

cisco Sapia, D. Flaminio Constancio, & Judice M. C. V. Marco Antonio Rossino, viris notæ integritatis, ut taceam plurimas alias eorumdem laudatissimas virtutes, & ornamenta. Cum tamen certum sit, non mandari executioni sententias primas S. C. in causis criminalibus, continentes gravamen irreparabile, cum proceditur absque delegatione, ut dixi *supra* n. 12. Hoc autem fortassis ex eo provenit, quoniam à sententiis latis in judicio criminali in Collaterali Consilio non datur reclamatio, juxta antiquam observantiam, de qua testatur Vincentius de Franchis *decis.* 637. n. 1. & Ponte *de potestate Proregis, tit.* 12. n. 6. forsitan quia in eis proceditur nomine Regio, ut significat Ponte, & sententur sententiæ Principis, aut Senatus, à quibus appellare non licet, *l. 1. §. 1. & 2. ff. à quibus appell. non licet.* Cum autem istæ Congregationes procedant in causis ex delegatione Proregis in Collaterali Consilio, videntur obtinere locum ipsius Collateralis Consilii in istis causis delegatis, cum sint Tribunal collegiatum. Non esse autem verba illa prædictæ pragmaticæ referenda ad delegationes factas Ministris Tribunalium, ut singulis, quasi significet, ab eorum sententiis appellari non posse. In eis enim planum est, non vigere eandem rationem, quippè cum scitum sit proverbium: *Multa manus onus levius reddunt*, apud Erasmum *chiliade* 2. cent. 3. *adagio* 95. plurimum enim industria difficultatem minuit, & integrum est judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur, *cap. prudentiam* 21. *in princ. de officio, & potest. judic. deleg.* & ut vulgò dicimus, plus vident quatuor oculi, quam duo, è contra autem. *Unus vir, nullus vir*, apud eundem Erasmum *chiliade* 1. cent. 5. *adagio* 40. & apud Alciatum *emblemate* 41. & ibi notata à Commentatore, quæ apprimè in hanc rem cadunt.

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

dinator. Quorum verborum ratio habenda non est, cum non inveniatur in decisione illius, sed in relatione, & verba sint fortassis supplicantium pro ablatione delegationum potius quam Legislatoris. Per quæ censendum non est, tot, tamque insignia juris Civilis, & Canonici loca esse correctæ, argumento, *l. si quando, C. de inoffic. testam.*

34 Illud tamen est verissimum, prædictam resolutionem, videlicet concedendam esse facultatem appellandi à sententiis singulorum delegatorum, limitandam esse primò, cum delegatio sit cum clausula, *quod delegatus procedat nomine Regio*, tunc enim sententia executioni mandatur appellatione non obstante, ut rectè animadvertit Capicius *decis.* 111. & Joannes Vincentius de Anna *in repetit. Constit. Constitutionem divæ memoriæ, n. 10.* Ponte *de potestate Proregis, tit.* 12. n. 4. Idque magna cum ratione, nam à Principe non appellatur, *l. 1. in princ. ff. à quibus appell. non licet*, & per consequens neque ab eo, qui nomine Regio judicat. Quod confirmatur apertissimo exemplo, nam causæ infra summam unciarum duodecim committuntur decidendæ cuilibet ex Regiis Consiliariis, qui potest eas solus decidere, proferendo sententiam nomine Regio, quæ sententia executioni demandatur, non obstante appellatione ad instar sententiarum Sacri Regii Consilii juxta *pragmat. 41. cap. seu §. 11. de officio S. R. C.*

35 Secundò limitanda est, cum delegatio expeditur cum clausula, *appellatione remota*, nam tunc sententia delegati non obstante appellatione, executioni mandatur. Eam autem clausulam Princeps potest apponere in commissione, *d. l. 1. §. interdum, ff. à quibus appell. non licet*, notat Colerus *de process. executivis, 4. p. cap. 1. n. 25.* Sanchez *consil. moral. lib. 3. cap. unic. dub. 10.* singulariter loquens. Et sic habui ego commissionem cum prædicta clausula ab Excellentissimo Duce de Alcala hujus Regni Prorege, & Collaterali Consilio, cum delegata fuisse mihi anno præterito 1630. instantibus Principe Sarriani, & Principe Belmontis inquisitio, & puni-

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

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

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

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

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

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

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

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

Tom. II.

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

N

quòd



- Venditio pignorum captorum in causam judicati debet fieri presenti pecunia, ibidem.*  
*Debitor gaudet dilatione sex mensium, ut condemnationi pareat, quatuor antequam pignora capiantur, duorum verò post capta antequam vendantur, ibidem.*
- 7 *In captione, & venditione pignorum servantur statuta à textu in l. à Divo Pio, §. in venditione, cum sequentibus.*  
*Pignora judicialia distincta à ceteris, quatuor sunt enim genera pignorum, ibidem.*  
*Creditor admittitur ad licitationem pignorum judicialium, alio emptore non reposito, imò reposito praefertur, ibidem.*
- 8 *Nomina debitorum confessa capi possunt pro pignore, & à Judice executionis exigi.*
- 9 *Subhastatio requiritur in omni venditione, qua fit precedente decreto.*  
*In venditione mobilium an, & quando subhastatio requiratur, ibidem.*
- 10 *Subhastatio bonorum minoris, Ecclesia, & Fisci stabilium debet fieri, cum termino viginti dierum.*  
*Ecclesia, Fiscus, Respublica, & minores equiparantur in jure, ibidem.*  
*In aliis casibus tempus subhastationis est Judici arbitrarium, ibidem.*
- 11 *Ordo relatus I.C. in d.l. à Divo Pio, §. in venditione, an sit substantialis, & omnino servandus, & qui affirmaverint.*
- 12 *Sententia negativa verior, & minus scrupulosa, & qui eam sequantur.*
- 13 *Tres vias habet creditor ad exequendam sententiam contra debitorem ultra venditionem bonorum. Primam adjudicationis previo appretio, & n. 14. & 15.*
- 16 *Emptore non invento, non addicebantur olim pignora creditori, licet mitteretur in eorum possessionem.*
- 17 *Cum creditor vult pignora executionis capta in creditum possidere, mittitur in eorum possessionem sine appretio, & non potest petere reliquam quantitatem, licet sit plus in debito, quam in pignore.*
- 18 *Creditor potest petere immisionem in possessionem bonorum captorum debitoris jure pignoris.*
- 19 *Cum creditor sic mittitur in possessionem, fructus bonorum extenuant sortem.*
- Creditor non compellitur solutionem debiti per partes accipere, ibidem.*
- 20 *Utilis est iste modus exequendi, cum res captae subjecta sunt majoratui, aut fideicommissio.*  
*Possessor feudi, majoratus, vel fideicommissi potest vendere, locare, aut donare fructus pro sua vita, ibid.*
- 21 *Denegatio audientiae donec pareatur sententiae, alius modus executionis.*
- 22 *Instrumenta de jure communi non habent paratam executionem.*  
*Id tamen in quibusdam casibus limitatur, ibidem.*
- 23 *An in executione requiratur citatio debitoris, & n. 24.*  
*Et quid Doctores senserint, ibidem.*  
*Requiratur citatio apud omnes, sed non eodem tempore, ibidem.*
- 25 *De jure Neapolitano, & styli S. C. quid servetur, & n. 26.*
- 27 *De jure Castella quid servetur.*  
*Instrumentum guarentigium executioni mandatur eodem modo, & forma, quibus sententia in judicatum transacta, ibid.*  
*Fidejussio de saneamiento, qua contineat, ibidem.*
- Multi sunt qui pro debitis carcerari non possunt eo jure, ut mulier honesta, & inhonesta, dummodò sit nupta, & nobilis, quem hispanè vecamus Hidalgo, dum debitum sit civile, ibidem.*
- Cum lex, vel statutum introdocit aliquid de novo cum certis modificationibus, videtur data forma, ibidem.*
- 28 *Subhastatio in mobilibus, & immobilibus quo tempore facienda fit, & quo tempore duret.*
- 29 *Quo tempore fiat oppositio, & de forma, quae executio perficitur per ultimam sententiam additionis.*
- 30 *Gautela, qua utuntur practici in licitatione bonorum debitoris, rejicitur.*
- 31 *Creditor si malit, potest mitti in possessionem bonorum debitoris.*
- 32 *Quando absolvendus sit reus in processu executivo, & qui tradat ejus formam.*

## DISPUTATIO I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

est, per Officiales, Ministros, & Apparitores Judicis, ut Glossa marginalis, & Cujacius explicant) venundari solent, l. 2. C. si in causam judicati, l. eos 9. C. de execut. rei judic. & alio emptore non existente, vel existente, & non dignum pretium offerente, creditor ipse ad licitationem admitti potest, quasi quilibet extraneus, & pignus emere, d. l. 2. C. si in caus. judic. Mathias Colerus de processib. execut. p. 3. cap. 9. n. 87. Negusant. de pignor. 6. p. membr. 1. n. 10. Meirer. de pignorib. lib. 1. tit. 2. n. 23. post Bart. Bald. Paulum, & Zasium. Imò in hac bonorum venditione creditor præfertur extraneo licitatori, l. cum bona 16. ff. de rebus auctoritate jud. possiden. aliàs l. 1. ff. de privileg. creditor. ubi Bart. & Cuman. ante n. 1. conciliant has duas leges, ut in prima subintelligatur maximè, quasi d. l. 2. statuit, quid agendum sit, maximè emptore non reperto, non eget tamen, quod asserit d. l. 1. scilicèt creditorem emptori etiam reperto esse præferendum. Idem notarunt in eadem l. 1. Angelus n. 1. & 2. Ripa n. 1. & 2. Meminerunt hujus prælationis Brunus tractat. de cessione bonor. q. 23. principali, ex n. 1. ad 3. Asinius tractat. de execut. §. 6. cap. 8. ex n. 1. Parlador. d. cap. fin. 5. p. §. 13. n. 9. & 10. Maranta post suam prax. disp. 8. n. 29. Faber. lib. 8. Cod. tit. 17. diffinit. 32. consonat Franch. decis. 69. n. 4. Scio imputatum esse culpæ cuidam Judici à quodam magno Syndicatore, quòd in quorundam bonorum venditione dictam legem servaverat: nam hoc sæculo culpa etiam putatur servare leges, nec mirum, nam quod meritum est præmio dignum, in culpam convertere, conari solet malignitas, & ignorantia.

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

dicemus, animadvertit Cumanus in ead. l. à D. Pio, §. Sic quoque, n. 1. Zasius n. 7. Imola statim in princip. Certè debitorum favor esset à nominibus incipere, quibusdam personis non negandus, quemadmodum pupillorum, & minorum favore constitutum est, ut dum pecuniam habent, vel nomina, ad venditionem bonorum stabilium, seu soli non procedatur, ut eorum exsolvantur debita, l. magis puto 5. §. non passim, vers. Quævere ergo debet, ff. de rebus eorum, animadvertit Colerus de process. execut. 3. p. d. cap. 9. ex n. 31.

9 Eodem jure communi, regulariter in omnibus casibus, in quibus alienatio fit præcedente decreto, & auctoritate Prætoris, subhastatio requiritur, ut animadvertunt Pinellus in l. 2. 2. p. cap. 2. in fin. C. de rescin. vendit. Molina de primog. lib. 4. cap. 3. n. 44. & 45. Menoch. de arbitrar. libr. 2. cent. 2. casu 129. v. 1. post Bart. Alber. Baldum Joann. de Platea, & Matth. de Afflict. Qui tamen id non dicunt. Conveniunt quidem in eo, quòd in venditione rerum stabilium minoris, Ecclesiæ, Fisci, & Civitatis, subhastatio requiritur tanquam solemnitas necessaria. Idque notat Jodocus Damhouderius tractat. de subhastat. cap. 1. ex n. 15. & cap. 2. ex n. 1. Quoad bona minoris id significat textus in l. & si sine 8. §. Quæsitum, ff. de minor. & sentiunt relati à Gratiano discept. forens. tom. 3. cap. 379. ex n. 2. ad 8. quamvis ipse ab ea sententia recedat ex n. 9. quem etiam sequitur Rovitus in pragm. 1. ex n. 104. de titulor. abusu in scribendo sublato, quorum tamen sententiam falsam existimo, ut etiam existimat Surdus conf. 49. ex n. 19. lib. 1. In cæterorum bonis vendendis pro executione rei judicatæ intervenire debere, significat textus in l. ordo, C. de execut. rei jud. & Salic. ibi, n. 2. Negusantius de pignor. 6. p. membr. 1. n. 47. sentitque idem Damhouderius ubi supr. cap. 3. ex n. 1. Asinius de executionib. §. 6. cap. 1. ex n. 15. statuit l. 52. p. 5. & ibi notat Gregor. gloss. 3. & ibi statuitur pro subhastatione terminus decem dierum, meminit Castillo in l. 37. Tauri, tract. de ratione reddenda, q. 9. in princ. Gaspar Roderic. de annis



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

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

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

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

inter Doctores. Nam in sententia affirmativa, esse, inquam, illum ordinem de forma, & substantia, & ejus omissione executionem esse nullam, & inutilem, sunt Joan. de Imola *in d. §. In venditione*, n. 11. Alex. n. 13. Jason n. 19. Felin. *in cap. quoad consultationem* 15. n. 12. *de sent. & re judic. & in cap. cum dilecta* 22. n. 6. *vers. Secundum signum, de rescript.* Afflict. *decis.* 358. Molina *de primog. lib. 4. cap. 7. n. 24.* Maranta *in prax. p. 6. tit. de execut. n. 9.* Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. §. 3. n. 4. & 5.* Avendañ. *de exequend. mandat. 1. p. cap. 17. n. 4.* Rodriguez *de execut. cap. 5. n. 29.*

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

13 Præter hanc primam viam exe-

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

valorem non possit creditor amplius petere, quasi de toto suo credito transegitte videatur, ut residuum non petat, *juxta textum in eodem §. Si pignora, in vers. Nam si creditor, & distinguendum hunc casum ab eo, quo creditor petit non simpliciter, sed pro justa æstimatione adjudicari sibi pignora. Tunc enim (dicunt) non intelligitur adjudicatum pignus pro toto debito, sed usque ad concurrentem quantitatem, & creditor poterit petere residuum, quemadmodum creditos in pignore conventionali, quando idoneum non est, potest superfluum petere, l. creditor, qui non idoneum 28. ff. si cert. petat. l. adversus 10. C. de act. & oblig. Quam sententiam sequuti sunt Accursius in d. §. Si pignora verò Contentus, Bart. ibi n. 3. Cumanus, Imola n. 14. Alexand. n. 9. Jason n. 4. & 5. Albericus n. 2. Angelus n. 2. Fulgos. in d. l. ordo, in fin. C. de execut. rei judic. sequitur Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de execut. rei judic. resol. 2. ex n. 8.*

14 Verior est interpretatio Duareni ad tit. ff. de re judic. prælectione 19. ad d. §. Si pignora, qui sentit, esse distinguendos duos casus. Primus est, quando creditor petit adjudicari sibi pignora, sive simpliciter, sive pro justo pretio, vel quo Judex ex officio ea adjudicat, sive simpliciter, sive pro certa quantitate debiti, de quo casu agitur in d. §. Si pignora, in 1. p. Quo casu dicendum est, pignus sic adjudicatum non censei datum pro tota quantitate debita, sed juxta valorem, & æstimationem pignoris, & tunc creditor ad residuam quantitatem sui crediti agere potest. Quod manifestè probatur primò ex textu in l. ultima, §. Sin autem biennium, vers. Sed siquidem, C. de jure domin. impetr. ubi probatur, dominium pignoris non invento emptore impetrandum esse à Principe, juxta quantitatem debiti, ita ut si prius sit in debito, quàm in pignore, quoad excessum saluum maneat jus creditori ad petendum residuum, & è converso, si plus sit in pignore, quàm in debito, jus integrum debitori reservetur. Ergò additio pignorum simpliciter facta, neque debitori, neque creditori præjudicat, ut rectè animadvertit Hugo Donell. tract.

Tom. II.

*de pignorib. & hypothecis, cap. 11. in fin. 15* Neque dicas, in illa l. ult. agi de pignore conventionali, in d. verò §. Si pignora, de pignore judiciali: nam quod attinet ad rem, de qua agimus, nulla congrua differentia ratio inter unum, & alterum pignus inveniri potest, maximè cum ea æquiparaverit Imperator, in l. ult. C. si in causam jud.

16 Secundò idem probatur, quoniam licet non inveniretur emptor, olim pignora non addicebantur à Judice creditori, quamvis creditor in eorum possessionem mitteretur, l. ordo, in fin. C. de execut. rei jud. nisi per calliditatem debitoris emptor non potuisset inveniri, quo casu dominium pignoris, non à Judice, sed à Principe impetrabatur, d. l. ult. C. si in causam judic. Et ratio erat, quia aliud pro alio invito creditori persolvendum non erat, l. 2. §. Mutui datio, ff. si cert. petat. August. Barbosa axiome 210. n. 8. & quia per hanc pignorum additionem creditor in effectu cogitur emere, contra regulam, l. neque emere 16. C. de jure deliber. Nam talis additio, & datio in solum censetur emptio, l. si prædium 4. C. de eviction. Postea verò fuit ab Imperatoribus rescriptum (ut dicitur in d. §. Si pignora) ut pignora à Judice addicerentur creditori. Fuit autem rescriptum necessarium, quia prædictæ regulæ juris contrarium dictabant. Itaque si emptor pignorum per fraudem creditoris non inveniretur, tunc dominium à Principe impetrabatur, d. l. ult. C. si in causam jud. Illud autem, quod olim data fraude impetrabatur à Principe, hodie sine ulla debitoris fraude fit à Judice ex rescripto Imperatorum. Quemadmodum igitur in dominio imperato à Principe non privabatur creditor jure suo, d. l. ult. in d. vers. Sed siquidem, C. de jure domin. impetr. ita etiam privari non debet ex additione, seu datione in solum facta per Judicem, subrogata in locum impetrationis domini, quamvis simpliciter fiat. Accedit, quod in dubio censendum est, talem fuisse voluntatem Judicis, qualem lex jubet, & qualis esse debet, ne injuriam inferat, & jus petentis deterius red-

O

red-

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

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

ego dixi *supra hæc ead. disput. num. 3.* in secundo verò casu creditoris voluntas desiderabatur, ibi: *Nam si creditor maluerit, cum privandus sit jure petendi superfluum.*

18 Tertiam tandem viam potest eligere creditor, si malit, ut animadvertit prædicta gloss. *in d. §. Si pig. verb. Addicantur,* & post illam, ibid. DD. Bald. *in l. ordo 3. n. 1. C. de execut. rei jud.* Colerus *de process. execut. p. 3. cap. 9. n. 77.* ut videlicet jure pignoris possideat bona debitoris capta in causam judicati absque eo, quod procedatur ad eorum venditionem. Nam judicati servandi causa potest mitti in possessionem bonorum debitoris, *d. l. ordo 3. C. de execut. rei judic. l. 2. & 3. C. qui potior. in pign. habeant.* exemplo creditorum, qui causa custodiæ decreto Prætoris mittuntur in possessionem bonorum, juxta *tit. ff. quib. ex tans. in poss. eat. & ff. & C. ut in possess. legat.* Hoc enim remedio electo, quod in Castella usitatissimum est, resultat, ut debitor tædio ablata possessionis affectus tandem solvat, ut possit suam possessionem recuperare, ut dicitur *in l. is cui 5. in princ. ff. ut in possess. legat. & significatur in d. l. ordo.*

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

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

20 In uno quidem casu hoc remedium esset utile, & commodum creditori, videlicet si executio sententiæ fieret in rebus suppositis majoratui, aut fideicommissio adversus earum possessorem, quo casu cum bona non possint vendi, aut alienari, creditor poterit postulare se mitti in possessionem bonorum debitoris, debeti servandi causa, & prædicta bona capi pro executione sententiæ interim dum vivit possessor ejusdem majoratus, aut fideicommissi, *l. pecto 69. §. Prædium, ff. de legat. 2.* Possset quidem intentari, valere in ejusmodi rebus temporalem hanc pignoris constitutionem, quoniam in generali prohibitione de non alienando non continetur alienatio necessaria, *l. alienationes 13. ff. famil. ercisc. 1. in fin. ff. de fundo dotal. cum multis cumulatim à Melchior Pelæz de majorat. 4. p. q. 11. limit. 5. ex n. 1.* Verum quoniam Molina *de primog. libr. 1. cap. 20. n. 15.* contendit, in prohibitione de non alienando adjecta in majoratibus Hispaniæ, quamlibet alienationem etiam necessariam contineri, ac per consequens non posse in rebus majoratus constitui pignus judiciale, cum quævis pignoris constitutio sub nomine alienationis comprehendatur, *l. sancimus 7. C. de reb. alien. non alien. ut idem Molina animadvertit lib. 4. de primog. cap. 5. n. 2.* quod videtur verisimilius: securius est dicere, sine constitutione pignoris decreto judiciali posse dari creditori possessionem, seu tenutam bonorum majoratus, seu fideicom-

Tom. II.

missi, quemadmodum & feudi quoque, ut de illorum fructibus sibi satisfaciatur durante vita debitoris possessoris eorundem, eodem prorsus modo, quo ipse idem debitor, & possessor fideicommissi, feudi, aut majoratus possset fructus eorum vendere, locare, aut donare ad suam vitam, ut docuit Barr. *per textum ibi in l. codicillis 91. §. Instituto, n. 4. ff. de legat. 2.* Jason *in l. filiusfamilias 117. §. divi, in 2. lectura, n. 83. cum sequentib. ff. de legat. 1.* Tiraquell. *latè de retract. lignag. §. 1. gloss. 7. ex n. 47.* Jacobinus de S. Georgio *in tract. feudali, verb. Ita etiam quod ipsi vassalli ex n. 15.* Bald. *in Auth. & qui jurat. n. 21. C. de bonis author. jud. possid. Cassanæus in consuetud. Burgund. Rubr. 3. §. 8. verb. En alienati. n. 40.* Afflict. *in Const. Si quis post litem, ex n. 10. propriè n. 12. cum seqq. Rubr. 97. lib. 1.* Joann. Lupus *in repet. cap. per vestras, §. 38. ex n. 4. de donat. inter, Pinellus in l. 1. 3. p. n. 70. C. de bonis mater. Molina de primog. libr. 1. cap. 20. n. 12. & cap. 21. n. 25. vers. In tertia, & ultima specie, & lib. 4. cap. 11. n. 11. 12. & 13.* Parlador. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 3. n. 31.* Rodriguez *de execut. cap. 5. ex n. 71.* Petra *de fideicommiss. q. 8. n. 104.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 40. n. 117.* Fuscar. *de substitutionib. q. 525. n. 17. & q. 527. n. 5.* Gail *observat. lib. 1. observ. 117. ex n. 5.* Minsyngierius *observat. cent. 4. observ. 86. n. 2. & 3.* Harthmanus Pistor. *lib. 1. q. 15. ex n. 1.* Rosental. *de feudis, cap. 9. concl. 20. n. 5. & ibi additio copiosa, & concl. 15. n. 7.* Scraderrus *de feudis, p. 8. cap. 1. numer. 11. & 12. & num. 25. vers. Secundò licet feudum, Barbosa in l. usufructu 58. n. 14. circa finem, ff. solut. matrim. novissimè Anton. Monach. de reſta feudor. interpret. cap. 64. ex n. 6.* Joan. Anton. Trigona *singul. 50. n. 4.* D. Joann. Solorz. Pereir. *de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 14. ex n. 19.* qui juxta consuetudinem suam plurimos allegat, & Larrea *decif. 10. n. 3. tom. 1.*

21 Istis adde memoratu dignam aliam quartam viam, qua Judices uti solent ad exequendas suas sententias, ut reis contumacibus non obedientibus decretis ab ipsis latis, audientiam denegent, donec pa-

O 2

teant

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

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

dem prorsus ordine, & modo, quo fit executio virtute sententiæ transacta in rem judicatam, expedito virtute illorum mandato de exequendo, seu litteris executorialibus, captisque pignoribus, & venditis, aut electa alia via, ut fit in executione sententiarum.

23 Dubitant tamen Doctores, an in judicio executivo sit necessario requisita citatio debitoris condemnati, aut obligati ad solvendum: an verò possit procedi contra ipsum non citatum, nec vocatum ad executionem. In qua difficultate Bartolus in d. l. à Divo Pio §. in venditione, n. 2. distinguit, an sit facta condemnatio in quantitate, vel genere, & tunc (ait) citandus est reus: an vero condemnatio facta sit in specie, & hoc casu duobus modis potest fieri executio. Primò si species ipsa contenta in condemnatione non reperitur, quapropter facienda est executio in alia re, & tunc etiam citandus est reus ad executionem. Secundo si extrat, & reperitur res ipsa specifica in condemnatione expressa, & executio in ipsamet facienda est; & tunc citatio non requiritur. Quam distinctionem sequitur dicens communem Decius in cap. ex ratione, n. 70. de appell. Menesius in l. 1. n. 14. & 15. cum seqq. C. de jur. & fact. ignoran. qui constituit regulam negativam, verum subjungit quinque ejus limitationes, Joseph. Ludovicus decis. Perusn. 6. n. 1. Gratianus discept. forensis, tom. 2. cap. 375. ex n. 1. Et in eum sensum interpretatur Bartol. Innocent. in d. cap. ex ratione 8. in princip. & n. 1. dicentem, in executione non requiri citationem.

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

de appellation. Afinius in praxi judiciorum, §. 31. cap. 4. per totum, Rebuff. tom. 1. in Constitut. Reg. tractat. de sententiis executoriis, art. 7. gloss. 11. n. 10. Afflictis in Const. Dilationes, ex num. 23. libr. 2. Rub. 17. latè, & benè Maranta in prax. 6. p. tit. de executione, ex n. 16. Caravita ad Ritum 262. n. 11. Dueñas lit. C. regul. 94. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. glossa 1. col. 1072. ex vers. Quaritur ulterius, & in l. 2. tit. 14. lib. 5. ad verbum, Por carta. Avenaúus ad l. 4. & 5. tit. de las Excepciones, n. 26. Antonius de Canario tract. de executione instrument. q. 43. n. 81. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de executione rei judic. resolut. 2. n. 6. ego notavi tom. 1. tit. 1. disp. 2. q. 7. sect. 3. n. 914. ubi multos allegavi. Idem Caravita ad Ritum 167. ex n. 9. ubi latè tractat Galterius in practica instrumentaria, 3. p. principali, Rub. 2. per totam, Flam. Cartarius decis. 95. n. 1. Scaccia de appellation. q. 11. ex n. 186. Rodriguez de executione, cap. 5. ex n. 19. & 83. Colerus de processib. execut. p. 3. cap. 7. ex n. 1. Muscat. in prax. lib. 2. p. 1. gloss. demandatur, n. 18. & hæc sententia habenda est pro regula, quam limitant Alex. Rebuff. & Dueñas ubi supra. Ratio autem ejus est, quia in judicio executivo multæ sunt exceptiones, quas reus contra executionem potest objicere, quominus executio sit perficienda, & effectum fortitura: verbi gratia, nullitatem sententiæ, aut incompetentiam Judicis, qui sententiam tulit, juxta gloss. ult. in Clem. unica, de sequestrat. possess. & fruct. & in l. ult. C. si à non compet. Jud. Aliæ item sunt exceptiones impugnantès viam executivam, aut modificativæ executionis, quarum meminere Doctores in l. 1. C. de jur. & fact. ignorant. & Practici, ut Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. Parlador, lib. 2. rerum quotid. d. cap. fin. 5. p. §. 11. Hævia Volaño in Curia Philipp. 2. p. §. 20. n. 1. Villadiego in Polit. cap. 2. ex n. 115. juxta jura Castellæ, in l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. & ibi Azeved. Quas reo inaudito, & non citato auferre, esset manifesta iniquitas, cum cederet in maximum debitoris detrimentum, ac per consequens subsit regulæ l. nam ita divus 39.

ff. de adopt. & l. de unoquoque, ff. de re judic. animadvertit Afflict. ubi supra, n. 26. & Dueñas d. reg. 94. vers. 1. Ratio. Quod adeò verum est, ut non valeat pactum, quòd possit fieri executio in bonis debitoris, eo neque citato, neque audito, ut notat, & probat Barbosa in l. alia 15. §. eleganter, n. 47. ff. soluto matrim. Verum est tamen, hanc citationem in judicio executivo non semper uno, & eodem tempore requiri, nam apud aliquos ante capta pignora, apud alios solum tempore venditionis, aut subhastationis, aut æstimationis, aut additionis, ut inferius adnotavimus, & notat Gratianus discept. forens. d. cap. 375. ex n. 1. ubi quamvis in captione pignorum, & subhastatione dicat non requiri citationem, quia nullum præjudicium fit debitori, cum possit illud reparari in ultimo actu, seu decreto interposito à Judice pro alienatione, seu adjudicatione pignorum captorum pro executione, tempore interponendi hujus decreti, ait, necessariò esse citandum debitorem, quia agitur de magno præjudicio, videlicet translatione dominii. Consonat Afflict. decis. 358. n. 3. & 4. Atque ita verissimum est, in omnibus provinciis ante perfectam, & finitam executionem uno, alio tempore citandum esse reum in judicio executivo. Hæc quod attinet ad jus commune.

25 De jure autem Neapolitano, & stilo S. R. Consilii executio sententiæ habentis paratam executionem fit eodem modo, & ordine, quo fit executio sententiæ de jure communi. Illud tamen omninò servatur, ut prolata sententia, & in judicatum transacta, sive in actione reali, sive personali, universim expediatur mandatum de parendo reo intimandum, quo injungitur eidem condemnato; ut intra brevem terminum Judici arbitrarium sententiæ pareat sub comminatione executionis, ut notavi supra n. 4. de qua praxi, & usu testatur Afflictis in d. Constit. Dilationes, n. 27. lib. 2. Rubr. 17. & Caravita ad Ritum 128. obstante illo Ritu, qui videbatur contrarium statuere, sed consuetudo illum modificavit, & ad Ritum 262. n. 11. Meminit Muscat. in prax. lib. 2. p. 1. gloss. demandatur, n. 16. 32. &



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

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

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

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



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

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

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

28 Præterea in *d. l. 19.* statuitur, ut si executio fiat in rebus mobilibus, subhastatio fiat per nundinam, seu novem dies factis tribus proclamatis, seu præconiis de triduo in triduum. Si vero executio fiat in rebus soli, subhastatio duret per tres nundinas, seu dies viginti septem, factis item tribus proclamatis à novennio, in novennio, seu de nundina in nundinam. Si vero executio fiat pro debitis fiscalibus tria præconia celebrantur pro bonis mobilibus executis, spatio trium dierum prostabilibus executis spatio novem dierum dumtaxat, ut statuit *l. 18. tit. 6. lib. 9. Recop.* & notat Paz in *prax. 1. tom. 4. p. cap. 2. n. 40. & 41.* Et fortassis horum proclamarum solemnitas, & terminus trina divisione partitas ortum habuit ex his, quæ adnotavit Hugo Donellus *tract. de pign. cap. 10.* Quorum proclamarum termino elapso, seu unius nundinæ sive trium, quæ sunt spatium subhastationis, & præconiorum, citandus est reus ad ultimam sententiam additionis *Remate* vocant Hispani. Hæc autem citatio debet esse personalis, *Si pudere ser avido*, id est, si reperiri potest, si non absit à loco, vel latitet, seu sui copiam faciat. Sin verò non reperiat in domo, & Civitate, quia sit absens, vel latitet, ne ad eum citatio perveniat, potest citari domi suæ solitæ habitationis, ita ut nota fiat citatio uxori, filiis, aut famulis ejusdem debitoris, si eos habuerit, si non habuerit, vicinis proximioribus.

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

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

30 Solent autem Practici eo uti remedio, si neque reperiat emptor, neque creditor ipse licitari velit, ut extraneus, quod facere potest, ut advertimus *supra n. 7.* ut subjiciatur tertius, qui pignora licetur, quibus illi addictis cedit statim omne suum jus creditori, qui bona sui debitoris recipit, ut apud ipsum maneat, ut adnotavit Parlador. *d. cap. fin. 5. p. 6. 13. n. 13.* meminit Covarr. *lib. 2. var. cap. 11. n. 3.* Idcirco verò ea ambage eos uti conjectat, quod credant sic vitare se remedium, quod datum est debitoribus, ex *l. ult. C. de jur. dom. impet. & ex Auth. hoc nisi, C. de solut.* Verum displicet mihi ista cautela, quam etiam reprobat post Didacum Perez, Paz in *prax. 1. tom. 4. p. cap. 3. n. 50.* Didacus Perez in *l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordinam. col. 1073. in princ. post. 6. Dubitari præterea.* Illi enim expressè obviatur per *textum in l. & qui sub imagine 10. cum l. quæ specialiter 9. C. de distraet. pignor.* quibus statuitur, pignus debitoris debere bona fide, & solemniter vendi, nam si quis pignus emat per interpositam personam, non acquirere pignoris dominium, sed rem pignoratam in eadem causa permanere, in qua erat ante hujusmodi collusionem, ac per consequens creditor, qui sic pignus per

sub-

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

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

32 Si verò debitor facta allegatione legitimarum exceptionum, cum se opponit executioni, eas probat intra decendium, Judex pronnciat sententiam absolutionis, qua jubet restitui reo pignora capta in causam executionis libera. Format processum executionis cum omnibus actis, *juxta d. l. 19.* & praxim Castellæ Paz *in sua practica, 1. tom. 4. p. cap. 7.* Monterroso *in sua pract. tract. 3. de via executiva*, ejusque partes minutim recensent Hævia Volaño *in Curia Philipp. 2. p. per 28. §. 6.* & Villadiego *instruct. polit. cap. 2. per totum*, novissimè Pichard. *Manuductionum ad praxim, p. 2.* Hac forma fit executio tam de jure communi, quam de jure Castellæ, & Neapolis.

## SUMMA DISPUTATIONIS II.

1 Declaratur titulus appposito exemplo.

*Pecunia non venditur, neque subhastatur, ibi.*

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

3 Pecuniam pro pignore esse capiendam cum invenitur apud debitorem.

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

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

*legare exceptiones adversus executionem, & debet audiri.*

6 Leges loquentes de forma executionis, notantur de executione facta in pecunia.

## DISPUTATIO II.

Quomodo sit perficienda executio facta in pecunia?

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

fit esse frequentissimus, nullus, quem viderim ex Doctoribus Hispanis agentibus copiosissimè de executione, de illo tractavit & rarò apud ceteros invenitur commemoratus, cum tamen Ulpianus illius meminerit *in d. l. à Divo Pio, §. Sed etsi pecunia, & §. præterea pecuniam, ff. de re judic.*

2 Mathias Colerus *de processib. executiv. p. 3. cap. 9. n. 25. 26. & 50.* existimat, pecunias captas in sententiæ, vel instrumentorum exequilibrium vi continenti tradendas, & exolvendas esse creditoribus, usque ad summam, & quantitatem debiti liquidi, quando est debitum pecuniarum. Imò pecunias primo loco esse pignorandas, & creditori confestim assignandas, utpotè quæ in suo genere functionem recipiant, *l. 2. §. Mutui datio, ff. si cert. pet. Et cum nummus (ait) eo sine sit percussus, ut per eum merces, & alia res omnes aestimentur, l. 1. ff. de contrah. emptio. ipse appretiarum non potest, neque vendi (ut rectè animadvertit Gregor. Lopez in l. 3 i. tit. 11. p. 5. gloss. 2. circa fin. adducto exemplo de albedine, quæ cum sit id, quo formaliter cætera redduntur alba, ipsa alba esse non potest, & ita frustra tunc pignorantur alia mobilia pro vitando circuitu, ne illa deinceps denuò taxari, vel aliter in pecuniam redigi oporteat) Hæc Colerus.*

3 Illud est certum, pecuniam inventam in domo debitoris in arca reclusam, aut apud argentarios, seu Bancum, aut apud alium quempiam depositam, aut destinatam, ut solvatur debitori condemnato, capiendam esse pro pignore judiciali, antequam convertatur in rem judicatam, & creditori solvatur ad extinguendum debitum, *d. l. à D. Pio, d. §. Sed etsi pecunia, & §. pecuniam quoque, ubi notant Bart. & Angel. Cuman. ibidem, in §. Sic quoque, in princ. & n. 1. & 2. Zasius n. 1. & n. 12. 13. & 14. Imola n. 22. Rebuffus in Const. Reg. tom. 1. tract. de litteris obligat. art. 11. gloss. 1.*

4 Capta verò pecunia pro pignore, puto distinguendos duos casus. Primus est quando præcessit citatio ante captionem pecuniæ numeratæ jure pignoris, quòd diximus *præced. disput. n. 25.* contingere de jure Neapolitano, quo attento, præcedit

captionem pignorum mandatum dearendo sententiæ, aut mandatum de solvendo cum comminatione executionis, quod intimatur reo condemnato, & revera hæc est citatio ad executionem. Quo casu si debitor statim post intimationem, seu citationem allegat exceptiones legitimas contra sententiam, aut instrumentum, quominus executioni mandentur, audiendus est, sin minus, sibi imputet, dum patitur procedi ad pignorum captionem, tunc enim inventa pecunia pœnes ipsum debitorem, vel pœnes alium, quæ tamen sit debitoris, potest servari opinio Coleri, ut statim pecunia convertatur in rem judicatam, & solutionem debiti, consignando illam creditori, nullo alio expectato, & sic peragatur executio. Et apud Tribunalia Neapolitana eo jure utimur, ut petentibus creditoribus post præcedentia decreta de solvendo comminata executione, pecunia debitoris etiam existens pœnes tertium, ut in Banco, vel destinata, ut eidem debitori solvatur, & ad eum effectum deposita ab aliis ejusdem debitoris debitoribus, statim liberetur ipsis creditoribus in extinctionem sui crediti, cui praxi consonat Paul. *in d. l. à Divo Pio, §. Sic quoque, in fin. principii, ante n. 1. ff. de re jud.*

5 Secundus casus est, quando nulla præcessit citatio ante captionem pignoris, sed inaudito, & inconsulto debitore pignora capiuntur, inter quæ invenitur pecunia numerata pœnes debitorem, vel ad debitorem pertinens, pœnes Bancum, aut alium tertium deposita, quod diximus *disput. præced. n. 27.* contingere juxta jura Castellæ. Et hoc casu prædicta pecunia capienda est pro pignore judiciali, si inveniatur pœnes debitorem, vel sequestranda si est pœnes tertium, donec executio peragatur. Et quamvis tunc omittendæ sunt subhastationes, quæ superflue sunt in hoc casu, ut dixi *supra n. 1.* (non enim sunt tam de substantiali forma executionis, quin omitti possint, ut omittuntur quandoque cum debitor renuntiat subhastationi, & proclamantibus, ut adnotarunt Hævia Volano *in Curia Philipp. 2. p. §. 18. n. 8.* Rodrig. *de execut.*

*cut. cap. 5. n. 81. Paz in prax. 1. tom. 4. p. cap. 2. n. 29.* tamen si tunc eorum termino gaudeat, ut iidemmet advertunt) nihilominus citandus est debitor ad sententiam ultimam additionis, ut possit se executioni opponere, & adversus eam legitimas exceptiones allegare intra triduum à citatione, & probare intra illorum, quod diximus, decem dierum spatium, *disp. preced. n. 29.* Potest enim allegare, pecuniam poenes se re-  
pertam esse depositam, & ad alium pertinere, nominando dominum, ut *in l. 2. C. ubi in rem actio, & in cap. quoniam frequenter, §. quod si super rebus, & ibi gloss. verb. Immobilibus, ut lite non contest.* Quod si se non opponat, aut opponat, & exceptiones allegatas non probaverit, sententia proferenda erit, qua pronuncietur, non quidem esse vendenda bona capta in causam judicati, siquidem pecunia vendi non potest, sed ex illa esse satisfaciendum creditori. Et hac sententia prolata pecunia statim converteretur in causam judicati. Ratio autem discriminis inter istos duos casus est manifesta, quoniam in primo cum sit citatus debitor ad executionem ante capta pignora, habet facultatem proponendi contra ipsam quaslibet legitimas exceptiones sibi competentes, quod si eas non proponat, sibi imputare potest, quod visus sit nihil opponendo executioni acquiescere. In secundo vero, casu cum debitor ante captionem pignoris non citetur, gravaretur sibi subito captum pignus converteretur in solutionem debiti, denegata ei facultate proponendi contra executionem exceptiones, si quæ competunt, cui gravamini ne detur locus omnes Doctores senserunt, ut notavimus *preced. disp. n. 24.* esse necessario, & præcisè citationem rei ante perfectam executionem requisitam, uno vel alio tempore, qua non præmissa iudicium executionis corruere.

