de vsu, & habi.* Bart. in *l. 2. num. 12 ff. solu. matrim.* & talis præiudicij (inquit) quamuis modici ratio habenda est, vt not. Deci. in *cap. super eo, col. 1. de offic. deleg.* & in aliis locis ibi expressis, Ioseph. Ludou. *com. conclu. concl. 8. col. 2. vers. & hac opinio,* quod

18 † tamen ego nunquàm concederem esse modicum præiudicium, quod per litem causatur, cum magnum commodum iudicetur eis non vexari, ex glo. in *cap. 2. §. statutum, verb. laudabile, de verb. sig. fi. in 6.* & in *l. minoribus ff. de minor.* restitutio datur aduersus facta minorum, propter quæ oporteret eos litibus vexari, alia plura in idem institutum ego adduxi in *1. de pact. nup. col. 4. g. l. 9. part. 5. ex n. 42.*

19 Ad illud, † quod posteà dicebatur de creditore in diem, quòd possit ante diem petere vt sibi soluatur adueniente die, respondimus ex eisdem Afflict. Osasc. Ioseph. Ludou. & Surd. ac Peregr. de *fideicom. art. 41.* colligi solutionem, quòd diuersa res sit, & adhuc in eo casu fiunt plures distinctiones per Doctores, si dilatio est à lege, vel ab homine, & si aliquid debetur de præsenti, vel de futuro quæ non applicantur casui nostro.

Ad reliqua, quibus cumulabantur Doctores, & Senatuum resolutiones pro contraria opinione, satisfit dicendo quòd plures etiam concurrunt pro nostra, vt vidisti.

20 Senatus his † perfectè consideratis, *sententiam tu-*
† *lit* contra eum, qui petebat declarationem ante tempus, dicendo, [Quod ius, si quod illi competebat ad prædicta recuperandum post mortem altetius partis, saluum ei esset, suis casu, loco, & tempore,] die 6. Septembr. 1618. relatore egregio Senatore Hieronymo Astor. Scriba Famada. Partes erant don Hieronymus de Torres, & don Michaël de Cardona, & de Rocaberti. Sed posuit pausò post Deus pacem inter istos litigatores, vocando primum ad meliorem vitam, & fuit in hæreditatem introductus secundus, quò cessarunt contentiones.

Mihi, licet † hæc posteriori opinio placeat sine du- 21
bio, vt vidisti in superioribus, non tamen illius omnes rationes, & signanter illa de non agendo ante diem, vel ante conditionem, quia id concludit, ne fiat condemnatio ad nunc soluendum, vel tradendum, secus verò vt soluatur, & tradatur suo tempore, vt respondit Surd. *dec. 120. n. 12. vers. quod verò,* post Afflict. & Osasc. ibi citatos, nempe Afflict. *decis. 279.* & Osasc. 130. & Petr. etiam idem respondit, *de fideicommiss. quæst. 10. n. 16. vers. ex hoc.* Verum est, quòd hæc ratio est tam connexa, & quasi reddituia rationis aliarum duarum à me adductarum, quòd ius de futuro non potest in iudicium deduci, nec tractus futuri temporis spectet ad iudicem, ne iudicia fiant eluforia, quas legitimas, & quæstionis decisiuas iudico, vt vix separari ab illis valeat, immò ex omnibus simul iunctis formatur argumentum taliter concludens pro hac opinione, vt nihil ei deesse videatur. Et cum his arbitror me satis superque rem hanc, quatenus ad meum institutum attinet, explicuisse, reliqua pete à Doctoribus in toto hoc discursu citatis, in quibus videbis pluribus enodatum, quandò, & in quibus casibus, tam in contractibus, quàm in vltimis voluntatibus, quis ante diem, vel conditionem possit petere, vel quòd sibi soluatur, vel quòd sibi caueatur, licet confusè nimis.

Vnum caue, † quòd si iactaret se hæres nullum esse 22
fideicõmissum, vel negaret quomodocunque illud, concederetur vtique fideicommissario agere ante diem ad declarationem, qui erat casus *decis. Valentí. supra citatæ,* sed si non negaretur, in quo debet esse attentus aduocatus, non esset à contraria firmata in hac decisione recedendum, & cum hac distinctione possunt conciliari istæ opiniones, ad quam rem oportet videas Ioann. Baptist. Larrea *decis. Granatensi 38. per tot.* vbi de quæstione, quandò possidens infamatur per alium, quòd eo descendente absque liberis, ad diffamantem hæreditas spectat, in quo casu decisum asserit, licere possessori iudicium super hoc contra diffamantem instituere, late etiam Sotomaior. *tom. 5. cap. 93. §. 14. per tot.*

ARGVMENTVM.

An Officialis, qui minus anno stetit in officio, & prouidetur in eodem pro sequenti triennio, teneatur priùs purgare tabulam, & stare in syndicatu.

Interpretatio constit. 1. tit. de offi. tempora. non continuan.

SVMMARIVM.

1 *Officia temporalia in Cathalonia non possunt continuari in eodem loco nisi minus anno durauerint.*
2 *Officialis, qui minus anno seruiuit officium temporale, an teneatur stare in syndicatu antequam in eo reformetur.*
3 *Pars negatiua, quòd non teneatur.*
4 *Modicitas temporis non est in consideratione. Et consideratur respectu quarta partis totius temporis, ibid.*
5 *Tempora in occurrenti casu debent coniungi, nempè residuum*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

residuum modicum vnius triennij, cum toto triennio sequenti, & postea in fine, pro vtroque tempore, stare in syndicatu Officialis.

6 *Officiales in Cathalonia possunt per Regem punirи durante officio, non expellatis syndicatu.*

7 *Continuari dicitur id, quod continuò sequitur sine aliqua mora, detentione, & interpellatione.*

8 *Dies continui dicuntur non interrupti, sed connexi & cohærentes.*

9 *Officia, quæ præsidentur pro residuis, solent concipi cum illa clausula, & deinde durante nostra mera, & libera voluntate.*

10 *Officia quandoque apud nos prouidentur pro residuo vnius triennij, & pro sequenti triennio & continuatur tunc sine aliqua alia solemnitate.*

11 *Syndicatum non esse necessarium pro residuo, cum datur continuatio alterius temporis, obseruatur in regno Siciliæ.*

Idem aliquando obseruabatur in Cathalonia ibid.

12 *Officiali, cui est permissum posse continuare officium, non est opus nouo iuramento, nec tenetur ad duos syndicatus.*

13 *Pars affirmatiua, quòd immò Officialis teneatur ad duplicem syndicatum, quando reformatur in officio.*

14 *Lex quod non dicit, nec nos dicere debemus.*

15 *Casus omissus remanet sub dispositione iuris.*

Officia non possunt concedi his, qui non tenuerunt syndicatum pro præcritis. ibid.

16 *Officium nouum est discendum, quamuis sit idem, quando quis denuo de illo prouidetur.*

17 *Officia prius solent prouideri pro residuo, & deinde pro sequenti triennio.*

18 *Id quod est conforme nostris constitutionibus.*

19 *Officialis primò prouisus pro certo residuo, antequam postea prouideatur pro alio triennio, debet stare in syndicatu pro gestis in illo residuo.*

20 *Mens in constitutionibus nostris est etiam attendenda, adeo vt qui contra mentem fecit, videatur contra constitutionem ipsam facere.*

21 *Officia non debent, secundum nostras constitutiones prouideri vnico priuilegio pro residuo, & simul pro sequenti triennio.*

Decisio CLVII.

1 COnstitu. 1. † *& tot. tit. de offic. temporal. non continuandis.* disponitur legitur, non posse eos, qui in vno triẽnio officia Vicarij, vel Baiuli, aut alia iurisdictionalia exercuerint, in eisdem pro sequenti triennio in eodem loco referiri, vt illa continuetur, præterquàm si minus anno officium obtinuerint in præcedenti triennio, tunc enim permittit constit. continuationem dictorum officiorum in eodem loco.

2 Dubitatum † fuit sæpiùs in hoc Principatu, an is, qui per istud modicum tempus exercuit vnum ex istis officijs, teneatur stare in syndicatu, quod nos purgare tabulam dicimus, antequàm pro sequenti triennio possit illud exercere: an sine syndicatu, & tabula pro illo modico tempore tenendis, expectando finem triennij, vt de omnibus valeat syndicari. Nullus est casus, in quo magis Senatus diuersus fuerit, secundùm diuersa tempora, quàm in hoc, vt comprobabis ex infrà dicendis.

3 In hac † quæstione videtur prima facie dicendum, non teneri hunc Officialem qui minus anno exercuit officium, antequam referatur in eo, & reformatione, quam permittit constitutio, vratur, stare in syndicatu, quod nos purgare tabulam dicimus, pro illo modico tempore, quo officium rexit, sed sufficere quòd id faciat cum syndicatoribus sequentis triennij.

Ratio videtur † posse esse, quæ desumitur ex Bart. 4
in *l. filius 7. in fin. de legatio.* Quòd hæc modicitas temporis non videtur esse debere in consideratione, quam modicitatem considerat ibi Bart. quandò tempus est minus quarta parte totius temporis ipsius officij, quod fere semper cõtingit in nostris Officialibus, qui minus anno seruunt: vix enim residuum attingit ad quartam triennij partem, Cancer. noster *variar. resolut. part. 3. cap. 12. de offic. inuis. tabu. ex n. 166.* hanc etiam rationem adducit pro hac parte.

Secundò, † constitutio permittit hæc residua dari, 5
& concedi vnà cum integro triennio tunc proximè futuro, vt in ea claris verbis habetur, quòd sit vt ministerio legis, & constitutionis coniungantur tempora, & vnum fiat de residuo, & de triennio sequenti. Quod si ita est, poterit continuare prouisus quousque elapsum fuerit suedum residuum, sed & sequens triennium, absque eo quòd impediatur, aut impediri debeat sub prætextu tenendi syndicatum, aut tabulam, quam tenebit in fine triennij, tam pro gestis in eo, quàm pro gestis in illo primo residuo, alias peruerteretur solitus ordo tenendi tabulam in fine administrationis, non antea, vt est notum, non enim fiunt syndicatus nisi finita administratione, & finito demùm officio apud nos, † præterquàm in casu priuilegiato, quandò pro 6
aliquo casu particulari apparet Regi debere Officialem puniri durante officio, quod tibi referuauit posse. facere non expectata tabula, in *constitu. vnic. sit. que los Officials pugue esser punits durant lurs officis.* Ad quod non modicum facit modus loquendi *constitutionis prædictæ 1. sub titul. de offic. tempora. non continuan.* dicit enim in primis se nolle quòd officia iurisdictionalia continuentur in eodem loco, posteà ab hac regula excipit Officiales, qui minus anno aliquod officiũ rexerint, volens eos non comprehensos sub illa regula, & prohibitione, quod est dicere, † posse eos continuare 7
officiu in sequenti triẽnio, idque sine aliqua interruptione, & absque aliquo impedimento, mora, vel detentione, quia continuare id significat, vt colligitur ex verbis *dictæ constit. & illius tit.* & in alio simili *tit. de muner. & honor. non continuan. libr. 10. Cod.* & ibi glo. verb. *continuari, in l. 1.* Mestril. de *magistra lib. 1. cap. 23. n. 2.* vbi allegat text. in *l. honor, §. gerendorum, ff. de muner.* quæ verbo, *continuari*, etiam, in hac significatione vtitur, Ioan. Bellon. in *tract. at. de potestat. eor. que sunt in contrem. lib. 2. tot. cap. 23.* vnde dies † continui dicuntur, 8
non interrupti, sed connexi, & cohærentes in [*l. 2. ff. de coll. deregen. l. debitrix, §. 2. ff. ad velle. l. quinquennium, ff. de adult. l. genero, ff. de his, qui not. infa. §. qui autem iusti. de excusa. tutor.*]

Quæ continuatio † practicatur non raro apud nos, 9
quia sæpiùs, & fere semper conceduntur priuilegia pro residuo, cum clausula, *& deinde durante nostra mera, & libera voluntate*, & euenit sæpiùs, vt sic prouisi continuent vsque in finem sequentis triennij, in vim illorum priuilegiorum, vt vidimus aliquandò. Et consueuit † etiam sua Regia Maiestas in aliquibus casibus concedere intimul priuilegia pro 10
residuo, & pro sequenti triennio, & absque aliqua alia solemnitate, & noua apprehensione officij, continuatur exercitium vsque ad finem sequentis triennij. Quæ demonstrant clare id, quod diximus, non esse intertumpendam continuationem sub prætextu tabulæ tenendæ, quousque sit omne tempus finitum. Atque ita obseruati † in Regno Siciliæ, ne fiat syndicatus, nisi 11
in fine administrationis pro vtroque anno, tradit don Garci. Mestril. de *magistra. lib. 1. cap. 23. numero 75. in fin.* Atque ita etiam *seruatum* fuisse quandoque in Cathalonia, vt sine purgatione tabulæ continuaretur hæc officia, dicit Mier. in *constitu. com segons, sub. de ambi. col. 10. fol. 22. in 2. vol.*

Optimum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

12 Optimum † *consf.* Mar. Anton. Nat. 57. vbi si prius officium ad certum tempus concessum, postrà prorogatur ad aliud tempus, aut aliàs perfeuerat in eo Officialis per plures annos, sufficit primum iuramentum, nec tenetur aliud præstare pro sequenti tempore, quia tali casu nouum non videtur officium, sed vetus continuatum: non dicitur nouum officium, vetus exercere, & vnicum tempus totum reddendæ rationis, & ideò (inquit) in isto casu Officialis non est bis syndicandus, sed sufficit vnica syndicatio, Surd. *decis.* 326. *numero* 76.