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

Tom. II.

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

\*\*\*

### SUMMA DISPUTATIONIS III.

- 1 **D**istinguendi sunt plures casus, & disputatio est difficilis sententiarum varietate, in eaque Doctores confusè sunt loquuti.
- 2 Proponitur primus casus.  
*In obligatione facti post moram succedit obligatio ad interesse, ibi.*  
*Interesse in obligatione facti non solum est in facultate solvendi, sed etiam in obligatione, & per consequens potest peti, ibi.*
- 3 Cum obligationi facti accedit juramentum obligatus compellitur præcisè facere.
- 4 Obligatus ad factum ex re judicata compellitur præcisè facere.
- 5 Obligatio ad factum, qua procedit ex mero Judicis officio, facit, ut quis compellatur præcisè facere: secus si obligatio procedat ex conventionem: nam ita obligatus non compellitur præcisè facere, sed liberatur solvendo interesse.
- 6 Obligatus ex instrumento guarantee compellitur præcisè facere.
- 7 Contrarium sentit Bartolus.
- 8 Attento jure Canonico obligatus ad factum

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

- versus plures heredes debitoris defuncti, remissivè.
- 33 Agitur de secundo capite principali, quando vel debitor non potest compelli præcisè facere, aut creditor vult potius interesse, quàm factum.
- 34 Quando obligatio nihil expressè continet in casu non facti, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse.
- 35 Alii contra sentiunt probabilius. Taciti, & expressi idem est judicium, ibid.
- 36 Verum duobus modis limitanda ista sententia. Primò, si tacitum deducitur necessario ex expresso, non contingenter. Secundo si vis executiva concedatur instrumento simpliciter, aut secundum omnia in eo contenta, secus si concedatur instrumento secundum ejus tenorem.
- In usu Regni Neapolitani distinguendus est usus liquidandi instrumentum via Ritus, ab usu exequendi virtute pacti executivi, ibidem.
- 37 Sententia, & instrumenta possunt executioni mandari, non solum quoad expressa, sed etiam quoad tacita.
- 38 Judex non potest impartiri officium suum, nisi petenti.
- Quomodo petere debeat creditor executionem obligationis ad factum, ibidem.
- 39 Quando in casu non implementi promittitur pœna, vel interesse certum, datur executio pro interesse, vel pœna.
- Factum est in facultate solvendi, etiam post moram, ibidem.
- Cum obligatio facti continet certum interesse, aut pœnam, contractus non est suspectus: secus si adjiceretur interesse, vel pœna certa solutioni quantitatis, & tunc interesse egeret ulteriori probatione, ibid.
- 40 Cum obligationi facti adjicitur interesse, vel pœna illiquida, multi sentiunt, non posse executioni mandari pro interesse, vel pœna.
- 41 Alii sentiunt contra.
- 42 Executio non potest perfici, nisi præcedat liquidatio, & in hoc conveniunt duæ præcedentes sententia.
- In quo differant, ibidem.
- 43 Pendente judicio super liquidatione, an pos-

- sit carcerari debitor, & pignora capi, ibid.
- 43 Duplex modus practicandi executionem instrumenti illiquidi.
- Primus, ut petatur executio quantitate liquidanda: secundus, ut petatur liquidatio ante petitionem executionis, ibidem.
- 44 Qui petit liquidationem non petita executione, petit pronunciationem Judicis super liquidatione.
- A pronunciatione, super liquidatione reus appellare potest, ibidem.
- Causa liquidationis non est executiva, ibid.
- 45 Petita executione ante petitionem liquidationis, incidens est in executione articulus liquidationis, qua facta quomodolibet potest pronuciare super executione.
- A pronunciatione super executione, non interponitur appellatio, ibidem.
- 46 Utilior est secundus modus practicandi executionem instrumenti illiquidi, quàm primus.
- 47 Exemplum de casu, quo petitur executio sententia, cujus appellatio est deserta.
- 48 Cum contractus incipit à conditione, pro quantitate certa promissa conceditur executio.
- 49 Cum obligatio facti est alternativa, petitur alternativè executio pro facto, aut quantitate.
- Judex tunc præfiget terminum, quo debitor eligat quid velit solvere, & eo non eligente amittet facultatem eligendi, & ea devolvetur ad creditorem, neque debitor poterit purgare moram, quasi re non integra, ibidem.

## DISPUTATIO III.

Quomodo sit facienda executio obligationis ad actum?

- 1 **D**ifficilis est admodum proposita quæstio casuum diversitate, & sententiarum varietate, in qua Doctores confusissimè loquuti sunt. Ut verò procedamus clarius, plures casus sunt distinguendi.
- 2 Primus casus est, cum quis est obligatus ex instrumento guarantee ad faciend-

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

in *d. l. stipulationes non dividuntur*, n. 12. & 37. Cumanus n. 33. & 40. Paulus ibi, in §. Celsus n. 1. & 4. & in *d. l. si quis ab alio*, §. ultimo, n. 1. & 2. Jason ibi, n. 3. Rebuffus in receptione *l. unica*, C. de sententia, quæ pro eo quod interest in glossa verbi, in aliis, n. 1.

3 Hæc tamen resolutio, quæ pro regula habenda est, patitur plures limitationes, ex quibus solum enumerabimus celebriores, & ad usum magis accommodatas. Primò limitanda est, cum obligationi ad factum accedit iuramentum, tunc enim obligatus ad factum compellitur præcisè facere propter iuramenti reverentiam, quod semper servari debet, dum non vergat in dispendium salutis æternæ, cap. cum contingat 28. de iurejur. cap. quamvis pactum 2. de pactis in 6. Ita sentit Accursius in *l. si pecuniam* 5. in princ. verb. *Nesse habeas*, ff. de condiçt. caus. dat. & ibi Jason n. 23. Romanus in *d. l. si stipulationes non dividuntur* in princip. ex n. 69. Alex. n. 27. Alciatus n. 85. Jason n. 33. & in *d. §. item si quis*, n. 12. & in §. *actionum*, n. 47. instit. de actionib. Gomezius in §. *item si quis postulante*, n. 7. instit. eod. tit. Decius in cap. 1. n. 128. in *l. 1. lectur. de iudiciis*, Matefilanus singulari 54. Anton. Gabriel lib. 2. commun. tit. de iurejur. conclus. 8. Covarr. in *d. cap. quamvis pactum*, p. 1. §. 4. n. 11. Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 14. tit. 32. n. 4. Anton. Gomez ubi supra, versic. *Quartus casus*, Gutierrez de iuram. confirm. 1. p. cap. 39. n. 6. Seraphinus de privileg. iuram. privileg. 74. ex n. 2. Cevallos d. q. 62. n. 3. Molina de iustitia, tract. 2. tom. 2. disput. 562. num. 4. circa fin.

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



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

5 Verùm limitationem istam, quæ aperte est contra sententiam Bartoli in d. l. stipulationes, n. 41. reprobatur Alex. ibid. n. 28. Imola tamen n. 16. & Romanus n. 72. quos sequitur Mantica d. n. 13. sublimitant, ut sit intelligenda solum de obligatione facti, quæ descendit ex mero Judicis officio, sicut contingit in restitutione rei, quando agitur rei vendicatione, ut in casu textus in d. l. qui restituere, ff. de rei vendic. Non verò de obligatione facti, quæ descendit ex conventionione contrahentium præcedente, etiam si postea accedat sententia, vel decretum Judicis, nam ita obligatus non compellitur præcisè facere, sed liberatur solvendo interesse, juxta regulam superius traditam, ut probatur textus in l. miles 6. §. decem, ff. de re judic. cum aliis adductis à Romano. Cui limitationi, tametsi subobscurè, videtur subscribere Raphael Cumanus in d. q. stipulationes non dividuntur, n. 40.

6 Tertiò limita, quando quis obligatur ex instrumento guarentigio ad aliquid faciendum, nam compellitur præcisè facere, & non liberatur solvendo interesse. Ita sentit Baldus in l. 1. n. 62. C. de sentent. qua pro eo quod interest, Jason in l. certi conditio 9. n. 20. ff. si certum petatur, Decius in cap. 1. in l. lectura, n. 128. & 129. de judiciis, sequitur Parlador. libr. 1. rerum quotid. cap. 6. §. 2. n. 8. limitationem istam maximè commendans. Rationem reddit Baldus, quoniam instrumentum guarentigium habet vim sententiæ in judicatum transeuntis. Sed

sententia obligat præcisè ad factum. Ergò & instrumentum guarentigium.

7 Hæc tamen limitatio similiter est contra Bart. in d. l. stipulationes 72. n. 41. & patitur easdem difficultates, quas præcedens. Etenim si falsum est, sententiam obligare ad factum præcisè, cum præcedit contractus, falsum etiam erit, obligatum ad factum ex instrumento guarentigio præcisè cogendum, ut faciat, siquidem sic obligatus obligatur ex conventionione.

8 Quartò limita, attento jure Canonico, nam de ejus æquitate obligatus ad factum compellitur præcisè facere. Ita sentit quamvis non satis firmiter Ludov. Romanus in d. l. stipulationes non dividuntur, in princ. n. 77. Jason n. 33. Panormit. in cap. veniens 16. n. 7. & 9. de jurejur. Ant. Burgos in repet. Rubr. n. 4. & 5. de emp. & vendit. Covarr. in Repet. cap. quamvis pactum, 1. p. §. 4. n. 11. de pact. in 6. Rebuffus in repet. l. unica, C. de sentent. qua pro eo quod interest, in gloss. verbi in aliis, n. 19. Gregor. Lopez in l. 3. tit. 14. p. 5. gloss. 4. Gutierrez de juram. confirmat. 1. p. cap. 39. n. 4. Matienz. in l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 6. n. 2. Molina de justit. tract. 2. tom. 2. disput. 562. n. 4. Probant hanc limitationem. Primò ex textu in cap. 1. & cap. qualiter 3. de pactis. Secundò ex eo, quod apud Deum paria sunt fides, & juramentum, cap. juramenti 22. q. 5. cap. ad aures 3. de iis, qua vi, metusve causa, Angelus in l. non erit 5. §. sed & si quis, ff. de jurejur. Alex. in l. si quis major 61. n. 16. Jason n. 28. Padilla ex n. 33. C. de transact. Felinus in cap. 2. ex n. 15. de sponsalib. Covarr. in d. cap. quamvis pactum, p. 1. §. 2. n. 1. Petra de potest. Principis, cap. 20. ex n. 23. Surdus decis. 159. n. 20. Gail observat. pract. lib. 2. observ. 59. n. 1. Ex juramento autem obligatus compellitur præcisè facere, ut adnotavi supra n. 3. Ergo etiam obligatus ex fide, juxta æquitatem Canonicam, quæ respicit sinceritatem juris naturalis, incorruptamque fidelitatem, quæ inservanda constanter veraci fide consistit.

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

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

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

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

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

13 Dixi, & post moram ex supervenienti casu non potest facere quod promissit, quoniam si eveniret impossibilitas ante moram, reus ad nihilum teneretur, *l. quod te mihi 5. & ibi Bart. n. 14.* Ripa *n. 40.* Socinus ex *n. 28. ff. si certum petat. l. 18. tit. 11. p. 5.* & ibi Gregorius *gloss. 5.* Nam difficultas superveniens nedum impossibilitas, in factis excusat à mora, *l. datio 3. §. si per venditorem, versic. Mora, ff. de action. empti. l. divortio 37. in princ. versic. Quod si interea, ff. de negot. gest. l. si vehenda 10. §. idem juris, ff. ad l. Rhod. de tact. l. Thais 41. §.*

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

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

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

Tom. II.

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

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

Q

tra-

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

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

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

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

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

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

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

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

22. Illud hac in re certum est, obtinuisse superiorum quorundam Tribunalium consuetudinem, ut poena conventionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrat, ex quo videtur inutilis præcedens controversia. Quamvis revera iste Tribunalium stylus videatur repugnare opinionibus antiquorum, quas refert Rebuffus in *rep. t. l. unica, C. de sentent. qua pro eo quod interest ad glossam in verbo, Proferuntur, ex n. 9.* Ubi habes duodecim opiniones. Apud quos videas, licitum esse exigere poenam, etiam ultra interesse, ut apud Joannem Andr. in *d. cap. bona fides, n. 5.* Ancharr. *d. consil.* 148. Romanum *d. cons.* 510. & alios passim. Consuetudinem recentiorum Tribunalium amplectuntur, & de ea testantur Rebuffus in *d. repet. ad glossam in verb. Duplici, n. 16.* ubi confirmat ex *glossa ultima in cap. fraternitas 12. q. 2.* & ad prædictam *glossam in verb. Proferuntur, n. 17.* 26. 39. & 40. Afflictis *decis.* 135. & ibi Urfillus. *Grammat. qui limitat decis.* 58. n. 7. Caravita *ad Ritum* 168. n. 6. Trentacinq. *lib. 3. variar. resolut. tit. de solution. resolut.* 21. n. 10. Thesaurus *decis.* 98. n. 4. Cacherranus *decis.* 70. n. 10. & 11. Avendañus in *Dictionario, verb. Poena conventional.* Sarmiento *lib. 3. selectarum, cap. 6. ex n. 10.* Gutierrez de *juram. confirmat.* 1. p. *cap. 36. ex n. 10.* & *canonicar. quest. lib. 2. cap. 20. ex n. 5.* Joannes Garcia de *expensis, & meliorat. cap. 9. ex n. 62. circa medium,* Antonius Massa Galleus *ad formulam Cameralis obligationis, p. 3. consider. 2. n. 11. aliàs q. 31. n. 11.* Azevedus in *l. 4. ex n. 57. tit. 21. lib. 4.*

Tom. II.

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

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

Q2

con-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



tate Neapolitana indicta multa Civibus Neapolitanis contumacibus, qui noluerint obedire ipsis Judicibus præcipientibus, ut aliquid præcisè faciant, qui sunt alias obligati, aut obligantur ex ipsis præceptis ad factum: etiam si prædicti Cives Neapolitani habeant privilegium, ne possint eorum bona confiscari, nisi pro crimine hæresis, & læsæ Majestatis in primo capite. Ut constat ex *cap. 14. inter capitula Regis Catholici expedita Segoviae anno 1505. lib. privileg. folio 41. & cap. 6. ex capitulis ejusdem Regis expeditis Neapoli 10. die Maii anni 1507. eodem lib. folio 62. & ex cap. 8. inter capitula Casaræ Majestatis expedita Bruselis anno 1550. eodem lib. folio 149. & cap. 20. in secunda parte, ex capitulis Regis, & Domini nostri Philippi, expeditis Bruselis anno 1557. die vigesimo quinto Januarii eodem libro, fol. 163.* In quorum duobus ultimis civitas intentavit immunitatem à pœna spreti mandati, sed obtinere non potuit. Nam hoc genus multæ non pugnat cum tali privilegio, neque illud tollit, ut animadvertit Petrus Gregorius in *Sintagmate juris, lib. 31. cap. 13. n. 13. allegans Boerium in consuet. Bituricens. ad §. 10. de jurisdic. omn. judic. Ponte de potest. Prorregis, tit. 1. in princ. ex n. 20. Surgens de Neapoli illustrata, lib. 1. cap. 15. ex n. 4. & n. 9. Rovitus in pragmat. 1. n. 12. de immunitate Neapolitanorum.* Idque præsertim servandum est, cum id postulat utilitas publica, ob quam etiam privilegia bono publico obviantia revocari possunt, ut rectè notat post multos, quos allegat Ponte *ubi supra ex n. 24. ad 28.* Ea tamen in re monendi sunt Judices, ne excedant, imponendo multam incommensuratum facto, quod præcipiunt: nam si ob præceptum leve, & ob factum nullius ponderis, & cujus implementum parum habant momenti, gravissimam multam imponant, gravatus poterit appellare, & gravamen à Superioribus revocabitur, & multa excessiva executioni non mandabitur: ut optimè animadvertit Cancer *variar. resol. p. 2. cap. 2. ex n. 189.* Semper enim pœna debet esse delicto proportionata, *Deuter. 25. n. 2. & 3. juxta mensuram delicti erit plagarum*

*modus, cap. non afferramus 24. q. 1. Auth. omnes perigrini, C. commun. de successione. l. unica, C. de sentent. qua pro eo, quod interest, Cicero libr. 1. de offic. n. 89. Cavendum est (ait) ne major pœna, quàm culpa sit, D. Thom. 2. 2. q. 39. art. 2. ad 1. Decius in l. si familia 9. n. 6. ff. de jurisdic. omn. judic. Menchaca q. illustrium, libr. 1. cap. 8. ex n. 51. Menochius de arbitrar. libr. 2. cent. 3. casu 266. n. 1. & conf. 82. n. 106. libr. 1. Petrus Gregor. Syntagmat. juris univers. lib. 31. cap. 10. n. 4. Thuscus litt. P. concl. 211. Caballus resol. crim. casu 85. n. 7. Salas de contractibus, tractat. de usuris, dub. 21. n. 4. vers. Quarto pœnam, Vazquez in 1. 2. tom. 2. disp. 173. cap. 3. n. 15. Paz in prax. tom. 1. 5. p. cap. 3. §. 3. n. 18.*

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

31 Quarto modo ille, qui tenetur ex lege, sententia, vel instrumento præstare assensum expressum alicui dispositioni, quod est quodam genus facti, si monitus præstare nolit intra terminum à Judice præstitum, Judex potest consensum habere pro præstito, & sine ulteriori assensu perficere dispositionem, quæ assensum requirit. Ita sentit Bart. *in l. si cum dotem 23. §. eo autem tempore, n. 2. ff. solut. matrim. cum quo Alexander ibi, dicit omnes consentire, Camerarius in repet. cap. Imperialem de prohibet. feud. alienat. per Federic. fol. 30. col. 2. litt. F. vers. Respondetur, & litter. H. sub vers. Quoad tertium, Sigismundus Lofredus in paraphrasibus feudalibus, ad cap. 1. §. donare, qualiter olim poterat feud. alienari. fol. 24. col. 2. vers. De secundo assensu, Franch. decis. 310. qui sic refert decisum in S. C. in quadam causa Principisæ Mileti, Gizarel-*



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

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

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

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

J.C. in l. 1. §. legi, ff. de iis, qua in testam. delent. Secundò, qua interesse non est liquidum, ac per consequens pro illo non potest competere executio.

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

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

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

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

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

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

Tom. II.

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

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

R

ad

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

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

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

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

posse antequam liquidetur petita executione procedi ad capturam pignorum, & personæ debitoris, dummodo statim liquidetur, quem sequitur Avilès in cap. 10. Prætorum, verb. Execucion, n. 53. item sentire videri Socin. consil. 96. n. 12. vol. 4. In quo eorum sententia videtur singularis, nam quamvis idem dicat Boerius decis. 295. n. 15. in fin. id tamen, ait, procedere ex forma statutorum. Hoc autem revera videtur leve discrimen, & ex hac sola consideratione videntur conciliari prædictæ duæ diffidentes sententiæ, ut placet Bart. Socino conf. 89. n. 1. lib. 3. Antonio de Canario de execut. instrumentor. d. n. 33. Menochio de adipiscenda possess. remedio 5. ex num. 61. & Surdo conf. 248. n. 12. & 13. lib. 2.

43 In summa ex istis duabus sententiis (ut adnotarunt Canar. & Menoch. modo relati) colligitur duplex modus practicandi executionem prædicti instrumenti guarentigii, vel sententiæ continentium quantitatem illiquidam, frequens in judiciis. Primus juxta primam sententiam, ut habens instrumentum, vel sententiam illiquidam pro se, compareat coram Judice, petens illa liquidari, & post illa liquidata petat executionem. Secundus juxta secundam sententiam, ut habens sententiam, vel instrumentum illiquidum, virtute illorum petat executionem, & ut Judex primùm, & ante omnia citato reo capiat summariam informationem super liquidatione prædictorum sententiæ, vel instrumenti, quam incontinenti offerat, & ut liquidata quantitate pro ea Judex mandet executioni sententiam, vel instrumentum. Et eodem prorsus modo dicendum est de instrumento conditionato. Quem secundum exequendi modum tradit Paz in praxi 1. tom. 4. p. cap. 1. n. 16.

44 Inter duos practicandi modos hoc interest, quòd creditor petens, juxta primum liquidationem executione non petita, videtur petere pronuntiationem Judicis super liquidatione, & necessarium erit, Judicem super liquidatione pronuntiare, juxta notum text. in l. de qua re 74. in princ. ff. de jud. Ideò Baldus in l. 2. n. 7. in fine, C. de execut. rei judicat. præsupponit interloquutionem

Tom. II.

Judicis super liquidatione ante executionem, & in l. item quia conventiones, in 2. lectur. n. 3. ff. de pact. ait: Item nota, quòd quando dubitatur, an exiterit conditio, debet hoc liquidari per probationem, & pronuntiationem Judicis declarationis super hoc, ut l. si ita stipulatus fuero te fisti de verbor. obligat. nec potest dici, quòd aliquid sit perfectè liquidum, nisi sit per sententiam declaratum, nam sententia facit rem indubitam, quòd facit ad statuta de executione guarentigia, quòd si de se non sunt liquida, debent primò declarari, & sic aliqua pronuntiatio est necessaria, antequam fiat executio, ad idem de confirmand. tut. l. tutores à patruo. Consentit Barzius de guarentigia q. 2. Avil. in cap. 10. Prætorum, verb. Execut. n. 52. Galleus ad formul. Cameral. obligat. tit. de liquidat. aliàs q. 35. n. 13. 14. & 15. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 5. ex n. 70. Jason in l. stipulatio 21. §. habet, ex n. 6. post Bart. ibi, ff. de novi operis nunciat. loquens de excussione, & Roman. d. conf. 211. n. 3. & 4. & loquens de liquidatione instrumenti guarentigii, n. 5. Afinius tract. de executionib. §. 1. cap. 29. n. 17. Boerius decis. 295. n. 15. in fin. Canarius de execut. instrumentor. n. 33. A qua sententia quamvis aliqui recedant, credentes, liquidationem posse fieri per solas probationes, & testes, qui detegunt vim executivam instrumento velatam sine Judicis declaratione: in qua sententia revera videretur residere Galleus ubi supra n. 13. in fin. cum seqq. & ad eum Zachias n. 4. in fin. qui dicit, ita se habere stilum Curie Romanæ, existimo, eos loqui, & esse declarandos de casu, quo petita prius executione, juxta secundam superius relatam sententiam, liquidatur summariæ instrumentum ad finem exequendi, quasi hic articulus liquidationis sit incidens in causa executiva. Secus est, cum ab initio principaliter petitur liquidatio, quæ causa non potest dici causa executionis, quæ petita non est, sed causa liquidationis: eo enim casu non video, quomodo possit omitti pronuntiatio super liquidatione, cum nihil aliud sit petitum à Judice, quàm ut instrumentum faciat liquidum, & super ejus liquidatione

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## SUMMA DISPUTATIONIS IV.

- 1 **V**is executiva sententiae, vel instrumenti non est aeterna, sed temporalis, & praescriptibilis.
- 2 In praescriptione juris executivi non requiritur bona fides.
- 3 Praescripta via executiva nulla tollitur actio.
- 4 Qui acceptat pro se beneficium statuti, debet etiam acceptare exceptionem ex illo ortam contra se.
- 5 Explicatur l. 63. Tauri, ex qua juri executivo ex actione personali praescribitur decennio.
- 6 De jure Castelle juri executivo ex actione reali praescribitur juxta jus commune spatium triginta annorum, cum circa illud nihil disponatur in lege Tauri.
- 7 Eo jure praescribitur juri exequendi sententiam latam super actione personalis spatium viginti annorum.
- 8 Expenditur census d. l. 63. Tauri.
- 9 Rejicitur sententia quorundam Hispanorum circa ejus intellectum.
- 10 Approbatio sententiae Anton. Gomezii, & ejus comprobatio.
- 11 Una determinatio respiciens plura determinabilia, ea pariformiter determinat.
- 12 Juri liquidandi instrumentum via Ritus de jure Neapolitano praescribitur spatium viginti annorum.
- 13 Juri exequendi obligationem poenes acta praescribitur spatium triginta annorum, & improbat Tapia aliter sentiens.
- 14 Modus exequendi obligationem poenes actam variatur, si petatur ejus executio citra, vel ultra decennium.
- 15 Juri exequendi instrumentum vigore pacti executivi praescribitur spatium triginta annorum, quo praescribitur executioni sententiae.
- 16 Instrumentum equiparatur sententiae, ibi.
- 17 Praescripta semel via executiva praedicti instrumenti non posse ulterius peti executionem pro redditibus decurrendis, qui senserint.
- 18 Praescripta via executiva quoad redditus decursos manere quoad decurrendos, verior sententia.  
In obligationibus annuis non computatur tempus praescriptionis ex initio obligationis, sed ab initio cujuslibet anni, ibi.  
Impedito agere non currit praescriptio, ibi.
- 19 Satisficit fundamento contrariae sententiae.
- 20 Quo tempore praescribatur annuis praestationibus quoad substantiam actionis, remissive.  
Ubi perimitur actio, perimitur quoque modus agendi, ibi.
- 21 Praescriptio via executiva solet interrumpi item perpetuari.  
Discrimen inter interruptionem, & perpetuationem, ibi.
- 22 Praescriptio actionum duobus modis interrumpitur, aut naturaliter, aut civiliter.
- 23 Praescriptio via executiva est mere odiosa.
- 24 Praescriptio via executiva interrumpitur per solam citationem, citra litem contestationem.
- 25 Per solam petitionem executionis an interrumpatur praescriptio via executiva, & qui tenuerint sententiam affirmativam.
- 26 Contraria sententia est verior.  
Ad interrumpendam praescriptionem non sufficit sola libelli oblatio, ibi.
- 27 Per litem contestationem perpetuantur actiones.
- 28 In causis summaris, & via executiva litem contestatur, cum reus se opponit executioni.
- 29 Explicatur Bartolus in l. si quis stipulatus § 7. ff. de verbor. oblig. & reprehenditur Baldus.
- 30 Limitatur praedicta resolutio.
- 31 Praescriptio via executiva non interrumpitur, nisi interveniat citatio rei, aut quasi citatio.
- 32 Via executiva perpetuatur usque ad quadraginta annos per illum actum, qui in via executiva habet vim litem contestationis.



## DISPUTATIO IV.

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

**O**missa difficultate de præscriptio-  
ne actionum, de qua agit *text.*  
*in l. sicut 3. & in l. omnes 4. & in l. cum no-*  
*tissimi 7. C. de præscript. triginta, vel quadra-*  
*ginta annor. & tractant ibi Doctores anti-*  
*qui, & novissimè post ipsos latè Petrus Bar-*  
*bosa. Apud Hispanos l. 22. tit. 29. p. 3. &*  
*ibi Gregorius Balbus tract. de præscription.*  
*4. p. 4. principalis, ex q. 1. Covarr. in rele-*  
*ctione, cap. possess. de regul. jur. in 6. 2. p. §.*  
*11. Parlad. lib. 1. rerum quotid. cap. 1. ex §.*  
*11. statuenda est conclusio indubitata, vim*  
*executivam sententiæ in judicatum transac-*  
*tæ, vel instrumenti guarentigii æternam*  
*non esse, sed temporalem; determinato e-*  
*nim tempore finitur, & præscribitur, tam*  
*de jure communi, quàm Regio Castella-*  
*no, & Neapolitano. Nam de jure commu-*  
*ni istud jus executivum sententiæ in judica-*  
*tum transactæ durat per spatium triginta an-*  
*norum, & non nisi per ejus transitum præ-*  
*scribitur, ut docet gloss. ultim. in l. sepè qui-*  
*dem ultima, C. de præscript. 30. vel 40. an-*  
*nor. Bald. in l. debitori 7. n. 11. C. de pact.*  
*& in Rubr. de præscriptionib. n. 22. in fin. Bal-*  
*bus de præscriptionib. 4. p. 4. principalis, q.*  
*31. Afflict. decis. 245. n. 12. & 13. & ibi*  
*addentes, & decis. 345. n. 10. Achilles de*  
*Grassis decis. 5. n. 1. de præscription. Maran-*  
*ta in praxi; 6. p. tit. de executione, n. 54. Re-*  
*buff. tom. 3. de Constit. Regias, tract. de cau-*  
*sis beneficiorum possessoris, art. 11. glossa uni-*  
*ta, n. 5. Natta conf. 22. n. 1. tom. 1. Parlad.*  
*lib. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 11. n. 12. Bar-*  
*bosa in l. sicut 3. n. 159. C. de præscript. 30.*  
*vel 40. annor. Thusc. litt. P. concl. 547. ex*  
*n. 1. Azeved. in l. 6. n. 1. tit. 15. lib. 4. Recop.*  
*Castillo in l. 63. Tauri, ad verb. Diez años,*  
*Olanus in concordia antinomiarum, litt. I. n.*  
*57. ubi dicit, idem statui de jure Regni*  
*Navarræ, Gratianus discept. forens. tom. 5.*

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

2 Qua in re illud est notatione dig-  
num, quamvis regulariter in omni prescrip-  
tione requiratur bona fides stante jure Ca-  
nonico, juxta *tex. in cap. possessor. 2. de re-*  
*gul. jur. in 5. copioseque, & eleganter tra-*  
*dita à Balbo de præscript. 2. p. 3. principa-*  
*lis, q. 6. in præscriptione tamen juris exe-*  
*cutivi non requiri bonam fidem: quinimò*  
*illi præscribitur, etiam data sententia debi-*  
*toris, quæ illum in mala fide constituit. Ad-*  
*notarunt Philippus Francus in d. cap. posses-*  
*sor. n. 10. ex vers. Sed bene videtur, cum n.*  
*11. & 12. seqq. idem Balb. de præscription.*  
*2. p. 3. principalis, q. 14. n. 8. Gregor. Lo-*  
*pez in d. l. 22. tit. 29. p. 3. gloss. 1. Covarr.*  
*in relect. d. cap. possessor. de regul. jur. in 6. in*  
*2. p. §. 11. n. 6. vers. Sextò leges sæculares, An-*  
*ton. Gomez in l. 63. Tauri, n. 1. Didac. Pe-*  
*rez in l. 4. tit. 8. gloss. 1. circa finem, col. mi-*  
*bi 1092. §. Dubitatur praterea, & in l. 3. tit.*  
*13. lib. 3. Ordinam. col. 1233. §. Praterea,*  
*& secundò, Melsia de taxa panis, conclus. 1.*  
*n. 150. Gutierrez in repet. l. nemo potest, n.*  
*204. & 205. & n. 475. ff. de leg. 1. Gratian.*  
*discept. forens. tom. 1. cap. 52. n. 22. Parlad.*  
*lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 11. n. 18. & 19.*  
*& §. 12. n. 3. Barbosa in l. sicut 3. n. 165.*  
*C. de præscript. 30. vel 40. annor. Thusc. litt.*  
*P. concl. 547. n. 7. Cevallos in speculo præct.*  
*q. 173. n. 9. Azeved. in l. 6. n. 15. & 16. tit.*  
*19. lib. 4. Recop. Caravita ad Ritum 167. n.*  
*3. Rodriguez tractat. de execut. cap. 6. n. 61.*  
*Hævia Volano in Curia Philipp. 2. p. §. 1. n.*  
*8. Villadiego in Polit. cap. 1. n. 38. Scaccia*  
*de commerciis, d. gloss. 7. n. 3.*

3 Hujus autem specialitatis in hoc præ-

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

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

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

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

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

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

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

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

Tom. II.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*in prax. censuali, verb. Tanquam res judicatas, n. 37. Caravita ad Ritum 167. n. 32. Duardus de censibus, §. 5. q. 34. n. 71. & 72. dum universum negant instrumento censuali virtutem liquidationis post lapsum viginti annorum, non distinguunt redditus decursums à decurrendis. Fundamentum Parladorii, & reliquorum non est aliud, quam traditio prædictorum Doctorum circa præscriptionem actionum, ex qua ducit argumentum ad præscriptionem viæ executivæ.*

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

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

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

20 Quo verò tempore opus sit ad præscribendum annuis præstationibus, quoad substantiam actionis, ita ut deinceps pro illis non solum via executiva, sed neque ordinaria agi possit, quòd præsentis instituti non est, tractant Doctores juxta *text. ibi in d. l. cum notissimi, §. Illud, C. de præscript. 30. vel 40. annor. & Petr. Barbosa latè in d. l. 2. ex n. 123. C. eodem, Balb. de præscription. 4. p. 4. principalis, q. 4. Minsyngierius singular. observat. cent. 3. observat. 13. Fachinæus controvers. jur. lib. 8. cap. 99. Spino in Speculo testamentor. gloss. 8. ex n. 65. Craveta de antiquit. tempor. 4. p. §. 4. materia ista, n. 34. vers. Vigesimo quaro, Capella Tolosana decis.*

*dis.* 343. Guido Papa *decis.* 406. Anton. Gomez *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *n.* 45. Felicianus *de censibus, tom.* 2. *lib.* 4. *cap. unico, num.* 14. Gaspar. Roder. *de annuis reddit. lib.* 1. *q.* 17. *ex n.* 3. & *post ex n.* 100. & *lib.* 2. *q.* 9. Avena-  
dañus *de censib. Hispan. cap.* 103. 104. & 105. Federic. Martini *de jure censuum, cap.* 5. *ex n.* 78. qui optimè rem tractat, Ludovicus Cenc. *de censib. p.* 3. *cap.* 1. *q.* 8. *art.* 1. & 2. Camil. de Medic. *cons.* 131. *n.* 14. & 15. Cevall. *in spec. practic. q.* 367. Duard. *de censib. tom.* 2. *§.* 5. *q.* 34. amicus, & Collega noster D. Franc. Merlin. doctissimus, & accuratissimus *controversiar. forens. cent.* 1. *cap.* 44. *ex n.* 1. & omninò vide Cumanum *cons.* 149. *n.* 1. & Addentes ad Julium Clarum *in §.* *Emphyteusis, q.* 17. Qua in re oportet adnotare, cum præscriptum fuerit juri exigendi annuas præstationes per transcursum temporis legitimi, & acquisita ab eo onere libertas, præscriptum quoque cense-  
feri debere viæ executivæ, tam quoad præteritas, quàm quoad futuras præstationes, ut planè significat Cynus *in d. l. cum notissimi, §.* *in his etiam promissionibus, vers.* *Tertio quaritur, C. de præscript. 30. vel 40. annor.* & apertè probat *textus in l. ultima, in fin. C. de edito D. Adrian. toll.* Quoniam ubi perimitur actio perire quoque debet, & periri modus agendi, accessorium enim sequitur naturam principalis, *l. 2. ff. de peculio legato, regula accessorium 42. de regul. jur. in 6.* August. Barb. *axiomate 4. ex n.* 1. & ubi non potest agi via ordinaria, majori ratione non poterit agi via executiva. Nam accidens non potest manere sine substantia, aut qualitas, sine subjecto: Sebastianus Medices *tom.* 2. *tract. de regul. jur. reg.* 6. *ex n.* 1. & *n.* 5. & *n.* 92. & non entis nullæ sunt qualitates, *l. ejus qui in provincia 41. vers.* *Quoniam tunc, ff. si cert. petat.* & Augustin. Barbosa *axiomate 5. n.* 1. & *axiomate 162. n.* 1. & *axiomate 196. ex n.* 1. Atque hæc est ratio, cur præscripta via executiva in præteritis pensionibus, remaneat tamen salva quoad futuras. Quoniam, inquam, dum ad futuras salva manet actio, remanet quoque modus agendi. Præscripta tamen plenè actione quoad præteritas, & futuras, neque

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

21 Hæc autem præscriptio viæ executivæ interrumpi solet, quemadmodum, & aliæ præscriptiones, atque item ipsa via executiva perpetuari, quemadmodum cæteræ actiones perpetuantur. Est autem magnnm discrimen inter interruptionem præscriptionis, & perpetuationem actionis, quemadmodum adnotarunt Balbus *tract. de præscriptionib. 3. p.* 6. *principalis, ex n.* 1. & 4. *p.* 6. *q.* 1. *n.* 1. & Petrus Barbosa *in l. fin. n.* 2. *C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Nam interruptio non est aliud, quàm impedimentum, ne cœpta præscriptio currat, & ulterius procedat. Ac proinde facit rumpi inchoatam præscriptionem, ita ut de novo ex integro debeat inchoari à tempore interruptionis, & erit necessarius idem cursus temporis ad eam perficiendam, qui primò requirebatur. Notat Felinus *in cap. illud 8. n.* 10. *post Abbatem ibi, de præscript. Jas. in l. ex hoc edito 3. n.* 3. *ff. de eo per quem factum erit.* Perpetuatio autem prorogat vitam actionis mediante litis contestatione, & facit actionem, quæ erat brevis vitæ, vel durabat triginta annis, aut minori tempore reddi perpetuam, id est extendi usque ad quadraginta annos, *l. ultim. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 1. §.* *Exceptio, C. de anual. except. cap. placuit 15. §.* *hac de præsc. 16. q.* 3. Animadvertit *gloss. in d. l. cum notissimi, in princ. verb. Solam, Imola in l. naturaliter 5. n.* 5. & ibi Paul. *n.* 4. & 5. *ff. de usucap. Jas. in l. nam postea 9. §.* *Si his qui temporali, n.* 1. & 2. *ff. de jurejur. & in l. 1. n.* 7. *C. quando libellus Principi datus, Parlad. lib.* 4. *rer. quotid. cap.* 1. *§.* 14. *ex n.* 6. Igitur quod ad nostrum institutum pertinet, nonnunquam interrumpitur præscriptio viæ executivæ, ita ut desinat ejus præscriptio currere, & ex computatis annis ante interruptionem lapsis, debeat necessariò de novo inchoari. Nonnunquam verò via executiva perpetuatur, ita ut duret per quadraginta annos. Declarandum est ergo, quando, & per quos actus interrumpatur præscriptio juris exequendi, & per quos actus perpetuetur.