13 Sed est † altera opinio diuersa, & ex diametro contraria, quòd iste Officialis teneatur ad tabulam tenendam pro illo residuo, quo rexit officium, antequam incipiat administrare illud idem pro triennio sequenti.

14 Ratio prima † Constitutio id non dicit, quòd is, in quo continuatur officium, non teneatur priùs purgare tabulam, & tenere syndicatum pro tempore præterito, ergò nec nos dicere debemus, *d. illum. C. de colla. cum vulga.* Constitutio solùm dicit, & disponit, posse cõtinuari officium in eo, qui minus anno texit, de pur-

15 gatione tabulæ nihil dicit, ergo iste † est casus omissus, & ex consequenti remanet sub dispositione iuris communis, id est sub regula generali, quòd omnis Officialis qui aliquod officium administrauit, antequàm de alio prouideatur, tenetur purgare tabulam, stare in syndicatu, reddere rationem suæ administationis, & respondere de se querentibus, prout est in nostris *constitutionibus in tit. de person. prohibi. reg. offic. constit. 6. incipien. volem*, & in multis aliis sub *tit. de offic. iudi. tabul.* & de iure communi est text. expressus in *l. neminem, C. de susceptor. præpos. & e. lib.* 10. Surd. *cons.* 261. *n.* 6. *lib.* 2. Costa de *remed. subsidiar. remed.* 78. *n.* 4. Mestril. de *magistrat. lib.* 1. *cap.* 23. *n.* 75. in quibus locis generaliter prohibentur fieri prorogationes officiorum in eum, qui anteà fuit Officialis.

16 Secunda ratio † Non videtur posse negari, quin officium dicatur, & dici debeat nouum, & vetus expirare quando Officialis post tempus, per viam nouæ electionis deputatur, aut deputari debet, & assumi ad illud idem. *l. cum hermes. ff. locat & l. penult. de prætor. stipulat.* Nat. post Bald. & alios, in *citat. cons.* 57. *numero* 2.

17 Hic autem post finitum † illud residuum, pro quo primò prouidetur Officialis, solet noue prouideri pro sequenti triennio: stylus enim communis, & magis currens est, quòd primò prouidet Locumtenens generalis, vel Rex pro residuo, postea Rex pro sequenti triennio cum alio priuilegio.

18 Atque ita, † non aliàs fieri debere, insinuat eadem *constitu.* 1. de qua agimus, *tit. de offic. temporal. non continuan.* quæ non disponit simultaneam prouisionem residui, & sequentis triennij, sed quòd ei, qui pro residuo minori anno, prouidetur de aliquo officio, possit promitti, & dari spes de prouidendo eodem in eius personam pro sequenti triennio in illis verbis, [Aquells empero, qui en lo trienni propassat, mens de vn any hauran regit algun offici de iurisdicció, sots esperança que aquell offici per aquells en lo present trienni sera regit, no volem esser compresos en la constitució present.] Quod est præsupponere, per nouam electionem rore huiusmodi Officialem pro sequenti triennio de-

19 putandum, & assumendum. Quòd quandò † contingit, certum est non sufficere vnum syndicatum, cum inde duo officia, sed vnum tenendum pro gestis in illo residuo in fine administrationis, & alium pro gestis in sequenti triennio in fine illius, vt pulchrè docet Nata in *loco supra citat.* optime distinguens inter hunc casum, & illum, quem anteà diebamus, quandò non per viam nouæ electionis, sed per viam continuationis, aut prorogationis regit Officialis officium, vt in illo requiratur duplex syndicatus, in hoc verò sufficiat vnus pro toto tempore.

Ex qua † constitutione, & ex illius mente, quæ est 20 etiam attendenda in Cathalonia, iuxta *constitu.* 2. *dict. tit. de offic. temporal. non continuan.* adeò vt qui facit contra mentem, dicatur contra ipsam constitutionem facere, probat docet, & multis probat Mier. noster in *dict. constit.* 2.

Ex dicta (inquam) constitutione † colligitur, non 21 bene facere qui in vim priuilegij de residuo, sub prætextu clausulæ, *& deinde durante mera, & libera voluntate, &c.* aut alio respectu, nec non in vim vnius, & eiusdem priuilegij, & concessionis factæ insimul de residuo, & de sequenti triennio, regunt officia ista, & continuant pro dicto sequenti triennio, quia constitutio non permittit eam inculcationem temporum, sed quòd prouideatur priùs Officialis pro residuo, & postea pro sequenti triennio, data ei fide in prima prouisione, de secunda, quia nullus forsan reperiretur, qui pro tam modico tempore sine dicta spe, munus vellet acceptare, ad quod credo attendisse legislatores dum dictam constitutionem condiderunt, quia alias huiusmodi spei datio est prohibita in *constit. 6. incip. volem, tit. de person. prohibi. reg. offic.* Reliqua in sequenti cum decisione Senatus.

ARGVMENTVM.

De eadem materia decisionis præcedentis prosequendo idem argumentum.

SVMMARIVM.

1 *Syndicatus in Cathalonia non possunt vltra finem eiusdem triennij prorogari.*
2 *Officialis prouisus pro residuo, etiam assecurat, & promittit tenere syndicatum, & n.* 12.
3 *Mieres noster tenet hanc opinionem. quod Officialis prouisus pro residuo, teneatur ad syndicatum priùs, ante quam iterum prouideatur, etiam si residuum sit minus anno.*
4 *Officiorum continuationes, & concessiones vltra triennium in Cathalonia, valde ab aliquibus detestantur, vtpotè non permissæ, sed prohibitæ.*
5 *Decisio pro priori opinione negatiua.*
6 *Motiua decisionis.*
7 *Resolutio trium aularum pro eadem opinione negatiua.*
8 *Praxim esse in contrarium, dicit noster Cancer.*
9 *Decisio Senatus modernior amplectens affirmatiuam opinionem.*
10 *Auctoris opinio, & eius rationes.*
11 *Iudices syndicatus sunt limitati pro illo triennio.*
12 *Officiales etiam pro residuo promittunt, & præstant securitatem de tenendo syndicatu.*
13 *Iudices syndicatus non possunt impediri, nec à domino Rege in exercitio sui offi.* 13.
14 *Officiorum continuatio non datur in Cathalonia, sed noua prouisio.*
15 *Momentum temporis est etiam attendendum, quando aliquid est datum pro forma.*
16 *Continuatio etiam admittit aliquod interuallum.*

DECISIO CLVIII.

TErtia ratio † est, continuando materiam *decis.* 1 *præceden.* Mier. in 2. *vol. in rubr. tit. offic. temp. non continu. num.* 17. *vers. hoc fallit, ex. fal. in his verbis.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

verbis. [Hoc fallit in eo, qui minus anno fuerit absolutus, quia nullatenus potest dici continuatio, nisi de priori etiam minus anno fuerit absolutus, quia inquisitiones, inquit, non possunt vltra finem cuiuslibet triennij prorogari, vt supra colla. 4. in 3. cur. Bar. cap. 7. & pro hoc intellectu est casus infra colla. 9. cur. dum. Ferdin. contra la pensa, & cap. probibim. vide quæ in eis scripsi.] Hactenus Mier. qui illud in effectu fundat, quòd inquisitio facienda pro illo primo residuo, non possit prorogari ad finem sequentis triennij, & videtur quòd bene, quia constitutiones volunt fieri in fine cuiuscunque administrationis pro administratis,
2 hactenus † vt etiam in istis residuis inconcusse observetur, quòd in ingressu regiminis assecurent tabulam, & promittant eam tenendam in fine illius, cum idoneis fideiussoribus, sicuti faciunt quandò in integrum triennium, alias non admitterentur: si cum hoc pacto admittuntur, non sine eo, nec alias possunt admitti, non videtur posse dici quòd postea eam promissionem eludant differendo syndicatum ad sequens triennium, pro quo prouidentur, maximè in damnum partium grauatarum, quibus per constitutiones concediur posse in fine triennij suas querelas proponere contra Officiales damnificatres, & grauaminum emendationem obtinere, absque eo quòd teneantur vlteriùs
3 differre. Hanc opinionem † tenet, & sequitur noster Mier. in *loco supra proximè citato, & in curia Regia Marie, colla. 10. n. 22. pag. 12. col. 2. in princ. in 2. part.* vbi illud tenet etiam, licet (inquit) alij ipsum cap. aliter intelligant, fed non bene, quorum tamen sententia (addit) quandoque de facto seruatur, & male.
4 Idem † Mier. in *cur. Barchino. Reg Ferdinan. colla. 9. cap. 19. ne offi. tempora perpa. concedan. num. 1. pag. 103. in 2 part.* multùm execratur huiusmodi continuationes, & concessiones officiorum vltrà triennium, dicens non posse aliquo modo fieri, neque super his dispensari, & postea addit, [Sed videmus æpius de facto in his dispensarum, & contrafactum: vnde credo, hoc esse publicum, & maximum peccatum, & periurium etiam multorum, quare nimirum si Deus vult destruere hanc patriam,] sequitur, & sequitur noster etiam Cancer. in 2. *part. variar. resolut. cap. 2. de iurisd. & omni. iudi. à n. 278. in additionatis*, & magis in terminis in 3. *part. cap. 12. de offic. iudic tabul. n. 150. & 156. & sequent.* & egregius Senator Gabriel Berart in *specul. visita. cap. 1. n. 33.*
5 Videamus, † quid sacro Senatui placuerit in hoc difficili articulo. In primis reperio de anno 1594. ductam fuisse causam super eo in sacro Senatu ad relationem egregij Senatoris Antonij Oliba, inter Baudilium Noguer, & Damianum Ferrer, in qua, sententia † Regia lata 18. Iunij eiusdem anni, *amplexus* Senatus fuit priorem opinionem, non esse purgandam tabulam antequàm Officialis incipiat regere sequès triennium, quandò minus anno officium rexit, & fuerunt
6 motiua † vt in conclusione legitur, [Quia residuum illud triennij, continuandum est cum sequenti triennio, & auctoritate legis, & constitutionis pro vno triennio computantur, & ideò talis Officialis, qui residuum triennij in minori anni tempore, & triennium sequens rexit, ad purgationem tabulæ non tenetur coram iudicibus tabulæ prioris triennij pro illo residuo, sed duntaxàt coram iudicibus sequentis integri triennij, coram quibus debet conueniri, tam pro residuo, quàm pro triennio, &c.] vide conclusionem in Archiuo Regio.
7 Egregius † Senator Gab. Berart in dicto suo *spe-* † *cul. visita cap. 1. n. 55.* refert quandam *deliberationem* trium aularum in ea dem consuetudine factam, quòd Officialis, qui minus anno rexit officiū, non teneatur purgare tabulam pro residuo, sed syndicatum esse remittendum ad finem sequentis triennij, quandò de eo prouidetur etiam.

Iacobus Cancer † è contra, in *dict. 3. part. variar. reso-* 8
lut. cap. 12. de offi. iudi. tabul. num. 150. dicit se videre *practicari* opinionem, quòd sit in primis purganda † tabula.

Hunc casum † disputauimus fusè in tertia aula de 9
anno 1633. cum Cellario nio Cotts, & de Camos domicello, qui fuerat Vicarius Regius Vicariæ Campirotulj pro residuo minus anno, & volebat poslea cum nouo priuilegio, quod obtinuerat, continuare pro sequenti triennio absque purgatione tabulæ, sed ei non permittebatur ei, conquestus fuit apud Locumtenentem generalem de impedimentis, a quo obtinuit literas extraiudiciales in fui fauorē, ted replicante Vniuersitate, & infurmante tertiam aulam, quòd iuxta constitutiones, & id quod promiserat Vicarius in ingressu officij, tenebantur purgare tabulam, & transire per ea, per quæ transibant alij Officiales priusquam nouo priuilegio vteretur, secundùm ea, quæ dixinus in superioribus, *acquieuit* Senatus, nec ad alia procedimenta † ad fauorem dicti Cotts facienda processit, sed processerunt Iudices tabulæ cum illo in querelis contra eum obiatis, ob quod non potuit officium pro sequenti triennio exercere. Horum ego fui testis oculatus, qui aduocatus eram, & informabam cum aliis pro dicta Vniuersitate, bene successit, quia vt dixi, nostris Senatus rationibus annuebat.