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

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

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

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

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

25 An verò per alium actum citra citationem interrumpatur praescriptio viae executivae, controversum est. Nam quidam existimant, per solam petitionem executionis, & productionem instrumenti guarantee coram Judice interrumpi viam executivam. Imò verò addunt, hanc petitionem, & productionem haberi loco litis contestationis, seu esse fictam litis contestationem, quae operatur interruptionem praescriptionis viae executivae. Hujus sententiae auctor videtur fuisse Bart. *in l. si quis stipulatus 57. n. 4. ff. de solut. quem ibi uno verbo sequutus est Baldus n. 1.* Gomezius de Leon *in sua Centuria, responsio 82.* Cifuentes *in l. 63. Tauri, versic. Quintò dubitatur*, Azevedus *in l. 6. n. 39. tit. 15. libr. 4. Recop.* Bobadilla *lib. 2. Polit. cap. 12. n. 28.* Valdès *ad Roder. Suar. in l. post rem, ff. de re judic. notabili 2. §. considera ultimò, ad n. 13.* Villadiego *in Polit. cap. 2. n. 40.* Tapia *ad Constit. Duram, & diram, n. 23. lib. 4. Jur. Neapol. Rubr. 19.*

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

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

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

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

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

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

30 Verum est tamen, istam resolutio-

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

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

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

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

\*\*\*

## SUMMA DISPUTATIONIS V.

- [1] **P**ro obligatione virtuali, & tacita non  
posse mandari executioni instrumenta,  
qui senserint.  
Exempla obligationis virtualis, & tacita ibi.
- 2 Sententia est stricti juris.
- 3 Statutum de exequendis instrumentis est con-  
tra jus.
- 4 Statutum loquens de instrumento debet in-  
telligi de eo, quod immediate provenit ex  
instrumento.
- 5 Instrumenta, & sententiae executioni man-  
dantur quoad ea, quae tacite continent,  
non solum pro expressis.
- 6 Discursus per exempla, & comprobatio, &  
n. 7. 8. & 9.
- [10] Paria sunt aliquid esse expressum, & esse  
implicitè, & virtualiter contentum.
- [11] Sententiae verba includunt sensum impliciti-  
tum.
- [12] Statuta tribuentia vim executivam instru-  
mentis censentur concedere quoad implicitè  
contenta, & connexa cum expressis.
- [13] Ea, quae instrumentum continent implicitè, &  
virtualiter proveniunt ex ipso instrumento.
- [14] Testamentum solemne habet executionem  
paratam, ut heres mittatur in possessionem  
bonorum defuncti, non solum ratione sub-  
stitutionis, aut institutionis expressa, sed  
etiam tacite contenta in expressa.
- [15] Heres, qui vocatur ad hereditatem ex ta-  
cita substitutionis dicitur scriptus in te-  
stamento, immo etiam si non sit scriptus.
- [16] Scriptum dicitur quod ex scriptura percipi-  
tur, & posse legi, quod ex vi verborum ex-  
pressè scriptorum intelligitur sine extrin-  
seca suppletionè, ibi.
- [17] Ex offensione testamenti constat notoriè,  
quem esse tacite substitutum.
- [18] Testamentum non habet paratam execu-  
tionem quoad substitutiones extensas.
- [18] Conditionum duo sunt genera, aliae sunt

necessariae, aliae voluntariae, & earum dis-  
crimen quoad extensionem dispositionum  
sub ipsis factarum.

- 19 Ex verisimili & conjecturata mente dispo-  
nentis extenditur substitutio de uno casu  
ad alterum facta sub conditione, sive ne-  
cessaria, sive voluntaria.

Similes casus qui dicantur, ibi.

- 20 Ratione substitutionis extensa testamentum  
non habet paratam executionem, & ratio,  
ibi n. 21.

- 22 In majoratibus Hispania ex l. 45. Tauri,  
testamentum habet paratam executionem  
ratione substitutionis extensa, & discrimen  
inter illam, & l. ult. C. de edict. D. Adr.  
toll.

\*\*\*

## DISPUTATIO V.

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

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

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

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

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

partes non sit conventum ultra expressa, ut in obligatione facti si nihil fuerit actum de interesse, non competit vis executiva pro interesse, quia illud provenit ex dispositione legis, non ex conventionem partium, ut egregiè notat Bart. *in l. cum stipulatus sim, 113. n. 4. ff. de verbor. oblig.* Decius *in l. cum quid, in 1. lectura, n. 4. & in 2. lectura, n. 5. ff. si cert. petat.*

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

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

6. Hanc sententiam, quod attinet ad primum exemplum, seu executionem sententiæ, probat *textus in l. si cum tibi 4. G.*

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

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

possess. remed. 4. n. 123. Azevedus in l. 1. n. 11. tit. 21. lib. 4. Recop. & n. 10. praced. loquitur generaliter de omnibus tacitè inclusis, & virtualiter contentis in contractibus. Paz, etiam generaliter loquens, & idem exemplum comemorans, in prax. 1. tom. 4. cap. 1. n. 13. & 14. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 11. ampliati. 4. n. 20. loquens in specie de hoc exemplo, & generaliter de omnibus in tota illa ampliati. ex n. 18. & quod ad hoc exemplum attinet, probatur ex textu in l. si duo patroni 13. §. Marcellus de jurejurando.

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

9 Et loquentes de quarto exemplo Bart. Baldus, Romanus, Alex. Felinus, & quamplurimi alii, quos retuli, & sequutus sum supra hoc tit. disput. 3. n. 35. Universimque instrumenta posse executioni mandari, etiam quoad tacitam, & virtualem obligationem in eis implicitè contentam, senserunt Imola in l. 1. n. 6. ff. de iis, qua in testam. delent. Franciscus Aret. in l. si in testamento 5. ff. de vulgar. & pupil. subst. Sapia in l. ultima, & n. 54. C. de edicto D. Adrian. tollend. Barzicus tractat. de guarentigia, 1. p. q. 9. post medium, & q. 10. & 11. Surdus decis. 254. n. 39. Magonius decis. Florentina 3. n. 20. Pacianus de probationib. qui latè tractat lib. 1. cap. 26. ex n. 65. Ruginellus practicar. quest. cap. 20. qui examinat specificè, Colerus de process. execut. p. 2. cap. 3. ex n. 487. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 3. ex n. 46. & 47. & cap. 115. ex n. 27. & tom. 2. cap. 323. n. 9. & 11. & Hævia Volano in Curia Philippica 2. p. §. 7. n. 4. Villadiego in Politica cap. 2. n. 17. Franch. decis. 325. Gallesius de obligatione camerari, q. 31. n. 12. & 13. & ad eum Zachias n. 16. & 17. Cevallos in speculo practic. q. 246. Parlad. rerum quotid. libr. 2. cap. fin. 1. p. §. 11. 4. ampliati. ex n. 18.

10 Ratio est, quoniam paria sunt aliquid esse expressum, & explicitum, vel esse tacitè, & virtualiter contentum, implicitum, & subintellectum in expresso, nam id etiam habetur pro expresso, & explicito, *l. jam hoc jure 4. ff. de vulgar. & pupil. subst. l. cum quid 3. ff. si cert. petat. Decius conf. 15. n. 6. & conf. 68. n. 3. Craveta conf. 149. n. 11. Cephalus conf. 152. n. 76. lib. 2. Ti-raquellus ad leges connuiales, l. 16. gloss. 7. n. 179. Roder. Suar. ubi supra, item Parlador. d. n. 18. & 19. Giurba decis. 45. ex n. 2.* Ergo tam sententia, quàm instrumentum habent paratam executionem pro contentis implicitè, & virtualiter, quemadmodum pro expressis.

11 Ad argumenta adducta pro prima sententia responderetur. Ad primum, verissimum esse, sententiam esse stricti juris, & cessare effectum ejus, ubi cessant verba, verùm nihilominus sententiæ verba comprehendunt, & includunt sensum implicitum, qui venit in necessariam consequentiam expressorum, & quoad hunc sententia habet quoque suum effectum, quantumvis sit stricta, ut adnotarunt Doctores relati à nobis *supra n. 6.* & probant allegati textus.

12 Ad secundum statuta simpliciter tribuentia instrumentis vim executivam, quamvis strictè intelligenda, censentur eisdem vim executivam concedere, quoad ea etiam, quæ virtualiter, & implicitè continent, & sunt connexa cum expressis; nam ista etiam videntur expressa, & explicita. Præterquamquod cum contrahentes contrahunt, & conveniunt inter se, vidtuent se conformare cum dispositione legis, *l. si duo 38. ff. de acquirenda heredit. l. heredes mei 57. §. cum ita, & ibi Ripa n. 75. ff. ad Trebell. Menoch. lib. 4. præscriptio. 202. Pelaez de majorat. 2. p. in initio, n. 170. cum seqq. Barbosa in l. si cum dotem 22. in princ. n. 50. circa medium, ff. soluto matrim. Thuscus litt. A. concl. 151. Surdus conf. 42. n. 6.* Ac per consequens circa ea, quæ tacitè, & virtualiter resultant ex contractu, juxta legis dispositionem, intervenit utriusque consensus, & de illo censentur contrahere, & facere instrumentum executivum, quod

possit executioni mandari pro omnibus in eo quomodolibet contentis.

13 Ad tertium dicendum est, ea, quæ instrumentum continet implicitè, & virtualiter provenire ex ipso instrumento immediatè, quia ea censentur comprehendi in conventionione partium contenta in instrumento, & esse expressa in ipso instrumento conventionis. Quare statutum tribuens instrumentum vim executivam, in iis omnibus locum habet, ut rectè notavit Canar. *de execut. instrumentor. q. 29. n. 64. versicul. Tu autem dicas, & n. 65.*

14 Ex prædictis infertur, testamentum solemne, non rasum, non cancellatum, & quod in sui figura apparet, sine ullo vitio visibili, habere executionem paratam, ut heres immitatur in possessionem bonorum, quæ defunctus tempore mortis habuit, *juxta textum in l. edicto, ultima, C. de edicto D. Adrian. tollend. & quæ ibi tradunt Baldus n. 13. Alex. n. 3. Jas. n. 6. Decius n. 16. versic. 6. notat Sapia n. 16. Zucardus n. 103. & 135. Canarius de execut. instrumentor. q. 29. n. 65. Guilielmus Benedictus in cap. Rairnuncius, verb. Si absque liberis moreretur 2. n. 191. de testament. Roder. Suarez in l. post rem judicatam, ff. de re judicat. notabili 4. seu §. adde quartum, Didacus de Segura in repet. l. si ex legati causa, ex n. 6. ff. de verbor. obligat. Antonius Gomez in l. 45. Tauri, n. 134. & 135. Spino in speculo testamentor. glossa 34. n. 35. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. ex n. 693. Achilles Personalis de adipiscend. possess. remed. n. 58. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 9. ex n. 1. Villadiego in Polit. cap. 2. n. 18. Coler. de process. executiv. p. 3. cap. 1. n. 27. & cap. 2. n. 30. cum seqq. Rodriguez tractat. de executione, cap. 1. art. 4. ex n. 14. Josephus Ludovicus decis. Perusin. 23. n. 6. & 24. De jure Castellæ l. 2. tit. 14. p. 6. ubi Gregor. ex gloss. 1. & l. 3. tit. 13. lib. 4. Recop. & ibi Azeved. ex n. 1. Habere inquam, paratam executionem quoad prædictam immisionem, non solum ratione institutionis, aut substitutionis expressæ, sed etiam virtute substitutionis tacitæ. Verbi gratia, ratione substitutionis pupillaris tacitæ contentæ in vul-*



vulgari, vel vulgaris tacitæ contentæ in pupillari, juxta traditionem Doctorum per textum ibi, *in l. jam hoc jure 4.* ubi Bart. ff. *de vulgar. & pupill. subst.* Meminerunt Anton. Gomez *tom. 1. variar. cap. 3. n. 10. cum seqq.* Franciscus Conanus *commentariorum juris civilis lib. 10. cap. 8. ex n. 11.* Zafius *in tract. substitutionum, cap. 1. vers. Sextus effectus est, & cap. 2. vers. Secundi membri investigatio.* Spino *in spec. testament, gloss. 22. ex n. 24. & gloss. 23. ex n. 19.* Intrigliolus *de substitut. cent. 1. q. 12. cum seqq. & q. 37. & 39. cum seqq. & q. 84. cum seqq. & q. 92. cum seqq.* Mantica *de conjectur. ultim. volunt. toto lib. 5.* Fumæus *tractat. de substitution. n. 15. & 16.* Fusarius *tract. de substitution. q. 24. & 28.* & passim reliqui agentes de substitutionibus. Itaque non solum expressa institutio, aut substitutio scriptæ in testamento solemniter habent executionem paratam quoad prædictam immisionem, sed etiam substitutiones tacitæ, & tacitè substitutus habet illud remedium ex prædicta *l. edito*, ita sentiunt Bald. *in eadem l. edito, n. 45.* Jason *n. 12.* qui dicit se non invenire contradicentem, Decius *n. 27.* Sapia *n. 51. cum seqq.* Zucardus *ex n. 228.* qui rem latè disputat, & respondet argumentis in contrarium, C. *de edito D. Adrian. toll.* Franciscus Aret. *in l. si in testamento 5. circa finem, ff. de vulgar. & pupill. subst.* qui dicit, ita sentire communiter Doctores, Canarius *ubi supra*, Antonius Gomez *in l. 45. Tauri, n. 139.* Menoch. *de adipisc. possess. remedio 4. ex n. 214.* qui exactè examinat quæstionem, & tandem parti huic adhæret, Argelius *de acquir. possess. q. 7. art. 6. ex n. 164.* qui etiam argumenta contraria expendit, & dissolvit, Paz *de tenuta tract. 1. cap. 29. ex n. 28.* Azevedus *in l. 3. n. 13. in finit. 13. lib. 4. Recop.* tractat latè Tiraquellus, quamvis dubitare videatur *in tract. le mort. Saifit le viff. secunda part. declarat. 10.*

15 Hæc autem conclusio comprobatur. Primò, quoniam beneficium, *l. ultim. C. de edito D. Adrian. tollend.* conceditur hæredi scripto. Hæres autem, qui vocatur ad hæreditatem ex tacita substitutione dicitur scriptus in testamento. Ergo etiam il-

li debet concedi prædictum beneficium Minor probatur, quoniam scriptum illud dicitur, quod ex scriptura percipitur, & illud dicitur posse legi, quod ex vi verborum expressè scriptorum apprehenditur, & intelligitur, sine extrinseca suppletionem, *l. 1. §. legi, & ibi glossa, verb. Si non extrinsecus, ff. de iis, quæ in testam. delent.* Egregiè enim ait Baldus *ubi supra*, scripturam sæpè numero plus significare, quàm loquatur.

16 Secundò, quoniam idè expressè substituto conceditur beneficium prædictæ legis ultimæ, quia per ostensionem testamenti resultat notorium, ut docet Bart. *ibi n. 9. & 10.* Ex ostensione autem testamenti constat notoriæ esse quem substitutum, etiam tacitè; quia ex hoc apparet substitutio vulgaris, apparet etiam sub illa inclusa, & contenta tacita pupillaris, cum eam inclusionem operetur jus ipsum, sine alio exteriori additamento ex *d. l. jam hoc jure, ff. de vulgar. & pupill. subst.* & ibi dicitur expressum, quod tacitè inest ex natura expressi, ut pluribus prosequitur Tiraquellus *in leges connubiales, l. 16. gloss. 7. ex n. 176. & num. 179. & allegati supra n. 10.* Ergo huic tacitè substituto debet concedi beneficium illius legis, tanquam expressè vocato per testamentum, & de cujus vocatione per ipsum testamentum notoriè constat. Plures alias rationes adducunt Menoch. *ubi supra ex num. 217. & ibi ex n. 220.* dissolvit octo objectiones contra hanc sententiam, quæ verissima est, item Argel. *ubi supra*, pro qua militant, quæ hucusque dicta sunt in hac quæstione.

17 Illud tamen circa illam est animadversione dignum, quamvis verissimum sit, testamentum habere paratam executionem quoad tacitas substitutiones, non tamen habere paratam executionem quoad substitutiones extensas. Ut verò explicetur hæc animadversio præsupponendum est, institutiones, & substitutiones interdum extendi de uno casu ad alterum ex conjecturata mente defuncti, ut docent Doctores *in l. Gallus, §. & quid si tantum, & in l. commodissime, ff. de liberis, & posthum. & in l. 1. ff. de vulgar. & pupill. subst.* ubi Ripa *ex n.*

89. Gulielmus Bened. *in repet. cap. Rainunctius, verb. Si absque liberis, et 2. in tract. vulgaris substitutionis, ex n. 25. de testament. Covarr. in eod. cap. Rainunctius, §. 4. n. 5.* Antonius Gomez *tom. 1. variar. cap. 3. num. 10.* Gregorius *in l. 2. tit. 5. p. 6. gloss. 5.* Molina *de primogenit. lib. 1. cap. 4. n. 24. & 25.* Menochius *de praesumption. lib. 4. praesumpt. 26. & 65. Surdus decis. 37. 202. & 207.*

18 In qua materia extensionis de uno casu ad alterum (ne id quoque praetermittamus) distinguunt Doctores duo conditionum genera. Primum earum, quæ sunt necessariæ, alterum earum, quæ sunt voluntariæ, & docent, substitutiones factas sub conditionibus necessariis posse extendi de uno casu ad alterum, factas verò sub conditionibus voluntariis non extendi, sed solum habere locum in casu, quo conditio impleatur in specifica forma, neque sufficere si impleatur per æquipollens. *juxta textum in l. qui heredi 44. & in l. Mavius 55. ff. de condit. & demonstrat.* Hanc distinctionem, & doctrinam tradidit Petrus de Bellapertica, quem refert, & sequitur Bart. *in d. §. & quid si tantum, n. 2. & 3. & in d. l. 1. n. 29. ff. de vulgari*, eam amplexi sunt communiter Doctores *in d. §. & quid si tantum*, Bald. *n. 5. & 6.* Angelus *n. 4. & 5.* Cumanus *n. 6.* Paulus *n. 7. & 8.* Alex. *n. 5.* Socinus *n. 6.* Jason *n. 27. & 31.* Sarmiento *n. 9. & seqq. lib. 5. selectar.* Ripa *in d. l. 1. ex n. 94. ff. de vulgari*, Socinus *ibid. n. 13. versic. Octavo limitat. & consil. 140. n. 9. vol. 1. & consil. 77. n. 7. vol. 3.* Ancharr. *consil. 357.* Angelus *consil. 93.* Alex. *consil. 1. n. 11. circa fin. lib. 1.* Decius *consil. 227. n. 12. circa finem*, Decianus *respons. 1. ex n. 6. vol. 2.* Honned. *cons. 60. n. 27. vol. 1.* Menoch. *cons. 171. n. 19. lib. 2. & cons. 243. ex n. 23. lib. 3.* Surd. *dec. 37. ex n. 2. & dec. 202. n. 6. & decis. 207. n. 13. & 14.* Simon de Prætis *de interpret. ultimar. volunt. lib. 1. interpret. 2. dubitat. 2. solut. 14. ex n. 22. & n. 30. usque ad fin. & lib. 3. interpret. 2. dubit. 1. solut. 5. n. 12.* Galganetus *de condit. & demonstr. 1. p. cap. 102. n. 2.* Intrigliolus *de substitutionib. cent. 1. q. 17. ex n. 8. & ex n. 46.* Fusarius *de substitutionib. q. 460. cum duabus seqq.*

19 Imò verò communis est etiam Doctorum sententia, universim, & sine ulla distinctione, siue conditio sit necessaria, siue voluntaria: ex verisimili mente, & conjecturata voluntate disponentis, extendi posse substitutiones ob identitatem rationis ex uno casu simili ad alium similem. Solent adnotare *in d. l. Gallus 29. §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. & in d. l. 1. ff. de vulgari.* Animadvertit Barthol. Socinus *in d. §. & quid si tantum, n. 6.* Decius *consil. 227. n. 12.* Alex. *cons. 130. lib. 2.* Hieron. Gabriel *cons. 95. n. 3. & 4. lib. 1.* Molina *de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. ex n. 2.* Decianus *respons. 1. ex n. 85. & ex n. 100. & ex n. 114. & n. 141.* Menochius *cons. 339. ex n. 18. & cons. 432. n. 13. & 14.* Josephus de Rusticis *cons. 1. n. 70. post tract. de liberis in condition. positis*, Fusarius *cons. 155. n. 16. vers. Quarto testatur*, Peregrin. *cons. 51. n. 17. lib. 5. & de fideicommiss. art. 11. n. 46.* Castillo *lib. 4. quotid. controversiar. cap. 15. n. 57.* Thesaurus *decis. 270. n. 31.* Vivius *decis. 513. n. 20.* Surdus *decis. 37. ex n. 17. & n. 31. & decis. 207. ex n. 9. & cons. 236. ex n. 25. lib. 2. & cons. 347. lib. 3.* Augustin. Barbosa *tractat. de clausulis usufrequentibus, clausula 182. n. 3.* Similes verò casus vocantur illi, vel in quibus viget eadem vel major ratio, vel ex quibus oritur idem effectus, ut adnotarunt Bald. *in d. §. & quid si tantum, n. 3.* Imola *n. 33.* Jason *n. 23.* Angelus *in l. qui liberis 8. n. 1. & ibidem Imola n. 2. ff. de vulgari*, Menoch. *de praesumptionib. lib. 4. d. praesumpt. 65. n. 18. & consil. 432. num. 5.* Decianus *d. respons. 1. n. 114. & 115. lib. 1.* Craveta *consil. 183. n. 3. vol. 1.* Rolandus à Valle *consil. 72. n. 40. vol. 1.* Ponte *cons. 20. n. 13. & seqq. lib. 1.* Prætis *de interpret. ultimar. volunt. lib. 1. interpret. 2. dubit. 2. solut. 14. n. 13.* Burgos de Paz *in l. 1. Tauri ex n. 74.* Hojeda *de incompatibilitate beneficior. 1. p. cap. 23. n. 42.* Cacheranus *decis. 167. n. 9.* Sarmiento *lib. 5. selectar. in §. & quid si tantum, ex n. 6.* Costa *in eodem §. & quid si tantum, 2. p. ex n. 7.* novissimè D. Petrus Jordanus Urfinus S.R.C. Præses Jurisconsultissimus, & multis aliis ingenii, humanitatis, & omnium

nium virtutum ornamentis cumulatifsimus, in suo tractat. de success. feudor. p. 2. q. 1. art. 1. n. 6. & art. 3. n. 9.

20 Probatum autem prædicta communis sententia. Primò ex text. in l. fideicommissa 11. §. si cui ita, ff. de legat. 3. l. mulier. 22. l. heredes mei 57. §. cum ita, ff. ad Trebell. Item ex eo, quòd cum in testamentis testatoris voluntas torum faciat, & tanquam lex servanda sit, & præcipuè spectanda, d. l. fideicommissa, §. item si quis, l. quisquis 93. ff. de leg. 3. l. ex facto 35. §. rerum autem Italicarum, ff. de heredibus instit. l. heredi posthumo 130. ff. de leg. 1. l. in conditionibus 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. d. l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. l. cum q. 23. in fin. C. de legat. Auth. de nuptiis in fin. in §. disponat, Costa in d. §. & quid sit tantum, 5. p. ex n. 3. Præcis de interpret. ultim. volunt. lib. 5. interpret. 1. dubit. 1. ex n. 1. Surdus decis. 210. n. 13. Peregrin. de fideicommiss. art. 7. n. 21. & d. art. per totum, Pelaez de majoratib. 2. p. in initio ex n. 9. per multos sequentes, Galganetus de condit. & demonstrat. 2. p. cap. 1. q. 50. sit, ut cum testator in dispositione respicit, & intendit aliquem effectum, censentur velle illud, ex quo sequitur idem effectus. Quia præsumitur ea voluisse disponere, de quibus si fuisset interrogatus, verisimiliter disposuisset, l. Titius 25. §. Lucius, ff. de liberis, & posthum. gloss. celebris ultima, in fin. in l. tale pactum 41. §. finali, ff. de pactis, notat Tirraquellus in l. si unquam, in princ. n. 56. C. de revoc. donat. Anton. Gomez tom. 1. variar. cap. 3. n. 10. col. 2. versic. Confirmatur, Molina de primogen. lib. 1. cap. 13. n. 90. & lib. 4. cap. 5. n. 18. Pelaez de majoratib. 2. p. in initio, n. 136. Mantica de conjectur. ultim. volunt. lib. 3. tit. 19. ex n. 4. & lib. 6. tit. 14. n. 4. Peregr. de fideicommiss. d. art. 11. n. 32. Castillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 22. n. 66. & non curatur de modo, & medio, dum habeatur effectus, & finis intentus, l. mulier 22. in princ. ff. ad Trebell. l. hac stipulatio, §. Divus, ff. ut legat. nom. cave. l. cum servus 104. ff. de verbor. obligat. Alex. in l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad leg. Falcidiam, Menchaca controversiar. illustriarum, lib. 1. cap.

27. n. 7. Everardus in locis legal. loco 101. ab equipollentibus, Sarmiento de redditibus Ecclesiast. p. 1. cap. 2. n. 16. Raudensis decis. Pisana 4. n. 26. Thusc. litt. E. concl. 51. Nam ubi adest voluntas testatoris ex verosimilibus, & legitimis conjecturis elicitæ, sufficit, quaslibet conditiones impleri per æquipollens, dum obtineatur finis, & effectus ille, quem testator præcipuè respexit. Mantica de conjecturis, lib. 11. d. tit. 16. ex n. 4. Covarr. in practicis, cap. 39. ex n. 7. Ex quibus consequens est, ut ex mente defuncti conjecturata, possit in quocumque casu fieri extensio ad alium similem.

21 Quamvis itaque testamentum habeat paratam executionem (ut eo revertamur, unde digressi sumus) quoad immisionem in possessionem bonorum defuncti ratione substitutionis, tam expressæ, quam tacitæ, non habet paratam executionem ratione substitutionis extensæ ex verosimili testatoris mente, & conjecturata ejus voluntate, ut eleganter notarunt Zucardus in repet. d. l. edito, ultima, n. 234. versic. Non obstat, & n. 235. versic. Ad quintum, C. de edito D. Adrian. toll. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. n. 228. Pelaez de majoratib. 2. p. in initio, n. 66. Quæ adnotatio comprobatur ex doctrina Baldi in l. 2. ex n. 11. C. de patribus, qui fil. distraxer. qui ait, stante statuto generali, quòd statuta debeant servari ad litteram, tunc non posse fieri extensionem, quoniam casus extensus non comprehenditur sub littera, neque legi potest, sed intellectu, & discursu percipitur, l. 1. §. legi, ff. de iis, quæ in testam. delentur. Quam doctrinam sequuntur, & extollunt Alex. in l. 1. n. 35. ff. de vulgari, Barthol. Socinus ibidem, n. 38. idem Alex. in l. post editam 5. n. 4. C. de impub. & aliis substit. Jason in l. non dubium, n. 3. C. de legibus, Felinus in cap. translato 3. n. 5. de constit. Argelius in acquirend. possess. q. 7. art. 6. n. 160. Zucardus, & Menoch. ubi supra. Cum igitur d. l. ultima, statuatur, testamentum servari, & executioni mandari juxta sui figuram, seu litteram Judici ostensam, non poterit dari immisio vigore testamenti ex dispositione extensa, cum hæc non oculis, sed intelle-

Aut percipiatur. Confirmatur ex doctrina Felin. *ubi supra*, n. 3. & 5. quam commemoravi, & sequutus sum *supra hoc tit. disp.* 3. n. 36. qui ait, quamvis habeatur pro expresso in instrumento illud, quod continetur in eo virtualiter, ita ut mereatur executionem, tamen hoc fallere, seu locum non habere, quando quod elicitur virtualiter, non deducitur taliter, quod de necessitate inferatur, sed persuasivè, vel argumentativè. Consonat Pelaez *ubi supra* n. 69. At substitutio extensa non infertur necessario ex scriptis in testamento, sed persuasivè, vel argumentativè. Nam materia extensionis de uno casu ad alterum est conjecturalis, & dubia, in qua nihil certum inveniri potest, ut animadvertit Hieronymus Gabriel *consil.* 14. *in princip.* & n. 1. *vol.* 1. Quam propterea Doctores vocant materiam brocardicam, ut notat Farin. *in fragment. criminal. litt. E. n.* 50. brocardica autem dicitur, quæ dubia est, difficilis, & incerta, ut testatur Thusc. *litt. B. concl.* 132. & quæ est contrariarum opinionum rationibus involuta, juxta Calvinum *in lexico, verb. Brocardica*, in qua non solum multi varia dicunt, sed iidem sæpius sibi ipsis contraria responderunt, ita ut non desint, qui illos credant, pro modo pecuniæ sibi datæ respondisse, ut eos carpit Petra *de fideicommiss.* 9. 9. n. 2. Igitur mirum non est, si testamentum non possit executioni mandari quoad substitutionem extensam, quæ tam incerta est, & dubitationi subjecta. Atque hæc ego in casu occurrenti allegabam, & conformis fuit S. C. decisio.

22 Illud pro coronide adjiciendum est, hanc doctrinam limitandam esse in majoratibus Hispaniæ, in quibus remedium possessorium ex l. 45. *Tauri*, simile remedio, l. *fin. C. de edicto D. Adrian. toll.* datur non solum expressè, aut tacitè substitutis, sed etiam illis, qui ex conjecturata mente instituentis majoratum vocantur, & succedere debent in majoratu, ac per consequens ex substitutione extensa. Idque propter verba d. l. 45. *Tauri*, tantisper dissimilia verbis d. l. *ultima*, ibi: *Que conforme à la disposition del mayorazgo, deviere suceder en el.*

Quæ verba non requirunt litteram institutionis, neque figuram, ut requirit d. l. *ultima*, sed respiciunt mentem disponentis, etiam ex conjecturis elicita. Ita adnotavit Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 13. n. 43. qui dicit, pluries se vidisse hanc sententiam in forensibus controversiis receptam, Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 5. n. 5. *in fin. versic. Octavo hinc oritur*, Pelaez *de majoratib.* 2. p. *in initio*, n. 64. Azeved. *in l.* 8. n. 28. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Velazquez de Avendaño *in d. l.* 45. *Tauri, gloss.* 8. n. 9. Paz *de tenuta tract.* 1. *cap.* 29. *ex n.* 19. Qui tamen confundere videtur substitutionem tacitam cum extensa, inter quas tametsi quoad remedium, d. l. 45. *Tauri*, nullum sit discrimen, versatur tamen maximum, quoad remedium ex l. *fin. C. de edicto D. Adrian. toll.* ut superius animadvertimus, Molina *de justitia tract.* 2. *tom.* 3. *disp.* 638. n. 2. Atque est proculdubio verissima sententia, quidquid videatur dubitare Castill. *lib.* 3. *var. cap.* 24. n. 93.

#### SUMMA DISPUTATIONIS VI.

- 1 **I**n instrumentis delegationum regulariter interveniunt tres personæ.
- 2 Liberantia, seu mandatum de solvendo authenticum habet paratam executionem adversus depositarium, vel debitorem ex instrumento publico.  
*Depositarius convenitur executivè ad restituendum depositum, & quid in Regno Neapolitano, ibidem.*
- 3 De jure Castellæ provisionis expeditæ adversus Thesaurarios, seu Receptores Regiorum reddituum paratam executionem habent.
- 4 Cum debitor non est obligatus executivè, mandatum etiam authenticum, non habet executionem paratam adversus ipsum.
- 5 Liberantiæ expeditæ adversus Oeconomos ab administratoribus Universitatum habent executionem paratam adversus debitores executivè obligatos, secus si non sint executivè obligati.
- 6 An instrumenta mandatorum de solvendo iniusta habeant paratam executionem adversus mandantes malè expendi redditus Universitatis, vel Fisci.

- 7 *Quaestio resolvitur sub distinctione.*  
*Clausula gaurentigia quomodo interponatur, ibidem.*  
*Clausula gaurentigia in Regno Neapolitano qua sit, ibidem.*
- 8 *Controversia Hispanorum, an requiratur in scriptura, vel instrumento publico clausula gaurentigia, ut habeat executionem paratam, & qui crediderint requiri.*
- 9 *Aliorum sententia negativa verior.*
- 10 *Ubi requiritur clausula gaurentigia liberantia, non habet executionem paratam contra jubentem male expendi.*  
*Quanam sint expensa utiles, in quas erogari debet pecunia publica, remissivè, ibid.*
- 11 *Ubi ex solo publico instrumento agitur executivè, videtur posse agi executivè contra mandantem malè expendi ex liberantia, vel mandato injustis.*
- 12 *Verius est, non posse agi executivè contra mandantes.*
- 13 *Conditio indebiti non datur adversus mandantem malè expendi pecuniam, sed adversus recipientem.*
- 14 *Ex instrumento non agitur executivè, nisi reus voluntariè se viæ executivæ subiciat.*
- 15 *In mala administratione potest incurri major, vel minor culpa.*
- 16 *Esse bene, vel malè administratum resultat ex finali redditione rationis.*
- 17 *Ex instrumento liberationis potest constare mala administratio inchoata, sed non perfecta.*
- 18 *Explicatur textus in §. quod de frumentaria in l. 2. ff. de administratione rerum ad civit. pertin.*  
*Sententia judicis restituere jubentis malè expensum habet executionem paratam, & ab ea non potest appellari, ibid.*
- 19 *De jure Castella quid observetur.*
- 20 *In Regno Neapolitano quid servetur in Tribunali revisionis Scribae rationis.*
- 21 *In litteris cambii regulariter interveniunt quatuor personae.*
- 22 *Littera cambii non habent paratam executionem contra mandatarium, nisi ab eo acceptentur.*
- 23 *Littera cambii recognita à scribente, & pro-*  
 Tom. II.
- testata habent contra eum paratam executionem.*  
*Forma protestationis quanam sit, remissivè, ibidem.*  
*Quid servari debeat in executione litterarum cambii contra scribentem de jure Neapolitano.*
- 24 *Scribens litteras cambii non liberatur per earum acceptationem, sed per salutationem earandem.*  
*Litteras cambii acceptans est veluti fidejussor scribentis, ibid.*
- 25 *Periculum decoctionis mandatarii acceptantis litteras cambii, cujus damno cedat, an dantis pecuniam, an scribentis? & qui senserint, cedere damno dantis pecuniam.*
- 26 *Cedere damno scribentis verior sententia.*
- 27 *Qui senserint, in casu mora exigentis cedere quoque damno scribentis.*
- 28 *Data mora exigendi verius esse, cedere damnum decoctionis periculo exigentis.*
- 29 *Si dans litteras cambii sciebat, mandatarium decoctum, aut decoctioni proximum, eas periculo cedit decoctio.*  
*Præsumitur dolus adversus eum, qui remisit litteras proximè decocturo, ibid.*
- 30 *Quando dicatur qui proximus decoctioni, celebris quaestio, & quid de ea diversi senserint, & n. 31. 32. & 33.*
- 34 *Quanto tempore ante decoctionem dicatur quis proximus decoctioni, est arbitrium Judici.*  
*Quis puer sit proximus infantia, aut pubertati, est Judici arbitrium, ibidem.*
- 35 *Mandatarius acceptans litteras cambii ob supervenientem mandantis decoctionem, non potest detrectare solutionem earum.*
- 36 *Mandatarius non potest se excusare à solutione litterarum, quas acceptavit ex eo, quòd mandans ante acceptationem decoxerit.*
- 37 *Contraria sententia, quòd mandatarius in hoc casu habeat justam executionem, ne solvat. Mandatum censetur revocatum ex mutatione status, tam mandantis, quam mandatarii, ibid.*
- 38 *Justa, & probabilis ignorantia acceptantis litteras de decoctione scribentis affert justam excusationem solutioni litterarum.*
- 39 *In Apocis Banchariis quid servetur.*

## DISPUTATIO VI.

Utrum instrumenta mandatorum de solvendo, quæ vulgò vocamus, *Libranças*, seu liberantias, quibus, vel debitori, vel depositario, ærario, capserio, & similibus mandantur, ut solvant alicui certam pecuniæ quantitatem, habeant paratam executionem?

I **S**ub hoc titulo multiplex involvitur difficultas, quæ casuum distinctio-  
ne explicanda est. In primis autem est præsupponendum, in istis instrumentis delegationum, seu liberantiarum (ut dicamus significantius, & proprius) quæcumque sint, regulariter intervenire tres personas diversas, videlicet mandans solvi pecuniam, & mandatarius, cui jubetur, ut solvat, & recepturus pecuniam, seu is, cui pecunia solvenda est. Hæc autem quæstio examinanda est, tam circa mandatarium, quàm circa mandantem.

2 Igitur primus casus est, quando instrumenta ista mandatorum de solvendo, seu liberantiarum sunt publica, & authentica. Verbi gratia, cum Judex interveniente Actuario, seu Scriba expedit in processu mandatum, quo jubet, solvi pecuniam alicui creditori ex deposito facto à debitoribus ejus, vel jubet debitori debitoris, ut solvat sui creditoris creditori, quod interdum facere potest, *l. non intelligitur 3. §. multa, ff. de jure fisci*, quamvis regulariter servetur contrarium, *l. non adversus 15. C. si certum petatur, l. si in causa 2. l. si debitum 3. l. non prius 4. C. quando Fiscus, vel privatus, l. hi, qui 4. C. de conveniend. Fisci debitor. lib. 10.* Hoc casu dicendum est, istam liberantiam, seu mandatum habere paratam executionem adversus depositarium, seu debitorem ex instrumento publico. Non quidem virtute ipsius mandati, quod cum expediatur absque citatione depositarii, aut debitoris non poterit ex vi sua executioni mandari contra ipsos, *l. 1. cum omnibus seqq. C. comminationes, epistolas, programmata, & tradunt Doctores in l. nec qui-*

*quam 9. §. ubi decretum, ff. de offic. Proconsul. & leg. nos retigimus supra, hoc titulo, disput. 1. n. 26.* sed virtute obligationis depositarii, qua tenetur restituere depositum, quæ est executiva. Nam quicumque depositarius executivè potest conveniri ad restituendum depositum, argumento *l. eum pro quo 17. ff. de in jus vocand.* probat textus expressus in *l. si quis 11. in principio, C. depositi*, tradunt Bart. *ibi n. 3.* Paulus *n. 3.* Angelus *ibidem, n. 1. versic. Nota textum, ibi illico*, Antonius Gomez *tom. 2. variar. cap. 7. n. 2.* Clarius Didacus de Segura *in repet. l. si ex legati causa, n. 62. ff. de verbor. obligat.* Joannes Lupus *in l. 63. Tauri n. 4.* Matheilanus *singul. 5.* Roderic. Suarez *in l. post rem judicatam, notabili 5. ff. de re judic.* Scaccia *de judiciis causar. civil. & crimin. lib. 1. cap. 62. n. 11.* Grassis *de exceptionib. in præludio ex n. 30.* Campegius *de dote, p. 5. q. 111. n. 4.* Colerus *de process. executiv. p. 3. cap. 1. ex n. 23.* Asinius *tractat. de execution. §. 1. cap. 4. ex n. 1.* Mantica *de tacitis, & ambiguis convent. lib. 10. tit. 10. ex n. 1.* Paz *in praxi, tom. 3. cap. 6. §. 6. n. 26.* Meirer. *de pignor. & hypothec. lib. 2. tit. 8. n. 11.* Rodriguez *tract. de concurs. & privil. creditor. 1. p. art. 6. n. 43.* Dummodo tamen constet de deposito ex instrumento publico, quod facit notorium, vel chirographo recognito, ut multi ex istis Doctoribus notant, & de jure Regni Neapolitani in deposito excedente libram auri statuitur in *Constit. In causa depositi*, ubi notat Afflicis *n. 2. lib. 2. Rub. 23.* meminit Franchis *decis. 278. n. 4.* Pachelis *de patr. potest. 1. p. cap. 6. n. 44.* Verùm Mantica *ubi supra ex n. 28.* non exigit scripturam, sed probationem quamcumque, quæ fidem faciat, probato enim qualitercumque deposito, ipsum depositum ex natura sua producit obligationem executivam, & ejus sententia videretur verisimilior attento jure communi. Idque planè voluit Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 4. p. §. 5. n. 12.* dum statuit, executionem locum habere adversus tertium, qui rem habet à debitore deposito, vel commodato, quem sequitur idem Rodriguez *de executione, cap. 4. n. 55.* Atque item prædictis instrumen-

tis concedi debet executio virtute illius obligationis, quæ debitor alioqui est adstrictus, ut solvat suo creditori. Quæ obligationes per mandatum Judicis jubentis, eam pecuniam solvi, videntur reduci ad actum, & contigisse casum solutionis debitæ, cujus dies venerit. Et in hac sententia sunt quicumque sentiunt, executionem posse fieri in nominibus debitorum, seu adversus debitores debitorum ex quibus sunt præter Doctores ordinarios *in l. à D. Pio 15. §. sic quoque per textum ibi, ff. de re judic. & quæ notavimus supra, hoc tit. disp. 1. n. 7. & 8. Rebuffus in Constit. Reg. tom. 1. tractat. de literis obligatoriis, art. 1. gloss. 1. ex n. 31. & art. 6. gloss. 3. num. 63. & 64. & art. 11. gloss. unica, n. 22. Cassaneus in consuet. Burgund. Rub. 5. verb. Des rentes, §. 2. n. 1. Colerus de process. executivis, p. 2. cap. 3. n. 489.*

3 Hinc oritur ratio decidendi *in l. 14. tit. 7. lib. 9. Recop.* ubi de jure Castellæ statuitur, liberantias expeditas in Consilio Regii Patrimonii à computatoribus majoribus adversus Thesaurarios, aut Receptores Regionum reddituum, habere contra illos executionem paratam notat *Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 5. n. 19. Havia Volano in Curia Philippica 2. part. §. 10. n. 10. & §. 12. num. 6.* Ea autem est, quoniam prædicti Thesaurarii, & Receptores, veluti depositarii, sunt executivè obligati, ratione officii, restituere pecuniam Regiam, quæ est apud ipsos, juxta præcepta prædictorum Computatorum majorum, qui rem Dominicam administrant.