Mihi hæc † posteriori opinio magis procul dubio 10
placet, vti magis conformis nostris constitutionibus, & moribus: nec video qualiter practicari aliud valeat citra illorum violationem. In Catholoma non est permissa continuatio officiorum, aut illorum prorogatio, nec concessio ad libitum, sed de triennio in triennium, & si ante finitum triennium vacant, prouidendum est residuum, & ad summum, cum ea prouisione dare spem prouisionis sequentis triennij. si minus anno est residuum, non aliud, vt disponit illa *constit. 1. de offi. tempor. non continuan.* de qua hucusque egimus.

Et præterea, tabula est publicanda in fine cuiusque 11
triennij de necessitate, secundùm easdem constitutiones, omnibus Officialibus Regiis triennalibus in maquaque Vicaria, in qua non est vnus solus Officialis subiectus tabulæ, sed plures sunt, atque ita fit quotidiè, non video quomodò iudices tabulæ pro syndicandis Officialibus vnius Vicariæ possint impediri ne cognoscant de querelis, ti quæ offeruntur, tam contra Officialem mortuum, vel priuatum, quàm contra istum, qui residuus fuit, citra constitutionum læsionem: non video, quomodò delicta commissa in hoc triennio effugiant punitionem iudicum officialium illius triennij, & transferantur in iudices alterius triennij, quibus † 11
nulla competit iurisdictio nisi pro commissis in illo, vt diximus ex Mier. nostro in tertia ratione huius opinionis, & priuilegia iudicum tabulæ cantant ita, quòd dant solum iurisdictionem pro delictis illius triennij: non video, quomodò possint isti iudices non suspendere statim hunc Officialem durante inquisitione, sicut disponit *const. 1. tit. de offi. de iud. tab.* & ponere alium, sicut disponit *constit. 4. eiusdem tit.*

Deinde, † nemo nescit quòd isti officiales in 12
ingressu officij præstant securitatem de tenenda tabula in fine illius residui sicut reliqui, atque ita practicatur sine difficultate in vim constitutionum generalium, quæ sunt plures in *tit. de offi. indi. tabu.* quæ generaliter statuunt, præstandas in ingressu officiorum has securitates, prout est *constit. 3. 8. & 13.* Et tenentur deponere in principio salaria iudicum, qui eos sunt iudicaturi, vt disponit *constitu. 17. eiusdem tit. de offi. indi. tabu.* Non video, quis possit, aut debeat istud, quod est promissum, & pactatum impedire ne adimpleatur, stantibus † maximè *constit. 7. & constit. 19.* 13

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

prohibentibus ne iudices tabulæ possint ab aliquo, nec etiam a domino Rege, impediri in exercitio luæ iurisdictionis. Dico igitur cùm Mier. nostro in citatis locis, *teneant alij quod voluerint, ego hanc sententiæ intrepidus adhæreo.*

14 Nec arbitror † contraria adducta obstare, quia non procedunt in Cathalonia, propter leges nostras, & approbatos mores, quia apud nos non datur prorogatio officiorum, nec talis potest dici ea, quæ fit post finitum residuum, sed nouæ concessio, cum reuerà fuerit finitum primum, vt doctè annotat Cance. noster in *2. part. var. resolut. cap. 2. de iurisdict. omni. iudic. n. 275.*

15 Nec potest † dici, quòd istud modicum tempus præcedens non debeat esse in consideratione, quia, vt ait idem Cance. in *3. par. var. cap. 1 2. n. 169. de offic. indi. subu.* in Cathalonia pro syndicatione officialium est data dicta forma, vt fiat in fine cuiuslibet triennij, & quandò est data forma, momentum etiam temporis attenditur.

16 Demùm, † consideratio illa tam stricte facta de continuatione, quam permittit constitutio, quandò residuum est minus anno, non est admittenda, quia, vt optimè probat Hieronym. Gonzal. ad *regul. 8. cancel. gl. 47. n. 56.* continuatio etiam admittit aliquod interuallum: bene ergo poterit hic admittere istud pergandæ tabulæ, maximè cùm constitutio non attenderit ad hoc vt sine aliqua mora possint officia continuari, sed quòd in sequens triennium possit prouideri qui minus anno officium regit, reliqua relinquens in dispositione iuris communis.

9 *Substitutio vnius personæ expressa facit cessare tacitam de alia.*

10 *Filij positi, in conditione primo loco excludunt substitutum, si viuunt.*

11 *Deindè si concurrunt coniecturæ, occupant locum vacuum, in quo non est in fauorem alterius facta prouisio.*

12 *Filiorum existentia non excludit substitutum in vulgari, cum in ea non ponantur in conditione.*

13 *Filij positi in conditione, non desinunt succedere ex coniecturis, ex eo quòd eorum pater primo vocatus prædecesserit gratuato.*

14 *Duo singularia loca probant id, quod dictum est in præcedenti, qua hic referuntur.*

15 *Decisiones Senatus istam opinionem approbantes.*

16 *Molina dictarum decisionum perpulchra.*

17 *Auctor arguebatur quòd non integrè in alio loco molina prædicta retulisset, sed non vere.*

18 *Auctor asseuerat se scire ex dictis motiuis fuisse dictas sacrosanctas sabbas.*

19 *Aliæ similes Senatus decisio idem probans.*

ARGVMENTVM.

Filij positi in conditione, & coniecturatè vocati, an patre eorum substituto decedente ante hæredem, qui hæreditatem adiuit, excludant sequentes substitutos illi vulgariter, & quomodò, & ex qua substitutione.

Quomodò, & ex qua substitutione, eaducto gradu medio, sequens subrogatur in illius locum.

De vulgari secunda, & in fideicommisso plura.

Per additionem hæreditatis expirant omnes vulgares in hæreditate.

SVMMARIVM.

1 *Casus positio huius decisionis.*

2 *Vocatus in certo casu, illo adueniente, debet succedere de necessitate.*

3 *Filij positi in conditione, ex coniecturis non censentur vocati in casum vulgaris, sed fideicommissaria.*

Condatio, si sine liberis, non intelligitur in vulgari, ibidem.

4 *Vocatio ex coniecturis filiorum in conditione positorum, dicitur tacita, non expressa.*

5 *Expressum semper facit cessare tacitum in substitutionibus, non è contra.*

6 *Leges non sunt omittendæ, & contentari Doctorum dictis, & auctoritatibus.*

7 *Vulgaris non continet pupillarem, cum de singulis terminis tractatur.*

8 *Prohibitio de non alienando nunquàm trahitur ad casum mortis, quando in alia parte est in eum casum data substitutio.*

DECISIO CLIX.

SCripsi non † pauca tam in 1. quàm in 2. *de pact. 1 imp. tom. 6 in aliquibus etiam ex istis decisionibus, ac nõ longe ab ista*, pro oppositarum materiæ, de filiis positis in conditione, an & quandò, & ex quibus coniecturis censeantur vocati, & in dispositione positi, sed materia est tam frequens, vt vix possit dici vnquam fuisse tacta de ea dictum, & scriptum, redeo ob id ad eandam materiam, ad explicationem, & enodationem illius dubij propositi in *2. to. claus. 5. gl. 10. p. 2. ex n. 34.* quod habet maiorem necessitatem, nunquid quandò est aliqui facta in primis substitutio vulgaris, casu quo hæres non esset, quia noller, vel quia non posset, & deinde fideicommissaria, si hæres esset, & postea decederet sine liberis, & substituto sunt factæ similes substitutiones, si contingit primum substitutum prædecedere cùm filiis instituto, qui hæreditatem adiuit, & concurrant coniecturæ vocationis filiorum, ipsi admittantur, excluso alio substituto postea sequenti, casu quo primus hæres deinde moriatur absque liberis, veluti exempli gratia, ponamus, quod Titius instituit Mæuium hæredem suum primo loco, & si hæres non esset, quia noller, vel non posset, vel si hæres esset, decederet tamen postea sine liberis, substituit ei Caium, & si similiter Caius hæres non esset, quia noller, aut non posset, vel esset, & postea decederet absque liberis, substituit ei Sempronium. Contigit quòd primus hæres adiuit hæreditatem, deinde Caius primus substitutus moritur relictis liberis, postea meritus Mæuius primus hæres sine eis, superuenientibus liberis Caij prædefuncti, & Sempronio vltimo substituto; præsupposito quòd concurrant coniecturæ sufficientes ad vocationem filiorum in conditione positorum, per contor quis succeedet, an filij Caij, an Sempronius ipse?

Pro Sempronio † videtur casus clarus, quia ipse 2 fuit substitutus, casu quo Caius hæres non esset, quia noller, vel non posset, & casu quo (licet communiter dici, & poni soleat) Caij stempore mortis Mæuij primi instituti non viueret, qui casus contigit, sequitur ergo quòd ipse Sempronius debeat succedere, tanquam expressè vocatus in dicto casu.

Nec quidquam † facere videtur existentia filiorum 3 Caij prædefuncti, ad excludendum Sempronij; quia notum est eos non fuisse positos in conditione in casu vulgaris, sed solum in casu fideicommissariæ qui non successit, nec tacitum in vulgari subintelligitur conditio *si sine liberis*, adiecta postea in fideicommissaria, Peregr. de *fideicom. art. 34. n. 95.* & Franc. Scepha.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

pha.*dec Aquen.90. ex n.4.* de al j quos ego adduxi in *2. de pact.nup.q.1.ar.1.* ſ.5 *n.*1. & 6. in alia decisione comprobaui latiſſime, Si in caſum vulgaris, qui ſucceſſit, filij non erant poſiti in conditione, non poterat eorum exiſtentia excludere ſubſtitutum, & minus eo excluſo ſuccedere ipſi.

4 Secundò,† vocatio filiorum Caij nunquàm poſſet dici expreſſa, quamuis eam in iſto caſu accommodaremus, ſed tacita, cum in teſtamento non legatur, & ideò filij in conditione poſiti, quandò ex conjecturis dicitur vocati, eorum vocatio expreſſa dici non poteſt, ſed tacita, quo fit, vt in vulgari nunquàm filij poſſe admitti videantur, eo quòd in eo caſu, eorum pater iam habebat ſubſtitutum expreſſum, ſcilicet Sempronium: con-
5 ſtat autem,† quòd ſemper expreſſum facit ceſſare tacitum, nunquam è contra in ſubſtitutionibus, ad quod probandum plures ego adduxi Doctores *in dicto 2. tom.el.ſ.gl.10. par.2. n.40.* ſed quid egemus doctoribus? cum ad id habeamus tex. expreſſum, quem ego
6 nunc addo, *in locum ex filia.§ 1. de vulgaris*, (aliquam † à nobis rationem exigendam puto, cur cum leges poſteriores allegare in cauſis, quas defendimus, quæ leſ. 1 cutiores ſunt multò, parùm cutauerimus de ipſis, ſola doctorum cumulatione, ac illa quidem magna, con-
7 tenti) in quo tex. nec † vulgaris pupillarem, nec pupillaris vulgarem continet, quia in ſingulis caſibus, ſinguli dati ſunt ſubſtituti, atque ita, qui tacite veniret per pupillarem in caſu vulgaris, non admitteret in præiudicium eius, qui expreſsè in caſum vulgaris fuerat vocatus, nec è contra: alia in idem adducit Cæphal. *conſil.430.n.22.* Rota Roma.† Ludouiſ. *dec.433.n.12. &* 13. adducit in ſimili, quod dicitur de prohibitione alie-
8 nationis, quòd ex ea, quamtumuis verbis generalibus facta, non inducitur fideicommiſſum in caſum mortis, cum in alia parte fuit facta expreſſa ſubſtitutio in eum caſum, Surd. *dec.* 15 *n.*13. & *dec.*152. *n.*3. & 17. vbi dicit
9 † ſubſtitutionem vnius perſonæ expreſſam facere ceſſare tacitam alterius, Oldus *conſ.* 12. & Eugeni, qui in eodem caſu ſcripſit, *conſ.*9 *n.*14. & 22. late Becci. *conſ.* 39. *n.*24.

10 In fideicommiſſaria † benè eſt, quòd expreſsè ſubſtitutus excludatur per filios poſitos in conditione, qui videntur tacitè tantum vocari, veluti ſi Caius ſuperuiuiſſet Mæuio, & hæres fuiſſet, & poſtea deceſſiſſet cum liberis, eorum enim exiſtentia primò operata fuiſſet effectum excluſionis Sempronij, cùm primus, & principalis effectus exiſtentiæ filiorum in conditione poſitorum ſit excludere ſubſtitutum, &
11 tollere eius locum, vt non eſt, poſteà + exiſtente illo loco vacuo, bene poſſunt intrare filij in illum, ſi tales concurrunt conjecturæ quæ faciant locum vocationi
12 cùm nihil ſit, quod impediat, ſecus eſt † in vulgari, in qua exiſtentia filiorum non excludit ſubſtitutum, cùm in ea non ponantur in conditione, vndè fit, locum ſemper dici plenum, nunquàm vacuum, cum ſemper ſit habilis ad ſuccedendum vulgaris ſubſtitutus, qui in eo caſu, quòd præcedens non viueret, nec eſſet hæres, fuit expreſsè vocatus. Cúmque nos ſimus in caſu vulgaris, videtur admittendus ſine dubio Sempronius, excluſis filiis Mæuij, quantumuis concurrant conjecturæ vocationis illorum, cum ſemper talis vocatio dicenda ſit tacita, & quæ fuit facta de Sempronio expreſſa.