4 Limita hujus primi casus resolutionem, ut non procedat, quoties debitor, cui fit mandatum, ut solvat, non est obligatus executivè ad solutionem, nam tunc mandatum de solvendo, seu liberantia, etiam si sit instrumentum publicum, non habebit contra illum paratam executionem. Hæc limitatio procedit ex prædictis. Nam hoc mandatum, neque ex vi ipsiusmet, neque virtute alterius præviæ obligationis, quam præsupponimus, non esse executivam, potest executioni mandari. Quare contra mandatarium, non poterit agi via executiva, sed agendum erit ordinaria. Hanc limitatio-

Tom. II.

nem poteris colligere ex *textu in l. à D. Pio 15. §. sed utrum, ff. de re judicat.* ubi non proceditur via executiva, nisi contra nomen debitoris confessum. Et eam tradit *Rodericus Suarez in l. post rem, ff. de re judic. in declarat. legis Regni, q. 2. num. 1.* ubi etiam sublimitat *Parlad. d. lib. 2. cap. fin. 5. p. §. 3. ex n. 43. Colerus de process. executivis, 2. p. cap. 3. ex n. 489.*

5 Secundus casus est, quando ista instrumenta liberantiarum, seu mandatorum de solvendo sunt publica, & authentica, non tamen expediuntur à Judice, sed ab Administratoribus Universitatum, juxta usum Castellæ, à Decurionibus, seu Rectoribus Civitatum, juxta usum Regni Neapolitani à Sindico, & electis Universitatum, vel à Capitulo Canonicorum administratorum piorum operum, vel tutore pupillorum, quibus instrumentis jubeant solvere Oeconomum, Thesaurarium, Ærarium, vel Capserium, aut quovis nomine vocetur, vel aliquem debitorem aliquam pecuniæ quantitatem alicui certæ personæ. Quo casu similiter dicendum est, si hæc solutio mandatur fieri ex pecunia deposita, vel debita sub obligatione guarentigia, vel ex confessione debitoris, habere hæc instrumenta paratam executionem adversus eum, cui mandatur, ut solutionem faciat: si verò ille, cui mandatur, ut solvat, non est adstrictus obligatione guarentigia ad solutionem pecuniæ, adversus ipsum mandatum, seu liberantia, non habebit executionem paratam. Ratio est, quoniam hæc vis executiva oritur potius ex præviæ obligatione guarentigia depositi, vel alterius contractus, quam ex ipsis instrumentis mandatorum.

6 Verùm major difficultas est, utrum quando ex ipso instrumento mandati de solvendo, vel liberantia authenticis, & publicis constat esse injusta, & destinata pecuniam in sumptus non necessarios, esseque malè administratum, habeat istudmet instrumentum paratam executionem contra mandantem: ita ut Judex, apud quem redditur ratio administrationis, possit ex vi ipsius instrumenti mandati, ex quo no-



toriè constat de mala administratione compellere executivè administratorem mandantem, vel mandantes, ad restituendum Universitati, Fisco, vel minori; aut pio loco, pecuniam sic liberatam.

7 Et existimo, distinguendum esse. Nam aut ex statuto, aut consuetudine loci, ubi facienda est executio, tribuitur vis executiva instrumento publico, etiamsi non habeat clausulam guarentigiam, aut in instrumento, ut habeat executionem paratam, requiritur clausula guarentigia. Est autem clausula guarentigia, juxta consuetudinem Hispaniæ, illa adhibita à notariis in instrumentis publicis: *Et possit hoc instrumentum executioni mandari à quovis Judice, non secus ac si esset sententia transacta in rem judicatam*, ut adnotavit Rodericus Suarez in *l. post rem, ff. de re judic. in declarat. legis Regni in princ. §. sequutus vestigia, n. 8.* & Baldès ad eum locum, ad *n. 10.* Parlad. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 11. n. 5.* Paz in *prax. tom. 1. 4. p. cap. 1. n. 10.* Rodriguez de *execut. cap. 1. art. 4. n. 17.* Hævia Volano in *Curia Philippica, 2. p. §. 7. n. 1.* Quæ differt à clausula guarentigia Italica, ut notat Roder. Suarez *ubi supra*, Olanus in *concordia antinomiarum, litt. I. ex n. 41.* Azevedo in *l. 1. n. 53. & 54. tit. 21. lib. 4. Recop.* Rodriguez de *execut. d. cap. 1. art. 4. n. 15.* Nam hæc continet præceptum Judicis ad contractus, qui in omnibus instrumentis intervenire solet, quo jubet debitori confidenti debitum coram ipso, ut creditori solvat. Quod præceptum Judicis Cartularii habet vim sententiæ transactæ in rem judicatam, notat Rebuffus in *Constit. Reg. tom. 1. tract. de litteris obligatoriis, in præfationibus. n. 13.* Graffis de *exceptionibus in præludio, ex n. 11.* & clarius, & melius omnibus Galterius in *præct. instrumentaria, distinguit varios modos clausulæ guarentigiæ in 1. p. 1. partis, ex n. 6.* & in Regno Neapolitano dicit, clausulam guarentigiam contineri sub illa in omnibus instrumentis inventa, *pro quibus omnibus observandis, &c. ibi n. 14.* Tamen ego nunquam viderim similem clausulam præcepti in instrumentis factis in hoc Regno Neapolitano, in

quibus tamen semper intervenit Judex Cartularius, seu ad contractus. Nisi dicatur sub clausulis cæteratis, quæ in prædictis instrumentis vulgariter apponuntur, subintelligi etiam hanc, ut notat Thuscus *litter. C. concl. 302. n. 4.* Consonat Azeved. in *l. 1. n. 58. tit. 21. lib. 4. Rec.* Quamvis ego id difficulter mihi persuadeam ex egregiè notatis ab Olano in *prædicta concordia, litter. I. n. 37. & 38.* ubi rejicit sententiam Didaci Perez, & quandam ejus concordiam inter contrarias quasdam Hispanorum Doctorum opiniones statim referendas, & doctrina Petri de Salazar de *usu, & consuetudine, cap. 3. ex n. 3.* quam approbat Cevallos in *spec. præct. q. 690. ex n. 10.* idè existimo, credendum esse Galterio.

8 Est autem animadvertendum, apud Doctores Hispanos non levem fuisse controversiam, an de jure Castellæ, ut instrumentum publicum possit executioni mandari, requiratur in eo clausula guarentigia, an verò etiamsi careat prædicta clausula, habeat executionem paratam. Nam multi credunt, consistere vim executivam instrumenti in prædicta clausula, qua si careat, executioni mandari non possit. E quibus est Rodericus Suarez *ubi supra n. 10. & seqq. & ad eum locum*, Valdès, Didacus de Segura in *repet. l. si ex legati causa, n. 71. & 78. ff. de verbor. obligat.* Covarr. *lib. 2. variar. cap. 11. n. 3. versic. Illud sanè*, Menesius in *l. 1. n. 21.* ubi dicit, esse sententiam usu receptiorem, *C. de juris, & fact. ignorant.* Guttierr. de *juram. confirmator. 1. p. cap. 62. n. 6.* Felicianus de *ensibus, lib. 3. cap. 1. n. 4. tom. 1.* Paz in *prax. 1. tom. 4. p. cap. 1. n. 10.* Bæza de *inope debitore, cap. 1. n. 31.* Rodriguez de *execution. cap. 1. art. 4. n. 19.* Cevallos in *speculo præct. q. 690. n. 5.*

9 Alii verò contra sentiunt, instrumento cuivis publico, etiamsi illi non adjiciatur clausula guarentigia, concedendam esse illo jure vim executivam. Ex istis sunt Palacios Rubios in *l. 63. Tauri n. 1.* Castillo *ibid. ad verb. Obligacion personal*, Antonius Gomez in *l. 64. Tauri, n. 4.* Villalobos in *antinomia apud Olanum litter. I. n. 31. & 32.* & ibidem Olanus *ex n. 33.* Avendañus

in l. 4. §. 5. tit. de las excepciones, n. 22. circa finem, versic. Ex his quatuor, & in Dictionario, verb. Escritura, Salazar de usu, & consuet. cap. 3. n. 4. Gratianus regula 179. n. 10. Matienzus in l. 10. tit. 17. lib. 5. Recop. gloss. 9. Azevedus in l. 1. ex n. 53. ad 56. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. p. §. 11. ex n. 5. Villadiego in Polit. cap. 2. n. 7. Hævia Bolaño in Curia Philippica, 2. p. §. 7. n. 1. quorum sententiam existimo veriore, & frequentiori usu comprobata. Fundamenta invenies apud prædictos, præsertim apud Valdenum, & Olanum, ne transcribendo aliorum scripta immoremur.

10 Igitur ad institutum nostrum redeuntés incipiendo à secundo casu, cujus resolutio facilior est, si ex statuto in instrumento requiritur clausula guarentigia, ut possit executioni mandari liberantia, seu instrumentum mandati de solvendo, etiam si constet ex ipsius tenore esse injustum, & destinatum in expensam inutilem, seu damnosam Fisco, Universitati, Ecclesiæ, vel pupillo, non potest executioni mandari contra mandantes, & in hoc nulla potest esse difficultas. Quænam autem sint expensæ utiles, in quas eroganda sit pecunia publica, tractat Avend. de exequend. mandatis, 2. part. cap. 10. Bobad. lib. 5. Politicæ, cap. 4. ex n. 6. Villadiego in Politic. cap. 5. §. 30. & 32. ex n. 59. Escobar de Ratiociniis, tom. 1. ex cap. 22. ad 27. Ex quorum dictis colligitur etiam, quænam expensæ sint inutilis, & injustæ. Ratio prædictæ resolutionis est, quoniam hoc instrumentum mandati, nunquam habet clausulam guarentigiam contra mandatarium, nedum contra mandantem, neque in eo solet inferri similis clausula: ergo non potest habere executionem paratam contra mandantem. Verùm ex illo agi poterit contra mandantes via ordinaria, quamvis summaria, concessio termino, intra quem possint se defendere.

11 Difficilior est primi casus resolutio, quando ex statuto, vel consuetudine tribuitur vis executiva cuilibet instrumentum publico, & authentico, etiam si non ha-

beat clausulam guarentigiam. Nam tunc istæ liberantiæ, seu mandata de solvendo publica, & authentica non justificata, videntur jure habitura paratam executionem contra mandantes. Cùm enim instrumenta (ut disputatione præcedenti, diximus) habeant executionem paratam, non solum pro expressis, sed etiam pro contentis tacite, & virtualiter, & ex instrumento resultat notorietas, non solum quoad expressa, sed etiam quoad tacita, videretur ex isto instrumento publico, & authentico mandati de solvenda pecunia pupilli, vel Universitatis in causam ipsis inutilem, & extra eorum obligationem, resultare notoriè mala administratio, ex qua administratores obligantur ex quasi contractu, §. tutores quoque institut. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt. l. ex maleficiis 4. alia l. si quis 5. §. tutela, ff. de action. & obligat. l. 1. & per tot. ff. rem pupil. salvam for. l. quidquid 7. C. arbitrar. tutel. ac proinde resultat etiam in favorem minoris, vel Universitatis actio conditionis indebiti, §. item is institut. de obligat. quæ ex quasi contract. §. is quoque, institut. quibus mod. re contrahi obligatio. dict. l. si quis 5. §. is quoque. ff. de action. & obligat. cujus vi possint recuperare pecuniam suam malè expensam via executiva virtute prædicti instrumenti publici. Quòd ita videtur sensisse solus, quem ego viderim, Bobad. lib. 5. Politic. cap. 4. n. 67. qui dicit, ita servari ex novis ordinationibus, quamvis ipsi durissimæ videantur, & n. 84. in fin. Et pro ista sententia adduci potest textus in l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de administrat. rer. ad civit. pertin. cujus verba sunt, quod de frumentaria ratione in alium usum conversum est, sua causa cum incremento debito restituatur, idque, & si contra absentem pronuntiatum est, inanis querela est. Et in eo casu procedendum esse omisso omni juris ordine ad restitutionem, & executionem, sentit Escobar de Ratiociniis 1. part. cap. 31. n. 23. 24. & 25. qui multis probat & Peregrin. de jure fisci, lib. 6. tit. 7. n. 5.

12 Nihilominus ego censeo, hoc instrumentum publicum liberationis, seu liberamenti, vel mandati de solvendo non ju-

justificata, non habere paratam executionem contra mandantes, aut liberantes. Idque probo, primò, quoniam instrumentum delegationis, seu liberamenti, & mandatum de solvendo per se solum, nisi ex eo sequatur solutio pecuniæ liberatæ, & erogatio ejus in causas inutiles, nullam producit actionem efficacem contra mandantes: tota enim ejus vis, ad hoc ut agi possit contra mandatores, consistit in effectuali solutione pecuniæ, erogationeque ejus in causas inutiles. At ex ipso instrumento mandati, non constat ista effectualis solutio, & erogatio. Ergo ipsum instrumentum non potest executioni mandari contra mandatores.

13 Secundò, quoniam etiam si constaret ista solutio, & erogatio inutilis pecuniarum pupilli, aut Universitatis per instrumentum publicum solutionis, quod conjungeretur cum ipso mandato, etiam publico, ex quibus resultaret aperta probatio conditionis indebiti in favorem Universitatis, aut pupilli, qua possent agere ad recuperationem pecuniæ sic inutiliter expensæ, hæc tamen conditio datur adversus recipientem pecuniam, non adversus mandantem, pecuniam solvi, §. *is quoque, instit. quib. mod. re contrahi obligatio, §. item is, instit. de obligat. quæ ex quasi contract. l. ex maleficiis 4. seu l. si quis absentis 5. §. is quoque, ff. de action. & oblig. Larrea decis. 86. ex n. 1. p. 2.* Et solum videtur contra mandatores dari actio subsidiaria ex mandato in id, quod non possit exigi à recipiente, ad similitudinem actionis subsidiariæ, quæ conceditur pupillo in l. 1. in principio, & per totam, ff. de magistratibus convenien. & civitati, l. 1. 2. 3. & 4. C. quo quisque ordine conveni, lib. 11. Ergo via executiva, quæ futura erat qualitas hujus actionis, si competeret, non posset dari adversus mandatores, sed adversus eos, qui pecuniam pupilli, vel Universitatis receperunt.

14 Tertio, quoniam tunc ex instrumento datur contra aliquem via executiva, cum per contractum in eo contentum id actum est, ut quis se obliget voluntariè ad aliquid præstandum, & voluntariè se

via executivè subjiat, ut patet aperte, si quis recurrat ad singula exempla. Sed ille, qui mandat malè expendi pecuniam pupilli, vel Universitatis, non id agit in instrumento mandati, seu liberamenti, ut se obliget ad restituendam pecuniam sic malè expensam; ea enim obligatio magis videtur induci à lege puniente malam administrationem, quam proveniat à spontanea voluntate administratoris, ut dicebamus de obligatione pœnali *supra tit. 2. disp. 1. n. 20.* Ergo ex instrumento mandati de solvendo non potest fieri executio contra mandantem.

15 Quarto, quoniam in mala administratione potest considerari major, vel minor culpa; aliquando enim erit negligentia, aliquando levis, levissima, vel lata culpa, aliquando dolus, ob quam diversitatem oriri possunt diversæ condemnationes, & non est uniformis pœna, ut profecquitur Azevedus in l. 22. n. 12. tit. 6. lib. 3. *Recopilat.*

16 Quintò, quoniam esse benè, vel malè administratum resultare debet ex finali redditione rationum administrationis, & calculatione ultima, in qua si administrator relinquatur, confirmato calculo per sententiam judicis, executioni mandatur contra reliquatum, appellatione non obstante, ut notat, & probat Castillo in l. 27. *Tauri, tract. de reddenda ratione in fin. Avendañ. de exequend. mand. 2. part. cap. 10. n. 37. Bobadilla lib. 5. Politic. cap. 4. n. 84.* ubi in glossa marginali allegat cæteros, Parlador. lib. 2. *rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 6. Escobar de Ratiociniis 1. tom. cap. 31.* Ergo non debet concedi executio pro singulis partitis.

17 Neque obstant quæ pro contraria sententia expensa sunt *supra num. 11.* quoniam quamvis ex instrumento liberationis constet mala administratio inchoata, non constat ex illo mala administratio perfecta, quæ resultat ex solutione, & erogatione effectuali pecuniæ pupilli, vel Universitatis in causam inutilem, & indebitam. Neque item constat gradus culpæ malæ administrationis, juxta quam ista mala ad-

ministratio esset punienda. Neque conditio indebiti, quæ comprobatur ex prædictis instrumentis directè tendit contra administratores, sed contra eum, qui pecuniam indebitam recepit, ut supra consideratum est, & probat *textus in l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur, lib. 11.*

18 Neque item obstat *textus in dict. l. 2. §. quod de frumentaria*, nam ille textus, ut plurimum probat, pecuniam Universitatis conversam in alium usum, exigendam esse breviter, & summarie, non tamen executive: imò probat contrarium, videlicet non esse procedendum via executiva ex solis instrumentis, quibus constet conversio in alium usum, cum requirat pronuntiationem, & sententiam, ut procedatur ad executionem, ibi: *Idque & si contra absentem pronuntiatum est.* Ac per consequens non datur via executiva, in qua non requiritur sententia nova, ut fiat executio, ut egregie docuit Bart. *in l. 1. n. 2. ff. judic. solvi.* Neque tamen negamus, sententiam Judicis in eo casu malè expensum restituere jubentis habere paratam executionem, & ab ea appellari non posse, ut appellatio habeat effectum suspensivum, ut sentit Escobar *relatus supra n. 11. in fin.* Illud est in illo textu singulare, ut contra absentem possit pronuntiarì sententia, & executioni mandari, de quo vide Escobar *de Ratiociniis, dict. cap. 31. ex n. 22.* Bobadill. *dict. cap. 4. n. 83.* Redin. *de Majestat. Principis, verb. Sed etiam per legitimos tramites, n. 98.* Belluga *in Speculo Principum, rubric. 37. §. inhumanum, n. 2.* Avend. *de exequend. mandat. 1. part. cap. 9. n. 3. & 2. par. cap. 10. n. 36.*

19 De jure Castellæ *in l. 79. cap. 4. versic. Y en quanto, tit. 4. lib. 3. Recopil. in Cod. additionum*, posteaquam lex statuerat, in judicio redditionis rationum Universitatis pro reliquo liquido esse faciendam executionem appellatione non obstante, in qua parte legis agitur de rationibus redditus ab OEconomò, vel depositario, vel detentore pecuniæ Universitatis, qui eam expendit, & tenetur reddere rationem, & de executione contra eum, quo-

vis nomine vocetur: subjungit, pro partitis rationum, quæ non excedunt quantitatem trium millium maravedinorum, quæ jubentur restitui, quia sint malè expensæ, posse fieri executionem decreti judicis, eas restituere jubentis, ut cum effectu solvantur, & restituantur, appellatione non obstante. Executionem, inquam, fieri posse contra mandantes, aut eam pecuniam, sine mandato expendentes, etenim si cum mandato expendantur, admitti debent pro exoneratione expendentis, verùm debent notari ad onerationem mandantis. Utcunque sit, executio ex solo instrumento liberationis, seu mandati de solvendo, & solutionis, aut partita libri oeconomi, tutoris, vel administratoris locum non habet; sed fit executio vigore decreti judicis, quo jubet, illas pecuniæ minutas partitas restitui, quia sint malè expensæ, à quo appellatio non habet effectum suspensivum, sed solum devolutivum, ut statuitur prædicta lege.

20 Illud admonendum occurrit in hoc Regno, in Tribunali revisionis librorum Scribæ rationis hujus Regni, quæ mihi delegata est pro tribus Scribis, decem ab hinc annis, stylum esse, ut quoties ex libris apparet, expeditam esse liberantiam, seu mandatum de solvendo quamlibet partitam pecuniæ pertinentis ad Regium patrimonium, deficientibus instrumentis, ex quibus justificari debet, sit decretum, quo iungitur Officiali, aut ejus fidejussoribus, ut intra terminum judicis arbitrarium producant instrumenta, quibus partita justificanda est, cum comminatione, nisi id faciant, quod contra ipsos expedietur significatoria. Et si Officialis, aut ejus fidejussor intra statutum terminum prædicta instrumenta non producit, significatur in tota quantitate liberata; id est condemnatur ad eam reddendam, *juxta pragmatica §. 21. de administrat. Universitat.* Instrumenta verò dicimus scripturas, non testes, quoniam prædictæ particulares solutiones pecuniæ Regiæ scripturis justificandæ, & comprobandæ sunt, sine quibus non potest expediri per Officiales Scribæ rationis liberantia,

tia, non verò testibus, *ad textum in l. 1. ubi notat gloss. verb. Descriptio, C. de apocis publicis, & descript. curialibus lib. 10. & ibi, tradita à Barthol. n. 5. Baldo in l. 2. n. 34. Jason n. 134. & 138. C. de jure emphyteu. Mascard. de probationib. tom. 2. conclus. 605. emphyteusis regulariter, n. 6. & tom. 3. conclus. 1325. solutionem factam, n. 10. & 11. Peregrino de jure fisci, lib. 6. tit. 7. num. 20. Francisc. de Clapperiis causa 21. q. 1. Qui quamvis de solutionibus fisco factis loquantur, idem est intelligendum de mandatis de solvendo, quæ vicem solutionis habent. Si verò tale mandatum, seu liberantia expeditur contra ordines à sua Majestate, vel Proregibus præstitutos, injungitur Officiali, ut reddat rationem, cur significari non debeat intra brevem terminum. Quod si intra illum rationem non reddat, cur potuerit transgredi prædictos ordines, quia fortè fuerit in illis dispensatum, aut ostendat, non esse transgressos, auditis Fisco, & Advocatis Officialium, fit decretum, quo significatur. Et in utroque casu ab istis decretis, non admittitur appellatio ad effectum suspensionis, imò neque devolutionis ante exactam quantitatem significatam, *juxta pragmaticam 38. qua in novissima compilatione est 37. de officio Procuratoris Casaris.* Notat Mauson. *de causis executiv. lib. 1. quest. 7. ampliation. 11. ex n. 6. latè.* Quæ tamen si solum loquatur de significatoriis expeditis per Regiam Cameram Summaria, tamen ex ordine Illustrissimorum Proregum Ducis Albæ, & Comitis Montis Regii, & Ducis Medinæ jussa est observari in significatoriis expeditis per Regium Tribunal Revisionis: & sic hucusque à me observatum est. Quæ practica est conformis iis, quæ juxta jus commune censet practicanda in rationibus rerum ad Civitates pertinentium. Escobar *de Ratiociniis 1. part. cap. 31. n. 23. 24. & 25. & Bobadilla lib. 5. Politic. cap. 4. n. 66. & 84. in debitoribus Fiscalibus Peregrin. de jure fisci, lib. 6. tit. 7. n. 24. & in rebus Ecclesiarum optimus textus in authentic. de sanctissimis Episcopis, seu novella 123. in §. Oeconomus, quod est cap. 23. & ibi Bartol.**

& Angelus, Dueñas *regula 42. limitatione 21. textus qui loquitur in sententia Fiscali in l. abstinentum 4. C. quorum appellat. non recipiuntur, & in l. quoniam 18. C. de appellat. Fiscus autem, Ecclesia, & Respublica æquiparantur, Damhouderius in enchiridio partum, aut similibus juris, verb. Ecclesia, & Respublica, & verbo, Fiscus, Ecclesia Imperium, & verbo, Respublica, & ex aliis ad alia sumitur argumentum. Everardus in locis legalibus, loco 61. & 65. & 69. Barbosa loco 40. & 49. Nisi quod in quibusdam casibus ex ordine Regiæ Majestatis hæc actio contra Officiales est subsidiaria, facta prius discussione in bonis eorum, qui pecuniam receperunt adversus quos prius procedendum est, & post dirigitur in Officiales, quatenus à recipientibus servari non potest, ut statuitur in *pragmatic. 70. §. 3. de officio procurat. Casar. in novissima compilatione.**

21. Tertius casus est, cùm instrumentum delegationis, seu liberantia, & mandatum de solvendo non est scriptura publica, & authentica, sed chirographum privatum, ut sunt literæ cambii, quibus mandatur solvi certæ personæ certa quantitas pecuniæ: exempla habes apud Navarrum *cons. 31. n. 1. de usuris, Scacciam de commerciis, §. 2. glos. 1. in princip. & §. 3. gloss. 3. ex n. 24. Gaitum, in suo illo numerosissimo tract. de credito, cap. 2. tit. 7. ex num. 1383. & ex n. 2584. Bernard. Justinian. tractat. de Cambiis, q. 1. ex n. 2.* Circa quæ instrumenta, unum adverto, quemadmodum in cæteris apocis mandati de solvendo, seu liberantiis intervenire solent (ut notavi *supra hac eadem disputat. n. 1.*) tres personæ, videlicet mandatoris, mandatarii, & illius, cui solvenda est pecunia, sic in literis cambii sæpè sæpius intervenire quatuor personas. Nam cùm literæ cambii mitti soleant in loca distantia, & sæpè sæpius ille, cui solvenda est pecunia non sit idemmet, qui illam dat, ut cambietur; fit ut in cambiis interveniat primò persona dantis pecuniam cambiandam, secundò ille, cui datur pecunia cambianda, ut det literas, qui dicitur cambior, seu manda-

tor : tertio ille, cui diriguntur literæ, ut solvat pecuniam, seu mandatarius: quarto ille, cui mittitur pecunia, & cui solvi mandatur, qui recurrit ad correspondentem campforis, seu mandatarium, ut illi solvat pecuniam missam à dante, per literas campforis. Notat Bellonus *decis. 1. n. 27.* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. post titulum de literis cambii, & q. 6. titulo quadam notabilia, versicul. contractus cambii, Filliucius moralium quest. tract. 35. n. 405. part. 2. Narbona in l. 13. tit. 18. lib. 5. Recopil. gloss. 2. n. 27.*

22 Iste literæ non habent paratam executionem contra mandatarium, seu eum, cui diriguntur, qui virtute illarum compelli, non potest ad solvendam pecuniam in literis contentam, si ab eo non acceptentur. Verum si acceptentur coram notario publico, aut per privatum chirographum recognitum, habebunt paratam executionem contra acceptantem, statuitur de jure Castellæ *in l. 9. tit. 16. lib. 9. Recopil. in speciali casu, & notat Parladorius lib. 2. rerum quotidianarum cap. fin. 1. part. §. 5. n. 19. de jure Neapolitano in pragmatica 1. cap. 5. & in pragmatica 3. cap. 9. & 12. de literis cambii.* Juxta jus commune sentiunt Mascardus *de probationibus, conclus. 990. literas cambii, n. 7.* Mastrillus *decis. 9. & decis. 221. n. 2. & per tot.* Segismundus Scaccia *de commerciis, §. 7. gloss. 2. n. 3.* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. tit. de literis cambii, n. 67.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. ex n. 1483. junctis n. 2371. & sequentibus. & n. 2491.* Quibus verò modis possit recognosci chirographum privatum, latè tractat Gaitus *in d. tract. de credito, cap. 2. tit. 8. ex n. 2617. usque ad n. 2931.* qui refert octo modos, quibus apocha privata recognosci potest, & ibi ad satietatem invenies, quæ pertinent ad recognitionem. De jure Neapolitano circa probationes literarum cambii per testes, ad finem ut possint executioni mandari, vide *Pragmatica 5. cap. 4. de literis cambii.*

23 Restat difficultas, an istæ literæ non acceptatæ à mandatario, seu eo, cui diriguntur habeant paratam executionem

contra scribentem. Et dicendum est, habere paratam executionem contra scribentem, dummodo tamen prædictæ literæ non acceptatæ protestentur; deinde recognoscantur à scribente, vel probentur *juxta d. pragmaticam 5. cap. 4.* Forma autem protestationis traditur à Segismundo Scaccia *de commerciis, §. 7. gloss. 2. n. 16.* Qua protestatione, & recognitione, vel probatione facta, potest ille, qui dedit pecuniam campfori, & cui literæ non solutæ, & protestatæ sunt remissæ, habere recursum contra scribentem, & ab eo executivè exigere datam pecuniam: ita sentiunt Bellonus *decis. 2. n. 36. & 37. & decis. 4. n. 7. decis. 8. n. 19. & decis. 50. ex n. 1.* Pereyra *decis. 126. n. 5. in fin.* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 316. & §. 7. gloss. 2. n. 4. & 5. & per gloss. sequent.* Paschalis *de viribus patriæ potestatis, part. 1. cap. 8. n. 72.* Rovitus *in pragmatica 1. n. 5. 6. & 7. de literis cambii,* Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. sub titulo de literis cambii, ad finem in notabilibus pro coronide materia, §. scribens literas cambii, & §. acceptante literas cambii, & §. scribens literas cambii non solutas.* Atque ita statutum est de jure Neapolitano *in pragmatica 1. cap. 5. & 6. & in pragmatica 5. dicto cap. 4. de literis cambii.* Verum est eodem jure, *juxta pragmatica 6. cap. 4. eodem tit.* requiri ad habendum regressum contra scribentem, ut is, cui solvenda est pecunia, illam exigit intra terminum præstitutum à *pragmatica 3. cap. 9. & 10. eod. tit.* seu adhibeat diligentiam ad exigendum, & si eam non exegerit, faciat protestationem intra quatuor dies à præsentatione apocæ, vel lapsus termini ad exigendum, seu solvendum. Alioquin protestatione non facta intra hos terminos, denegatur regressus contra scribentem ei, qui exacturus erat pecuniam, & scribens ipse manet liberatus.

24 Ex quo manifestè colligitur, stante eodem jure, imò vero etiam generaliter consuetudine mercatorum, scribentem literas non liberari per acceptationem mandatarii, sed potius manere obligatum, donec literæ cum effectu solvantur, ac proinde

inde acceptantem per acceptationem obligari, tanquam fidejussorem scribentis, qui est principaliter obligatus ad prædictarum literarum solutionem, à qua obligatione non liberatur, nisi solutione sequuta, quæ omnem obligationem dissolvit, *principio inst. quib. mod. oblig. tolli.* Quod ita etiam de jure communi servandum rectè notat Franch. *decis.* 303. Farinac. *decis.* 679. 1. p. tom. 2. Bellonus *decis.* 2. n. 40. & 41. ubi dicit, hanc esse generalem, & notoriam mercatorum Genuensium consuetudinem. Mastrill. *decis.* 221. ex num. 17. Lud. *decis.* 217. ex n. 1. Riccius *collectan.* 3497. & *collect.* 3853. Fabius de Anna *conf.* 82. n. 6. Paschalis *de virib. patr. potest.* 1. p. cap. 8. n. 70. & 71. Rovit. *in prag.* 1. ex n. 1. de literis cambii, Tepatus *in comp. variar. tit.* 366. cap. 18. Gratian. *discept. forens. tom.* 1. cap. 64. n. 4. & 5. Scaccia *de commerciis,* §. 2. gloss. 5. ex n. 322. Gaitus *de credito, cas. 2. tit. 7. ex n. 2377.* Nicolaus Genua *de scrip. privata, lib. 3. tit. de literis cambii, num. 76.* & post totam materiam sub titulo quadam notabilia pro coronide hujus materiae *literarum cambii, col. 2. versic. Is qui acceptat.* Et ex iis venit rejicienda doctrina Raphael. Cumanii, quam refert, & approbare videtur Afflict. *decis.* 353. n. 5. quæ eadem videtur fuisse Bart. *in l. singularia 15. num. 19. Jason ibid. ex n. 34.* Bellon. *decis.* 4. ex n. 13. videlicet liberari debitorem, seu scribentem literas postquam campfor, vel mercator promisit creditori se soluturum, & creditor acceptavit.

25 Ex prædictis inferitur resolutio quotidianæ, ac celebris difficultatis, videlicet, cujus periculo cedat damnum decoctionis mandatarii literarum cambii, seu ejus, cui literæ diriguntur, qui eas acceptaverit, antequam creditor exigat pecuniam, an inquam, hoc periculum, & damnum adscribendum sit, scribenti literas, an verò ei, cui literæ sunt concessæ, in qua Doctores variant. Nam quidam dicunt, hunc casum decoctionis mandatarii post acceptatas literas importare damnum ei, qui dedit pecuniam campfori, seu mandatori, non verò ipsi mandatori, seu scribenti

literas, qui per acceptationem mandatarii post decocti remansit liberatus. Ita sentit Baldus *conf.* 348. factæ fuerunt per Borromeum n. 2. vol. 1. & in l. pro debito 6. n. 2. C. de bonis authorit. jud. possiden. Hippolyt. de Marsil. *in Rubrica, n. 307. C. de probationib.* Alexand. *conf.* 94. ex n. 3. lib. 3. Socinus *conf.* 64. n. 6. & 7. vol. 3. Surdus *conf.* 145. n. 10. lib. 1. Joann. Vincent. de Anna *allegat.* 89. n. 2. Mascard. *de probat. concl.* 990. *literas cambii, n. 8.* Petrus Follerius ad Marantam *in prax. par. 6. tit. de testium productione, §. sextus actus, n. 50.* Thuscus *littera C. conclus.* 12. n. 2. & 3. & *littera L. conclus.* 374. n. 27. Scaccia *de commerciis,* §. 2. gloss. 5. ex n. 293. ad n. 299. Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. tit. de literis cambii, ex n. 72.* Afflict. *decis.* 353. n. 4. & 5. Mastrill. *decis.* 177. ex n. 1. Raudensis *decis. Pisana 4. n. 103. & 108.*

26 Alii contra sentiunt, periculum decoctionis mandatarii contingens post acceptatas literas, sed nondum solutas pertinere ad scribentem literas, seu mandantem, non ad creditorem, qui pecuniam dedit cambiandam, eo, quod per acceptationem mandatarii non liberetur scribens literas, sed solum per earum solutionem. Et hæc est verior sententia conformis iis, quæ de literis cambii hætenus tradidimus n. 24. Quam amplexati sunt omnes Doctores ibi relati, & tradunt Salicetus *in l. si filiusfamilias 18. n. 2. ff. ad Macedon. & in l. pro debito 6. n. 4. C. de bonis author. jud. possiden.* Bellonus *decis.* 8. n. 17. & 18. Rota Romana *diversorum, 4. part. decis.* 445. Riccius *collect.* 3497. *vers. Subamplia quod, & collect.* 40. Marefc. *lib. 2. variar. resol. cap. 11.* Pereira *decis.* 126. n. 5. Ludovis. *decis.* 217. n. 2. Thusc. *lit. L. conclus.* 374. n. 76. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 17. tit. 3. ex n. 12.* Gratian. *discept. forens. tom. 1. cap. 64. ex n. 6.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. ex num. 2396.* Qua in re Scaccia in duobus locis à me allegatis *supra num. 24. & 25.* non satis videtur sibi constans. Pro hac sententia apertè facit de jure communi *textus in l. si literarum 23. C. de solution. & de jure Castellæ l. 14. tit. 15. part.*



*part. 5. versicul. Mas si las palabras.*

27 Amplia prædictam resolutionem, ut quamvis ille, cui solvenda est pecunia sit in mora exigendi, scribens literas non fit liberatus, & adhuc possit contra illum dari recursus illi, qui pecuniam cambian- dam dedit, cui non est imputanda mora in exactiōe, neque scribenti contingit liberatio, donec literæ cum effectu solvantur. Hanc ampliationem tradit Rota Romana *divers. part. 4. decis. 445. versic. Nec dicatur*, Marecot. *lib. 2. variar. cap. 11. n. 5.* & confirmat ex duabus Rotæ Romanæ decisionibus Ludovicius *decis. 217. ex num. 6.* Ricc. *collectan. 3497. & 3854.* Ratio est, quia per acceptationem mandatarii non fit novatio, nec delegatio perficitur, & per consequens obligatio manet firma, donec solutione dissolvatur, etiamsi negligentia exactoris accedat.

28 Contrariam sententiam huic ampliationi, quinimò negligentiam creditoris, aut ejus, cui solvenda est pecunia in exigendo, aut dilationem ab eo datam mandatario nocere creditori, seu danti pecuniam ad cambium, & prodesse mandatori, seu scribenti literas ad liberationem credimus rationabiliorem, & verisimiliorem. Quam sequuti sunt Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 325.* Paschalis *de viribus patr. potest. 1. p. cap. 8. n. 71. vers. 2. limitatio est*, Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2413.* significat planè Pereira *decis. 126. n. 3. & 4.* & aperte favet loquens in fortioribus terminis, Gratianus *tom. 1. discept. forens. cap. 64. n. 23. & 24.* Ratio est, quoniam æquum non est, scribentem manere obligatum, quando per exactorem stat, quominus literæ impleantur à mandatario, recuperetque oblatam pecuniam: utque sit in voluntate exactoris, & ejus libito duratio obligationis campforis, seu scribentis literas, & periculum decoctionis mandatarii, cui suppositus est, dum literæ non exiguntur, imò verò justum, & rationi consonum, ut illi debeat imputari culpa, negligentia, & mora exigendi, & ex ea liberatio scribentis insurgat, saltem ope exceptionis doli, aut culpæ; neque novum est in jure, mo-

Tom. II.

ram creditoris, in exigendo oblatam pecuniam liberare debitorem à casu fortuito post contingente, quo pecunia pereat, ut docet Bart. *in l. si mora 10. n. 8.* & ibi late prosequitur Barbosa *ex n. 12. ff. solut. matrim.* & probat textus *in l. qui de rem 72. in princ.* ubi Doctores, *ff. solut.* Certè de jure Neapolitano statutum est *in pragmat. 5. cap. sen, §. 4. de litteris cambii* (quod notavi supra *n. 23.*) ut illi, qui habent literas cambi contra mandatarium exigant illas intra dilationem, seu terminos stabilitos per *pragmat. 3. cap. 9. & 10. eodem tit.* aut faciant protestationem inter quatuor dies à præsentatione litterarum, aut à lapsu prædictæ dilationis, seu terminorum, alioqui nullum possint habere regressum contra scribentem, qui maneat omninò liberatus, & periculum cedat in damnum ejus, qui pecuniam erat exacturus.