13 Nec per hoc offenditur, † quod communiter dicunt Doctores, non requiri acquiſitionem partis, vt filij poſiti in conditione, ſi adſint conjecturæ, admittantur, immò quamuis pater præcedat, illi admittuntur, prout ego tibi pluribus probaui *in dict. t. de p.nup.cl.ſ.gl.10. par.2. n.30. &* 31 quibus adde Rot. Roma *in 2. part. recentio. dec.* 232. *ex n.6. & dec.*205. *n.*5. & eſt vltrius videndus Vincen. Fuſar. *rota q.* 419. quia in dicto caſu ponuntur in locum patris, quod intelligitur in fideicommiſſaria, non in vulgari, ex doctrina ſuperiùs tradita, propter impoſſibilitatem, quam prædiximus, & nullus ex Doctoribus, quos allegauimus, locutus eſt, niſi in fideicommiſſaria, vt apud eos eſt videre; exemplum pone in eodem caſu, quem ſuprà figuraumus, quòd Caius primus ſuſtitutus, ſolùm fuiſſet ſubſtitutus hæredi Mæuio per fideicõmiſſum, veluti, ſi hæres eſſet, & poſtea decederet ablque liberis, & eodẽ modo Caio eſſet ſubſtitutus Sempronius, ſi Caius cum liberis moreretur ante hæredem & poſteà hæres fine eis, tunc non admitteretur Sempronius, ſi concurreterent conjecturæ fauorabiles vocationi filiorum, ſed filij ipſi, quamuis patet eſſet prædefunctus, quia nihil obſtaret ei ſucceſſioni, ex his quæ obſtarent in vulgari, vt ſuprà diximus.

Et in terminis † (quod non habebam cùm illam 14
cauſam, de qua vbi ſuprà *in 2. tom.* defendebam) reperi poſteà duo loca, quæ probant filios in conditione poſitos ex conjecturis, non venire in eum caſum vocatos, in quem eſt expreſsè facta alterius vocatio, quia expreſſum facit ceſſare tacitum, & diſpoſitio generalis non trahitur ad id, ſuper quo eſt ſpecialiter prouiſum, loca iſta ſunt apud Beroi. *conſ.57.n.67. lib.3.* & apud Surd. *conſ.487.n.7. verſ. ſecunda ratio, & deinde n.42. verſ. tertium, & denique verſ. tertio, vol.4* quod conſil. eſt repetitum *in eodem vol. & eſt* 456.

Et in corroborationem † huius opinionis eſt ſci- 15
endum, quòd ego ſuperioribus, annis defedebam in Senatu quandam grauiſſimam cauſam inter quoſdam Celleras, & Galter, de qua multa dixi *in 2. de pact.nup. cl.ſ.gl.10.p.2.* in qua cauſa de duobus punctis ſtrenuè diſceptabamus. Primò, an in eo caſu concurrerent conjecturæ ſufficientes ad vocationem filiorum in conditione poſitorum, Secundò, an quamuis concurrerent, in caſu qui ſucceſſerat, quòd pater ſubſtitutus prædeceſſerat hæredi, & ſubſtitutio erat facta per vulgarem ſi viueret, & heres eſſet, & ſi nó viueret, & hæres non eſſet &c. & in vtroque articulo in ambabus aulis, primò ad relationem egregij Senatoris Hieronymi Aſtor, de anno 1618. & deindè ad relationem don Franciſci Gamis, de anno 1621. poſt multam diſputationem, ſcriba Ioanne Payſta, *obtinui* primò, quòd non + concurrebant conjecturæ, ſecundò quòd etſi adfuiſſent, adhuc non poterant admitti filij, quia in caſu, qui ſucceſſerat, iam erat alius datus ſubſtitutus: verba ſententiæ in ſecundo caſu, de quo nunc tractamus ſunt hæc. [Cæterum, † inquit, quia vocatio dicti Ber- 16
nardi Galter partis prædicti Antonij, fuit expreſsè facta à teſtatore, in caſu quo ipſe Bernardus tempore mortis Antonij primi hæredis viueret, & hæres eſſe vellet, qui caſus non euenit, cùm mortuus fuerit, hærede prædicto ſuperuiuente, & ſic fuerit gradus prædictæ ſubſtitutionis caducatus, remanſeritque hæreditas penes hæredem, cum onere teſtituendi illam Petro ſecundo ſubſtituto, qui ſuperuixit tempore mortis ſuæ, & filij dicti Bernardi tunc demùm fuerint in conditione poſiti, caſu quo eorum pater ſuperuiuiſſet, & hæres fuiſſet, &c.] quæ verba ego etiam poſui ad literam *in d.2.tom. el.ſ.gl.10. p.2.n.*31. quæ omnia fideliſſimè relata, quæ faciunt ad hunc articulum, licèt aliqui † cùm de eodem diſputatemus poſteà, 17
& de dicta declaratione opponeremus, dicerent, (cùm non aliter poſſent euadere difficultatem) me non poſſuiſſe integrè quicquid ad propoſitum faciebat: reliqua enim ſunt de primo articulo, nempe ſi concurrebãt cõjecturæ ſufficientes ad vocationẽ, audi ea, & videbis: verba igitur quæ ſequuntur immediate poſt ſuperiùs enarrata, ſunt hæc: [Qui caſus (quòd eorũ pater ſuperuixiſſet, & hæres fuiſſet) ceuà ſi euenifſet, non potuiſſẽt prædẽdere ex perſona propria vocationem, cùm nullæ elicantur ex proceſſu conjecturæ ſufficientes ad inducendã vocationẽ prolis in cõditione poſitæ.] En quo-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

modò ad primum casum verba sequentia referantur,non ad secundum,integrè igitur,non diminutè in citato loco ego verba Regiæ sententiæ , quod attinet ad hanc articulum,retuli.En quomodò , sententia Senatus hæc opinio,quæ repellit filios, & admittit substituturn,corroboratur, & comprobatur.