29 Ex his constat, à majori ratione dicendum esse, si scribens literas cambi sciebat, mandatarium suum, seu eum, cui literæ diriguntur, esse aut decoctum, aut fugitivum, aut decoctioni proximum, non liberari per acceptationem mandatarii, imò potius ex dolo suo manere obligatum, & obnoxium recursui illius, qui pecuniam dedit, idque tam juxta primam, quàm juxta secundam opinionem. Ita sentiunt Baldus *in l. pro debito 6. n. 2. in fin.* Salicet. *n. 4. C. de bon. author. jud. possidend.* Socini *in l. qui usumfructum § 8. n. 17. ff. de verbor. oblig. & in l. singularia 15. n. 20.* Jaf. *n. 4.* Cagnolus *n. 190. ff. si cert. petat.* Surdus *conf. 145. n. 10. lib. 1. & conf. 528. n. 7. & 8. lib. 4. & decis. 23. n. 10. & 11.* ubi refert conjecturas, ex quibus colligitur hæc scientia, Follerus ad Marantam *in præxi, p. 6. tit. de testium productione, §. Sextus actus, n. 50.* Mastrillus *decis. 177.* Benvenuto Stracca *de decoctoribus, §. p. n. 4.* Gratianus *discept. forens. tom. 1. cap. 64. n. 28.* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 299.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2393.* Ad- do præsumi dolum adversus mercatorem, qui remisit literas cambi solvendas ab eo, qui paulo post acceptas literas decoxit, ut ex Baldo, Angelo, Imola, tradit Me-

X 2

noch.

inde acceptantem per acceptationem obligari, tanquam fidejussorem scribentis, qui est principaliter obligatus ad prædictarum literarum solutionem, à qua obligatione non liberatur, nisi solutione sequuta, quæ omnem obligationem dissolvit, *principio inst. quib. mod. oblig. tolli.* Quod ita etiam de jure communi servandum rectè notat Franch. *decis.* 303. Farinac. *decis.* 679. 1. p. tom. 2. Bellonus *decis.* 2. n. 40. & 41. ubi dicit, hanc esse generalem, & notoriam mercatorum Genuensium consuetudinem. Mastrill. *decis.* 221. ex num. 17. Lud. *decis.* 217. ex n. 1. Riccius *collectan.* 3497. & *collect.* 3853. Fabius de Anna *conf.* 82. n. 6. Paschalis *de virib. patr. potest.* 1. p. cap. 8. n. 70. & 71. Rovit. *in prag.* 1. ex n. 1. de literis cambii, Tepatus *in comp. variar. tit.* 366. cap. 18. Gratian. *discept. forens. tom.* 1. cap. 64. n. 4. & 5. Scaccia *de commerciis,* §. 2. gloss. 5. ex n. 322. Gaitus *de credito, cas. 2. tit. 7. ex n.* 2377. Nicolaus Genua *de scrip. privata, lib. 3. tit. de literis cambii, num.* 76. & post totam materiam *sub titulo quadam notabilia pro coronide hujus materiae literarum cambii, col. 2. versic. Is qui acceptat.* Et ex iis venit rejicienda doctrina Raphael. Cumanii, quam refert, & approbare videtur Afflict. *decis.* 353. n. 5. quæ eadem videtur fuisse Barr. *in l. singularia* 15. num. 19. Jason *ibid. ex n.* 34. Bellon. *decis.* 4. ex n. 13. videlicet liberari debitorem, seu scribentem literas postquam campfor, vel mercator promisit creditori se soluturum, & creditor acceptavit.

25 Ex prædictis inferitur resolutio quotidianæ, ac celebris difficultatis, videlicet, cujus periculo cedat damnum decoctionis mandatarii literarum cambii, seu ejus, cui literæ diriguntur, qui eas acceptaverit, antequam creditor exigat pecuniam, an inquam, hoc periculum, & damnum adscribendum sit, scribenti literas, an verò ei, cui literæ sunt concessæ, in qua Doctores variant. Nam quidam dicunt, hunc casum decoctionis mandatarii post acceptatas literas importare damnum ei, qui dedit pecuniam campfori, seu mandatori, non verò ipsi mandatori, seu scribenti

literas, qui per acceptationem mandatarii post decocti remansit liberatus. Ita sentit Baldus *conf.* 348. factæ fuerunt per Borromeum n. 2. vol. 1. & *in l. pro debito* 6. n. 2. C. *de bonis authorit. jud. possiden.* Hippolyt. de Marsil. *in Rubrica,* n. 307. C. *de probationib.* Alexand. *conf.* 94. ex n. 3. lib. 3. Socinus *conf.* 64. n. 6. & 7. vol. 3. Surdus *conf.* 145. n. 10. lib. 1. Joann. Vincent. de Anna *allegat.* 89. n. 2. Mascard. *de probat. concl.* 990. *literas cambii,* n. 8. Petrus Follerius ad Marantam *in prax. par. 6. tit. de testium productione, §. sextus actus,* n. 50. Thuscus *littera C. conclus.* 12. n. 2. & 3. & *littera L. conclus.* 374. n. 27. Scaccia *de commerciis,* §. 2. gloss. 5. ex n. 293. ad n. 299. Nicolaus Genua *de scriptura privata, lib. 3. tit. de literis cambii, ex n.* 72. Afflict. *decis.* 353. n. 4. & 5. Mastrill. *decis.* 177. ex n. 1. Raudensis *decis. Pisana* 4. n. 103. & 108.

26 Alii contra sentiunt, periculum decoctionis mandatarii contingens post acceptatas literas, sed nondum solutas pertinere ad scribentem literas, seu mandantem, non ad creditorem, qui pecuniam dedit cambiandam, eo, quod per acceptationem mandatarii non liberetur scribens literas, sed solum per earum solutionem. Et hæc est verior sententia conformis iis, quæ de literis cambii hætenus tradidimus n. 24. Quam amplexati sunt omnes Doctores ibi relati, & tradunt Salicetus *in l. si filiusfamilias* 18. n. 2. ff. *ad Macedon.* & *in l. pro debito* 6. n. 4. C. *de bonis author. jud. possiden.* Bellonus *decis.* 8. n. 17. & 18. Rota Romana *diversorum, 4. part. decis.* 445. Riccius *collect.* 3497. *vers. Subamplia quod, & collect.* 40. Maresc. *lib. 2. variar. resol. cap.* 11. Pereira *decis.* 126. n. 5. Ludovif. *decis.* 217. n. 2. Thusc. *lit. L. conclus.* 374. n. 76. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 17. *tit.* 3. ex n. 12. Gratian. *discept. forens. tom.* 1. cap. 64. ex n. 6. Gaitus *de credito, cap. 2. tit.* 7. ex num. 2396. Qua in re Scaccia in duobus locis à me allegatis *supra num.* 24. & 25. non satis videtur sibi constans. Pro hac sententia apertè facit de jure communi *textus in l. si literarum* 23. C. *de solutione.* & de jure Castellæ *l. 14. tit.* 15. *part.*

*part. 5. versicul. Mas si las palabras.*

27 Amplia prædictam resolutionem, ut quamvis ille, cui solvenda est pecunia sit in mora exigendi, scribens literas non sit liberatus, & adhuc possit contra illum dari recursus illi, qui pecuniam cambian- dam dedit, cui non est imputanda mora in exactione, neque scribenti contingit liberatio, donec literæ cum effectu solvantur. Hanc ampliationem tradit Rota Romana *divers. part. 4. decis. 445. versic. Nec dicatur*, Marefcot. *lib. 2. variar. cap. 11. n. 5.* & confirmat ex duabus Rotæ Romanæ de- cisionibus Ludovisius *decis. 217. ex num. 6.* Ricc. *collectan. 3497. & 3854.* Ratio est, quia per acceptationem mandatarii non fit novatio, nec delegatio perficitur, & per consequens obligatio manet firma, donec solutione dissolvatur, etiamsi negligentia exactoris accedat.

28 Contrariam sententiam huic am- pliationi, quinimò negligentiam creditoris, aut ejus, cui solvenda est pecunia in exi- gendo, aut dilationem ab eo datam man- datario nocere creditori, seu danti pecu- niam ad cambium, & prodesse mandatori, seu scribenti literas ad liberationem cre- dimus rationabiliorem, & verisimiliorem. Quam sequuti sunt Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 325.* Paschalis *de viribus patr. potest. 1. p. cap. 8. n. 71. vers. 2. limitatio est*, Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2413.* sig- nificat planè Pereira *decis. 126. n. 3. & 4.* & aperte favet loquens in fortioribus ter- minis, Gratianus *tom. 1. discept. forens. cap. 64. n. 23. & 24.* Ratio est, quoniam æquum non est, scribentem manere obligatum, quando per exactorem stat, quominus lit- teræ impleantur à mandatario, recuperet- que oblatam pecuniam: utque sit in volun- tate exactoris, & ejus libito duratio obli- gationis campforis, seu scribentis literas, & periculum decoctionis mandatarii, cui suppositus est, dum literæ non exiguntur, imò verò justum, & rationi consonum, ut illi debeat imputari culpa, negligentia, & mora exigendi, & ex ea liberatio scriben- tis insurgat, saltem ope exceptionis doli, aut culpæ; neque novum est in jure, mo-

Tom. II.

ram creditoris, in exigendo oblatam pecu- niam liberare debitorem à casu fortuito post contingente, quo pecunia pereat, ut docet Bart. *in l. si mora 10. n. 8.* & ibi late prosequitur Barbosa *ex n. 12. ff. solut. ma- trim.* & probat textus *in l. qui de em 72. in princ.* ubi Doctores, *ff. solut.* Certè de jure Neapolitano statutum est *in pragmat. 5. cap. seu, §. 4. de litteris cambii* (quod notavi *su- pra n. 23.*) ut illi, qui habent literas cam- bi contra mandatarium exigant illas intra dilationem, seu terminos stabilitos per *prag- mat. 3. cap. 9. & 10. eodem tit.* aut faciant protestationem inter quatuor dies à præ- sentatione litterarum, aut à lapsu prædictæ dilationis, seu terminorum, alioqui nullum possint habere regressum contra scriben- tem, qui maneat omninò liberatus, & pe- riculum cedat in damnum ejus, qui pecu- niam erat exacturus.

29 Ex his constat, à majori ratione dicendum esse, si scribens literas cambii sciebat, mandatarium suum, seu eum, cui literæ diriguntur, esse aut decoctum, aut fugitivum, aut decoctioni proximum, non liberari per acceptationem mandatarii, imò potius ex dolo suo manere obligatum, & obnoxium recursui illius, qui pecuniam dedit, idque tam juxta primam, quàm jux- ta secundam opinionem. Ita sentiunt Bal- dus *in l. pro debito 6. n. 2. in fin.* Salicet. *n. 4. C. de bon. author. jud. possidend.* Socini. *in l. qui usumfructum § 8. n. 17. ff. de ver- bor. oblig. & in l. singularia 15. n. 20.* Jas. *n. 4.* Cagnolus *n. 190. ff. si cert. petat.* Sur- dus *conf. 145. n. 10. lib. 1. & conf. 528. n. 7. & 8. lib. 4. & decis. 23. n. 10. & 11.* ubi refert conjecturas, ex quibus colligitur hæc scientia, Follerus ad Marantam *in præxi, p. 6. tit. de testium productione, §. Sextus ac- tus, n. 50.* Mastrillus *decis. 177.* Benvenu- tus Stracca *de decoctoribus, §. p. n. 4.* Gra- tianus *discept. forens. tom. 1. cap. 64. n. 28.* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 299.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2393.* Ad- do præsumi dolum adversus mercatorem, qui remisit literas cambii solvendas ab eo, qui paulo post acceptas literas decoxit, ut ex Baldo, Angelo, Imola, tradit Me-

X 2

noch.

noch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 3. n. 111.* Ex quo consequens est, ut præsumitur scientia, ut dixit Nata *conf. 342. n. 4. tom. 2.* facit Castillo *decif. 46. n. 6.*

30. Quando verò dicatur quis proximus decoctioni, non est omninò expeditum, Strac. *de decoctionibus, 3. p. n. 30. & 31. post Bald. conf. 399. in libris Thesauraria, n. 2. vol. 5.* dicit, tempus proximum decoctioni esse viduum, vel triduum, aut si hodie fugit, heri merces emit. Consonat Gratianus *discept. forens. tom. 2. cap. 391. ex n. 10.* Surdus *decif. 326. n. 86.* Gizarellus *decif. 62. n. 3. & n. 12. & 13.* Bellonus autem *decif. 13. n. 39.* hoc tempus proximum decoctioni limitat ad quindecim dies ante decoctionem, ob statutum particulare Genuæ.

31. Marienzus *in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 5. n. 9.* nullum certum tempus determinat, in quo quis dicatur proximus decoctioni, sed dicit, futurum esse modicum; & breve, simili modo loquitur Craveta *conf. 44. n. 2.* & Thusc. *littera F. conclus. 483. ex n. 21.*

32. De jure Neapolitano videtur statui hoc tempus proximum decoctioni spatium unius integri anni ante illam, *in pragmat. 2. decisione honor.* dum denegat debitoribus beneficium cessionis bonorum, nisi debitum sit contractum per annum ante diem decreti, quo conceditur prædictum beneficium. Quasi debitum infra annum contractum censendum sit fieri in fraudem creditorum, & à proximo decoctioni, & vide quæ ad eam pragmaticam notat Rovit.

33. De jure Castellæ statutum est, tempus sex mensium ante decoctionem censeri tempus proximum decoctioni, *l. 7. circa fin. tit. 19. lib. 5. Recop.* ubi contractus illius, qui post spatium sex mensium à contractu foro celsit, seu decoxit, censetur contractus factus cum proximè decocturo.

34. Ego credo, esse relinquendum arbitrio Judicis, quanto tempore ante decoctionem quis dicatur decoctioni proximus, si res ex jure communi decidenda sit, cui etiam opinioni assentiri videtur Gizar. *d. decif. 62. n. 13.* Quod confirmo, quoniam

arbitrarium est Judici, quis puer sit censendus proximus infantia, aut pubertati, ut egregiè, & eruditissimè probat Menoch. *de arbitrar. lib. 2. cent. 1. casu 57. ex n. 17.* Covarr. *de matrimonio, 2. p. cap. 5. n. 7.* Sanchez *de matrimonio, libr. 1. disp. 51. n. 24.* rejecta opinione, *Gloss. in §. Pupillus, verb. Infantia proximus, Instit. de inutilibus stipulation. quam sequitur Chircovius in communibus opinionibus, litter. P. n. 35. concl. 100.* Ergo eodem modo arbitrio Judicis relinquendum est, quid sit censendus proximus decoctioni, & id planè sentit Surdus *d. decif. 326. n. 87.* & Urillus *ad Afflict. decif. 402. ex n. 6.* Non omitto, apud prædictos Doctores inveniri multa, quæ faciunt pro lege Castellæ allegata, dum plurimi crediderunt, spatium sex mensium ante pubertatem completam censendum esse tempus pubertati proximum.

35. Tractant deinde Doctores circa litteras cambii, an possit mandatarius, qui eas acceptavit, recusare solutionem illarum ex eo, quod scribens fuerit decoctus post acceptationem, & proinde deneganda sit hoc casu executio creditori contra mandatarium. Et dicendum est, non posse mandatarium detrectare solutionem litterarum cambii, quas acceptavit, ob decoctionem scribentis contingentem post acceptationem. Ita sentit Salicetus *in l. si filius familias patre 18. n. 2. ff. ad Macedonian. & in l. pro debito 6. n. 4. in fin. C. de bonis Author. jud. possid.* Follerius *ad Marantam in praxi, p. 6. tit. de testium productione, seu §. Sextus actus, n. 54.* Franch. *decif. 303.* Paschalis *de viribus patr. potest. 1. p. cap. 8. n. 70.* Tepatus *in compendio variar. tit. 366. cap. 18. vers. Acceptans litteras cambii,* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. q. 11. ex n. 327.* Gaitus *de credito, cap. 2. tit. 7. n. 2396.* Ratio est, quoniam mandatarius per acceptationem litterarum manet obligatus, ut dixi *supra n. 22.* Decoctio autem mandatoris hanc obligationem dissolvere non potest, & casus fortuitus decoctionis contingens post acceptationem debet esse damno acceptantis.

36. Amplia prædictam resolutionem,

ut non possit mandatarius, qui acceptavit litteras se excusare, quominus solvat, ex eo, quod antequam scriberentur litteræ, vel acceptarentur, mandator decoxit, aut fuisset decoctus. Hanc ampliacionem tradit Scaccia *d. gloss. 5. q. 11. v. 329.* quem sequitur Gaitus *d. tit. 7. n. 2398.* Reddunt rationem, quoniam etsi decoctio faciat, ut decoctus mortuus censeatur quoad id, ne quid agere possit, Bellon. *decis. 10. n. 12. & 13. & decis. 131. n. 3. & 4.* Surd. *conf. 405. n. 9. & 12. lib. 3.* Thusc. *litter. D. concl. 105. & seqq.* Azeved. *in l. 2. ex princ. tit. 19. lib. 5. Recop. de jure Castellæ d. lib. 2. l. 6. & 7. eodem tit. 19. lib. 5. Recop.* tamen decoctio non inhabilitat decoctum ne alius pro eo solvere possit. Quare qui ejus litteras acceptavit, non potest se à solutione excusare. Nam, aut sciebat, cum acceptavit, mandatorem esse decoctum, & tunc planum est, eum voluisse solvere pro decocto, quod potest: aut decoctionem ignoravit, & tunc sibi imputare debet, quod contraxit cum eo, cujus conditionem non debebat ignorare, *l. qui cum alio 19. ff. de regul. jur.* certum est autem, inter scribentem, & acceptantem litteras celebrari contractum, quasi inter mandantem, & mandatarium, Bellonus *decis. 52. num. 1. & 2.* Fab. de Anna *conf. 82. n. 15.* Martha *voto, seu decis. 84. num. 7.*

37 Contrariam huic ampliacioni sententiam, quinimo decoctione mandatoris contingente, seu ante, seu post scriptas litteras, ante tamen acceptatas, quæ post decoctionem mandatoris acceptatæ sunt à mandatario decoctionem ignorante, si ante solutionem superveniat scientia decoctionis, justè posse mandatarium recusare illarum solutionem, tuerur Fabius de Anna *conf. 82. ex n. 11.* & Paschalis *de virib. patr. potest. 1. p. cap. 8. n. 70.* Et probatur, quoniam mandatum censeatur revocatum, & dissolutum ex mutatione status, tam mandantis, quam mandatarii in deterius, Bart. *in l. si cum Cornelius 82. n. 1.* Paulus *n. 2. ff. de solut.* Decius *in l. rogasti 11. §. Si fugitivus, v. 5.* Jas. *n. 3. ff. si cert. petat.* Felin. *in cap. ex parte decan. 33. n. 21. de ref-*

*cript. Socin. conf. 112. n. 12. & 15. vol. 1.* Bursat. *conf. 412. n. 26. libr. 4.* Bernard. Diaz *reg. 452.* Menchaca *controvers. usufrequent. lib. 2. cap. 22.* Stracca *de decoctorib. 3. p. n. 50. & 53.* Bellon. *decis. 1. n. 28. & decis. 2. ex n. 31.* Martha *voto, seu decis. 84.* Scaccia *de commerciis, §. 2. gloss. 5. n. 402.* Ergo sicut qui ante impletionem mandati scit, mandatum esse revocatum, justam habet excusationem, ne revocatum mandatum impleat: ita qui ignorans mandantis decoctionem acceptavit ejus litteras, si post ante solutionem scientia decoctionis superveniat, justè recusabit mandatum implere, & pecuniam literis contentam solvere.

38 Ex quibus fit, ut prædicta ampliacione limitanda sit, cum ignorantia decoctionis scribentis in acceptante litteras est justa, probabilis, & invincibilis, quæ nulli damnum debet afferre, §. *Item si adhuc, Inst. de mandato.* Quo casu etiam limitanda est regula, *l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur.* ut ibidem notavit Decius *v. 3. in fin.* Cagnol. *n. 15. ego dixi priore 10. tit. 1. disp. 2. q. 4. n. 244. & 245.* Ex quo enervatur vis fundamenti prædictæ ampliacionis, si universim, & sine limitatione esset intelligenda. Et hanc concordiam inter duas prædictas sententias secutus est Gaitus *di. tit. 7. ex n. 404.*

39 Ad hunc eundem tertium casum pertinent Apocæ Bancariæ, quæ si à Banco, cui diriguntur, non solvantur, habent executionem paratam contra scribentem, in qua proceditur quemadmodum in liquidatione publici instrumenti via Ritus, ut tetigi *supra tit. 2. disp. 8. v. 28. in fin.* Et statutum est de jure Neapolitano *in prag. 64. §. 2. & 6.* quæ in novissima compilatione est *prag. 63. de offic. Procurat. Cesar.* Dummodò prædictæ apocæ sint recognitæ à scribente, vel legitimè probatæ, quemadmodum de jure Castellæ quodcumque chirographum privatum recognitum habet paratam executionem, juxta *l. 5. & 6. tit. 21. lib. 4. Recop. & tradita à Parlador. lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. 1. part. §. notant Scriptores Neapolitani, quos retuli prædicto loco.*

## SUMMA DISPUTATIONIS VII.

- 1 **S**upponitur casus tituli.
- 2 Pro capitali societatis competere executionem ex instrumento societatis ante redditam rationem, senserunt multi, & magni Doctores.
- 3 Executio liquidum non retardatur propter illiquidum.
- 4 Societas pro negotiatione semper praesumitur lucrosa.
- 5 Capitale societatis praesumitur salvum.
- 6 Instrumentum societatis non posse executioni mandari contra socium ante redditam rationem, secunda aliorum sententia.
- 7 In societate possunt contingere tres casus.
- 8 Capitale societatis liquidum est tempore contracta societatis, tempore tamen finita illiquidum.
- 9 Tutor non tenetur ad restituendum ea, quae in inventario scripsit, neque pro eis patitur executionem.
- 10 Secunda sententia habenda est pro regula, sed limitatur diversis modis.  
Limitatur primo si apponatur ab initio pactum, ut restituatur integrum capitale finita societate, ut maneat apud ipsum socium, qui apposuit, donec finiantur computa, ibid.
- 11 Secunda cautela, & limitatio, ut possit fieri executio pro quantitate capitalis ante redditam rationem.
- 12 Tertia cautela, & limitatio, ut possit instrumentum societatis executioni mandari pro capitali ante redditam rationem.
- 13 Quarta limitatio, in cuius casu potest procedi ad executionem pro capitali societatis ante calculum.
- 14 Liber rationum qua forma confici debeat.
- 15 Quinta limitatio, & de pacto, quod capitale sit salvum, & quomodo possit hoc pactum in societate sustineri.
- 16 Pactum praecedens esse illicitum, & reprobatum, sententia quorundam.
- 17 Adhibitis quibusdam pactis, & cautelis in societate posse sustineri pactum, quod capitale sit salvum.
- 18 Tres contractus adhibendos pacto, quod

capitale sit salvum, ut sustineatur.

- 19 Contractus affecurationis est licitus.
- 20 Illos tres contractus posse fieri inter eadem personas, quemadmodum inter diversas.
- 21 Contractus illi, quamvis non fiant expresse, sed solum tacite, justificant, quod capitale sit salvum in societate.
- 22 Explicatur Bulla Sixti V. Pontificis.
- 23 Contractu societatis inito cum tribus illis contractibus, & facto de illo instrumento publico, poterit ex illo procedi ad executionem capitalis, non facto calculo.
- 24 Distinguuntur duo diversi casus quoad liquidandum instrumentum.
- 25 Capitale societatis non est liquidum ante redditam rationem.
- 26 Non satis est praesumptio, ut ex illa possit fieri executio, sed debet constare quantitas liquida ex instrumento visibili.

## DISPUTATIO VII.

Utrum possit fieri executio pro capitali societatis, vel administrationis, ante redditam rationem.

**P**onamus contractam esse inter duos societatem pro negotiatione mercium serici, vel cambiorum per instrumentum publicum, & guarentigium, quo constet alterum, immisisse certam pecuniae quantitatem in societate, alterum cui tradita est pecunia administranda, operas, & industriam, qui praepositus sit negotiationi, & acturus est omnia, ad societatem spectantia. Dubium est, an finita societate illi, qui certam pecuniam, quantitatem socio administraturo tradidit, possit petere, & obtinere executionem virtute instrumenti societatis pro praedicta certa, & liquida pecuniae quantitate capitalis ante calculatas rationes.

2 Prima sententia affirmat. Hanc tenetur Baldus *conf.* 152. ad evidentiam, num. 2. *vers.* Ex his apparet, vol. 3. & *conf.* 385. & *consil.* 493. n. 2. vol. 4. quem refert, & approbare videtur Gregor. Lopez in l. 10. tit. 10. part. 5. gloss. ult. in fin. quo loco multi decepti sunt, credentes, illum allegare pro hac

hac sententia Socin. *conf.* 265. *vol.* 2. quod illa glossa commemoraverat, sed fontem non viderunt, nam Socinus *in dict. consilio* nihil dixit ad hanc sententiam atinens. Videtur tamen illi adhærere *in leg. pecuniam quam* 36. *num.* 10. *ff. si certum petat.* & *in l. quibus diebus* 40. §. *Quidam Titio.* n. 10. *ff. de condict.* & *demonstr.* ubi ait, instrumentum, in quo quis promisit certam quantitatem, nisi aliter ex calculo rationis appareret, esse purum, & executioni mandandum antequam ratio calculetur. Hujusmodi autem videntur esse omnia instrumenta societatis, quibus obligatur socius, qui administrat, restituere certum capitale, nisi aliter ex calculo apparuerit. In eadem sententia videtur esse apertius *conf.* 24. *ex n.* 33. *vol.* 1. & Benintendis, eum sequutus, *decis.* 90. *n.* 3. *in fin.* qui ait, sententiam Socini esse magis communiter approbatam, Decius *in d. l. pecuniam,* n. 8. Alexand. *conf.* 170. *num.* 3. *lib.* 2. annuit Paulus de Castro *conf.* 345. 2. *par.* & Mantica *de tacit.* & *ambig. convention.* *lib.* 6. *tit.* 5. *n.* 7. sequitur Avend. *de exequend. mand.* 2. *part.* *cap.* 29. *n.* 6. Baeza *de non meliorand. ration. dot. filiabus,* *cap.* 36. *n.* 20. Petrus de Ubald. *in tract. de duobus fratribus,* 8. *part.* *n.* 42. *q.* 41. & 14. *part.* *n.* 10. Thusc. *littera S. conclus.* 303. *n.* 11. & *conclus.* 304. *n.* 8. Galleus *ad formulam Cameral. obligat.* *q.* 31. *n.* 3. & ad eum locus Zacchias *n.* 2. & 3. Scaccia *de appellat.* *q.* 17. *limit.* 9. *n.* 30. Amatis *decis.* 80. *n.* 28. & 30. Cavalcan. *de tutore,* & *curatore,* *n.* 263. Seraphin. *de privil. jurament. privileg.* 77. *n.* 8. Grammat. *decis.* 58. *n.* 10. & 11. Cartarius *decis.* 74. tamen ibi non agat de via executiva, Grafsis *de exceptionibus, in praludio,* *n.* 55. Hieron. Gabriel. *conf.* 146. *lib.* 2.

3 Probatur primò hæc sententia, quoniam executio liquidi non retardatur propter illiquidum, *l. statu liber rationem* 5. *ff. de statu liber. l. si residuum* 5. ubi Doctores, C. *de distraet. pignor.* & nos fusius prosequemur *infra disp.* 15. Sed fors, seu capitale societatis traditum ab initio socio administranti, seu factori societatis est liquidum. Ergo non debet impediri executio

pro prædicto capitali ob incertitudinem, aut illiquiditatem lucrorum, aut damnorum, quæ ex societate obvenierunt, quæ per calculationem sunt liquidanda.

4 Secundò, quoniam societas pro negotiatione, & negotiatio semper præsumitur lucrosa, *l. cura* 4. §. *de defitientium, ff. de muner. & honor. l. semper* 5. §. *Negotiatio. ff. de jur. immunit. l. si defunctus* 10. C. *arbitr. tutel.* Socin. *conf.* 24. *n.* 40. & 41. *lib.* 1. Joannes Lupus *in repet. cap. per vestras, notabili* 6. & *ult.* §. 11. *n.* 8. *vers.* *Ex prædictis,* Gregor. Lopez *in l.* 29. *tit.* 11. *part.* 4. *gloss.* 5. & *in l.* 13. *tit.* 10. *part.* 5. *gloss.* 2. Bellonus *decis.* 173. *n.* 8. 10. & 11. Magonius *decis.* *Lucensi* 1. *n.* 36. Tepatus *in compendio variar. tom.* 2. *tit.* 365. *cap.* 5. *vers.* *In dubio,* & *vers.* *Mercator,* Thusc. *litt. S. conclus.* 310. *n.* 1. Joannes Baptist. Costa *de facti scientia, & ignorant. centur.* 2. *distinet.* 80. *n.* *ult.* Janinius *de citatione reali, lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 14. Felinus *de societate. cap.* 20. *n.* 22. & *cap.* 24. *n.* 33. Ergo dum executio fit contra socium, aut factorem societatis pro solo capitali, securè fit, tanquam contra debitorem quantitatis liquidæ capitalis, apud quem ultra prædictam quantitatem capitalis præsumuntur remanere lucra negotiationis.

5 Tertiò, quoniam capitale societatis (quod ex prædicta ratione provenit) præsumitur salvum, nisi probetur damnum, & amissio, Bald. *dict. conf.* 385. & *conf.* 493. *n.* 3. *vol.* 4. Bellonus *decis.* 71. *n.* 2. *in fin.* & *d. decis.* 173. *n.* 10. & 11. Cartar. *decis.* 74. *num.* 25. Avendañ. *de exequend. mandat.* 2. *part.* *cap.* 29. *n.* 6. Escobar *de ratiocin. cap.* 21. *n.* 6. & 7. Ac proinde tutor executivè compellendus est nondum reddita ratione tutelæ, ut mobilia in inventario descripta restituat, ut judicatum refert Surd. *decis.* 184. *ex n.* 3. & *conf.* 296. *n.* 22. & 23. *lib.* 2. Igitur stante instrumento societatis executivo, poterit peti executio pro capitali etiam ante calculatas rationes.

6 Secunda sententia negat, instrumentum publicum guarentigium societatis posse executioni mandari pro capitali contra socium, vel administratorem, aut factorem



ante factum calculum, & discussione, ex quibus constet, an ex societate provenerint lucra, vel damna, & an capitale sit salvum. Ita sentiunt Baldus *confil.* 61. *num.* 1. *vol.* 2. & *conf.* 214. *ut apparet ex tenore, n.* 1. *vol.* 4. Alex. *conf.* 192. *lib.* 7. Ancharran. *conf.* 235. *prima facie dicitur, v.* 1. *ex vers.* Praterèa propter incertum, Jason *conf.* 100. *ex n.* 6. *vol.* 4. Hieronym. Gabriel. *conf.* 61. *n.* 16. *lib.* 2. Cephal. *conf.* 768. *n.* 14. & 37. & *conf.* 769. *ex n.* 1. & *n.* 11. *lib.* 5. Follerius ad Marantam *in praxi, part.* 6. *tit. de instrumentorum productione, seu actu* 8. *n.* 3. qui dicit, se ita practicasse, Decianus *responsio* 60. *n.* 43. ubi ait, ante confectum calculum non posse scire socium, in qua quantitate remaneat debitor sui socii, Felicius *de societate, cap.* 3 *n.* 69. Craveta *conf.* 231. *n.* 16. *vers.* Undecimo considero, & *conf.* 275. *num.* 13. *vers.* Tertio principaliter dubitatur, Baeza *de decima tutoris, cap.* 2. *n.* 168. Gu tierri. *de tutel.* 3. *part.* *cap.* 1. *n.* 53. Cavalcan. *de tutore, & curatore, n.* 214. Fachineus *lib.* 8. *controversiar. cap.* 58. Négusant. *de pignorib.* 5. *part.* *memb.* 1. *n.* 37. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotidian. cap. fin.* 1. *part.* §. 12. *limitat.* 4. *num.* 35. Grammaticus *conf. civili* 114. *n.* 11. Barzius *decif.* 86. *n.* 40. Giurba *decif.* 15. *ex n.* 3. Escobar *de ratiocin. cap.* 21. *ex n.* 12. Cancer. *variar. resolut.* 3. *part.* *cap.* 7. *n.* 328. *cum sequent.* & *cap.* 15. *ex n.* 314. Quorum quidam agunt de societate, alii de tutela, & utrique concludunt, ubicumque ratio reddenda est, non posse peti executionem pro quantitate liquida donec fiat calculatio, & ex calculo appareat, quæ sit quantitas liquida, in qua restet reliquatus reddens rationem. Nec sat esse contineri in instrumento antecedenti, veluti in instrumento societatis, vel instrumento inventarii quantitatem liquidam traditam reddituro rationes, ut possit pro illa peti, & obtineri executio ante calculatas rationes.

7 Fundamenta hujus sententiæ sunt. Primò, quòd in societate tres casus contingere possunt. Primus, ut sit lucrum, quo casu, lucrum venit communicandum. Secundus, ut non sit lucrum, neque damnum,

quo casu socius, qui apposuit pecuniam perdit lucrum, sed capitale manet illi salvum; socius verò, qui adhibuit operam, perdit operam. Tertius, ut sit damnum: quo casu, & perditur opera ex parte factoris, & minuitur capitale apponenti pecuniam. Ergo finita societate cum nulla sit certitudo, quis ex istis casibus successerit ante calculatas rationes, non potest peti executio pro capitali, quòd si successisset tertius ex prædictis casibus, fuisset diminutum, & ante confectum calculum cognosci non potest, pro qua quantitate fuerit diminutum, ac per consequens immaturè fieret executio, cum res sit dubia, *l.* 1. *C. de execut. rei jud.*

8 Secundò, quoniam capitale quamvis sit liquidum tempore initæ societatis, tempore tamen finitæ non est liquidum, cum certò sciri non possit ante calculatas rationes, an fuerit diminutum, *l.* Mutius 30. *ff. pro socio.* Ergo pro illo non potest peti; neque concedi executio, utpotè pro quantitate illiquida, & quæ non incontinenti, neque breviter liquidari possit, cum liquidatio pendeat à calculo, cujus discussio longa est, & prolixa ex sua natura.

9 Tertio, quoniam ob eandem rationem tutor non potest compelli via executiva ad restituenda ea, quæ in inventario descripsit, cum possit contingere, ut ostendat plus se impendisse in rem pupilli, quàm ipse habuerit, *l.* 1. §. *praterèa si tutel. ff. de contra. & util. act. tutel.* vel vendidisse mobilia in inventario descripta, aut quia servando servari non poterant, aut quia inutilia pupillo, aut ob necessitatem pupilli, *l.* *lex qua tutores* 22. *C. de administ. tut.* ut adnotarunt Alexand. *d. conf.* 192. *lib.* 7. Négusantius, Cancer. & plurimi alii ex relatis *supra n.* 6. pro secunda sententia. Solum potest condemnari, aut compelli ad reddendam rationem cum reliquorum restitutione, in redditione autem rationis tanta est connexio inter introitum, & exitum, receptum, & datum ut non possit separari receptum à dato, neque confessio recepti noceat contenti, non habita ratione dati, ut expenderunt Avend. *de exequend. mandat.* 2. *part.* *cap.* 10. *n.* 31. Bobadill. *lib.* 5. *Politica cap.*

*cap. 4. n. 78.* Escobar *de ratiocin. cap. 21. n. 22.* qui alios allegant. Quo fit, ut ante redditam, & calculatam rationem nihil possit apparere liquidum, in quo sit reliquatus tutor, vel administrator, & pro quo possit executionem pati. Idemque prorsus sentiendum est de societate, in qua reddenda est per socium præpositum negotiationi, seu factorem administrantem negotia societatis, ratio omnium durante societate gestorum, ut cum multis notat Bellonus *decis. 183. n. 5.*

10 Ex istis duabus sententiis, ut nostrum adjungamus placitum, censemus, secundam habendam esse pro regula: Verùm esse limitandam. Primò, si in contractu societatis fuerit adjunctum pactum, ut capitale finita societate restituatur socio integrum, & ut possit socius petere, & obtinere executionem pro suo capitali ante calculatas rationes, ut maneat apud ipsum, dum rationes discutiuntur, & donec peragatur calculus. Ita sentiunt Avendañus *de exequend. mand. 2. part. cap. 29. n. 6. vers. Nec debet injustum*, Parlador. *lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 12. limitat. 4. n. 35.* Cancer. *var. resol. 3. part. cap. 7. ex n. 324.* Escobar *de ratiocin. cap. 21. n. 24.* Giurba *decis. 15. n. 9. §. Aut nullus, vers. Socini tamen opinionem*, Ursillus ad Afflict. *decis. 205. n. 7.* qui refert sic judicatum in S. C. Neapolitano. Hoc autem pactum licitum est, & naturæ societatis non repugnans, præsertim cum sit cautela ad evitandas fraudes, & dolos negotiatorum, qui ut retineant pecunias alienas sibi creditas, nunquam non fingunt incurrisse damna, & quemadmodum solitum est, pecuniam socii, dum durat societas, & negotiatio, esse apud alterum socium negotiationi præpositum, qui administrat, simul cum lucris omnibus ex societate provenientius: ita non est iniquum, ut finita societate integrum capitale socio, qui illud immisit, restituatur custodiendum, donec calculatio peragatur. Hoc enim magis fit propter cautionem, & securitatem socii ponentis pecuniam, ne propter malitiam, & subterfugia socii administratoris differentis ra-

tiones reddere, easque involventis, & intrincantis sua pecunia privetur; quam quia sit semper illam retenturus. Nam factò postea calculo, & apparente, probatoque damno facilè restituet socio pecuniam, quæ apud ipsum est ultra sibi debitum recepta. Neque resultat ex hoc, ut vi societatis capitale sit semper salvum, quod pactum esset suspectum de usura, sed ut sit salvum ad tempus interim, dum ejus probatur amissio. Quod dato esset gravamen temporale, est modicum, & parvi momenti, ac propterea facilè tolerandum, *l. quoties 2. l. universa 4. C. de pracib. imperat. offerend.* Et sicut in prædicta conventionem statuitur, ut statim soluta societate integrum capitale redeat ad dominum: ita ex eadem provenit, ut totum lucrum quodquod est, remaneat apud socium negotiationi præpositum, interim dum fit calculus, quod ipsi utile esse posset. Propter quam utriusque socii incertam utilitatem conventio redditur juxta, *l. de fideicommissio 11. C. de transact.* quæ considerabat Avend. *ubi supra.*

11 Limita secundò, si in contractu societatis adjiceretur pactum, ut finita societate teneatur socius recipiens capitale, illud integrum deponere pœnes publicum Bancum, aut tertium aliquem fidum mercatorem, vel alium depositarium, donec fiat calculus, & reddatur ratio gestorum in societate. Nam tum poterit compelli facere depositum integri capitalis, ob rationes supra expensas.

12 Limita tertio, si in contractu societatis adsit pactum, quòd finita societate damna, si quæ fuerint, sint probanda intra decendium, alioqui probatio non admittatur. Nam si intra decem dies post finitam societatem non fiat probatio damnorum, poterit qui apposuit capitale, executionem facere pro capitali ante calculatas rationes. De hac specie loquitur sic sentiens Baldus *dict. consil. 493. multiloquium, n. 3. volum. 4.* Petrus de Ubald. *tract. de duobus fratribus, p. 8. q. 41. n. 42. tom. 6. tract. p. 1.* Avendañus *de exequend. mandat. 2. p. cap. 29. n. 6.* Escobar *de ratiocin. cap. 21. n. 24.* Giurba *decis. 15. n. 9. circa finem*, & planè

sentit Felicius *de societate, cap. 17. ex n. 25.* Idque probatur, quoniam contractus legem ex conventionem accipiunt, *l. 1. §. Si convenierit, ff. de depositi, l. contractus 23. ff. de regul. jur. l. 1. C. commodati, cap. contractus, de reg. jur. in 6. Thusc. littera G. conclus. 980.*

13 Limita quartò, si socius interpellatus ad exhibendum societatis librum, non exhibet illum, aut exhibet librum vitiosè, & non solemniter compositum, quod idem est, *l. quoties vitiosè 6. ff. qui satisf. cogant.* notat Plotus *de in litem jurando, §. 34. n. 1.* Nam libro non exhibito, vel non quali oportet exhibito, instrumentum societatis poterit adversus socium librum cælantem, aut non ostendentem, executioni mandari, non expectata amplius ratione dati, seu exitus. Tradit Cavalcanus *de tutore, & curatore, n. 217.* qui dicit, sic se judicasse in causa tutelæ, Escobar *de ratiocin. cap. 21. n. 25. Giurba decis. 15. n. 10.* Rationem hujus limitationis reddit Escobar *ubi supra,* quia cum tutor in instrumento tutelæ, & socius in instrumento societatis promittant inventarium solemne, aut librum rationis conficere, & exhibere, si hoc non adimplent, optimo jure minor, vel socius pro quantitate liquida, vel etiam pro iis quantitatibus, quas sibi deberi in litem juraverint, via executiva agere poterunt, tanquam contra bonorum usurpatores, cum ipsi non possint se exonerare ex inventario, vel libro rationum quem non habent, vel malitiosè occultant, & in rationibus non exhibent. Confirmatur hæc limitatio ex eleganti doctrina Matthæi Matefilani, *singul. 50. nota magnum periculum,* ubi docet, quòd quotiescunque quis jurat in contractu se observaturum in eo contenta, & non contraveniturum, si contraveniat; & non adimpleat promissa, ultra infamiam, quam dicit incurrere, patitur hanc poenam, ut cogatur ad observandum contractum adversæ parti, & tamen adversa pars, quæ non incurrit perjurium, libera remanebit ab omni eo, ad quod tenebatur ex illo contractu, ut dicit probari in *l. si quis major 41. C. de transact.* Ex quo videtur inferri, ut quia socius, vel tutor non adim-

plent promissionem faciendi librum possit contra eos fieri executio pro capitali, quod illos constat recepisse. Et ob hanc doctrinam prædicti Doctores pro sua sententia allegant Matefilanum *ubi supra.* Cujus doctrina quamvis singularis, & quamvis esset vera, non video quid faciat pro hac limitatione; verissimum est tamen, contra non conficientem, aut non ostendentem, vel cælantem librum, aut inventarium, jurari posse in litem, ut sentit, & probat Plotus *de in litem jurando, §. 5. ex n. 1. §. 9. §. 13. & §. 34. n. 1.*

14 Formam autem, qua iste liber rationum confici debeat, ut sit sollemnis, & rectè compositus, aptusque ad exonerandum eum, qui illum confecit, tradit *textus in l. comperimus 2. C. de naviculariis, lib. 11.* ubi notat Bart. *n. 1. Angelus num. 1. Joann. de Platea in princip. Lucas de Penna ex n. 1. Jacobus Rebuffus n. 2. Avendañ. de exequend. mandat. 2. p. cap. 10. n. 31. Baeza de decima tutor. cap. 2. ex n. 171. Escobar de ratiocin. 1. p. cap. 9. & 10. Felicius de societ. cap. 38. ex n. 20. Plotus de in litem jurando, §. 35. n. 26. & 28. cum seqq. & §. 13. n. 5. & 6. Craveta de antiquitate temporum, 1. p. §. 6. quartò limitatur, ex n. 44. Stracca de mercatura, p. 2. ex n. 52. Farinac. in fragment. criminal. litt. A. ex n. 47. Thusc. litter. A, concl. 202. Surdus conf. 391. ex num. 34. lib. 3. Decian. resp. 94. ex n. 15. vol. 3. Gozadin. conf. 17. n. 9. Paul. Æmilius Verallus decis. 157. 2. p. Bellonus decis. 164. n. 21. & 22.*

15 Limita quintò, si in contractu societatis adjiciantur pacta, quibus adhibitis fit, ut capitale sit salvum, & periculum illius rejiciatur in recipientem pecuniam servatis cautelis, quibus hoc pactum potest justificari. Pro cujus limitationis explicatione præsupponendum est, fuisse inter Doctores maximam controversiam, an possit in contractu societatis per pactum rejici periculum fortis principalis immittæ per unum ex sociis, in alterum socium, qui pecuniam ad negotiandum recipit, ita ut qui pecuniam dat participaturus sit lucrum, damni autem sit immunis, cum semper

per illi suum capitale salvum sit reman-  
surum.

16 In qua difficultate prima senten-  
tia ait, in societate non posse adjici pactum,  
quòd maneat salvum capitale socii illud  
immittentis, & periculum subeat socius il-  
lud recipiens ad negotiandum alioqui con-  
tractum fore illicitum, & reprobatum. Ita  
sentit D. Antonin. 2.p. *summa*, tit. 1. cap.  
6. num. 34. & ex n. 37. Angelus in *summa*,  
verb. *Societas* 1. n. 5. & 7. Sylvester in *sum-*  
*ma*, verb. *Societas* 1. n. 2. Joann. Lupus in  
*repet. cap. per vestras*, notabili 6. §. 10. &  
§. 11. totum de donat. inter. *Summ.* Armilla  
verb. *Usura*, n. 17. Vivius *decif.* 84. num. 4.  
Cancer. *variar. resol.* 3.p. C. 7. n. 51. So-  
to de *justitia*, & *jure*, lib. 6. q. 6. art. 2. Par-  
lad. lib. 2. *rerum quotid.* cap. 2. ex n. 9. Ara-  
gon. 2. 2. q. 78. art. 2. post solutionem ad 5.  
argumentum principale, ex §. Sed dubitabit  
aliquis hoc loco, Bañez 2. 2. q. 78. *commentar.*  
in art. 4. §. dubitatur, circa ultimum modum  
societatis, concl. 1. Rebellus de *obligationib.*  
*justitia*, 2.p. lib. 15. q. 4. n. 1. Azor. *instit.*  
*moral.* tom. 3. lib. 9. cap. 3. q. 5. 6. 7. & 8.  
& cap. 4. q. 5. Joann. Bapt. Lupus in *cap.*  
*naviganti, de usuris*, §. 1. n. 24. Natta *conf.*  
403. & 404. tom. 2. Felicius de *societ.* cap.  
17. ex n. 8. & n. 42. & cap. 18. ex n. 3. &  
cap. 19. ex num. 25. Hæc sententia videretur  
apertè probari ex *Bulla Sixti V.* promulga-  
ta ann. 1586. Octobris, die 25. quæ con-  
tinetur in *Bullario novo*, tom. 2. inter *Bullas*  
*Sixti V.* Bulla 45. incipit: *Detestabilis avari-*  
*ritia*, in qua in §. 1. damnat, & reprobat  
omnes, & quoscumque contractus, conven-  
tiones, & pactiones post illam ineundos,  
seu ineundas, per quos, seu quas cavebitur  
personis pecunias, animalia, aut quaslibet  
alias res societatis nomine tradentibus, ut  
etiam si fortuito casu quamlibet jacturam,  
damnum, aut amissionem sequi contingat,  
fors ipsa, seu capitale semper salvum sit, &  
integrum à socio recipiente restituatur, si-  
ve ut de certa quantitate, vel summa in sin-  
gulos annos, aut menses durante societate  
respondeatur. Statuitque hujusmodi con-  
tractus, conventiones, & pactiones, usura-  
rios, & illicitos censeri debere: atque in po-

Tom. II.

sterum non licere iis, qui pecunias, vel ani-  
malia, aut alias res in societatem tradent,  
de certo lucro, ut præfertur percipiendo in-  
ter se pacisci, & concordare. Neque etiam  
sive ad certum, sive ad incertum lucrum  
convenerint, socios, qui eam recipient ad  
sortem, seu capitale salvum, & integrum,  
ubi illud casu fortuito perierit, seu amissum  
erit, reddendum, quovis pacto, aut pro-  
missione sibi obligare. Ac ne de cætero so-  
cietates ineantur sub hujusmodi pactis, &  
conditionibus, quæ usurariam pravitatem  
sapiunt, districtè interdicit, & prohibet. Et  
§. 3. istiusmodi contractibus, & conventio-  
nibus, etiam juramento firmatis, denegat  
obligationem civilem, & naturalem, & ac-  
tiones reales, & personales, aut Judicis of-  
ficium. Ac tandem §. 4. contravenientibus  
imponit pœnam manifestorum usurario-  
rum, & foeneratorum.

17 Secunda nihilominus sententia as-  
serit, adhibita cautela certarum quarundam  
conventionum additarum contractui so-  
cietatis posse obtineri effectum, ut capita-  
le societatis salvum maneat, & integrum  
in omni casu socio immittenti restituatur,  
etiam cum certo lucro quotannis exigendo  
societate durante. Ita sentiunt Cajetan. tom.  
1. *opusculor. tract.* 31. *respons.* 11. Petrus de  
Ubaldis in *tractat. de duobus fratribus*, 4.p.  
n. 6. Joann. Lupus in *cap. per vestras*, nota-  
bili 6. §. 11. n. 8. de *donation. inter*, & §. 10.  
*præcedenti*, ex n. 1. refert multos pro hac  
sententia, Navarr. in *Manual. cap.* 17. ex n.  
254. & in *commentar. de usuris*, ex n. 33.  
Covarr. lib. 3. *variar. cap.* 2. n. 4. Sarmien-  
to *selectar. lib.* 7. cap. 1. ex n. 7. ad 12. Man-  
tica de *tacit. & ambiguis convention.* tom. 1.  
lib. 6. tit. 6. ex num. 3. Bellonus *decif.* 183.  
Joannes Bapt. Lupus in *cap. naviganti, de*  
*usuris*, §. 1. n. 24. circa fin. *Summa Armil-*  
*la verb. Societas*, n. 6. Molina de *justitia, tra-*  
*ctat.* 2. *disp.* 417. ex n. 10. Sayrus in *decisio-*  
*nib. casuum conscientia*, lib. 5. tit. 13. *decif.*  
17. Lessius de *justit. & jure*, lib. 2. cap. 25.  
dubit. 3. ex n. 23. Salon. de *justit. & jure*,  
tom. 2. *disp. de contractib. societatis*, art. 3.  
*controv.* 2. ex n. 10. Medina in *instruct. Con-*  
*fessorum*, cap. 14. §. 27. Tolerus in *instruct.*

Y 2

Sa-

*Sacerdotum, lib. 5. cap. 41. n. 3. Gasp. Roderic. de annuis redditib. lib. 3. q. 5. n. 64. Cavalcan. decis. 13. per totam, 2. p. Gaitus de credito, cap. 2. tit. 7. q. 5. ex n. 1935. Bonacin. moral. Theologia, tom. 2. tract. de contract. & restitutione, disp. 3. q. 3. punct. 11. ex n. 1. & q. 6. punct. 1. n. 3. vers. Dixi nisi aliter, Filliucius moralium quest. tractat. 34. 2. p. n. 107. & tract. 35. n. 453. & tractat. 38. ex n. 52. Diana resol. moral. 1. p. tract. 1. de contractib. resol. 30. Narbona in 3. p. Recop. in l. 15. tit. 18. lib. 5. gloss. 2. ex n. 2. & n. 7. Joann. Antonius Novarius in summa Bullarii, tit. de usuris super Bulla Sixti V. n. 3. Et ad eandem sententiam veniunt Angelus verb. Societas 1. n. 7. & Sylvester verb. Societas 1. n. 2. vers. Fallit autem, in suis, & Parlad. rerum quotid. libr. 2. cap. 2. n. 13. & Azor. instit. moral. tom. 3. lib. 9. cap. 3. q. 6. §. Ego tamen. Hæc sententia probatur de jure communi ex text. in l. si non fuerint 29. §. Ita coiri, ff. pro socio, & in §. de illa sanè, in fine, vers. Et adèd, instit. de societate, de quorum explicatione latè agit Narbona ubi supra, ex n. 9. & Covarr. libr. 3. variar. cap. 2. n. 3.*

18 Ut verò in societate possit socius apponens capitale consequi sui capitalis securitatem, ut illi salvum remaneat in omni casu etiam fortuitæ amissionis, dicunt Doctores isti, tres contractus esse celebrandos ab eo, qui pecuniam suam tradit mercatori ad negotiandum, & lucrandum. Primus societatis, in qua unus ponat pecuniam, alter præstet operam in negotiatione, ex qua singuli possent percipere pro centenariio decem, vel duodecim pro lucro, ut notat Baldus in l. cum quidam 31. §. præterea, n. 10. C. de jur. dot. In negotiatione enim licita, ut in mercimonio serici lucrum ascendens ad decem pro centenariio est bonum lucrum, & ascendens ad quindecim pro centenariio reputatur optimum lucrum, ut ex relatione peritorum tradit Socinus consil. 265. n. 8. versic. Ex quibus in proposito dico, vol. 2. Secundus contractus est affecurationis capitalis: pro qua securitate renuntiat socius immittens capitale, socio affecuranti partem aliquam lucri incerti,

quod ex societate percepturus est. Tertius contractus est affecurationis lucri incerti ex societate percipiendi taxati in minori quantitate, quam speratur percipi: pro qua item securitate lucri; verbi gratia, ad rationem quinque, vel septem pro centenariio, socius affecuratus cedit socio affecuranti majus illud lucrum, quod se habiturum sperat. Exempli gratia. Titius immittens mille ducatos in societate cum Sempronio sperat ex negotiatione serici, seu cambiorum consecuturum se quotannis decem pro centenariio ratione lucri, Sempronius affecurat mille ducatos capitalis pro pretio duorum ducatorum pro centenariio, solvendorum ex illo incerto lucrum ducatorum decem ex societate, & negotiatione percipiendo, atque item affecurat Titio lucrum ducatorum sex pro centenariio, consequendos ab eodem Titio pro pretio aliorum ducatorum duorum pro centenariio exigendorum à Sempronio, ex illo incerto lucro ducatorum decem. Itaque Sempronius pro pretio ducatorum quatuor pro centenariio, aut pro majori quolibet ex negotiatione percipiendo incertè, affecurat Titio ducatos mille capitalis, & lucrum ducatorum sex pro centenariio: & Sempronius affecurans consequitur jus percipiendi omne lucrum societatis, quantumcumque sit, & tametsi lucraretur viginti pro centenariio, solum correspondebit Titio ad rationem ducatorum sex, & ulterius lucrum ex pecunia aliena sibi reservabit. In quo contractu uterque socius exponit se periculo, & fortuito eventui lucri, & damni. Titius quidem, qui apposuit pecuniam, perdendi lucrum majus, quod poterat sibi obvenire ultra sex, lucrandi verò securitatem capitalis, & parvi lucri, si fortè in societate contigerit damnum. Sempronius autem exponit se damno perdendi capitale, & parvum lucrum, si non obvenerit, operamque suam, quasi oleum, & operam perditurus: exponit item se consequendo majori lucro, quàm ad rationem sex pro centenariio, quod potest obvenire.

19 Contractus autem affecurationis licitus est, & de hoc nullus est, qui dubitet,

ut tradiderunt post textus juris civilis, & Doctores antiquos, quos allegant Juristæ, & Theologi, Sylvester *in summa, verb. Negotium, n. 4.* Soto *de justitia, & jure, lib. 6. q. 7. art. unico,* Molina *de justitia, tract. 2. disput. 507. n. 3.* Lessius *de justitia, & jure, lib. 2. cap. 28. dubit. 4. n. 24.* Salas *de contractibus, tract. de cambiis, dubio 8. n. 3.* Rebellus *de obligat. justitiæ, 2. p. lib. 1 §. q. unic. de assuratione, n. 3.* Banez *2. 2. q. 78. art. 4. in comment. post. tit. de censib. §. Pro cujus rei intelligentia, cum §. seq.* Alvarus Valafcus *consultat. 64. n. 2.* Petrus Santerna *tract. de assurationib. & sponsonib. mercatorum, 1. p. ex n. 5.* Stracca *tract. de assurationib. in princ. ex n. 44. tom. 6. tract. p. 1.* Covarr. *lib. 3. variar. cap. 2. n. 4. & 5.* Thesaur. *q. forens. lib. 4. q. 77. n. 3. & 4.* Gaspar Roder. *de annuis reddit. lib. 3. q. 5. n. 54. 58. & 64.* Joannes Lupus *in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 9. n. 5. de donat. inter, Azor instit. moral. p. 3. lib. 11. tractat. de assurationis contractu, cap. 1.*

20 Non omitto quosdam ex Doctorebus relatis pro secunda sententia, n. 17. timidiore, & rigidiores sentire hos contractus, quos esse justos, & licitos negare non possunt, non posse licitè fieri cum una, & eadem persona, sed ut licitè fiant, debere fieri cum diversis, aut quamvis possint cum una, & eadem persona iniri, non simul, & semel; sed per intervallum, & diversis temporibus. Sed multò plures consentiunt, & hos contractus simul celebrari posse, & cum una, eademque persona. Nam contractus, qui cum pluribus licitè fieri possunt, cum uno etiam possunt fieri, ut post Navarrum notat Sarmiento *selectar. lib. 7. cap. 1. n. 7. & 8.* & probat textus singularis in *l. singularia 15. ff. si cert. petat. ibi: Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum est.* Et quæ duobus temporibus facta licita sunt ex se, licita erunt ex se, si uno, & eodem tempore fiant. Hoc igitur modo dans pecuniam suam ad negotiandum, potest consequi securitatem sui capitalis, & ut illi salvum remaneat cum incremento alicujus mediocris, & certi lucris, per contractus licitos, & ab usurarum la-be alienos.

21 Amplia prædictam resolutionem, ut procedat etiam si contractus isti enumerati non ineantur expressè, & explicitè, dummodo celebrentur tacitè, & equivalenter, & intentione implicita: ut accidit quando quis tradit pecuniam mercatori, credens se posse justè quinque pro centenario exigere, intendensque contrahere eo modo, quo licitè potest, veluti si diceret, confero centum in societatem, ut solvas quinque, vel sex quorannis salvo capitali modo licito, vel eo modo, quo dicunt Doctores licitè posse contrahi. Ratio est, quoniam intentio implicita idem operatur quod expressa, *l. cum quid 3. ff. si cert. petat.* Hanc ampliationem tradunt Navarr. *in Manual. cap. 17. n. 255. versic. Addo, & in commentar. de usuris, n. 33.* Lessius *de justit. & jur. lib. 2. cap. 25. dubit. 3. n. 28. & 31.* Filliuc. *moral. q. tract. 38. n. 56. vers. Dices tertio, Diana resol. moral. p. 1. tract. 8. resol. 31. vers. Et hæc omnia procedunt,* Bonacina *de Morali Theologia, tom. 2. tract. de contractib. disput. 3. q. 3. punct. 11. n. 2. vers. Addo cum Navarro, qui pro eadem sententia refert Valentiam, & Reginaldum.*

22 Ad Bullam verò Sixti V. quam pro priori sententia allegavimus *supra n. 16.* & quæ revera si attentè, & imperturbato animo spectetur, & expendatur, reddit hanc sententiam valdè dubiam, & planè contrariam facit rutiorem. Respondendum est, per illam damnari contractum societatis, in quo rejicitur periculum capitalis in socium accipientem ob solum societatis contractum, & nullo pretio illi assignato ob hoc periculum, quod suscipit: non verò damnari societatem, in qua ex vi contractus assurationis manet periculum capitalis poenes accipientem, quod ille liberè in se suscipit ob partem lucris speratam majorem, quam ipsi posset ex societate obvenire, cum iste contractus à tot doctissimis hominibus fuerit approbatus, quæ Romæ etiam doctissimos viros absque ulla difficultate approbasse. Et eam sententiam plurimos hoc tempore per Hispaniam, Galliam, Italiam, Germaniam Sacræ Theologiæ Professores celeberrimos tradidisse, refert

fert Lessius *d. dubit. 3 n. 23. in fin.* Ac proinde Azor. *instit. moral. tom. 3. d. lib. 9. cap. 3. q. 7. in fin.* refert, audisse se à viris fide dignis, Sixtum V. Pontificem vivæ vocis oraculo respondisse, cum de sua constitutione confuleretur, se non condemnasse societates tali pacto contractas, quas Classici Doctores sua sententia comprobarunt, sed eas tantummodo, quas illi communiter damnarunt. Atque ita eam constitutionem interpretantur Filliuc. *d. tract. 38. n. 57.* Bonacina *ubi supra*, Lessius *d. cap. 25. dub. 3. n. 33.* Narbona *in 3. p. Recop. in l. 15. tit. 18. lib. 4. gloss. 2. n. 43.* & de qua etiam multa dicit Azor. *ubi supr. d. q. 7. per totam.*

23 Igitur, ut regrediamur ad limitationem quintam, unde digressi sumus, cum contractus societatis initur adhibitis istis pactionibus affecurationis, & de illo fit instrumentum publicum, & guarentigium, poterit socius, finita societate, agere executivè virtute illius contra socium, quod restituat non solum capitale ante calculatas rationes, sed etiam lucra conventionem contenta. Quoniam cum contractus sit licitus, & instrumentum guarentigium, dubitari non potest, quin utpotè liquidum executioni mandari debeat.

24 Reliquum est, ut satisfaciamus argumentis adductis pro prima sententia ex n. 3. quatenus contra secundam, quam diximus habendam esse pro regula, videbuntur urgere. Et in primis ad doctrinam illorum, qui dixerunt, executionem deberi illi instrumento, in quo quis promissit certam quantitatem, nisi aliter ex calculatis rationibus apparebit, tanquam instrumento puro, & liquido, quam existimamus verissimam, dicendum est, speciem illam esse diversam ab ista, nam in illa promissio certæ quantitatis est pura, & liquida ante calculum, incertitudo verò, & illiquiditas (ut sic dicam) per diminutionem prædictæ quantitatis præsupponit calculum. In hoc verò casu, de quo agimus, evenit è converso, ut ante calculatas rationes quantitas capitalis residua ex societate sit incerta, & illiquida, & ad certitudinem promissionis, & liquidationem obligationis exi-

gatur calculatio. Nam cum in societatem immittatur pecunia administranda, non potest promitti restitutio, nisi quatenus constiterit, nulla contigisse damna, quod nisi facto calculo constare non potest: ac proinde ante calculum non est quid liquidum, pro quo possit executio non habere. Habes exemplum simile in emptione *in l. 2. ff. de in diem additione*; aliquando enim pura est, sed sub conditione resolvitur, aliquando est conditionalis: sic promissio prima liquida est, sed sub conditione fit illiquida: secunda verò sub conditione est liquida, id est perfecto calculo.

25 Ad primum argumentum dicitur, verissimum esse, non debere retardare executionem liquidi pro illiquido. Capitale autem societatis non censi liquidum, donec peragatur calculus, cum constare non possit, quousque fiat, an in societate damna contigerint, ac propterea capitale fit, vel non fit diminutum. Hæc autem liquidatio non potest breviter, & summarie fieri, cum debeat præcedere calculatio, quæ ex se difficilis est, & tarda, & infinitis ambagibus involuta.

26 Ad secundum, & tertium argumentum responde, præsumi quidem negotiationem lucrosam, & capitale societatis salvum; sed non sat esse istam præsumptionem, ut ex illa possit fieri executio, cum contra illam possit ex calculo constare contrarium, executio autem debet fieri pro quantitate certò debita, & liquida, & de qua non per præsumptionem, sed per instrumentum visibile, & legibile constet.

\*\*\*  
SUMMA DISPUTATIONIS VIII.

- 1 **V**arietas Doctorum circa difficultates hujus disputationis.
- 2 Interesse est æstimatio illius, quod alicui abest culpa alterius, aut causa.  
Interesse est damnum emergens, aut lucrum cessans, ibi.  
Multa discrimina versantur inter duo ista genera interesse, ibi.  
Non est par conditio ejus, qui damnum sentit, & ejus, qui lucrum non capit, ibi.



- Amisio fructuum potius adscribenda est damno emergenti, quàm lucro cessanti, ibi.*
- 3 *Contra inopem, & decoctum currit interesse damni emergentis, sed adversus eum non habet locum interesse lucri cessantis.*  
*Ille, à quo exigitur lucrum cessans debet esse solvendo, ibi.*
- 4 *interesse in genere in omni contractu promitti potest.*
- 5 *Interesse potest deberi absque mora debitoris, dum tamen deducatur in pactum.*
- 6 *Taxatio certi interesse in sex casibus frequentius adjicitur.*
- 7 *Taxatio interesse exposita est usuraria pravitati.*  
*Usura omni jure est vetita, ibi.*  
*Usura est lucrum ex mutuo vero, vel interpretativo, ibi.*

\*\*\*

## DISPUTATIO VIII.

Utrùm instrumentum obligationis pro interesse liquido taxato ab initio contractus possit executioni mandari absque alia probatione?

**I**rum est quantum Doctores varent in extricatione difficultatum, quas involvit præsentis disputationis titulus. Sunt autem duæ. Prima, utrum interesse inter contrahentes possit taxari ab initio contractus. Secunda, dato quòd possit, & interesse taxatum sit, & de illo fiat instrumentum, utrum possit executioni mandari pro interesse taxato ab initio contractus, absque alia ulteriori probatione.

2 Oportet autem ad utriusque examen præmittere. Primò, interesse, seu id, quod interest, non esse aliud, quàm æstimationem ejus, quod alicui abest alterius culpa, aut causa, seu quia damnum recepit amittendo sua, seu quia lucrum non acquisivit. Sic norat Calvinus in *lexico, verb. Interesse*, prosequitur Hermosilla ad *glossam 4. ex n. 7. in l. 10. tit. 1. p. 5.* Itaque tunc alicujus dicitur interesse, cum ei alterius culpa, aut causa, quod habet adimitur, quod est damnum, aut quod erat acquisiturus, non ac-

quirit, quod est cessare lucrum. Quo fit, ut interesse sit aut damnum emergens, aut lucrum cessans, *l. non utique 3. §. fin. ff. de eo, quod certo loco, l. si commissum 13. ff. rem ratam haberi, l. quidquid 7. C. arbitr. tut. l. unica in fin. C. de sent. qua pro eo, quod interest proferunt.* Versantur autem multa, magnaue discrimina inter duo ista genera interesse, videlicet inter interesse lucri cessantis, & damni emergentis, *l. proculus 26. in fin. ff. de damn. infect.* Non est enim par conditio ejus, qui damnum sentit, seu debitum amittit, & ejus, qui lucrum non capit, *l. ad si quis 14. §. Sed et si res, ff. de religiof. & sumpt. funer. l. ult. §. Si quis verò, C. de codicill. l. scimus ultima, §. Sin verò creditores, C. de jur. deliber. l. ultima, §. Sin autem, C. de acquir. possess.* Et inde oriuntur diversi effectus, quos considerat Bald. in *Auth. perpetua, n. 2. C. de Sacrosf. Eccles.* Paulus de Castro *conf. 37. ut benè attingatur, n. 5. 2. p.* Petrus de Ancharr. *conf. 37. contra Joann. n. 2.* Decius *conf. 410. in causa mota, n. 4.* Gregor. Lopez in *l. 2. tit. 1. p. 4. gloss. 2.* Petrus Barbosa in *l. 2. in princip. 1. p. n. 48. ff. solut. matrim.* Gasp. Roderic. *de annuis reddit. lib. 3. q. 5. ex n. 20.* Cacheran. *decis. 95. n. 42.* Franch. *dec. 101. n. 7. & 8.* Magonius *decis. Florentina 132. n. 15.* Salon. *de justit. & jur. tom. 2. q. 78. art. 2. controuv. 9. n. 2.* Scaccia *de commerciis, §. 1. q. 7. p. 3. ampliat. 8. ex n. 271.* Thusc. *litt. D. concl. 14. & litter. L. concl. 453.* Castillo *quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. n. 22. & ex n. 78.* Dum tamen advertas, amisionem fructuum potius adscribi damno emergenti, quàm lucro cessanti, ut notarunt Rodriguez *d. q. 5. n. 26. vers. Hoc tamen, Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 67. n. 22. & tom. 2. cap. 387. n. 7.* Ponte *decis. 34. n. 36. in fin.* Seraphin. *decis. 1284. n. 2. & 3.*

3 Inter quæ discrimina illud est notatione dignum, quod usufrequentissimum esse solet, ut tamen contra inopem, & decoctum currat interesse damni emergentis, adversus eum tamen locum non habeat interesse lucri cessantis, ut docuit D. Antonin. *2. p. summ. tit. 1. cap. 7. §. 22.* Angel. Clavarius in *summa, verb. Pæna, n. 13. in fin.*

*fn. Sylvest. in summ. eodem verb. n. 18. in fn. Rebuff. in repet. l. unic. C. de sent. qua pro eo quod interest, gloss. 1. n. 56. & in gloss. proferuntur, n. 49. & in gloss. ult. n. 32. Conradus de contractib. q. 31. & q. 85. Afflictis decis. 29. n. 3. Minadous decis. 17. Bellonus decis. 99. n. 2. & 3. Martha decis. 165. n. 10. Seraphin. decis. 1434. Thuscus littera L. concl. 453. n. 11. Rolandus conf. 35. n. 25. vol. 1. Gutierr. de juram. confirmat. 1. p. cap. 2. num. 4. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 119. n. 3. Riccius collectan. 1432. Burfatus conf. 68. n. 2. & 40. lib. 1. Scaccia de commerc. §. 1. q. 7. p. 2. ampliat. 8. n. 100. Hævia Volano de commerc. lib. 2. cap. 2. n. 14. Visconte concl. juris, verb. Interesse, col. 3. Et ratio est, quia una ex conditionibus, quas Doctores requirunt, ut possit justè exigi interesse lucri cessantis, est, ut ille, à quo est exigendum, sit solvendo, à paupe verò, & inope exigi non potest, ut notarunt Angel. ubi supra, Salon. d. art. 2. controvers. 8. n. 18. Joann. Medina de rebus per usuram acquisitis, q. 3. col. 13. §. conditiones, vers. 5. conditio, Salas de contract. tract. de usuris, dubio 20. n. 13. ubi alios refert, Gaspar Rodericus de annuis reddit. lib. 3. q. 8. n. 20. Filliuc. moral. quest. tom. 2. tract. 34. 2. p. cap. 5. n. 105. vers. 2. conditio, Bonacina Theologia moral. tom. 2. tract. de contractibus, disp. 3. q. 3. puncto 7. n. 2. §. Secunda conditio est.*

4 Secundò præsupponendum est, in omni contractu posse stipulari, & promitti interesse, in genere non taxatum, neque reductum ad certam quantitatem: veluti si quis promittat damna, & expensas, & interesse, nisi faciat, aut nisi solvat quod promisit. Quamvis enim quidam dubitaverint, an possit interesse lucri cessantis etiam in genere in pactum deduci, quos commemorat Molina de justitia, tract. 2. disp. 315. n. 10. in communiorem sententiam itum est, ut de hoc nulla jam sit probabilis dubitatio. Hoc autem interesse incertum, & illiquidum, postquam promissionem non implevit debitor, liquidatur, & ex incerta quantitate per probationes reducitur ad certam, & liquidam. Sed difficultas est solum

de interesse certo, & ad certam quantitatem reducto, an possit ab initio contractus stipulari, & promitti, veluti si quis promittat, interim dum non solvat quantitatem centum ducatorum mutuo acceptorum, solvere singulis annis ad rationem septem pro centenario ultra sortem principalem ratione interesse.

5 Tertiò deinde statuendum est tanquam certius, & probabilius juxta sententiam communiorem Theologorum, & Juristarum, interesse, & posse deberi, & stipulari, & promitti etiam absque mora debitoris, dum tamen verè interfit. Quamvis enim regulariter verum sit, non deberi interesse, nisi à tempore moræ, l. socium qui 61. cum glossa ibi, ff. pro socio, l. 3. §. fin. ff. de eo quod certo loco, l. cum quidam 17. in princip. ff. de usuris. Stephanus Forcatulus tract. de mora, 2. p. ex n. 1. Cagnolus in l. curabit, n. 52. & 53. C. de act. empt. Carrocus in additionib. ad consil. Decii 116. ex n. 12. Sotus de just. & jure, lib. 6. q. 1. art. 3. concl. 4. Salas de contractib. tract. de usuris, dubio 18. n. 4. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. 2. p. ampliat. 8. ex n. 100. Castillo quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. ex n. 57. Hermosilla ad gloss. 4. n. 21. l. 10. tit. 1. p. 5. verum tamen id ita intelligendum, & limitandum est, si interesse non sit in pactum deductum. Nam si in pactum deducatur, debetur etiam absque mora, tam interesse damni emergentis, quam lucri cessantis, ut adnotarunt Cajetan. 2. 2. q. 62. art. 4. & q. 73. art. 2. sup. solutione ad 1. & in summ. verb. Usura, vers. Quartus casus, & vers. Quintus casus. Navarrus in Manuali, cap. 17. n. 211. vers. Et quod inter omnes, & in commentario de usuris, super cap. si funeraveris 14. q. 3. notab. 15. n. 42. & 43. cum seqq. Covarr. lib. 3. var. cap. 4. n. 5. vers. Item & illud. Barbosa in l. 2. in princ. 1. p. n. 48. circa finem, ff. solut. matrim. Gasp. Roderic. de annuis reddit. lib. 3. q. 8. ex n. 14. Salon. de just. & jure, tom. 2. q. 78. art. 2. controvers. 8. n. 9. qui refert plurimos, & dicit, esse communiorem sententiam Theologorum, & Jurisperitorum, & n. 10. & controvers. 9. latè ex n. 16. Molina de justitia, tract. 2. disput. 315.

ex n.9. Lessius *de justit. & jur. libr. 2. cap. 20. dubit. 11. ex n. 88. Salas ubi supra, & dub. 19. ex n. 2. Azor. instit. moral. 3. p. lib. 7. tit. de mutuo, cap. 7. q. 3. §. Secunda est sententia, qui plurimos allegat, Filliuc. moral. quest. tom. 2. tract. 34. p. 2. cap. 4. n. 69. & 78. Bonacina Theolog. moral. tom. 2. tract. de contractib. disp. 3. q. 3. punct. 4. n. 2. & n. 12. Hermosilla in d. gloss. 4. n. 22. in l. 10. tit. 1. part. 5.*

6 Quartò præsupponendum est, taxationem certi interesse in sex casibus frequentius adjici solere. Primò in promissione facti, ut si quis promittat scribere librum, aut construere domum, quod si non fecerit, se obliget ad solvendum centum nomine interesse. Secundò, in contractu constitutionis dotis, ut si pater uxoris promittat dotem genero, & interim, dum eam non solvit,olvere ad rationem quinque, vel septem pro centenariò. Tertiò, in restitutione dotis; ut si hæredes mariti obligati ad restituendam dotem mille ducatorum viduæ, conveniant cum illa de solvendo illi ad rationem quinque, vel septem pro centenariò, dum dotem non restituant. Quartò, in emptione, & venditione: ut si venditor stipuletur ab emptore, dum pretium non solvit interesse ad rationem septem pro centenariò. Quintò, in mutuo, ut si mutuator stipuletur à mutuatario tempore mutui quinque, vel septem pro centenariò pecuniæ mutuatae singulis annis ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, dum pecuniam mutuatam non restituerit. Sextò, in cambio: ut si campfor ab initio cambii taxaret decem, vel quindecim pro centenariò usque ad primas nundinas; & recambia ad eandem, vel majorem rationem.

7 Quintò, tandem advertendum est, totam difficultatem hujus dispositionis ex eo ortam esse, quòd taxatio interesse ferè in omnibus istis contractibus exposita, & obnoxia sit usurariæ pravitati, eamque sapiat, & videatur usuris occultis, & paliatis locum facere, sub specie justii contractus super interesse. Quæ personata usurarum imago magnum hiatum, & voraginem usu-

Tom. II.

ris non à multishinc annis patefecit, si credimus Dominico Soto *de justitia, & jure, lib. 6. q. 1. art. 3. paulò ante quintam conclusionem.* Nam cum usura, quæ omni jure vitata est ( ut animadvertit priore tom. tit. 1. disp. 3. n. 11. 12. & 24. & præter eos, quos ibi retuli, notat Corrasius, *Miscellaneorum lib. 7. cap. 10.* ) non aliud sit, quàm lucrum ex mutuo vero, vel interpretativo, & virtuali, ut docent, & explicant Soto *d. lib. 6. q. 1. art. 1. in princ. col. 2. Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 2. versic. Hinc justissimè, Raudensis de analogis, cap. 12. n. 23. & 24. Riccius collectan. 1438. Tepatus in compendio variar. tit. 170. in princ. versic. Usura, Molina de justitia, tract. 2. disp. 303. ex num. 5. Bañes 2. 2. q. 78. art. 1. in comment. tit. de diffinitione usurae, versic. Pro harum diffinitionum, Lessius de justit. & jure. lib. 2. cap. 20. dubitat. 3. ex n. 18. & n. 21. Rebellus de obligat. justit. 2. p. lib. 8. q. 1. n. 2. & 3. Salas de contract. tractat. de usuris, dub. 1. n. 3. Filliucius moral. quest. tract. 34. 1. p. cap. 10. n. 216. & 2. p. cap. 1. n. 3. & 4. & in quinto ex prædictis casibus interveniat mutuum verum, & formale, in aliis, excepto primo, mutuum virtuale, & interpretativum; etenim quoties datur dilatio ad solvendam pecuniam, videtur pecunia mutuo data, sit, ut cum quidquid ultra sortem accipitur, sit usura, verendum sit, nè sub nomine interesse exerceatur usura, quæ à Christiana Republica exterminanda est. Et majoris claritatis gratia hanc disputationem dividemus in sequentes sectiones.*

\*\*\*

#### SUMMA SECTIONIS I.

- 8 **D**octores requirunt diversas conditiones, ut possit exigi interesse.
- 9 Non potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicujus interesse.
- 10 Judices, qui condemnant reum ad interesse petitum, sine ulla probatione errant gravissimè in re gravi, & periculosa, struuntque viam usuris.

## SECTIO I.

De necessitate probationis ad exactionem ejus, quod interest, judicialem.

8 **O**Mnes Doctores, qui de interesse tractant, seu damni, seu lucri, diversas condiciones requirunt, ut interesse exigi possit, tam quoad forum internum tuta conscientia, quam quoad forum externum salva justitia. Ita invenies apud Doctores hucusque allegatos in hac disputatione, & Joann. Medina *tit. de rebus per usuram acquisitis, q. 3. §. condiciones igitur*, & cæteros Theologos, qui loquuntur de foro interno. Nos agimus de foro externo, verum de foro externo Catholicorum hominum, qui vivimus in Republica non permittere usuras, nec eas dissimulante, sed puniente, & exterminante, earumque personarum vultum cupiente detegere, addita Catholicæ doctrinæ, abhorrentequæ ab hæreticorum dogmatibus.

9 Prima igitur conclusio sit, & regula in hac materia, non potest fieri condemnatio interesse sine probatione, qua constet alicujus interesse, vel ratione damni, vel ratione lucri. Hæc conclusio sic intellecta de interesse in genere abstrahendo à taxato, vel non taxato, & ab hac, vel illa probatione, apud omnes absque difficultate recipi debet. Et probatur quoniam interesse est quid facti, *l. quatenus 25. ff. de regulis juris*, ubi notat Decius *ex n. 1.* Cagnol. *ex n. 6.* Ignæus *n. 85.* Revardus, *statim in princ.* Alciatus *de eo, quod interest, cap. 2. n. 14.* Rebuffus *in repet. l. unica, C. de sent. qua pro eo, quod interest. gloss. ad verb. Prout, n. 6.* Facta autem non præsumuntur, nisi probentur, *l. si emancipati 9. C. de collat.* notat Catellianus Cotta *in memorial. verb. Faeta*, Rebuff. *in repet. l. divus notab, 3. n. 24. ff. ad Sillanian.* Balb. *tract. de præscript. 1. p. 4. princ. q. 3. n. 3.* Molina *de primog. lib. 4. cap. 7. n. 33.* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 14.* Mascard. *de probat. tom. 2. concl. 733. faeta*, Thusc. *litt. F. concl. 10.* Barbos. *in l. Titia, n. 110. ff. solut. matrim.* August. Barbos.

*axiomate 93. n. 27. & 28.* & passim hæc regula observatur ab omnibus. Quare ad obtinendum in petitione interesse, probationem requirunt, *Glossa in cap. dilecti 17. verb. Cum justis, & moderatis expensis, de foro compet.* Alberic. *in l. 1. n. 31. C. de Summ. Trinit. & Fide Cathol.* Decius *in d. l. quatenus, ex n. 5.* Ignæus *ex n. 86.* Cagnol. *n. 6. & n. 14. cum seqq.* Bartol. *in l. unica ex n. 29.* Cynus *ex n. 26.* Albericus *ex n. 27.* Bald. *ex n. 27.* Salic. *ex n. 28.* C. *de sent. qua pro eo, quod interest*, Rebuff. *ibidem gloss. in verb. In aliis, n. 40.* ubi dicit, notandum perpetuò in praxi, & *gloss. in verb. Subtilitatem, ex n. 1. & gloss. ult. ex n. 25. n. 34. & n. 55.* Paulus de Castro *conf. 219. in causa, qua vertitur, n. 2. vol. 2.* Afflictis *decis. 20. & decis. 284. n. 2. & 3.* Franchis *decis. 21. n. 5.* Puteus *decis. 231. die 13. Januarii, lib. 1.* Gamma *decis. 110. n. 20.* Mohedanus *decis. 2. de usuris, aliàs decis. 103. & decis. 3. eodem tit. aliàs decis. 208.* Seraphin. *dec. 186.* Mascard. *de probation. vol. 2. concl. 934.* Agenti *ad interesse, ex n. 1.* Barbosa *in l. 2. in princ. 1. p. n. 51. in fin. & n. 52. ff. solut. matrim.* Hermosilla *ad l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 48. & 311.* Escobar *de Ratiocin. p. 1. cap. 15. ex n. 6.* Gaspar Roder. *de annuis reddit. lib. 3. q. 5. ex n. 21. & q. 10. n. 12. in fin. cum seqq.* Castillo *quotid. controvers. lib. 2. cap. 1. n. 47.* qui ait, hoc esse certissimum, & in eo nullum Doctorum dissentire, & quamplurimi alii, quos inferius sectionibus sequentibus, præsertim 6. referemus.

10 Ex qua conclusione infertur, Judices, qui condemnant reum ad interesse petitem, sine ulla probatione, errare gravissimè in re gravi, & periculosa, struereque viam planam, & expeditam usuris, in magnam Dei offensam, Reipublicæque Christianæ detrimentum; & proinde ut judicantes ex capite contra omnium DD. dogmata, & juris principia teneri ad restituendum, & resarciendum damnum illatum condemnato. Neque hac in re excusabuntur stylo, quem vocant, aut consuetudine, quæ non solum non est rationabilis, sed est potius manifestissimus error, ac proinde in consequentiam non adducendus,

duſ, juxta textum in l. quod non ratione 39. ff. de legibus. Maximè cum ſit materia tangens jus naturale, contra quod nullus ſtylus poteſt prævalere. Natus autem eſt ex eo, quod qui hunc, quem vocant ſtylum in praxim admiferunt, neque legerunt Doctorum ſcripta, neque expenderunt maxima incommoda inde provenientia, & ſic decepti ſunt à Diabolo, qui non aliud ambit, quàm charitate inter Chriſtianos refrigerata inter eos introducere uſuras ſub honeſti nominis velamento, ab hæreticis noſtri temporis approbatas, Catholicis moribus exoſas, & damnatas: tantò nocentiores, quanto occultiores ſerpunt honeſtate nominis ejus, quod intereſt, paliatæ. Certiſſimè enim hæc Reſpublica Neapolitana, imò, & totum Regnum, ob iſtas inconfideratas condemnationes interuſuriorum cujuſvis debiti in maxima verſatur calamitate, & pernicie, & paulatim prolabitur in interitum, & depopulationem, devorante illa voraciſſima bellua, quam ex Ariſtophane in nubibus commemorat, Alciat. in l. uſura 121. n. 3. ff. de verbor. ſignific. niſi quòd Vulpes veſtitur pelle Leonis, uſura, inquam, vocatur intereſſe.

SUMMA SECTIONIS II.

- 11 **C**asus iſtius ſectionis eſt facilis.  
 12 In promiſſione facti poteſt promitti intereſſe certum taxatum à partibus ex conventionione.  
 13 Recepta eſt Tribunalium ſuperiorum conſuetudo, ut pœna conventionalis non exigatur, niſi quatenus cum vero intereſſe concurrat.  
 14 Pœna promiſſa in obligatione facti non exigitur, niſi culpa promiſſoris factum non impleatur.  
 15 Taxatio intereſſe in promiſſione facti, non valet in vim conventionis, ſed in vim probationis.

SECTION II.

De intereſſe taxato in initio contractus, in quo promittitur factum.

11 **I**ſte casus tantò eſt magis facilis, quantò plus diſtat à ſuſpitione uſurarum, nam in hoc contractu, in quo promittitur factum, nulla cernitur imago mutui veri, vel interpretativi.

12 Sit igitur ſecunda conclusio, quando promittitur factum, casu, quo non fiat, poteſt promitti, aut ratione pœnæ conventionalis, aut ratione intereſſe, certa quantitas taxata ex partium conventionione. Probatum aperte ex textu in l. in ejuſmodi ultima, ff. de Prætor. ſtipulat. de quo casu egi ſuperius eod. tit. diſp. 3. n. 23. Ubi reſolvi, quoniam in eo nulla invenitur uſuræ ſuſpicio, poſſe exigi hanc pœnam, vel intereſſe à ſtipulatore, nulla requiſita probatione ex parte ejus, quod tanti interſit, quantum in ſtipulatione continetur, modo pœna non ſit exceſſiva, & intereſſe non tranſcendat lucrum, & damnum veriſimile. Neque oportere hac in re ſcrupuloſius verſari, cum nullus adſit uſuræ paliatæ timor, juxta ſententiam Grammatic. deciſ. 58. n. 6. & 8. & doctiſſimi D. Franciſci Sarmiento, libr. 3. ſelectarum, cap. 6. n. 11.

13 Animadverti quoque d. diſput. 3. n. 22. receptiſſimam eſſe, invaluiſſeque multorum ſuperiorum Tribunalium conſuetudinem, ut pœna conventionalis non exigatur, niſi quatenus cum vero intereſſe concurrat. Tandem admonui, poſſe, & debere admitti promiſſorem ad probandum, ſi id offerat, nihil, aut multo minus interfuiſſe ſtipulatoris, quàm in ſtipulatione contineatur, id enim omni probationi commune eſſe, ut recipiat aliam meliorem probationem in contrarium, quod etiam animadvertit Menchaca quaſt. uſufrequent. libr. 3. cap. 60. n. 26. Ex quo conſequens eſt, ut inſtrumentum obligationis facti pro intereſſe taxato, non poſſit ſtatim executioni mandari, niſi poſt admiſſam rei probationem, aut quia nihil probet, aut quia ex pro-

batione non constet, interesse esse minus, quàm in contractu fuerit expressum, cum ante non possit dici liquidum.

14 Illud oportet meminisse, si in obligatione facti adjiciatur poena, poenam non posse exigi, nisi culpa promissoris factum non impleatur, ut si casu fortuito, sine culpa promissoris adveniat impotentia, aut insuperabilis difficultas. Nam poena sine culpa esse non potest, *l. alius est fraus* 131. *ff. de verborum significat.*

15 Ex prædictis manifestum est, taxationem interesse à principio in obligationibus facti, non valere in vim conventionis, cum sit de facto futuro, cujus contra-hentes non possunt esse certi. Nam quis poterit certo scire, quanti sua intererit factum promissum factum non esse, nisi sit divinator, aut profeta? Valet igitur ista taxatio in vim probationis, juxta elegantissimam Menchacæ adnotationem, *ubi supra n. 25.* quam iterum habebimus obviam *infra n. 88.* & inde provenit, ut admitti debeat ex altera parte probatio contraria.

\*\*\*

### SUMMA SECTIONIS III.

- 16 **P**atres cum constituunt dotes filiabus, promittunt genero dotem accepta dilatione ad solvendum, & se obligant interim dum solvunt ad solvendum certum interesse.
- 17 Qui sentiant, hoc pactum esse usurarium. Pactum de recipiendo aliquid ultra sortem est usurarium, *ibidem.*
- 18 Contrariam sententiam qui amplectuntur.
- 19 Multi requirunt, ut maritus sit negotiator, ut possit exigere interesse dotis taxatum à principio.
- 20 Textus in cap. salubriter, de usuris, probat secundam sententiam.
- 21 Pro explicatione cap. salubriter, distinguuntur duo casus.
- 22 Dos constituitur marito, ut sustineat onera matrimonii.
- 23 Maritus cui non solvitur dos incurrit damnum ex amissione fructuum.  
In traditione pignoris pro dote solvenda subintelligitur tacite pactum de lucrandis fructibus, *ibidem.*

24 Dote constituta in pecunia tacite actum videtur, ne pecunia conservetur otiosa, sed implicetur.

25 Maritus non tenetur uxorem alere quandiu illi dos promissa non solvitur.

26 In promissione dotis potest adhiberi pactum de certo interesse solvendo interim dum dos non solvitur, & quomodo id intelligatur.

27 Statutum, quo taxaretur certa quantitas interesse solvenda marito interim donec dos non solvitur, esset justum.

\*\*\*

### SECTIO III.

De interesse taxato in constitutione dotis à principio inter maritum, & dotantem.

16 **S**olent patres, cum promittunt genero dotem filia, accepta dilatione ad solvendum capitale, dum ea gaudent, promittere certam quantitatem annuam solvendam ad rationem septem, vel octo pro centenario. De quo contractu dubitatum est apud Doctores, tum justitiam, tum circa executionem.

17 Prima sententia est, ejusmodi pactum esse usurarium, & inefficax, ac proinde interesse taxatum ab initio in constitutione dotis non posse peti. Ita sentit Joannes Andreas in cap. salubriter 16. n. 1. de usuris, & ibi cum sequuntur Joan. de Anania n. 5. ex vers. Quid autem si ille, & n. 6. Zabarella *ibid.* in fine capituli, Butrius n. 6. D. Antonin. 2. p. summa, tit. 1. cap. 7. §. 27. Ancharr. cons. 150. in q. qua veritur, n. 4. Laurentius de Rodulfis in cap. consuluit, de usuris, q. 53. n. 36. Ambrosius de Vignate *ibid.* n. 13. & 14. tom. 7. tract. Alex. cons. 221. super tit. quest. n. 7. vers. Nec prædictis, lib. 2. Decius cons. 3. n. 5. concl. 39. juridicam, n. 5. & consil. 119. n. 7. vers. Secundo ad hoc, & in cap. cum venerabilis, num. 65. de except. Campegius tract. de dote, 2. p. q. 6. n. 1. in fine, Joannes de Imola in l. in insulam 43. §. usuras, n. 6. & 7. Paulus n. 4. Alex. n. 3. 4. & 5. ff. solut. matrim. Socinus cons. 88. n. 18. & cons. 130. n. 10. vol. 4. Laurentius  
Sil-

Silvanus *conf.* 10. n. 46. Craveta *conf.* 189. n. 7. *vers.* Quintus casus, juncto *vers.* Sed tamen subsistendum, Joann. Lupus in *cap. per vestras*, notab. 6. in princip. n. 8. ex *vers.* Et hinc est, & §. 8. n. 3. & n. 6. de donat. inter, Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 15. 16. & 17. ubi concludit, taxationem nihil valere factum à principio, & interesse peti non posse, tanquam ex pacto foeneratio, nisi testibus, vel instrumentis probetur verum interesse, Catellianus Cotta in *memoral. verb. Dos solut. matrim. vers.* An autem possit recipere. Valascus *consul.* 8. n. 5. tamen si agnoscat praticari contrarium, Mascardus de *probationib. vol. 1. concl.* 934. n. 33. Graffis de *exceptionib. except.* 28. n. 73. Fundamentum non est aliud, quam quod pactum recipiendo aliquid ultra sortem, sit usurarium, cum usura sit lucrum ex mutuo vero, vel interpretativo. In hoc vero casu cernatur mutuum interpretativum, cum detur dilatio ad solvendam sortem principalem. Ac per consequens hoc pactum censetur adjectum in fraudem usurarum paliatarum sub nomine interesse.

18 Secunda sententia ait, pactum de certo interesse in constitutione dotis, dum capitale non solvitur, esse licitum, & proinde illud interesse deberi, peti, & exigi posse, dummodò sit moderatum, & verisimile. Hanc amplectitur Abbas Panorm. in *d. cap. salubriter* 6. n. 3. Ancharr. n. 3. de *usuris*, Baldus Novellus de *dote*, 7. p. privileg. 3. n. 3. & 4. Alex. *conf.* 31. & *conf.* 200. lib. 6. Sylvester in *summa, verb. Usura* 3. n. 3. Angelus *verb. Usura* 1. n. 25. in *fin.* Covarr. lib. 3. *variar. cap. 1. n. 3. vers.* 4. hinc poterit dici, qui pro eadem allegat, Adrianum Gabrielem, Joann. Majorem, Almaynum, Conradum, & alios, Molina de *primogen. lib. 4. cap. 5. n. 5.* & 6. Gasp. Roderic. de *annuis redit. lib. 3. q. 7. n. 44.* & n. 60. & q. 8. ex n. 14. *proprie* n. 18. Felician. de *cenfib. tom. 1. lib. 2. cap. 5. ex n. 21.* Gamma de *decis.* 272. & ad eum locum Flores de Mena, Messia de *taxa panis, concl.* 2. n. 76. & 77. Joseph Ludovic. *decis. Lucens.* 21. ex n. 17. Rota *diversorum, decis.* 244. 4. p. Rota apud Farinac. *decis.* 331. n. 5. 1. p. Vivius *decis.*

424. Graffis de *exceptionib. except.* 32. n. 86. Fontanella de *pactis nuptial. tom. 2. clausula 5. gloss.* 9. ex n. 1. Molinus de *pactis nuptial. libr. 3. q. 39. ex n. 1.* Navarrus in *comment. de usuris, notabili* 21. n. 67. Aragon. 2. 2. q. 78. art. 2. in *explicatione super solutione ad 6. §. quare bis sententiis omisissis, vers.* Ex hoc infero 1. Bañes *ibid. in comment. super d. solut. ad 6. argumentum D. Tn. §. item sequitur tertia conclusio*, Salon. in *eodem art. 2. controvers.* 14. n. 5. §. *sequitur tertio, cum versiculis seqq.* Molina de *justitia, tractat.* 2. *disput.* 321. n. 17. Lessius de *justit. & jure, lib. 2. cap. 20. dubit.* 16. n. 142. in *fin.* Rebellus de *obligationib. justitiae*, 2. p. lib. 8. q. 12. n. 7. Salas de *contractib. tract. de usuris, dub.* 29. n. 8. Baeza de *non meliorandis ratione dotis filiabus, cap. 25. n. 8.* quamvis non loquatur de interesse taxato, ait, hoc interesse dotis non solute deberi marito, etiam si non sit mercator, neque solitus negotiari, quod animadvertit quoque Gaspar Roderic. d. q. 8. n. 17. adjiciens rationem. Quoniam quòd quis sit solitus negotiari, requiritur, ubi agitur de interesse lucri cessantis, juxta communem traditionem Doctorum in *l. 3. §. nunc de officio ultimo, ff. de eo, quod certo loco*, secus ubi agitur de interesse damni emergentis, quod debetur damnum passo, etiam non solito negotiari, *l. proinde 22. l. inde Neratius 23. ff. ad l. Aquil.* juxta egregiam adnotationem Cagnoli in *l. unica, n. 48. C. de sent. quae pro eo quod interest*, & Mascard. in *d. conclus.* 934. n. 16. Aragon. 2. 2. q. 78. art. 2. in *explicatione ad fin. §. quare his sententiis omisissis.* Maritus verò, cui dos non solvitur, versatur in damno, quod incurrit sustinendo onera matrimonii sine dote, in quo planè deceptus videtur, *l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. causa data.*

19 Oportet autem animadvertere ex Doctoribus hanc sententiam sequentibus, antiquiores, videlicet Abbatem, Ancharr. Baldum novellum, Alexandrum, Sylvestrum, Angelum, & ceteros, qui requirunt, ut possit exigi hoc interesse taxatum eam conditionem, ut maritus sit negotiator, planè requisituros etiam, ut hoc interesse exi-



gi possit, probationem hujus qualitatis in marito, quod sit solitus negotiari. Reliqui verò, qui hanc qualitatem non requirunt, videntur nullam aliam probationem requirere, cum de qualitate illa, quod interesse sit moderatum, & verisimile notoriè constet, præcipuè si iste contractus celebretur in Civitatibus, aut Provinciis, in quibus frequentatur emptio censuum, seu annorum reddituum, & suppetunt frequentes occasiones similium emptionum, ut animadvertit Covarr. *lib. 3. variar. d. cap. 1. n. 3. versic. Sexto hinc in fin.* agens de interesse taxato in restitutione dotis, quod etiam ad constitutionem rectè potest extendi.

20 Fundamentum hujus sententiæ est *textus in capite salubriter de usuris*, quo statuitur generum recipientem pignus fructiferum pro dote non soluta, non obligari ad fructus pignoris in sortem computandos, sed eos habere posse præcipuos ultra sortem, quousque illi dos solvatur pro sustentandis oneribus matrimonii. Cum tamen regula sit in contrarium, nempe fructus ex pignore collectos, computandos esse in sortem principalem debitam, eamque diminuere, *l. 1. & 2. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pignor.* alioqui fructibus pignoris in sortem non computatis committi usuram, *cap. cum contra 6. de pignor. cap. 1. & 2. cap. conquestus 8. de usuris*, Petrus Gregorius *tract. de usuris, lib. 2. cap. 9. ex n. 1. Salas de contract. tractat. de usuris, dub. 28. ex n. 2.* Ex ratione autem illius *textus in d. cap. salubriter 16. de usuris*, planè colligitur, idem fore si gener stipuletur à focero, dum dotem non solvit, certam annuam pecuniam pro sustentandis matrimonii oneribus, ut videlicet istam quantitatem sic receptam non teneatur excomputare in solutione capitalis dotis, sed eam possit habere præcipuam. De hujus *textus* expositione latè agit Petrus Gregorius *tractat. de usuris, lib. 2. cap. 12.* Gaspar Roderic. *de annuis reddit. lib. 3. q. 7. ex n. 41.* Felicianus *de censibus, tom. 1. lib. 2. cap. 5. ex n. 20.* Navarrus *in comment. de usuris, ex n. 64.* Barbosa *in l. de divisione 5. num. 1. ex versic. Infertur etiam, ff. solut. matrim. Aven-*

*dañus de censibus cap. 10. ex n. 1.* Negusant. *de pignor. 5. p. membr. 5. n. 16.* ultra ordinarios, & præcitatos Doctores.

21 Ego existimo, secundam sententiam esse probabilioram. Verùm pro majori ejus explicatione, & reddenda ratione *textus in d. cap. salubriter*, qui apud Doctores reputatur difficilis, in primis adverto, distinguendos esse duos casus. Primus est, quando dos promittitur genero in bonis stabilibus fructiferis, puta, domo, fundo, annuis introitibus, ex quibus omnibus fructus percipiuntur, quo possint onera matrimonii sustineri, quibus supportandis frequentius dotis fructus non sufficiunt, ut rectè consideravit Innocentius author *textus d. cap. salubriter*. Secundus est, quando dos promittitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis est, & fructus habere non potest, *l. usura 121. ff. de verbor. signific.* quo fit, ut acquisitio lucri ex pecunia præter naturam sit, docente Aristotele *lib. 1. Politicorum, cap. 7.*

22 Secundò deinde adverto, dotem constitui marito in matrimonio, ut ejus onera sustineat, dum matrimonium durat, *l. pro oneribus 20. C. de jure dotium*, videlicet, ut uxorem alat cum familia, educet filios, & omnia ut diligens paterfamilias administret; illo verò finito, dotem integram uxori, aut hæredibus ejus restituat, ac proinde illam constante matrimonio conservet. De istis, & aliis oneribus matrimonii latè agit Petrus Gregorius *in synagmate juris universi, lib. 9. cap. 19. & 20.* onera verò, quæ hic commemoravimus retulit Dominicus Soto *de justit. & jure, lib. 6. q. 1. art. 2. post solutionem ad argumenta versic.* Igitur Adrianus, à quo quamvis dicere videatur, non distat, Salon. 2. 2. tom. 2. q. 78. art. 2. *controvers. 14. n. 3.* & alii, ut Navarr. *comment. de usuris, n. 65.*

23 Ex quibus planè fit, ut in primo ex supradictis casibus, si dos statim non solvatur, maritus incurrat damnum amissionis fructuum, quos ex bonis stabilibus in dotem promissis percepturus erat, & ex quibus oneribus matrimonii satisfacere debebat. Quæ amissio fructuum damnum est,

est, ut notavi *supra n. 2. in fine*. In hujus autem damni satisfactionem, & restorationem, mirum non est, si possit lucrari fructus pignoris pro securitate solutionis constitutæ dotis sibi dati, loco illorum, quos ex bonis stabilibus promissis in dotem erat percepturus. Idque nulla habita ratione, an sint plures, an pauciores, cum ferè semper fructus dotis non sufficiat ad onera matrimonii supportanda. Ac proinde non procul aberrant è vero, qui existimant in illa traditione pignoris pro solvenda dote dati, tacitè subintelligi pactum de lucrando fructibus ex pignore perceptis in locum percipiendorum ex dote, juxta adnotationem originalem Cajetani 2. 2 q. 78. art. 2. §. in responsione ad sextum argumentum. Navarrus in comment. de usuris, notabili 21. n. 65. versic. Quare videtur reddenda septima ratio, cum n. 66. Covarr. lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Secundo constat, Petrus Barbosa in l. de divisione 5. n. 1. in fine, cum n. 2. ff. solut. matrim. & Michaelis Salon. 2. 2. d. q. 78. art. 2. controvers. 14. num. 4. Salas de contract. tract. de usuris, dub. 29. n. 6.

24 In secundo verò casu, ubi dos constituitur in pecunia numerata, quæ ex se infructuosa est, est major difficultas, quam rectè expendit Salas ubi *supra d. n. 6. §. sed hac interpretatio*. Verum ex iis, quæ dicta sunt rectè expensis superatur. Nam cum pecunia dotalis detur marito, ut ex ea constante matrimonio ejus onera sustineat, soluto verò, eam restituat, tacitè actum videtur, ne eam conservet otiosam: alioqui ad nihil deserviret, si in arca servaretur, neque in aliquo maritum juvaret: si verò expenderetur capitale ipsum, onus restitutionis esset gravius, quam utilitas expensæ commoda. Traditur itaque marito, ut eam implicet, suo tamen periculo, vel in emptione stabilium reddentium fructus, vel in emptione reddituum annuorum, seu censuum, ex quorum redditibus onera matrimonii supportet, vel in aliqua lucrosa negotiatione, ex qua lucrum acquirat. Quod apertius solet caveri in capitulis matrimonialibus, quæ in hoc Regno fiunt: vix enim est, ut pecunia dotalis detur marito libe-

ra, & explicita, sed expressè cavetur, ut debeat implicari in emptionem stabilium, vel annorum introituum, tum ut sustententur onera matrimonii, tum ut securior sit tempore soluti matrimonii restitutio. Quo fine solet apud publicum Bancum deponi vinculata, ne inde extrahatur, nisi pro facienda simili emptione. Si igitur in contractu dotali, quo promittitur pecunia, tacite agitur, ut pecunia convertatur in emptionem rerum fructiferarum, aut in lucrosam negotiationem, ex quarum fructibus, & lucro sustineantur onera matrimonii, planum est, maritum dum illi non traditur dos etiam pecuniaria, carere fructibus, & lucro, quæ percepturus erat ex pecunia implicata, non secus ac careret fructibus dotis in rebus stabilibus consistentis, ac per consequens non secus percipere possit, & stipulari legitimè, & tuta conscientia, restaurandi hujus damni gratia, certam annuam pecuniam, dum illi dos non solvitur. Quod indicasse videtur Hostiens. in d. cap. salubriter, n. 5.

25 Adjicit Felicianus (& non displicet, quia cum hoc ipso coincidere videtur) d. lib. 2. de censibus, cap. 5. n. 20. §. pro vera tamen, maritum non teneri uxorem alere, quamdiu illi dos promissa non solvitur, cum eam possit à domo expellere, l. generaliter ultima, C. ad Vellejan. Alex. notavit cons. 56. n. 10. libr. 4. & in l. in insulam 43. §. usuras, n. 1. ff. soluto matrim. Socinus regula 315. aliàs litt. M. reg. 11. Boerius decis. 22. ex n. 1. Covarr. de matrim. 2. p. cap. 7. in princ. n. 2. qui tamen eam sententiam moderatur, & Rebellus, similiter eam limitans, de obligation. justitiæ, 2. p. lib. 5. q. 10. sect. 4. ex n. 29. Lara in l. si quis à liberis, §. si quis ex his, n. 50. ff. de liber. exhiben. Navarrus cons. 50. n. 3. de regularibus, Joann. Lupus in repet. cap. per vestras, notabili 3. in princ. ex n. 2. de donat. inter, Petrus Gregorius in syntagmat. juris, lib. 9. cap. 19. n. 3. Cacheran. decis. 132. n. 18. Aufferius ad decis. Tholos. 87. n. 3. Cum ergò maritus dote adhuc non soluta sustineat onera matrimonii alendo uxorem, & ejus familiam, quod non debebat, ut docet Gloss.

Gloss. in *Auth. de non eligendo secundo nubent. in §. illud quoque dudum, verb. Onera*, imponens sibi onus, & obligationem, ad quam non tenebatur, fit, ut pro illo onere possit licitè, & absque usuræ vitio recipere, aut fructus pignoris pro solutione dotis dati, aut certam annuam pecuniam, interim dum dos non solvitur promissam. Quemadmodum potest, qui pro alio fidei jubet pro subeundo onere fideiussionis, cui sponte se subicit, pretium conventum accipere, ut est commune Doctorum placitum, juxta textum in *l. si remunerandi 6. §. Maurus, ff. mandat. & in l. hoc jure 19. §. Labeo, ff. de donat.* Tradunt Covarr. *lib. 3. variar. cap. 2. n. 6. Avend. de exequend. mand. 2. p. cap. 12. n. 12. versic. Et videtur, in fin.* Didacus Perez in *Rubr. tit. 2. lib. 8. Ordinum. pag. 23. col. 2. versic. Quæro successive*, Valascus *consult. 18. Menesius in l. rem majoris 2. n. 27. C. de rescind. vend. idem Felician. de censib. tom. 1. lib. 1. cap. 10. n. 14. vers. Tum quia, & ubi supra*, Gaspar Roderic. *de annuis reddit. lib. 2. q. 12. ex n. 7. Molina de justitia, tract. 2. disput. 3 19. Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 16. tit. 2. Joann. Lupus de usuris, in cap. naviganti, comment. 3. §. 1. n. 19. Heringius de fideiussor. cap. 26. ex n. 119. Pirrus Maurus de fideiussor. 2. p. sect. 2. cap. 2. Caballus *resol. crimin. casu 285. Baeza de decima tutor. cap. 2. n. 82. Surdus conf. 316. vol. 3.* Quo fit, ut dispositio *d. cap. salubriter*, procedat ex particulari natura contractus dotalis, non ex favore dotis, ut nonnulli sentiunt.*

26 His positis, fit tertia conclusio, in constitutione dotis potest is, cui promittitur, stipulari certam annuam quantitatem à focero, vel alio dotante, donec dos solvarur, & promittens ex promissione manebit obligatus, neque ad hujus obligationis executionem necessarium erit probare, quanti intersit stipulatoris. Ratio hujus conclusionis est, quoniam taxatio certæ illius quantitatis, quamvis videatur redolere interesse, quatenus solet conformari utilitati, quam maritus poterat percipere ex quantitate dotis implicata in emptionem annuorum reddituum, & in instrumento

soleat apponi verbum: *Pro interesse dotium, aut inter usurario*, revera non est taxatio interesse, sed ex natura contractus dotalis est quædam taxatio cujusdam adjumenti impensæ pro sustinendis oneribus matrimonii, quo dotans vult succurrere marito, interim dum non solvit dotem, quæ prædictis oneribus supportandis deservitura erat, & quasi quædam, *Ayuda de costa*, ut vulgò dicimus: seu subventio. In qua non scrupulosè, & minutatim cernitur, id quod interest stipulatoris sit ne plus, vel minus, sed promittitur habito respectu ad onera matrimonii, quibus suportandis ferè nunquam sufficiunt hæc, & alia subsidia, & utilitates ex dote, aut ejus occasione percepta, ut in *d. cap. salubriter*, testatur Pontifex. Ad eundem modum, quo taxantur alimenta, non habito respectu ad præcisam necessitatem ejus, qui alendus est, ita ut neque aliquid ex alimentorum impensa superfit, neque ad illam desit, quod esset strictissimum arbitrium, sed arbitrio paulò largiori, spectata necessitate alendi morali, non mathematica. Sic contingit in taxatione istius quantitatis in impensam onerum matrimonialium erogandæ, dum dos non solvitur. Non enim spectandum est, an mariti plus, minusve intersit, sed veluti transigeretur cum ipso, spectatis oneribus matrimonii super ipsis, quibus sponte se subjecit, quæ tamen subire ante solutam dotem iniquum esset, nisi accederet spontanea voluntas, juxta text. in *l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condi. causa data, & glossam in verb. Onera, in Authent. de non eligend. secund. nubentes, §. illud quoque dudum*, ut ex prædictis manifestum est. Ita fit, ut decisio text. in *d. cap. salubriter*, contineat specialitatem ratione contractus dotalis, neque fundetur præcisè in interesse mariti, quæ ratio generalis esset, aptaque comprehendere quemlibet alium contractum, ut rectè monuit Navarr. *comment. de usuris, num. 64. 65. & 66.* Ex quibus etiam facilè diluitur fundamentum prioris sententiæ.

27 Hinc etiam deducitur, non fore iniquum, sed validum potius, & justum statutum, quo sanciretur, constante matrimonio

nio interim dum dos promissa marito non solvitur, ut detur illi à focero, vel alio dotante certa annua quantitas moderata, habito respectu ad quantitatem dotis, & matrimonii onera, quo illa sustineat. Ita sentit Cajetanus 2.2. q.78. art.2. §. in responsione ad sextum, versic. Et per eandem rationem, quem sequitur Covarr. lib.3. variar. cap.1. n.3. versic. Octavo hinc colligitur, admittens Cajetani opinionem, ubi ex causa frequentis emptionis annuorum reddituum quantitas in statuto contenta censeretur justum lucri cessantis interesse. Qua ratione attendita vidisse se refert sapsimè in Granatenfi Prætorio dotium promissores vocatos in iudicium damnari, ut intra decem, aut viginti dies dotalem pecuniam solvant, alioqui post eam diem constituent super proprio patrimonio redditum reddibilem ad rationem decem pro centenario, juxta quantitatem dotis, & Molina de justitia, tract.2. disput.321. n.18. Salas de contract. tract. de usuris, dub.29.n.17. Rebellus de obligationibus justitiæ, 2.p. q.10. sect.3. ex n.23. Cassanæus in consuet. Burgund. Rub.4. §.23. in princ. ex n.6. latè.

## SUMMA SECTIONIS IV.

- 28 **H**æredes mariti soluto matrimonio tenentur restituere vidua bona dotalia immobilia statim: mobilia verò infra annum dissoluti matrimonii.
- 29 Illicitum esse pactum hæredum cum vidua de solvendo certo interesse, donec dos restituatur, qui senserint.
- 30 Ratione damni emergentis, aut lucri cessantis recipi posse aliquid ultra sortem dotis.
- 31 Possè exigi interesse dotis, cum eisdem conditionibus, quibus licitè potest exigi interesse.
- 32 Distinguuntur duo casus, quando constituitur dos in bonis fructiferis: & quando constituitur in pecunia non numerata, & quid de utroque sentiendum.
- 33 Quid sit respondendum ad fundamentum contrariæ sententiæ.
- 34 Data dilatione hæredibus ad solvendam dotem, an possit taxari ab initio interesse.
- Tom. II.

- 35 Non posse interesse taxari ab initio, qui senserint.
- 36 In contraria sententiæ, taxationem interesse posse fieri ab initio, quinam fuerint.
- 37 Utrique conveniunt, non posse exigi interesse ex solo instrumento taxationis, nisi fiat probatio.
- 38 An interesse dotis non soluta, seu restitutionis retardatæ possit taxari per statutum.
- 39 Sententiæ negativa.
- 40 Sententiæ affirmativa.
- 41 Statutum posse imponere pœnam debitori moroso.
- 42 Interesse illiquidum posse taxari per legem.
- 43 Interesse tam lucri, quàm damni potest taxari, per conventionem inter viduam, & hæredes mariti, & exigi, si probetur, aut fuerit taxatum à statuto, ibidem.

## SECTION IV.

De interesse taxato in restitutione dotis convento inter viduam, & hæredes mariti.

28 **E**X dissolutione difficultatis tractatæ præcedenti sectione Doctores gradum faciunt ad difficultatem præsentem. Soluta enim matrimonio hæredes mariti defuncti debent restituere viduæ bona dotalia immobilia statim, mobilia verò infra annum à die dissoluti matrimonii, l. unica, §. exactio. C. de rei uxor. act. Ulpianus in fragmentis, tit.9. versic. Dos, ubi meminit antiquæ constitutionis, ut dos si in numero, pondere, aut mensura consisteret, annua, bima, trima die redderetur, nisi ut præsens redderetur, convenisset, quod correctum est à Justiniano in d. §. exactio. meminerunt Connanus comment. juris civilis, lib.8. cap.10. n.9. Cujacius in d.l. unica, §. cum autem, C. de rei uxor. act. Ubesembeckius in paratitla, ff. soluto matrim. n.6. Antonius Gomez in l.50. Tauri, n.46. Molina de justitia, tract.2. disput.322.n.3. Igitur dubitatum est, an si hæredes mariti moram faciant in restituenda dote, pacifici possint cum vidua, vel ejus hæredibus,

ut donec dotem non restituerint, solvant ad rationem quinque, vel septem pro centenario, sic taxato interesse dotis tardius solutæ.

29 Prima sententia negat, licitam esse conventionem inter hæredem mariti, & viduam, qua statuatur viduæ certa quantitas solvenda ultra dotem, dum ei dos non restituitur. Quidquid enim ultra dotem recipiat ratione retardatæ solutionis dotis, sive sint alimenta, sive pecunia, aut quodvis aliud lucrum esse usuram, etiam si in instrumento dotali cautum esset, ut uxor nomine alimentorum, seu interesse aliquid recipiat, donec dos solvatur: etiam si maritus in testamento jubeat, ut aliquid annuatim solvatur uxori, donec ei restituatur dos. Quare si mulier soluto matrimonio ab hæredibus viri acciperet pignus fructuosum, deberet computare fructus pignoris in sortem principalem dotis, contra quam disponitur circa dotis constitutionem *in d. cap. salubriter 16. de usuris*. Ita sentiunt Innocent. *in d. cap. salubriter, n. 2.* Joan. Andreas *n. 4.* Hostiensis *n. 7.* Ancharr. *n. 4.* Butrins *n. 9.* Bart. *in l. at qui natura 20. §. non tantum, n. 1. ff. de negot. gest.* Imola *in l. in insulam 43. §. usuras, n. 6.* Paulus *n. 5. ff. solut. matrim.* Idem Paulus *in l. divortio 8. in princip. n. 6. in fin.* Alexand. *n. 23. ff. eod. tit.* Socinus *conf. 56. ex n. 1. vol. 3.* Alexand. *conf. 27. lib. 4.* Craveta *conf. 189. n. 7. vers. Sextus casus, Rolandus conf. 55. volum. 2.* Ancharr. *conf. 150. ex n. 4.* Afflict. *decif. 284. & decif. 291.* Grammatic. *decif. 103. n. 91.* Capicius *decif. 65.* Mantic. *dec. 171.* Molin. *de pact. nuptialib. lib. 3. q. 39. ex n. 24.* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 45. n. 13. versic. Prædictam cum sequentib.* Plotus *de in litem jurando, §. 11. n. 24. versic. Sed quod plus est, Thesaur. decif. 43. ex n. 2. & decif. 45.* Valascus *consultat. 8. n. 4.* Covarruv. *lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Sexto hinc, Joann. Lupus de usuris, comment. 1. §. 4. ex num. 84.* Petrus Barbosa, qui latius explicat *in l. 2. in princ. 1. p. ex n. 39. in fin. ff. soluto matrim.* Gaspar Roderic. *de annuis redditibus, lib. 3. q. 8. ex n. 20.* Cajetan. *2. 2. q. 78. art. 2. §. in respons. ad sextum, versic. Et quia fructus*

*dotis.* Ratio est, quia usura est accipere aliquid ultra debitum tanquam lucrum, ob expectatam, & dilatam solutionem debiti, *cap. in civitate 6. cap. consuluit 19. de usuris.* Hoc verò casu non possunt id lucrum honestare onera matrimonii jam soluti, ut honestabant lucrum acquisitum à marito ob non solutam dotem onera constantis matrimonii, *juxta d. cap. salubriter.* Et hæc sententia, ut jacet, verissima est, & apud omnes recepta.

30 Nihilominus secunda sententia limitat primam (& est quoque receptissima limitatio) ut vidua ratione interesse lucri cessantis, aut damni emergentis, possit recipere aliquid ultra sortem dotis ab hæredibus mariti differentibus ejus solutionem. Quod etiam non negabunt Authores primæ prædictæ sententiæ, ut testatur Covarruv. *ubi supra.* Atque ita limitationem tradunt idem Covarruv. Alexand. *in l. divortio 8. in princip. n. 23. 24. & 25. & ibid.* Imola *n. 6. ff. soluto matrim.* idem Alexand. *conf. 141. lib. 5. & conf. 200. lib. 6.* Joann. Lupus *in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 8. n. 4. vers. Adde alium casum, & n. 5. de donat. inter, Molina de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6.* Quesada *diversar. quest. jur. cap. 25. n. 17.* Plotus *de in litem jurando, §. 11. ex n. 22. latè Menoch. conf. 7. ex n. 12. & 15. lib. 1.* Salon de Paz *conf. 4. n. 28.* Joannes Bapt. Lupus *de usuris, comment. 1. §. 4. n. 88.* Negusant. *de pign. 5. part. memb. 5. n. 17.* Afflict. *decif. 284. n. 2. & 3.* Navarr. *in comment. de usuris, n. 67.* Melsia *in pragm. taxa panis, conclus. 2. n. 78.* Thesaurus *decif. 43. n. 4.* Barbosa *in l. 2. in princ. 1. p. n. 43. ex versic. Ultimò infertur, ff. soluto matrimon.* Gaspar Roderic. *de annuis reddit. lib. 3. q. 7. n. 53. & q. 8. n. 20. versic. Non negamus, Fachineus lib. 3. controuv. cap. 101.* Petrus Gregor. *tract. de usuris, lib. 2. cap. 12. n. 6.* Grassis *de exceptionib. except. 32. n. 87.* Bañes *2. 2. q. 78. art. 2. circa solutionem ad sextum, §. 4. concl. Salon ibidem controuv. 15. ex n. 3.* Molina *de justitia, tract. 2. disp. 322. n. 6.* Salas *de contractib. tract. de usuris, dub. 30.* Hermosilla *in l. 10. tit. 1. p. 5. gloss. 4. n. 211.*

31 Illud verissimum est, omnes istos

Doctores sic permittere viduæ recipere aliquid ultra dotem ab hæredibus viri ratione lucri cessantis, aut damni emergentis, si se subiciat iis legibus, & conditionibus, quas reliqui observant, dum petunt lucrum cessans, aut damnum emergens: ita ut in hoc casu restitutionis dotis, nihil speciale constituendum sit, ideò opus sit probare, sua interesse sibi dotem restitui, alioqui nihil obtinebit, cum omne lucrum ultra debitum, ubi non invenitur interesse, aut non probatur versari, quod idem est (cum paria sint non esse, & non probari, aut non apparere, *l. duo sunt Titii 30. ff. de testament. tutel. l. in lege 77. ff. de contrahenda emptione*, Rebuffus in *constitut. Reg. tom. 2. tract. de literis requisitor. n. 33.*) usura sit, & probationem facere debet eodem modo, quo ex inferius docendis apparebit, esse probandum interesse damni, & lucri à quovis illud postulante.

32 Pro majori hujus limitationis declaratione distinguendi sunt duo casus. Primus est, quando dos viduæ consistit in bonis immobilibus, seu stabilibus, quæ fructuosa sunt. Quo casu statim debent reddi, *juxta textum in d. l. unic. §. exactio. C. de rei uxor. act.* Et si non reddantur, planum est, viduam amittere fructus suorum bonorum dotalium, eosque lucrari hæredes mariti non restituentes: ac per consequens interesse viduæ in subita restitutione suæ dotis, quamvis non constet de quantitate certi interesse. Secundus casus est, quando dos consistit in pecunia, pro qua restituenda datur hæredibus mariti dilatio anni. Hoc casu distinguunt Doctores, an vidua sit pauper, & inops, ita ut non habeat unde se alat aliunde, quàm ex bonis dotalibus, & tunc dicunt, alendam esse hoc anno ab hæredibus mariti, eamque recipere posse alimenta, etiam ultra dotem absque usuræ labe. Aut vidua habet aliunde, unde possit sumere alimenta, quo casu dicunt, non teneri hæredes mariti ad alimenta viduæ. Omitto istam quæstionem de alimentis viduæ, quam Doctores citati prædictis locis tractant, de qua præter illos vide Romanum in *consil. 517. in casu proposita consul-*

*tation. ex n. 1. Antonium Gomez in l. 50. Tauri, n. 48. Matienz. in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 1. ex n. 10. Capicium in decis. 24. Franchis in decis. 489. Joseph. Ludov. commun. opinion. in tit. soluto matrim. concl. 2. & venio ad rem. Quando dos consistit in pecunia, cum juxta dict. sect. preced. n. 24. pecunia data in dotem tacitè videatur dari marito ad eam implicandam in negotiatione, vel emptione stabilium reddentium fructus, ut industria mariti pecunia sterilis reddatur fructuosa, & deserviat supportandis oneribus matrimonii, præsupponitur regulariter, & frequentius soluto matrimonio relinqui pecunia implicata in rebus fructuosis, ac per consequens dum ea gaudent hæredes mariti post annum, quo illam debent viduæ restituere, gaudere quoque fructibus implicatæ pecuniæ, & interusurio dotis retardata solutione. Quod interusurium ipsa vidua amittit; ac per consequens ejus interest, dotem exigere subito post annum, ut possit cum sua pecunia negotiari, aut emere prædia fructuosa, ex quorum fructibus se alat, neque enim ei sterilis debet esse pecunia, ut aliàs dicit textus in l. quid ergo 3. §. usuras, ff. de contrar. & util. act. tutel. Benè verum est, hoc casu opus esse probare, viduam, aut se solitam negotiari, aut habuisse occasionem emendi bona stabilia, quæ exposita erant venalia, aut annum redditum; & animum, destinationemque certam implicandi pecuniam suam dotalem, qua quia caruerit, amiserit occasionem, aut ex retardata solutione aliquod damnum incurrisse, ut censeatur probatum ejus interesse.*

33 Ex iis facilè respondetur ad fundamentum contrariæ sententiæ, quatenus videretur facere contra limitationem, non exigì à vidua illud plus ultra dotem tanquam usuram, sed tanquam interesse, aut damni amissorum fructuum bonorum dotalium, aut cessantis lucri, quod habitura fuisset, si haberet pecuniam præ manibus, eam implicando, aut in negotiatione, aut emptione stabilium, quod licet, non liceret autem si vidua habitura esset pecuniã otiosam in arca, aut eam expensura ad libitum.

34 Succedunt duæ difficultates. Prima, utrum hoc interesse viduæ possit ab initio antequam dos restituatur taxari, dum illa concedit dilationem hæredibus mariti ad dotem restituendam ultra tempus à lege diffinitum. Ita ut fiat conventio de dandis illi quinque, vel septem pro centenario respectu quantitatis dotis interim dum duos non restituitur.

35 In qua plerique etiam ex iis, qui veram credunt secundam sententiam, dicunt, non posse prædictum interesse taxari ab initio, quemadmodum neque in quocunque alio debito, sed relinqui debere eventui futuro, qui indicabit, quanti revera interfit, non enim potest fieri, ut interesse semper sit uniforme, & omnibus annis æquale. Ex istis sunt Covarruv. *lib. 3. var. cap. 1. n. 3. §. sexto hinc, versic. Mihi profecto*, qui solum permittit taxationem certæ quantitatis ab initio, quando viduæ debentur alimenta, non aliàs, Plotus *de in litem jurando, §. 11. n. 15. & 16.* ubi generaliter negat, interesse posse taxari à principio, Gaspar Roderic. *de annuis redditibus, lib. 3. q. 8. n. 20. versic. Non negamus*, Barbosa *in l. 2. in princip. 1. p. n. 43. versic. Ultimo inferitur, ff. soluto matrimonio.*

36 Alii existimant, prædictum interesse posse taxari ab initio, è quibus sunt Craveta *consil. 189. n. 7. versic. Sextus casus*, qui tamen limitatè loquitur casu, quo viduæ debeantur alimenta, Gaspar Roderic. *de annuis redditibus, lib. 3. q. 7. n. 55. & q. 8. n. 20.* in eodem casu permittens taxationem, Joan. Baptist. Lupus *de usuris comment. 1. §. 4. n. 88.* Molina *de primog. lib. 4. cap. 5. n. 6.* Costa *de portione rata, q. 91. ex n. 5.*

37 Utrique tamen ex istis ita se explicant, ut convenire videantur, quamvis in instrumento dotali, aut alio facto inter viduam, & hæredes mariti circa restitutionem dotis, promissa sit uxori nomine interesse soluto matrimonio, interim dum dos non restituatur certa quantitas, extra casum, quo debeantur prædictæ viduæ alimenta, non posse ipsam obtinere soli instrumento nitentem; sed ut obtineat opus

esse, ut articuletur, & probetur interesse damni emergentis, aut lucri cessantis. Nam cum certum sit, licitè posse peti, & percipi à quocunque interesse lucri cessantis, aut damni emergentis ultra debitum sortis, juxta superius notata, & tradita à *Glossa verb. De feudo in cap. conquestus 8. de usuris*, si mulier petendo interesse retardatè restitutionis dotis articulet, & probet prædictum interesse lucri, vel damni, obtinebit, ut ultra sortem principalem, & capitale dotis illud ei solvatur, non tam ratione promissionis factæ per maritum, aut ejus hæredes, quàm ratione probationis sui interesse. Si verò dum interesse petit vidua, nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non audietur, quasi usuram petat. Sic conciliat istas inter se dissidentes sententias Barbof. *in dict. l. 2. in princ. 1. p. n. 43. versic. Pro concordia, ff. soluto matrim. cui eidem sententiæ adhæret Afflict. decis. 284. n. 2. & 3.* loquens de isto casu, cujus verba sunt, *Sed isto casu quando est dives illa mulier, tunc poterit petere interesse, si illud interesse probabit benè, prout de jure requiritur, sive sit interesse damni vitandi, sive lucri cessantis.* In eadem sententia est *in decis. 291.* quòd ex antefato nullum debeatur interesse, & *ibi n. 6. in fine*, dicit, illam decisionem fuisse benè laudatam, & commendatam ab omnibus litteratis personis. In eadem sententia est Alexand. *conf. 61. n. 12. lib. 2.* agens generaliter de taxatione interesse. Decius *conf. 119. n. 9. in fin. & n. 10. & 11.* Rebuffus *in l. unic. C. de sentent. qua pro eo quod interest, gloss. ult. n. 34.* Menchaca *quest. usufrequent. lib. 3. cap. 60. n. 25.* Gaspar Roder. *de annuis redditibus, lib. 3. q. 5. n. 39. q. 7. n. 55. & q. 8. n. 20.* Fontanella *de pact. nuptial. tom. 2. clausul. 5. gloss. 9. ex num. 7.* Colerus *de processibus executivis, 1. p. cap. 10. ex n. 118.* Peregrinus *conf. 85. n. 14. volum. 3.*

38 Secunda difficultas est, utrum hæc quantitas danda mulieri ultra dotem, dum dos ei non restituatur, possit licitè taxari à statuto? & utrum statutum id præcipiens sit justum?



39 Plerique negant, ut Joan. de Lignano, & Panormitan. qui eum refert, & sequitur *conf.* 39. 2. p. Socin. *consil.* 126. n. 6. *versic. Tertio, & ult. volum.* 1. Cassanæus in *consuetudine Burgundia Rubric.* 4. §. 23. in *princip.* ex n. 18. licet non satis firmiter, Angelus Aretin. in §. *fuerat*, n. 15. & 16. Jasonum. 19. *institut. de actio.* Plotus *de in litem jurando*, §. 11. n. 32. qui multos allegat, Barbosa in l. 2. in *princ.* 1. part. n. 43. ff. *soluto matrim.* Molina *de justitia, tractat.* 2. *disp.* 322. n. 7. Fundamentum est *textus in Clement.* 1. *de usuris*, qua abrogantur omnia statuta tam facta, quam in posterum facienda permittentia usuras. Hæc autem usura est, ut vidua ob dilatam suæ dotis solutionem recipiat aliquid ultra fortem.

40 Multi alii affirmat, simile statutum esse justum, licitum, & observandum. Ita sentit Bald. in l. *cum quidam* 31. §. *preterea*, n. 10. C. *de jur. dot.* Paulus in l. *divortio* 8. in *princ.* n. 7. ff. *soluto matrim.* Panormitan. in *cap. salubriter* 16. n. 5. *de usuris*, sub distinctione tamen, Felin. in *cap. consultat.* 10. n. 11. *de offic. delegat.* Joan. Lupus in *cap. per vestras*, notab. 6. §. 8. n. 4. *versic.* Adde alium casum, *de donat. inter*, Covarr. *lib. 3. variar. cap. 1. n. 3. versic. Septimo ab eadem ratione*, Colerus *de processib. executivis*, 1. p. *cap. 10. ex n. 93.* qui alios refert, Grassis *de exceptionib. except.* 28. *ex n. 72.* Scaccia *de commerciis*, §. 6. *gloss. 1. n. 49.* ex Theologis Cajetan. 2. 2. q. 78. *art. 2. §. in solutione ad sextum*, Salon *ibidem, controuv.* 15. n. 3. *versic. Sequitur secundo*, Salas *de contract. tract. de usuris, dub.* 30. n. 10. qui multos allegat. Et simile statutum adesse in Urbe Roma sciente, & patiente Pontifice, & servari, servatumque esse, tradit, & testatur Ludovisius *decis.* 269. imò & confirmatum à Sede Apostolica, refert Additio Oliverii Beltramini *ibi*, n. 9. Hieronymus Gabriel *consil.* 152. n. 3. *vol. 2.* Gratianus *disceptat. forens.* tom. 3. *cap. 466. n. 12. 13. & 14.* Simile statutum esse Bononiæ, testatur Angelus Aretinus *ubi supra.* Novariæ, Viglevani, & alibi Plotus *ubi supra.* In Civitate Neapolitana adest consuetudo inter scriptas, incipit: *Viro mortuo, & consuetudo here-*

*desque mariti, tit. de jure dotium*, quæ inter usurium dotium non restitutarum taxat ad rationem tarenæ unius pro qualibet uncia auri data in dotem. Est autem uncia auri, ut ibi explicat Napodanus, quantitas triginta tarenorum, seu quod idem est sex ducatorum monetæ Regni, & hoc statuit dandum esse viduæ pro alimentis, coincidens cum sententia eorum, qui existimant, casu, quo viduæ debeantur alimenta, posse taxari à principio, ut adnotavit *ubi supra*, Covarruv. *tetigimus supra n. 32.* Quæ consuetudo Neapoli est in viridi observantia, ut & nos testes sumus, & testatur Franchis *decis.* 338. & *decis.* 472. & *decis.* 489. & *ad ea loca addentes*, & Afflict. *dict. decis.* 284. in *princ.*

41 Justitia autem hujus statuti duplici ratione nititur. Prima, quòd possit statutum imponere pœnam debitori moroso, ac proinde statuere, ut in pœnam non restitutæ dotis hæredes mariti ultra capitale dotis suo tempore non restitutæ solvant viduæ ad rationem quinque pro centenario, habito respectu ad dotis quantitatem, interim dum dotem injustè retinent, & viduæ integrè non satisfaciunt in qua pœna nullum potest cerni usuræ velamentum.

42 Secunda, quia potest etiam lex, vel statutum taxare interesse illiquidum, de quo constat per probationes, vel conjecturas, quemadmodum Judex in eodem casu posset taxare interesse illiquidum ex officio, ut docet Bart. in l. *si id, quod ex pamphila* 75. n. 3. ff. *de legat. 2.* & in l. *si traditio* 4. n. 2. C. *de actio. empt.* & in l. *unic. n. 33.* in *fin.* C. *de sentent. quæ pro eo quod interest*, Cagnolus *ibi ex n. 141.* Rebuffus *ibid. ad gloss. verb. In aliis*, n. 41. Alexand. *cons.* 77. n. 13. *lib. 6.* Marianus Socinus in *cap. dilecti filii*, n. 6. §. *in gloss. fin. versic. In eadem gloss. ibi de foro competent.* Bertazolus *cons. crim.* 278. n. 13. & 14. *lib. 2.* Ursillus ad Afflict. *decis.* 23. n. 8. & 9. Thuscus *litter. I. concl.* 302. *ex n. 1.* & *conclus.* 304. n. 8. 9. & 10. Gaspar Roderic. *de annuis reddit. lib. 3. q. 5. num. 24.* Mascard. *de probationib. tom. 2. concl.* 930. n. 2. & *concl.* 932. n. 11. & *concl.* 934. *ex n. 22.* Cùm igitur à communiter ac-

accidentibus constet, interesse viduę subito illi dotem restitui, ut possit ejus fructibus frui, vel suam pecuniam in rebus fructiferis implicare, recte poterit statutum hoc interesse incertum, & illiquidum, de quo constat ex conjecturis, redigere ad certam, & determinatam quantitatem. Et ex iis constat, hoc statutum non comprehendi in *Clement. 1. de usuris*, quę erat prioris opinionis fundamentum. Nihilominus cense- rim, si hęredes mariti probarent, nihil interfuisse viduę, dotem illi fuisse restitutam, aut quia nihil damni passa est, aut quia quamvis soluta fuisset, nihil fuisset lucratura, non esse hoc casu practicandum statum, quod utpotę in pręsumptione interesse viduę fundatum, veritati cedere deberet.

43 Ex prędictis in hac sectione colligitur quarta conclusio. Interesse tam lucri cessantis, quàm damni emergentis potest taxari per conventionem inter viduam, & hęredes mariti; dum illi dos non restituitur, & potest exigi, dummodo legitime probetur, sua interfuisse, sibi dotem restitui, tanti, quantum fuerit conventionem taxatum, maximę eo casu, quo ab hęredibus viri debent illi pręstari alimenta, aut si prędictum interesse fuerit taxatum à statuto.

#### SUMMA SECTIONIS V.

44 **R**es, quę venduntur alia sunt fructuosa, alia steriles.

Ob dilatam solutionem non potest accipi plus à venditore, quàm sit pretium rei, ibidem.

45 Non posse taxari à principio interesse in venditione ob pretium non solutum, quorundam sententia.

Ubi datur dilatio ad solvendum non datur mora, & sine mora non deberi interesse, ibidem.

46 Absque mora debetur usura recompensatoria, ut alii existimant.

Illicitum esse pactionem de certo interesse à principio in venditione, quorundam sententia, ibidem.

47 Interesse pertinet ad factum, & futurum eventum, cujus non potest haberi scientia à principio.

48 Licitam esse conventionem decerto interesse initam à principio contractus in venditione, contraria sententia.

49 Tribus modis reducuntur ad concordiam ista dissidentes sententia.

Primò, ut non valeat taxatio interesse, ut ex ea agi possit, nisi probetur interesse, ibid.

50 Secundò, ut taxatio non valeat in vim conventionis, sed in vim confessionis, & probationis.

51 Tertiò, ut ista conventio videatur transactio.

52 Prima conciliatio placet, & probatur, interesse in hoc casu non posse exigi, nisi aliunde, quàm ex conventionem constet.

53 Emptor admitti debet ad contrariam probationem, non tanti interfuisse venditoris, quantum est conventum.

54 Impugnantur secunda, & tertia conciliatio.

55 Varii contractus liciti possunt intervenire inter emptorem, & venditorem de certo interesse, videlicet venditio incerti interesse, quasi jactus retis pro certo pretio, contractus assurationis, & contractus sponsionis.

56 Cautela reservationis domini in venditione dum pretium non solvitur, & interim locationis rei vendita, approbatur.

57 Reprehenditur Rovitus decif. 7.

58 Reservatio domini efficit, ut venditor pręferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei vendita.

Ex reservatione domini, non resultat hypotheca specialis in favorem venditoris, imò hinc pacto repugnat hypotheca, ibid.

59 Prælatio venditoris reservato dominio, non resultat ex hypotheca speciali, & id ostenditur evidentem.

60 Si venditor imponeret specialem hypothecam super re vendita pro pretio, pręferretur ceteris creditoribus emptoris, juxta l. licet, C. qui potiores.

Verum concurreret cum illis, tanquam in re omnibus obligata, ibid.

Taxatur turpis error notariorum, & explicantur, excusanturque quidam Doctores, ibidem.

61 Ex reservatione domini resultat, ut ven-  
di-

- ditor maneat dominus, & non soluto pretio possit rem vindicare, & n. 62.
- Pactum reservationis domini est efficax, & validum, *ibid.*
- Translatio domini effectiva, per venditionem tria requirit, *ibid.*
- 63 Falsum est quod quidam existimant, pactum reservationis domini, donec pretium solvatur adjectum venditioni, nihil operari, eo quod tacite insit.
- Magnus effectus istius pacti est, ut non censeatur habita fides de pretio, quod dota dilacione ad solvendum, & tradita re vendita aliàs præsumeretur, & sic transferretur dominium, etiam non facta solutione, *ibidem.*
- 64 Explicatur textus in l. cum manu fata, §. ultimo, ff. de contrah. empr.
- 65 Proponuntur duæ aliæ difficultates, circa pactum reservationis domini, & fit remissio ad Doctores eas dissolventes, & n. 66.
- 67 Proponitur novus casus ex facto.
- 68 Quid esset respondendum, juxta sententiam eorum, qui existimant, ex reservatione domini resultare specialem hypothecam.
- 69 Reservato dominio venditor præfertur omnibus creditoribus emptoris, quantumcunque privilegiatis.
- Qui vendicat est ante privilegia, *ibidem.*
- 70 Non potest concedi assistentia contra emptorem in prædio, cujus dominium reservavit venditor interim dum pretium non solvitur.

\*\*\*

## SECTIO V.

De interesse taxato inter emptorem, & venditorem, interim dum non solvitur pretium rei venditæ.

44 **R**es venditæ aliæ sunt fructuosæ, ut prædia rustica, vel urbana, vel mobilia, quæ locari solent: aliæ sunt merè steriles, & infructuosæ. Si tractemus de venditione steriliū, & habeatur fides de pretio, dicendum est, non posse ob dilatam solutionem accipi plus à venditore, quàm sit pretium, alioqui erit usura, ut rectè monuerunt Fachinæus *post multos controvers. juris, lib. 2. cap. 32.* Gaspar Rode-

ric. *de annuis reddit. lib. 3. q. 7. n. 72. & 84.* Neque hoc pactum poterit justificari, nisi eodem modo, quo justificari posset in mutuo; etenim hæc erit planè usura, seu interesse lucratorium, non restauratorium, aut compensatorium. Si verò agamus de venditione rei fructuosæ, difficultas est, an possit inter creditorem, & debitorem pretii convenire, ut donec pretium solvatur, emptor solvat ad rationem quinque, vel septem pro centenario quantitatis pretii debitæ: estque materia l. curabit §. C. de act. empr.

45 Prima sententia negat, à principio posse in venditione taxari interesse venditoris ob pretium non solum in conventionem inita inter venditorem, & emptorem: maximè quando venditor concedit emptori dilacionem ad solvendum. Ita sentiunt Cassanæus *in consuet. Burgund. Rubr. 4. §. 23. in princip. n. 26.* Hanc sententiam amplectuntur multi ex eo fundamento, quòd data dilacione ad solvendum, non incurritur mora ex parte emptoris, & sine mora credunt, nullum interesse deberi, ac per consequens, neque taxatum, neque non taxatum exigi posse, qua in re quid sit sentiendum, dixi *supra n. 5.*

46 Alii tamen, qui existimant, isto casu deberi interesse venditori, etiam absque mora, in recompensationem fructuum, quibus gaudet emptor (neque enim æquum est, etiamsi nulla consideretur mora, emptorem frui fructibus, venditorem verò carere interesse pretii, & usura recompensatoria, juxta text. in l. Julianus 14. §. ex vendito, ff. de actio. emption. & in d. l. curabit) censent, taxationem hujus interesse à principio factam esse illicitam, sed relinqui debere eventui futuro. Ita sentit Decius *conf. 111. n. 14. conf. 116. n. 6. vers. Ista conclusio comprobatur, & n. 7. & concl. 119. n. 9. cum sequentib.* qui optimè loquitur Craveta *conf. 189. n. 7. versic. Tertius casus, Cephalus conf. 290. ex n. 7. lib. 2.* qui plures allegat, dicitque esse communem opinionem in judicando recipiendam, Socinus *conf. 88. n. 19. & 20. vol. 4.* Cagnolus *in l. curavit, ex n. 54. versic. Et generaliter, C. de act. emtion. Peregrin. consil. 86. ex n. 13. & n. 15. vol.*

*vol. 3. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 2. cap. 1. n. 38. vers. Si ergo usurarum, Silvanus conf. 10. n. 46. qui addit talem conventionem certi interesse à principio adeò esse inefficacem, ut postea verum, & reale interesse peti non possit, quasi utile per inutile vitietur. Quæ fuit originalis doctrina Francisci Aretini consil. 151. quam ut singularem refert, & sequitur Joannes Lupus in rep. cap. per vestras, notab. 6. in princ. n. 9. Plotus de in litem jurando, §. 11. n. 16. Rolandus conf. 55. n. 33. vol. 2. Peguera decis. 33. n. 13. Mastrillus decis. 245. n. 49. 50. & 51. qui refert in eandem sententiam Natam Cavalcan. & Lancellot. Galliaulam. Pro hac sententia de illicita taxatione interesse à principio Covarruv. lib. 3. variar. cap. 4. n. 5. versic. Septimò eadem, refert Alberic. Baldum, Alex. Purpurat. & Rebuff. quos inferius commodiore loco referemus.*

47 Fundamentum hujus sententiæ est: Primò, quod interesse pertineat ad factum, & futurum eventum. Ergo non potest ab initio taxari, quasi per prophetiam aut divinationem, neque enim ideò tanti interest, quia tanti fuit taxatum: ideò taxatio non valet, neque attendenda est; sed futurus eventus, qui si non attenderetur, sed staretur solum simplici stipulationi, & ex ea sola vellet creditor exigere interesse, esset planè usura, non interesse. Secundò deinde, quoniam interesse in hoc casu debetur habito respectu ad fructus ab emptore percipiendos ex fundo vendito, & juxta eorum æstimationem, ut latè tractat, & probat Covarr. d. cap. 4. ex n. 1. Cephalus consil. 290. ex n. 12. lib. 2. Fachin. controvers. juris, libr. 2. cap. 32. Felicianus de censibus, tom. 1. lib. 2. cap. 1. n. 38. Thomas Sanchez consil. moral. lib. 1. cap. 7. dub. 21. n. 5. Sed ab initio contractus non potest sciri, quos fructus sit percepturus emptor, quorum perceptio multis casibus fortuitis impediri potest, ut sterilitate, & aliis. Ergo non potest hoc interesse taxari à principio. Tertio, quoniam fructus non sunt omnibus, annis uniformes, & æquales, sed uno anno colliguntur plures, alio anno pauciores, aut nulli. Ergo non potest interesse esse uni-

forme, neque conforme taxæ ab initio factæ. Quartò tandem accidit: quòd si hoc interesse debetur juxta æstimationem fructuum percipiendorum, iniquè, & contra omnem rationem, & ipsum text. in d. l. curabit, taxaretur ad rationem quinque, vel septem pro centenario quantitatis pretii non soluti, habito respectu ad pretium, non ad fructus: hoc enim magis esset interesse merè lucratorium, & ob lucrum cessans pretii non soluti, simile interesse orto ex mutuo, quod solum haberet locum in solito negotiari, juxta dicenda Sectione seq. quam interesse recompensatorium, neque pertineret ad præsentem inspectionem, ubi non agimus de interesse ex mutuo, cujus solutio retardatur, sed de interesse, quod debetur venditori, qui amittit fructus sui prædii, & non gaudet pretio, juxta terminos d. l. curabit.

48 Secunda sententia affirmat, licitam esse conventionem de certo interesse initam à principio contractus inter emptorem, & venditorem ob dilatam solutionem pretii rei venditæ: ita ut emptor se obliget ad solvendum venditori quinque, vel septem pro centenario, dum integrè pretium non solverit, dummodò hoc interesse taxatum sit verisimile, & probabile, consuetumque juxta morem Regionis, in qua celebratur contractus. Hanc sententiam amplectitur Decius in cap. cum venerabilis, num. 65. vers. Putarem tamen, de exceptionib. Cagnolus in d. l. curabit, n. 57. & 58. 65. & 69. qui varius videtur, & dubius, Burfatus conf. 11. n. 16. & n. 26. libr. 1. Socin. conf. 176. n. 11. vol. 2. Parisius conf. 60. ex n. 4. & propriè ex n. 29. p. 1. idem Decius consil. 111. n. 14. Covarr. lib. 3. variar. cap. 4. num. 5. vers. Septimò eadem, Melsia in l. Toleti, 2. fundamento, 2. p. ex n. 27. tametsi n. 28. videatur loqui limitatè; quando imponitur census, seu annuus redditus super re vendita: de quo casu nullus dubitat. Thusc. litt. I. concl. 303. n. 33. Joseph. Ludovic. commun. concl. tit. de statutis, concl. 3. Fachinæus controvers. juris, libr. 2. cap. 32. Cæsar de Grassis decis. 187. aliàs 1. de usuris, Costa de portione rata, q. 91. ex n. 2. Barbosa in l. de

*de divis. §. n. 72. ff. solut. matrim. Scaccia de commerciis, §. 1. q. 7. 2. p. ampliati. 8. ex n. 33. Regens Fabius Galeotus controvers. 61. ex n. 47. tom. 1. Ratio videtur esse, quod cum sciant tam venditor, quam emptor quantitatem fructuum prædii venditi, non est, cur non possint ab initio taxare eorum æstimationem, juxta valorem consuetudinem, in qua conventionem nihil cernitur illicitum, aut usurarium.*

49 Quæ sententiæ quamvis desidentes videantur, tribus modis in concordiam reduci possunt. Primò, ut taxatio certi interesse non valeat à principio in contractu venditionis, ut ex ea sola possit exigere certum interesse, sed dependenter à probatione facienda ante exactionem per testes, instrumenta, aut alias verisimiles conjecturas, per quam probationem illa taxatio justificanda sit alioqui non mandanda executioni, nisi solum pro quantitate per probationes liquidata. Ac per consequens taxatio sustineatur, & non rejiciatur tanquam usuraria, si postea fiant probationes veri interesse. Ita se explicat Decius *d. conf. 111. n. 14. & sentit conf. 116. n. 6. & 7. & conf. 119. ex n. 9. Cagnolus in d. l. curabit, n. 54. cum seqq. Thuscus litt. I. concl. 308. n. 34. & n. 45. cum seq. Salon de Paz consil. 49. n. 12. Cephalus conf. 290. ex n. 10. lib. 2.*

50 Secundò conciliantur, quòd taxatio facta à principio non valeat in vim conventionis, sed in vim confessionis, & probationis. Quasi emptor in hoc contractu taxans interesse venditoris, & se obligans illud solvere, confiteatur, tanti venditoris interesse, quantum in pactum sit deductum, ut hoc modo evitetur probationis difficultas.

51 Tertiò conciliantur, quod ista taxatio interesse inter emptorem, & venditorem videatur esse quædam transactio super valore fructuum, inspecto futuro eventu, ut evitetur difficultas probationis, ut *in l. fin. ff. de Prator. stipul. ex dubio enim, & incertitudine futuri eventus, contractus non est judicandus usurarius, cap. in Civitate 6. cap. naviganti ultimo, §. Ille quoque, de usuris, sic se explicat Decius in d. cap. cum*  
Tom. II.

*venerabilis, n. 65. de except. Covarr. ubi supra, Paris. d. conf. 60. n. 34. 1. p.*

52 Ex tribus istis conciliationibus prima placet, juxta quam sit quinta conclusio, interesse ob non solum pretium venditori, & dilatam ab emptore solutionem dum fruitur fructibus rei emptæ potest taxari ab initio pro certa quantitate, dum non excedat interesse verisimile, & consuetum, & similis conventio non censetur usuraria: verum executioni mandari non potest, nisi aliunde, quam ex conventionem constet verum interesse venditoris, juxta cujus quantitatem obligatio contra emptorem erit exequenda, non tam propter taxationem, quam propter probationem subsequutam. Ac per consequens non potest censeretur liquidum instrumentum, in quo promittitur certum interesse, nisi prius per probationem aliam extra instrumentum liquidetur. Hæc est sententia tutior in conscientia, & libera ab incommodis, & fraudibus, quidquid contra videantur sentire Gaspar Rodericus *de annuis reddit. lib. 2. q. 3. n. 62. circa fin. & Joseph Ludovic. commun. concl. tit. de statutis, concl. 3. vers. Opinio tenentium.*

53 Ex qua conclusione infertur, emptorem admittendum ad contrariam probationem, si probare velit, non tanti interfuisse venditoris, quantum in instrumento est expressum. Omnis enim probatio admittit meliorem probationem in contrarium, juxta ea, quæ notavimus *supra eod. tit. disp. 3. n. 23. & dicenda inferius Sectione sequenti, n. 89. quod etiam animadvertit Joseph. Ludovic. & Gaspar Rodericus, modò citati.*

54 Secunda verò, & tertia conciliatio ex eo displicent, quòd viam aperiunt planam, & expeditam omnibus feneratoribus exercendi usuras, quas velint impunè, sub prætextu, quòd volunt exigere interesse mutui veri vel interpretativi, & transigere super quantitate ipsius, eamque certam statuere, quam exigant ad rationem septem, vel octo pro centenario, ut voluerint debitoribus imponere usuras, quos facilè in præmium dilationis ad solvendum datæ

compellent fateri, tanti creditorum interesse, extorquendo involuntariam confessionem, atque item iisdem artibus cogendo, ut dicant se transigere super interesse pro quantitate usurarum eis impositarum. Cum notum sit, foeneratores sic, ut plurimum, contractus usurarios occultè inite, & dolosè, quòd vix convinci possunt de usuraria pravitate, juxta *text. in Clement. 1. §. caterum, de usuris*, & quæ notat Gasp. Roderic. *de annuis redditib. lib. 2. q. 3. in princ. & n. 1.* Quæ usurarum paliatio in Christiana, & Catholica Republica permitti non debet, neque exatio aliqua ultra sortem, quæ non potest esse, nisi pœna interesse, aut usura, ut rectè docuit Bald. *in l. rogasti 11. §. Si tibi, n. 5. ff. si cert. petat.* In hoc autem casu non est pœna, non interesse, de quo non constat, nisi per confessionem, aut declarationem debitoris, cui standum non est, veluti in materia suspecta, ut inferius latius probabimus, hæc enim omnia censenda sunt fieri in fraudem usurarum, quarum radices oportet funditus extirpare, reliquum est igitur, ut sit usura. Auferenda sunt igitur hæc usurarum latibula, quia quo minor erit foeneratoribus foenerandi commoditas, eo magis adimeretur foenus exercendi libertas, *cap. 1. de usuris in 6. ubi rectè monuit Gloss. verb. Adimeretur*, tollendam esse occasionem delinquendi.

55 Ad fundamentum autem secundæ sententiæ responderetur, inter emptorem, & venditorem posse iniri diversos contractus, circa fructus colligendos, interim dum pretium non solvitur. Primò, potest venditor vendere incertum illud, quod colligendum est ex prædio in toto illo temporis spatio, & emptor poterit illud certo statuto pretio emere, veluti si emeret jactum retis, *l. si jactum 13. ff. de actione empt.* & in hac conventionem nihil est illicitum. Potest etiam facere assecurationem tot futuros esse fructus, quemadmodum diximus de lucro societatis supra *disp. 7. num. 18. & 19.* quæ etiam conventio licita est. Possent etiam fieri contractus sponsonis, Hispanè *Apuesta*, Italicè *Scommessa*, super quantitate fructuum percipiendorum, qui item est con-

tractus licitus, juxta eruditè congesta à Petro Santerna *tract. de assecurationib. & sponsonib. mercat. 2. p. per totam*, Ant. Gomez *tom. 2. variar. cap. 11. n. 4.* Stracca *tract. de sponsonib. per tot.* Covarr. *in regula peccatum, 2. p. §. 4. n. 2.* Palacios *Rub. in repet. cap. per vestras, notab. 6. §. 9. n. 6.* Menesio *in l. de fideicommissio 11. n. 9. C. de transact.* Azor *instit. moral. part. 3. lib. 11. tractat. de sponsonib. cap. 1.* Sanch. *conf. moral. lib. 1. cap. 8. dub. 32.* At taxatio interesse differt ab istis conventionibus. Nomen autem transactionis non rectè cadit in hoc pactum, cum nulla præcesserit lis super fructibus, fieri autem potest, ut facta taxatione non colligantur fructus, aut colligantur multò pauciores, quibus casibus cum venditoris non intersit, quidquid ultra pretium accipit, usura esset, atque ita omninò abstineri debet ab hac taxatione, nisi postea per subsequentem probationem confirmetur ejus justitia.

56 Hinc factum est, ut ad evitandas istas difficultates, & suspitiones, soleant venditores, quibus differtur solutio pretii rerum venditarum, uti alia cautela, ut videlicet reservato dominio in tempore solutionis integri pretii, interim dum solvitur, locent fundum pro certa pensione, quam recipiunt ultra pretium venditionis tanquam ex re locata, cujus dominium sibi reservaverunt. Cujus cautelæ meminit *text. in l. si cum emptio 23. §. Interdum, & in l. cum venderem 24. ff. locati*, Panormit. *conf. 66. duo ad claram, n. 1. & 2. 1. p.* Socinus *conf. 176. n. 11. vers. Sexta, & ultima difficultas, vol. 2. & conf. 88. n. 14. & conf. 130. n. 5. vol. 4.* Alexand. *conf. 121. ex n. 1. lib. 5.* Decius *conf. 119. n. 4.* Parisius *conf. 60. n. 21. p. 1.* Covarr. *lib. 3. variar. cap. 4. n. 6. vers. Nono planè, Cæpola cautel. 125.* Stracca *tract. de decoctorib. 3. p. ultimæ principalis, n. 7.* Bosius *diversor. tract. tit. de remissione mercedis conductorum, num. 102.* Magonius *decis. Florent. 91.* Joseph. Ludovic. *commun. opinion. tit. de statutis, concl. 3. in fin.* Parlador. *lib. 1. rerum quotidian. cap. 8. ex num. 8.* Gutierrez *allegat. 5. n. 2.* Fachin. *controvers. jur. lib. 2. cap. 32. in fin.* Gaspar Roderic. *de*

*annuis reddit. lib. 2. q. 3. num. 62. Rovitus decis. 7. n. 10. vers. Nec potest, & est optima cautela, quam licitam esse, & honestam probat Sanchez consil. moral. lib. 1. cap. 7. dubio 21.*

57 Ex quo inferitur, planè erroneum, & sine fundamento esse quod tradit Rovitus *d. decis. 7.* ubi concludit, *n. 13.* reservationem dominii in contractu venditionis, nihil aliud operari in beneficium venditoris, nisi ut venditor præferatur cæteris omnibus creditoribus ejusdem emptoris in pretio illius rei venditæ, cujus dominium reservavit, referens pro hac sententia Vincent. de Franch. Ponte, Martham Bertazolium, & Moziùm, quod duos postremos non vidi. Involvit se *ex num. 4.* illius decisionis reprobans Afflict. *decis. 338.* & Urfillum, ibi, & explicans Bald. *in Rubric. n. 19. & 23. C. de contrahend. empt.* Ut ingenuè dicam quod sentio, decisio Afflicti non placeat, displicent quæ ineptè, & extra rem congerit Rovitus.

58 Verum quidem est, reservationem dominii in contractu venditionis efficere, ut venditor præferatur omnibus creditoribus emptoris in pretio rei venditæ, quæ adhuc sua est. Hoc non negamus: negamus tamen, id solum efficere: imò vero eum etiam effectum habere, ut reservet venditori dominium, & rei vendicationem rei venditæ, quod Rovitus planè negat. Et iste est primus effectus, ex quo oritur secundus ille prælationis, qui ab isto dependet. Prælatio enim, qua præfertur venditor cæteris creditoribus emptoris reservato dominio, non procedit ex eo (ut videtur significare Rovitus, & alii decepti) quòd ex reservatione dominii resultet hypotheca specialis privilegiata in re vendita, similis illi, quam induxit, *l. licet 7. C. qui potiores in pignor. habeant.* de qua tractant Covarr. *lib. 1. var. cap. 7. n. 2. vers. Præter hæc,* Afflict. *decis. 306. n. 4.* Negusant. *de pignor. 5. p. memb. 2. ex n. 17.* Thesaur. *lib. 2. quest. forens. q. 74.* Gutierrez *allegat. 5. n. 1.* Matienz. *in l. 7. tit. 16. lib. 5. Recop. gloss. 5. n. 7.* Rodrig. *de concursu creditorum, 2. p. art. 1. n. 24.* Meminit Alberic. *in l. obligatione generali 6. n. 4.*

Tom. II.

*ff. de pignor. & hypoth.* quamvis ibi *in fin.* sentiat, securiorem esse cautelam reservationis dominii, & per illam tolli omne dubium, & plurimi alii, quos inferius inferam *disp. 28.* Non, inquam, resultat ex reservatione dominii hypotheca in re vendita, quemadmodum quidam ignorantissimè sibi persuaserunt: imò verò reservationi dominii à venditore factæ planè repugnans, & impossibile est jus hypothecæ. Quoniam neque à venditore imponitur, cum sua res nemini possit esse obligata jure hypothecæ, *l. neque pignus 46. ff. de reg. jur.* neque item ab emptore, qui non potest rem alienam hypothecæ subijcere, *l. rem alienam 41. ff. de pignor. act. l. 1. & 2. 4. & ult. C. si aliena res pignor. data sit,* emptæ autem res, aliena futura est, videlicet venditoris, donec pretium integrè solverit emptor, ut observetur pactum.

59 Sed ex longè diversa causa oritur prælatio venditoris reservantis dominium in concursu creditorum emptoris. Quoniam creditores emptoris, sive hypothecarii, sive chirographarii, solum habent jus super bonis, quæ sunt emptoris: at istius prædii, quod venditum est, emptori reservato à venditore dominio, non acquirit emptor dominium, donec pretium solvat, ac proinde venditor pendente pretii solutione, non tam potior, quàm solus invenitur, ut aliàs dixit Papinianus *in l. 2. in fin. ff. qui potiores,* qui aliis creditoribus nullum jus super illo prædio, quod debitoris nondum fuit, competere potest. Ideò rectè notavit Ripa *in l. si ventri 8. in bonis, num. 10. juxta text. ibi, & futurum eum, qui vendicat antè privilegia,* *ff. de privileg. credit.* cum quo convenit, *l. 9. tit. 3. p. 5.* dominium rei præferri omnibus creditoribus quantumcumque privilegiatis, & rei vendicationem esse supra omnes actiones personales, & hypothecarias. Idem docuit Bald. *in l. in rebus 30. num. 1. C. de jur. dor.* Andreas Gayl. *observ. pract. lib. 2. observ. 15. n. 4. & 5.* Petrus Barb. *in l. si cum dotem 23. §. fin. n. 32. ff. solut. matrim.* Flores Diaz Menz *lib. 1. variar. q. 6. art. 3. n. 40.* Peguera *dec. 38. n. 1.* Parlad. *in sesquicenturia quotidianæ.*

Bb 2

dis