18 Et si adhuc † dubitas,num ex dicto motiuo , quòd expressa substitutio facit cessare tacitam,fuerint dictæ Regiæ sententiæ latæ,de quo ego non dubito,& quia vti aduocatus in eis interfui , & maximè in dicta sententia confirmatoria referente Gamis lata , possum asseuerare,pro qua scripseram tunc illud quod est late de hac materia in *2.de pact.nup.clau.5.glo.10.par.2.ex n.34.* Et ostenso illo discursu , provt est in libro , qui tunc recens , fauente prospera clientuli fortuna , prodierat à prælo ac illo quidem suprà modum, & plusquàm meretretur, laudato, ttatim domini venerunt in meam sententiam,& ex contentis in illo discursu , & per ea,priorem sententiam confirmarunt.

19 Si (inquam) de hoc † adhuc dubites, num Senatus illum discursum approbauerit,ex quo verba sententiarum non sunt ita clara quemadmodum ponuntur in prædicto discursu , attende ad aliam Regiam sententiam postea,de anno 1625.de 28.Aprilis,in eadem aula , ac eodem etiam don Francisco Gamis relatore latam, in qua casus erat idemmet, dempto,quòd in isto non poterat dubitari de vocatione filiorum positorum in conditione , cum vna coniectura concurreret ex approbatis in Senatu , nempe vocatio filiorum vltimi substituti,& tamen Senatus *exclusit* filios volentes succedere loco parentis, qui prædecesserat instituto,hoc expresso motiuo:[Quia in illo casu , quo illorum pater non viueret, tempore quo defecederet hæres sine liberis,iam habebat ille alium substitutum expressum & vbi extat expressa substitutio, cessat tacita, quia ptouisio expressa tollit subsidiariam tacitam.] quæ sunt expressa verba sententiæ Regiæ : in effectu, ne dubites quin fuerit idem casus sicut ille,qui in causa illorum Cellera , & Galter, & adhuc illud plus habebat iste , quòd filiorum ex coniecturis non poterat negari vocatio , sicut in casu , quem formauimus in initio huius decisionis,qui nullo addito , vel dempto, est idem prorsus,& tamen Senatus claris verbis,ex rationibus positis in meo discursu,contra filios declaratit.Partes erant Sebastianus Arbas , contra Iacobum Bellarò. Scriba Costa. Reliqua vnà cum resolutione Senatus nouissima,habebis in sequenti decis.

ARGVMENTVM.

Prosequitur auctor eandem materiam decis.præcedentis.

SVMMARIVM.

1 *Secunda opinio in quæstione proposita in præcedenti decisione.*
2 *Vulgares omnes substitutiones expirant adita semel per primum hæreditate.*
3 *Vulgaris in hæreditate,solum datur vna,non plures.*
4 *Caducato medio gradu , quomodo succedit sequens substitutus.*
5 *Caducato medio gradu, sequens subrogatur in illius locum.*
6 *Caducato medio gradu, hæreditas manet penes grauatum,cum onere restituendi sequenti.*
7 *Compendiosa continet duplicem vulgarem.*
8 *Compendiosa non continet vulgarem , quandò ad partem , vulgaris expressè facta fuit , quia expressa prouisio facit cessare tacitam.*
9 *Vulgaris prima, quæ est in compendiosa expirat adita hæreditate,quæ non dicitur tacita sed expressa licèt verbis generalibus.*
10 *Vulgaris in fideicommisso continetur etiam in compendiosa,& quæ illa sit.*
11 *Et dicitur etiam vulgaris secunda,per quam substitutus repositur in locum qui defecit,& non dicitur per eam succedere,sed per aliam vt hic explicatur.*
12 *Substitutus repositus in locum deficientis , succedit ex propria persona.*
13 *Filij positi in conditione , & ex coniecturis vocati succedunt per fideicommissariam post patrem qui adiit hæreditatem.*
14 *Filij in condsione positi , & ex coniecturis vocati, quando pater eorum prædecedit vocatus ante tum,habentur ac si expressè fuissent substituti.*
15 *Filij positi in conditione , & ex coniecturis vocati, dicuntur in testamento hæredes scripti,& omnia remedia ex testamento intentare possunt ac si fuissent expressè substituti.*
16 *Filij prædicti, quomodò , & qua substitutione in dicto casu intrent, diuersæ sunt opiniones.*
17 *Veritas est,quod succedant per compendiosam,sta vt ex vulgari secunda,quæ dicitur in fideicommisso contenta in compendiosa , reponantur in locum patris,& postea succedant eodem modo,quo pater successisset.*
18 *Declarat o prædictorum.*
19 *Duæ Decisiones Rotæ Romanæ in proposito referuntur peroptime.*
20 *Caducato medio gradu,quemadò intret sequens.*
21 *Satisfit argumentis contrarijs.*
22 *Decisio Senatus in hac causa facta pro hac vltima opinione in fauorem filiorum.*
23 *Decisiones Senatus alia in contrarium facta,de quibus in præcedenti decis.in dubium veniuntur.*
24 *Decisio alia Senatus probans,quòd cum non concurrunt in isto casu con cctura vocationis,excludantur filij supernuentes,refertur.*
25 *Decisio alia Senatus posita in dicta præcedenti decisione controuertitur etiam.*
26 *Auctor libenter mutat sententiam, & deponit opinionem,si postea veritatem comperit.*

DECISIO CLX.

SEcunda † est opinio , in quæstione proposita *in* 1
*præcedenti decis.*quòd etiam in casu vulgaris, prtà quòd Caius primus substitutus non superuiuat , filij eius positi in conditione,vti vocati ex coniecturis, ad successionem admittantur , excludantque Sempronium,in eo casu,quo Caius non superuiuerit , vel superuiuerit, & hæres non esset , &c. expresse vocatum.

Pro cuius † opinionis , & totius materiæ multum 2
necessaria intelligentia , præsupponendum imprimis est , quòd quamuis testator faciat in suo testamento plures substitutiones gradatim de vna in aliam , provt apud nos fieri semper solent , vulgares in primis, deinde fideicommissariæ , siue compendiosæ , veluti , dicendo , instituo Mæuium , & si ipse hæres non erit , vel hæres erit , & decesserit quandocunque sine liberis , substituo Caium , & si Caius hæres non erit , vel erit , & decesserit simili modo absque liberis, substituo Sempronium , & si Sempronius hæres non erit , vel erit , & decesserit sine liberis substituo Plotium , tali casu si ille Mæuius primus hæres institutus adiuerit hæreditatem expirant omnes substitutiones vulgares postea sequentes , nedum illa , quæ facta fuerat Mæuio ipsi in fauorem Caii , sed & reliquæ etiam , taliter , quòd si caducaretur deinde aliquis

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca