UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Eminentissimi Ac Reverendissimi Domini, D. Joannis Baptistæ, Cardinalis De Luca, Theatrum Veritatis Et Justitiæ, Sive Decisivi Discursus

Ad Veritatem Editi In Forensibus Controversiis, Canonicis & Civilibus, in quibus in Urbe Advocatus, pro una partium scripsit, vel Consultus respondit ; Cum Indicibus Argumentorum, Causarum ac Rerum luculentissimis. Opus Tam Judicibus, Quam Causarum Patronis, atque omnibus in utroque Foro ...

Tractatus Primi Pars I. de Servitutibus Prædialibus, Usufructu, & utroque Retractu, Pars II. de Emphyteusi, Pars III. de Locatione & Conductione

Luca, Giovanni Battista de

Coloniae Agrippinae, 1691

De Servitutibus Praedialibus.

urn:nbn:de:hbz:466:1-74102

Visual Library

DE SERVITUTIBUS PRAEDIALIBUS.

DISCVRSVS PRIMVS

NEAPOLITANA ÆDIFICII,

Seù altius non tollendi,

PRO

CONVENTU S. SPIRITUS ORDINIS S. DOMINICI

CUM

PP. CAMALDULENSIBUS.

Casus decisus per Rotam pro Conventu S. Spiritus.

De servitute altius non tollendi ædificia, ex quibus tollatur aspectus maris ad Constitutionem Zenonis Imperatoris.

De Constitutionibus græcis non contentis in antiquis Codicibus, sed de novo traductis & insertis in Codicibus modernis, An habeant vim legum, præsertim de dicta Constitutione Zenonis.

De inventione & usu legum civilium Romanorum juxtà compilationem Iustiniani, Et aliqua de non usu, quandò tollat vim legum.

Et de privilegio Religiosorum circà prohibendum aspectum vel introspectum in eorum Monasteria vel Conventus.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Cuilibet licet ædificare in suo, & extollere, quamvis vicino præjudicium inferatur.*
3. *Fallit ubi vicino tollatur aspectus maris ex Constitutione Zenonis Imperatoris.*
4. *Quod Constitutio Zenonis Imperatoris non sit authentica.*
5. *An dictæ Constitutionis identitas probetur ex geminata approbativa enunciatione, quæ habetur in corpore juris.*
6. *Quod generaliter græcæ Constitutiones non existentes in antiquis Codicibus, sed inserta in modernis non habeant vim legis.*
7. *De ratione, ob quam dictæ Constitutiones habendæ non sunt pro lege.*
8. *An dicta Constitutio Zenonis sit localis pro sola Vrbe Constantinopolitana.*
9. *De materia non usus legum, & de differentia inter non usum seu non acceptationem, & usum abrogativum.*
10. *Inter alia legis requisita est illud, ut à populis sit usu recepta.*
11. *De legum civilium compilatione inventione, & usu.*
12. *Rex Neapolis non recognoscit Imperatorem.*
13. *In dicto Regno prius vivebatur jure Longobardorum, hodie autem vivitur jure Romanorum.*
14. *De consuetudine Neapolis super facultate ædificandi.*
15. *Constitutio Zenonis cessat ex contraria conventione.*
16. *Concessionarius non potest ædificium concessum altius tollere in præjudicium concedentis.*
17. *Leges laicales an obligent Ecclesias & Ecclesiasticos.*
18. *Quid in hac materia operetur favor Religionis, & ratio impediendi scandala & aspectum secularium.*

Cardin. de Luca de Servitutibus.

DISC. I.

COnceſſerunt uſque ab anno 1539. Patres Conventus ſancti Spiritus Neapolis Ordinis Prædicatorum cuidam Michaëli de Cola quandam terreni partem prædicti Monaſterii viridario contiguam cum domo ibidem exiſtente, ſub ea lege, ut nec ipſi, nec ejus hæredes in dicto terreno conceſſo facere valeant ædificia reſpicientia, ſeù à quibus haberi poſſet aſpectus ad reliquum Monaſterii territorium, nec fcaere aperturas niſi ad lumen ingrediendum. 1

Cùm autem, vel ex dictorum PP. permiſſione, vel ex negligentia, in dicto terreno tractu temporis conſtructæ eſſent aliquæ domus ad laicorum uſum, & habitationem, dictique PP. pro eorum dormitorio ampliando, tollendoque introſpectu, quem in eorum dormitoriis & cellis ex dictis domibus patiuntur, quoddam ædificium conſtruere vellent, ſe oppoſuerunt PP. Camaldulenſes dictarum *domuum* poſſeſſores, à dicto primo conceſſionario cauſam habentes, prætendendo ædificium impedire, ex eo quod per illud dictis domibus tolleretur aſpectus maris contra diſpoſitionem Conſtitutionis Zenonis Imperatoris in modernis Codicibus regiſtratæ *in l. penult Cod. de ædif. privat* quæ Conſtitutio habetur etiam impreſſa *apud Fenzon. ad Statut. Vrbis* 104. *& apud Rubeum tom* 1. *ſingular. fol.* 512 qua tamen oppoſitione non obſtante, Nuntius Apoſtolicus ſententiam tulit ædificare volentibus favorabilem, quam in ſecunda inſtantia Auditor Cameræ infirmavit; Sed introducta per appellationem cauſa in Rota coram Celſo, *ſub die* 28. *Aprilis* 1662. prodiit reſolutio dictis PP. ædificare volentibus favorabilis, ut ſcilicet ad limites ſententiæ latæ in prima

inſtan-

instantia licitum sit ædificare, *decis.* 375. *Celsi*, & in hoc statu causa reperitur adhuc pendens.

In disputationibus autem desuper habitis tam coram A. C. quàm in Rota, scribentes pro oppositoribus novum opus nunciantibus, non negabant satis notam receptamque regulam ædificare volenti assistentem, & ex parte ædificare volentium deductam, ut (cessante servitute legitimè quæsita vel præscripta, cessanteque æmulatione, quarum neutra in dubio præsumitur) cuique licitum sit ædificare in suo, suumque ædificium extollere ad sydera, quam-
3 vis exindè vicino præjudicium inferatur, quoties id principaliter agit, ut sibi proficiat, cùm attendatur id, quod principaliter agitur ad commodum facientis, non autem præjudicium, quod alteri accessoriè seù consecutivè generatur *ad text. in l. altius Cod. de servit & aqua.* per quem ibidem & alibi ita firmant communiter scribentes, de quibus in specie consimilis quæstionis habitæ in eadem Civitate super ædificio tollente aspectum maris *Capyc. Latr. decis.* 50. & in terminis alterius quæstionis habitæ inter duos Conventus Religiosorum, quorum unus altius ædificia extollere volebat, plenè *Rota in Gerunden altius non tollendi decis* 587., 596., 599., & 611. *par.* 1 *recent.*; Multò magis dum ultrà juris communis dispositionem, in dicta Civitate adest particularis consuetudo in scriptis redacta, quæ incipit: *Si quis habet parietem, sub titulo de Servitutibus*, per quam disponitur, ut relicto congruo spatio, cuique liceat ædificare in suo, non curato vicini præjudicio.

Insistebant autem in limitatione deducta ex Constitutione Zenonis Imperatoris ad litteram id prohibente, quoties ex hujusmodi ædificio tollatur seu aliàs impediatur delitiosus aspectus maris, de qua Constitutione approbativa mentio habetur *in l. fin. Cod. de adif. privat. & in novella 63. Iustiniani* registrata *in §. unico auth. de novi oper. nunciat. maritimi aspectus*; Illamque locum habere debere specialiter in dicta Civitate Neapolis, non obstante contrario usu utpotè non benè justificato, firmari asserebant per decisionem illius S. Consilii *apud Capyc. Latr. d. dec.* 50. & per alteram decisionem illius Regiæ Cameræ *apud Gavaverr. dec* 19. reassumendo eadem fundamenta, quæ in allegatis decisionibus habentur deducta.

Scribens in contrarium pro ædificare volentibus, cum sensu etiam veritatis, dicebam injustam malèque fundatam esse hujusmodi oppositionem, etiam generaliter & in abstracto, clarius autem in concreto, & in hac facti specie ob particulares ejus circumstantias; Ad quod probandum tres constituebam inspectiones. Unam super minùs probanti fide ac apocrypha qualitate dictæ Zenonianæ Constitutionis per *Antonium Contium* aliosque modernos traductores in lucem editæ. Alteram, quod ubi etiam ejus identitas benè probata esset, adhuc tamen, vel quia in antiquis Codicibus juxta compilationem Justiniani non reperitur registrata, vel ex contrario usu aliisque fundamentis vim legis non habeat; Et tertiam, quod in omnem eventum, ubi etiam generaliter & indefinitè vim legis haberet, adhuc tamen in hac facti specie ob ejus particulares circumstantias attendenda non esset, eaque non obstante firma remanere deberet regula, quæ ædificanti assistit.

Quatenus autem pertinet ad primam inspectionem non benè probatæ identitatis dictæ Constitutionis, quodque illa prout in modernis Codici-
4 bus, seu apud *Rubeum*, *Fenzonium*, & alios registrata reperitur, non sit authentica, satis evidenter probari dicebam ex varietate traductionum in pluribus editionibus, in quibus diversum initium seu thema habet ab eo, quod suo marte dedit *Antonius Contius*, qui ejus privata auctoritate illam inter leges Codicis juxta modernas impressiones inseruit, ut ipsemet expresè fatetur in admonitione ad lectorem *impress. apud Fenzon. & Rubeum locis initio allegatis.*

Item cùm Imperium Orientis ab annis 700. & ultra sub *sancto Leone* divisum fuerit à nostro Imperio Occidentis, itaùt ab eo tempore hæc regio Occidentalis nullam connexionem habuerit cum dicto antiquo Imperio, & quod magis est ab annis 300. & ultrà post expugnationem Civitatis Constantinopolitanæ dictum Imperium occupatũ sit per Turcas, legum ac litterarum infensissimos, itaut antiqui Romani Imperii Orientalis in his partibus Occidentalibus reliquiæ prorsùs evanuerint, non videtur quale sit illud Imperiale registrum, vel authenticum Archivum, à quo *Contius* aliique hujusmodi moderni traductores istam & alias Constitutiones desumpserint.

Adversus hæc replicabatur in contrarium, dictæ Constitutionis veritatem comprobatam remane- 5
re ex approbativa geminata mentione de illa habita per Justinianum *dicta novella 63. & in l. fin. Cod. de adif. privat.* sed responsio non concludit, quoniam vis non est in eo an per Zenonem edita fuerit nec ne Constitutio in materia servitutum & maritimi aspectus, sed est, an ista sic moderno tempore edita, sit eadem, de qua Justinianus loquitur, ut in proposito habemus de testamento nuncupativo nuncupatione implicita, per relationem scilicet ad schedulam existentem penes tertium vel incerto loco juxta formam originatam *à Bart. in l si ita scripsero ff. de condit & demonstr.* quoniam difficultas non est in veritate Schedulæ in genere, sed est in identitate illius specialis, quæ exhibetur, an illa sit eadem &c. *ut in sua materia sub tit. de testam.* Et habemus etiam de pluribus chronicis antiquis, præsertim verò de illa Lucii Dextri *in Cesaraugustana Cathedralitatis sub tit. de præeminentiis, disc.* 3. non dubitatur enim illum fuisse antiquum scriptorem ac auctorem chronicæ, de qua mentionem faciunt S. Hieronymus & cæteri, sed punctus est, an illa chronica, quæ moderno tempore traducta & luci edita fuit, sit eadem non alterata, vel potius sub eo nomine conficta, seu alterata, cum similibus.

Quando autem identitas prædicta admittenda esset, adhuc tamen, aggrediendo secundam inspectionem; Dicebam Constitutionem prædictam
nullam vim legis habere, eo modo quo generaliter 6
de istis græcis Constitutionibus non existentibus in antiquis Codicibus, sed moderno tempore traductis & insertis firmant *Mastrill. dec.* 132. *num* 33. *& sequen. Castill. dec.* 59 *num.* 56. *& seq. Thes. jun. in addit. ad decis.* 182. *lit. A in fine* & in specie istius Constitutionis *Adden. ad Capyc. Latr. dicta dec.* 50 *num.* 15. *& sequen.* eam enim non haberi testantur *glos. Argel. & cæteri in dicta l. finali Cod. de adif. privatis.*

Meritò autem de dictis Constitutionibus noviter traductis & editis ita dicendum est, atque grammaticalis potius quàm legalis eruditionis ef- 7
fectus censendus est iste *Contii* & aliorum modernorum hujusmodi Græcas Constitutiones & Novellas per Justinianum in Codicis compilatione neglectas, sive in parte resecatas, nunc privata auctoritate in eodem Codice inserere; Siquidem ipsemet Justinianus in ejusdem Codicis ultima compilatione, ejusque primis tribus ejus titulis,

scilicet

scilicet *de novo Codice faciendo*, *de Iustiniano Codice confirmando*, *& de emendatione Codicis* expresè profitetur multas Constitutiones & novellas suorum Prædecessorum, ac etiam proprias in toto vel in parte resecasse, ac pro revocatis & neglectis habuisse; Igitur erroneum fuit hujusmodi Constitutiones tunc benè cognitas, sed neglectas & resecatas, nunc tanquam leges observandas privata auctoritate edere & in Codice inserere; Si enim aliquis Pontifex resecatis multis Constitutionibus abrogatis vel non existentibus in usu, novum Bullarium compilari mandaret solum attendendum utique vanum esset, quod tractu temporis privatus homo antiquas Constitutiones jam neglectas & resecatas, eidem Bullario tanquam leges addere vellet.

Quod si generaliter procedit in omnibus hujusmodi Constitutionibus ità moderno tempore tra-
8 ductis & editis; Clarius dicendum est de ista, ex cujus tenore ad litteram constat eam esse localem, utpotè editam pro sola Urbe Constantinopolitana. Et licet Justinianus *in dicta l. finali Cod. de ædif. priv.* illam extenderit ad omnes Civitates & Provincias Imperio subjectas, nihilominus ejusdem extensionis tenor ostendit ità gestum esse in ea parte, in qua disponitur de servitutibus utpotè de materia omnibus Civitatibus & locis inhabitatis congrua & communi, non autem circa maritimum aspectum, qui peculiaris est Civitatis & locorum existentium ad oras maritimas, atque potiùs delitiæ privilegium, quàm servitutem continere dicitur, ut advertit *Gottofred. in ead. l. finali verbo ubique terrarum.*

Atque evidenter probatur ex duplici clara demonstratione; Prima scilicet, quod de tempore quo emanavit dicta lex extensiva, jam emanaverat altera ejusdem Justiniani Constitutio contenta *in dicta Novella 63. seù in auth. de novi operis enunciat. maritimi aspectus*, cum ex communi sensu desumpto ex prioribus tribus libris Codicis, certum sit leges Justiniani contentas in Codice esse omnium novissimas, ac posteriores novellis, quæ in authentico continentur, undè si Justiniani intentio fuisset *in d. l. finali.* etiam de maritimo aspectu loqui, utique de sua etiam Constitutione prædicta mentionem fecisset, ut ejus perpetua consuetudo est; Et altera, quia profitetur extensionem prædictam facere ad tollendas contrarietates cum legibus antiquis, quarum plurimas habemus loquentes de servitutibus & ædificandi facultate, nullam verò agentem de hoc maritimo aspectu; Accedente quoque viva ratione desumpta ex qualitate situs dictæ Urbis Constantinopolitanæ, ubi congruè ædificari potest salvo aspectu prædicto, sed hic ædificandi modus impraeticabilis est in aliis Civitatibus maritimis, quæ ut plurimum in planitie constitutæ sunt, undè esset absurdum à totius pœnè Orbis usu & praxi reprobatum.

Accedit communis contraria observantia, circa quam nullius ponderis videntur deducta *apud Capyc. Latr. dicta dec. 50* & in quibus insistebant scri-
9 bentes pro altera parte, negantes legitimam probationem non usus ità præscripti, quod abrogandæ legis vim haberet juxta generales regulas & propositiones *ab eod. Capyc. Latr.* deductas; In hoc enim processum videtur cum æquivoco, quoniam aliud est agere de non usu initiativo, id est, quod lex nunquam fuerit usu recepta & observata, aliud verò de non usu destructivo legis jam receptæ; Primus enim terminus se opponit principio legis, ac operatur, ut illa nunquam talis dici potuerit, dum
10 inter alia legis requisita illud est præcipuum, quod per populos acceptata usuque recepta sit ad text. *in l. de quibus ff. de legibus cap in istis §. leges 4, distinct. Abb. & Felin in cap. 1, de tregua & pace*, *& cæteri apud Fabrin. in fragment. verb. lex num. 1, cum sequen. Rouit super pragm. 10. de extract. num. 1.* Alter verò terminus tollit per quamdam contrariam præscriptionem legem jam perfectam, & aliàs receptam, undè propterea talis non usus exigit requisita ponderata *apud Capyc. Latr. ubi suprà*, sed fallacia est in applicatione, dum versari dicimur potiùs in prima specie quàm in secunda, undè propterea non usus tali justificatione non indiget, dum non allegatur tanquam præscriptivus seù abrogativus legis claræ & receptæ, sed tanquam impeditivus, nè illa dici possit lex, vel tanquam interpretativus, quod esset localis pro sola Urbe Constantinopolitana, quodque dicta Justinianea extensio de servitutibus communibus intelligenda esset, non autem de isto delicii privilegio ut suprà; Magna enim differentia est inter observantiam præscriptivam ac interpretativam, illa enim exigit omnia præscriptionis requisita, ista verò secùs, juxta distinctionem, de qua *per Barbos. in l. post dotem num. 47. cum sequen. ff. solut. matrim. dec. 319. & 351. par. 6. rec. & passim.*

Præterea quoad hunc non usum, altius legalem historiam reassumendo advertebam, quod licet de 11
mandato Justiniani Imperatoris per Tribonianum, Theophilum, & Dorotheum circa annos Domini 529. *ad 536* legum civilium compilatio prodierit, ut constat ex Oloandri temporanea digestione *impressa post Cod.* & ex aliis diligenter reassumptis *per Harprec. in proem. Instit. ex numer. 4. ad 20*; Nihilominus de eo tempore ob Gothorum & Vandalorum incursiones, satis modica erat Imperatoris potestas in Italia aliisque provinciis adjacentibus, illaque modica, quam ex Narsetis & Belisarii ejus Ducum opera habuit, circa ejusdem Justiniani finem cessavit ob novam incursionem Longobardorum, qui Italiæ longam dominationem obtinuerunt; Undè propterea dictæ leges ità compilatæ, licet ad has partes traductæ, attamen vel nunquam receptæ fuerunt, vel ob diversas dominationes abolitæ, itaùt per septem circiter sæcula præsertim in Italia, illarum notitia vel observantia defierit, populi autem vixerint, vel cum legibus Longobardorum, vel cum juribus municipialibus singulorum locorum usque ad annum 1130. sive aliam opinionem 1148. quando per Classem Pisanorum casualiter istarum legum corpus inventum fuit in excidio Amalphitanæ Civitatis, ad quam incertum est an illud introductum esset de temporibus Justiniani, vel potiùs evectum moderniori tempore per Amalphitanos mercatores, illas Orientales partes nimium frequentes, ut liquet *ex Baron. Tarcagnot. aliisque Chronistis* & ex nostris *Borell. de præstant. Reg. Catholici cap. 78. à num. 26. ad finem & Valentin. Forster. in Histor jur. civil. lib 3, inter tract. magn. tom. 1. fol. 54 columna 1.* de loco tamen inventionis mentionem non faciens.

Qua inventione sequuta, cum ex opera *Irnerij* aliorumque illius sæculi eruditorum, leges prædictæ, cum aliqua emendatione, vel suppletione in partibus per tineas corrosis editæ essent, populi, asininis Longobardorum, vel ineptis municipalibus legibus vivere assueti, videntes istas adeò rationabiles, & benè ordinatas, paulatim eas usu recipere cœperunt, ita ut non ex auctoritate Justiniani Imperatoris, ut aliqui legulei credunt, sed ex dicto moderno voluntario populorum usu dictas leges

hodie habeamus, & ex quibus ad Hispanias quoque exemplis transiniſſis, *Ferdinandus* nuncupatus *Sanctus*, & *Alphonſus* ejus filius; cognomento *Sapiens* Reges Hiſpaniarum leges partitarum compoſuerunt.

Hinc proindè reſultat, quod uſus prædictus reſtrihgendus eſt ad illas leges, quæ tunc repertæ fuerunt, & juxta antiquas Digeſtorum & Codicis editiones, potiſſimè dum etiam plures leges in eiſdem antiquis Codicibus exiſtentes videmus de facto uſu non receptas, ergò tota vis eſt in uſu.

Et quamvis plerique velint, præſertim Forſterius ubi ſupra poſt editionem prædictam prodiiſſe edictum Lotharii Imperatoris ſuper earundem legum obſervantia; Attamen quicquid ſit de ejus veritate, trahi non poteſt niſi ad eas leges tunc repertas, de quibus ipſe ſentit, & de quibus etiam intelligendum venit Decretum Pontificium *in cap 1. de nov. oper. nunciat. cum concord. per gloſ. ibidem*, cum animus trahi non poſſit ad ignorata & tunc non extantia.

Clarius verò in dicta Civitate & Regno Neapolitano, quod tunc Siciliæ, deindè poſt diviſionem Inſulæ dictum eſt Regnum Apuliæ, ubi dictum Lotharii Edictum nullam vim habuit, cùm receptum ſit illius Regni Regem in nihilo recognoſcere
12 Imperatorem, *ut benè probat Borell. d. tractat. de præſtant. Reg. Catholici cap 47, numer 13, cum ſequent.*; Dictarumque legum uſus generalis eſt ſatis modernus, cùm antè duo ultima ſæcula, & apud antiquos Regnicolas recepta eſſet propoſitio, quod ibi generaliter viveretur jure Longobardorum potiùs quàm
13 jure communi Romanorum, niſi ſpecialis uſus iſtarum legum in loco probaretur; Apud modernos verò, & à modernis temporibus prodiit contraria propoſitio, ut ſcilicet generaliter vivi præſumatur jure Romanorum, niſi probetur ſpecialiter in loco vivi illo Longobardorum, ut conſtat ex deductis *per Minadoum conſ. 1. num 27, & conſ. 12, num. 15, & in Conſtituttone in aliquibus in princip num. 59, Fab de Ann. conſ. 28, num. 11, & ſequen. Galeott. lil. 2, controv. 1, & 12, Capyc. Latr. conſultat 3. Annichin. de prævent. cap 1, quæſt. 3. ex num. 86. & alios.*

Fortius autem ac indubitanter in ipſamet Civitate Neapolis ob dictam ejus particularem conſue-
14 tudinem in ſcriptis redactam, per quam abſque hujuſmodi reſtrictione indefinitè conceditur facultas altius extollendi propria ædincia, relicto ſolùm cõgruo ſpatio, & tamen vix in iſta Civitate hujuſmodi facultas abſque iſto præjudicio impediendi aſpectũ maris eſt practicabilis; Hinc proindè conſtituebam dilemma; Aut de tempore hujus introductæ conſuetudinis habebatur notitia dictæ Cõſtitutionis, quæ vim legis haberet, aut non; Primo caſu conſuetudo eam abrogavit; Et ſecundo non poteſt iſta Conſtitutio, quæ figuram facere dicitur novæ legis nunc in campum exientis, tollere contrariam conſuetudinem jam legitimè introductam, abſque ejus ſpeciali mentione; Verius autem eſt hanc eſſe novam legem, cujus initium ex non uſu impediatur potius quàm ex contrario uſu præſcriptivo tollatur.

Undè propterea non levem admirationem mihi tribuebat, quod ita leviter, & cum ſolis regulis generalibus ſuper legum non uſu procederetur in caſu diſputato in Sac. Conſilio, de quo *Capyc. Latr. dicta dec.* 50. cum tunc in ea Civitate Scholaris ſcirem illius diſputationem ob novitatem fuiſſe celeberrimam, itàut omnium ferè illius temporis Advocatorum & Curialium ingenia exercuerit; Deciſionem autem prædictam, prout & alteram *apud Ganaverr. dec.* 10. ex motivo potius æmulationis aliiſque particularibus facti circumſtantiis prodiiſſe teſtantur *adden. ad Capyc. Latr. ead. deciſ.* 50. qui econversò plures referunt contrarias determinationes.

Cæterùm quando ſuper his ità generaliter & abſtractè ſumptis aliqua caderet difficultas; Illam (aſſumendo tertiam inſpectionem) penitùs ceſſare dicebam in hac facti ſpecie ex ejus individuis circumſtantiis; Primò ſcilicet, quia in eadem Zenoniana Conſtitutione expreſsè diſponitur ſecùs dicendum 15
eſſe, ubi lex particularis conventionis obſtaret, & hic erat caſus, dum juxta facti ſeriem, in conceſſione iſta lex adjecta erat, ne in ſitu conceſſo ita ædificari poſſet, quod ita concedenti ſervitutem vel præjudicium cauſaret, quod etiam de jure ſubintelligitur, *ut benè Caſtr. conſ. 48 lib. 3.* ubi quod facta conceſſione alicujus ſitus vel domus depreſſioris propè domũ 16
concedentis, non poteſt conceſſionarius altius elevandi facultatem aliàs de jure generaliter competentem in concedentis præjudicium cum nota ingratitudinis exercere, cùm conceſſio facta conſeatur rebus in eo ſtatu permanere debentibus, ac ſub tali ſervitute ita implicitè per concedentem conſtituta, ſequuntur *Cyriac. contr. 28, n. 11, & ſeq. Andreol. in add. ad Cepoll poſt contr. p. 3, verſ. de ſerv. nè luminibus* & habetur *diſc. ſeq.* Undè patientibus iſtis Religioſis, quod conceſſionarius in ſitu cõceſſo ædificaret præter ſibi attributam facultatem, id operari quidem potuit tacitam diſpenſationem, ob quam prætendi non poſſet demolitio ædificii facti contra legem conceſſionis, non autem, ut exindè reſultaret paſſiva ſervitus impediens elevationem in proprio.

Secundò quia ubi etiam dicta Zenoniana Conſtitutio recipienda eſſet tanquam lex Imperialis ubique ſervanda, adhuc tamen cùm ſit lex laicalis, ex defectu poteſtatis non afficit Eccleſias, & loca eccleſiaſtica, ne ſuam naturalem libertatem in proprio 17
exercere poſſent *ad text. in auth. caſſa, & irrita Cod. de ſacroſanct. Eccleſ*, & *per Canoniſtas in cap. Eccleſia S. Mariæ de Conſtitutionibus*; Licèt enim per Sacros Canones *in cap. 1, de nov oper. nunc.* & alibi diſponatur, ut ceſſante canonum repugnantia leges civiles attendi debeant, undè prodit, quod iſtæ in foro etiam eccleſiaſtico attenduntur, atque ſunt etiam eccleſiaſticorum obligatoriæ; Nihilominus ut ſupra dictum eſt, dicta canonica diſpoſitio trahi non poteſt ad iſtam legem tunc Papæ ignotam, atque adhuc luci non proditam.

Tertiò clarius, quia non agebatur de ſimplici ædificio, pro quo ad dictam legem evitandam allegaretur ſola exemptio ratione jurisdictionis, ſed 18
agebatur de illo conſtruendo pro juſta, immò neceſſaria cauſa tollendi activum & paſſivum aſpectum ſeù introſpectum in clauſtra & cellas Religioſorum; Si enim pro Monaſteriis & piis locis conſtruendis, ampliandis, vel aliàs ad meliorem religioſam formam redigendis, licitum eſt contra juris generalem diſpoſitionem cogere Dominum invitum ad rei ſuæ venditionem *ad not. in l. ſi quis ſepulchrum ff. de relig. & ſumpt. funer.*, *ut ſapius hoc eodem tit. ad materiam retractus deductum habetur*; Multò magis iſtis Religioſis concedendum eſſe dicebam, ut remoto dicto accidentali impedimento limitativo regulæ generalis, licitum eſſe deberet ædificare in ſuo; Cùm legis, rationis, honeſtatis, ac religionis principiis adverſari videatur, ut pro concedendo laicis delitias habendi aſpectum maris, impediri debeant Religioſi clauſtrales, ne ſcandalis conſulant, atque laicorum aſpectum ſeù introſpectum activum & paſſivum non tollant.

Pon-

Ponderabam demùm controversum esse inter DD., an privilegium de jure competens Monasteriis Monialium cogendi vicinos ad claudendas fenestras, seù aliàs elevandi vel demoliendi propria ædificia, *& de quo hoc eodem titulo pluries*, competat etiam Monasteriis & domibus Religiosis Virorum, & affirmativam veriorem latè probat *Rouit dec: 92, num. 7, & per tot.* ubi satis probabilia expenduntur fundamenta, quoties præsertim agitur de domibus conductitiis inhabitari solitis à populo minuto, & mulieribus, ex quibus de facili scandalum resultare potest, quod admitti etiam videtur per *Rot. apud Burat. dec. 631. num. 22.* Undè quidquid sit de hoc, quoties ageretur de puncto exorbitanti & correctorio generalis dispositionis juris cogendi scilicet Dominum ad claudendas proprias fenestras seù aliud præjudicium patiendi in suo, attamen istud motivum videtur irrefragabile ad hunc effectum faciendi cessare dictam limitationem, atque concedendi ipsismet Religiosis, ut in suo ædificare possint, atque ità scandalosam servitutem evitare, ità ut omnibus præmissis insimul ponderatis casus remanere videretur omninò planus, ideoque reflectendo etiam ad solam veritatem, dicta resolutio Rotæ justa benèque fundata visa est.

8. *De spatio relinquendo inter unum ædificium & alterum juxta Constitutionem Zenonis.*
9. *De regula* l. altius, *ut quilibet ædificare possit in suo.*
10. *Et non attenditur lapsus temporis in materia facultativa.*
11. *Servitus probari potest etiam per præsumptiones & adminicula.*
12. *Materia conjecturalis quomodo regulanda sit.*
13. *Resolutio causæ.*
14. *Ponderantur conjecturæ & adminicula ad probationem servitutis.*
15. *Solent construentes conspicuas domus curare, ut aliæ domus adjacentes non possint elevare.*
16. *Non licet in proprio construere in præjudicium ejus qui concessit solum.*
17. *Quid in hoc disponat statutum Ianuæ.*
18. *De statuto Mediolani in hac materia præsumenda servitutu.*
19. *Leges vel consuetudines unius Provinciæ vel Civitatis attendi debent, pro interpretatione, seù etiam in casibus non decisis in jure.*
20. *An volens construere palatium, seù nobile ædificium possit de jure cogere vicinum ad sibi vendendam aream, vel domum.*

IANUEN.

Altius non tollendi, seù ne luminibus officiatur.

PRO

MARCHIONISSA HIERONYMA DE AURIA SPINULA

CVM

LAZARO MARIA DE AURIA.

Casus disputatus coram Delegatis à Senatu Ianuen. & decisus pro Marchionissa.

An & quando vicinus prohibere possit vicino ædificare in proprio solo, suamque domum altius extollere, ne ejus domus luminibus officiatur, vel impediatur aspectus.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De facultate altius elevandi propriam domum atque ita obscurandi fenestras domus eminentioris existentes in muro laterali.*
3. *De usu muri communis vel divisorii arearum, quando liceat illum elevare ac desuper ædificare.*
4. *Quomodo procedendum sit circa doctrinas seù auctoritates in judicando & consulendo.*
5. *De altius elevando domum propriam è conspectu alterius domus via publica intermedia.*
6. *De ædificio quod præiudicet aspectui maris remissivè.*
7. *De ædificio faciendo in propria area seù vacuo præjudicante ædificio adjacenti in luminibus seù aliàs. Cardin. de Luca de Servitutibus.*

DISC. II.

INter conspicuam domum Hieronymæ de Auria Spinula Marchionissæ de los Balbasses, ac domum Lazari Mariæ de Auria, in Civitate Januen. adest quædam area seu vacuum sub dominio & possessione Lazari Mariæ, quo volente quoddam ædificium pro ejus domus ampliatione vel commoditate construere, quod notabile præjudicium præfatæ domui Marchionissæ causasset, tam circa lumina, quàm circa aspectum, & prospectum, ac etiam decorem, ipsa se opponente, commissaque per Senatum Januen. causa quibusdam specialiter Delegatis, cum utriusque defensores fuso calamo hinc indè scripsissent; Hinc hujusmodi scriptis ad Urbem transmissis, ex parte dictæ Marchionissæ consultus fui, nedum pro causæ defensione, sed etiam de proprio judicio ad veritatem; Cumque ex auctoritatibus hinc indè copiosè cumulatis inspicerem processum esse cum aliquo æquivoco, allegando ad istum casum auctoritates alios satis diversos percutientes; Idcircò ad veritatem eruendam, desuper respondendo, dicebam plures casus in hac materia distinguendos esse, ac successivè distinguendas auctoritates, quarum aliquæ unum percutientes, incongruè alteri applicantur, atque ita faciliorem controversiæ decisionem reddi posse. 1

Primus igitur casus est, ubi agitur de duobus ædificiis invicem connectentibus, mediante muro laterali utriusque domus tigna ac tecta substinente, quorum unum eminentiorem altero structuram habeat, undè propterea in parte supereminente dicti muri lateralis, respondente supra tectum ædificii depressioris, habens alterum magis elevatum, ibi habeat fenestras; Vicinus autem Dominus ædificii depressioris intendat illud altius elevare, atque ita dictas fenestras & lumina obscurare, & de isto casu loquuntur *Ias. cons. 98 lib. 1, Honded. cons. 80. lib: 1, Sperell: decis. 54. & 56. Thomat dec. 119, Rot. apud Duran. decis. 410.* quæ reputatur in hac materia magistralis, atque de eodem casu loquitur *statutum Ianuæ lib: 6, cap: 13.* quod in hac parte concordat *cum statuto Vrbis 107.* & cum altero *Mediolani 335, par. 2.* 2

Isto casu regula assistit Domino ædificii depressioris illud elevare volentis, non curato præjudicio alterius vicini utentis muro laterali, saltem habitualiter communi, præter suum connaturalem usum, juxtà firmata in præmissis auctoritatibus, Quæ tamen regula plures recipit limitationes ac declarationes, quarum aliquæ insinuantur *in Camerinen. in Rom. domus pro Ecclesia S. Blasii, disc. 4. & 11.* & in aliis *hoc eodem titulo*, in quibus in specie agitur de isto casu, ab illo tamen præsentis controversiæ extraneo. Et consequenter extraneas dicebam omnes præmissas auctoritates, super quibus, earumque intelligentia, & præsertim super dicta *dec. 450. Durani*, nimium hinc indè certabatur.

Alter casus est, ubi agitur de muro utriusque ædificii aream vel curtim seu hortum dividente, super quo unus ex vicinis, altero invito, novum opus construere intendat, murum prædictum altius ele-
3 vando, ejusque consuetum statum immutando, undè propterea alteri vicino, vel circa lumina, vel circa aspectum seu prospectum præjudicium resultet, & de hoc propriè agunt, post antiquiores ab eis relatos *Bursatt. cons. 57. & 58. Thesaur. decis. 23. & 41. Menoch. cons. 1237. Sperell. dicta 54. & 56 benè Rovit. decis. 30.* ac etiam votum Cameræ impressum *inter decisiones Rotæ decis. 253. par. 7. recent.* ac alii de quibus infra *in Pisauren. muri. Disc. 6.* ubi in specie de isto casu, in quo ut patet ex ibi deductis, quamvis Doctores nimium certent, decisio pendet ex circumstantiis facti, cujus potius quàm juris quæstio esse videtur, An scilicet murus de sui natura sit aptus ad ædificium, vel potius simpliciter destinatus ad arearum divisionem.

Et nihilominus etiam in uno vel altero casu, refrœnatum non est judicis arbitrium ex facti qualitate & circumstantiis egredi juris regulas, atque novum opus permittere vel respectivè prohibere, Potissimè verò, in Urbe, ubi tam *ex statuto 107.* quam latius ex *constit. 22. Gregorij XIII.* vicino amplior facultas tribuitur utendi quocumque muro vicini, ut pluries hoc *eodem titulo* de isto casu speciali agitur; Sed pariter istæ auctoritates, quæ in confuso cum præcedentibus & sequentibus cumulabantur, extraneæ remanebant à præsenti controversia, Undè
4 propterea frequenter verificatur id quod mea est dicendi consuetudo, quod scilicet tota vis ac doctrina judicantis vel consulentis consistit in benè distinguendo triticum à palea, sive unam speciem frugum ab altera, cùm frequens videatur modernorum abusus consarcinandi auctoritates, illisque integras columnas implendi, nullatenus cogitando ad congruam vel incongruam applicationem; Et ideò quidquid sit de isto casu, supervacaneum erat illum examinare utpotè extraneum.

Tertius casus est, ubi agitur de duobus ædificiis è conspectu existentibus, cum via seu alio spatio publico intermedio, quorum unum, juxta antiquum statum, structuram altero eminentiorem habeat, Dominus autem alterius depressioris intendat istud
5 ad æqualitatem elevare, & ex qua elevatione resultet alterius præjudicium, vel circa lumina, vel circa ventos salubres, aut aspectum maris, seu prospectum, cum similibus, & de hoc cæteris antiquioribus allegatis agunt *Buratt. & adden. decis. 631. latè Rubeus in singular. tom. 1. circa decisiones Pirouani fol. 509. & seqq. Rot. dec. 387 596 599. & 611. par. 5 rec.*; Et occasione aspectus maris apud *Capyc. Latr. & adden. dec. 50 apud Celsum decis. 375.* cum aliis de quibus *in*
6 *Neapolitana disc. præcedenti*; Et in hoc regula est pro ædificante, limitari solita, vel in casu æmulationis, vel favore honestatis, ubi scilicet agitur de Monasteriis Monialium, vel ubi de servitute constet; Atque isto casu intrat inspectio spatii relinquendi juxta *Constitutionem Zenonis* insinuatam *dict. disc. præcedenti*, super qua etiam multum hinc indè elaboratum fuit, sed pariter extra oportunitatem, ut in præcedentibus; Licet enim ea quæ habentur deducta isto casu influant in sequentem, qui est ille controversiæ, nihilominus intermediatio viæ, seu alterius loci publici aliquam differentiam constituere videtur.

Quartus demum est casus præcisus præsentis controversiæ, ut scilicet inter unum ædificium & 7
alterum, aliquod extet vacuum, seù area de dominio unius vicini, ex cujus apertura alter vicinus beneficium luminum, ac aspectus, vel prospectus recipit, quibus omnibus, vel eorum aliquibus præjudicaretur, si præfatæ areæ Dominus, consuetum statum immutando, inibi ædificium construat; An scilicet concedatur alteri vicino jus prohibendi Domino ne in suo ædificet, qui casus est benè specificatus *in consuetudine Neapolis* incipien. *Si quis habet parietem, sub titulo de servitutibus.*

Ista quæstio duas habet partes; Unam generaliter negativam & prohibitivam, seu è converso simpliciter affirmativam, ac permissivam absque aliquo medio seu temperamento; Alteram verò modificativam, ut scilicet utraque facultas ædificandi, ac respectivè prohibendi concurrat compatibiliter in ordine ad relinquendum moderatum spatium, per 8
quod ità utrique consultum remanere dicatur juxtà dictam *Zenonianam Constitutionem* registratam in Codicibus modernæ impressionis *l. penult. C. de ædific. privat.* ac etiam apud *Rubeum primo tomo singular. fol. 512.* & apud *Fenzon. ad stat. Vrb. 104.* ubi disponitur relinquendum esse spatium duodecim pedum, in quo concordat dicta *consuetudo Neapolis*, incipien. *Si quis habet parietem* & *Statutum Mediolan. par. 2. cap. 337.* Undè licèt dicta *Zenoniana Constitutio* in ordine ad aspectum maris legis vim probabilius non habeat ex deductis *dicto disc. præcedenti*; Nihilominus in hac parte videtur, præsertim in Italia usu recepta, ut patet ex dictis juribus municipalibus, ac etiam quoad urbana habetur spatium decem pedum *in l. Meviana C. dicto titulo de ædificiis privat.* cùm etiam ipsa ratio naturalis assistat; Verùm de hoc, super quo nimium hinc indè elaboratum fuit, pariter incongruum credebam agi debere, quoniam quidquid sit de materia istius spatii, de qua habetur particulariter actum infra *in Romana fabrica de Mancinis disc. 5.* non expediebat huic parti immoraturi in isto motivo cujus victoria succumbentiam causasset, sed omninò insistere in altero omnimodæ prohibitionis immutandi antiquum statum.

Quatenus igitur ad hanc inspectionem pertinet, admittebam regulam assistere volenti ædificare in suo, ad vulgarem regulam tex. *in l. altius, & l. si ædi* 9
bus C. de servit. & aqua, l. qui luminibus ff. de servit. urban. prædiorum cum concordan. collectis per Sperell. decis. 55. Capyc. Latr. dicta decis. 50. & in supra allegatis Gerunden. altius tollendi dec. 587. 596. 599 & 611. par. 5. recent. cum aliis dicto discursu præced.; Non curato tertii præjudicio exindè resultante, quoniam attenditur principaliter utilitas facientis seù ædificantis in suo, non autem damnum quod exindè accessoriè seù consequutivè alteri resultat, excepto casu æmulationis, quæ tamen in dubio non præsumitur ex deductis apud proximè allegatos; Minusque curato quocumque longissimo temporis decursu, quoniam cum id provenerit ex non usu facul- 10
tatis, nunquam intrat præscriptio quoties non concurrant

currant ea quæ facultatem excludunt ex collectis *per Buratt. decis. 38. Thesaur. decis. 16. Roias decis. 460.* & frequenter hoc titulo in proposito, decursus aquarum, vel accessus ad furnos, & molendina sub tit. de Regalibus.

Attamen ultrà dictam limitationem resultantem ab æmulatione, quæ in hac facti specie non de facili convinci seù præsumi poterat, dùm ædificium redundabat in notabilem utilitatem facientis; Deducebatur altera limitatio ratione servitutis, cujus, & si nullus explicitus titulus, nullaque expressa probatio
11 daretur; Adhuc tamen de jure admittitur probatio præsumptiva per adminicula, conjecturas & præsumptiones juxtà magistralem theoricam *Bar. in l. 1. num. 9 ff. de itinere actuque privato* communiter canonizatam ex deductis *per Mascar. de probat. concl. 1215 Gratian discept: 681, num. 7. Casanatt: cons. 39, Capoblan: de Barom: pragm: 14. num: 13, cum seqq. cum aliis per Rot in Firmana servitutis 21, Martij 1664, coram Ninot & 13, Martij 1665, coram Olalora editis in Firmana de qua infrà disc. seq.* Ac etiam in decisionibus editis *in Bononien aquarum* de qua pariter *hoc titulo disc. 25* & in aliis frequenter.

Quoties autem agitur de materia conjecturali seù præsumptiva, certa & determinata regula gene-
12 ralis dari non potest, cùm totum pendeat ex judicis prudenti arbitrio, juxtà ea quæ in ista conjecturali materia satis frequenter habentur *sub tit. de fideicommissis* & alibi, regulando ex singulorum casuum particularibus & individuis circumstantiis, ex quibus frequenter contingit, aliquas conjecturas vel adminicula in uno casu sufficere, in altero verò eadem & longe majora non, inspectis præsertim qualitate personarum, usu regionis, ac super omnia, verisimilitudine, vel inverisimilitudine, quæ in omnibus ambiguis primum locum occupat, atque ut nostri dicunt, veritatis, ac respectivè falsitatis imaginem habet.

In hac verò facti specie plura urgebant vehementia adminicula, ex quibus insimul, & unitim ponderatis cum consueta regula, ut singula quæ non prosunt unita juvent, &c. in ambiguis & conjecturalibus perpetuò attendenda, cum sensu etiam veritatis credebam justitiam huic parti assistere, qualis
13 etiam fuit sensus judicum ità controversiam determinantium *sub die 19. Septembr. 1661.* Non licuisse scilicet, nec licere in dicto vacuo aliquod novum opus construere, quod officiat seù officere possit luminibus dictæ domus Marchionissæ.

Prima species probationis, seù adminiculum deducebatur ex judicio octo peritorum bonas ratio-
14 nes assignantium, quod juxta regulas architecturæ, stante utriusque ædificii structura, dictum vacuum ab initio ita destinatum ac relictum fuisset pro utriusque domus servitio.

Secunda conjectura deducebatur ex magna inverisimilitudine, activè, & passivè multipliciter concurrente; Ex parte scilicet Majorum dictæ Marchionissæ, quod adeò nobile & conspicuum ædificium cum picturis aliisque ornamentis ingenti sumptu construere voluerint in hac parte respondente super area aliena, cum adeò patenti periculo quod in dies arbitrio vicini, in quo ut plurimum aliqua æmulatio vigere solet, ità obscurari posset, atque penè inutile reddi; Et ex parte ipsius Lazari Mariæ majorum, quod dictum ædificium cum Menianis, cornicibus, pro filiis & aliis ultrò se protendentibus pati voluerint; Ac etiam quod successivo spatio annorum circiter 200. privare se voluerint facultate ædificandi in hac parte commodiori, ac nobiliori, stante præsertim usu hujus Civitatis, ubi ob incolarum frequentiam, ac situs qualitatem, hujusmodi areæ seù curtes non abundant, neque vacua negligi solent.

Tertia pro meo judicio fortissima conjectura, stantibus præsertim dictis actibus negativis seù permissivis ut in præcedenti, resultabat ex actibus affirmativis ob qualitatem ædificii dicti alterius vicini, dum nobilior ejus pars ac mansiones destinatæ ad Domini habitationem respondebant in quemdam viculum, contra omnes architecturæ regulas, omnemque verisimilitudinem; Si licitum fuisset in hoc vacuo tanquam nobiliori parte ædificare, ac etiam quod stabulum, aliæque officinæ existentes in hac parte habebant satis depressam ac insolitam structuram, pariter contra architecturæ regulas, undè clarum resultabat argumentum, id ab initio ità ex conventione gestum esse, ne alias dicto conspicuo ædificio præjudicaretur.

Quartam, Ego ponderabam conjecturam juris de qua benè apud *Castrens. cons. 48. lib. 3.* quod scilicet solent qui magnum ac nobile ædificium seù 15
domum construunt, ab initio casum prævidere, atque curare & se assecurare, tutosque reddere, ut aliæ domus adjacentes in eo depressiori statu perseverare debeant, undè *Cyriac contr: 462, num: 34.* ex eadem auctoritate benè ponderat, quod ubi Dominus adjacentis ædificii depressioris est idoneus, atque ulterior elevatio sibi utilitatem vel commoditatem generaret, & tamen negligit, signum est quod facere non potuerit ob constitutam servitutem; Atque in idem Ego ponderabam eam circumstantiam, quod hic vicinus esset de eadem familia, in statu tamen magis privato, undè probabile est quod dicti Lazari Mariæ stipiti seù majori communis utriusque partis stipiti secundo genito seù aliàs attinenti, ista pars situs assignata esset, cum hac lege, undè intrarent eadem quæ habentur *in Neapo-* 16
litana disc. præcedenti, de non concedenda facultate ædificandi in proprio solo in præjudicium proprii auctoris à quo illud habitum est.

Quintam, pro adminiculo considerabam statutum Januæ *dicto lib. 6, cap. 13. §. ultimo*, ubi disponi- 17
tur quod si inter duas domus adsint fundata vel vacua, non possit unus illa integrè occupare, sed sola medietas ad unumquemque pertineat, undè deducebam argumentum, quod cum hoc vacuum ad utrumque spectare deberet, ità per quamdam speciem concordiæ integrum datum fuerit uni, sub hac lege ne in propria parte seù portione altius ædificare posset, ità juxta concordiæ naturam, aliquid hinc indè dando & recipiendo.

Ponderabam etiam in idem dispositionem statuti Mediolani 332 *par. 2.* ubi disponitur, quod al-
legato titulo, ex sola longæva possessione seù longæ- 18
vo usu ac statu præsumatur constituta servitus, nisi contrarium probetur; Licèt autem istud sit statutum diversæ ditionis, nullamque vim legis habeat extra proprium territorium & cum non subditis; Nihilominus, stante præsertim regionum vicinitate, rectè attendendum videtur pro argumento seù præsumptione, cùm in iis casibus qui non habentur in jure expressè determinati, sive pro interpretatione juris dubii, rectè deserviant leges vel consuetudi-
nes aliarum, præsertim adjacentium, Civitatum seù 19
provinciarum, *Ias. in l. de quibus num: 6 ff. de legibus, Constant: in l. 1, C. de filiis official. lib: 12, num: 36, addem: ad Rouit. pragm. 2, de cessione bonorum vers. licet vero, scribentes apud Pratum respons. crim. 46, n. 53, cum seqq. Rot. decis. 357, n. 49, & seqq: ar. 11, recent.*

Ac demum ponderabam conspicuam qualitatem hujus ædificii, ob quam de jure, ob publicam utilitatem conceditur vicino, construere, perficere, vel ornare volenti palatium seù conspicuum ædificium, cogere vicinum ad sibi vendendam aream seù domum depressam, in suo genere non habentem nobilem structuram & non facientem ornatum, quoniam Reipublicæ interest, Civitates præsertim Regias & Metropoliticas conspicuis ornari ædificiis, ut advertunt *Roman. singular. 718. Thesaur. jun. lib. 1. quæst: forens: 04, numer. 3, cum seqq Giurb: obser: 86, num. 5, Carena resol. 2.* Atque ità in plerisque Italiæ Civitatibus statutum esse refert *Thesaur. ubi supra num. 5.* & habemus in Urbe statutum per *Constitut. 22, Gregorii XIII.* de quà frequenter hoc tit. ad materiam retractus coactivi; Undè quicquid sit de veritate seù praxi, ac intelligentia dicti assumpti, quam formiter examinare non oportuit, dùm ità incidenter deducebatur; Adhuc tamen ponderabam id esse in proposito considerabile, quoniam cui damus actionem, multò magis concedimus exceptionem, ac etiam quia non agebatur de cogendo ad vendendum, neque ad patiendam ex hac sola causa servitutem, sed considerabatur pro uno ex adminiculis; Præsertim verò omnia hæc, ut supra dictum est, considerando non singulariter sed unitim cum dicta regula, ut singula quæ non prosunt, &c. cum re vera hujusmodi quæstiones sint potius facti quàm juris; Ac propterea reflectendo ad veritatem, etiam post jam decisam & sopitam controversiam, justa, benèque fundata mihi visa est dicta resolutio.

FIRMANA SERVITUTIS

PRO

HIERONYMA BARLETTINA DE COLUMBANIS

CUM

LUDOVICO DE FRANCESCHINIS.

Casus decisus per Rotam pro Hieronyma.

De probatione servitutis prospectus per adminicula & præsumptiones, ne scilicet quis in proprio muro, propriaque domo construere possit fenestras, vel aliud novum opus facere, quod respondeat domui vel areæ vicini, ac prospectum præjudicialem causet.

SUMMARIUM.

1. *Facti series.*
2. *De regula assistente ædificanti in suo.*
3. *Servitus probatur etiam per præsumptiones & adminicula, & quomodo in materia procedendum.*
4. *De adminiculò negativo abstinendi longo tempore à construendo opere.*
5. *De adminiculo affirmativo habendi in muro fenestras cum certo restricto modo.*
6. *Quomodo in hac materia deferendum sit testibus.*
7. *Conventiones super servitute non aperiendi fenestras, vel aliud non agendi, an sint personales vel reales*

DISC. III.

CUM Ludovicus vellet in muro propriæ domus aperire fenestras, ex quibus in cortile, seù aream domus Hieronymæ prospectus haberetur, undè aliquod præjudicium vel Incommodum exindè resultaret, præfata Hieronyma se opponente, introductaque lite in *Rota Maceraten.* alijsque Tribunalibus in partibus, quatuor diversæ prodierunt sententiæ, duæ scilicet pro utraque parte respectivè, Undè demum introducta per appellationem causa *in Rota coram Ninot*, datoque dubio, *an & ad cujus favorem constaret de duabus conformibus quæ venirent exequendæ*, sub *die 21. Martij 1664.* ad favorem Hieronymæ opponentis prodijt resolutio, confirmata *13. Martij 1665. coram Otalora* subrogato in locum *dicti Ninot.* interim assumpti ad Episcopatum Gerunden. atque cum istis resolutionibus causa, quod sciam, finem recepit, dùm amplius de illa actum non audivi, dictæque resolutiones mihi pro Hieronyma scribenti, reflectendo etiam ad solam veritatem, justæ ac probabiles visæ fuerunt.

Quamvis enim Ludovico dictum opus in suo ad propriam utilitatem seù commoditatem principaliter facere volenti assisteret regula, non curato accessorio seu consequutivo vicini præjudicio, minasque contrario longissimo statu tanquam in actu facultativo, Undè propterea dicebam mani labore se torsisse scribentes in contrarium, qui cum copiosissimis allegationibus hujusmodi hodie vulgares ac præsupponendas præpositiones probare curabant. Attamen punctus erat in ejus limitatione resultante à servitute, quam pariter receptum est, nè dùm cum titulo explicito, ac expressa probatione, sed etiam per præsumptiones & conjecturas justificari posse, juxtà celebrem auctoritatem *Bart. in l. 1. § hoc interdicto num. 9. ff. de itinere actuque privato*, cujus verba præcisa sunt hæc. *Et ideò dicit Iacob. de Aret. & alij moderni, quod sufficit quod probet se audivisse hoc dici à quibusdam vicinis & à quibusdam fide dignis, quod sibi competat jus eundi &c. Ita dicunt ipsi. Ego puto in veritate hoc esse, quod debeat aliquod probari, quod ipse motus sit ad credendum sibi servitutem competere. Et ideò puto quod si erat de hoc fama per contratam licitè potest credere. Ideò fortius si erant ibi signa viæ, vel itineris, vel aquæ vel alia verisimilia, quæ possunt animum adducere ad istam credulitatem, quod autem sit usus jure servitutis probabitur ex actibus*; Quæ Bartoli traditio super probatione servitutis per præsumptiones & adminicula est communiter recepta ex deductis per *Grat. discept. 681. num. 7. Pancirol. consil. 74. n. 4. & 5. Casanatt. cons. 39. Thesaur. decis. 16.* cum alijs in hujus causæ decisionibus; Atque ubi non haberemus auctoritates, id suaderet ipsa ratio naturalis, quoniam tam ob difficultatem probationis in antiquis, quàm etiam quia ut plurimùm hujusmodi ita adjacentes domus, ut præsertim hujus controversæ structura denotabat, solet esse unius patris familias, atque inter plures filios seù hæredes dividi cum hujusmodi servitutibus tunc conventis, super quibus confici non solent scripturæ, undè propterea ista materia potius est facti, quàm juris, super qualitate scilicet præsumptionum, & adminiculorum, quæ ex personarum, ac locorum, seù usus regionis diversitate veniunt pro judicis prudenti arbitrio diversimodè ponderanda.

In

In hac autem facti specie plura concurrebant, ex quibus reflectendo etiam ad solam veritatem, dictæ resolutiones justæ, ac probabiles visæ sunt,
4 quoniam ultrà magnum adminiculum ratione inverisimilitudinis resultans ex actu negativo seù non usu facultatis aliàs competentis tam diuturno tempore aperiendi has fenestras, quas ex qualitate mansionum nimium luminibus carentium cõstabat nedum esse satis commodas, sed quodammodo necessarias, undè propterea cùm impensa esset satis modica, & personarum qualitati nimium facilis, omninò inprobabile est, quod tamdiù possessores pro tempore se voluerint ista commoditate privare, & consequenter magnum servitutis adminiculum, seù præsumptio resultat, ut ponderatur in *Ianuen. disc. præcedenti.*

Alterum fortius adminiculum resultabat ex actu positivo, quoniam in eodem muro aderant ab antiquo fenestræ, sed in parte superiori, atque ut vulgò dicitur *ad lumen tantùm*, absque eo quod exindè prospectus activus & passivus haberetur; Et quod magis, eædem fenestræ habebant cancellos ferreos & vitreos, ex quibus signis clarè ostendebatur, ità ex conventione ab initio constructas esse, quod servitutem prospectus causare non possent, ut in specie advertitur per *Cepoll. de Servit. urb. præd. c. 62, de fenestra num 11, in fin Afflict. decis. 225, per tot. Rot. in Camerinen. juris fabricandi 27. Iunij 1635, coram Dunozetto* inter suas *decis. 404, num. 5.*

Et ulterius plures dabantur testes de communi traditione & fama, ac etiam de auditu ab antiquioribus utriusque respectivè domus possessoribus de
5 hujusmodi servitute ex antiqua conventione; Et quamvis adversus istos testes, tam in dicto, quàm in persona plures deducerentur exceptiones, in quarum singulis scribentes in contrarium longas retexebant allegationes; Nihilominus dicebam, & Rota rationabiliter admisit, hujusmodi inspectionem super integra fide ipsis testibus præstanda nec nè, intrare quando ab eorum dicto tantùm conventæ servitutis probatio penderet; Secus autem dum testes considerabantur pro solo adminiculo cum aliis conjungendo, cum consueta regula in his materiis perpetuò attendenda, ut *singula quæ non prosunt, &c.* Sive quod intraret propositio in foro quotidiana & recepta, quod exceptiones quas testes pati possunt, sanatæ sive suppletæ remanent ab adminiculis; Undè sive considerarentur alia adminicula ut supra pro corroboratione testium, sive isti considerentur tanquam constituentes adminiculum cum aliis conjungendum, ita videbatur concurrere omninò sufficiens probatio, dum hæc non omninò exacta, & perfecta, sed etiam adminiculativa sufficit juxta dictam theoricam *Bart.*

Insistebant etiam scribentes pro altera parte, quod ubi deferendum esset testibus deponentibus de hujusmodi conventione inter antiquos utriusque domus Dominos inter se conjunctos, ac pro-
6 babiliter ab uno stipite ut supra causam habentes; Adhuc tamen id intelligendum veniret quoad ipsas personas, quodque regulariter hujusmodi conventiones de non aperiendo fenestram, vel similiter, censeantur personales, ideoque non afficiant singularem successorem, ut per *Hipolytum de Marsil. singul. 333. Carpan. ad Statut. Mediolani c. 333. num. 12. par. 2 Mangil de evict quæst. 16, num. 13 & seqq.*

Sed pariter dicebam istam esse potius quæstionem facti quàm juris, non recipientem certam ac generalem determinationem, sed regulandam ex singulorum casuum particularibus circumstantiis ac adminiculis denotantibus an verisimiliter id habeat causam perpetuam necnè itaut dicatur potius conventio realis quàm personalis, ut ex *Speculator. Cepolla*, & aliis advertit idem *Carpan. ubi supra*, atque in simili conferunt deducta *per Capyc. Latr. consult. 109, num 6. cum seqq.* ubi de materia, an & quando conventiones dicantur reales vel personales, cum aliis per *Oleam de cessione tit. 4 q. 7, num: 8, cum pluribus seqq.* Ipsa verò rerum situatio ac subjecta materia ostendebant conventionem fuisse potius realem, quam personalem ob notabilem valoris diminutionem, quam in ipsis domibus hujusmodi servitutes causare solent, undè cùm de illa convenienti principaliter expediat eam esse realem; resultat præsumptio, quod ita conventum fuerit, ita longæva subsequuta observantia comprobante.

CAMERINEN.
ÆDIFICII
PRO
ARESTIS
CVM
PELICE POLASTRA.

Casus disputatus in partibus, ac etiam in Signatura justitiæ, & provisionaliter resolutus pro Polastra ædificante.

An & quando vicinus uti possit muro adjacenti alteri ædificio, illum altiùs elevando, seù fenestras vicino præjudiciales aperiendo; Et quando murus dicatur proprius, vel communis.

Et de Statutis Civitatis Camerini in hac materia disponentibus, eorumque interpretatione.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De elevatione muri intermedij divisorij, remissivè.*
3. *Murus intermedius ab uno ædificatus an, & quomodo sit communis.*
4. *In muro sui apitudine destinato ad ædificium licet consocio superædificare.*
5. *Declaratur.*
6. *De axiomate quod turpius eijcitur, quàm non admittitur, &c.*
7. *Declaratur conclusio de qua n. 3.*
8. *De Statuto Camerini, ut non liceat ædificare in præjudicium vicini.*
9. *Quando fenestra dicatur aperiri ad æmulationem.*
10. *Consuetudo moderatur libertatem ædificandi.*
11. *Concessionarius non potest uti re concessa in præjudicium & servitutem concedentis.*
12. *Licentia aperiendi fenestras in loco in quo esse consueverunt, quomodo intelligatur*
13. *In suo potest quis ædificare, & fenestras aperire etiam si vicino præjudicetur.*
14. *De signis excludentibus communionem muri, & probantibus dominium unius.*
15. *De regula ædificandi in suo.*

16. De-

16. *Declaratur quomodo murus intermedius dicatur proprius construentis, & communis vicino.*
17. *Quando dicatur omninò proprius exclusivè ad omnem communionem vicini.*
18. *Hæc materia est arbitraria, & quomodo decidenda sit.*
19. *Quando dicatur certa communio muri.*
20. *De statuto Camerini circa fenestras.*
21. *Vbi una vel aliquæ fenestræ jam adsunt, earum multiplicatio non præjudicat.*
22. *De signis fenestræ clausæ in reservatis.*
23. *De provisione de qua in cap. 1. & 2, de novi oper. nunciat. & quando illi locus esse debeat.*

DISC. IV.

1 VOlentes Arestij de anno 1607 construere quosdam muros in area intermedia inter eorum domum, ac alteram Guglielmi, convenerunt cum isto id eis licere, dummodo ex ipsius parte muri prædicti remanerent ad ejus liberum usum, tàm quoad appodium, quàm quoad alios usus, prout Polastra Guglielmi successor annis elapsis illis usus est, cum tignorum immissione vulgò appodio nuncupata, ac tecti substentatione usque ad alterius domus æqualem altitudinem; Mox verò idem Polastra dictos muros de facto supra tectum elevando, turrim seù lodiam construxit cum fenestris, servitutem prospectus, aliaque præjudicia præfatis Arestis inferentibus, necnon cum in muro ejus domus respondente areæ seù cortili dicti vicini adesset quædam porta ab antiquo clausa cum fabrica, intendebat illam aperire cum præjudicio pariter prospectus. Undè introducta desuper lite coram Gubernatore Camerini, post longam disputationem, in qua tria pro Arestijs edidi responsa, judex nihil super negotio principali determinando, innixus dispositioni textus *in cap. primo, & secundo de nov. oper. nuntiat. & l. final. Cod. eodem*, provisionale remedium in dictis juribus contentum decrevit ad favorem ædificantis, moderando scilicet inhibitionem, stante cautione præstita de demoliendo seù claudendo in casu succumbentiæ dictaque provisio canonizata fuit per Signaturam justitiæ demandantem moderationem inhibitionis in vim appellationis obtentæ ab A. C. quod putò causaver it litis terminationem per acquiescentiam vel concordiam, dum non audivi de causa amplius actum.

Duo igitur erant hujus controversiæ puncti, Unus super elevatione muri supra tectum cum dicta constructione lodiæ & fenestrarum, servitutem ac præjudicium inferentium; Alter super dicta apertura portæ seu fenestræ jam ab antiquo muratæ, & quoniam in hac Civitate pleraque adsunt statuta super hac servitutis materia disponentia, i circò scribendo in causa, pro Arestijs novo ædificio se opponentibus, duas efformabam inspectiones; Unam in puris terminis juris communis; Alteram attento jure statutario.

Quatenus igitur pertinet ad primum punctum elevationis & usus muri intermedij, quousque ad æqualem utriusque tecti altitudinem deserviebat pro tectorum & tignorum utriusque domus substentatione, non intrabat quæstio adeò per DD. controversa, & de qua *apud Rovit. dec. 30. dec. 253.*
2 *par. 7, rec. cum alijs in Pisauren. muri hoc eodem tit. disc. 6.* ubi scilicet agitur de muro, ut vulgò dicitur *nudo* inter duas areas seù domos intermedio, divisorij potius partes faciente, cum non dubitaretur istum murum sua aptitudine, non ad solam arearum divisionem, sed ad ædificium ac tignorum ac tectorum utriusque domus substentationem constructum esse undè propterea juxtà distinctionem plenè deductam & comprobatam *in eadem Pisauren. muri, & in alijs hoc eod. tit. frequenter*, melior erat conditio socij volentis ædificare, cum uteretur muro communi ad usum, ad quem destinatus est:

Neque de dictorum murorum communione dubitandum erat, non obstante, quod soli Arestij illos jam collapsos suo sumptu refecerint, quo casu cessante conventione, vel dicendi essent proprii, vel, & verius communes habitu tantùm, non autem actu, quod scilicet posset alter vicinus petere communionem ac usum, refusa tamen ejus parte expen- 3
sarum ex deductis *apud Veggium cons. 53. n. 27. & in alijs hoc tit. frequenter* ex magistrali doctrina *Bart. in l. quidam Hiberus ff. de servit. urbanorum prædiorum num. 2*, quoniam dicta conventio omnem quæstionem dirimebat, & consequenter, posita communione, dicebatur ex parte ædificantis, quod dum murus erat de sui natura & aptitudine destinatus
4 ad ædificandum, hinc fundata erat ejus intentio, ex deductis post antiquiores *per Sperell. dec. 54. & 56. Thesaur. dec. 23, & 41. Thomat. dec. 119. Duran. dec. 450, dicta dec. 253. par. 7, rec. cum alijs in eadem Pisauren. & alibi*,

Replicabam scribens pro opponentibus, id rectè procedere, quando vicinus uti vult muro ad usum 5
destinatum, quia nempè habens ejus domum cum tecto depressiori tecto alterius vicini velit suum tectum altius ædificando, reducere ad æqualitatem, seu etiam ad supereminentiam, dummodò tamen ad eumdem usum utatur appodio, seù appositione tignorum & tecti, quo casu non docto de servitute, id licitum est, etiamsi exindè contingat claudi fenestras, quas alter vicinus in parte supereminenti aperuerat, qualis est propriè casus disputatus *apud Duran. dicta dec. 450.* secus verò ad alium usum, aperiendi scilicet fenestras, & faciendi alia vicino præjudicialia ex duplici clara ratione; Una scilicet, quod ità esset uti re communi in totum, in præjudicium socij, cui sua portio ità remaneret inutilis. Et altera quia esset uti re communi extra usum, ad quem destinata est, ex quibus rationibus ut supra licitum etiam est claudere fenestras jam constructas ideòque multò magis impedire novam constru- 6
ctionem, ex regula quod turpius ejicitur &c. qua forenses juristæ passim utuntur *Alex. cons. 213, n. 7. lib. 6. Surd. cons. 64, nu. 7. & cæteri frequenter.*

Verùm reflectendo ad veritatem inspectis solis terminis juris communis dubitabam de motivo, quoniam juxta ea, quæ in specie habentur *hoc eodem tit. in Romana de Aste disc. 14.* id rectè procedit ad 7
effectum, ut alter vicinus volens etiam ad æqualitatem suam domum & tectum elevare, prohiberi non possit, soluta portione expensarum ob communionem saltem aptitudine existentem etiam in parte elevata, quamvis unius tantùm sumptu constructa, non autem ut interim, ac donecipse talem usum habere intendit, prohibere possit liberum usum illius muri, quem alter vicinus suo sumptu supra tectum altius construxit, quoniam interim totus est suus, licet aptitudine communis, ideoque sibi imputet alter vicinus, cur habitualem communionem non reducat ad actum.

Credebam verò, etiam cum sensu veritatis, in hac facti specie probabilius ad favorem prohibentis respondendum videri ex jure statutario, dum in 8
rub. 107, lib. 2, statutorum hujus Civitatis disertè disponitur per verba præcisa, *ut non possit super dicto muro,*

muro, quem fecerit, super dictum murum communalem facere aliquam fenestram, quæ penetret totum murum super & versus domum seù territorium consortis, undè propterea intrare videbatur vulgaris regula *textus in l. ille aut ille §. cum in verbis ff. de legat tertio, de qua dec. 44. numer. 14, par. 11. rec.* quod scilicet in claris non intrant glossæ & argumenta.

Eoque fortius dictæ statutariæ dispositioni locum esse debere dicebam ex duplici circumstantia; Una scilicet, quod cum dicta lodia seù turris ab alia parte meliori duas alias haberet fenestras lumen præbentes, etiam ad superabundantiam & oblectamentum, permittenda non erat hæc alia fenestra gravem servitutem inferens domui vicini, quæ supponebatur in loco satis conspicua, ita ut speciem æmulationis continere videretur, ut punctualiter
9 *Cephal. cons. 130. num. 11. cum sequen.* super quo tamen certa & determinata regula dari non potest, sed totum pendere videtur ex judicis prudenti arbitrio à singulorum casuum particularibus circumstantiis regulando, attamen præsertim qualitate ædificiorum & personarum respectivè, & super omnia regionis more seù consuetudine, ad cujus limites
10 refrœnanda est generalis regula textus *in l. altius Cod. de servit. & aqua ex deductis per Surd. dec. 168 num. 5. & sequen.*

Et altera, quod isti muri, quamvis utrique domui respondentes, toto ejus sumptu constructi essent per unum vicinum, qui alteri gratuitam communionem concessit, practicandam proindè pro usu moderato, & tali, quod concedenti grave præjudi-
11 cium non inferat, nam aliàs esset species ingratitudinis, ex iis, quæ in proposito seù à simili habentur *in Neapolitana ædificii, & in Ianuen. hoc eodem tit. disc. 1. & 2. ex Castrens. cons. 48. lib. 3. Cyriac. controv. 28. num. 11. cum sequen. Andreol. in addit. ad Cepoll. vers. do servit ne luminibus &c. impress. post tertiam partem controv. fol. 242.*

Adversus dictum statutum *in rubr.* 107. quod in verbis præsupponendo partem eminentiorem, &, ut ibi dicitur, *supra girlandam*, esse totam alterius vicini adhuc fenestrarum aperturam præjudicialem
12 prohibet; Replicabatur ex parte ædificantis, in eodem statuto, seù in altero 108. contineri moderationem, ubi scilicet alia fenestra esse non consuevit, secus autem ubi existeret, vel esse consueverit; Undè propterea scribentes hinc indè in partibus nimium elaboraverant super quæstione, de qua *apud Afflict. decis. 224.* an scilicet id intelligeretur de loco individuo & præciso, in quo fenestra esse consueverit ad priorem statum reducenda, & non aliàs, ut nostri dicebant, vel potius de loco generali, in quo aliis fenestris existentibus prohibendum non sit aliàs aperire, ut dicebant scribentes in contrarium; Verum hæc inspectio mihi videbatur à casu extranea, ideoque labor inanis, quoniam de hoc non agitur *in rubr.* 107. in qua propriè tractatur de muro intermedio saltem aptitudine ut supra communi, sed agitur *in rubr.* 108. in qua indefinitè disponitur, ne quis in muro suo facere possit ostium vel fenestram versus claustrum seù domum vicini, cui servitutem inferat, undè in hac parte statutum est exorbitans & correctorium juris communis, cujus dispositione attenta, non probata servitute, non pro-
13 hibetur quis in proprio muro, cessante æmulatione in dubio non præsumenda, fenestras aperire, aliaque sibi benè visa facere, quamvis exindè vicino præjudicium circa prospectum seù aliàs inferatur, quoniam principaliter attenditur utilitas seù commoditas facientis, *ut apud Dunozettum dec. 404. num. 1.* & est principium vulgare de quo hoc tit. frequenter.

Judex in motivis totam vim constituebat in eo, quod murus supereminens tectum non esset communis, sed totus pertineret ad volentem ædificare utpotè ab eo constructus, ponderando etiam pleraque signa communionis exclusiva deducta
14 *dicta decis. 257, par 7, recent. apud Honded. cons. 80, lib 1. Thes. dec 219, Surd. cons. 126, & alios de quibus in dicta Pisauren. muri, disc. 6.* & consequenter exclusa communione, inferebatur ad superius traditam regulam generalem deductam ex *l. altius* faciendi in suo, æmulatione cessante, quicquid placet, non curato consecutivo vicini præjudicio ex deductis
15 *dicta decis. 257. Sperell. dec. 54. & sequen. Duran. dec. 450. & frequenter.*

Dicebam tamen, etiam cum sensu veritatis, hujusmodi inspectionem extraneam videri à casu; Tum ratione juris municipalis, per quod litteraliter & explicitè, supponendo murum eminentiorem, & supra girlandam esse totum Domini domus eminentioris, prohibentur fenestræ aliæque innovationes vicino præjudiciales; Tum etiam quia, ut supra dictum est, quoties agitur de hujusmodi muris lateralibus ad utriusque domus tigna & tecta substinenda actu vel aptitudine principaliter destinatis, licet ubi per unum tantùm constructa sunt, illius
16 tantùm dicantur, ad effectum, ut alter vicinus eorum usum habere non possit, non refusa parte pretii, neque etiam impedire construenti usum, donec ipse illam communionem quam habet habitualem reducat ad actum; Nihilominus, certum est adesse communionem habitualem, quam in libito & facultate vicini est reducere ad actum, atque æqualem usum habere altius etiam elevando juxta receptam theor. *Bart. in dicta l quidam Iberus ex deductis per Veggium dicto cons. 53. num. 36, Duran. dec 450 num. 6, & 7 Surd: decis. 168. num: 3, & 4.* & in terminis fenestræ non aperiendæ *Surd cons: 387, num: 4, & per tot.* ex ea clara ratione deducta per eumdem *Surdum cons. 12, num. 6, & sequen & per totum*, quod scilicet cùm indubitatum sit, à tecto citrà, seù à loco in quo adsunt utriusque domus tigna, murum esse communem, nisi appareat ad unum spectare jure dominii, alterum verò immisisse tigna jure servitutis, & ut vulgò dicitur, appodii, idcircò una & eadem res non potest diverso jure censeri, diversamque naturam habere, nisi cum dicta distinctione respiciente effectum communionis, donec socius ex parte sua impleat refectionem expensarum, communioni etiam connaturalem, vel nisi concurrant servitutis probabilia indicia ponderata *in Firmana & in Ianuen. disc.*
17 *2. & 3, & in aliis*, quia nempè ex ædificiorum structura, personarum qualitate, ac more regionis, aliisque circumstantiis pateat, studiosè, & ex conventione ità unam domum depressiorem, alteram verò eminentiorem constructam esse, ad effectum, ut ista in ea parte, in qua alterum supereminet, necessaria vel commodiora lumina, aliasque commoditates recipere posset; Undè propterea dicebam erroneū videri in judicante fundamentum constituendo in iis, quæ habentur in decisionibus desuper editis, multoque minus in consiliis, cùm ista videatur ma-
18 teria arbitraria, & facti potiùs quàm juris, certam seù generalem regulam non recipiens, sed ex singulorum casuum individuis circumstantiis pro judicis prudenti arbitrio regulanda.

Quo verò ad alteram inspectionem super apertura fenestræ in quadam parte muri infrà tectorum situm existente, & quæ ex parte opponentium erat nuda,

nuda, utpotè in eorum aream seù cortile respondens: Adhuc per motivantem insistebatur super jam dictis, an scilicet ista pars muri esset communis nec nè, quod mihi omninò improprium videbatur, dum sola quæstio esse videtur in parte supereminente, at in altera parte inferiori, & subtus ordinem tecti & tignorum etiam domus depressioris, casus
19 videtur indubitatus, ut in specie habetur apud *Surd. dicto cons. 126, num. 6 cum sequen.* Clarius verò ac ad evidentiam, quoniam etiam ex hac parte aderant signa, quod antiquitus adfuerint tigna, deindè sublata pro majori lumine areæ, seù cortilis; & sic nuditas muri ex hac parte proveniebat ex sola facultate, ac majori commoditate consocii, qui habens jam usum, ad quem murus destinatus est, vult eo uti pro habendo usu meliori, alteri vicino non præjudiciali, sed potius proficuo, cùm ita sua interfit murum communem minus oneratum esse, & consequenter refectione minus indigentem; Undè propterea, legali ac humanæ rationi prorsus oppositum videtur, ut qui facultatem habet muro utendi cum majori gravamine & præjudicio consocii, non possit ita magis moderatè uti absque ejusdem consocii præjudicio, sed potius utilitate, etiam spectatis nudis terminis juris communis, multò magis attento jure municipali, & quod etiam in muro indubitatè proprio, exorbitando à jure prohibet nè quis faciat innovationem vicino præjudicialem.

Scribentes pro ædificante, quibus judex adhærebat, dictam statuariam dispositionem potius retorquebant, illam ad sui favorem deducendo ob moderationem deductam ex illis verbis, *ubi fenestra non*
20 *consueverit esse*, quasi quod ubi esse consueverit, statutum id concedat, quamvis aliàs de jure non permitteretur; Sed reverà istud motivum fabulæ speciem omninò habere videbatur, quoniam Statutum inductum est, potius in correctionem seu limitationem juris communis, ac in restrictionem facultatis aliàs de jure competentis, ad effectum tollendi vicini servitutem, præsertim circa prospectum, ita exigentibus regionis moribus pro publica pace conservanda, & scandalis evitandis, quæ tamen exorbitans & correctoria lex justè & rationabiliter dictam moderationem habet, ubi scilicet cessat ejusdem legis finis, ex eo quod aliqua adsit fenestra, ex qua jam
21 haberetur prospectus, quo casu magis & minus, seù numeri multiplicatio non videtur novam servitutem inducere juxta decisionem *Afflicti 224.* quod tamen non transit absque difficultate ex plenè deductis in contrarium *per Surd. consil. 387, num. 6, cum sequen.* cum quo pertransit *Sperell. decis. 56, num. 9.* ad quod conferunt ea, quæ circa multiplicationem fenestrarum, ubi jam aliquæ adsunt, habentur *in Romana de Alberinis hoc eodem titulo disc. 19.*

Omnisque in proposito, pro meo judicio difficultas cessare videbatur, ex ea facti circumstantia,
22 quod istius antiquæ portæ seù fenestræ usus, etiam de præterito fuisset aperire volentis auctoribus satis commodus & oportunus, & tamen passi sunt tam longo tempore illam remanere clausam etiam cum muro, signum clarum, quod id ex conventione ac jure servitutis factum sit, ut ponderatur per *Rotam in alia Camerinen. juris fabricandi 27 Iunij 1635. coram Dunozetto inter suas dec. 404. cum aliis deductis in dicta Firmana servitutis disc praced.* Et potissimè, quia in facto supponebatur, ex parte hujus domus adesse signa, quod dicta porta seù fenestra pro libito claudi posset cum lignis, undè ad istius potius, quàm illius usum & commoditatem antiquitus constructa erat.

Et quoad disputationem habitam in Signatura super executione danda hujusmodi provisionibus in materia enunciationis novi operis ex dicta *leg. finali Cod. hoc titulo, & cap. 1, & 2, eodem.* deducebam eadem, quæ habentur deducta *in Romana fabricade* 23
Mancinis pro Principe Gallicani disc. seq., ut scilicet id recipiendum sit, quando vicinus se opponit vicino ædificanti in ea parte, quam indubitatum est esse suam, & quando juris regulæ assistunt ædificare volenti, resistunt verò se opponenti, atque mora interim grave præjudicium causat, secus autem, ubi agitur de innovando in re, quæ prætenditur communis, & contra antiquum rei statum, dum tunc regulæ potius resistere videntur innovanti, qui sicuti per longissima tempora rem in eo statu permanere passus est, ità pati debet continuari, donec causa juridicè terminetur, & econversò, duruma irrationabile videtur, ut vicinus de facto cogatur pati damnum & præjudicium interim irreparabile; & deindè substinere longam litem ordinariam per tres conformes contra omnem rationem, ac juris intentionem.

ROMANA
FABRICÆ DE MANCINIS
PRO POMPEJO COLUMNA PRINCIPE GALLICANI.
CVM CARDINALI MANCINO.

Casus disputatus coram Camerario & in Camera, & resolutus pro Mancino ut infrà.

De facultate Aedilium seù Magistrorum viarum concedendi uni vicino locum seù situm publicum in alterius vicini præjudicium an competat nec nè. Et de facultate vicini utendi muro proprio alterius vicini soluto appodio etiam obscurando lumina seù fenestras; Et aliqua de sententia provisionali ad normam *tex. in cap. penult. & fin. de novi oper. nunciat.* quando illi sit locus, nec nè, & an admittat appellationem suspensivam.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De sententia provisionali in materia novi operis.*
3. *Hæc provisio solet dare finem litibus in hac materia.*
4. *De punctis disputatis.*
5. *Concessio locorum publicorum est de Principi reservatis.*
6. *Ista concessio facta à Principe intelligitur sine tertij præjudicio.*
7. *De Ædilibus seu Magistris viarum, eorumque potestate.*
8. *Declaratur conclusio de qua num. 6.*
9. *De spatio relinquendo inter unum ædificium & alterum.*
10. *De sententia provisionali quando in hac materia intres nec nè.*

DISC.

DISC. V.

INter domum Pompei Columnæ Principis Gallicani, & illam Cardinalis Mancini tunc Prælati,
1 aderat quædam area seù vacuum, cujus pars erat de privato dominio Mancini, altera verò pars juris publici versus viam seù viculum, utrumque situm distinguente quodam muro divisorio cum porta pro usù domus dicti Mancini, qui murus adjacebat domui Columnæ. Quare volens Mancinus prosequi jam destinatum ædificium in dicto vacuo seù area, ut ostendebant fabricæ jam constructæ signa quæ vulgò *morse* dicuntur, obtinuit ab Ædilibus seù Magistris viarum concessionem dicti situs publici ex motivo publici ornatus, atque ut vulgò dicitur *dandi filum* dictæ viæ seù viculo, Cumque ipsi incipienti hoc novum opus construere, præfati Columnæ tunc absentis ministri se opponerent, atque novi operis nunciationem facerent mediante inhibitione concessi solita à Camerario; Hinc assumpta desuper disputatione prodiit sententia provisionalis ad limites *text. in l. unica C. de novi oper. nunciat. & cap. penult. & fin. extra eod.* ac etiam *statuti Vrbis*
2 148. Vt scilicet præstita per ædificare volentem cautione de demoliendo quatenus in progressu causæ contrarium esset judicatum, ac etiam relicto quodam congruo spatio pro usu parvæ portæ dictæ alterius domus in præfato publico situ respondentis liceret opus prosequi, moderando inhibitionem in forma; A qua sententia seù provisione interposita appellatione ad Cameram, & disputato dubio, *An & quomodo esset inhibendum*, prodiit etiam resolutio ædificare volenti favorabilis, pro inhibitione
3 scilicet ad devolutivum tantùm, qui modus inhibendi juxta hujusmodi controversiarum naturam ac frequentiorem exitum dedit finem controversiæ, quæ ulteriorem progressum non habuit.

In istis autem disputationibus habitis in utroque Tribunali Camerarij, & Cameræ, præsertim verò in hoc secundo, ad effectum ut admitte-
4 retur appellatio suspensiva, à cujus admissione, vel denegatione respectivè ut suprà, pendere solet etiam ipsius negotii principalis determinatio, tres fuerunt inspectiones, seu puncti; Primò scilicèt superi potestate Ædilium, seu Magistrorum viarum faciendi hujusmodi concessiones de locis publicis aliis vicinis præjudiciales, nulla hujusmodi præjudicii habita cognitione, seu facta mentione. Secundo posito quod id fieri potuerit, undè propterea totum istud spatium, seu vacuum effectum esset juris privati, An posset dictus vicinus in toto ædificare suumque ædificium conjungere cum domo alterius vicini utendo ejus muro, & successivè claudendo fenestram ibi existentem, vel potius congruum spatium relinquere teneretur; Et tertiò circa ea quæ sunt ordinis, an scilicet locus esset necnè dictæ sententiæ provisionali privilegiatæ & executivæ, ita ut suspensivam appellationem non admitteret.

Quoad primum, cum hujusmodi disputationes habitæ fuerint circa initia susceptæ Advocationis in Urbe, atque ista fuerit de primis causis disputatis, quando Curiæ praxis in istis præsertim materiis adhuc nova erat, cum eo majori fervore qui in ingressu in quodcumque institutum haberi solet, acriter insistebam in defectu potestatis, cujus ratione non de facili poteram resolutis acquiescere, quamvis tractu temporis agnoverim istud esse parum tutum fundamentum; Undè propterea in quadam alia gravi consimili causa, quæ adhuc pendet indecisa inter personas nimium qualificatas, & super conspicuis ædificijs hinc inde, alijs defensoribus hoc motivum promovere volentibus; Ego eram in contrario sensu, quamvis ex aliis fundamentis probabiliora crederem jura se opponentis, seù nunciantis novum opus.

Dicebam igitur circa hoc, facultatem concedendi loca publica esse de Principi reservatis *ad tex: in* 5
l. 3. §. planè ff. quod vi aut clam, & l. 2. §. prætor ait ff. ne quid in loco publico, Angel. in l. illud §. sed si promiserit ff. dicto tit. quod vi aut clam, Bal. in rubr. Cod. de contrahen. empt. n. 6, Affl. in constitutione Puritatem nu. 4. Mastrill. de Magistrat. lib. 3. cap. 10. n. 270. Ciriac. contr. 178. num. 10. Rovit. super pragm. 6. nè quid in loco publico num. 21, & cons. 58. n. 2. lib 1. ubi benè de hac materia facultatum hujusmodi Ædilium.

Clarius verò ubi concessio est tertio præjudicialis tunc enim duplex defectus in hujusmodi Magistratu concurrere videtur; Unus jam dictus concedendi ea, quæ sunt de reservatis Principi, & alter tollendi jus tertij, eique præjudicandi; Si enim in jure habemus, quod etiam ipsius Princi- 6
pis concessiones de hujusmodi locis publicis, semper continere censentur præservativam juris, seu præjudicij tertij, cui non censetur Principem velle derogare, nisi expressa, ac specialis mentio fiat, quasi quod tunc si non concurrit defectus potestatis, concurrrere tamen dicatur ille voluntatis *ad text. in d. l 2. §. Prætor. ait ff. nè quid in loco publico. Cepoll. de servitut. rustic. prædiorum cap. 3. num. 26. & cæterì apud Ciriac. & Rovit. locis citatis.* Multò minùs dicebam substineri posse hujusmodi concessionem continentem utrumque defectum, potestatis & voluntatis, dum juris vel præjudicij tertij nulla mentio habebatur; Ædiles enim, seù Magistri viarum dicuntur curatores viarum, ac locorum pu- 7
blicorum, non autem Domini, ut de illis eorumque origine, & introductione tàm de jure quàm in Urbe ex Constitutionibus *Martini V. Sixti IV. Pij IV. & Gregorij XIII.* habetur *in Reatina viarum sub tit. de Regalibus ad materiam viarum disc. 141.*

Verùm tractu temporis, & post aliquam majorem Curiæ praxim, ut suprà agnovi istud motivum non habere probabile fundamentum, quoniam sivè ex dictis Constitutionibus, sivè magis ex quodam motu proprio *Pauli III.* aut ex quodam usu de Papæ scientia & tolerantia inducto, dum antiquæ concessiones continere solebant clausulam *de licentia Domini Nostri vivæ vocis oraculo, &c.* quoties non agitur de publicis plateis, seu de notabili concessione alicujus loci publici, & quæ notabiliter publico usui seu vicinis præjudicet, sed de hujusmodi parvis spatiis intra vias simetricum ordinem, seu ornatum potius deturpantibus, undè concessiones fieri dicuntur ex causa publici ornatus, & pro directione ædificiorum, atque ut vulgò dicitur *dandi filum*; Tunc ex dicto recepto usu hæc potestas in eis residet, quoniam dictæ conclusiones procedunt, ubi agitur de rebus notabilibus, seu de magno aliorum præjudicio, in quo casu procedit disposito *tex. in l. 2. §. si quis à Principe*, secus autem ubi de modico, quod non curatur, ut cæteris deductis habetur apud *Surd decis. 168. num. 8.* 7
Capyc. latr. consult. 64. num. 53. Potissimè quia ut dictum est id respicit principaliter publicam utilitatem, seù publicum ornatum, ideoque bonum publicum prævalere debet privato commodo, & consequenter in hac parte tractu temporis agnovi justam ac probabilem illam resolutionem, quam tunc omninò improbabilem credebam.

Quo verò ad secundum punctum spatii relin-
9 quendi inter unum ædificium & alterum, stante fe-
nestra in hac parte existente, insistebam in *Constitu-
tione Zenonis Imperatoris* super spatio duodecim pe-
dum, juxta ea, quæ in proposito habentur insinuata
in Ianuen. discur. 2. quæ pariter in disputationibus
deducebam; Verùm neque istud erat tutum fun-
damentum, quoniam id frequentius procedit in
illis ædificiis, quæ sunt in opposito, via publica, seu
alio spatio intermedio ex quo lumen recipiunt,
undè propterea omninò congruum, ac rationa-
bile est, naturali etiam ac non scripto jure attento,
reservari congruum spatium, ne contingat ali-
quem, ut nostri dicunt, in propria domo vivum
sepeliri; Hoc autem non benè applicabatur ad
casum: Tum quia mansio, in qua erat hæc fenestra
ex duobus aliis lateribus nimium luminibus abun-
dabat, undè ista erat ad meram exuberantiam:
Tum etiam quia hic murus juxta ejus structuram
habebat potius speciem lateralis, ac principaliter
destinati ad substinenda tigna, quam faciendi aspe-
ctum, & pro luminibus recipiendis.

Dicebam quoque, quod in omnem eventum
relinqui deberet spatium duorum, juxta disposi-
tionem *tex. in l. fin. ff. fin. regundorum*, *& de quo
Laurent. de Pinu cons.* 164. *num.* 4; *cum seqq. & cæteri
collecti per Andreol in addit. ad Cepoll. post tertiam part.
controv. verbo ædificare volens fol.* 243, quod spa-
tium *intercapedo* vulgò dici solet; Sed par.ter mo-
tivum erat parùm tutum, quoniam hæc juris dis-
positio ferè ubique ex contrario rationabili usu,
fortius verò in Urbe tam ex statuto, quàm clarius
ex Constitut. 22. *Gregorii XIII.* recessit ab aula, &
meritò, cùm hujusmodi modica spatia, seu inter-
capedines publico ornatui, ac etiam aëris salubri-
tati præjudiciales videantur, atque illæ modicæ,
quæ adhuc in aliquibus antiquis obscuris ædificiis
in Urbe cernuntur, satis indecentem figuram fa-
ciunt; Et quoad usum muri, qui absque dubio non
communis erat, sed totus vicini nunciantis novum
opus, omnes difficultates, quæ in puris terminis
juris communis desuper cadere possunt, in Urbe
sublatæ remanent, tam ex statuto, quàm clarius
ex dicta *Constitutione Gregorij XIII.* per quam cum
verbo generali *quocumque* tribuitur facultas vici-
no utendi quocumque muro alterius vicini soluto
pretio, seu ut vulgò dicitur appodio, ut in aliis
hoc eodem titulo frequentius advertitur præser-
tim *disc.* 8.

Alicujus majoris probabilitatis fuisset forsan
motivum servitutis ab initio constitutæ, ac pro-
bandæ ex adminiculis juxta casum, de quo *in dicta
Ianuen. discur.* 2., cujus ci.cumstantiæ satis proxi-
mæ videbantur, atque ad rem faciebant, sed hoc
motivum in his disputationibus culturam non ha-
buit, quoniam licet esset excitatum, attamen re-
putatum fuit altioris indaginis, non aptum retar-
dare dictam provisionem, atque causa in negotio
principali ulteriorem progressum non habuit.

Demùm quoad tertium & ultimum punctum
decreti vel sententiæ provisionalis juxta termines
text. in cap. penult. & fin. de novi oper. nunc. & l. fin.
10 *C. eod.* reflectendo etiam ex intervallo ad veritatem,
determinatio parùm probabilis visa fuit judicis à
quo ad hanc provisionem devenientis, multò verò
magis improbabilis visa est resolutio Cameræ non
admittendi appellationem suspensivam sed rescri-
bendi ad devolutionum tantum; Ut enim advertit-
tur *in Camerin. discur. praced.* atque dicebam scri-
bendo in ista causa, tunc istud provisionale reme-
dium locum habere debet, quando intrat ratio
celeritatis seu notabilis præjudicii ex mora resul-
tantis juxta regularem naturam remedii provisiona-
lis, *ut per Rebuff in tract. de sententia provisionali* §. 1.
num. 142., sive ubi quis vult ædificare in suo, undè
habeat pro se regulam certam & claram; Oppos-
tor autem solo jure servitutis novum opus nuncian-
do, illum impedire velit, quoniam, nè aliàs ob æmu-
lationem, quæ inter vicinos connaturalis esse solet,
detur cuicumque facultas cum litium protractioni-
bus & appellationibus impedire volentem ædifica-
re in suo absque eo quod incontinenti probet infra
terminum à dictis juribus præfixum trium men-
sium, hinc rationabiliter proditum est hoc reme-
dium in odium oppositoris, qui causam suæ oppo-
sitionis in dicto termino non probat, atque ad di-
ctam calumniam reprimendam; Undè quando op-
positor instat provideri super negotio principali,
dicendo hodie constat, hodie agatur, tunc locus
non est decretis provisionalibus *ad tex. l. si iu à quo
ff. ut in possess legatorum*, nam aliàs esset sub hoc spe-
cioso vocabulo provisionis incipere ab executione,
atque opponentem de facto spoliare suo jure vel
possessione, *ut benè gloss. in d. cap. finali*, & melius
altera *gloss. in d. l. unica eodem tit* verbo *causam di-
rimere Bart. in l. Prætor ait* §. *si quis paratus eodem
tit.* quem cæteri sequuntur relati *per Gratian. dis-
cept.* 384 undè propterea pro meo judicio ista di-
citur etiam quæstio facti, decidenda juxta casuum
circumstantias, & ubi res celeritatem desiderat,
atque aliqua calumniæ seu æmulationis vehemens
suspicio urget; Secùs autem econversò, ubi agitur
de novo opere merè voluntario ad luxum vel ma-
jorem commoditatem, nullo periculo, nullaque
necessitate imminente; Et econtrà agitur de gravi
alterius vicini præjudicio, ut in specie advertit *Ab-
bas in eod. cap. finali in fine*, ubi exemplificat in clau-
sura portæ vel fenestræ.

Durum enim videtur, ut qui per tot sæcula
passus est retinere ejus domum in eo statu, non
possit expectare tempus necessarium ad termina-
tionem causæ ser. ser. Et econversò, quod qui in
propria domo talem libertatem ac majorem com-
moditatem tam diuturno tempore possedit, ita de
facto cum processu executivo spoliari debeat; Cla-
rius verò quia non agebatur de ædificando in suo,
sed in alieno dupliciter, in solo scilicet publico,
cujus usum alter vicinus tam diuturno tempore ha-
buerat; Ac etiam in ejusdem vicini muro proprio,
eidem claudendo fenestram; Et sic multa specialia
& exorbitantia concurrebant, quæ ita incidenter
decisa fuerunt, dum agebatur de novo opere merè
voluntario; Verùm istæ distinctiones frequentius
reputari solent Advocatorum subtilitates, quasi
quod conclusiones seu auctoritates generaliter ac
indefinitè in quocumque casu, eodem modo pra-
cticari debeant, in quo consistit quotidianus abu-
sus, dum reverà in ista præsertim materia totum
consistit in applicatione congrua ad casum particu-
larem pro judicis prudenti arbitrio ex par-
ticularibus circumstantiis re-
gulando.

* * *

PISAU-

PISAVREN. MVRI INTER HONDEDEOS ET COMITISSAM GHERARDESCAM.

Responsum pro veritate ad utriusque partis instantiam.

An & quando super muro communi existente inter duas domos possit unus altero invito superædificare.

SVMMARIVM.

1. *De signis communionis muri divisorii remissivè.*
2. *Quando dicatur esse communis pro diviso, vel pro indiviso.*
3. *De distinctione, cum qua deciditur quæstio, an liceat vicino ædificare in muro communi invito vicino.*
4. *Difficultas est in applicatione, quæ pendet ex qualitate facti arbitrio judicis.*
5. *Onus est volentis ædificare, probare quod murus sit ad id destinatus, itaùt prohibenti sufficiat vincere per non jus.*
6. *Quando murus dicatur non aptus ad ædificandum.*
7. *Vendens partem domus ac partem retinens videtur vendidisse servitutem altius non tollendi seu luminibus non officiendi.*
8. *De signis, ex quibus murus dicitur aptus ad ædificium.*
9. *Declaratur conclusio, de qua n. 7.*
10. *Pro decisione hujus controversiæ in dubio spectanda est causa, quæ ædificare volens movetur.*

DISC. VI.

VOlentibus Hondedeis ædificare super quodam muro communi inter eorum domum, & illam Comitissæ Gherardeschæ in Civitate Pisauri, istaque se opponente, pro veritate concorditer per utramque partem interrogatus respondi ut sequitur.

Duæ sunt partes istius controversiæ; Una est, an paries sit communis ad utriusque vicini dominiũ æquè pertinens; Altera num posita communione, liceat Hondedeis superædificare, & cujusnam socii potiores sint partes, an volentis ædificare, vel prohibentis.

Super prima non videtur diu immorandum, licet enim multa concurrant communionis signa deducta *per Surd. cons. 126, Honded. cons. 80, lib. 1, Vegg. cons. 53, Altograd. cons. 100. lib. 1. Rouit. dec. 30 Thomat. dec. 119. Thesaur. dec. 219, Duran. dec. 450, Sperell. dec. 54.* & alios satis frequenter; Attamen in præsenti quæstio cessat ex facto, ac versamur in claris terminis communionis ex publico instrumento venditionis domus factæ per auctorem illorum de Hondedeis, auctori Comitissæ, in quo expressis verbis dicitur, murum fieri debere communibus expensis, esseque communem, ideò ubi habemus factum clarum, supervacaneum est in juris dispositione immorari *ad vulg. regulam text. in l. ille aut ille ff. de legat. 3.* quam latè exornat *Rota dec. 44. num. 14 par. 1. rec.* Neque dubitandum videtur eundem murum esse communem pro indiviso, dum supponitur in certis partibus adesse tigna hincindè in totum perforantia, atque in aliis adesse fenestras muri mediatatem excedentes juxta magistralem distinctionem *Bart. in l. inter quos num. 1. ff. de damno infecto Cepoll. de servit. Vrb. præd. cap. 40. de pariete seu muro n. 11. latè Boer. cons. 5. per tot.*

Sola igitur quæstio est in secunda parte, num scilicet, posita communione, liceat uni ex sociis altero invito ædificare in muro communi, illumque extollere; Et qu..... is ex varietate consulentium, qui in his præcisis terminis juxta contingentiam casuum, & clientum affectionem scripserunt, articulus videatur involutus, revera tamen ejus inspectio est potius facti quàm juris; De jure siquidem, de facili resolvitur quæstio cum distinctione, num scilicet murus sit ad ædificandum destinatus & aptus, vel simpliciter divisorius, & ad dividendam unam aream ab altera.

In primo enim casu potior est conditio ædificare volentis, & in his terminis procedunt text. *in l. cum duobus §. item mella ff. pro soc. l. si ædes ff. commun. divid. cum concordan.* In secundo autem secus ac procedit regula textus *in l. Sabinus ff. commun. divid. l. quidam liberus in princ. ff. de ser. urb. præd. cap. in re communi de regul. jur. in sexto cum aliis concordan.*, ut magistraliter distinguendo firmat *Thesaur. dec. 23.* & 41., & constat apud omnes de hac individuali materia hinc indè tractantes, de quibus supra & infra, inter quos controversia est super facto & rei qualitate, num scilicet murus esset juxta primam vel potius juxta secundam partem dictæ distinctionis, nam super ejus veritate in abstracto omnes concordant, *ut apud Thesaur. locis cit. Bursett. cons. 57.* & *sequen. Surd. cons. 233 Ias. cons 98. lib. 1. Honded. cons. 80. lib. 1. Vegg cons. 53. Altograd. cons 100. ex num: 41. lib: 1. Menoch: cons: 1237 ex num. 17. Cyriac: controv: 460, Gratian. discept: 572, Rouit dec. 30, Thomat. dec. 119, latè Sperell. dec. 54. & 56. Duran: dec: 450, in voto Cameræ impress. inter Rotæ decisiones la 253. part: 7, rec.* & in aliis de materia tractantibus, qui omnes concordando in dicta distinctione, certant solùm de illius applicatione ad factum.

Cùm igitur causa sit potius facti quàm juris, & consequenter consistat in arbitrio judicis, ex rei situatione, aliisque facti circumstantiis regulando, malè potest non viso loco, vel saltem ejus planta, neque habita notitia de more regionis, & personarum qualitate, aliisque particularibus circumstantiis, quæ juridicè Judicis arbitrium in unam vel alteram sententiam trahere possunt, *ut observat Bald: cons: 233, lib 1. eoque relato Thesaur. dicta dec: 41. num: 24.*, adæquatum judicium pro veritate tradi, maximè quia varium est judicium peritorum, qui hinc indè deducti, ad inducentium intentum ac affectionem potius, quàm ad veritatem respexisse videntur, itaùt in eorum relationibus pro neutra partium fundamentum constitui posse videatur.

Quantum tamen ex scripturis transmissis deduci potest; Pro parte Comitissæ prohibentis, & quod murus sit simpliciter divisorius, ad solam clausuram, non autem ad ædificandum destinatus, faciunt; Primò regula ut reo & prohibenti novum opus sufficiat vincere per non jus actoris ædificare volentis, cujus onus est concludenter probare murum destinatum esse ad illum usum, quo ipse intendit uti, *ut egregiè Bald: dicto cons: 233.* quem sequuntur alii relati *per Thes: dicta dec: 41, num: ult: & Sperell: dec: 54 num: 31.*, neque dicitur id probatum ex eo quod murus non habeat merlos, vel superficiem ad dorsum asini, quæ solent esse signa muri divisorii, quia non probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, ut *in puncto Bald: dicto cons. 233. in fine.*

Secundò ex qualitate muri constructi, non de
6 calce, proùt esse solent muri destinati ad ædificandum, sed de luto seu terra, ut passim construi solent muri divisorii ad solam clausuram destinati, ideoque inhabilis ad ædificandum ex deductis *per Bursatt. cons. 57, Surd. cons. 233, Menoch. dicto cons 1237, num. 27, & 28.*

Tertiò fortissimè, quia non versamur in illis muris communibus, qui esse solent inter unam domum & alteram ad substinenda cementa vel tecta, saltem ex una parte destinati, in quibus terminis major pars Doctorum ex allegatis loquitur, ut ex eis constat, sed in muro posito inter duas areas seu duo cortilia, quo casu censetur potiùs ad dividendum quàm ad ædificandum destinatus, ut in puncto *Cepoll. de servit urb. præd. dicto cap. 40. num. 33, Boer. cons 5 num. 27, Carpan. ad Statut Mediolan. lib. 2. cap. 335. n 28, & cap. 342. n. 68, Menoch dicto cons. 1237. n. 28, Rouit. dicta dec. 30. n 5.*

Considerando potissimè, quod non versamur in muro confecto ab uno, qui antiquitùs esset utriusque domus Dominus, in quibus terminis etiam loquitur *Bursatt. dicto cons. 57, & 58.* qui tamen in specie reprobatur *apud Rouit dicta dec. 30. n. 9.* Sed sumus in muro constructo per diversos Dominos, quorum unus erat Dominus territorii vacui ex una parte, alter ex altera, qui est propriè casus positus per Cepollam, & egregiè distinguendo explicat *Rouit. dicta dec. 30. num 8.* atque ita ad oculum probare videtur Instrumentum venditionis, dum in eo convenitur fieri debere murum communibus expensis ad solum finem divisionis seu clausuræ, quo casu quilibet ex Dominis ità tunc murum construendo censetur imponere servitutem illi parieti ex parte propria, ne possit altius extolli, *ut per Rouit dicto num. 8.*

Quartò quia cum utraque domus antiquitus effecta esset unius Domini, qui est auctor illorum de Hondedis, deindè verò partem vendiderit auctori Comitissæ cum omnibus ejus luminibus & juribus, &c. videtur ità inducta servitus, ne dictæ domus venditæ luminibus officiatur, *ad text. in l. binas ædes 9, & l. binas quis ædes 35 §. de serv. urb præd. ubi notant DD. de quibus amplè Bursatt. dicto cons. 57, num. 12, Bero. cons. 133. vol. 3. Thesaur. dec. 216. & alij, & de quo puncto agitur particulariter in Romana putei hoc eod. tit. disc. 32.*
7

In contrarium pro parte illorum de Hondedeis faciunt; Primò qualitas sivè status muri, quia
8 non habet nec merlos nec superficem ad dorsum asini, vel aliud signum solitum demonstrare muros divisorios ad solam clausuram destinatos, ut post alios ab eis allegatos observat *Thesaur. dicta dec. 41, num. 24.*

Secundò grossities muri cum æquali uniformi structura & fundamentorum profunditate, prout construi solent muri destinati ad ædificandum, nullatenus enim est verisimile, quod murum divisorium ad solam clausuram adeò grossum & bonum partes facere voluissent cum superflua impensa, dum talis qualis murus subtilis abundabat ad finem prædictum ex bene deductis in puncto *per Gratian. discept. 572, num. 47 & seqq.* Imò si ad solam divisionem dictum murum destinassent, verisimilitèr studiosè illum fecissent debilem & subtilem, ne unquam per aliquam partium prætendi possit super ædificium.

Tertiò fortissimè ex ædificijs per utramque partium super eodem muro constructis, Comitissa etenim construxit stabulum, & Hondedei construxerunt quamdam aliam mansiunculam, & ex testibus ac visione constat unicam esse totius muri structuram, tam in dicta parte superædificata, quàm in ista controversa, signum clarum quod totus murus aptus ac destinatus esset constructioni, cum earumdem partium observantia sit optima interpres, ut in his terminis *Thesaur. alios reportans dicta dec. 41, post num. 24, vers. Sed quid si murus, Veggius dicto cons. 53, num. 32, & seq.* cujus dicta satis conferunt pro hac parte.

Nec obstant contraria; Ad primum enim dicitur, satis per actorem probari suam intentionem ex præmissis demonstrationibus; Secundum tollitur ex attestationibus peritorum dicentium etiam super muris absque calce constructis posse ac solitum esse superædificari, neque in hoc adest discordantia, ideoque eorum judicio est standum, ut communi calculo firmant *Veggius, Gratian. &* quotquot superius allegat tractant materiam; Ad tertium respondetur procedere in dubio, secus ubi muri qualitas, aliaque indicia contrarium suadent; vt in terminis individualibus *Gratian. dicta discept. 572. num. 55. & seqq.*

Et quartum nullatenùs obstat, omissa enim quæstione, an *text in l. binas ædes cum concordan.* procedat solùm in ultimis voluntatibus vel etiam in contractibus ex latè deductis in his terminis *per Thesaur. dec. 216. & Beroum. cons 133. lib 3* dato etiam quod intraret, intelligenda tamen venit cum duplici temperamento; Primò scilicèt, ut procedat in servituribus habentibus causam continuam & permanentem, non autem in alijs, ut in puncto *ex Berio dicto cons. 133. num. 12.* reprobato nominatim Bursarto *Rouit. dicta dec 30. num. 11.* Secundò quia dicta conclusio procedit ad effectum, nè lumina totaliter obscurentur, secùs si tantum spatium aeris remanet, quod Cœli aspectus, luminis ingressus ac aeris vel ventorum agitatio non impediantur, ut ad litteram probat idem text, ac admittunt omnes absque controversia, cum nullo jure, nullaque ratione cautum reperiatur, tacitam servitutem à sola juris dispositione subintellectam, censeri ad luxum & amœnitatem. 9

Hæc videntur magis substantialia, quæ hinc indè in præsenti causa considerari possunt; Ego verò subdubius adhuc remaneo super judicio pro veritate præstando, quia re vera materia est arbitraria, totaque pendet à circumstantijs facti superiùs enunciatis; Inter alias autem circumstantias, illam præsertim si judex essem, attendendam putarem, quæ consistat in causa, ex qua Hondedei moventur ad elevandum istum murum; Si enim est justa, honesta, & rationabilis, prout erat ea, quæ considerata fuit per Sac. Concilium Neapolitanum apud *Rouit. dicta dec. 30.* & per Cameram Apostolicam in dicto voto impress. *253. par. 7. rec.* Tunc pro eis responderem: Si verò nulla justa vel probabili causa suadente, ædificium ad solam delectationem vel luxum fieri vellet, tali casu satis de eorum juribus dubitarem, non ex capite æmulationis, quoniam illa regulariter non præsumitur, atque ad eam excludendam sola utilitas commoditatis ex ædificio resultans sufficit, sed quia cum multa adsint hinc inde urgentia, itaùt decisio reducatur ad judicis arbitrium, idcircò exigi videtur probabilis causa, quæ regulare debeat dictum arbitrium, quod ex justa causa interponi potest pro concedenda elevatione etiam in casu, quo muro ad solam arearum divisionem destinato regulæ starent pro prohibente, ut apud *Rouit. dicta dec. 30 & dicta dec. 253, part. 7, recent.* 10

ROMANA

ROMANA
FABRICÆ DE IAMBOLINIS
PRO
CATHERINA JAMBOLINA
CVM
COLLEGIO ORPHANORUM.

Casus sopitus per Concordiam.

De eadem materia nunciationis novi operis, & altius non tollendi, ac de facultate vicini superædificandi in muro communi altero invito; Et quando attentatè ædificatum demoliri debeat nec nè.

SUMMARIUM.

1. *Casus disputationis.*
2. *In Vrbe ex Constitutione Gregorii XIII. & statuto licitum est ædificare plusquam liceret de jure communi.*
3. *Peritiis in arte in his materiis est deferendum.*
4. *Datur distinctio, cum qua deciditur quæstio, an & quando in muro communi vel divisorio liceat ædificare.*
5. *Quando murus dicatur aptus ad ædificium.*
6. *An Constitutio Gregoriana & Statutum Vrbis procedant in muro merè divisorio, & non apto ad ædificium.*
7. *Ex justa causa etiam in muris non aptis ædificari potest.*
8. *Attentatè ædificatum & in spretum Inhibitionis est demoliendum*
9. *Fallit ex æquitate.*
10. *Quando ista æquitas admittenda sit.*
11. *In attentatis dolosis, & continentibus spretum positivum inhibitionis non attenditur æquitas neque ratio scandalorum.*

DISC. VII.

1 IAmbolinæ altius suam domum sitam in via Cursus tollere volenti, ut novum superius appartamentum aliasque mansiones & officinas pro commodiori habitatione construeret, se opposuit Collegium Orphanorum tanquam Dominus cujusdam domus conductitiæ adjacentis ratione præjudicii ex dicta ædificii elevatione præfatæ domui resultantis, undè obtenta à Camerario & Magistris viarum consueta inhibitione, cum qua novi operis nunciatio fieri dicitur, & quam cuicumque petenti concedendam esse advertitur in specie apud *Capyc. Latr. consult. 64, num. 1, & seqq.* ubi ad plura notabilia infert in hac materia; Introductaque proindè causa coram eodem Camerario, in ejus disputatione, quatuor murorum diversæ species constituebantur, super quibus erat ædificandum.

Prima erat muri lateralis altius elevandi supra tectum alterius domus ad effectum construendi novum appartamentum; Altera cujusdam muri communis à parte interiori super quadam coquina, seu aliis ignobilibus officinis. Tertia propè utriusque domus scalas; Et quarta erat cujusdam muri divisorii utriusque domus hortorum sive arearum ad solam divisionem huc usque deservientis.

Qua distinctione constituta, pro Jambolina scribens dicebam quæstionem super murorum qualitate & communione intrare, quoties agere- 2
tur de hujusmodi causa terminanda cum sola dispositione & terminis juris communis, quibus attentis spectari solet, an muri communes & divisorii apti vel destinati sint nec nè ad altius ædificium, ad effectum dignoscendi cujus esse debeat melior conditio, an prohibentis, vel potiùs ædificare volentis, ut infrà; Eam verò superfluam ac inanem esse in Urbe attento statuto 107 & clarius attenta *Constitutione 22, Gregorii XIII.* clarè disponente vicino licitum esse ex quocumque muro adjacenti utilitatem capere, illumque altius elevare, sive sit communis, sive non, cum Constitutio indefinitè loquatur utendo verbo *quovis*, quod est universale omnia complectens *Barbos: 325. Seraph: dec: 1022, num. 1.* Atque ita usus, tam statutum quàm dictam Constitutionem declaravit, ut justificabatur ex depositione peritorum, quibus in his materiis esse deferendum in his præcisis terminis elevationis
communis probat *Gratian. discept. 572, num. 48,* 3
cum seqq. Atque ita indefinitè firmatur in celebri voto *Matthæi Cameræ Clerici* registrato *inter decisiones Rotæ dec. 253, part. 7, recent.* cum quo passim in Curia proceditur; fatua enim aliàs fuisset tam dispositio statutaria quàm Constitutio additativè seu ampliativè edita *per Gregorium XIII.* doctissimum juristam, nisi juris communis dispositioni aliquid adderet.

Hinc propterea cessare dicebam omnes quæstiones per DD. in terminis juris communis tractatas super elevatione muri communis vel divisorii, consistentes magis in facto quàm in jure, super qualitate scilicet muri divisorii, an & quando sine aptitudine seu destinatione ad altius ædificium sit congruus vel incongruus, de quo plenè actum habetur *in Pisauren. muri discur: præced:* sive an & quando murus adjacens, seu divisorius dicatur communis, & de utriusque vicini dominio, vel solùm sit unius, de quo pariter aliqua habentur *in dicta Pisauren.* quia in Urbe etiam si murus esset unius tantùm, adhuc vicino ædificare volenti negari non potest usus, soluto tamen appodio, in cujus solutione vel exemptione solùm consistere videtur communionis affirmativæ vel negativæ effectus.

Verùm ubi etiam cum solis terminis juris communis procedendum esset, adhuc in prima, secunda, & tertia specie murorum, potiores erant partes ædificare volentis; In ea etenim quæstione, an in muro communi possit vicinus altero invito superædificare, illumque altius extollere? Distinctio
communis est, per quam de plano conciliantur 4
jura, quæ videntur invicem pugnantia, quod aut murus est destinatus & aptus ad ædificium, & potior est conditio ædificare volentis *ad text: in l. cum duobus §. item mella ff: pro socio & l. si ædes ff: communi dividun: cum concord.* Aut verò agitur de muro, qui nec destinatione, nec aptitudine sit ad ædificium congruus, quia simpliciter divisorius, & pro dividendis areis solùm constructus, & tunc potior sit conditio prohibentis *ad textum in l. Sabinus ff:*

communi dividundo, & *l. quidam liberus in princip. ff. de servitut: urban: præd: cap. in re communi de regul. jur. in 6.* ut benè distinguendo *Thesaur: dec: 23, & 41.* ac admittunt cæteri de materia tractantes, quamvis in alias inter se dissidentes, ut constat ex *Iason. cons. 98, lib: 1, Vegg. cons. 53, Bursatt. cons. 57, Honded: cons. 80, lib: 1, Menoch: cons. 1237, ex num: 17, Surd. cons. 233, Rouit: decis. 30, Sperell: dec. 50, 54, & 56, Thomat: decis: 119, dicta dec: 253, part: 7, recent: cum aliis adductis in dicta Pisauren: discur. præced.*

Ex quibus liquet majorem quæstionem ac discrepantiam versari in facto, circa qualitatem scilicet muri, an & quando dici valeat necnè aptus & destinatus ad ædificium, vel potius ad solam divisionem; Ideoque in dictis tribus speciebus intrabat de plano prima pars distinctionis, quia ipse rei aspectus clarè ostendebat, istos non esse muros simpliciter divisorios, sed destinatos & aptos ad
5 ædificium; Tum quia in eis actu aderant mansiones & officinæ; Tum etiam quia ex peritorum relationibus, atque ex ipsa inspectione constabat confectos esse de bona & solida materia in notabili grossitie & cum debita fundamentorum profunditate, quæ omnia ostendunt destinationem & aptitudinem ad ædificium, cùm muri simpliciter divisorii fieri soleant subtiles cum modico fundamento, & de levi materia, ut constat ex deductis per *Gratian: discept: 572, numer: 47, cum seqq: Vegg: dict. cons. 53, numer: 32, cum seqq: Thesaur: dicta dec. 41. post numer: 24, Menoch dict: cons. 1237, num. 27, & 28. Surd: dict: cons. 233, Rouit: dicta dec: 30, dec: 253, numer: 84, part: 8, recent: & ex aliis, de quibus suprà.*

Quare sola difficultas remanebat in quarta specie muri hortorum seu arearum divisorii, quem ex inspectione & qualitate constabat ad solam divisionem aptum & destinatum fuisse, & circa quem juris communis dispositio sine dubio obstabat, solúmque ex hac parte prætendebatur etiam in hac
6 specie posse superædificari ex dicta Constitutione *Gregorij XIII.* generaliter & indefinitè de quocumque muro loquente, ità ex relationibus peritorum intellecta & practicata, ut suprà deductum est.

Verùm ego adhuc dubitabam ex iis, quæ habentur *in Romana elevationis muri pro Astio hoc eodem titulo discur. seqq.* ubi in proposito est videndum; Dicebam tamen in hac facti specie ob aliqualem muri bonitatem diversam ab illis, quæ ad usum cujusdam sepis pro sola divisione fieri solent de luto seu levi materia, controverti posse applicationem facti circa aptitudinem & destinationem; Sive etiam quia ex pluribus causis, quæ ex hac parte deducebantur, ostendentibus per hujusmodi elevationem nihil vel parùm præjudicari prædictæ conductitiæ domui orphanorum, satis verò consuli multis inconvenientibus ex dicta muri depressione
7 resultantibus, à dicta regula recedi deberet, quia justa causa concurrente, etiam in muris simpliciter divisoriis superædificari posse invito socio, ac juris regulam limitari benè probatur *apud Veggium dict. cons 53 & Rouit. dict. dec. 30.* ubi testatur ità decisum.

Principaliter verò ex altera parte insistebatur super spretu inhibitionis, quodque propterea antequam de hujusmodi meritis ageretur, ante omnia demoliendum sit quicquid non obstante nunciatione novi operis attentatè ædificatum fuerit *ad textum in lib. 1. in princ. & toto tit. ff. quod vi aut clàm*; Dicebant enim scribentes in contra-8
rium, quod examinandum non est an jure vel injuria factum sit, quia inhibitio sive injusta, sive justa, est timenda, neque in partium arbitrio repositum esse debet assumere partes judicis, atque sub prætextu prætensæ injustitiæ Superiorum præcepta spernere, ut in his terminis *Surd: cons. 154, numer. 1. Gaill. lib. 1. obser. 16. in princ. Capyc. Latr. consult. 64, numer. 4. cum seqq.* & generaliter in terminis inhibitionis habetur, *dec. 76. 132. & 275. part. 11. rec. & passim.*

Et quamvis ex hac parte pro hujusmodi objecto removendo replicaretur de æquitate, ac prop-9
ter publicum ornatum & inanem circuitum locum non esse demolitioni, quoties incontinenti constat de bono jure ædificantis, cui facta demolitione licitum sit denuò ædificare *ex deductis per Bald. cons. 245. numer: 1. & 2. lib. 2. Surd. cons. 154. num. 20. cum seqq. & 168. numer. penult. & fin. Gratian. discept. 84. numer. 36. cum seqq.* Nihilominus dubitabam de subsistentia responsionis, quatenus ita ge-10
neraliter & abstractè sumatur, eamque tunc, ad veritatem reflectendo, dicebam subsistentem, ubi spretus inhibitionis dici non posset dolosus, sed aliquo modo excusabilis, vel quia tractetur de sola inhibitione legis, cujus ignorantia allegari potest, vel aliqua accedat probabilis causa excusationis, quod scilicet probabiliter inspectis verbis inhibitionis credi potuerit casum non esse sub ea comprehensum, sive quod inhibitus post inhibitionem, partis inhibentis consensum haberet, vel tacitum resultantem ex permissione ædificandi, sive ex patientia disputandi super meritis non opponendo de ædificio, quod sciebat factum esse & fieri, ut in specie observat *Bald. loco citat.* sive quia expressus adsit consensus vel licentia, quamvis de stricto jure insufficiens, & invalida, quia nempè per ministros hujusmodi facultatem non habentes, seu per minorem sine solemnitatibus id agere non valentem cum similibus, quia hic actus de facto excusat à contumacia & dolo positivo, qui requiruntur ad effectum, ut non obstante bono jure vel scandalo ex demolitione resultante ad illam procedendum sit, ut benè in his terminis *Castrens. cons. 412. numer. 2. vol. 2.* Secus autem si nulla ex hujusmodi excusationibus accedente agatur de contraventione positiva inhibitionis, quia tunc neque ratio æquitatis, neque altera scandali vel
11 similis attenditur, ut ita distinguendo habetur in allegatis *decis. 76. & 132. part. 11. recent.* sed concordia, non expectata decisione, omnes istas quæstiones terminavit, undè propterea non potuit desuper omninò maturum judicium pro veritate efformari.

* * * * * *
* * * * *
* * *
*

ROMANA

ROMANA
ELEVATIONIS MVRI
PRO
FRANCISCO ET MAURITIO DE ASTE
CVM
N. PROCACCINO.

Casus disputatus coram Magistris viarum, incertus est exitus.

De eadem materia utendi muro communi divisorio, illúmque altius elevandi.

SVMMARIVM.

1. *AN in muro non destinato ad ædificium, in quo de jure ædificari non potest, id liceat ex Constitutione Gregoriana vel statuto.*
2. *Quomodo Constitutio Gregoriana remaneat operativa sine correctione juris communis.*
3. *Quando peritis deferendum sit nec ne circa observantiam.*
4. *Traditur intellectus ad dictam Constitutionem, ut sit juris correctoria, ubi urget ratio publici ornatus.*
5. *Videtur remissum arbitrio Iudicis praxis & observantia dictæ Constitutionis.*

DISC. VIII.

1 EXorta inter dictas partes in Tribunali Camerarii & Ædilium controversia super usu muri communis, quem non dubitabatur esse simpliciter divisorium non aptum nec destinatum ad ædificium; Cum attentis terminis juris communis, certum esset fundatam esse intentionem illorum de Aste prohibentium, dum nulla justa vel urgens causa concurrebat, ex qua recessus à regula resultaret, sed consistebat difficultas statibus *Statuto Vrbis* 107. & *Constitutione* 22. *Gregorij XIII*, continente verbum generale *quovis*, & super cujus observantia generali, etiam in muris simpliciter divisoriis testabantur periti, ac tanquam absolutum supponere solent Magistri viarum, eorumque notarii & ministri.

Quoad statutum, pro illis de Aste scribens, deducebam auctoritatem *Fenzonij ibidem num.* 3. firmantis illud recipere debere passivam interpretationem à jure communi, ideoque intelligendum esse de muro destinato & apto ad ædificandum; Nil obstante quod aliàs superflua esset ejus dispositio, dum illa juris communis assistit, quia ex deductis *in Pisauren. muri disc.* 6. *& in alio hoc tit.* constat hujusmodi punctum esse apud DD. satis controversum & involutum, undè ad quascumque Doctorum controversias removendas prudenter dici potest illud emanasse, quod propterea remanet cum sua operatione, quæ quantumvis modica sufficit ad tollendum superfluitatis argumentum, quod tam in actibus inter vivos, quàm in ultimis voluntatibus leve reputari solet, ac cessare dicitur quoties ex dispositione saltem resultat major declaratio, quia superflua censenda non sunt, quæ gratia melioris declarationis disponuntur, *ut apud Coccin. dec.* 224. *Otthobon. dec.* 244. *num.* 24. & sæpè præsertim *sub tit. de locato disc.* 1.

Major difficultas in proposito esse videbatur attenta *Constitutione Gregorij XIII*, sed pariter illam intelligendam esse ad limites juris communis, & cum dicta distinctione, probari dicebam per bonum *text. in l. ut gradatim ff. de muneribus & oneribus, ubi* 2
DD. de quibus Barbos. diction. 317. *num.* 12. & 13. Et in terminis hujusmodi statutorum *Carpan. & cæteri per Cyriac. controv.* 460. *num.* 11. Præsertim quia clarius cessabat argumentum superfluitatis ob alteram operationem, cujus ratione verbum generale *quovis*, rectè verificatur, nedum in muris communibus, sed etiam in muris ad unum tantùm spectantibus, quibus etiam vicinus contra juris dispositionem uti potest invito Domino soluto pretio usus seu appodii; Ideoque dum una correctio seu exorbitantia resultabat, ad alteram inferendum non erat, quia jurium correctiones multiplicandæ non sunt.

Et quoad observantiam, de qua periti testabantur, respondet in specie *Cyriac. dicta controv.* 460. *nu.* 22, *cum seq.* ut ea scilicet probari debeat cum debitis 3
requisitis, illo præsertim, quod partibus opponentibus ita in contradictorio judicio judicatum fuerit, quia sæpè hujusmodi artifices & periti solent de proprio capite ac juxta eorum crudelitatem judicare & loqui, quotidiè experimur, cumque agatur de materia concernente decisoria perfecta probatio cum omnibus requisitis exigi videtur.

Clarius autem in proposita facti specie observabam *dictam Constitutionem* adaptari non posse ad murum controversum, quia cum illa emanaverit ex ratione publici ornatus, ob quam tolerabilis est juris
exorbitantia ob publicum favorem exinde resultan- 4
tem, ista ratio in præsenti cessabat, quia tractabatur de ædificio à parte interiori, ex qua nullus publicus ornatus resultabat; Si enim eadem Constitutio disponens de retractu coactivo locum non habet in ædificio construendo, à parte retro tanquam carente ratione ornatus, ob quam Constitutio emanavit juxta celebre *consil. Ioannis Aldobrandini* passim receptum in Curia, ita & fortius in præsenti, Atque ita dicebam conciliari posse peritorum attestationes super observantia etiam in muris divisorijs, ut scilicet intelligendæ sint, quoties ex ædificio resultare potest publicus ornatus juxta sensum & rationem Constitutionis.

Causa non fuit judicialiter sopita, quia ædificare volens alteram partem domus emit; Mihi autem ad veritatem reflectenti videbatur hujusmodi quæstio- 5
nem super intelligentia *dictæ Constitutionis Gregorij*, decidendam esse prudentis judicis arbitrio ex particularibus facti circumstantijs, an scilicet concurreret ratio publici ornatus, vel aliqua alia justa causa, quæ ædificantem rationabiliter impelleret juxta ponderata *per Rouit dec.* 30. ut tunc potior sit conditio ædificantis, ea vero cessante potior esse debeat illa prohibentis, quia regulariter construendo partes murum in forma simplicis divisorij illum etiam perficiendo cum merlis vel cum extremitate, quæ vulgò dici solet *ad dorsum asini*, ita ex tacita quadam conventione sibi invicem mutuo consensu constituisse videntur servitutem altius non tollendi, sed in communione permanendi in eo statu, nisi nova justa causa superveniat, ob quam ex regula ut quælibet conventio censeatur rebus in eodem statu permanentibus, licitum sit ab hujusmodi tacita societate recedere, nam aliàs nimia videretur dictæ Constitutionis exorbitantia.

***

ROMANA
APPODII
PRO
ANGELA LAZARINA
CVM
N.

Casus decisus per Cameram contra Lazarinam.

De usu muri communis, & an elevari possit ædificium, per quod claudantur fenestræ ab alio vicino in eodem muro constructæ.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De materia ædificandi in muro communi.*
3. *In muro laterali apto & destinato ad ædificium & tignorum substentationem licet ædificare, quamvis fenestræ claudantur.*
4. *Et quando procedat opinio contraria.*
5. *Quid ubi expressus vel tacitus consensus accedit super apertura fenestræ in tali muro.*
6. *Inspectio, an murus esset communis, vel unius tantùm, ad quid deserviat in Vrbe.*
7. *Conclusio de elevatione cum clausura fenestrarum procedit, ubi mansiones omninò obscurantur, declaratur num: 9.*
8. *Isto casu præsumitur inducta servitus non elevandi.*
9. *Declaratur conclusio, de qua num: 7.*
10. *Refertur decisio, & quæ circumstantiæ in his quæstionibus decidendis attendendæ sint.*

DISC. IX.

1 IN muro laterali duarum adjacentium domuum tigna & tecta substinente, dominus domus eminentioris, in ea parte quæ tectum alterius domus depressioris supereminebat aperuit fenestram, cujus beneficio accepto lumine, quod prius recipiebat ex quadam lodia, istam in usum alterius mansionis seu officinæ convertit; Cumque post aliquem annorum cursum, dominus domus depressioris illam elevare vellet ad æqualitatem alterius, undè propterea dictæ fenestræ clausura resultaret, se opposuit vicinus, & introducta causa in Tribunali Camerarij & Ædilium, sententia opponenti favorabilis prodijt, confirmata etiam in secunda instantia per viarum Præsidem, & introducta causa appellationis in plena Camera, capta etiam fuit resolutio pro dictarum sententiarum confirmatione, adversus quam resolutionem concessa de more nova audientia, ad causæ semimortuæ defensionem ex parte ædificare volentis evocatus fui.

Vndè pro eo scribens dicebam non versari in ea quæstione, quæ per DD. adeò acriter agitari solet in ædificio super muro communi ad solam divisionem
2 constructo, in quo casu intrant illæ distinctiones, de quibus latè habetur in *Pisauren muri disc. 6 hoc titulo & in alijs*, cum tunc principalis muri destinatio sit ad dividendum magis quàm ad ædificandum, undè propterea innovatio ædificare volentis, immutare videtur statum consuetum & naturalem muri, ob quod intrat prohibitio, Et nihilominus etiam isto casu in Vrbe, tam ex ejus *statuto 127.* quàm ex *Constitutione Gregorij XIII.* satis dubitari potest correctam esse juris communis dispositionem, ac semper & omni casu indistinctè licitam esse elevationem seù alium usum ex ijs, quæ habentur *disc. praeceden. & dis. 7. & in alijs.*

Versabamur etenim in muro de sui natura principaliter destinato ad ædificium pro stantiarum usu ac tecti, tignorumque substentatione, itaut ædificare volens nihil novi tentet, neque rei statum seù naturam immutet, sed utatur muro communi ex sua parte, eodem ad amussim modo, quo alter vicinus ex altera parte vtitur; Quo casu concors est Doctorum sententia, potiores esse partes ædificare volentis, quamvis exindè contingat claudi fenestras in 3
eodem muro ab altero vicino factas; Tum quia communio alias remaneret inutilis, Tum etiam quia malè gessit alter vicinus, atque rei usum & naturam alteravit, aperiendo fenestras in eo muro, qui de sui natura & destinatione non ad prospectum neque ad fenestrarum usum, sed tanquam lateralis ad tigna & tecta substinenda constructus erat, ut in specie firmant *Cepoll. de servitut. Vrb. præd c. 62 num. 5. Ias. cons. 98 sub n. 4. & seq. vol. 1. Honded. cons. 80 num. 31. & seq. lib. 1. Thomat. dec. 119, Sperell. dec 56. n. 10, 40, & 41, Duran. dec. 450, num. 1, & admittit Surd. cons. 233, num. 15.* quamvis iste conetur *Iasonis* sententiam reprobare, quia dissentientes opiniones conciliando, fatetur istam pro ædificare volente veriorem esse, quoties illa muri excedentis communio esset vicino inutilis, atque de vento inserviret si non liceret ædificare, quos sequitur *Sperell. d. dec. 56. n. 41. & 42.*

Contraria verò procedunt, ubi vicinus vult ele- 4
vare murum ultra usum destinatum novoque ædificio minus aptum, itaut in suo antiquo statu remaneat utilis ad illum usum, ad quem ab initio constructus fuit, quod etiam idem *Surd affirmat cons. 387. num. 43*, Idque apud *Sperell. d. decis. 56. num. 8. & cum sequen.* ampliatur quamvis accederet scientia & taciturnitas, quia non per hoc resultat consensus præjudicialis; Quinimo, quod magis est, *num. 10*, an pliat
quamvis expressa licentia seu consensus aperiendi 5
fenestram accederet, quia præstitus intelligitur rebus in eo statu permanentibus, atque pro eo tempore quo muro uti nollet, nisi alia accedant adminicula, jus perpetuæ servitutis redolentia.

Replicabatur per alteram partem non constare de muri communione in parte superiori seu exce- 6
dente tectum ædificare volentis, ac potius omnino verisimile esse, illam partem totam constructam esse sumptu ejus, qui altius domum suam construere voluit; Verùm hæc responsio quamvis probabilis, nullius ponderis remanebat ex *Statuto Vrbis, & Constitut. Greg. XIII.* disponentibus, ut vicino ædificare volenti licitum sit uti muro vicini, quamvis non communi soluto appodio, ita ut circumstantia communionis remaneat solum considerabilis pro hujusmodi solutione evitanda, cùm aliàs in hujusmodi muris dicatur vicinus habere quandam communionem habitualem cum dicta solutione ad actum deducibilem.

Replicabatur item & melius, dictam conclusi- 7
onem de ulteriori elevatione quamvis luminibus officeretur, & fenestræ clauderentur, rectè procedere, ubi luminibus domus præjudicatur quidem in parte, non autem ubi illa totaliter obscurantur itaut domus, vel mansio remaneat omnino cæca & inutilis, quia nemo debet sepeliri vivus in propria

propria domo, ut in specie observat *Gratian. discept. 896. num. 1. & seqq.*

Hanc responsionem dicebam probabilem, ac humanæ rationi adaptatam, itaùt hujusmodi circumstantia ponderari posset pro forti adminiculo 8 servitutis ab initio inductæ, quam probari posse per præsumptiones & adminicula receptum est in jure ex deductis supra in *Ianuen. disc. 2, in Firmana servitutis disc. 3, & in alijs hoc tit.* Et in individuo fenestræ existentis in parte superiori muri lateralis, prout est iste, *plenè Riminal. jun cons. 421.* Cùm enim omninò improbabile sit aliquem velle construere mansiones omninò obscuras & inutiles, intrat probabilitas, quod inter duos vicinos ædificantes conventum sit ab initio, ut unius domus esset altera depressior, ad effectum, ut ex parte excedente lumen haberi possit, aliundè non obtinendum, de quo etiam *in Camerinen. disc. 4.*

Verum istam conjecturam meo quidem judicio fortissimam, cessare dicebam in hac facti specie ex duplici circumstantia; Prima nempè, quod poterat aliundè consuli obtinendo lumen ex lodia, prout antiquæ domus structura inducebat; Et altera, quod hujusmodi fenestra constructa non fuit ab initio ædificatæ domus, quo casu rectè intrat supradicta præsumptio conventionis ex tunc inter vicinos habitæ, dum in facto constabat post longum intervallum apertam esse; Quinimò ex dicta prima circumstantia recipiendi pro hac mansione remotum & mendicatum lumen ex lodia, dum melius recipi poterat ex fenestra in hoc loco in ipsa muri constructione aperienda, clarum resultabat argumentum contrarium, quod scilicet alter vicinus 9 permittere noluerit; Quodque ubi aliundè lumen recipi potest, & utrique parti consuli, id omninò per judicem sequendum sit *Duran. dictæ decis. 430. num. 3.* ideoque dicebam vicinum se opponentem reducere debere domum ad suam originalem structuram aperiendo scilicet lodiam.

Fuissent hæc forsan operativa, si ab initio causæ deducta essent, non tamen prævaluerunt post duas sententias conformes contrarias, & resolutionem plenæ Cameræ in tertia instantia, cùm difficilius retractentur ea, quæ re integra non concederentur; Potissima verò causa non recedendi à resolutis fuit infelix conditio domus elevandæ, utpotè existentis in quodam cœco viculo, undè nullus exindè publicus ornatus resultabat; Econversò autem altera domus oppositoris ità non leve incommodum, & præjudicium patientis, erat nobilioris structuræ ac faciens ornatum, quæ circumstantiæ in his terminis satis spectari solent pro judicis arbitrio regulando.

SANCTI SEVERINI
ÆDIFICII
PRO

HORATIO MARGARUTIO

CUM

N.

Casus pro Horatio per A. C. resolutus.

An in domo pluribus communi cum distinctione solariorum seu appartamentorum, quia nempè unus sit Dominus appartamenti superioris, alter verò inferioris, possit unus in sua parte aperire portas vel fenestras, seu aliud novum opus facere altero invito.

SUMMARIUM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *In re communi potior est conditio prohibentis.*
3. *Quando murus dicatur communis.*
4. *Inter possidentes plura ejusdem domus, solaria seu appartamenta an dicatur adesse communio seu consortium.*
5. *Possessor solarii seu appartamenti superioris an dicatur Dominus, vel potius id obtinere jure servitutis, referuntur plures opiniones.*
6. *Superficies servire non potest solo, sed benè econtrà.*
7. *Habens ædificium superius non potest innovare cum damno habentis inferius vel econtrà.*
8. *Dominus rei inservientis, an & quomodo ea uti possit, vel statum immutare in præjudicium dominantis.*

DISC. X.

CUm ejusdem domus in Civitate sancti Severini, Margarutius possideret primum solarium seu appartamentum inferius, alter verò 1 possideret duo alia appartamenta superiora, atque Margarutius quamdam portam aperire vellet, se opponente Domino aliorum appartamentorum, orta est controversia in Tribunali A. C. in qua pro oppositore agentes, cum præsupposito, quod ageretur de re seu muro communi, insistebant in regula sæpiùs hoc tit. *in Pisauren. muri disc. 6.* & aliis discussa, ut in re communi potior sit conditio prohibentis, ex deductis in materia post antiquiores 2 per *Thesaur. decis. 23, 41, & 219. Surd. cons. 126, & 387, Altograd. cons. 100. vol. primo Cyriac. controv. 460, Ciarlin. controv. 30. Rouit. dec. 30. Sperell. dec. 54, & 56. Rota seu Camera decis. 253, par. 7, recent.* apud quos habetur de materia, quasi quod mutando antiquam structuram, & aperiendo novas portas vel fenestras, dicatur socius uti re communi præter usum destinatum, quo casu recepta est dicta regula negativa, ut scilicet potior sit conditio socii prohibentis.

Verùm pro Margarutio scribens dicebam opus non esse assumere disputandam supradictam quæstionem utpotè à casu controversiæ penitùs extraneam illa etenim procedit cum præsupposito communionis seu consortii omninò in facti specie cessantis; Tunc etenim murus dicitur communis, quando constitutus est inter duo ædificia, vel 3 causa dividendi, vel causa substinendi communia tigna & tecta, itaùt non magis unius quàm alterius dici valeat, sed utriusque sit æquale dominium & possessio, atque ambo dicantur Domini in solidum seu per partes quotitativas potiùs, quàm quantitativas, undè nemo suum distinctè respectu totius usus muri dignoscere valeat, quia hujusmodi muri dicuntur utriusque insolidum tanquam duorum in communione viventium, ut in proposito consortii ad effectum retractus benè de hac communione habetur apud *Merlin. decis. 386, 411, & 465. aliàs 243, 303, & 378, part. 5. recent* ideoque quomo-

quomodocumque dicatur, dari non potest casus quod unus facere valeat opus, per quod contingat totum murum perforari absque præjudicio alterius, & utendo portione consocii, qualis non erat casus noster, quia quilibet contendentium possidebat solus & insolidum ejusdem domus distincta solaria seu appartamenta, itaut quilibet distingueret suum
4 dominium suamque possessionem, quo casu adesse non dicitur communio seu consortium, sed quilibet dicitur Dominus suæ partis, perindè ac si essent duæ domus inter se distinctæ, quot sunt solaria, ut in specie possidentium ejusdem domus plura appartamenta, *Carpan. ad statut: Mediolan: tom. primo cap: 434. num: 32, Borguin: dec. 19, num: 52, & seq. par: 2, adden: ad Buratt: decis: 520, num: 13. & 15. Merlin: decis 386, & 411. alias 243, & 303, par. 5, recent.* ubi agendo de materia retractus competentis ratione communionis seu consortii, magistraliter explicatur, tunc domum dici pluribus communem, quando
2 quolibet tota insolidam pro ejus portione possidetur, itaut non distinguantur portiones.

Et hoc admittendo etiam opinionem volentium possessorem solarii seu appartamenti superioris dici posse Dominum, quia cùm talis etiam dicendus absque dubio sit possessor appartamenti inferioris, ut infrà, iste dicebatur ædificare velle in suo non autem in re aliena vel communi.

Multò magis, quia neque omninò absolutum
5 est, oppositorem, qui solariorum seu appartamentorum superiorum possessor est, dici posse Dominum, cùm in hoc tres habeamus opiniones; Prima est jam dicta, ut quilibet dicatur Dominus suæ partis perindè ac si tot essent domus, quot sunt appartamenta; Altera verò, ut totius ædificii dominium sit possessoris soli seu appartamenti inferioris, possessor autem aliorum solariorum dicatur ea potius habere jure servitutis, quam soli Dominus pati cogitur, quam tenent *Cepoll de servitut. Vrb. præd. cap. 40, num. 10, Soccin. cons 139, lib 1. Caball. cons. 8, lib. 2, & cæteri cumulati per Andreol. in addit. ad Cepoll. ubi supra impressu post tertiam partem ejus controversiarum fol. 246, vers. solarii materiam cum plur. seqq. præsertim vers. de domo divisa per solaria.*

Tertia demùm, ut possessor partis inferioris utpotè habens solum, sine quo ædificium consistere non potest, dicatur totius ædificii Dominus directus, possidens verò partes superiores dicatur Dominus utilis seu superficiarius, quam tenent plures latè deducti *per Andreol. controv. 217.* qui hanc veriorem probare conatur; Quicquid autem esset de hujusmodi opinionum veritate, quam in proposito examinare opus non fuit; Quavis earum retenta, semper Dominus partis inferioris propè solum remanet Dominus plenus & directus, non autem possidens jure servitutis vel solius utilis dominii, cùm
6 sit impossibile, ut superficiei serviat solum *Corn. inter consil. Soccini 138, num. 2. lib. 1.* Ideoque semper firmum remanere dicebam Margarutium ædificare seu novum opus facere in suo, non autem in re aliena vel communi, in qua ratione coæqualis dominii recte condominus partes oppositoris assumere potest; Et in his terminis loquuntur, qui pro parte oppositoris deducebantur.

Et quamvis de jure verum sit, quod sicut habens
7 ædificium superius non potest in eo quicquam innovare, quod damnum vel periculum Domino ædificii inferioris causare valeat, ità econversò ex deductis *per Cepoll. dicto cap. 40, num. 10, & alibi*, cùm sit de jure certum, nihilominus id non percutit punctum ædificandi in re aliena vel communi, cum cujus terminis malè ex parte oppositoris procedebatur, sed potiùs punctum seu terminos damni infecti, cui idem jus providet cum remedio cautionis juxta facti circumstantias & qualitates prudentis judicis arbitrio adhibendo.

Allegebantur in contrarium *textus in l. cum debere ff. de servit. Vrb. præd. & l. si fortè ff. si servitus*
8 *vindicetur*, ad probandum quod possessor partis inferioris, qui servitutem debet possessori superioris non potest re inserviente ita uti, quod servitutis commodum cesset, vel diminutionem patiatur; Et in his terminis comprobat, *Bero, cons. 131. num. 13, lib. 3.* sed facilis erat responsio, quod jura prædicta procedunt, ubi Dominus partis servientis vult tollere columnam seu aliud ædificium substentativum, per quod jus vel usus servitutis tollatur, ideoque cessabat applicatio ad factum, quia in præsenti Dominus partis inferioris aliud agere non intendebat, nisi pro ejus majori commoditate aperire quamdam portam, per quam murus substentatorius partium superiorum non tollebatur, sed ad summum prætendi poterat debilitatio, circa quam ex peritorum judicio judicis arbitrium pro admittenda vel rejicienda cautione regulandum est, ut practicatum fuit.

ROMANA DOMUS

PRO

PAROCHIALI ECCLESIA S. BLASII DE FOVEA

CVM

ABBATIALI ECCLESIA S. SALVATORIS MAJORIS.

Casus disputatus in Camera, & resolutus pro Ecclesia S. Blasii.

De eadem materia muri intermedii inter duas domos, an sit sit proprius unius vel communis; Et an vicinus possit altero invito altius elevare, & tigna immittere etiam obturando fenestram ibi existentem.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Resolutio causæ.*
3. *In muro laterali potest quis altius extollere ex parte sua, etiamsi fenestræ vicini claudantur.*
4. *Sufficit reservare vicino lumen necessarium etiam per foramen & num. 11.*
5. *De Constitutione Gregor. XIII. & de statuto Vrbis super usu muri etiamsi esset proprius vicini.*
6. *Datur distinctio, cum qua intelligenda est conclusio, de qua num. 3.*
7. *Quod consulentibus non sit deferendum.*
8. *Quando potius deferendum sit opponenti quàm ædificanti, & econtrà.*
9. *Ex quibus dignoscatur murum esse totum unius domus.*
10. *De privilegio luminum scalæ.*
11. *Declaratur conclusio de qua num. 4.*

DISC.

DISC. XI.

1 CUm domus conductitia Parochialis Ecclesiæ S. Blasii de Fovea, murum haberet ejus tigna & tectum substinentem, respondentem areæ seu cortili domus pariter conductitiæ Abbatialis Ecclesiæ S. Salvatoris Majoris deservientis ad usum furni, & in qua area aderat parvum tectum depressum ad usum capannæ, habens tigna immissa in dicto muro, in cujus parte superiori aderat fenestra pro lumine unius mansionis, ac etiam scalæ, Cardinalis Commendatarius dictæ Ecclesiæ S. Salvatoris de facto altius ædificare cœpit pro construendis in dicta area aliquibus mansionibus & officinis, immittendo tigna in murum prædictum, ita & taliter quod præfata fenestra claudenda esset, atque se opponente Parocho dictæ alterius Ecclesiæ, introductaque causa coram viarum Præside, de voto Cameræ ex speciali commissione Sanctissimi, cùm Parochus prætenderet inprimis & ante omnia revocari debere quædam attentata in spretum inhibitionis, dato desuper dubio, mandatum fuit videri
2 de bono jure, super quo proindè assumpta disputatione, prodiit resolutio favorabilis huic Ecclesiæ novum opus nuncianti, dictoque ædificio se opponenti, atque mihi pro ea scribenti, reflectendo etiam ad veritatem dicta resolutio justa & probabilis visa est.

In hac igitur disputatione scribentes pro volente ædificare, insistebant principaliter in firmatis
3 *per Ias. cons. 98. lib 1. & per Rotam apud Duran. decis.* 450. super regula assistente vicino volenti ædificare in suo immittendo tigna in murum lateralem de sui natura aptum & destinatum ad tignorum substentationem, non obstante, quod exindè resultaret obturatio luminum, seu fenestrarum vicini, quoniam attenditur principaliter utilitas facientis in suo, non autem accessorium seu consecutivum damnum alterius, ut in specie obscurationis luminum seu fenestræ *apud Duran. dicta dec* 450. cùm hujusmodi murorum lateralium species ad tigna & tecta substinenda, non autem ad fenestras ibi aperiendas destinata videatur.

Eoque magis dicebant dictæ regulæ locum esse, quia luminibus poterat esse consultum mediante fenestra suprà tectum, quæ vulgò dici solet *lucer-*
4 *nale*, deducendo auctoritatem *Cepollæ de servitut. urbanorum prædiorum cap.* 35, *num.* 1 *in fine cum sequen. & Passet. cons.* 130 *num.* 11. quod sufficiat servare tantùm lumen per foramen, quod ad usum necessarium satis esse valeat, deducendo etiam attestationem plurium peritorum super usu & consuetudine Urbis, cui proindè omninò deferendum esse iidem scribentes inculcabant, cùm ita cessarent omnes quæstiones, quæ desuper habentur apud scribentes, itàut videatur potius consuetudo interpretativa.

Mirabar autem, quod non deducerent etiam statutum Urbis 107. & Constitutionem *Gregorii XIII.* ex quibus verè resultat illa observantia, quàm periti dicebant consuetudinem, quoniam ut fre-
5 quenter habetur in aliis *hoc eodem tit.* tam Statutum, quàm latius Constitutio cessare faciunt involutas quæstiones, quæ in hac materia super solo puncto juris habentur, tam circa communionem muri inter duas domos intermedii, quia etiam si esset proprius unius, adhuc vicino impediri non potest usus soluto appodio, quàm etiam circa alteram qualitatem, an scilicet esset necnè sua destinatione aptus ad ædificium, vel solùm arearum divisorius, quia ob verbum generale *quocumque* in dicta Constitutione contentum, usus videtur generalis, ut advertitur *decis.* 250, *par* 7, *rec.* & frequenter in aliis causis *hoc eod. tit.*

His tamen non obstantibus, in hac facti specie ob ejus particulares circumstantias contrarium verius dicebam cum distinctione, cum qua ante hanc disputationem habitam *de mense Ianuarii* 1667. idem 6
Cameræ Tribunal de anno 1661. processerat *in Romana Appodii disc.* 9. quòd scilicet, aut vicini præjudicium ex novo ædificio resultans non est omnimodum & præcisum, sed tendit ad amittendam majorem commoditatem, majusque lumen ad oblectamentum, quia nempè domus vel mansio, cujus fenestra ex novo ædificio obscuratur, alias habeat fenestras, undè congruum lumen & aër absque notabili incommodo & præjudicio recipiat, & tunc tale præjudicium non attenditur, qualis erat casus *in Romana de Mancinis disc.* 5. & hic erat etiam casus *apud Duran. dicta decis.* 450. ut ibi advertitur *num.* 3.

Aut præjudicium est omnimodum & grave, quia nempè domus vel mansio alias fenestras non haberet, neque aliundè commodum lumen recipere posset, & tunc id permittendum non est, quia nemo debet in domo sua sepeliri vivus, & cogi perpetuò nocturnam vitam ducere cum necessitate lucernæ in meridie, ut advertit *Gratian. discept.* 896. *num.* 1. cum quo processum fuit in dicta alia causa de qua *disc.* 9.

Nil obstante, quod lumen haberi posset ex tecto, quoniam hujusmodi luminis species rectè attenditur, & sufficit, quando agitur de officinis & mansionibus pro reponendis frugibus aliisque domus usibus, pro quibus solum lumen est necessarium quale quale sit, secùs autem, ubi de mansionibus pro hominū habitatione, cum in eis fenestræ necessariæ sint nedum pro lumine, sed etiam pro aëris ventilatione ad salutis & vitæ conservationem.

Et quoad auctoritates ut suprà in contrarium deductas, dicebam illas non obstare, quoniam in casu dictæ decisionis 450. *apud Duranum*, aderant aliæ fenestræ, undè præjudicium non erat omnimodum juxta dictam primam partem distinctionis, & cum quo præsupposito etiam proceditur *apud Sperell. decis.* 54. & 56. Et quoad auctoritatem *Iasonis cons.* 98. dicebam idem, quod satis frequens est mea consuetudo dicendi super nulla fide adhi- 7
benda Consulentibus causæ inservientibus, ac loquentibus ad opportunitatem clientis ex affectione vel pecunia, potissimè quia in eodem casu individuo Jasonis scripsit in contrarium *Rimmald. junior cons.* 421. undè vel inquirendum esse dicebam, quid in eo casu decisum fuerit juxta monitum *Franchi decis.* 260 *num.* 5. & 6. vel quod neutri credendum sit, adinstar duorum testium hincindè inductorum contraria deponentium; Vel quod magis deferri deberet *Riminaldo* probabilius loquenti ob majo- 8
rem æquitatem assistentem se opponenti, & resistentem ædificanti, cujus factum erat merè voluntarium, & ad solam utilitatem pro majori pensione ex domo conductitia retrahenda, oppositio verò alterius erat necessaria, dum ita hæc domus redderetur inhabitabilis, vel saltem pensio notabiliter minueretur, undè propterea una Ecclesia dicebatur agere de lucro captando, altera verò de damno vitando, in quo concursu potiores esse debent partes agentis de damno vitando; Addita etiam altera circumstantia præfatæ æquitatis roborativa, quod Ecclesia volens ædificare erat dives, ejusque majores

majores redditus deserviebant ad superabundantem ditationem Commendatarii, ista verò pauper vix habens redditus necessarios ad congruam substentationem Rectoris.

Clarius verò, ac extra difficultatem, ex eo quod præmissa procedunt, ubi agitur de muro verè laterali, principaliter destinato ad substinenda utriusque domus tigna, cum sola differentia majoris altitudinis unius tecti; quàm alterius, quo casu propriè intrant hujusmodi quæstiones, *ut in Camerinen. & in alijs hoc tit.*, quod in præsenti cessabat, quoniam
9 verè murus non erat hujusmodi speciei, sed totus constructus, ac deserviens pro ista domo, tam ad tigna substinenda, quàm ad lumen, cum ea sola differentia, quod loco respondendi in via vel area publica, respondebat in cortili seu area dictæ alterius domus, in nulla parta contignationem habentis cum ista; Et licèt moderno tempore in dicta area seu cortili constructa esset quædam depressa capanna ad effectum præservandi triticum, aliaque necessaria ad usum furni à pluvia & imbribus, quæ appodiata erat dicto muro; Nihilominus vel hæc fuit benevola patientia Domini in ea parte inferiori, in qua nil sua intererat vicinum hujusmodi commoditatem habere, undè locus erat regulæ, ut quod tibi non nocet, & mihi prodest, denegandum non sit, &c. Vel quia ex Statuto Urbis, seu Bulla Gregorii XIII. ut suprà dispositionem juris communis ampliantibus circa necessariam permissionem appodii etiam in muro proprio, id negari non potuerit, sed hoc unum est, quod non agebatur de casu quæstionis disputatæ per Doctores, præsertim *apud Surd. cons. 126. Duran. 450. & alios, de quibus in dicta Camerinen.* ubi scilicet idem murus deseruit ad mansiones & tecta utriusque domus cum sola differentia, quod una sit eminentior, altera depressior.

Deducebam quoque scribens tanquam Advocatus, & cumulando motiva, eò minus dictorum luminum obscurationi locum esse posse, dum exin-
10 dè præjudicabatur, nedum mansioni fortè meliori domus, sed etiam scalæ ex eadem fenestra lumen recipienti, undè deducebam firmata *per Cepoll. de servitut. urban. præd. cap. 39, post numer. 4. Duen. regul. in fin. Riminald. jun. cons. 421. numer. 70. Sperell. decis. 55. numer. 47. & sequen.* quod scilicet lumen scalæ aliquid habeat speciale, ut obscurari non possit, etiam ubi illud aliàs obscurare liceret, & fortè motivum etiam admissum fuit; Verùm reflectendo ad veritatem non placebat, quoniam mihi verius videtur, originariam traditionem *Cepollæ* procedere in scholis, non autem in scalis, ob rationem publicæ utilitatis, ac esse potius errorem impressoris, quidquid in contrarium probare conetur *Riminald. jun. dicto cons. 421.* Tum quia jura per Cepollam ad id allegata percutiunt ventum arearum & similia percutientia publicam utilitatem, quæ nullatenus considerabilis est in scalis, sed benè in scholis; Tum etiam quia pro valetudine, ac regula benè vivendi magis necessarium est lumen, seu aër in mansionibus in quibus vivimus, quàm in scalis per quos transimus, atque in habitatorum valetudine magis urget ratio publicæ utilitatis, ideoque nulla subest ratio, ob quam id quod conceditur in domibus & mansionibus, in quibus vivimus, concedi debeat in scalis, ut de hoc habetur etiam actum *disc 13.*

Et ad motivum deductum per scribentes in
11 contrarium ut suprà, quod sufficit relinquere parvum & necessarium lumen etiam per foramen ex deductis *per Cepoll. de servitut. urban. præd. cap. 35. num. 1. in fine cum sequen.* & *Paset. cons. 130. num. 11.* advertebam in hoc procedi cum æquivoco, quoniam ut benè advertit *gloss. in l. luminum 3 ff. de servitut. urban. prædiorum*, ex qua desumunt *Cepoll. & Paset. ubi suprà*, duplex est servitus; Una est luminum, per quam vicinus tenetur ex domo sua jure servitutis præstare lumen domui vicini; Altera verò est servitus, ne luminibus officiatur, per quam vicinus prohibetur in suo facere id, per quod lumina propria alterius vicini præjudicata remaneant, undè magna differentia est inter unum casum & alterum, dictæ verò auctoritates loquuntur de prima specie, quæ in hoc differt ab altera, ut benè advertit *dicta gloss. in verbo excipiat.* Quinimò advertebam, neque in isto casu verè & propriè agi de dicta altera specie præcedente, quando vicinus ædificat in suo, undè præjudicium luminum alteri resultet, cùm hìc ageretur de usu concedendo non Domino contra Dominum, qui usus ex Statuto & Constitutione Gregoriana conceditur solùm ex quadam æquitate fundata in dicta regula, quod tibi non nocet, &c. nullatenus verò dicendum est, ut dari debeat hujus æquitatis exercitium cum aperta iniquitate, quæ resultaret, ut vicino ad solum lucrum & oblectamentum, aut ad majorem commoditatem licitum esset uti muro meo cum meo damno & præjudicio positivo.

LAURETANA
ÆDIFICII

PRO

ANTONIO FRANCISCO BURATO

CVM

SIMEONE GHINELLO.

Casus disputatus coram A. C. & resolutus pro Ghinello, pendet appellatio.

De servitute conventionali, seu pacto inter vicinos super facultate affirmativa vel negativa ædificandi; An sit reale transitorium etiam ad quemcumque rei dominantis possessorem, vel potiùs sit personale extinguendum cum persona, & non transmisibile vel cessibile; Et aliqua etiam de usu muri communis, vel adjacentis.

SVMMARIVM.

1, F*Acti series.*
2. *An pactum de ædificando, vel non ædificando, seu alia innovatione sit reale vel personale.*
3. *Quomodo ista quæstio decidenda sit.*
4. *Quando pactum dicatur declarativum juris.*
5. *Quando subjecta materia suadeat personalitatem, vel realitatem.*

DISC.

DISC. XII.

1 COmmunitas Castri Fidardi possidens in Lauretana Civitate quandam domum, facultatem concessit Antonio Ghinello vicino appodiandi in quodam muro proprio, sub obligatione, quod ipse ad servandam æqualitatem, consimilem muri quantitatem ad usum etiam communem construere deberet, pacto adjecto, quod si contingeret eumdem Antonium, ultrà obligationem, majorem muri quantitatem construere, teneretur etiam in eo pati appodium, soluta tamen æstimatione; Cumque tractu temporis Communitas dictam domum vendidisset Buratto ædificare volenti, atque ad formam pacti habere appodium in eo muro, quem ultra obligationem Ghinellus construxerat, isteque, seu Simeon ejus hæres se opponeret, introducta causa in partibus coram Episcopo, seu Gubernatore Lauretano prodiit sententia Buratto ædificare volenti favorabilis, à qua interposita appellatione ad A. C. hic dictam sententiam infirmando, pronuntiavit ad favorem opponentis, à qua sententia pendet appellatio coram Prælato, & probabiliter infirmatio hujus secundæ sententiæ potius, reflectendo ad solam veritatem speranda videtur.

2 In dicta igitur disputatione habita coram A C. principaliter immoratum fuit in quæstione, an dictum pactum esset reale, & transitorium ad dictum singularem successorem, vel potius personale non competens nisi Communitati, cum qua initum erat, & judex credidit esse personale, innixus firmatis per *Marsil. singul. 334. Mangil. de eviction. qu: 161. num. 12. & 13.* super hujusmodi pactorum personalitate.

Econversò scribens ego pro Buratto successore dictæ Communitatis dicebam regulam seu præsumptionem esse potius in contrarium, ut in his specialibus terminis cæteris allegatis habetur *apud Capyc. Latr. decis. 66: num. 11, cum sequen.* suffragante etiam regula generali, ut in dubio concessio vel alter actus censeatur potius realis quàm personalis, ad 3 communiter notata per scribentes *in l. Iurisgentium §. pactorum ff. de pactis Buratt. dec. 161. num. 15.* ubi de pactis; *Menoch. lib. 3. præsumpt. 3.* ubi de concessionibus & privilegijs, de quo etiam plenè Rota *in Cæsenaten. seu Sarsinaten. Laudemiorum 19. Iunij 1656, Alberg. impress. post Bondenum decis. 35. Capyc. Latr. consult. 109.*

Inspecta autem veritate, erroneum pro meo judicio videtur, in hujusmodi generalitatibus fundamentum constituere, atque judicium in hac materia efformare, sivè juxtà unam sivè juxta alteram opinionem, quoniam dicitur quæstio potius facti & voluntatis, quàm juris, in qua proindè juxta hujusmodi quæstionum ambiguæ voluntatis regularem naturam, certa & determinata regula dari non potest, sed in singulis casibus decisio diversimodè resultat ex eorum particularibus circumstantijs, unam vel alteram qualitatem suadentibus, suffragante solùm assistentia regulæ pro una vel altera qualitate, ad effectum, ut minores conjecturæ & circumstantiæ sufficiant ei, cui assistit regula seu præsumptio legalis, majores verò desiderentur in casu opposito, juxta ea, quæ in proposito ultimarum voluntatum satis frequenter habentur *sub tit. de fideicommissis.*

Verùm dicebam hæc omnia extranea videri à 4 casu præsentis controversiæ, atque jus ædificare seu appodiare volentis, non resultare à dicto pacto tanquam continente puram concessionem à jure exorbitantem, sed potius quandam clariorem explicationem ejus, quod de jure dispositum est, ad removendam scilicet quæstionem inter scribentes adeò involutam, quando murus existens inter duas domos, vel duas areas dicatur communis nec nè, tàm actu, quàm aptitudine utpotè ab utroque constructus, & quando constet de constructione unius tantùm sumptu facta, an adhuc dicatur communis aptitudine ex iis, quæ *in Pisauren. & in Camerinen. & in alijs* satis frequenter habentur hoc eod. tit. Has autem quæstiones cum dicto instrumento celebrato de anno 1606. partes dirimere voluerunt, quia cum Communitas esset actu domina partis muri intermedii, utpote ab ipsa tantùm constructi, illum communicavit vicino, qui loco reficiendi in pecunia suam portionem, construxit tantumdem murum ità gratis communicandum, quatenus verò majorem quantitatem construeret, sub actuali communione non venientem, ita declararunt venire debere sub habituali juxta magistralem doctrinam *Bart in l. quidam Iberus num. 2. ff. de servit. urban. prædiorum*, quod scilicet admitti debeat ad actualem communionem, mediante contributione expensarum.

Clarius verò attenta subjecta materia, quod 5 scilicèt ageretur de muro laterali apto ad tigna & tecta substinenda, undè propterea cum servitus appodii seu communio concernat perpetuitatem, congruere non videntur termini personalitatis, qui cadere videntur circa illa ædificia affirmativa vel negativa, ex quibus resulter vicino aliquod præjudicium, quod de juris rigore non curatur, sed benè considerari solet in lege convenientiæ seu benevolentiæ; Ut putà habeo ego facultatem in muro meo respondente in aream vel domum vicini aperiendi fenestram, ex qua illi resultat subjectio seu servitus prospectus; Sive habeo facultatem altiùs domum meam extollendi, ob quam elevationem vicino in sole, ventis, aut luminibus præjudicatur, undè in ejus benevoli vel conjuncti gratiam abstineo, volensque ut mei quoque successores abstinerent, eis inter vivos, vel per ultimam voluntatem id prohibeo, seu egomet promitto, & tunc probabilis præsumptio assistit personalitati ratione qualitatis ædificii seu novi operis, quod ità suspendi potest in gratiam unius non autem alterius in in eadem domo successoris, in quo non militent illæ benevolentiæ vel convenientiæ rationes, quæ in altero militabant, ideoque ut dictum est, ista dicitur materia arbitraria ex facti qualitate decidenda; Hic autem discursus adaptabilis non est hujusmodi muris lateralibus super affirmativa facultate appodii, nisi verba expressa vel urgentia adminicula personalitatem suadeant, quia non dicitur opus ad tempus sed perpetuum.

Admittebant hæc omnia, tam judex, quàm scribentes in contrarium in puncto juris, sed negabant applicationem ad factum, quod scilicet istud non procederet eo modo quo mihi per causæ patronum præsuppositum erat, dum prætendebatur hanc partem muri non esse in area communi, sed totum esse in area alterius vicini, ubi autem quæstiones reducuntur ad factum, cessant partes Advocatorum, unde propterea in alia instantia, quæ pendet, consului faciendam esse formiter pro hujusmodi facti discrepantia dirimenda atq; ut ita veritas dignoscatur.

ROMANA

ALTIVS TOLLENDI DE OTTINIS

PRO

ANDREA OTTINO

CVM

N.

Casus disputatus in Tribunali Camerarij, & Ædilium, incertus est exitus.

De materia nunciationis novi operis adversus ædificare volentem in suo, ejusque domus altius extollere, an id liceat, ubi luminibus scalarum vicini officiatur; Et an in scalis aliquid peculiare in jure statuatur.

SVMMARIVM.

1. *Quilibet potest ædificare in suo etiamsi luminibus officiatur.*
2. *In facultativis non datur præscriptio. & solus lapsus temporis non operatur.*
3. *Quando lapsus temporis in hac materia operetur.*
4. *Dicitur hæc materia reposita in arbitrio ludicis.*
5. *An ædificari possit, ubi officitur luminibus scalarum.*
6. *Vel potiùs id intelligendum sit de luminibus scholarum.*
7. *Concluditur de Scholis esse intelligendum.*
8. *Doctoribus deferendum non est, ubi eorum dictum non habet juris vel rationis fundamentum.*
9. *De rationibus, ob quas dicendum est Cepollam sentiisse de Scholis, non de scalis.*
10. *De ratione, cur ædificari non potest, itaut impediatur ventus areæ vicinæ.*

DISC. XIII.

1 OTtino volenti domum suam depressiorem altius extollere, atque in quadam area novum ædificium ex integro construere, se opposuit vicinus eo sub prætextu, quod ejus domus ac præsertim scalæ luminibus ità officeretur, undè introducta causa in consueto Tribunali Camerarii & Ædilium, injustam, pro Ottino scribens, dicebam vicini oppositionem ex vulgari dispositione *text. in l. altius, cum ibi communiter not. Cod. de servit. & aqua*, adversus quam aliud ex parte oppositoris non adducebatur nisi antiquissimi temporis lapsus, ex quo dicebatur resultare præscriptam servitutem altius non tollendi, sed levissimum erat fundamentum, quoties aliud extrinsecum servitutis adminiculum non accedit, quoniam ita esset destruere regulam textus rectè fundatam in ratione facultatis, contra quam non datur præscriptio *ad text. in l. qui luminibus ff. de servit.*
2 *urb. præd. ubi Angel. num. 3. & cæteri apud Surd. consil. 127. Buratt. dec. 38. num. 3, & seq. Rojas decis. 460. latè in Melevitana decursus aquarum 31 Ianuarij 1656. Meltio, & in alijs*, quia est propositio absoluta.

Omnia siquidem ædificia depressiora, quæ altius elevanda sunt, ab ipsius ferè Orbis, vel particularis loci initio sive suprà memoriam in eo statu 3
fuerunt, undè de facili antiquissimum ac immemorabile tempus est allegabile, ideoque si hoc solùm sufficeret, nunquam daretur casus regulæ, quæ magis de plano procedit, ubi mos regionis, qualitas ædificii è conspectu existentis, vel alia verisimilitudo non resistunt, juxta casum de quo *in Ianuen. disc. 2*, cum similibus, itaut continuatio ædificii elevandi in antiquo depressiori statu, tribui valeat possessoris inopiæ & inferiori conditioni, seù antiquæ consuetudini, quæ tantum luxum in habitando, ac adeò nobiliorem modernam structuram non induxerat.

Tunc autem, ut latiùs habetur in dicta *Ianuen. disc. 2.* tribuendum est servituti, cum præsumptionibus etiam & adminiculis justificabili, quando conditio possessoris, mos regionis, qualitas ædificii existentis è conspectu, aliæque circumstantiæ inverisimilem reddunt adeò longævam patientiam non utendi facultate, quatenus illa competiisset, quia nempè possessor idoneus, & qualitas loci tribueret situs angustiam, itaut verisimiliter ob majorem commoditatem vel lucrum in locando, situs negligi non soleant, ut videmus in Civitatibus Neapolis, & Ianuæ & aliis. Econversò autem conspicua qualitas ædificii è conspectu existentis, verisimilitudinem inducat, quod ità constructum non sit sub eo periculo, ut ab alio vicino de facili obscurari, & ignobilitari valeat, ut sæpè experimur, quæ omnia ponderanda sunt prudentis judicis arbitrio, in quo totum hoc repositum esse videtur. 4

Difficultatem autem ab opponente non excitatam in præsenti controversia prævidebam, resultantem ex traditione *Cepoll de servit. urb. præd. cap. 39. post num. 4.* qui auctoritate *Anton. de Butr.* quem allegat *in l. fin. §. fin. C. de servit.* dicit, ædificari non posse, ubi officitur *scalarum* luminibus, atque Cepolla simpliciter relato idem dicunt *Duenn. regula 33. in fin. Riminald. jun. cons. 421. num. 70. Sperell dec. 55. num. 47. & seqq.* 5

Verùm in Cepollæ libris adesse erroneam transcriptionem benè advertit *Paseth. cons. 130. num. fin.* edito in eadem causa, de qua agit *Riminald. jun.* quia non scalarum sed scholarum dicere voluit; Et quamvis *Riminald: loc. cit.* hanc excitatam difficultatem respuat; Eo quia omnes Codices ità cantent, & cum *Riminald.* pertranseat *Sperell ubi suprà*; Omninò tamen vera, & incontrovertibilis videtur *Paseti* observatio, quia *Cepolla* patificat istum casum alteri non tollendi ventum areæ pro segetibus triturandis, & de quo *in d. l. § fin.* utpote fundato in ratione publicæ utilitatis & annonæ, quasi quod ubi publici favoris ratio accedit, huic cedere debeat privatum commodum, quæ ratio utique adaptabilis non est scalis domuum privatarum, quas nil publici favoris interest esse magis & minùs luminosas, sed benè adaptatur scholis. 6

Major publicæ utilitatis ratio considerari potest in domuum mansionibus, quàm in scalis, quia illas esse magis vel minùs luminosas influit ne- 7
dum ad oblectamentum & commoditatem, sed etiam ad salutem, pro qua tuenda expedit habitare domus lucidas hybernum solem habentes, quia in mansionibus vivimus & somnum capimus, scalæ autem sunt pro simplici transitu momentaneo, undè dum habemus jura expressa permittentia elevationem propriæ domus, quamvis luminibus domus & mansionum vicini officiatur, non videtur

quale

quale juris vel rationis fundamentum habere possit hæc traditio in scalis, undè quando etiam verè *Cepolla* de scalis loqui intellexisset, spernenda veniret ejus traditio, utpotè nec auctoritatis, nec probabilis rationis fundamentum habens, cum Doctores potestatem non habeant condendæ legis, & contra expressas juris determinationes loquendi; Si enim in ipsismet textibus habemus, quod ubi juris principiis vel rationibus eorum littera repugnat, id tribuendum est mendosæ transcriptioni, multò magis ubi agitur de dictis Doctorum.

Quodque de Scholis, non autem de scalis iste auctor loqui voluerit, liquet primò à simili deducto de facultate expellendi fabrum propè scholas
9 malleantem; Secundò à ratione publici favoris, qui in Scholis benè viget, non autem in scalis ut suprà; Tertiò quia idem auctor in eodem tract. *de servit. urb. præd. cap.* 54. particulariter & ex professo agit de scalis, earumque materia, & tamen ibi nec quidem verbum de hac limitatione, quæ tanquam res in materia notabilior ibidem omninò situanda vel repetenda erat.

Observandum item in materia, dispositionem *text. in d. l. fin. §. fin.* circa ventum areæ trituratorîæ non impediendum, non fundari principaliter in ratione annonæ & publicæ utilitatis, cujus nihil interest aream in uno vel altero loco constitutam esse: sed consistere in incongruitate ædificii, cum text. loquatur de areis existentibus in prædiis rusticis non autem in Civitate, & propè prædia urbana, undè cum prædia rustica principaliter destinata sint ad agriculturam & fructuum collectionem non autem ad ædificia & habitationes, nisi quatenus colonorum necessitas vel commoditas exigat, idcircò permittenda non est ædificiorum inanis elevatio impeditiva agriculturæ utpotè quamdam speciem æmulationis habens, ut aliis allegatis habetur collectum per *Barbos. in collectan. ad eamdem l.* 1. *§. fin. Cod. de servit.*

ROMANA
DE ASTE
PRO
EQUITE FRANCISCO DE ASTE
CUM
MARCHIONISSA VITELLESCA DE TASSIS

Casus resolutus per Tribunal Camerarij & Viarum pro Astio.

Vicino volente murum communem lateralem altius extollere suprà tectum vicini, & in parte eminentiori aperire fenestras vel alia facere ultra tignorum substentationem, an vicinus nolens altius ejus domum tollere justè se opponat; & impedire possit.

SUMMARIUM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *Vicinus uti potest muro communi, illumque altius elevare ad solum usum destinatum, itaut communis remaneat.*
3. *Fallit in Vrbe & quomodo.*
4. *Et quando idem limitetur de jure communi.*
5. *Deferendum est in hac materia consuetudini.*

Cardin. de Luca de Servitutibus.

DISC. XIV.

CUm Eques de Aste in antiqua ejus domo sita in via Cursus propè domum illorum de 1
Vitelleschis, satis altum & sumptuosum ædificium construxisset, atque in parte adjacente prædictæ alteri domui vellet murum communem juxtà totius domus structuram altius elevare, & in parte supereminente fenestras aperire, aliasque commoditates facere, se opposuit Marchionissa prædicta, non quidem ut impediret elevationem, sed ut murus cœcus remaneret, aptus etiam usui ejus domus, quatenus eam altius extollere vellet, offerendo pro ejus parte contribuere in constructione, ut ità communis etiam in dicta parte eminentiori remaneret; Undè introducta causâ in consueto Tribunali Camerarii & Viarum, Pro Astio scribens dicebam oppositionem inspecta juris communis dispositione non videri omninò incongruam, quinimò probabile fundamentum habere, cum hujusmodi muri de natura destinati 2
sint ad tigna utriusque domus substinenda, itaut vicini tanquam consocii ejus dominium & usum quilibet pro medietate suæ domui adjacente habeant illoque potiantur, & consequenter permittendæ non sunt fenestræ vel ædificationes ad alium usum totum murum perforantes, cum ità communio cessaret, ac totus fieret ædificantis, ut magistraliter firmat *Bart. in l. quidam iberus ff. de servit. urban. prædiorum*, & sequuntur cæteri communiter, de quibus *Vegg. cons. 53. num. 27. & sequen. & habetur etiam in Camerinen. hoc eodem titulo disc.* 4.

Verùm hanc difficultatem ex juris communis dispositione derivantem, cessare dicebam in Vrbe ex jure municipali contento, tam in Statuto 107. quam Constitutione 22. *Gregorij XIII. § secundo,* 3
permittente vicinum uti posse quocumque muro communi ad quemcunque usum, qui vicini usum non impediat, soluta æstimatione suæ portionis, per quod jus municipale, correctum seu alteratum remanere jus commune firmatur in specie in voto Camerali seù Præsidis viarum *impress. inter decis. Rotæ decis. 257. par. 7. rec. à num. 73, usque ad finem*, undè si hic murus supereminens fuisset antiquitus communi sumptu constructus, adhuc posset hic vicinus ex dicto jure municipali eo uti ad quoscumque sibi benè visos usus vicino impedimentum non præbentes, multò minùs impediendus erat illum suo sumptu elevare, eoque prout sibi videretur uti, præservato tamen alterius præjudicio, ut scilicet usus esset temporaneus, & donec domus vicini perseveraret in eo depressiori statu ac salvo jure illam extollendi, quo casu deberet ædificans fenestrarum clausuram pati, quod hic offerebat, cum tunc omnis opponendi ratio cessaret.

Quinimò ubi ædificare volens hujusmodi præsertivam cautelam vicino offert, itaut ejus futuro præjudicio consultum omninò remaneat, et- 4
iam in terminis juris communis probabiliter pro ædificare volente respondendum fore dicebam, cum prædicta doctrina *Bart.* cum qua cæteri pertranseunt, pro unica ratione habeat futurum vicini præjudicium, ne scilicet prætendere possit ita effectus Dominus muri insolidum, undè vicino ædificare volenti communem usum impediret, ut constat ex eodem *Vegg: dict: cons. 53, num: 27.* Quando autem hæc ratio cessat, oppositio remaneret æmulatoria, proindeque rejicienda ex regula, ut quod uni non nocet, & alteri prodest denegandum non sit; Et quemadmodum æmulationis

præsumptio in altius tollente inducitur ex nulla vel satis modica ejus utilitate cum notabili alterius vicini præjudicio *ad communiter notata in l. altius Cod. de servit. & aqua Capyc. Latr. dec. 50. Rot. decis. 611. par. 5. recent.* ubi de hac materia æmulationis *cum alijs hoc eodem titulo frequenter*, ità è converso æmulatio præsumenda est in eo, qui nullum patiens præjudicium, ædificium utile vel commodum vicino impedire velit.

Clarius autem in proposita facti specie præmissa procedere dicebam ex Vrbis praxi & consuetudine probata ex attestationibus peritorum, quibus deferendum esse in his præcisis terminis firmat, *Grat. discept. 572. n. 48. cum seqq.* & quam ædificandi consuetudinem benè ponderat *Surd, dec. 168. num. 5. cum seqq.* atque ità judicatum fuit, sed victus hanc victoriam elusit elevando ejus domum ad æqualem altitudinem, eamque pariter satis conspicuam reddendo.

LAURETANA
altius tollendi.

PRO

ALTARISTIS ECCLESIÆ RECANATEN.

CVM

N.

Responsum pro veritate.

An & quando liceat in muro proprio vel communi ædificare ac altius tollere in præjudicium vicini vel consortis.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Regula assistit ædificanti.*
3. *An ista regula semper locum habeat & quomodo soleat practicari.*
4. *De spatio relinquendo inter unum ædificium & alterum, quomodo & quando procedat.*

DISC. XV.

1 POssidente Collegio Altaristarum Cathedralis Recanaten. in Civitate Lauretana quamdam domum ad usum Hospitii seù cauponæ locari solitam; Cùm in quodam muro communi depressiori antiquitus deserviente pro substentatione tignorum mansionum seù officinarum inferiorum, ex parte scilicèt domus Altaristarum cujusdam stabuli, ex parte verò alterius vicini, ejusdem vel consimilis officinæ, dictusque vicinus annis elapsis dictum murum altius erigendo, pro aliquarum superiorum mansionum constructione fenestras aperuisset, super dicti stabuli tectum respondentes, Altaristæ verò pro dictæ earum domus majori commoditate ad hospites recipiendum vellent super dicto stabulo novum altius ædificium construere, ex quo fenestræ prædictæ totaliter clausæ & obscuratæ remanerent, se opponens vicinus sententiam favorabilem à Vicario Lauretano reportavit novum ædificium prohibentem, à qua interposita appellatione per Altaristas, ab istis pro veritate consultus, an expediret causam appellationis prosequi, vel potiùs judicato acquiescere; Respondi, quantum plurium consimilium controversiarum experientia docuerat, certum ac determinatum judicium in subjecta materia dari non posse, cum quandoque uno, & quandoque altero modo super eodem juris puncto viderim judicatum juxta diversas facti circumstantias, ex quibus determinatio pendere solet.

Regulam enim assistere dicebam Altaristis ædificare volentibus, quia in re communi potior est conditio socii volentis illa uti ad usum destinatum, neque illicitus & incongruus usus præventivè per consocium exercitus impedire debet usum licitum, & subiectæ materiæ connaturalem, ac etiam quia esset effici Dominus insolidum rei, quæ est communis, dum ità consocio usus pro eius portione impediretur, *ex deductis per Thomat. dec. 119, Sperell. dec. 55. num. 10. 40. & 41. Duran. dec. 450. per tot.* cum concordantibus *in Pisauren. muri disc. 6. & in alijs hoc eodem titul.* Cum enim hic esset murus divisorius ad substinenda tigna utriusque ædificii domus, utrique pro eius parte deservire debens, vicinus illum erigendo fenestras aperuit. 2

Verùm quia in aliquibus causis præsertim *in Romana appodij pro Lazzarina hoc eodem tit. disc. 9.* expertus fueram, quod hic Tribunal Cameræ, quod frequentius in Urbe, occasione *Gregorianæ Constitutionis* & appellationum à Tribunalibus Camerarii & Ædilium ac Præsidis viarum huiusmodi controversias cognoscit & decidit, his rationibus non attentis contrarium iudicaverat ex facti circumstantiis, inspiciendo scilicet an novum ædificium antiquo præponderaret, necnè, & cuius esset maius commodum vel respectivè incommodum; Idcircò respondi, ut in omni ferè materia hodiè sanum consilium est respondere, quod omninò certus causæ eventus prædici non poterat; Probabiliter tamen credebam victoriam sperari debere, Tum ob assistentiam regulæ ut suprà; Tùm ex dicta ratione præponderantiæ ac majoris commoditatis, dùm in facto supponebatur ex hujusmodi futuro ædificio publicam utilitatem ratione ornatus utpotè in publico respondente resultare debere, ac etiam majorem privatam, cùm econverso mansiones per vicinũ erectæ essent à parte retrò ornatum non facientes, ac ignobiles longè minoris usus & utilitatis, ideoque laudabam experimentum in Rota, cum consilio ut acquiescerent primæ resolutioni, quatenus esset sententiæ de partibus conformis. 3

Aliqui ejusdem collegii defensores in partibus putabant, relicto modo cœpti ædificii, prætendi posse illud absque impedimento fieri debere relicto spatio vel duorum pedum juxtà dispositionem *text. in l. finali ff. finium regundorum*, vel duodecim juxtà *Constitutionem Zenonis*, Sed consilium improbavi, cum primum spatiũ subjectæ materiæ incongruum esset, illud enim procedit inter ædificia lateralia nullas fenestras vel prospectum habentia, & ne unus vicinus pro tignis substinendis muro alterius vicini uti valeat, nam aliàs spatium duorum pedum ad lumen vel prospectum omninò incongruum est, & cujus text. dispositio in proposito ferè ubique præsertim in Italia recessit ab aula, & antiquata est, cum potiùs Civitatis ornatui, ædificiorum simetriæ, & aeris salubritati notabiliter præjudicet, ut alibi *hoc eodem titulo* advertitur. 4

Aliud verò spatium 12. pedum procedit in ædificiis ex objecto faciem habentibus, itaut quodlibet fenestras & congruum lumen ex dicto spatio recipere valeat, & sic cum præsupposito, quod quilibet ædificet in suo, remanente dicto spatio vel publico & nullius, vel communi, quod præsenti controversiæ nullatenus congruebat, atque Collegio nimis præjudiciale erat, cedendo vicino partem muri communis, ac ulterius amittendo de proprio solum seu aream pro dicto duodecim pedum spatio Ideoque in casu prosecutionis mea sententia erat, quod esset insistendum in primo fundamento, incertum tamen est, quem exitum causa habuerit.

ALEXA-

ALEXANEN.
FENESTRÆ
PRO
PRINCIPE TRICASII.

Casus disputatus in Congregatione Episcoporum & Regularium nulla prodita resolutione.

De servitute prospectus laicorum ex eorum domibus intus Ecclesias; Et an id permittendum sit Baronibus, & locorum Dominis.

SUMMARIUM.

1. Facti series.
2. *Laici non possunt habere prospectum vel aliam servitutem in Ecclesiis.*
3. *Domino loci ob culmen Dignitatis permittenda sunt, quæ privato denegantur.*
4. *Baronibus an Dominorum & Principum nomen conveniat.*
5. *Benefactori debetur aliqua honorificentia in Ecclesia.*
6. *Ex quibus circumstantiis tolerari possit servitus in Ecclesia, eo quod hæc sit materia arbitraria.*

DISC. XVI.

1 CUM antiquitùs Parochialis Ecclesia Oppidi Tricasii reperiretur extra muros, ut tuta redderetur à Turcarum incursionibus, quæ in ea regione ob modicam distantiam solent esse frequentes, ab annis 70. citrà, cum recinctus ampliatione, Baro & populus intrà muros illam inclusérunt, itàut ejusdem Ecclesiæ ædificium loco mæniorum in parte deserviret; Cúmque ejus facies connecteret cum porta Oppidi, super cujus porticu quædam mansiuncula, seu parva turris constructa erat pro usu horologii, in qua mansiuncula correspondebat unà ex fenestris Ecclesiæ; Hinc proindè permanentes in dicta mansione prospectum in Ecclesia habere poterant.

Moderno autem tempore, de anno scilicet 1657. cùm ob dicti porticus imminentem ruinam & Oppidi meliorem fortificationem op° fuisset illum resicere, ità exigente ratione melioris & tutioris structuræ, fuit aliqualiter ejus forma immutata, atque in eo loco, in quo dicta mansiuncula, seu parva turris aderat, constructæ fuerunt aliquæ mansiones pro armaria, confinantes cum palatio Baronis, qui ut commoditatem haberet ità missam privatim audiendi, in dicta fenestra ad quam per dictas mansiones aspectus habebatur quandam cancellatam posuit; Verùm Episcopo in visitatione id prohibente, atque demandante fenestram prædictam utpotè inductivam servitutis in Ecclesia omninò cum fabrica claudi (ut de facto clausa fuit;) Hinc introducta desuper causa in Congregatione Episcoporum & Regularium.

Ex parte Baronis ad ejus patrocinium vocatus, cum consueta libertate, ejus Agentibus dicebam, quod in stricta juris censura insubsistens videbatur talis recursus, cùm non adesset justa querelæ occasio adversùs Episcopi provisionem; Quoniam in Ecclesiis de jure prohibita est fenestrarum con- 2
structio, seu alia innovatio, per quam in eam prospectus haberi valeat, cùm sit species servitutis, quæ in Ecclesiis permittenda non est laicis *argum. text. in clem. 1. de sentent. excomm.* ac decisum de anno 1566. testatur *Quaranta in Summa Bullarii* verbo *reverentia Divinorum*; Et decisum per eamdem Sac. Congregationem de annis 1615. & 1619. testantur *Barbos. de univers. jure Ecclesiastico lib. 1. cap. 11. num. 28. & Gauant. in manuali Episcoporum* verbo *Ecclesia num. 27. & in additionibus num. 1.*

Adhuc tamen ex quadam æquitate seu epicheia & lege convenientiæ dicebam, quod potuisset, ac forsan debuisset loci Domino ista non scandalosa, parúmque præjudicialis commoditas permitti, seu tolerari, ex pluribus circumstantiis; Prima nempè 3
ex dominicali qualitate, multa enim permittenda seu toleranda sunt loci Domino, quæ privatis non permitterentur ob culmen dignitatis *ad not. in l. deprecatio ff. ad leg. Rhodiam de jactu Belluga in speculo Principum rubr. 6. in princ. Altograd. alios colligens cons. 1. num. 32. & seqq. vol. 2. in Baren. Baldacchini sub tit. de præeminentiis disc. 26.*

Quamvis enim ista regula procedat in Principe seu alio jus Principis habente, non autem in Baronibus inferioris Ordinis jura Principatus non habentibus, quamvis habeant nuncupationem potiùs impropriam & abusivam quàm veram, ut sunt præsertim Principes, Duces, Marchiones, & Comites utriusque Siciliæ Regnorum, qui in effectu sunt simplices subfeudatarii sub omnimoda Regis sub- 4
jectione adinstar cujuslibet de populo, locorum infeudatorum quamdam perpetui gubernii speciem potius habentes; Nihilominus eos à privatis differre, eisque aliquam majorem honorificentiam in Ecclesiis debitam esse disponitur ab eodem Concilio Trid. *sess. 25. de reform. cap. 17. & in cæremoniali cap 15.* itaut proportionabiliter ducto à Principe argumento, dicta regula aliqualiter conveniat, *ut in dicta Baren. Baldacchini sub tit. de præeminentiis disc. 26.*

Altera erat circumstantia resultans ex antidorali lege gratitudinis erga eximium Benefactorem, cùm hodiernus Baro ejusque prædecessores multa notabilia beneficia, tam in Ecclesiæ constructione 5
seu refectione & ornamento, quàm in sacra supellectili, & clericorum subventione fecisse constaret; Si enim canones honorificentiam præcipiunt in simplici Patrono seu Benefactore quamvis privato, multò magis ubi utraque qualitas, Domini scilicet, & Benefactoris accedit.

Tertia erat circumstantia consistens in qualitate Ecclesiæ, cum non ageretur de Cathedrali, seu quæ loco Cathedralis inserviret, itaut Episcopo, & 6
Capitulo divina celebrantibus servitus induceretur, neque de aliqua Collegiata, sed de simplici parochiali, in qua nemini injuria, servitus vel præjudicium inferebatur, dum populus non conquerebatur sed potius præbebat assensum, parochus verò & clerus, nedum non dissentiebant, sed supplicabant, tam intuitu acceptorum beneficiorum, quam eorum, quæ magis pro Ecclesiæ utilitate obtinere sperabant.

Et quarta demùm resultans ex eo, quod non ageretur de innovatione inducente deformitatem in Ecclesia, seu scandalosam servitutem, cùm esset antiqua fenestra ad lumen constructa, cujus clausura potius structuræ deformitatem inducebat, & ex qua utpotè non habente ulteriorem pro-

gressum haberi non poterat talis prospectus, quod ab existentibus in Ecclesia in eadem fenestra commorante inspici possent, itaùt scandalum, vel aliud inconveniens resultaret.

Congregatio quod sciam retinuit casum indecisum, stante oppositione Episcopi; Neque in his materiis utpotè arbitrariis certa regula dari potest, cùm totum faciant facti circumstantiæ, ex quibus pro locorum, personarum, & temporum qualitate prudentis Superioris arbitrium regulandum est, quoniam in similibus terminis, ac longè fortioribus practicatum vidi, quod construente quodam Barone in ipsamet Ecclesia Cathedrali, de Episcopi tamen consensu, quemdam pontem supra ejusdem Ecclesiæ portam majorem, ubi tanquam in lodia, seu miniano ipse, totaque familia, etiam mulieres, & parvuli commorari possunt, totamque Ecclesiam prospicere, cum omnimoda subjectione Episcopi & Capituli, eodem adamussim modo, quo in pluribus Urbis Ecclesiis supra earum portas conspiciuntur pontes pro organorum situatione & musicorum usu, præcipuè in Basilica SS. duodecim Apostolorum Urbis; Nihilominus recurrente Episcopo successore ad eamdem Congregationem, atque de hujusmodi gravi servitute satis conquerente, nihil obtinere potuit, quia sic illius facti circumstantiæ exigebant. Ideoque in his materiis, utpotè arbitrariis, præsertim in hoc Tribunali, more Principis, ex prudentialibus potius quam legalibus motivis procedente, ut dictum est certa & determinata regula dari non potest, sed totum pendet ex temporum, locorum, & personarum, aliorumque accidentium circumstantiis; Nimium verò in proposito spectandus venit regionis usus, ex quo resultare solet scandali affirmativa, vel negativa, ut advertebam *in dicta Baren. sub tit. de præeminentiis disc. 26.*

ROMANA
ÆDIFICII SUPRA ECCLESIAM PRO ECCLESIA S. MARIÆ IN VIA LATA CUM PRINCIPE PAMPHILIO.

Casus sopitus cum temperamento.

De ædificio supra Ecclesiam vel ejus partem; An sit permittendum, & an cautio damni infecti per ædificare volentem oblata sufficiat, & admittenda sit.

SUMMARIUM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *Nemo potest in alieno ædificare, vel servitutem imponere.*
3. *De stillicidio suprà alienum tectum non construendo, & de servitute projiciendi.*
4. *Suprà Ecclesias privatorum habitationes habendæ non sunt.*
5. *In Ecclesiis servitus haberi non potest.*
6. *Pro Ecclesiæ construenda, amplianda, vel ornanda licitum est cogere vicinum ad vendendam illam, vel ejus partem.*
7. *Quando remedium cautionis damni infecti non judicetur sufficiens.*
8. *Spectandum est, an ædificium concernat, nec nè publicum ornatum ad alienam servitutem facilius admittendam.*

DISC. XVII.

DEmolito palatio Salviatorum pro constituenda area seu platea Collegii Societatis Jesu, cum reliquus situs, utpote adjacens insigni palatio Aldobrandinorum in via Cursus existente concessus esset Principissæ Aldobrandinæ, ac Principi Pamphilio, ejus viro ad effectum construendi in hac platea novi ædificii faciem, per quam palatium prædictum, ita verè Regium efficeretur; Hinc ad commodiorem communicationem seu mansionum dilatationem, ita structura ordinata fuit, quod ex parte posteriori opus esset super ædificare supra tribunam & partem tecti Ecclesiæ Sanctæ Mariæ in via lata, cui ædificio in hac parte se opponentibus, tam ejusdem Ecclesiæ Canonicis, quam illis de Aste utpote Patronis saltem honorificis cappellæ majoris magno sumptu per eos constructæ & ornatæ, & in qua satis antiqua & venerabilis imago B. Mariæ asservatur; Introducta causa prius coram Camerario, & Ædilibus deinde coram aliquorum Prælatorum particulari Congregatione per Papam deputata.

Pro opponentibus scribens, dicebam, nullatenus hujusmodi ædificium permittendum esse ex tribus gravibus præjudiciis Ecclesiæ prædictæ exinde resultantibus; Quorum primum consistebat in onere, quod recipiebant muri laterales tribunæ, quæ proindè ex illorum deficientia ruinam pati poterat. Alterum à prospectu, qui ex fenestris ædificii construendi, nec non facultate projiciendi resultat supra tectum tàm Ecclesiæ quàm tribunæ. Et tertium ex stillicidio dicti novi ædificii supra idem tectum, ex quibus duobus ultimis unitim consideratis grave præjudicium tecto Ecclesiæ, ac picturis & ornamentis resultare posse periti referebant, quia impedito tecti consueto usu, aqua pluvialis omnia corrumpere poterat.

Quibus stantibus, ac etiam quia servitus ad privatum commodum contra Ecclesiam ita inducebatur, dicebam de jure permittendum non esse tale ædificium, etsi aliqua ejus pars de facto cœpta esset, demandandam fore illius demolitionem, quia etiam inter privatos nemo potest præter Domini 2
voluntatem in alieno ædificare vel servitutem imponere, *ad textum in l. fin. §. Lucius ff. de servit. Vrb. præd. Cepoll. de serv. Vrb. præd. cap. 41 num. 2. Franch. March. decis. 120. in princ. Capyc. Latr. consult. 64 n. 16.*
Et in specie servitutis stillicidii, quod non possit 3
quis construere tectum, ex quo stillicidium cadat supra tectum vicini *Cepoll. dicto cap. 41. num. 3. plenè Surd. cons. 137. num. 7. cum seqq.* ubi alios de more cumulat; Et de servitute projiciendi est *text. in l. sicuti §. aristo ff. si servitus vindicetur Cepoll. eodem tract. cap. 31. num. 2.* & de servitute oneris ferendi *idem Cepoll. cap. 37.*

Etsi hæc procedunt inter privatos, multò magis cum Ecclesia; Tum ratione reverentiæ huic debitæ, & quia indecorum est super capellas & altaria, in 4
quibus divina celebrantur laicorum habitationes haberi; Tum etiam quia contra eam constitui vel acquiri non potest servitus utpotè sapiens speciem alienationis absque solemnitate beneplaciti Apostolici, & justa causa necessitatis vel evidentis utilitatis juxta dispositionem, *extravag. ambitiosi. de reb. Eccles. non alien.* Accedente etiam particulari prohibitione contenta *in Clem. prima de sentent. excommunicationis*, ut illicitum sit laicis in Ecclesiis servitutem acquirere, & de quo particulariter habetur *in Alexanen. fenestræ disc. præced.*

Si

Si enim pro Ecclesia construenda, ampliandа, vel ornanda, imò etiam pro ejus porticu, atrio, aliisque appenditiis licitum est cogere vicinum ad vendendum & demoliendum ejus antiquum ædificium in ea parte, quæ ad usum & ornatum Ecclesiæ est necessaria, *ad not. in l. siquis sepulchrum ff. de religios. & sumptibus funer. Cepoll. eodem tract. cap. 82. Covarr. lib. 3 var. cap. 14. Menoch. cons. 1206. Gratian discept. 896. Giurba dec. 86. Gizzarell. dec. 58. Rot. decis. 213. par. 2. recent.* & habetur hoc titulo sæpius in materia retractus; Multò magis impediendus est vicinus, ne novum ædificium Ecclesiæ præjudiciale construat, quia facilius impediuntur facienda, quàm destruantur jam facta, & turpius ejicitur quàm non admittitur hospes, quo dicterio utuntur etiam juristæ *ut per Alex. consil. 113. lib. 6. Surd. consil. 64. num. 7. & passim.*

Adversus hæc replicabatur per alteram partem, quod præjudicio oneris ædificii tribunæ & muris Ecclesiæ resultantis consultum esse posset cum fortissimo arcu, cum quo tribuna omninò libera & præservata manebat, & ex qua ædificii forma cessare dicebatur etiam inconveniens habitationis laicorum super cappellas & altaria, cum ædificium omninò disiunctum remaneret, sed ex parte opponentium respondebatur, non per hoc remanere consultum, quia licèt arcus tollat onus fabricæ directæ, non tamen tollebat aliud fabricæ lateralis, & per quod magis gravabantur muri laterales, ex quorum ruina tribuna absque dubio ruinam & depressionem pateretur.

Offerebatur remedium cautionis damni infecti, sed dicebatur non benè applicabile subjectæ materiæ; Tum quia per illud solùm consulitur futuro damno resultanti ex ruina, sed non tollitur servitus, quæ ità per privatum contra Ecclesiam acquiritur; Tum etiam quia per tale remedium consultum dicitur damno solum bursali & pecuniario ex ruina resultanti, sed consuli non potest alteri irreparabili cum pecunia, quod resultare posset ex fractura antiquissimæ & adeò venerandæ imaginis B. Mariæ in via lata, aliarumque imaginum, ac periculo eminenti Canonicis & clericis in Choro psallentibus divinaque celebrantibus, populoque in eadem Ecclesia existenti; quorum malorum timor permittendus non erat ob privatam commoditatem forsan exuberantem.

Præsertim, quod meo judicio fortius stringebat, quia nulla publici ornatus ratio, hujusmodi ædificii adeò periculosi & præjudicialis structuram postulabat; licet enim ex dicti novi palatii constructione in præfata nova platea Collegii magnus resultet ornatus, Attmaen ædificium, de quo agebatur erat à parte interiori, nullum faciens ornatum, neque omninò necessarium erat, sed tantum ad magis sumptuosam mansionum structuram & dilatationem, undè cessante ratione favoris publici, solum concurrente illa privatæ sed exuberantis & non necessariæ commoditatis, omnino incongruum dicebam servitutem super Ecclesiam permitti cum prædictorum malorum & inconvenientium periculo, & ex his inhibitus fuit ulterior fabricæ progressus, ac negotium siluit, deinde audio illud cum quodam honesto temperamento sopitum esse.

* * *
* *

IANUEN.

ALTIUS NON TOLLENDI.

PRO

MONASTERIO MONIALIUM SS. IACOBI ET PHILIPPI.

CUM

ALTERO MONASTERIO MONIALIUM S. MARIÆ DE MISERICORDIA.

Responsum extra Curiam etiam pro veritate.

An & quando unum Monasterium Monialium se opponere possit alteri contiguo Monasterio etiam Monialium, eique impedire altiorem elevationem ob præjudicium luminum vel Solis, aut salubrium ventorum, & aeris suffocationem.

SUMMARIUM.

1. *Facti series.*
2. *De privilegio Monialium, ut impediant altius tolli.*
3. *De ratione, cui innnixum est hoc privilegium.*
4. *Privilegium prædictum non habet locum inter duo Monasteria æquè Monialium, & de ratione.*
5. *An Monasteria virorum habeant idem privilegium.*
6. *De distantia cannarum, an procedat in Monasteriis monialium.*
7. *Vbi agitur de locis publicis limitatur regula textus in l. altius, & impeditur ædificium præjudiciale.*
8. *Materia est potius facti quàm juris decidenda ex particularibus circumstantiis.*

DISC. XVIII.

Monasterium Monialium S. Birgittæ, nuncupatum B. Mariæ de Misericordia, ob insalubritatem aeris, in quo situm erat, translatum fuit ad quasdam domus propè antiquum Monasterium etiam Monialium sub invocatione SS. Iacobi & Philippi; Cumque initium dedisset cuidam ædificio, cujus elevatio plura præjudicia causasset dicto antiquo Monasterio, tam circa privationem solis hyberni, quàm luminum ac impedimentum ventorum salutarium, cum aeris suffocatione, & humiditate exindè resultante, unde d. ædificio facta fuit oppositio; Hinc pro veritate consultus fui, an hæc oppositio esset juridica nec nè.

Et pro negativa facere videbatur consideratio, quod privilegium favore Monialium inductivum limitationis vulgaris regulæ *textus in l: altius Cod. de servit. & aqua*, & de quo privilegio post antiquiores ab eis allegatos, *Sperell decis. 58. num. 6. & sequen. Rovit. dec. 92. num. 7. Capyc. latr. dec: 157. num. 20. cum sequen. Novar. pragm. 2. de Monial. & habetur pro Monasterio Turris speculorum in altera Romana de Alberinis, In Florentina*, de quibus in tribus proximè seqq. discursibus, unicè fundatum est in ratione honestatis, quæ ob virorum aspectum

vel introspectum violari posset, aut scandalum producere, sive præjudicialem servitutem Monialibus inferre.

Quæ omnia cessant, ubi agitur inter duo Monasteria æquè Monialium, quia nil referre videtur,
4 quod Moniales unius Monasterii aspectum vel introspectum habeant in altero pariter Monialium, cùm idem sit sexus, quinimò potius id videtur expedire, ac deservire ad promiscuam custodiam, & ad pandendum superioribus illa inconvenientia, ex quibus scandala oriri possunt, quia cùm frequentius inter contigua Monialium Monasteria aliquæ muliebres, & leves non tamen peccaminosæ æmulationes adesse soleant, de facili unum Monasterium pandit defectus alterius. Undè propterea ex eadem ratione seu proportione inter duo contigua & èconspectu existentia Monasteria virorum cum sola via intermedia, ut erat propriè casus præsentis controversiæ, cessante æmulatione in dubio non probanda decisum fuit *in Gerunden. altius non tollendi* intrare potius regulam, quàm limitationem, *decis 587. 596. 599. & 611. part. 5. recent.* & tamen
5 ut patet ex deductis *apud Rouit. dicta dec. 92.* in plurium sententia, etiam in Monasteriis virorum dictum privilegium procedere videtur, quod intelligendum venit juxta distinctiones seu declarationes, de quibus *in Neapolitana ædificii seu altius non tollen. hoc tit. discur. 1.* in quibus decisionibus, præsertim *599. num. 39. & 40.* in specie advertitur, quod cessante ratione limitationis, non huic, sed regulæ locus esse debet; Accedente præsertim observantia, quoniam frequenter in magnis Civitatibus contigua cernuntur Monasteria econspectu, & cum sola via intermedia, quorum singula, alta & eminentia habent ædificia, dum in Monasteriis Monialium; ut praxis docet, non intrat ea cannarum distantia, quæ inter Monasteria vel Conventus virorum ex
6 privilegiis Apostolicis requiri solet, ex deductis *in Ianuen. privilegiorum coram Roias decis. 327. & 356. & in eadem coram Corrado impress. dec. 337. part 10. recent. ac etiam post resolutiones Diana part 9.* quoniam id fundatur potius ratione contiguitatis Ecclesiarum, ac ad evitandas scandalosas æmulationes haberi solitas circa conciones & confessiones, aliaque divina super populi concursu, secus ista ratione cessante ex deductis *in Neapolitana Seminarij sub tit. de Regularibus, & in decisione in ea causa edita 12. Maij 1656. coram Dunozetto* inter suas *dec. 982.*

His tamen non obstantibus contrarium mihi de jure probabilius responderi debere visum est ob facti præsuppositum, quod hujusmodi novi ædificii elevatio magna causaret præjudicia antiquo Monasterio, tam circa privationem salubris solis hyberni, quàm circa privationem ventorum salutarium, ac etiam aëris suffocationem & humiditatem; Licèt enim ad communiter notata *in d. l. altius*, cessante motivo æmulationis, hujusmodi accessoria & consecutiva præjudicia non spectentur, quoniam principaliter attenditur utilitas ædificantis in suo; Nihilominus id cessat in locis publicis, seu aliàs
7 aliquam privilegiativam qualitutem habentibus *ad text. in l. finali §. finali Cod. de servitut. & aqua, ubi gloss. Cin. Alberic. & cæteri, de quibus in celebri Romana Tramontana coram Pirovano & Buratto impress. apud Rub. tom. 1. singul. fol. 514. & 515. illaque Buratti habetur etiam inter suas decis. 631.* Licet enim in hac secunda, non absque discrepantia pro majori parte pro ædificante decisum fuerit, attamen id contigit ob cessantem rationem præjudicii; Tum ex eo quod non ageretur de Monasterio, sed potius de domo puerorum sæcularium, qui ubique versari possunt, ac aëris beneficium obtinere; Tum ob notabilem distantiam & qualitatem ædificii, ex quo non resultabat totale impedimentum ventorum, & sic admittitur tanquam certa juris conclusio, solumque negatur applicatio, quæ ubi agitur præsertim de Monasteriis Monialium, videtur indubitata, cum non possint exire a loco, neque solis vel aëris beneficium alias obtinere, unde contra pietatem, ac humanam rationem, retento dicti facti præsupposito, esset eas sepelire vivas, quod etiam in fortioribus terminis Monasterii virorum, qui exire & conversari possunt, implicitè admittitur in allegatis *Gerunden*, dum advertitur ad utriusque Monasterii situationem, ob quam fabrica unius dicta præjudicia non causabat, & sic pariter evitatur applicatio ex facto, cujus potius & applicationis ista quæstio videtur, quam juris, ideoque ex singu-
8 lorum casuum particularibus circumstantiis pro judicis prudenti arbitrio decidenda, ponderando etiam in idem tanquam à simili, & ex identitate rationis dicta privilegia distantiæ seu cannarum, ac etiam quia, quando Monialium Monasteria de novo fundantur, haberi solet hic aspectus, an adsint eminentia ædificia nec ne circum circa, quibus existentibus, alias fundatio ibi sequuta non esset. Ideoque irrationabile est, quod post longum tempus alteri liceat rerum statum immutare, quoties tamen præjudicium est notabile prudentis judicis arbitrio, in quo totum id repositum videtur.

ROMANA

PROSPECTVS

PRO

ALBERINIS

CVM

MONASTERIO SPIRITUS SANCTI.

Casus sopitus cum concordi temperamento.

De eadem materia ædificii, ex quo resultet prospectus ad Monasteria Monialium.

SVMMARIVM.

1 *Casus controversia.*
2. *Declaratur conclusio super tollendo vicinù aspectum vel prospectum ad Monasteria Monialium.*
3. *Residet hac materia in arbitrio superiorum.*
4. *Vbi innovatio productiva aspectus provenit ex parte Monasterii, non est præjudicandum vicinu.*
5. *Per reædificationem antiqui ædificii vel reductionem ad meliorem structuram, non dicitur fieri novum opus.*
6. *Domus ad meliorem formam redacta, dicitur eadem domus, non autem nova*
7. *Nil interest ad Moniales haberi aspectum per unam, vel plures fenestras.*

DISC.

DISC. XIX.

1 ALBERINIS eorum antiquam domum propè columnam Trajanam in meliorem formam, ac structuram reducentibus, se opposuerunt Moniales Monasterii Spiritus sancti, ex eo quod à fenestris noviter constructis aspectus haberetur ad earum claustra, cellas, & officinas, undè obtenta inhibitione à V. Gerente, atque coram isto introducta causa.

Pro Alberinis scribens, non negabam conclusionem *de qua discur. praced. & duobus sequentibus*, quoties ageretur de novo ædificio propè Monasteria construendo, sive de antiquo altius elevando, vel in diversum structuram reducendo, novasque fenestras aperiendo, itaùt ille aspectus, qui ad Monasterium priùs non habebatur, ita de novo resultet; Secùs autem ubi, vel Monasterium de novo con-
2 struitur propè antiqua ædificia, seu in eo, quod antiquitus constructum esset, talis fieret innovatio, quod ex ejusdem Monasterii facto aperiretur aspectus, ut ita distinguendo censuit *Rota in una Neapolitana Monasterii 28. Novembris 1601. & 29. Aprilis 1602. coram Lancellotto*, & de qua distinctione habetur etiam *decis. 372 num 8 part. 1. recent. & apud Rouit. ad pragm. 2. de Monial.*

Quod evidenter suadet ipsa humana ratio, quia cùm hodie ob depravatos mores, congruum sit Monasteria Monialium in partibus Civitatis magis inhabitatis pro meliori custodia sita esse, ut de facto observantia docet, si Monasteriis quæ de novo construuntur, vel quæ ob ampliationem faciem immutant, licitum esset ex solo oblectamento lucidioris aëris eorum propriæ clausuræ non consulere, atque vicinorum aspectus cum elevatione murorum impedire, illosque cogere ad eorum antiquas fenestras claudendas, utique Civitates in eorum nobilioribus partibus remanere cogerentur absque nobilibus & civilibus habitatoribus, melioraque ædificia deturpata remanerent, itaùt ea ad solius plebis habitationem destinari oporteret; Ideoque quicquid deducat *Sperellus dec. 58.* ista mihi videbatur veritas, in legali & naturali ratione satis fundata, & cum qua distinctione, approbante etiam *Clem. VIII.* processum esse *in una Neapolitana* testatur *Amendol. ad Franch. decis. 223.*

Et quamvis ubi adhibitis congruis diligentiis ex parte Monasterii verè aliàs consuli non potest, atque agitur de Monasterio jam constructo, tunc favor honestatis & religionis præponderare soleat ad regulandum arbitrium superiorum pro claudendis aliquibus fenestris, seu alio temperamento sumendo, per quod cum vicinorum præjudicio prospectui consulatur, licèt de præterito per longum tempus habitus esset; Vel quia mores sint magis corrupti, undè permittenda non sunt, quæ in melioribus temporibus permittebantur; Vel quia abusus ex tempore validitatem & tolerantiam reportare non debet, ut me existente Scholare in Civitate Neapolis de Ordine Regii Collateralis Consilii practicatum vidi in fenestris superioris appartamenti domus illorum de Rota ob aspectum, qui habebatur ad Monasterium S. Mariæ Magdalenæ, quamvis domus esset antiqua, nullàque hinc indè concurreret innovatio, & cum quo præsupposito proceditur etiam *apud Sperell. dicta decis. 58.* Quia propositio, ut consulendum priùs sit ex parte Monasterii intelligenda est moraliter, ac ita ut Moniales perpetuam clausuram patientes non cogantur omnimodam aëris suffocationem pati, atque ut dici solet, vivæ sepeliri, quod totum discreto superiorum arbitrio juxta facti qualitates & circumstantias repositum videtur; Nihilominus in præsenti, hanc secundam considerationem cessare dicebam, nam 3
potius versabamur in casu primæ partis distinctionis, quoniam aspectus, cui Monasterium subjacebat, proveniebat ex innovatione ex parte ejusdem Monasterii sequuta per voluntariam incisionem cujusdam magnæ & perpetuò virentis arboris lauri impedientis aspectum in clausuris & officinis; Nec 4
non ex demolitione quorumdam parvorum murorum vulgò *parapetti* nuncupatorum in singulis Monialium cellis existentibus; Et ex quibus, quicumque aspectus activus & passivus impeditus remanebat, idcircò consulendum erat ex parte Monasterii, & Monialium quæ ita innovando deliquisse videbantur, ne aliàs daretur inconveniens, quod delinquenti commodum in præjudicium & incommodum innocentis resultet.

Eoque magis ita consulendum proponebam, quia ubi etiam fenestræ hujus domus clauderentur, adhuc Moniales aspectui activo & passivo subjacebant ex aliis domibus & palatiis, undè inconveniens non tollebatur; Et licèt reductio ad pristinum respectu arboris esset impossibilis, rectè tamen consuli poterat respectu murorum in cellarum fenestris existentium, & quoad claustra & officinas consuli poterat cum aliqua majori elevatione muri destinati ad solam clausuram construendi cum cancellis & talibus aperturis, quod impedito solùm aspectu, salubrium ventorum ingressus non impediretur.

Opponebatur ex parte Monasterii contra Alberinos de innovatione ob reductionem antiquæ domus in meliorem structuram cum apertura majoris numeri fenestrarum, sed leve reputabam ob- 5
jectum, quia per reædificationem domus ejusque reductionem ad structuram meliorem, non innovari, neque dici posse novum opus fieri expressè disponit *text. in l. 1. §. si quis ædificium ff. de novi operis nunciatione Oldrad. cons. 190, num. 2, Mantic. dec 163, num. 4.* Quodque domus in meliorem formam re-
dacta, sit eadem & non nova dixit Rota *in Romana* 6
fideicommissi de Capite ferreo 19. Februarii 1646. coram Corrado in recent. decis. 384, num. 2, part. 9. Nihil enim interest ædificium in antiqua structura perseverare, vel ad meliorem & modernam reduci, quoties effectus est idem, dum aspectus æquè habetur à fenestris novis ac antiquis, non obstante aliqua ampliatione numeri, quia magis & minus non variat speciem, atque nihil interesse videtur Moniales aspici, & aspicere posse ex tribus, vel ex quatuor 7
fenestris.

Quinimò tanquam versatus in his materiis ob aliquod regimen Ecclesiasticum antequam ad Curiam accederem, proponebam hujusmodi aspectus quò pauciores & unicos, eò magis esse periculosos, quoniam ubi unica est fenestra, malum ex parte alicujus immorigerati incolæ conservari potest occultum; Econversò autem ubi plures existunt, de facili ad patrisfamilias vel alterius timorati & morigerati incolæ notitiam devenire potest, ut non semel expertus fui. Controversia concorditer cum quodam honesto temperamento sopita fuit.

***
***

FLOREN-

FLORENTINA

ÆDIFICII

INTER

MONASTERIUM MONIALIUM S. JOANNIS HIEROSOLYMITANI

ET

ROBERTUM PANDOLPHINUM.

Responsum pro veritate.

De ædificio in muro communi, vel adjacente, & de prospectu activo, & passivo ad Monasteria Monialium, ac ædificii elevatione, per quam aëris salubritas impediatur.

SUMMARIUM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *De concluſione, an & quando in muro confinante vicinus altero invito ædificare poſſit, & num. 4.*
3. *Talis murus quando dicatur communis, vel unius tantùm.*
4. *Materia hæc residet in arbitrio judicis.*
5. *Quæ circumstantiæ attendendæ sunt pro dicto arbitrio regulando.*
6. *Impediri debet aspectus activus & passivus ad Monasteria Monialium.*
7. *Idem quoad impediendum ædificium, per quod clausuræ poßit insidiari.*
8. *Cessante timore insidiarum vel scandalorum non est prohibitum ædificare propè Monasteria Monialium.*
9. *Considerantur circumstantiæ, ex quibus tale ædificium non est prohibendum.*
10. *Elevandi sunt muri depreßiores clausuræ.*
11. *An & quando impediri poßit vicino elevatio proprii ædificii ob rationem salubritatis aëris.*

DISC. XX.

1 SE opponentibus Monialibus Monasterii sancti Joannis Hierosolymitani Florentiæ nôvo ædificio per Robertum Pandolphinum inchoato quarumdam mansionum in suæ domus horto, propter usum cujusdam muri inter ipsum ac Monasterii hortum intermedii, illum plus elevando, atque in eo tigna immittendo, dubitari contigit de justitia hujusmodi oppositionis; Undè pro veritate desuper consultus; Respondi quod pro eadem veritate benè examinanda, & indaganda, duæ constituendæ veniebant inspectiones; Una in terminis generalibus ac indifferentibus juris communis, in controversia inter duos vicinos privatos oriente super muri intermedii elevatione, ac ædificio desuper construendo; Altera verò, posito quod his terminis attentis pro ædificante respondendum esset, quid operetur peculiaris qualitas, seu privilegium Monasterii Monialium se opponentis.

Quoad primum dicebam, quod aut exclusa communione, totus murus erat proprius Monialium, aut econversò totus erat vicini ædificare volentis; Primo casu plana res esset pro Monasterio oppositore, ex certo juris principio quod nemo potest uti re aliena invito Domino, nisi in Civitate Florentiæ adesset jus municipale ita per Sedem Apostolicam approbatum, quod etiam Clericos, Ecclesias, & Monasteria ligaret, ut est in Urbe, ubi *ex Constitutione Gregorii XIII. & ex statuto* 107. licitum est vicino ædificare volenti, uti muro proprio vicini quamvis inviti soluto appodio, & econversò si murus est proprius ædificare volentis, intrat vulgaris regula *text. in l. in re mandata ff. de recept: arbitr.* seu magis proximè altera regula *text. in l. altius C. de servitut. & aqua*, nisi ratio constitutæ servitutis, vel æmulationis ejusdem regulæ limitationem induceret. 2

Undè in proposito tota controversia est facti, ex cujus circumstantiis illa per DD. decidi solet, an scilicet murus esset communis vel unius tantùm, ut constat ex deductis ex magistrali distinctione *Bart. in l. inter quos numer. 1. ff de damn. infect. per Cepoll. de servitut. Vrb. præd cap. 40, de pariete seu muro num. 11, Baer: cons. 5. Vegg. cons. 53, Surd: cons: 320 Honded: cons. 80, lib: 1, Altograd: cons. 100, lib: 1, Thomat: dec: 1 9, Thesaur: 219, Sperell: dec: 54, Rouit: dec: 30, Duran: dec: 450.* apud quos habentur deducta signa & adminicula, ex quibus ad hujusmodi cognitionem deveniatur, an scilicet murus totus esset unius, vel potius utrique vicino communis, *de quo in Pisauren muri, & in Camerinen. disc. 4, & 6, & in alis hoc tit.* 3

Ubi verò esset communis, tunc pariter potius facti quàm juris est quæstio, in videndo scilicet muri qualitatem, an esset aptus & destinatus ad superædificandum, vel potius ad solam arearum divisionem; Licet enim ob nimiam consulentium varietatem articulus primo aspectu videatur involutus; Revera tamen cum dicta distinctione est facilis & planus, quoniam omnes hinc indè certantes in hoc principio concordant, solaque discrepantia est super indaganda seu firmanda muri qualitate, & an de una vel altera specie censeri debeat; Ubi enim est aptus ac destinatus ad ædificium, receptum est potiorem esse conditionem ædificantis, & in his terminis procedunt *text: in l. cum duobus §. item cum melle ff. pro socio, & l. si ædes ff. commun divid: cum concordan.* Et è contra si est ad solam divisionem potior est conditio prohibentis, & in his terminis procedunt *text: in l. Sabinus ff. comm: divid: l. quidam hyberus in princ: ff. de servit: Vrb: præd. cap. in re communi de regul. jur. in sexto ex deductis post antiquiores ab eis allegatos per Thesaur. dec. 23, & 41, ubi de materia magistraliter. Bursatt. cons. 57, & seqq. Surd. cons. 233, Iason. 98, lib: 1, Honded: dict. cons. 80, Vegg. dict. 53, Altograd dict. cons. 100, Menoch. cons. 1237, Cyriac. controv. 460, Gratian. discept. 572, Thomat. dict. decis. 119, Sprell. dec. 54, & 56, Rouit. dec. 30, Duran: d. dec. 450, & in voto Camerænsis impress. inter decisiones Rotæ 253, par. 7, recent. apud quos cæteri, & in allegatis Pisauren. & Camerinen. disc. 4, & 6,* & in aliis. 4

An autem in una vel altera distinctionis parte versaremur, dixi adæquatum responsum dari non posse per absentem de omnibus ac singulis facti circumstantiis non informatum, cùm verè decisio tota reposita sit in prudentis judicis arbitrio, ex more regionis, personarum, & locorum qualitate, aliisque particularibus facti circumstantiis regulan- 5

gulando, & quæ circumstantiæ judicem in unam
6 vel alteram sententiam trahere possunt, ut observat *Bald. cons. 233. lib. 1. eoque relato Thesaur. d. dec. 41. num. 24.*

Inter circumstantias autem tale arbitrium regulare debentes, illam meo judicio spectandam esse, dicebam, consistentem in probabilitate causæ, ob quam ædificans movetur ad hujusmodi novum opus faciendum; Non quidem cum terminis includendæ vel excludendæ æmulationis, cùm ad exclusionem istius in dubio non præsumendæ quælibet modica facientis utilitas sufficiat ex copiosè deductis per Rotam *dec. 587 596. & 611. part. 5. recent* Sed an verè sit motivum rationabile, ob quod etiam in casu, quo ex qualitate muri ad solam divisionem destinati regulæ obstarent ædificanti, adhuc pro eo respondendum esse habetur decisum per Sac. Consilium Neapolitanum *apud Rouit. dict. dec. 30* & constat etiam *ex dicto voto Cameræ 253. part. 7. recent* atque ita discursivè insinuabam quoad primam inspectionem.

Quoverò ad alteram, num scilicet peculiaris Monasterii Monialium qualitas vel privilegium, aliter quàm dictæ generales juris regulæ disponunt, suadere debeat, duo supponebantur oppositionis fundamenta; Unum nempè, quod illicitum esset vicino in proprio vel communi muro mansiones construere, ne ita detur occasio insidiandi clausuræ; Alterum quod ejus muri elevatio aëris salubritati præjudicaret.

Circa primum dixi nullam certam determinatamque regulam tradi posse, sed totum remissum esse Superiorum prudenti arbitrio; licèt enim auctoritates quas desuper habemus loquantur solùm de impediendo ædificio, per quod prospectus acti-
7 vè vel passivè habeatur ad Monialium Monasteria, cùm impediri justè possit, ne ipsæ aspiciant, vel ab aliis aspiciantur, ut constat ex deductis in materia *per Covarr. lib. 3. var. cap. 14. num. 8 Beron. cons. 135. num. 9. & 10. lib. 3. Cabedo dec. 52. num. 1. & 2. Rouit. super pragm. 2 de monialibus num. 5. & plenius dec. 92. Capyc. Latr. dec. 157. numer 20. cum sequen. Muta dec. 8. numer. 6. & 7. Sperell. dec. 58. Marott. discept. 35. Rot. apud Roias dec. 239.*, itaùt quantum videre licuit, casus de quo agitur, non de facili habeatur decisus, cum perquisitis multis resolutionibus Sac. Congregationis Episcoporum & Regularium in hac speciali materia collectas ab anno 1605. ad totum annum 1653. non legatur decisus præsens casus, cùm omnes, ut dictum est, percutiant prospectum activum vel passivum seu colloquium, *ut disc. præced. & seqq.*

Nihilominus ubi ex facti qualitate & circum-
8 stantiis alicujus scandali timor haberetur, crederem impeditum non esse superioris arbitrium, ex eisdem motivis & rationibus in casu prospectus ponderatis, idem statuere, atque ædificium prohibere; Ac propterea dixi quæstionem pariter videri potius facti quam juris, in qua proinde certa & uniformis conclusio generalis in puncto juris statui non potest, neque in casu speciali per absentem de omnibus circumstantiis non informatum adæquatum judicium dari, cum satis pendeat ex loci situatione, ac fortius ex qualitate personarum contigua ædificia inhabitare debentium.

Cessantibus autem circumstantiis prohibitivis, utpote suspicionem ad scandali timorem inducen-
9 tibus, regulariter pro permissione respondendum venit; Tum ex generali axiomate, ut permissum dicatur id, quod jure non prohibetur. Tum ex generali observantia totius orbis Catholici, præsertim Vrbis, quæ est dicti orbis in his materiis caput & exemplar, quoniam passim videmus Monasteriis monialium adjacere domos à privatis inhabitatas, quam observantiam pro constanti supponebatur etiam specialiter adesse in Civitate Florentiæ, atque individualiter in hoc eodem Monasterio cum eodem vicino, cum quo erat controversia.

Pro illa verò notitia, quam dabat facti notula transmissa, probabilius respondendum videbatur 10
pro ædificante; Tum ex qualitate personæ, quæ nobilis, proba, & ab his suspicionibus aliena supponebatur; Tum fortissimè ex jam dicta circumstantia, quod actu Monasterium cum aliis ejusdem domus mansionibus adjaceret, undè dici non poterat opus, ad effectum de quo agitur, omninò novum, quia plus & minùs non facit differre specie; Tum demùm, quod meo judicio tollere videbatur omnem difficultatem, quod non agebatur de adjacentia mansionum, in quibus vivere debent sæculares cum mansionibus vel cellis, in quibus vivant moniales, itaùt clausuræ violatio cum muri intermedii apertura inter unam mansionem & alteram non de facili Abbatissæ ac probis zelantibusque Monialibus, vel Superioribus innotescere posset, & quo casu verè & propriè cadit probabilis suspicio scandalorum, ut quandoque experientia docuit, dum novæ mansiones adjacent muro, qui ex parte Monasterii remanet nudus ab alio ædificio, ejusque superficies omnibus patet, utpotè solùm deserviens pro recinctu clausuræ & horti; Ideoque non videbatur, quæ major suspicio ex novo ædificio resultare posset ultra eam, quæ sine tali superædificatione jam aderat; Quinimò stante præsupposita dicti muri modica altitudine brachiorum circiter decem, absque dubio facilior est per illius transcensum ingressus ad clausuram, quàm ubi cum altiori elevatione ædificium fiat, ut clarè probatur ad sensum.

Ideoque dicebam quod potius laudandus & invitandus videbatur vicinus ad faciendum hoc opus potius laudabile & necessarium, & quod aliàs ex 11
parte Monasterii fieri deberet, dum præsertim supponebatur, stante dicti muri depressione, adesse inconveniens prospectus activi & passivi hinc indè, cui remaneret ita consultum, & cui omninò cum majori elevatione consulendum esse firmant allegatæ auctoritates & decisiones, atque sæpissimè præcepit Sac. Congregatio Episcoporum & Regularium, præsertim *in una Ancontana de mense Aprilis 1645.* per quam præcipitur, ut ex parte Monasterii fiat muri intermedii elevatio, & in aliis.

Aliud demùm oppositionis fundamentum resultans ex impedimento salubris aëris, pariter incapax est regulæ, seu determinationis generalis, utpotè totum pendens à loci situatione, aliisque circumstantiis facti, cum quo ad ea, quæ juris sunt insinuare sufficiat, ut feci, decisiones *in Romana tramontanæ coram Buratio & Pirovano, quæ sunt impressæ apud Fenzon. ad Statut. Vrbis cap. 104 plenius repetitæ apud Rubeum tom. 1. singularium ex pag. 509. cum seqq.* ubi registrantur non solùm dictæ decisiones, sed etiam consilia Medicorum, cæterique discursus ad materiam, de qua proindè in iis, quæ pertinent ad theoricam in abstracto habetur ad satietatem; Congrua verò applicatio in concreto pendet ex circumstantiis facti, super quibus absens non informatus, ut alias dictum est adæquatum, ac decisivum responsum pro veritate dare non potest.

ROMANA
ELEVATIONIS DE CAPISUCCHIS
PRO
MONASTERIO TURRIS SPECULORUM
CVM
FRANCISCO CAPISUCCO.

Casus disputatus coram Congregatione particulari, & resolutus pro Monasterio.

De eadem materia ædificandi in suo undè habeatur prospectus ad Monasterium Monialium.

SVMMARIVM.

2. *Facti series.*
2. *De prohibitione ædificandi, seu aliud opus construendi, undè habeatur prospectus ad Monasteria Monialium.*
3. *Recensentur in proposito plures resolutiones S. Congregationis.*
4. *Regula ut cuilibet liceat ædificare in suo, ac altius extollere intelligitur moderatè, & juxta communem usum.*

DISC. XXI.

1 VOlente Francisco Capisucco in ejus domo in Campitello per Dominicum Jacobatium inhabitata, ad majorem istius commoditatem, structuræ jam perfectæ & suprà tectum juxta modernam consuetudinem, aliud appartamentum superaddere, se opposuerunt Moniales insignis Monasterii Turris Speculorum, quibus ex hac majori dictæ domus elevatione notabiliter præjudicari credebatur; Tum ex prospectu intra earum cellas, claustra, & officina; Tum ex omnimoda solis & salubris aëris privatione. Undè istis ad Sanctissimum recurrentibus, atque deputata trium primi Ordinis Prælatorum particulari Congregatione pro extrajudiciali recognitione & determinatione.

Pro Monasterio scribens dicebam, omninò hujusmodi novum ædificium impediendum esse, ut de facto sequutum fuit, quia prohibitum est habentibus domus propè Monasteria Monialium illas altius tollere, sive fenestras aperire, aut apertas ita tenere, quod exindè Moniales inspici vel inspicere valeant, quod de ipso jure communi prohibitum esse firmant *Cynus & alii antiquiores in l. altius C de servit. & aqua*, quos referunt, & sequuntur *Covarr. lib. 3. var. cap. 14. n. 8. Beron. cons. 135. num. 9 & 10. vol. 3. Rouit. in pragm. 2. de Monialibus num. 5. & plenius decis. 92. num 7. Cabedo decis. 152. num. 1. & 2 Cayc. Latr. decis. 137. numer. 20. cum seqq. Sperell. decis. 58. num. 6. cum seqq. Muta decis. 8. num. 6. & 7. in Romana prælationis 24. Februarii 1644. coram Roias inter suas decis. 229. & in aliis*, quia est recepta propositio, de qua solùm dubitavit Padilla *in eadem l. altius*, qui nullos vel modicos habet sequaces.

Atque ita ex prudentialibus & religiosis motivis perpetuò determinatum esse à Sac. Congregatione negotiis Episcoporum & Regularium præposita insinuabam in meis notis reperire, præsertim in sequentibus: 3

In una Licien. 23. Februarii 1605.
In una Portugallen. 16. Aprilis ejusdem anni.
In una interamnen. quæ est in puncto impediendi altiorem ædificationem domus 15. Maij 1612.
In una Aquilana 31. Iunii ejusdem anni.
In una Baren. 18. Februarii 1615.
In una Anconitana 11. Aprilis 1645.
In una Parmen. 28. Novembris 1636.
In una Assisien. 11. Iulii 1653.
In una Conversana 8. Augusti ejusdem anni.

Et si hæc procedunt etiam in casu regulæ, ubi scilicet juxta dispositionem *text ind. l. altius* licitum est juxta consuetam, & convenientem structuram altius extollere, & in suo ædificare; Multò magis id procedere dicebam, ubi non agitur de impedienda elevatione ad suam debitam & consuetam altitudinem, sive de claudendis fenestris in partibus nobilibus, itaut ædificium remaneat imperfectum, seu alias obscuratum & deturpatum, cum Domini præjudicio, sed agitur de excessiva & incongrua elevatione supra structuram jam perfectum præter communem consuetudinem, quo casu etiam inter privatos regula desumpta *ex d. l. altius* limitationem seu moderationem recipit *Surd. dec. 168. num. 6.* Et ex qua consideratione præsertim ædificium inhibitum fuit, quamvis præjudicium vere non esset notabile quoad prospectum, qui nullus erat, vel de facili consuli poterat; Aderat tamen præjudicium circa privationem solis & aeris, quod licet circumscripta dicta consideratione non videatur inter privatos sufficiens ad impediendum ne quis moderatè in suo ædificet, attamen ubi agitur de Monasteriis Monialium adhuc videtur præjudicium considerabile ex rationibus, de quibus *in Ianuen. & in Florentina hoc tit. dis. præc. & dis. 18.* atque ita pro Monasterio resolutum est. 4

ROMANA
ÆDIFICII DE SIGISMUNDIS
INTER
CONVENTUM MINORUM DE OBSERVANTIA S. ISIDORI
ET
FRATRES DE SIGISMUNDIS.

Benevolus discursus pro veritate ad partes concordandas.

De eadem materia ædificij, ex quo habeatur aspectus ad Monasteria Virorum. Et an & quando emphyteuta imponere possit servitutem duraturam etiam penes dominum directum, vel alium ab eo causam habentem.

SVMMA-

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Emphyteuta non potest imponere servitutem, nisi ejus jure durante, quo resoluto cessat.*
3 *Quid de servitute constituta correspectivè ad aliquod, quod per Dominum vel successorem obtineatur.*
4 *Quid de servitute vel onere super melioramentis.*
5 *An impediri possit prospectus ad Monasteria Virorum, itaut ista gaudeant eadem prærogativa monialium.*
6 *Vbi concurrit conventio, tunc privilegium de quo num. præcedenti magis planè locum habet.*

DISC. XXII.

1 Facta concessione per Ducem Bracchiani cujusdam situs ad ædificandum versus Portam Pincianam propè Conventum Sancti Isidori cuidam Dominico Carabellæ fabro murario, hic convenit cum Patribus dicti Conventus de solvendo appodium muri divisorii eorundem Patrum juxta æstimationem à Peritis faciendam sub diversis pactis, illo præsertim, ut super dicto muro nullas aperire possit fenestras, vel facere meniana, ex quibus resultaret servitus vel quodcumque aliud præjudicium horto dictorum Patrum, & si ex fenestris in construendo ædificio aperiendis in aliis partibus contingeret resultare prospectum in dictum hortum, teneatur facere riparos, quibus mediantibus dictus prospectus impediatur.

Cœpto dicto ædificio, cum Carabellus, illud perficere non potuisset, neque canones ad formam suæ obligationis solvisset, Dominus directus obtinuit ser. ser. declarari dictum situm unà cum melioramentis desuper confectis ad se devolutum esse, illumque deindè concessit fratribus de Sigismundis ejus satis benemeritis familiaribus, qui super fundamentis, & aliis à Carabello jam constructis, in longè tamen meliori structura nobile ædificium perfecerunt; Quia verò tam ex fenestris mansionum, quam scalarum nimius habebatur prospectus, nedùm ad dictorum Patrum hortum, sed etiam ad aliquas cellas & officinas, Hinc orta est inter dictas partes controversia; pro qua componenda tanquam utriusque benevolus, facto accessu super faciem loci, ac partibus auditis, examinare volui pro veritate quid juris.

Allegabant Patres clarum pactum in publico instrumento cum Carabella initum de faciendis riparis, itaut prospectus omninò impediretur, undè pro pacti observantia utpotè de jure gentium debita instabant *ad not. text. in l. 1. ff. de pact.* Sed replicabant Sigismundi eos dicti Carabellæ conventionibus non ligari, cum ipsum non agnoscerent in auctorem, neque ab eo causam haberent, dum omni ejus jure resoluto, situs liber rediit ad Dominum *ad text. in l. lex vectigali ff. de pignor.* Neque potest emphyteuta super re emphyteutica imponere servitutem præterquam ejus jure durante; non autem duraturam post devolutionem, & in præjudicium Domini ex deductis *per Afflict. decis. 380. num. 2. & 3. Fulgin. de emphyt. tit. de renunc. quæst. 3. num. 1. cum seqq. Cenc. de cens. quæst. 22. num. 9.* apud quos habentur concordantes.

Replicabatur ex parte Patrum, sub hac lege cōcessum fuisse appodium aliàs non concedondum, itaut pactum dici valeat pars pretii, undè propterea dum novus emphyteuta dicti appodii beneficio utebatur, non poterat dividere conventionem, quam ita censebatur approbare; Sed non multum solidum credebam hoc fundamentum ità simpliciter consideratum, quoniam appodii concessio non fuit merè voluntaria, sed necessaria, dum ad eam, tàm *ex Statuto Vrbis*, quàm clariùs *ex Constit. 22. Greg. XIII.* compelli poterant, ideòque dicere non poterant non fuisse aliàs concessuros.

Minusque dicere poterant quod dicta conventio fuisset pars pretii, dum illud integrum conventum fuerat juxta peritorum æstimationem; Ultrà quod servitus importaret grave onus deturpandi seu minus commodum reddendi ædificium, quod ita notabiliter de valore minuebat, idcirco quamvis aliquid de pretio appodii ex hoc intuitu remissum fuisset, dicere potuisset Dominus vel novus emphyteuta, se velle supplere integrum justum pretium, non autem huic gravi & adeò præjudiciali oneri subjacere.

Meliùs ex parte Patrum dici posse considerabam, quod supradicta conclusio de onere vel servitute per emphyteutam impositis, non duraturis in præjudicium Domini post factum casum devolutionis, procedat in servitute vel onere impositis super ipsa re seu solo concesso, non autem super melioramentis, super quibus utpotè liberis, onera etiam durabilia per emphyteutam imponi possunt ut plenè aliis allegatis firmatur *per Merlin. dec. 546. num. 21. dec. 349. num. 4. par. 2. recent. adden. ad Gregor. dec. 225. n. 16. Tusculana Salviani 22. Maij 1654. coram Zarata.*

Potissimè quia hujusmodi onus appositum non erat ex causa merè voluntaria & gratuita, sed ad effectum construendi ipsa melioramenta, & sic circa rem, undè quemadmodum si pro hujusmodi fabrica facienda debitum contraxisset cum hypotheca, vel censum imposuisset, non videretur ab ipsis Dominus vel novus emphyteuta excusabilis, sic à pari; Sed pariter mihi difficultatem faciebat diversitas casus, quoniam in eo, ut supra exemplificato, creditor ex cujus pecunia melioramenta constructa sunt, ageret de damno, Dominus verò vel novus emphyteuta de mero lucro cum aliena jactura, undè saltem ex æquitativa actione de utili in rem verso teneri deberet; Non sic est in præsenti, dum soluto justo pretio appodii de necessitate concedendi, conventio remanet merè voluntaria & gratuita, neque ipsa melioramenta perseverare poterant sub hypotheca pro observantia etiam gratuitæ conventionis contracta, stante antecedenti pacto devolutionis etiam ipsorum melioramentorum in quacumque quantitate & qualitate, ideoque eadem erat ratio melioramentorum, ac soli.

Dicebatur ex parte P. P. his etiam cessantibus, ex sola dispositione juris communis, eis competere actionem impediendi vicinum, nè aperiat fenestras, sive cogendi ad claudendum constructas, ex quibus intrà Monasterii septa prospectus haberi possit, itaut eadem limitatio quæ *ad text. in l. altiùs* habetur favore Monasteriorum Monialium, procedat in Monasteriis Virorum ex eadem ratione honestatis, & nè viris religiosis intrà claustra & cellas existentibus, detur proxima tentationis occasio resultans ex aspectu mulierum in sæcularibus domibus viventium, Ac etiam quia indecorum est à laicis haberi intrà Monasteriorum septa & secreta hujusmodi prospectus, ut

veriùs latè probat *Rovit. dec. 92. & habetur actum in Neapolitana hoc tit. disc. 1.*

Hoc motivum solùm & de per se consideratum, adhuc mihi non omninò concludens videbatur; Tum quia nimis Reipublicæ incommodum & præjudiciale videtur, ut id quod de Monasteriis Monialium statuitur, ità simpliciter & indefinitè extendendum sit ad Monasteria virorum, in quibus non militat eadem ratio periculi circa honestatem, neque altera ratio cogendi Monasterium ad sibi præcavendum à prospectu laicorum cum elevatione murorum, ex qua ob aeris suffocationem moniales sub continua & perpetua clausura viventes quamdam perpetuæ sepulturæ speciem pati cogerentur, quia viri Religiosi exire possunt de clausura, atque aëris beneficium, recreationemque obtinere, eodem modo quo obtinent laici, de quibus proindè lex non curat, an domus lucidas vel obscuratas habeant, ideoque inducenda non sunt privilegia à jure exorbitantia ad eam recreationem, quæ in Monialibus in ipsa clausura expetenda est.

Tum etiam quia ex loci visione patebat quod in eodem situ aliorum sæcularium domus adessent, cum fenestris & menianis eumdem prospectum habentibus, undè propterea ex clausura istarum fenestrarum non remanebat inconvenienti omninò consultum, considerando etiam longam distantiam inter Conventum & domum, itaut exceptâ quadam subjectione prospectus, improbabile ac remotum videretur periculum aliorum inconvenientium, quæ considerantur *per Rovit. dicta dec* 92. quoties fenestræ sunt satis contiguæ.

Considerabam tamen, quod licèt dicta motiva,
6 privilegii scilicèt monasteriorum de quo proximè, & conventionis habitæ cum primo emphyteuta ædificante, singulariter ea considerando non haberent subsistentiam, attamen quod insimul unita essent magni ponderis, quia nisi Religiosi ab ædificante obtinuissent ex conventione dictam legem de consulendo prospectui, non præstitissent consensum fabricæ seu appodio super eorum muro, neque ulteriorem fabricam permisissent; Et quamvis *ex Constitutione 22. Greg. XIII.* ut suprà ad id cogi potuissent, Nihilominus eis coram judice tali casu de hujusmodi inconvenientibus opponentibus, probabiliter judex, dum res erat in fieri, ad liberandum P. P. à nimia subjectione exindè resultante, aliquod temperamentum demandasset, præsertim quia, licet ex aliquibus laicorum domibus habeatur etiam prospectus in hortum, non est tamen adeò directus, quod percutiat etiam cellas, officinas & interiora Monasterij, undè hoc privilegium allegatum, dum res erat in fieri coram judice adito per ædificare volentes aliquam habuisset operationem; Ac propterea injustum & irrationabile videbatur, ut isti Religiosi sub fide pacti & conventionis decepti remanere deberent eo beneficio, quod alias obtinuissent, Quodque novus emphyteuta poti i deberet fabrica constructa per ejus prædecessorem, & non servare legem ab eo conventam: & sub qua illa præmissa fuit. Proindéque credebam omninò locum esse debere temperamento faciendi in fenestris servitutem inferentibus aliquos ut dicunt *reparos*, non directè, itaut luminibus, ac ventis salutaribus seu alterius aspectus beneficio mansiones privarentur, sed ex parte laterali, etiam remotè ab ipsis fenestris, ut in plerisque Monasteriis, tam virorum, quàm mulierum de facto cernitur, quia quod uni prodest & alteri nihil vel satis parùm nocet, denegandum non videtur, præsertim attenta circumstantia, quod Monasterium est magis antiquum, atque ita practicatum fuit cum satis honesta moderatione & concordi temperamento, per quod utrique parti consultum est.

ROMANA SERVIT.

SEV

VIAE.

PRO

MARIO DE MAXIMIS.

CUM

PRNICIPE JUSTINIANO.

Casus decisus per Rotam pro Justiniano, pendet revisio.

De servitute viæ seu transitus, quando acquisita seu probata dicatur, & quale tempus necessarium sit ad illam præscribendam, Et quid si antiquitùs ibi adesset via publica in alterum locum postmodum translata, an id prætendenti servitutem suffragetur.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Servitus viæ seu transitus in dubio non præsumitur, sed est probanda, & quæ præscriptio requiratur.*
3 *De requisitis viæ publicæ remissivè.*
4 *De circumstantiis, ob quas jus transitus dicitur competere potiùs ratione usus viæ publicæ, quàm jure servitutis.*
5 *Via publica derelicta, cujus sit illud solum.*
6 *Quando transitus non dicatur jure servitutis.*
7 *Quando servitus videatur debita jure communi, postmodum divisa quodam jure conventionis.*
8 *De servitute necessaria itineris, si non habetur aliundè; Et quando quis teneatur dare transitum in suo fundo.*

DISC. XXIII.

CUm Marius de Maximis possessor tenutæ nuncupatæ *Floranelli* cum curribus, plaustris, & animalibus pro vehendis & revehendis frugibus, aliisque bonis, transitum haberet per Casale Rotundi & Turricolæ Principis Justiniani, iste verò se opponeret, introducta causa coram Ædilibus seu Magistris viarum, ab istis, prævia loci visione ad favorem Maximi pronunciatum fuit tam in possessorio, quam in petitorio, adversus quam sententiam obtenta revisione, & deputato in revisorem Cerro Rotæ Decano, stante stylo hujus Tribunalis, ut ejus Auditores etiam in causis, in quibus tantum Prælati seu arbitri deputati sunt, nihil decernant, nisi prævia disputatione dubij in Rota, nisi aliter in disputatione expresse dicatur, unde propterea ad hunc effectum Rotæ Auditores perhæc extraordinaria tribunalia deputari solent

solent, ut ita Rotæ votum habeatur, idcircò dato dubio, *an Liceat Maximo transire per Casale Iustiniani*, negligente dicto Maximo exequi meum consilium, ut ante disputationem fieret accessus ad faciem loci, tam per judices quam per defensores, assumptaque dicti dubii disputatione, *sub die* 29. *Januarij* 1666. negativa prodiit resolutio principaliter innixa super regula exclusiva libertatis, donec ex parte prætendentis servitutem illa concludenter probetur, vel per ordinariam præscriptionem decem annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, quoties tamen aliquis hujusmodi servitutis titulus à principio causæ allegatur, vel per immemorabilem, quam in hujusmodi servitutibus discontinuis, cessante dicta tituli allegatione dicitur verius requiri ex firmatis *decision.* 101. *par.* 4. *rec. tom.* 2. cum qua ibique deductis in decisione desuper edita proceditur, firmando neutram ex dictis probationibus adesse, neque alteram viæ publicæ juxtà illius necessaria requisita, *de quibus apud Cavaler. decis.* 631. *cum alijs in Sabinen. transitus seu viæ sub tit de Regalibus ad materiam viarum*, ubi latè & ex professo de materia; atque discurrendo punctum ita in abstracto absque loci visione, resolutio justa & probabilis mihi videbatur, quamvis pro dicto Maximo scribenti, dum etiam ante disputationem, absque alio facti adminiculo talem exitum præviderim. Postquam verò edita decisione accessi ad faciem loci, ad effectum determinandi & consulendi, an expediret causam prosequi, atque dominorum accessum petere: mutavi sententiam, atque reflectendo ad solam veritatem, pro meo judicio credebam justitiam huic parti assistere; quoniam ex loci visione patet, in loco præciso controversi transitus antiquitus adesse viam publicam, cum magnis quadratis lapidibus more Romanorum constructam, quæ via hodiè in quadam adjacenti commodiori parte cernitur, ac etiam quod hæc tenuta nullum alium habet commodum, ac directum iter ad Urbem, licèt enim in dicta decisione supponatur adesse quandam aliam viam nuncupatam *della Falcognana*, attamen ea est nimis incommoda, & remota ideoque inverisimile est illam pro istorum casalium usu destinatam esse.

Quibus facti circumstantiis sic stantibus, duo ponderabam motiva, ex quibus non videbatur esse locus conclusionibus in decisione firmatis circa probationem præscriptionis hujus viæ seù transitus, Primò, quia non dubitatur in loco controverso antiquitus adesse viam verè publicam de primaria specie, quæ militaris seù Consularis, aut Regia dici solet, juxta viarum distinctionem, de qua *in dicta Sabinen. viæ seù transitus sub tit. de Regalibus*, utpotè initium habens ab Urbe, ac ducens usque ad ultimos Calabriæ fines, & quæ propriè *via Appia* dicitur, cujus multa vestigia in Latio, & provincia Campaniæ versus Neapolim cernuntur, itàut solùm esset indubitatè publicum ad omnium communem usum, Et licèt moderno tempore eadem via ob majorem fortè commoditatem in hac parte situm mutaverit, undè propterea istud solum utpotè nullius, effici potuit habentium ibi adjacentia prædia illudque occupantium, ducto argumento ex dispositione *tex. in l. insula ff. de acquir. rerum Dominio* & §. *insula ff. de rerum divis. cum concord. dec.* 173. *num.* 11. *par.* 4. *rec.* de alveo fluminis mutantis cursum, nihilominus id rectè sequi potuit absque alterius præjudicio, secus autem isto concurrente, undè propterea, vel dicendum est, quod Domini aliorum prædiorum adjacentium mediante hoc transitu non amiserint sed conservaverint illum hujus soli usum, qui priùs publicus ac omnibus communis erat, vel quod illi, qui idem solum occuparunt seù præscripserunt, ità qualificatè & cum hoc onere acquisierint ex quadam lege implicitè adjecta per superiores, qui moderno tempore, ista via derelicta aliam ibi proximè straverunt, & sic non sumus verè in casu, de quo agunt auctoritates deductæ *dicta dec.* 101. *par.* 4. *tom.* 2. & *apud Surd. dec.* 142. cum aliis latiùs in matetia deductis in *dicta Sabinen.* ac etiam *in Spoletana viæ eodem tit. de Regalibus*, ubi scilicèt agitur de acquirendo jure servitutis seù præscriptionis, jus itineris, actus, vel viæ per alienum fundum privatum, sed agitur de conservatione antiquæ publicitatis, impediendo, nè ille fundi adjacentis Dominus istud solùm naturaliter & originariè ad publicum sibi acquirat, suique privati juris faciat nisi cum ista qualitate, undè propterea extranei remanent dicti termini servitutis, cum quibus procedere post has notitias clarum æquivocum videbatur, apud judices tamen adhuc non informatos excusabile.

Et secundò etiam probabiliter mihi videbatur ex loci situatione, & ex dicta circumstantia, quod tam ista, quàm quædam aliæ adjacentes tenutæ remanerent quodammodò inviæ intrarent, seù adaptari possent ea, quæ habentur *in Romana putei hoc eodem titulo*, quòd scilicèt antiquitùs unus esset omnium istarum tenuturum Dominus, ex cujus successione universali vel particulari istud corpus aliàs unicum habens hujusmodi transitum pro totius prædii seù casalis servitio ità divisum esset cum hac servitute ab initio constituta, stante subsequuta observantia, ex deductis *in dicta Romana putei*, quæ ad rem facere videntur.

In dicta item disputatione, priusquam hæc meliora facti notitia suppeditasset, stante præsupposito, quod aliàs istud prædium remaneret invium, saltem absque magna incommoditate, dicebam, quod in omnem eventum locus esset servituti necessariæ juxta terminos textus, *in l. si quis sepulchrum ff. de religiosis, & sumptibus funerum*, cum ibi notatis & admittitur *dicta decis.* 101. *num.* 25. *p.* 4. *rec. tom* 2. deducundo etiam disposita per text. *in l. si locus* §. *cum via ff. quemadmodum servitus amittatur, ubi glossa Bart. & cateri, de quibus Ann. singular.* 582. *benè Natta cons.* 642. *num.* 5. *cum sequen. Surd. dec.* 42. *num.* 11. *Capoblanc. de Baron. pragm. prima num.* 179. quod scilicèt, ubi alia via non habetur, Domini adjacentium prædiorum pati debent transitum per illa etiam non soluto pretio ob viarum communicationem in Mundo necessariam, Verùm istud motivum videbatur continere fallaciam, cum præmissa rectè procedant favore publico, & pro publico transitu aliàs impedito, & quia antiqua via omninò corrupta sit seù aliàs peremptа, secùs autem ubi agitur de transitu seù usu privato, Tunc enim licèt ex identitate rationis intret eadem servitus necessaria, nihilominus in hac parte benè dicitur in hujus causæ decisione duo suffragari vicino hujusmodi servitutem pati debenti, Primò quod sibi solvatur æstimatio soli desuper occupandi, Et secundò, quod sit in eiusdem electione, pro arbitrio tamen boni viri assignare transitum in parte sibi benè visa, ut minus incommodum seù detrimentum patiatur, ut ad literam disponit idem text. *in d. l. si quis sepulchrum*,

chrum,& advertitur in hujus causæ decisione, cum præmissæ auctoritates firmantes gratuitam dictæ servitutis præstationem percutiant casum usus publici, ut suprà ratione adjacentis viæ publicæ corruptæ seu peremptæ,& ex his credebam probabiliter sperandum esse recessum à dicta decisione, quatenus causa ulteriorem haberet progressum ab altera parte faciendum,cum hac ratione possessorii de facto usum sibi necessarium habeat, ideoque sibi tanquam reo id non expediat,quia reo & possessori sufficit vincere cum silentio.

FIRMANA

PRO

MICHAELE LELIO.

Casus discursus in Congregatione Sancti Officij, sed remissus ad Iudices de partibus, undè incertus exitus.

An & quando vicinus possit invito vicino proijcere in platea seù area communi, sive in via vicinali immunditias, & alia agere, quæ aliquod incommodum vel impedimentum præstent.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *In via publica privatis non conceditur opus facere,vel jus quærere.*
3 *Quando dicatur via publica,& quando privata.*
4 *Et quæ dicatur curtis seu vicinalis.*
5 *Permittenda est commoditas proijciendi immunditias domorum,& quomodo.*

DISC. XXIV.

1 ORta controversia inter Michaelem Lelium & duos alios vicinos habentes domus respondentes in quadam parva platea seu via ut dici solet cœca, nullum alium exitum habente, Anscilicèt dicto Lelio licitum esset in dicto loco proijcere immunditias, præsertim feces & vinaceas tempore vindemiarum seu mutationis vini, cum dictus Lelius esset Officialis Sancti Officii, proindèque privativè subjectus jurisdictioni Sacræ Congregationis inquisitionis universalis, occasione deputandi judicem in partibus super hujusmodi controversiæ cognitione, præsertim super modo revocandi ea violenta attentata, de quibus vicini conquerebantur, voluit dicta Sac. Congregatio aliqualiter gustare de meritis, undè pro Lelio scribens dicebam injustam vicinorum oppositionem sic generaliter & indefinitè, mereri tamen exauditionem super moderatione illius usus, seu facultatis, quam de jure dicebam impediri non posse, quia non
2 versabamur in via publica,in qua privatis non conceditur aliquod opus facere, neque ex possessione quamvis longæva jus quærere, per quod publico usui præjudicium fiat *ad text. in l. 2. ff. nè quid in loco publico l. 1. ff.de his qui dejecerunt l. Aediles ff. de via publica cum concord.per Ripam in tract. de remed. præservat contrà pestem cap. 4.num.83. & seqq.Cepoll. de servit. via cap. 3 numer. 66. Carpan.ad statut.Mediolan. cap.156. cum seqq.Borell.de præstantia Regis Catholici cap. 7. & aly de quibus in Sabinen. via seù transitus sub titulo de Regalibus ad materiam viarum disc.136.*

Sed agebatur de viculo merè vicinali, & privato, nullum exitum ad aliam viam, vel alium locum publicum habente, itaut deficeret essentiale requisitum viæ publicæ consistens in eo, quod incipiat in publico & desinat in publicum *ex deduct. per Cavaler. dec. 631. & in dicta Sabinen. via seu transitu.disc.136. & in Senen. retractus hoc titulo* 4 *disc.69.* ideoque potiùs dici deberet *Curtis* dictis tribus domibus communis, de qua propriè loquitur *Cepoll. de servit. urb. præd.tit. de Curia cap.46.* Seù via vicinalis, quæ ex eisdem domibus pro earum usu & commoditate constituta sit, adinstar viæ vicinalis rusticæ, quæ ex adjacentibus prædiis privatis constituta censetur ad text.*in l. 2. §. viarum,& §.vicinales ff.nè quid in loco publ.cum concordan.in Spoletana via eodem titulo de Regal. ad materiam viarum disc.137.*& propterea non intrabant jura vel statuta loquentia de viis & locis publicis pro bono publico non occupandis, quia nullus publicus usus habebatur,sed erat solùm privatus.

Fortiùs hæc procedere dicebam, quia domus dicti Lelii, prout & altera unius ex oppositoribus alterum non habebant exitum vel locum, ubi immunditias proijcere possent, nisi ex una parte ad istum viculum seù locum vicinalem, & ab altera ad viam publicam, cumque immunditiæ includi & conservari non possint in domo eiusque mansionibus: sed pro humano usu dare oporteat locum, in quo saltem provisionaliter,& ad breve tempus proijciantur, exindè postea removendæ, de necessitate dicendum erat in isto potiùs privato & vicinali loco hujusmodi projectionem faciendam esse, cum nulla legis resistentia adesset, nisi in via publica,cui allegata jura resistunt; Quamvis enim etiam in urbe aliisque primariis & nobilibus Civitatibus præsertim tempore vindemiarum & mutationum vini permittatur proijci fœces & vinaceas in viis & locis publicis provisionaliter & ad breve tempus, cùm aliàs practicari non valeat, congruentiùs tamen est, existente aliquo situ privato seu vicinali publicum usum & præjudicium non continente,ut in isto magis quam in via publica id sequatur, Ideòque justam & rationabilem dicebam possessionem à Lelio allegatam, eamque non mereri illum titulum violentiæ & usurpationis, qui sub prætextu exemptionis à subjectione judicum de partibus Lelio tribuebatur; Fatebar tamen,scribendo etiam cum sensu veritatis, quod usus prædictus moderatè permittendus esset, ad breve scilicèt tempus, cum obligatioe expurgandi quatenùs immunditiæ essent notabiles, aliorum vicinorum usum impedientes, seù aliàs in odore vel aeris salubritate præjudicantes arbitrio boni viri.

***

BO-

BONON. AQUARUM
PRO
ANGELELLIS
CUM
FLORAVANTIBUS.

Casus decisus per Rotam pro Floravantibus.

An Dominus fundi superioris, in quem ingreditur aqua, possit eam divertere à consueto cursu quem habebat, in fundum inferiorem in istius præjudicium; Et quando huic dicatur desuper acquisita servitus.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Dominus fundi superioris potest divertere aquam in fundo ingressam, etiamsi alteri præjudicetur.*
3 *Fallit, ubi aqua decurrit per opus manufactum.*
4 *Affictuarij non possunt præjudicare Domino.*
5 *Stant simul aliquem habere jus aquam ducendi ex servitute, & tamen petere licentiam & consensum, & de ratione.*
6 *Testes sunt reducendi ad concordiam.*
7 *Declaratur conclusio de qua num. 3.*
8 *Possessio referenda est potiùs ad titulum, de quo apparet, quam ad facultatem vel familiaritatem.*
9 *Mutatio loci non alterat substantiam.*

DISC. XXV.

1 AQua per quoddam canale decurrrens ad irriganda prædia priùs illorum de Fuscherariis seu Dosiis ad usum hortorum, in parte ex necessaria conventione per clavicam ad id constructam ingreditur prædium illorum de Angelellis, à quo à pluribus annis decurrrere consuevit ad prædium illorum de Floravantibus, mediante quodam opere manufacto vulgò *Cavedone* nuncupato in eorumdem de Angelellis prædio constructo, ex quo dicti de Floravantibus aquam juxtà opportunitatem desumere consueverunt.

Cùmque moderno tempore Angelelli prætenderent dictum consuetum cursum impedire, atque aquam alio divertere, introducta causa corâ Auditore Generali Bononien. ab isto mandatum, de manutenendo in summariissimo possessorio dictis de Floravantibus concessum fuit, ab A, C. quoque in secunda instantia confirmatum; Undè introducta per appellationem causa *in Rota coram Priolo*, atque facta determinatione in congressu Advocatorum ex parte dictorum de Angelellis habito, deserendi disputationem possessorii, in quo de certa succumbentia timendum erat, ac assumendi disputationem boni juris & petitorii, datum fuit dubium, *An Angelellis competat jus prohibendi usum aquæ ex dicto cavedono*, Assumptaque desuper disputatione sub die 24. *Februarij* 1668. negativa prodiit resolutio, quasi quod dictum jus aquæ ducendæ esset necessarium, ac jure servitutis legitimè præscriptæ competeret.

Cardin. de Luca de Servitutibus,

In hac autem disputatione habita in Rota, in qua solùm pro Angelellis scribebam, facti potiùs quàm juris esse dicebam hujusmodi quæstionem, decidendam ex fide, quæ adhibenda esset potius unis, quàm aliis testibus hincindè deductis invicem pugnantibus, plures enim testes per alteram partem inducti benè deponebant de diuturno usu hujus aquæ ex dicto Cavedon constructo in prædio superiori istius partis, cujus testes dictum usum non negantes, dicebant illum fuisse precarium, & merè facultativum, quia nempè colonus, seù hortolanus dicti fundi inferioris, aquam ex cavedono non sumebat, nisi petita & obtenta licentia à colono seù hortolano dicti fundi superioris.

De jure siquidem circumscriptus illis circumstantiis, è quibus probatio servitutis resultet, fundata dicitur intentio Domini fundi superioris, quod scilicèt aquam in ejus fundum ingressam pro libito divertere valeat, quoties non constet ad meram æmulationem id agi, non obstante præjudicio exindè resultante Domino fundi inferioris, & quamvis longissimo tempore in istum aqua effluxerit, quoniam hujusmodi cursus facultativus ac jure naturali sequutus, etiam si mille annorum esset, in consideratione non habetur *ad text. in l. si in meo ff. de aqua pluvia arcenda l. 1. §. illud ff. de aqua quotid. & æstiva. Bart. in l. cum essent §. plurium ff. de servit. rustic. præd. & cæteri collecti per Ciriac. controv. 310. n. 140. cum seq. Merlin. dec. 361. n. 6. cum seq. & dec. 415. n. 4. 6. & sequen. par. 4 rec. tom. 2. Melevitana decursus aquarum coram Roias inter suas dec. 460. latiùs in ead. 31. Ianuarij 1656. Meltio, Romana decursus aquarum 23. Junij 1662. Tata & in aliis; Et habetur pluries hoc eod. tit.* 2

Verùm sicuti certa est dicta regula, ità certa est limitatio, de qua in eisdem proximè allegatis auctoritatibus & decisionibus, ubi accedit opus manufactum, per quod aqua de uno prædio in alterum ducitur, Hoc enim comprobat, non cursu naturali & facultativo, sed jure conventionis & servitutis sequutum esse; Quo posito dicebant scribentes in contrarium & admisit *Rota in decisione desuper edita*, nullatenus obstare testes ex hac parte inductos circa usum aquæ habitum per hortolanum hujus fundi dominantis, de consensu, & licentia hortolani fundi servientis, Tum quia hæc gesta sunt inter affictuarios, quorum factum præjudicare non potest Domino absenti & ignoranti, *ad communiter notata in l. finali Cod. de acquir. possess. cum concord. collectis per Postium de manutenendo obser. 35. num. 58. & sequen.* & est conclusio in Rota satis frequens in materia decimarum. 3 4

Tum clariùs, quia id sequi potuit ex urbanitate, seù in executionem ejus, quod est de jure dispositum, ut scilicèt hujusmodi usus etiam jure servitutis debitus intelligatur de aqua exuberanti usum proprium, & postquà propriifundi irrigatio sequuta est, quia non debet quis relinquere proprios agros sitientes, ut potum tribuat de propria qua agris alienis, juxtà *Text. express. in l. præses C. de servit. & aquæ & habetur in Carpen. & in Rossanen. disc. 23. & 29. ac in aliis*, & sic illa licentia seù consensus peti potuit ad effectum sciendi an sequuta esset, nec nè irrigatio fundi superioris, & pro congrua distributione temporum, non autem pro omninò precaria concessione, & consequenter testes hincindè inducti, ità rectè reducebantur ad concordiam, pro qua semper facienda est interpretatio, omnisque possibilis intellectus capiendus est, *glos.* 5 6

& DD. in cap. cum tu de testib. Farinac. quæst. 65. n. 70. Buratt. & add. decis. 430. benè dec. 153. & 197. p. 7. rec. & quotidiè.

Dum autem hæc disputabantur, mihi ignota erat illa facti circumstantia, quod dictum opus manufactum cave doni, deserviret solùm pro usu fundi inferioris, & ad effectum ducendi aquam prædictam, sed credebam quod serviret etiam pro usu & & irrigatione ipsius fundi superioris, undè propterea dicebam, etiam cum sensu veritatis, præmissa
7 non obstare, quoniam dicta conclusio de opere manufacto probante servitutem, procedit, quando opus manufactum constructum est per Dominum fundi inferioris Dominantis, in fundo superiori serviente, ad solum effectum sui usus, seù cursus aquæ, eò quia est alias omninò improbabile ut Dominus fudi superioris permittere voluisset, quod alter in suo ædificaret, ut cæteris allegatis benè habetur *apud Ciriac. controv. 110. n. 60. & contr. 311. n. 62.* undè quando opus manufactũ constructum est per ipsum Dominum fundi superioris principaliter ad usum propriũ, tunc nihil refert, ut alter vicinus ex eodem opere manufacto aquam exuberantem obtineat, quoniam urget eadem ratio facultatis & precarii super eo quod utpotè proprium usum excedens de facili negligitur, ac alteri conceditur, atque in hoc satis insistebam; Verùm motivum tollebatur ex facto, quoniam dictum opus non deserviebat, nisi pro usu dicti fundi inferioris, pro quo constructum erat, atque stante hac circumstantia, justam benèque fundatam credidi resolutionem.

Fortiùs verò quia deducebatur etiam titulus ex quodam instrumento celebrato de anno 1588. per quod Dosij Domini canalis, & hujus etiam partis auctores, cum enunciativa antiqui usus concedunt
8 8 Trosignano auctori istorum de Floravantibus commoditatem ducendi aquam per quamdam clavicam, undè propterea, ubi titulus adest, ad illum potiùs referenda est possessio præsertim diuturna, quàm ad facultatem *ad not. in l. 2. C. de acquir. poss. Menoch. lib. 6. præsumpt. 67. Greg. & add. dec. 92. Buratt. & add. dec. 169. & 614. apud quos cæteri.*

Et licèt dictum instrumentum percuteret quamdam aliam clavicam, non autem istam, *Septimam* nuncupatam, quam Angelelli docebant per eos moderno tempore constructam esse de anno 1638. & sic longè post instrumentũ prædictũ, quod illam percutere non potest, attamen stante longævo usu an-
9 norum circiter 30. in quo aquæ ductæ erant per istam modernam clavicam, ita etiam clara videbatur resultare probatio; quod ad majorem commoditatem utriusque, principaliter autem Domini fundi superioris facientis, dicta nova clavica constructa esset immutando solùm locum aquæ ducendæ, quæ immutatio non alterat substantiam consistentem in ipsa aqua, sive per unum, sive per alterum canale obtinenda, præcipuus verò, ac inevitabilis punctus difficultatis consistebat in dicta circumstantia operis manufacti ad alium usum non deservientis, nisi illum dicti prædii inferioris, undè propterea mea sententia erat, quod hæc pars acquiesceret, tentare autem voluit novæ disputationis aleam, sed proposita causa *sub die 20. Februarij 1669. coram eodem Priolo* perstitum fuit in decisis, Adhuc tamen hujus partis defensores de facto meliùs informati dicebant procedi cum æquivoco in facto, cujus potiùs quam juris est quæstio, quonium cavedonus constructus erat, quando per sextam clavicam ducebatur tota aqua communis, ideoque non obstabat post quam immutatus fuit rerum status, & Angelelli per septimam clavicam novam ducebant solùm eorum mediétatem.

ROMANA

DECVRSVS AQVARVM

PRO

FRATRIBUS DE COMITIBUS

CVM

LAZARO GHINASIO.

Casus disputatus coram Camerario & Aedilibus cum incerto exitu.

An Dominus fundi, in quem aqua aliundè profluens ingreditur, dicatur ejusdem aquæ Dominus, illámque possit pro ejus libito à consueto cursu divertere in præjudicium vicini habentis fundum inferiorem.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Aqua orient alibi eo ipso quod ingreditur fundum dicitur illius Domini, & divertere potest.*
3 *Sententia latæ super usu aquæ sunt attendendæ.*
4 *Decursus aquæ jure naturali & facultatis non inducit servitutem, nec impedit diversionem.*
5 *Quando ex opere non facto resultet probatio, vel acquisitio servitutis.*
6 *Declaratur conclusio de facultate divertendi aquam pro libito.*
7 *De differentia inter præscriptionem & consuetudinem, & quando dicatur consuetudo.*

DISC. XXVI.

Aqua proveniens à Casali illorum de Matthæis decurrit subtus pontem existentem in via à quo immediatè ingreditur quoddam fossatum nuncupatum *magnum* seù *Magistrum* annexum vineæ & arundinetis aliàs illorum de Mandosiis nunc de Comitibus, à quo fossato ejus naturali cursu profluere solita est in quædam canneta & alia prædia inferiora aliorum, Cumque præfati de Comitibus dictam aquam ad quosdam alios usus divertere vellent, se opponentibus vicinis, & introducta causa coram Magistris viarum scribens pro Comitibus injustam credebam oppositionem.

Quia licèt aqua non scaturiat in fundo, sed aliundè proveniat, eò tamen ipso, quod ingreditur fossatum magnum, quod ex tribus sententiis con-
2 formibus jam cum legitimis contradictoribus emanatis præsupponendum erat de privato dominio eorumdẽ de Comitibus tanquam ejusdem fundi pars seu membrum, transire dicitur in fundi Dominum, qui de illa tanquam de re sua liberè dispone-

re

valet *juxtà text. expressum in l. 1. §. illud labeo ff. de aqua quotid. & æstiva, & firmant Bart. in l. 2. ff. de fluminibus n. 25. Dec. cons. 243. num. 3. & 7. benè Honded. cons. 79. num. 19. lib. 1. Thesaur. dec. 245. num. 2. de Marin. resol. 16. num. 8. lib. 1. Ciriac. controu. 310. num. 140. & seqq. Greg. dec. 133. num. 5. ubi adden. num. 7.* Inanis enim fuisset jam acta controversia, quam cum magno labore & sumptu per tres conformes terminare opus fuit super privato Domino dicti fossati alijs usibus inutili, nisi exindè hic effectus resultaret, quod aquam in illud egredientem utpotè effecta de dominio ejus, cujus est fossatum, possit Dominus
3 suo libito alijs usibus sibi proficuis, itaùt cesset objectum æmulationis applicare; Quodq; sententiæ latæ super aquarum usu satis attendendæ sint, habetur in specie *apud Ciriac. controu. 311. n. 8.*

Et quamvis opponeretur de antiqua consuetudine, per quam aqua ex dicto fossato in inferiora prædia decurrere solita est, facilis tamèn erat replicatio, quod nisi per oppositores doceretur di-
4 ctum cursum fuisse jure servitutis, ille naturalis, & jure facultatis nullum jus tribuit *ad text. in l. Proculus ff. de damno infecto cum concordan. per Thesaur. dicta dec. 245. num. 3. & 4. de Marin. dicta resol. 16. Ciriac. dicta contrnv. 310. num. 156. Rot. dec. 164. num. 1. par. 2. divers. Melevitana decursus aquarum 31. Januarij. 1656. Meltio, & habetur in alijs hoc tit. sæpius deductum.*

Pro servitute allegabatur existentia cujusdam ponticelli, quem tanquàm opus manufactum illam ostendere dicebatur sed adhùc facilis erat replicatio, Tum quia in facto, ex hac parte dicebatur ponticellum prædictum co nstructum esse in via publica ad effectum recipiendi aquas ab eadem via fluentes & sic ad diversum effectum, Tùm quia ut opus manafactum servitutē inducat, opus est ut per Dominū fundi inferioris servitutem, prætendentem illud constructum, vel refectū, & conservatum doceatur in fundo superiori, in quo servitus quæsita prætenditur, efficacem præsumptionem exindè resultantem, non esse scilicèt verisim ile, quod Dominus fundi superiori permisisset ab alio in ejus bonis dicti operis constructionem vel refectionem fieri, nisi jus servitutis adesset, *ut disc. praeced.* qua ratione cessante, nulla subest ratio, quæ suadeat, ut ex opere manufacto in partibus inferioribus pro cursu aquæ, postquàm è prædio superiori egressa est, deduci possit servitus, quia nihil interest Domino fundi superioris, postquàm aqua de isto egressa fuit per inferiores vicinos diverti, vel cum
6 cursu naturali vel cum opere manufacto.

Cum sensu tamen veritatis dixi, decisionem pendere ab inspectionē & qualitate loci, & frequentia cannetorum, seù prædiorum, quibus aquæ usus omninò sit necessarius; Si enim prædiorum qualitas talis est, quod generaliter in ea contrata ad dictos usus cum hujus aquæ præsupposito constructa sint, itatù non de unius vel duorum privatorum tantum præjudicio ageretur, sed plurium in ea contrata bona possidentium, præteritæ observantiæ satis deferendum est.

Nequè cum præmissis rigorosis conclusionibus procedendum est, cum illæ rectè locum sibi vendicent, quoties, agitur de privata præscriptione, quæ in jure reputatur odiosa, secùs autem ubi de consuetudine reputata favorabili; Hæc enim est nota differentia inter consuetudinem & præscriptionem *ex collectis per adden. dec. 20. par. 3. recent.*
7 *num. 1. & seqq.* quod ista respicit solum jus seu interesse privatum, illa verò jus publicum, quale in proposito dicendum venit non solùm illud, quod concernit universum populum seu Communitatem, sed etiam ubi concernit interesse alicujus viciniæ seù contratæ, quia & illa dicitur Universitas tanquàm plurium personarum collectio. Credo tamen controversiam cum honesto amicabili temperamento sopitam esse.

SUTRINA AQUAE

PRO

DAMASO PETRVCCIO

Casus disputatus coram. A. C.

Quando Dominus fundi, in quo aqua nascitur possit illam à consueto cursu divertere in præjudicium vicinorum.

Et de officio judicis competente pro concessione usus aquæ, vel alterius servitutis etiam invito Domino.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Quando opus manu factum inducat usum aquæ jure servitutis, & quem effectum operetur.*
3 *In his materijs non datur extensio de re ad rem.*
4 *De servitute necessaria, quam quis oblato pretio pati debet in re sibi superflua & alteri necessaria.*
5 *Quando disputatur de servitute, qua ubi etiam acquisita non esset, adhùc oblato pretio præstari deberet lite pendente, intrat provisio pro ejus usu.*

IN prædio Catherinæ, duobus existentibus fontibus seù aquæ cursibus, Vno scilicèt in fine versus quoddam fossatum in notabili quantitate unciarum circiter 30. Altero verò in parte superiori modicæ quantitatis unius circiter unciæ, ista minor retroacto tempore naturali cursu fluere consuevit in dictum fossatum seù aquam majorem, quæ tota decurrens ad fundum inferiorem alterius vicini, pro usu ferreriæ istius deservit; Cum autem Damasus aqua pro usu ejus prædij seù vicinæ officinæ indigeret, atquè à præfata Catherina concessionem dicti parvi fontis superioris obtinuisset, ei dictam aquam ad suum prædium vel usum divertere volenti, se opposuit alter, qui totius seù utriusque aquæ prædictæ usu huc usque potitus est.

Hinc orà controversia coràm A. C, atque admissa hinc indè juris theorica, tamen circa regulam divertere volenti assistentem, quàm circà limitationem ex opere manufacto ad servitutis probationem resultantem, cum in fine dicti fossati adesset opus manufactum cujusdam muri à præfato vicino in dicto prædio constructi & refici consueti, undè propterea utrumque servitutis requisitum concurrebat, Hinc punctus difficultatis restringebatur ad applicationem, quam pro Damaso scribens, in præsenti cum justitiæ fundamento cessare dicebam, Opus etenim manufactum percutit alveum alterius

aquæ

2 aquæ majoris, ne illa deflueret in proximam vallem, unde inutilis fieret ei, qui dictum opus construxit, ideóque respiciebat solum dictam alteram aquam, cujus cursus ex dicta circumstantia non negabatur jure servitutis, Verùm hoc non fluebat ad servitutem alterius fontis superioris, cujus aqua naturali cursu fluere consuevit in dictam aquam majorem, eo modo quo flumina parva intrant in magnum, seu omnes fontes intrant in flumen; Ut enim opus manufactum servitutem probet seu inducat, justificandum est quod in ipsamet parva aqua fontis superioris, de qua erat quæstio factum esset, cum in hac materia ex possessione unius aquæ non inferatur ad aliam, neq; 3 de facili detur extensio ex deductis *in Carpentoraten. aquarum*, in *Bonon. disc. 25. & 29. & in alijs hoc tit.* Stant enim bene simul, quod quis sit Dominus fluminis seu fossati inferioris, in quod plures fontium rivuli naturali cursu derivant, & tamen, quod non per hoc jus Domini vel servitutis habeat in dictis fontibus vel rivulis, utpote diversis, nisi quoties, ageretur de notabili præjudicio usus publici, quia nempe ita ex 4 deviatione fontium seu rivulorum impedita remaneret navigatio, seu cessaret alter usus publicam concernens utilitatem, atque hanc dicebam in proposita facti specie videri veritatem.

Sed quando etiam ex diversis facti circumstantiis contrarium dicendum esset, adhuc tamen cum hæc parva aqua usui dicti vicini se opponentis necessaria non esset, cum altera major exuberaret; Econuerso autē prædicto Damaso satis utilis quimimo necessaria esset, dicebam recte intrare officium judicis pro illius concessione soluto pretio ex deductis *per Thesaur. dec. 245. num. 7. & Ciriac. controv. 310. num. 162.* Et ideo dum etiam in casu victoriæ oppositoris, hujus aquæ usus negari non poterat, itaut litis effectus tantum esset, an oppositori aliquid solvi deberet, nec ne, Idcirco interim negari non poterat per modum sententiæ seu decreti provisionalis, manutentio dicto Damaso in continuatione usus, facta per ipsum obligatione, de solvendo pretium, quatenus ita judicari contingat, prout practicatum fuit per Tribu- 5 nal Cameræ *in Sabinen. viæ seu transitus* inter Principes Burghesium & Barberinum, *de qua sub tit. de Regalibus disc. 136.* quia cum controversum esset, an via esset publica vel privata, sive tamen uno, sive altero modo, pro usu transportationis lignorum aliorumque bonorum per flumen ad Vrbem, transitus impediri non posset, solùmque controversiæ effectus consisteret in solutione damni resultantis ex occupatione territorij, Camera per modum provisionis mandavit continuationem transitus, facta per Burghesium dicta obligatione, quod tamen negatum fuit per Rotam *in una Romana aquæ coram Taja*, in qua causa non scribebam.

* * *
* *

ROSSANEN.

VSVS AQVÆ

PRO

ABBATE MARCO ANTONIO PERRONO ET CONSORTIBVS.

CVM

MVTIO PALAPOLO

Casus benevolè discursus & concordatus.

De divisione usus aquæ fluminis per tempora & centratas inter possidentes prædia adiacentia, Et an hic modus immutari valeat.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *De divisione usus aquæ æstivæ & hyemalis.*
3 *Servanda est consuetudo.*
4 *Pro manutentione: possessoris sufficit sic anno pracedenti usum esse.*
5 *Datur distinctio super conclusione decursus aquæ jure facultatis, vel jure servitutis.*
6 *De differentia inter consuetudinem & præscriptionem.*
7 *Consuetudo immemorabilis in materia aquarum habet vim concessionis.*
8 *Dominus aquæ non potest facere secundam concessionem in præjudicium ejus, cui primo facta est.*

DISC. XXVIII.

PRope Civitatem Rossani quidam decurrit fluvius seu rivus, *Celatus* nuncupatus, cujus aquæ hyberno tempore deserviunt pro usu publico molendinorum existentium à latere sinistro, æstivo autem quando in totum pene exiccatur, itaut quamdam parvam habeat aquam ex vicino fonte derivantem usui molendinorum incongruam, deservit pro irrigādis hortis à latere dextero existētibus, atque ita antiquitus servavit usus, quem violare volens *Palopolus* habens à latere sinistro quoddam prædium in quo hortum facere statuerat, obtinuit à Barone quamdam concessionem, cujus vigore fretus aquam æstivo tempore divertere cœpit, cum gravi præjudicio *Perroni* & aliorum hortos & prædia à latere dextero habentium, unde recurrentibus istis ad eumdem Baronem in Vrbe existentem Innocentij X. tunc Regnantis nepotem, cujus potestatem tunc incongruum erat controvertere, ab isto obtinuerunt committi insigni Iurisconsulto *Andosille*, ut extrajudicialiter & benevole partibus auditis, quid de jure sentiret, referret.

Coràm quo pro *Perrono* & alijs scribens, dicebam istis juris regulam assistere super observantia dictæ

dictæ antiquæ consuetudinis dividentis aquam æstivam ab hyemali, cum sit consuetudo non devians à dispositione juris, qua attenta datur etiam hæc
2 divisio, *ut in l. 1. & toto tit. ff. de aqua quotid. & æstiva*; Quodq; in hac materia servanda sit consuetudo ad litteram probat *text. in l. manifestè C. de*
3 *servit.* ideòque illius observantia demandanda erat, quamvis per alteram partem hujusmodi consuetudinem non benè probatam esse diceretur, quasi quod usus, vel non usus aquæ per habentes prædia in latere sinistro fuisset mera facultas, contra quam non præcedente prohibitione cum subsequuta acquiescentia non datur præscriptio, quoniam hæc exceptio utpotè respiciens petitorium, ac pendens à probationibus hinc indè faciendis, impedire non debeat præfatis habentibus prædia in latu dextero manutentionem in possessione, quæ erat incontrovertibilis, dum in hac materia sufficit pro manutentione, quod ita anno præcedenti servatum esset ad *text. in d.l. 1. ff. de aqua*
4 *quotid. & æstiva Ruin. cons.* 191. *num.* 4. *& seqq. lib.* 1. *Greg. dec.* 100. *num.* 1. *Rot. dec.* 213. *num.* 1. *apud Postium de manut. idem Postius d. tract. observ.* 34. *num.* 8.

Verùm etiam in petitorio distinctionem prædictam inter possessionem jure facultatis vel jure
4 prohibitionis, rectè procedere dicebam in particulari præscriptione, de qua controversia esset inter duos privatos, secùs autem in consuetudine generica seù universali concernente regiones seù contratas in universum, cum tunc inter consuetudinis requisita, istud præcedentis prohibitionis cum subsequuta acquiescentia necessarium non videatur, quia sufficit ita generaliter per longissimum tempus servatum esse absq; contradictione, in
6 hoc enim differt consuetudo à præscriptione, quod ista respicit jus privatum illa verò jus publicum seù universale proportionabiliter & discretivè *adden ad Gregor. decis.* 191, *Capoblan. de Baron. pragm.* 1. *num.* 186. *& seqq. Penia decis.* 754. 861. 993. *&* 1145. *decis.* 20. *par.* 3. *recent. num.* 1. *& seqq. ubi latè annotantes*; Et ex quo sequitur, quod præscriptio reputatur in jure odiosa, præterquàm immemorabilis, consuetudo autem reputatur favorabilis.

Maximè quia huic consuetudini magna æqualitatis ratio assistebat; Cùm enim duo latera seù contratæ fluminis dicantur istud possidere pro communi, itaùt quælibet ex eis debeat illius commodum sentire, ac beneficio juvari tanquam sociæ, usus verò utrique eodem tempore sit incongruus, Hinc proindè justè consuetudo induxit dictam proportionatam divisionem, per quam utrique contratæ benè consulitur, quia hyberno tempore ob aquarum copiam, rectè deservit pro molendinis, æstivo autem cum pro istis non sufficiant, congruè adaptantur pro hortis, & prædijs alterius contratæ, undè meritò in materia aquarum prodijt juris propositio, de qua *in d.l. manifestè* C. *de servit. cum concordan*; ut antiqua consuetudo servanda sit, atque hanc ex dicta facti circumstantia dicebam mihi videri veritatem.

Ut altera pars intentum obtineret, cognita potentia Baronis, cui ob jam dictam circumstantiam, *Perronus* & cæteri contradicere nolebant, insistebat super adulatorio motivo Dominii fluminis, quasi quod utpotè contentum in investitura loquente etiam de fluminibus, illud esset de Domino Baronis, qui poterat suo libito concessiones facere; Verùm omisso puncto dominii, contrà quod multa relevantia dici poterant, Replicabam, quod eo etiam posito, ubi jus aquæ ex ejusdem Domini concessione quæsitum est, sivè etiam ex 7
immemorabili possessione, quæ vim concessionis obtinet *juxtà tex. in l. hoc jure ff. de aqua quotid. & æstiva*, tunc non potest idem Dominus eamdem aquam alteri concedere, quia licèt jus ducendi aquam ex flumine vel fonte pluribus concedi pos-
sit, attamen secunda concessio intelligenda est 8
dummodò alijs, quibus anteà concessa fuit præjudicium non pariat, Ut ultrà propositiones generales, in his specialibus terminis probant *tex. in l. Imperatores ff. de servit. rustic. præd, in l.* 1. §. *qui rivos ff. ne quid in flumin. pub. & in l. aquam Cod de servit. & aqua.*

Atq; *in d.l. hoc jure circa fin. prin.* decidi dicebam casum in puncto præjudicij ejus, qui est in altera parte ripæ ob fluminis angustiam, ibi: *Vel si angustus amnis sit etiam ei, qui in alia ripa sit*; Quodque fluminis divisio, quæ pro modo possessionum ad irrigandos agros facienda est, cesset si aliquis plus juris quæsiisse ostenderit, ad litteram probat *text. in d.l. Imperatores ubi glos. verbo ostenderit*, explicat vel ex concessione Domini, vel ex possessione immemorabili. Esset enim alias tollere jus tertij, quod neque in concessione facta per supremum Principem sublatum intelligitur, sed potius præservatum *ad text. in l.* 2. *ff. ne quid in loco publico cum concordan, deductis in Romana fabricæ de Mancinis disc.* 5. *& in alijs hoc tit*; & in his terminis *Rot. decis.* 61. *par.* 4. *rec. tom.* 2. *num.* 8. Multo minus id dicendum est in Barone, in quo, neque volente datur hæc potestas tollendi jus tertij, quæ solum posita voluntate, vel de jure, vel de facto residet in supremo Principe; Quamvis autem deputatus hanc agnosceret, & fateretur esse veritatem, attamen ex quibusdam prudentialibus motivis opus fuit controversiam mediante tranfactione sopire.

CARPENCTORATEN. AQVARVM.

PRO

COMMVNITATE CARRVMBI.

CVM

COMMVNITTAE CARPENCTORACTEN.

Casus decisus in possessorio per Rotam pro Communitate Carrumbi.

De materia aquarum, Et sub earum concessione quæ veniant, & quæ concedenti reservatæ censeantur, Et de possessorio retinendæ, seu de manutentione in proposito competente.

SVMMARIVM

1 FACTI *series.*
2 *Aqua est ejus, in cujus territorio nascitur.*

3 Et

3 *Et cessante opere manufacto potest semper Dominus divertere.*
4 *Habens pro se regulam, sufficit allegare, donec probetur limitatio.*
5 *Servitus strictè capienda est ad limites concessionis vel possessionis.*
6 *Habenti causam universalem sufficit, quod prætendens causam particularem non probet comprehensionem speciei sub ejus concessione.*
7 *Possessio vel præscriptio in una re vel specie non suffragatur quoad alteram.*
8 *Concessa aqua, an censeatur concessa in toto vel in parte, declaratur propositio.*
9 *Concessio usus aquæ intelligitur ultra usum proprium, & ex propria necessitate arguitur quid concessum sit.*
10 *Idem de concessione juris pascendi in alieno territorio, quia intelligitur ultra usum civium.*
11 *Prima charitas incipit à seipso*
12 *Licet res inter alios acta alijs non præjudicet facit tamen adminiculum.*
13 *Ponderantur plura adminicula, ex quibus desumatur quid in cessione aquarum contineatur.*
14 *De Testibus suspectis.*

DISC. XXIX.

1 IN territorio Carrumbi adest quidam collis, quem Carpenses prætendunt unicam habere nuncupationem *de alpibus*, Carrumbenses verò dicunt, & melius probant, duplicem habere nuncupationem, Vnam in proclivitate Occidentis *de alpibus*, Alteram verò à parte Orientis *de lauron*; Cumque in dicto colle plures adessent fontes seu aquarum scaturigines, de anno 1313. Romana Curia in Civitate Carpensi residente, Dominus & Communitas dicti loci vendiderunt Papæ pro usu dictæ Civitatis omnes aquas *de alpibus*, quæ collectæ in quodam magno specu, per tumbas seu aquæductus magnifica structura, ut Pontificiam decebat magnificentiam, ex tunc ductæ fuerunt ad Civitatem; Quia tamen tractu temporis aquæ prædictæ, vel ex alicujus scaturiginis deficientia, vel ex alio accidenti in parte deficere cœperunt, atque in eodem colle in altera parte nuncupata *de Lauron* notabilis adest scaturigo, quæ influens in quemdam fontem seu rivulum nuncupatum *de Rialia* deservit pro irrigandis hortis & prædijs Carrumbensium, ac etiam pro usu molendinorum ejusdem loci, Hinc prætendere cœperunt Carpenses, aquas prædictas *de Lauron* utpote in generali venditione compenhensas ad ipsos pertinere, indebiteque per Carrumbenses diverti in dictum rivum *de Rialia*, unde propterea usque ab anno 1427. & antea, ortæ fuerunt controversiæ tunc per quamdam concordiam sopitæ; Circa vero annum 1572. denuo excitatæ, deindeque aliquo intermediante silentio reassumptæ fuerunt circa annum 1659. de quo, vel sequenti, cum V. legati Auditor quamdam sententiam ad favorem Carpensium contra Carrumbenses de facto toto dicto tempore istas controversas aquas *de Lauron* possidentes protulisset, introducta causa per appellationem ad Cardinalem Legatum Avenionensem, atq; per istum expetito voto *Rota coram Taja*, assumpta fuit disputatio super interdicto possessorio retinendæ, super quo non capta resolutione mandatum fuit, etiam ad manutentionis effectum, juxta Rotæ stylum, videri de bono jure, super quo assumpta disputatione *sub die* 27. *Novemb.* 1662. prodijt resolutio Carrumbentibus favorabilis, deindeque ob aliqua publica illius Principatus accidentia causa ulteriorem progressum in Rota hucusque non habuit.

In hac igitur ultima disputatione, scribens pro 2
Carrumbensibus dicebam juris regulam istis assistere, ut scilicet, omnes aquæ in isto colle, tam ex parte Orientis quam Occidentis nascentes, ad istam Communitatem pertineant in cujus territorio nascuntur, quoniam aquæ dicuntur ejus, in cujus territorio scaturiunt juxta textus *in l. aquam & l. præses, Cod. de servit. & aqua l. Proculus ff. de damno infecto* cũ concordantibus *per Paris. cons.* 112. *num.* 1. *cum seqq. vol. primo Loff. ed. cons.* 13. *num.* 18. *Cancer. par.* 3. *var. cap.* 4. *de servit. num.* 230. *Altograd. cons.* 97. *num.* 21. *vol.* 2. ac pro absoluto admittitur *apud Thesaur. decis.* 245. *de Marin lib.* 1. *resolut.* 16. *Rot. apud Rotas in Melevitana decursus aquarum* 28. *Iunii.* 1651. *inter suas decis.* 460. *& in eadem* 31. *Ianuarii* 1656. *coram Meltio*, in quibus firmatur, ut cessante opere manufacto, quod servitutem indicet, liceat ei in cujus prædio aquæ nascuntur tanquam earum Domino illas divertere, eisque uti modo sibi bene visso, quamvis per mille annos naturali cursu fluens ad aliorum usum deservierit & habetur *in Bonon. aquarum de Angelellis & in aliis hoc eodem tit. pluries.*

Hinc proinde fundata remanebat intentio Istius Communitatis in Domino seu causa universali, adversus quam, cùm ex altera parte adduceretur solùm titulus seu causa particularis resultãs ex prædicta concessione, tanquã limitatio regulæ, idcirco onus ipsius erat concludenter probare quod sub dicta ejus concessione istæ aquæ essent comprehensæ, quoniam habens pro se regulam alio probationis onere non gravatur, sed fundatam dicitur 4
habere intentionem. donec allegans limitationem illam probet *Mantic. dec.* 251. *num.* 4. *cum alijs per Barbos. axiom.* 198.

Instrumentum verò concessionis aquarum de Alpibus utpotè importans traductionem aquæ jure servitutis, seu particularis concessionis, operari non debet nisi ad limites verborum, quoniam 5
servitus stricte capienda est ad limites suæ concessionis vel possessionis, & non ultra *l. si manifeste C. d. servit l. ex meo ff. de servit. rustic. præd.* in terminis possessionis aquarum *latè Paris. cons.* 114. *n.* 21. *cum seqq. vol.* 1. *Cepoll. c.* 4. *de aquæductu n.* 47. *Capyc. Latr. consult.* 8. *n.* 3. *cum seqq. &* 11.

Habenti etenim causam universalem sufficit quod per allegantem limitationem non probetur comprehensio casus vel speciei, de quo est quæstio 6
Buratt. dec 321. *num.* 5. *Duran. dec.* 446. *num.* 6. *Rot. dec.* 324. *num.* 5. *par. prima recent. &* 220. *num.* 25. *par.* 9. Quodque possessio vel præscriptio in una re, seu ad unum effectum, non prosit 7
ad alios effectus vel alias res, in his terminis aquarum. *Paris. dicto cons.* 114. *nu.* 23. *& seqq. Venturin. cons.* 20. *num.* 2. *&* 3. *&* 115. *Altograd. dicto cons.* 97. *n.* 134. *cum seqq.*

Observandum enim advertebam nos non versari in ea quæstione, an venditare, cujus vocabulum est unicum illamq; totam importat, censeatur in dubio vendita in totum vel in parte, quo casu, nisi facti circumstantiæ aliud suadeant regula assistit emptori, ex plenè deductis *in Romana apothecarum seu pecuniaria* 8. *Iunij* 1654. *&* 25 *Iunij* 1655. *coram Bichio, &* 17. *Februarij* 1656. *coram Bevilaqua* & in sua materia *sub. tit. de empt.*

In

In hac enim facti specie venditor non negabat emptori seu concessionario totum id, quod in concessione continetur, sed punctus erat, an id quod ab emptore agendo prætenditur, includatur nec ne in concessione, Et in hoc firmiter dicebam onus esse concessionarij probare adversus habentem regulam seu causam universalem, quæ alio non probato sufficit, ideoque non videbantur applicari deducta *in Interamen. aquarum coram Manzanedo* 213. *apud Postium de manutent.* minusque
8 ad rem faciebant aliæ auctoritates quæ ex parte Carpensium deducebantur, quoniam punctus non erat in eadem aqua seu scaturigine, an scilicet tota vel pars sub concessione vel alia acquisitione veniret, sed erat in diversitate scaturiginis, ac loci ut supra.

Clarius autem præmissa procedere dicebam, stantibus tot adminiculis, præsumptionibus, ac etiam veris probationibus, itaut spectando consuetam regulam, *ut singula, quæ non prosunt, unita juvent*, quam in antiquis præsertim spectan-
9 dam esse habetur apud *Cavaler. dec.* 93. casus videretur extra dubietatem; Prima etenim & quidem fortis conjectura deducebatur ex indigentia istarum aquarum *de Lauron. & rialia* pro irrigandis hortis & prædijs ac pro usu molendinorum Carrumbensium; Præsumptio enim est, concessam fuisse aquam exuberantem, & proprio usui non necessariam, non autem quæ ipsi concedenti necessaria vel opportuna erat, juxta textum expressum *in l. præses Cod. de servit. & aqua* ibi, *Cum sit durum & crudelitati proximum ex tuis prædiis aquæ agmen hortum sitientibus, agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari.*

Ex cujus textus ratione prodijt etiam conclusio in materia pascuorum, quod concesso jure pascendi in alieno territorio, intelligitur de eo, quod
10 superest ultra usum Domini & civium *Covarr. lib. primo var. cap.* 17. *num.* 11. *Surd. de alim. tit.* 7. *quæst.* 8. *num.* 6. *Rovit. super pragm. in rubr. de pascuis. n.* 17. Et confert propositio firmata *per Canonistas in cap. dilecti de arbit.* quod prima charitas incipit à seipso, neque probabile est ad alie-
11 num oblectamentum seu abundantiorem commoditatem concessum esse id quod proprio usui necessarium erat.

Secunda deducebatur conjectura seu adminicu-
12 lum ex statuto hujus loci Carrumbi condito de anno 1387. & sic de tempore non multum remoto à concessione, & quando recens erat memoria concessionis cum subsequuto usu, præsertim cum tunc nulla exorta esset inter istas partes controversia, in quo statuto agitur de usu aquarum *Lauroni*, & quomodo Carrumbenses ad controversias inter eos removendas, non impedito publico usu molendinorum, illis uti deberent, ex quo statuto aperte
13 liquet de distinctione partium dicti Collis à parte Orientali cum diversa nuncupatione à parte Occidentali. Quod etiam corroborationem recipit à quadam sententia lata de anno 1458. inter procuratorem fiscalem Baronis seu Domini dicti loci, & Sindicos ejusdem Communitatis super purgatione & emundatione dicti fontis *de Lauron*, super quo etiam inter dictos procuratorem fiscalem & Sindicos prodijt concordia de anno 1504.

Licèt enim ex parte Carpensium alle garetur regula deducta ex textu *in l. sæpe ff. de re judic.* ut res inter alios acta alijs præjudicare non debeat, Replicabam tamen id procedere, quoties id adduceretur pro unica concludenti probatione, alijs probationibus, vel adminiculis non suffulta, secus autem ubi deducitur tanquam unum ex adminiculis seu præsumptionibus, præsertim in concernentibus Dominium seu possessionem, quia, cùm eadem res non possit eodem tempore per duos insolidum possideri, *ad text. in l.* 3. §. *ex contrario ff. de acquir. poss.* rectè per actus inter alios factos possessio probatur; Improbabile siquidem omnino dicebam, quod si hujusmodi aquæ dominium & possessio fuissent penes Carpenses, maximè spectato eo tempore, quo, vel Romana Curia ibi residebat, vel saltem ob proximum discessum recens erat memoria, voluissent statuentes de istius aquæ usu agere, quodque adeo gravis & longa versa esset controversia inter ejusdem loci Dominos & Communitatem, super ejusdem aquæ usu per concordiam demum sopita.

Tertia deducebatur conjectura ex diversitate nominis seu vocabuli, quæ licet negaretur per Carpenses, attamen satis concludenter per Carrumbenses justificabatur, quod scilicet *lauron* non esset vocabulum generale Regionis, seu particulare alicujus prædij contradistinctum à toto colle, sed solum convenire uni declivitati seu parti collis prædicti, ut supra; Hoc enim junctum cum observantia alijsque adminiculis & circumstantijs, clare probabat, quod sub concessione aquarum de alpibus non venirent iste *de lauron* utpotè diversæ, cùm in hujusmodi concessionibus stricta facienda sit interpretatio ut supra.

Quarta satis evidens concurrebat conjectura resultans ex qualitate ædificij, quoniam in aquis contentis in ea parte, quæ de alpibus dicitur, cernitur magnum & sumptuosum ædificium cum Pontificijs insignijs, & à quo usque ad Civitatem continuant formæ seu aquæductus lapidei, sumptuosæ & nobilis structuræ; Econuerso autem neque in ipso fonte seu scaturigine *de lauron* aliquod nobile cernebatur ædificium, neque in spatio intermedio aderant formæ seu aquæductus ejusdem structuræ; Quinimo probabant Carrumbenses quod moderno tempore & attentate Carpenses rupes demoliri curassent, ut aquas *de lauron* traducerent ad magnum specum, in quo aliæ aquæ colliguntur; Si enim ab initio sub dicta concessione, partium intentio fuisset omnes aquas collis includere, utique ex tunc in adeo sumptuoso opere neglectum non fuisset istud modicum pro his etiam aquis colligendis.

Quinta conjectura deducebatur ex oculari inspectione significata per mappam geographicam ser: ser: confectam, ex qua constabat de declivitate; Constat enim fontem *lauronum* fluere in aquæductum propendentem versus *rialiam*, ita ejus naturali cursu postulante; Econverso autem eodem naturali cursu spectato, defluere non posse ad dictum specus & aquæductum Carpensium absque devastatione rupum intermediarum, quæ vivæ ac nunquam elaboratæ recognitæ fuerunt ex oculari inspectione, quæ dicitur evidens probatio omnem aliam speciem probationis superans, ut in specie plantæ seu mappæ geographicæ, ex qua apud judices ocularis inspectio resultat, *Rot. dec.* 197. *num.* 5. *par.* 8. *recen.*

Sexta demum, alijs pluribus omissis, satis etiam evidens conjectura deducebatur ex qualitate formarum, quæ ostendebantur proportionatæ ad capiendas aquas *de alpibus*, incapaces verò; & incongruæ ad complectendas omnes istas, quæ sub primæva concessione comprehensæ prætendeban-

tur

tur; Sicuti enim ex pretij quantitate resultat præsumptio quid & quantum in concessione seu contractu deductum sit, *ut in allegatis decisionibus Romana pecuniaria seu apothecæ coram Bichio, & Bevilaqua cum concordantibus apud Gregor. & adden. dec. 126.* ita ex hujusmodi ædificiorum & aquæductuum forma, ex rationis identitate eadem præsumptio resultat, Accedente potissimum longissima observantia, quæ ex temporis tam magno intervallo dici etiam poterat præscriptiva antiquæ concessionis, quamvis juxta sensum alterius partis esset complexiva hujusmodi aquarum, multo magis illam attendendo tanquam interpretativam.

Et quamvis adversus testes super hujusmodi observantia inductos, nonnullæ opponerentur exceptiones, attamen istis testibus rationabiliter magis deferendum visum fuit, utpotè à prædictis præsumptionibus & demonstrationibus magis adminiculatis, ideoque ex his & aliis per cæteros defensores deductis, reflectendo etiam ad solam veritatem, justa benéque fundata visa fuit dicta resolutio.

SANCTI SEVERINI AQVARVM.

PRO CACCIALUPPIS.

CVM LUTIO PUCCITELLO.

Casus disputatus in Congregatione boni regiminis, incertus est exitus.

Aqua concessa uni pro usu molendini vel alio, an concedi possit alteri pro eodem vel simili usu in primi concessionarij præjudicium.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Secunda concessio semper intelligitur, dummodo non præjudicetur primæ.*
3 *Facta uni concessione molendini, non potest concedi facultas construendi aliud in parte superiori.*
4 *Declaratur dicta conclusio, & in quo præjudicio procedat.*
5 *Distinguuntur species præjudiciorum.*

DISC. XXX.

AQuas post servitium publicorum molendinorum ad flumen reversuras, concessit Communitas Sancti Severini Caccialupis descendentibus à celebri, & probato auctore *Caccialupo* alias *Io: Baptista de Sancto Severino*, sub annua responsione scutorum quatuor, pro usu molendini seu ædificij ad usum gipsi; Post annos autem 20. circiter Puccitellus curavit obtinere ab eadem Cōmunitate sub annua responsione scutorum sex facultatem divertendi aquas virgines ex vallato molendinorum, quantum sufficerent pro usu alterius molēdini seu ædificij pro cōsimili ædificio gipsi, quæ diversio notabile præjudicium generabat, tum molendinis publicis ejusdem Communitatis, tum etiam dicto alteri molendino seu ædificio, privato quoniā ob aquæ diminutionē longe minor operatio sequebatur, quam de præterito consuetum esset, unde orta inter has partes controversia, & introducta causa in Congregatione boni Regiminis.

Scribens pro Caccialupis dicebam, juris regulam eijs assistere, ut scilicet facta uni concessione, alia fieri non possit alteri in primi præjudicium, cum semper secunda concessio tacitam habeat conditionem, quatenus primo concessionario non præjudicet *juxta textum expressum in lege secunda §. si quis quod*, vers. *merito, & §. si quis a Principe ff. ne quid in loco publico*, Et in terminis indivi- 3
dualibus concessionis licentiæ pro constructione molendini, quod post illud ædificatum, non debeat effectum sortiri consimilis licentia alteri concessa construendi novum molendinum in parte superiori, unde divertatur aqua, quæ inferiori juxta solitum non sufficiat, *Bart in l. quominus num. 2. ff. de flumin.* benè *Practic. Papien. sub. tit. de confessoria* vers. *servitus aquæ ductus num. 7. circa finem fol. in meis 124. à tergo Tondut. par. 2. qu. civil. cap. 48. num. 16. & 17. Surd. cons. 130. num. 9. Faber. in Cod. lib. 3. tit. 24. de servit. & aqua diffin. 5. Galeot. lib. 2. controv. 53. num. 60. cum seqq. Capyc. Latr. consult. 8. num. 36. Rot. dec. 61. num. 8. & 9. par. 4. rec. tom. 2.* & tanquam absolutum supponit *Gratian. discept. 89. in princ.*

Et in Effectu ita est; quoties agitur de flumine publico, atque ille qui præoccupavit licite fecit, cum licentia scilicet illius superioris, ad quem illam concedere spectabat, dummodo præjudicium sit 4
reale resultans ex diminutione aquæ, secus si agatur de præjudicio accidentali & voluntario, quod resultat ex majori vel minori molentium concursu, quoniam juxta magis communem istud non habetur in consideratione, nisi ageretur de concessione in flumine privato, atq; facti circumstantie ostenderent partes habuisse respectum ad jus privativum, quod præsertim ex quantitate pretij soluti seu præstationis conuentæ pro concessione desumitur, ut distinguere solent scribentes ad intelligentiam doctrinæ *Bart. in l. non modus C. de servit. & aqua*, & de quo plenè agit *Capyc. Latr. dicta consult. 8.* Unde propterea, ad veritatem etiam reflectendo, 5
dicebam quæstionem esse magis facti quam juris, an scilicet præjudicium quod Caccialupi sibi generari dicebant, esset accidentale & voluntarium, ut per alteram partem dicebatur, quod nempe ægrè ferrent adesse aliud ædificium ejusdem materiæ, per quod cessante quadam specie juris privativi, minorem concursum haberent; sive materiam viliori pretio vendere cogerentur; Vel potius præjudicium esset reale, quia nempe ob aquæ diversionem fieri non posset consuetum laborerium, Atque cum hoc sensu processit Congregatio, committendo in partibus informationem super hac facti circumstantia, ad effectum exinde efformandi judicium ac se certificendi de præsupposito præjudicio exinde resultante Communitati & molendinis publicis tempore æstivo.

URBEVETANA

DECVRSVS AQVARVM

PRO

BALDO ALBERTO

CVM

MONIALIBUS SANCTI PETRI, ET ALIIS.

Casus terminatus per A. C. in possessorio pro Monialibus.

An Dominus fundi, in quo aqua nascitur, possit illam pro suo libito divertere in præjudicium vicinorum, & quid in præjudicium usus publici,

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Dominus aquæ potest quandocumque eam divertere a cursu consueto si est jure facultatis, secus si jure servitutis.*
3 *Quando dicatur jure servitutis.*
4 *Quid concurrere debeat, ut opus manufactum inducat probationem servitutis.*
5 *Principalis conclusio de diversione aquæ fluentis, jure facultatis limitatur ubi præjudicatur etiam usui publico,*
6 *Exominatur veritas dictæ limitationis.*
7 *In possessorio quoties possessio est longa, vel cadit dubium, an intres aliqua limitatio, decernendum videtur contra volentem divertere & innovare.*

DISC. XXXI.

1 CUM aqua oriens in prædio Alberti flueret in viam publicam eidem prædio adiacentem, in quodam limite intermedio inter viam & prædium, incertum est cujus opera, constructum fuit quoddam fontanile, ex quo dictæ aquæ usum habebant, tam coloni & animalia prædiorum vicinorum, quam cæteri per viam transeuntes; Volente autem Alberto aquam prædictam ex ipso originario fonte in aliũ usum sibi aliqualiter proficuũ divertere, seque opponentibus vicinis.

Ex Alberti parte requisitus dicebam, hujusmodi controversiam, modicam vel nullam hodie habere juris quæstionem, totamque esse facti, &
2 applicationis, spectando, scilicet, an decursus fuerit jure facultatis vel jure servitutis; Si enim esset juxta primam partem, receptissima propositio est, Dominum aquæ posse illam quandocumque pro libito divertere, etiamsi per mille annos & ultra ita effluxerit, quia in facultativis non intrat præscriptio, neque temporis lapsus aliquid operatur, ut ultra generalia in his terminis specialibus cursus aquæ post antiquiores ab eis allegatos firmant *Thes. dec.* 245. *de Marin. resol quotid.* 16. *lib.* 1. *Rot. dec.* 425. *num.* 3. *cum seqq. par.* 4. *rec. tom.* 2. *in Melevitana decursus aquarum* 28. *Iunij* 1651. *coram Roias inter suas decis.* 460. *& in eadem latius, ac*
3 *magis ex professo* 31. *Ianuari* 1656. *coram Meltio & admittitur apud Ciriac. controv.* 310. *Altograd. cons.* 97. *vol.* 2. Apud quos firmatur etiam casus controversus, ubi nempe cursus aquæ in prædia inferiora seu alium locum eorum usui adaptatum, esset jure servitutis; quæ in proposito constituitur, vel ex conventione, vel ex ultima voluntate, vel ex prævia prohibitione cũ subsequuta longi temporis acquiescentia, vel demum, quod aquæ cursus fuerit per opus manufactum, per quod excludi dicitur cursus jure naturalis facultatis.

Verùm ut hic tertius modus servitutem inducat, duo copulative concurrere debent, Primò nempe quod tale opus sit in ipso fundo superiori contra quem servitus acquisita prætenditur, quia nihil interest aliquod opus manufactum esse in fundis inferioribus pro usu ejusdem aquæ, postquam exivit à fundo superiori, cui propterea præjudicium exinde non resultat. Et secundò, quod dictum opus manufactum constructum sit non ab ipso Domino fundi superioris pro ejus usu & commoditate, sed à Domino fundi inferioris, sivè quod ad istius usum principaliter opus ordinatum sit *Cyriac. controv.* 310. *num.* 159. *cum sepq. Rot. dicta dec* 425. *num.* 15. *par.* 4. *rec. tom.* 2. *& cæteri superius allegati, & habetur in Bononien. aquarum hoc eodem tit. disc.* 25.

Motivabam tamen, mihi non levem inferre 5
difficultatem circumstantiam fontanilis existentis in via publica, sive ad illam respondentis, quoniam ex aliquorum scribentium intentione, prædicta regula generaliter verissima, limitationem patitur, ubi aqua deserviat usui publico, in cujus præjudicium diverti non potest, ut firmat *Riminald. seu Scarlatinus apud ipsum scribens cons.* 624 qui magis præcise loquitur, atq; ad idem per alteram partem allegabantur *Bornignin. dec.* 6. *n.* 49. *in fine par.* 5. *& Cancer. par.* 3. *var. cap.* 4. *de servit. num.* 241. *&* 244. quod probari etiã videtur ex dispositione *text. in l. diligenter* 9. *C. de aquæduct. lib.* 11. ubi ponderat, an aqua privata facta sit publica.

Adversus hujusmodi limitationem ac auctoritates pro ejus comprobatione adductas dicebam, 6
quod singulas examinando vere non habent fundamentum, *textus enim in l. diligenter* loquitur, ubi ipse fons originarie privatus effectus esset publicus, publicoque usui destinatus, ut ex lectura, ideoque non percutit casum, in quo fonte remanente privato, aqua ex illo oriens postquam fundum egressa est alicui publico usui paretur; *Cavalcanus autem dicta decis.* 6. *num.* 49. plenè firmat regulam ut supra favore Domini aquæ constitutam, Et licet circa finem referat hanc limitationem allegando *Riminald. & Franch. Marc.* ipse tamen nihil firmat, quinimo potius annuere videtur sibi limitationem non probari, dum relinquit cogitandum & *Franch. Marc. loco cit.* pariter non percutit casum, quia loquitur solum de aqua, quæ ducitur ex publico, *& Cancer.* nihil in proposito firmat, neque suum interponit judicium, sed tantum loquitur relative *ad Thesaur jun. in addit. ad Patrem dicta dec.* 245. qui loquitur ubi ex aquæ diversione impediretur usus molendinorum, seu alias publica utilitas magnum sentiret damnum, præsertim ubi ageretur de aliquo flumine vel stagno ex pluribus privatorum aquis ibi decurrentibus effecto navigabili, quodque ex aquarum diversionibus navigatio impediri posset, cum similibus, unde damnum publicum esset notabile, ut requiritur ad effectum, ut diverti non valeat, ut ponderatur *per Rot. in Gerunden. fontis* 11. *Martij* 1594. *coram Millino, & in Bonon.*

molendini 9. Decembr. 1619. coram Dunozetto seniore inter suas dec. 231; & in his terminis loquitur etiam *Riminal.* sivè scribens apud eum, dum *num.* 7. ponderat magnum præjudicium publicæ utilitatis molendinorum, ac etiam principaliter seu fundat in Statuto *Regien.* disponente omnes aquas decurrentes per territorium spectare ad Communitatem sub dispositione Principis. Vnde propterea limitatio remanere videtur destituta auctoritate & ratione, præterquam in casu quo ageretur de præjudicio notabili usus publici, quale in proposito dici non poterat, dum supponebatur quod ob communitatem cujusdam vicini fluminis, dictum fontanile deserviret solùm ad quamdam superabundantem commoditatem duorum vel trium prædiorum adiacentium atq; super hoc partes non concordabant in facto, dum per alteram supponebatur aquam fluminis seu fovei adiacentis ex ejus mala qualitate non esse aptam usui hominum vel animalium, ideoque istum fontem remanere necessarium pro usu etiam viatorum.

His stant bus judex in possessorio, salvis juri-
7 bus Domini fundi in petitorio, decrevit isto pendente aquam immutandam non esse à consueto cursu, atque mihi justa visa est resolutio, quam ab initio; Alberto requirenti motivavi, Tum quia ubi agitur de possessione temporis longissimi illa in hoc summarijssimo possessorio etiam in facultativis videtur manutenibilis ob possibilitatem justificandi titulum & excludendi facultatem in petitorio, accedente etiam præsumptione facultatis exclusiva, ubi longissima possessio intercedit ex deductis *dec.* 186. & 380. *par.* 11. *rec.* Tum etiam quia negari non potest dictam limitationem esse veram, quoties præjudicium publico usui resultans esset notabile, An autem esset tale necne pendet ex probationibus facti ex quibus potest ita verificari, hæc autem possibilitas sufficit, ut interim concedenda sit manutentio ad statum.

ROMANA

PVTEI

PRO

DUCISSA LATERÆ SABELLA FARNESIA

CVM

PAULO MACCARANO

Casus disputatus coram Camerario, & resolutus pro Ducissa, postea concordatus.

De jure hauriendi aquam è puteo existente in domo vicini, An & quando competere dicatur jure servitutis, vel potius jure condominij; Et de possessorio in hac materia competente; Et an & quando una domo divisa in plures partes seu membra, constituta censeatur servitus in una parte ad favorem alterius, super juribus & commoditatibus, quæ habebantur in tota domo, quando erat unita.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *In possessorio retinendæ non quæritur de justitia vel injustitia negotij principalis, & quando de eo videatur.*
3 *Existenti in possessione hauriendi aquam danda est manutentio.*
4 *Multo magis ubi est possessio diuturna.*
5 *Possessio temporis considerabilis attenditur etiam ubi jus resistit, vel in materia facultativa.*
6 *De servitute dicendi aquam ex alieno puteo.*
7 *Servitus habens causam discontinuam exigit immemorabile.*
8 *Et quid requiratur ut intret præscriptio ordinaria.*
9 *De puteo communi totæ domui, omnibusque ejus partibus licet divisis sivè communi pluribus domibus, & quod inducat consortium.*
10 *An vendita parte domus, & parte retenta, censeatur constituta servitus circa illas servitutes quas prius una pars alteri præstabat.*
11 *In quibus terminis procedat quæstio de qua numero præcedenti.*
12 *Observantiæ tanquam interpreti est deferendum.*

DISC. XXXII.

CUM aliqui de familia Sabellorum privatæ 1
fortunæ, ad radices palatij seu montis Sabelli constituti ex Theatro Pompei domum possidentes, illius partem vendidissent Ducissæ Lateræ, seu ejus patri, partem verò pro se retinuissent; illam diversis personis locando, longæva observantia annorum 30. & ultra, dedit quod utriusque partis inquilini, mediante quadam porta, quæ semper retinebatur aperta, communem ac promiscuum habuerunt usum putei existentis in parte invendita, qui nuper empta per Paulum Maccaranum; Hic de facto portam prædictam claudendo, hujusmodi usum impedivit inquilinis dictæ partis spectantis ad Ducissam, Vndè propterea introducta lite coram Camerario, suspensoque petitorio, ac restricta petitione ad solum possessorium reti-
nendæ, quod vulgò manutentionis dicitur, in isto 2
decretum dictæ Ducissæ favorabile prodijt, cujus tamen judicij occasione, juxta Curiæ stylum, etiam de petitorio seu meritis negotij principalis actum fuit incidenter, atque ut dicitur pro gustu; Licet enim in hoc summarijssimo possessorio quæri non soleat de justitia vel injustitia, sed attendatur nudum factum possessionis, rejecta ad petitorium exceptione boni juris, quoties istud non probetur incõtinenti omninò certũ, & indubitatum per rem judicatam vel propriã confessionem, nulla exceptione elidibilem, Nihilominus de eodem bono jure incidenter gustari solet, ad idem possessorium facilitandum, in omni & quacumque materia. Multò verò magis ac rationabiliter de eodem bono jure saltem summarie & pro gustu cognoscendum est in hac subjecta materia, in qua nudum factum possessionis non videtur ita de facili operativum, cum referri valeat ad jus facultativum, seu precarium ac benevolam convenientiam & permissionem; Non habuit autem causa ulteriorem disputationis progressum in petitorio, quoniam quædam honesta concordia illi finem dedit.

Duæ igitur fuerunt istius controversiæ partes seu inspectiones, una scilicet in possessorio altera

vero

1 verò in petitorio seu bono jure; Quoad primam, de plano dicebam, etiam cum sensu veritatis, respondendum esse pro dicta Ducissa; cujus possessio erat indubitata *per text. expressum in l. unica in principio ff. de fonte*, casum in puncto litteraliter decidentem per hæc verba, *Prætor ait uti de eo fonte, de quo agitur hoc anno aqua, nec vi, nec clam, nec precario ab illo, usus es, quominus utaris vim fieri veto, de lacu puteo, piscina, item interdicam*; Quæ verba reassumit *Menoch. in tract. de adipisc. remed. 8. num. 1. nbi & num. sequen. ac per tot.* in his terminis specialibus firmat hoc interdictum retinendæ, quod vulgò manutentionem dicimus, competere dum non agitur de usu seu possessione resultante à solo cursu naturali, in cujus terminis dubitari potest, an intret necne hoc interdictum juxta casum, de quo *in Romana decursus aquarum 23. Iunij. 1662. coram Tajà.*

Clarius verò, quia non agebatur de possessione recenti, sed diuturna, quæ multo magis in hac materia attendi debet, atq; facilius manutentio intrat
4 absque justificatione boni juris, ut ad litteram disponit *text. in l. si quis diuturno ff. si servitus vindicetur*, cujus verba præcisa sunt, *Si quis diuturno usu, & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non sit ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, sed utilem habet actionē, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam precario possedisse.*

Et est generale in quacumque possessione; quæ aliàs regulariter & de sui natura non sit manute-
5 nibilis, vel propter juris resistentiam, vel quia tractetur de materia facultativa, ut efficiatur talis, quando est temporis diuturni *Capyc. decis. 209. n. 18. Cavaler. dec. 80. n. 8. Capyc. Latr. consult. 68. n. 23. cum alijs per adden. ad Gregor. dec. 370. & ad Buratt. dec. 131. dec. 380. n. 5. par. 11. &* in terminis servitutis *Rot. Bonon. divers. dec. 138. num. 58. & sequen.* Et hæc quoad possessorium in quo ut dictum est diuturnitas hujusmodi possessionis per tempus longissimum 30. annorum & ultrà dirimebat difficultates, quæ cadere solent in hujusmodi possessione, tanquam facultativa seu precaria, ut per scribentes in contrarium insistebatur.

Quoverò ad alteram partem petitorii seu in bono jure, Scribentes in contrarium, cum præ-
6 supposito, quod hæc facultas ducendi aquam ex puteo alieno prætenderetur jure servitutis juxtà casum, de quo loquuntur *Roman. singul. 819. & Carpan. ad Statut. Mediolani tom. 2. cap. 331. num. 20.* nimium in hoc se diffundebant probando magis communem & in Curia receptam opinionem esse, hujusmodi servitutes habentes causam discontiuuam, potissimè verò ubi actus de sui natura ad jus precarium seu facultativum referri potest, exigere præscriptionem immemorabilem juxta plene deducta *dec. 101. par. 4. rec. tom. 2. canonizata in Romana servitutis 29. Ianuarij 1666. coram Cerro*, & de qua causa habetur supra *disc. 23.* Et nihil-
7 ominus subjungebant, quod ubi etiam tenenda esset altera opinio relata in eadem *decis. 101*; ut ordinaria præscriptio sufficeret, adhuc, ut ibidem habetur, ac etiam deducitur *in Sabinen. viæ seu transitus sub. tit. de Regalibus disc. 136.* probari debet ab allegante præscriptionem, se jure servitutis, & animo præscribendi habuisse illum usum, qui a-
8 lias precariæ seu benevolæ permissioni referri potest; Potissimè ex ea circumstantia, quod janua, per quam habitatores hujus prætensæ partis Dominantis aditum habere consueverunt ad puteum, habeat portas ligneas, cum quibus ad nutum Domini alterius partis, quam prætendebatur esse servientem claudi poterat, cum tamen sufficeret adesse seu signa, juxta ea quæ in proposito habentur *in Spoletana viæ dicto tit. de Regalibus disc. 137.* Atque super hoc juxta modernum abusum cum copiosis allegationibus, etiam super regulis & propositionibus vulgaribus quas incidenter deducere contigebat, chartas implebant.

Nullam tamen super his dabam responsionem, utpote à casu controversiæ extraneis; Quicquid enim esset de veritate prædictorum assumptorum, quorum examen, longam ac inutilem evagatio-
9 nem exigeret; Dicebam non versari in his terminis, quoniam non prætendebatur ex hac parte hujusmodi facultas jure servitutis, sed jure condominij, quasi quod iste puteus esset officina necessaria toti domui, atq; omnium habitantium usui destinata, utpote continens elementum omnibus æqualiter necessarium, & quod in qualibet mansione seu quolibet appartamento collocari non potest; Unde quando domus licet magna construitur, & cum ea fons seu puteus, iste dicitur destinatus toti domui, omnibusque ejus mansionibus & partibus, quæ inter se dicuntur sociæ in hujus officinæ Dominio, possessione, & usu, illam pro communi insolidum possidentes; Unde propterea habemus quod ex puteo infertur ad consortium seu connexionem plurium domorum, quæ licet inter se divisæ pro unica haberi debeant, *ut apud Gratian. discept. 526. n. 2. 4 & 5.* cū alijs in proposito deductis infra *in Romana prælationis ad materiam retractus disc. 74.* Quodque puteus dicatur pars integralis domus habetur apud *Altograd. cons. 12. nu. 29. lib. 1.* ubi alios adducit; Quinimo etiam unus puteus plurium domorū usui deservire solet, atque ab eis pro communi possideri, ut bene probat *text. in l quia hoc quarta in principio ff. commun. divid.* ibi, *de puteo quæritur, an communi dividundo agi possit*; Et de puteo communi inter plures domos *Bald. in cap. 1. §. si quis de manso de controv. inuest. in usibus feudorum, & Cepolla de servit. urban. prædiorum cap. 47. in principio & per totum*; Et de puteo communi toti viciniæ *Roman. singular. 68.* Item etiam docente communi usu ac naturali ratione, dum non in omnibus mansionibus seu appartamentis diversi putei seu fontes constituī possunt vel solent, sed unus pro tota domo quamvis magna sufficit.

Replicabant scribentes in contrarium hæc procedere, continuante Domino ejusdem domus seu ædificij penes eamdem personam, secus autem data divisione inter plures, ac propterea assumebant 10
quæstionem originatam ex distinctione tradita *per Bart. Castres. & alios in l. qui binas ædes ff. de servit. urb. præd.* de quibus plenè *Surd. cons. 17. num. 23. cum seqq. & num. 28. cum sequen. Berou. cons. 132. num. 17. & 14. lib. 3. Rovit. dec. 98. num. 2. & cæteri.* An scilicet vendita parte domus, censeatur per venditorem constituta vel respectivè reservata servitus super illis commoditatibus, quas una pars alteri præstabat de tempore quo erant sub eodem Dominio; In qua quæstione distingui solet, inter servitutes habentes causam continuam, vel discontinuam, sive an verba venditionis, seu alterius contractus essent ampla & continentia translationem omnium jurium, & pertinentiarum necne, & quam quæstionem Ego reputo de illis, que sunt magis facti, quam juris, certam ac universalem regulam non recipientes, sed in concreto, juxta singulorum casuum circumstantias decidendæ.

Verum pariter dicebam istam quæstionem evagatoriam remanere, utpote extraneam à casu, cum
1 ea percutiat materiam servitutis circa aliquas commoditates, vel majorem amænitatem, absque tamen necessitate, ut sunt, e. g; majus lumen, seu magis gratus, & latus aspectus, aut major copia solis, ac ventorum salutarium, quibus una pars ejusdem domus potitur, ob depressiorem structuram alterius, seu ob aream in ea existentem, An scilicet sequuta divisione, possit Dominus unius partis depressioris seu habentis aream, altius ædificare, atque ita dictis commoditatibus præjudicare cum similibus; Sed non est iste casus noster, quoniam, ut supra dictum est, agitur de officina necessaria, nedum toti domui in universum, sed singulis ejus partibus & mansionibus, pro quibus ab initio æqualiter destinata censetur, Et consequenter ubi una pars venditur cum ejus juribus, ita, nisi venditor aliter declaret, hoc jus translatum censetur; Multo verò magis quia in hujus venditionis instrumento ad favorem emptoris continebatur illa amplitudo verborum & clausularum, ob quam apud *Surd. dicto cons. 17. num. 16. & sequen.* ac alios apud eum, etiam jus servitutis quoad commoditates constitutum censetur.

Et nihilominus dicebam omnem cessare difficultatem, ex eo quod negari non posset, ex præmissis, saltem versari in ambiguo quid partes deducere voluerint in dicto contractu, per quem prior Dominus totius domus partem vendidit, & partē pro eretinuit, unde propterea nimium deferen-
12 dum esset dictæ subsequutæ observantiæ tanquam interpreti, quamvis non esset longissimi temporis, quoniam juxta satis vulgarem, ac in foro quotidianam distinctionem, quoties observantia deducitur tanquam interpretativa, non exigit aliquam temporis determinationem, sed sufficit ita quandoque servatum fuisse: Secus autem ubi illa attendenda est tanquam præscriptiva, cum tunc requiratur tempus cum alijs requisitis ad præscriptionem necessarium. Vnde cum in hac facti specie tempus esset longissimum, ad præscriptivam etiam sufficiens, ita videbatur casum esse extra omnem controversiam; Ea circumstantia potissimum considerata, quod non agebatur de domo per ipsos dominos, seu per duos qualificatos inquilinos in totum respectivè habitata, inter quos ex quadam lege familiaritatis, ac civilis benevolentiæ dictus usus precarius & permissivus esse potuerit, sed de domo conductitia & destinata habitationi plurium personarum de plebe eorumdem vel diversorum exercitiorum, unde cum inter hujusmodi personas in eadem domo vel convicinia habitantes, de facili ac frequenter æmulationes ac rixæ contingere soleant, idcirco nedum satis inverisimile, sed quodammodò impossibile dicebam, ut tot diversi conductores illius partis, in qua erat puteus, tam diuturno tempore, hunc precarium ac benevolum usum pati voluerint, nisi jure servitutis vel condominij id inquilinis alterius partis competijsset, ideoque ista mihi videbatur veritas.

***

MUTINEN.

AQUÆ HAUSTUS

PRO. N.

Responsum pro veritate.

An Dominus putei vel fontis, à quo vicinus aquam haurire solet, possit puteum suffocare, seu fontē alio divertere in præjudicium vicini, Et per quantum tempus hæc servitus aquæ haustus seù ducendi aquam præscribatur.

SVMMARIVM

1 F*acti series.*
2 *Servitus probari potest etiam per adminicula.*
3 *In aquarum decursu naturali non datur præscriptio servitutis, ideò Dominus aquæ potest eam divertere.*
4 *Quod servitus habens causam discontinuam exigat tempus immemorabile.*
5 *Distinguuntur casus & quando procedant conclusiones de quibus num. 3. & 4.*
6. *De ratione ob quam in hac servitute aquæ haustus requiritur immemorabilis.*
7 *Quando dicatur servitus continua per opus manufactum.*
8 *Dominus muri communis nullatenus uti potest muro pro appositione fistulæ.*
9 *An & quando Dominus fundi servientis immutare possit ejus statum consuetum in præjudicium habentis servitutem.*

DISC. XXXIII.

CUM propè murum divisorium domorum N. & alterius vicini in Civitate Mutinæ, in solo seu domo dicti N. adesset puteus seu fons subterraneus unde vicini cum fistula infixa dicto muro divisorio aquam longo tempore haurire consuevit, intenderet autem putei vel fontis Dominus illum suffocare, seu alias aquam prædictam divertere, desuper pro veritate consultus fui, suppressis nominibus an id sibi liceret, itaut vicinus juste posset impedire necne. 1

Respondi id pendere à facti circumstantijs non benè ac distinctè enarratis in facti notula transmissa; an scilicet accederet tempus necessarium ad præscribendam hujusmodi servitutem, sivè alia concurrerent adminicula illam probantia, cum in jure non dubitetur constitutæ servitutis probationem, etiam per adminicula, & præsumptiones fieri posse ex deductis supra *in Ianuen. & in Firmana disc. 2, & 3.* Vel econverso adessent adminicula servitutem excludentia, ac probantia id precario, & ex benevola permissione sequutum esse; Quatenus verò punctus controversiæ reduceretur ad præscriptionem sive jus ex possessione, & usu quæsitum, cum facti notulæ adjunctum esset quoddam juris elaboratum responsum I. C. de partibus, ubi cum aliqua casuum confusione dicebatur, quod vel in ista materia decursus aquarum, tanquam cultativa nulla dari poterat præscriptio, ex ijs quæ 2 antiquiori-

antiquioribus relatis habentur apud *Cyriac. controv.* 310. & 311. *Galeot. lib.* 2. *controv.* 52. & *sequen. Thesaur. dec.* 254. *Vivium dec.* 411. *Surd. cons.* 447. *Cancer. lib.* 3. *var. cap.* 4. *de servit. ex num.* 230. *de Marin. resol. quotid.* 16. *lib.* 1. *Rot. dec.* 425. *par.* 4. *rec. tom.* 2. *in Melevitana decursus aquarum coràm Roias inter suas dec.* 460. & *in eadem.* 31. *Ianuarij.* 1656. *coràm Meltio*, apud quos habenter concordantes.

4 Vel quod in omnem eventum, tanquam in servitute habente causam discontinum quia nemo potest diu noctuque ac semper aquam haurire, requiretur præscriptio immemorabilis, juxta magis communem opinionem quam etiam sequitur Rota, reassumendo in hoc quæstionem ab alto, atque cum magno cumulo allegationum, referendo auctoritates pro utraq; opinione, atq; tam ob auctoritatum numerum, quam ob rationes, summo studio probare curando hanc esse magis communem & veram, itaut cuilibet parum experto tale responsum inspicienti, illud videretur nimium doctum & elaboratum, dum inexpertum vulges ex magna allegationum congerie scriptureque prolixitate, judicium desuper efformare solet.

Dixi totum illum laborem fuisse penitus inanem, ex defectu congrue applicationis, cujus ratione adeo frequentia æquivoca in dies experimur; Tres enim casus præceteris in proposito distinguendos esse advertebam inter se omnino diversos;
5 Quorum primus est, ubi agitur de aqua fluente cursu naturali à fundo superiori ad inferiorem, an scilicet Dominus fundi superioris possit illam pro libito divertere, seu potius Domino fundi inferioris servitus acquisita censeatur; Et in hoc regula assistit Domino fundi superioris in exclusionem servitutis, nisi hæc legitime constituta probetur, vel expresse, vel saltem præsumptivè seu adminiculative, etiamsi diuturno ac longissimo tempore in contrarium fuerit observantia; atque ut nostri dicunt, etiam mille annorum, quoniam cum provenerit ex facultate & cursu naturali, non intrat præscriptio, nisi concurrat opus manufactum existens in fundo superiori, ac principaliter ordinatum pro servitio fundi inferioris, ad effectum ducendi aquam, juxta casum de quo *in Bonon. disc.* 25. & *in alijs* ad hanc eamdem materiam, & in his terminis procedere dicebam auctoritates desuper recensitas ex quibus etiam aliæ per Consulentem desumebantur.

Alter casus est, ubi agitur de hauriendo aquam à puteo vel fonte alieno, quoties propriæ necessitatis vel usus ratio exigat, itaut qualibet vice, qua vicinus aqua indiget, novum actum illam hauriendi, seu ducendi facere debeat, juxta casum, de quo *in Romana putei. disc. præcep.* cum similibus; Et tunc intrat dicta consideratio causæ discontinuæ, cujus ratione requiritur immemorabilis, ob quam quilibet titulus de mundo melior allegari potest, cum alias in ista præsertim materia, possessio, seu observantia de facili referenda veniat ad facultatem, seu benevolam, ac urbanam permissionem; Vbi enim agitur de fonto vel puteo perenni, mo-
6 dicum ac parce ex eo hauriendo, nil Domino crescit & econversò hauriendo multum, nil decrescit vel diminuitur, juxta ea quæ cũ hoc exemplo fontis vel putei advertunt DD. in materia mineralium in magnis & indeficientibus fodinis, ut *in Romana locationis venæ ferri sub titulo de Regalibus disc.* 117. Idcirco magna inurbanitas esset vicini habentis fontem vel puteum, quoties exinde damnum, vel incommodum aliquod non resultat, hujusmodi commoditatem vicinis prohibere, ut totius Orbis, præsertim verò Vrbis observantia docet in fontibus & puteis existentibus in palatijs vel domibus Magnatum & nobilium.

Tertius demum est casus præsenti controversiæ adaptatus, à duobus præcedentibus omnino diversus, & à quo proinde omnino extranei sunt terminis, præfatos alios casus percutientes, ubi scilicet vicinus per fistulam infixam muro communi, vel illi ipsius Domini putei, vel fontis, sivè per aliud opus manufactum, puta per aquæductum initium 7
habentem ab ipso fonte vel puteo, atque adinstar fistulæ ad id principaliter constructum, à dicto fonte vel puteo aquam ducit; Et tunc dicebam versari in casu servitutis habentis causam continuam, quoniam licet non continuo, neque diu noctuque aqua pro necessario, vel oportuno usu ducatur seu hauriatur, nihilominus ipsa fistula, seu aliud opus manufactum adinstar tigni immissi continuo diu noctuq; ibi existit, unde prædium serviens continuam patitur servitutem, & consequenter de plano intrant ea, quæ præsertim occasione servitutis tigni immissi in jure habemus de servitute habente causam continuam per solam diuturnam possessionem præscribendam; Atque huic casui proprie convenit dispositio *textus in l. si quis diuturno decima ff. si servitus vendicetur*; ubi ad litteram deciditur per verba præcisa, *quod si quis diuturno usu, & longa quasi possessione jus aquæducendæ, nactus sit, non sit ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est*; Atque dato dicto opere inanufacto, de plano tanquam absolutum admittunt *Cyriac. Thesaur. Rota*, & alij, de quibus supra, & cæteri apud eos.

Et his stantibus concludebam contra requirentem, quoties ipse saltem adminiculative non doceret, præfatæ fistulæ appositionem, vel clande-
8 stinam vel præcariam fuisse, dum murus erat communis, in quo indefinitè vicinus prohibere potest alteri, ne fistulam apponat, & non intrat distinctio cadere solita, an quis utatur muro communi usquè ad medietatem, & in sola parte ad se spectante, *ad text. in l. fistulas ff. si servitus vendicetur, & l. fistulam ff. de servit. urban. præd. ubi Bart. & cæteri, de quibus Cepoll. de servit. urban. præd. cap.* 49.

Et hinc de consequenti resultabat responsio ad alterum quæsitum, an scilicet posset puteum suffocare, seu fontem divertere, quoniam posita servitute, non potest Dominus fundi servientis ita illius statum immutare, quod acquisita servitus perso-
9 næ vel fundo dominanti impediatur, ut in proposito defectus potestatis reducendi ad culturam fundum, in quo alteri quæsita sit servitus juris pascendi, habetur reprobato *Cravett. cons.* 292, latè *apud. Surd. cons.* 65. *num.* 13. *cum sequen. Harpect.* §. 1. *Instit. de servit. num.* 98. & habetur pluries actum *hoc eod. tit. ad materiam pascuorum*, cum solum Domino fundi servientis concedatur facultas faciendi aliquam sibi magis utilem & commodam innovationem, ita tamen quod jus habentis servitutem non tollat, ut passim per DD. exemplificari solet in servitute viæ vel itineris, quoniam potest Dominus fundi servientis pro ejus utilitate vel commoditate immutare consuetum locum viæ vel itineris, dummodo exinde habenti jus servitutis notabiliter non præjudicetur, & cum qua etiam regula proceditur in materia reducendi ad culturam, seu alias immutandi statum fundi, in quo alter habeat servitutem juris pascendi, cum similibus

ſimilibus, quoniam habenti ſervitutem ſufficere debet ſuum jus remanere ſalvum, atque ceſſante ejus præjudicio, impedire non debet Dominus, quominus re ſua pro libito utatur, & ſic in iſta facti ſpecie, ſi Dominus fontis vel putei voluiſſet immutare locum, ex quo vicino non præjudicaretur, dixi, quod fieri poſſet.

ROMANA
AQVÆ
PRO
DVCE ALVETI,
CVM
MONASTERIO S. AGATÆ CONGREGATIONIS MONTIS VIRGINIS VRBIS

Caſus reſolutus per Rotam pro Monaſterio.

Conceſſio aquæ, an & quando ſit precaria, & quandocumque revocabilis, vel potius perpetua, & irrevocabilis.

SUMMARIUM.

Facti ſeries.
2 *Immiſſo ex interdicto poſſeſſorio non datur hæredi ad bona non poſſeſſa per defunctum tempore mortis.*
3 *Precaria conceſſio ſemper eſt revocabilis.*
4 *In facultativis non datur poſſeſſio, nec præſcriptio, niſi concurrente prohibitione, & ſequuta patientia.*
5 *In fideicommiſſis negligentia prædeceſſoris non poteſt præjudicare ſucceſſori jure proprio venienti.*
6 *Quando precarium non ſit revocabile.*
7 *Cappellani manuales quando removeri non poſſint.*
8 *Declarationi quam concedens facit ſuper precario, an debeat conſentire conceſſionarius.*
9 *Quando adverſus precariam conceſſionem detur præſcriptio.*

DISC. XXXIV.

1 G*Regorius XIII.* de anno 1579. Eccleſiam S. Agatæ Vrbis, quæ eſt una ex titulis Cardinalitijs, de conſenſu Cardinalis Ptolomæi Gallii tunc Titularis, unà cum domibus, officinis, hortis, aquis, alijſque membris & annexis, conceſſit cum ſubſequuto effectu, Congregationi *Montis Virginis*, ut ibi unus Prior, & ſaltem ſex Monachi religioſo habitarent, dictæque Eccleſiæ inſervirent: Et de anno 1591. idem Cardinalis Gallius obtinuit ab eodem Pontifice ejuſque hæredibus, & ſucceſſoribus quibuſcumque concedi duas uncias aquæ Felicis, quas in ipſo actu traditionis, ſequi ſolitæ cum appoſitione fiſtulæ, directè traduxit ad domum & hortos præfatæ Eccleſiæ; Supponebatur autè in actu hujuſmodi appoſitionis fiſtulæ, quod dicti Cardinalis procurator proteſtatus eſſet, hujuſmodi traductionem ad locum prædictum, fieri precario, & cum libera facultate Cardinalis eamdem aquam ad alium uſum pro libito divertendi.

Obijt Cardinalis de anno 1607. ordinato in ejus bonis ad favorem deſcendentium ex fratre perpetuo ſucceſſivo fideicommiſſo, quo purificato ad favorem Ptolomæi Gallij Ducis Alveti, hic de anno 1657. tanquam heres fideicommiſſarius dicti Cardinalis immiſſione ab A. C. petijt, & obtinuit ad dictas duas uncias aquæ, utpote ad bona teſtatoris, & in ejus hæreditate remanſas; Introducta verò cauſa per appellationem *in Rota coram Taja*, firmatoque dubio, an immiſſio competeret, In hoc ſtatu ex parte Ducis aſſumptus, motivando, ut mea eſt conſuetudo, dicebam incongruum mihi videri judicium jam intentatum immiſſionis in vim *l. final. C. de edicto Din. Adr.* quod ulteriori hæredi, ſeu fideicommiſſario paſſim in paxi concedi ſolet, quoniam iſtud competit ad bona poſſeſſa per defunctum tempore ejus mortis, & ſic ad bona in hæreditate remanſa, inter quæ non videbatur numerari poſſe iſtam aquam utpote ab eodem teſtatore vivente per annos 16. antea dictis Monachis conceſſam, & ab eis poſſeſſam, dum teſtator adhuc viveret, unde dici non poterat de bonis remanſis tempore mortis.

Et licet ſupponeretur etiam conceſſio precaria quandocumq; revocabilis, quod tunc pro certo in facto ſupponebatur, utpote probatum per publicum inſtrumentum; Dicebam tamen id aliud operari non poſſe, niſi quod in hæreditate exiſtere diceretur ipſum jus, ſeu facultas revocandi dictam conceſſionem; atque ſubſequuta revocatione, vendicandi aquam jure dominij, Nunquam verò competere poſſe hoc interdictum poſſeſſorium, quod neceſſario ſupponit poſſeſſionem penes defunctum de tempore mortis in præſenti omnino ceſſantem per annos 16. ante obitum teſtatoris.

Quatenus verò de judicio vendicationis ageretur, dicebam regulam aſſiſtere actori, non obſtante tam longi temporis intervallo, quoniam procedendo cum præſuppoſito precarij, huic ſemper ineſt revocabilitas, quia nec pacto, nec non cõſuetudine precarium irrevocabile redditur *l. 1. & 2. & l. cum precario ff. de precar. Burat. dec. 346. num. 5. ubi cæteri.*

Ad quod etiam conferro dicebam alteram receptam juris propoſitionem, quod in facultativis, quæ ad libitum voluntatis, quandocumque exerceri poſſunt, ſilentium vel patientia etiam mille annorum nihil operatur, niſi præcedat prohibitio 4
cum ſubſequuta acquieſcentia vel alio actu æquipollenti, ex ijs quæ in his terminis decurſus aquarum ſæpius in alij *§ hoc eod. titulo* ad iſtam aquarum materiam deducta habentur; Maxime cum actor veniret jure proprio & fideicommiſſi independenter ab alijs ejus prædeceſſoribus, quorum negligenta ſibi præjudicare non potuit, nec aliquam præſcriptionem inducere *Peregr. de fideic. art. 41. num.* 5
16. & 17. Gratian. diſcept. 577. num. 44. Ciarlin. controv. 107. num. 61. & ſeqq. Rot. dec. 220. num. 26. par. 11. rec.

Verum difficultatem faciebat, quod licet vera ſit dicta juris regula ſuper precarij revocabilitate, 6
adhuc tamen ubi conceſſio reſpicit magnam cõceſſionarij utilitatem, & conſequenter ejus revocatio

grave

grave infert damnum, seù præjudicium, econversò autem revocanti nihil vel parum prodest, tunc ex quadam recepta æquitate intrare videtur judicis officium pro hujusmodi revocatione impedienda, ex deductis *per Cepoll. de servit. Urb. præd. cap. 79. num. 6. vers. 2.* fallit *& vers.* nisi esset *Cravett. cons. 832. à num. 17. ad 30.* Ad quod conferre dicebam, quæ in materia beneficiali habemus de cappellaniis manualibus, & quandocumque ad nutum
7 amovibilibus, quia licèt de jure talis esset earum natura, & possint quandocumque revocari etiam sine causa, Attamen si remotio notabile inferat, remoto præjudicium, vel circa famam, vel circa substentationem, econversò autem non constet removentem ex aliqua justa vel honesta causa moveri, remanet hujusmodi facultas ex judicis officio refrœnata ex deductis *per Cavaler. dec. 72. & non semel sub tit. de Canonicis, & Capitulo in Materanen. & in alijs.*

Undè cùm in præsenti hujus aquæ diversio, post spatium annorum 65. & ultrà, magnum damnum & incommodum dicto Monasterio inferret, ac etiam aliqualem injuriam; Econversò autem nulla adesset revocantis utilitas, dum id agebatur, ut alteri pio loco de eadem aqua fieret complacentia, non videbatur hujusmodi precarii revocatio admittenda.

Proposito dubio sub die 15. *Februarij 1658. coram*
8 *Taja* negativa prodiit resolutio, Tum ex præmissis, Tum clariùs quia satis dubitatum fuit de fide instrumenti in ea parte, in qua continebatur protestatio procuratoris, seu Ministri Cardinalis, & ex qua deducebatur precarium; Præsertim quia neque docebatur, ministrum Cardinalis hujusmodi facultatem habuisse, neque constabat dictam reservationem factam esse præsentibus Monachis, quorum consensum Rota dixit requiri, eodem modo, quo in omnibus contractibus *ad not. in l. 1. ff. de precario, & cap. ult. extrà eodem*, Quod ultimum motivum consensus concessionarii minus verum crederem, quandò alia circumstantia non accedente, jus concessionarii deducitur ex hujusmodi qualificata concessione, quam ipse dividere non potest, sed cum sua causa recipere debet, cum utriusque contrahentis simultaneus consensus requiratur in contractibus correspectivis & onerosis, non autem in gratuitis & lucrativis, in quibus solus animus, solaque voluntas concedentis attendi debent, ita ut in casu dubio ejus declarationi deferatur *Otthobon. dec. 119. & 195.* & passim.

9 Dictum tamen motivum in præsenti dicebam relevans ad effectum præscriptionis & cessantis malæ fidei in possessore, qui precarii ignarus, credens concessionem fuisse liberam, & de sui natura tanquam donationem inter vivos irrevocabilem, justam habuit præscribendi causam, ideoque justam censui resolutionem, præsertim attenta adeò longæva observantia etiam notabilis temporis vivente Cardinali, qui nunquam hujusmodi facultatem ad exercitium deduxit.

* * *

NEPESINA COLLECTÆ

PRO COMMUNITATE FLAVIANI ALIAS FIANI,

CUM STEPHANO PIGNATELO.

Casus disputatus in Camera, & decisus pro Communitate.

De jure pascendi, seu jure vendendi herbas, & pascua competente Communitati, etiam in fundis & prædiis privatorum cum jure prohibendi eisdem jus pascendi, Et quando hoc jus competere dicatur Communitatibus, seu aliis ratione condominii, vel ratione servitutis, Et aliqua de præscriptione hujus servitutis juris pascendi, an requiratur immemorabilis ratione causæ discontinuæ, vel potiùs sufficiat ordinaria, ratione causæ continuæ.

SUMMARIUM

1 *Facti series.*
2 *Exemptio Civium Romanorum in districtu non suffragatur quoad onera Cameralia.*
3 *Resolutio causæ.*
4 *Herba est domini fundi, in quo nascitur.*
5 *Immemorabilis est difficilis probationis.*
6 *De duobus ejusdem rei dominiis penès duos diversis respectibus.*
7 *De distinctione quod Dominium fructuum naturalium sit penes Communitatem vel Dominum loci, & particulares sint Domini in solo industriali.*
8 *De locis in quibus ita servetur.*
9 *Quomodo probetur dominium.*
10 *Rei possessor præsumitur Dominus.*
11 *Venditio herbarum probat Dominium vendentis.*
12 *Item bannimenta & prohibitiones.*
13 *Genitivum probat Dominium.*
14 *Quando initium habuerint onera Cameralia.*
15 *Quod magis conveniat titulus dominij, quàm servitutis.*
16 *Quid importet servitutis juris pascendi.*
17 *Advocatis juvenibus non ità de facili deferri solet.*
18 *Quod servitus juris pascendi tanquam discontinua requirat immemorabilem, reprobata distinctione realis vel personalis.*
19 *De dicta distinctione inter servitutem realem & personalem.*
20 *Quod dicta distinctio non sit vera, seù quando procedat.*

DISC. XXXV.

1 TErritorium Oppidi, seù Castri Flaviani, in quatuor species distinctum est; Quarum una consistit in vineis, aliisque prædiis cultis, quæ muris, sæpibus, vel foveis recincta sunt, & in hac specie nulla juris pascendi quæstio cadit; Altera consistit in quibusdam tenutis jure privati dominii possessis pleno jure per loci Baronem seu Dominum, ad utrumque fructum naturalem & industrialem, & sic tam ad culturam, quam ad pascua; Tertia est duarum tenutarum, quæ vulgò dicuntur tenutæ Communitatis, in quibus particulares possident prædia, seù terras ad usum culturæ, ipsa verò Communitas est in possessione herbarum seù pascuorum, quæ privativè ad ipsos dominos aliis vendit, seù in eis affidat; Et quarta est reliqui territorij aperti & campestris, quod vulgò *communale* dicitur, in quo lite pendente inter Baronem ex una, ipsamque Communitatem ac particulares prædiorum Dominos ex altera, Baro in possessorio ex decreto Cameræ, ubi causa pendet, reperitur in possessione herbarum seu pascuorum, etiam privativè ad ipsos Dominos particulares.

Cum autem in dictis duabus tenutis, Communitatis, Stephanus Pignatellus Romanus possideret multa petia terræ, pro quibus, ac etiam aliis, quæ in reliquo territorio possidet, per Communitatem pulsaretur ad onera Cameralia coram Thesaurario; Introducta à quodam istius decreto per appellationem causa in Camera; Postquam satis de facili rejecta fuit adversus hanc petitionem exceptio per reum conventum opposita exemptionis sibi tanquam Civi Romano competentis per totum districtum ex *Statuto Urbis 56. lib. 3.* eò quia, tam *in Camera*, quam *in Congregatione boni regiminis* pluriès
2 decisum, ac receptissimum est, hujusmodi exemptionem suffragari solùm quoad onera communitativa, non autem quoad cameralia, quæ dicuntur imposita bonis, non autem Communitatibus, ideoque per omnes supportari debent pro modo bonorum, quacumque exemptione non obstante, etiam illa clericorum & ecclesiasticorum, quoties contraria observantia eis non suffragetur, ex pluries deductis in materia vectigalium *sub tit. de Regalibus*, præsertim *in Romana seu Tuderiina collectæ disc. 92.*

Convolavit reus prædictus ad aliam exceptionem, super qua tota fuit disputatio, quod scilicèt ipse de facto solveret etiam exuberanter onera prædicta cum pretio herbæ nascentis in ejus bonis, quæ per ipsam Communitatem percipiebantur, quasi quod terrarum & prædiorum domini dictum
3 jus pascendi Communitati ad hunc effectum jure cujusdam conventionis dederint; Verum ista quoque exceptio rejecta fuit per tres sententias conformes in tribus instantiis in eodem tribunali coram *Imperiali Vecchiarello*, & *Pallavicino*, hoc est in duabus quæ in Urbe ex statuto solùm dantur, & in ea tertia, quæ de facto haberi solet super disputatione, *an constaret de duabus conformibus nec nè*, eodem modo, quo, ubi attentis terminis juris communis instantiæ sunt tres, adesse solet quarta super dubio, *an constet de tribus, &c.*

In hujusmodi autem adeò reiteratis, ac verè acerrimis disputationibus; Cum Ego scribens pro Communitate non impugnarem ab initio regulam
4 ex parte rei conventi deductam super pertinentia herbarum & pascuorum ad Dominos terrarum & prædiorum, in quibus illa nascitur *ad text. in l. qua ratione, & lege adeò §. finali ff. de acquir. rerum dominio, l. solum §. 1. ff. de rei vendic. cum concordan. de quibus in Portuen. disc. 39.* & in aliis hoc eod. tit. Hinc proindè tota quæstio fuit super jure seù titulo, ex quo Communitas istas herbas in alienis fundis nascentes privativè ad proprios Dominos perciperet.

Ad duplicem autem titulum dicebam hoc jus referri posse, vel scilicèt dominii vel antiquæ consuetudinis seù præscriptionis, nullatenus verò ad illum voluntariæ assignationis factæ per ipsos dominos in causam dictorum onerum; Ex istis autem duobus titulis, Ego insistebam super illo dominii, qui mihi probabilior videbatur, ac etiam facilior, ad 5
effectum effugiendi grave onus justificandi immemorabilem vel centenariam difficilis probationis, ob rigorem cum quo procedit Curia in justificatione requisitorum, de quibus *glos. in cap. 1. de præscript. in 6.*

Cum etenim non implicet ejusdem rei dominium esse penès duos insolidum diversis respectibus, 6
uno scilicèt ratione dominii directi, altero utilis; Seu quod res in dominio unius quoad certum genus fructuum, puta industrialium, & in dominio alterius quoad aliud genus, puta naturalium, ex iis, quæ super hac distinctione dominiorum diversis respectibus habentur præsertim *sub tit. de feudis disc. 61. & 62.* & alibi; Idcircò dicebam posse simul stare, quod particulares, potiùs jure cujusdam perpetuæ coloniæ essent hujusmodi terrarum & prædiorum Domini pro sola cultura, sivè solis fructibus industrialibus, reliquum verò dominium pro herba tanquam fructu naturali esset ipsius Communitatis originariæ & directæ dominæ, ut in specie de hujusmodi distinctione quod Communitas, vel Dominus loci habeat fructus naturales, & particulares habeant industriales habetur apud *Tusc. litt. P. conclus. 112. num. 7. Covarr. practicar. cap. 37. num. 3. in fine Capyc. Latr. consult. 83. nu. 9. cum sequen. Capobl. de Baron. tom. primo pragm. 11. num. 30. & tom. 2. cap. 74. Larrea dec. 30. num. 11.* Quodque talis sit consuetudo in provincia Hydruntina, quod scilicèt dominium particularium restrictum sit ad solos fructus industriales, naturales autem sint Domini vel Communitatis testatur *Frec. de subfeudis p. 2. auctor. 46. num. 11. referunt Rendell. de pascuis par. 3. cap. 3. Capyc. Latr. dicta consult. 83. num. 13. & 14. & n. 35. & sequen. Capobl. de Baron. par. 2. cap. 74. & habetur in Hydruntina onerum sub tit. de Regalibus disc. 50. & in Tarentina sub tit. de jurisdictione disc. 66.*

Et comprobat praxis plurium locorum status Ecclesiastici, in quibus dominium directum universi territorii est domini loci ac etiam utile quoad herbas, & pascua, dominium verò particularium, fundos & prædia in eodem territorio possidentium, restringitur ad quamdam speciem coloniæ pro solis fructibus industrialibus, juxtà casum, de quo *in Clusina coram Mantica inter suas dec. 17. 95. & 97.* ac habetur *in Amerina disc. sequen.* Pluraque castra & loca etiam in districtu & propè Urbem sunt hujusmodi naturæ, quia fortè erant antiquitus tenimenta rustica, in quibus introducti fuerunt habitatores per ipsum tenimenti dominum, incolis & habitatoribus concedentem aliquas petias terræ ad culturam, ut exindè fructus ad substentationem percipere possent, & nè aliàs inermem vitam ducere cogerentur, ut recentem memoriam habemus, ità sequutum esse de castro *Montisportij*, ut enunciatur *in Tusculana sub tit. de feud. disc. 72. & disc. seq.* cum simili-

similibus; Et si quod existentibus istis tenutis antiquitus de integro & pleno Dominio Communitatis, per istam ejus civibus & incolis concessæ fuissent hujusmodi coloniæ ad solum fructum industrialem, fructu naturali pro se retento.

Ad præfati autem dominii probationem plura
9 ponderabam, quæ licèt singulariter & distincte de per se considerata parùm concludere viderentur, Nihilominus dicebam ea consideranda esse, non singulariter, sed simul & unitim, cum regula *ut singula, quæ non prosunt, unita juvent*, dum agitur de dominio, quod de sui natura est difficilis probationis, præsertim in antiquis, ut in specie attendendi dictam regulam, *ut singula quæ non prosunt, &c.* ad probationem dominii habetur *apud Cavaler. dec. 93. & 201.* & frequenter;

Primò etenim considerabam præsumptionem
10 resultantem ex possessione, quia possessor præsumitur in dubio Dominus, ad *regulam text in l. res aliena Cod. de rei vendic. l. sive possidetis Cod. de probat. cum concordan. per Buratt. dec. 799. num. 9.* Secundò ex pluribus antiquis & continuatis in magno numero venditionibus herbarum privativè ad particulares dominos fundorum seu terrarum. Venditio enim herbæ probat dominium vendentis, ut in
11 specie *Honded. cons. 84. num. 13, & seq. lib. 2.* Tertiò ex pluribus prohibitionibus & bannis factis per Communitatem, quod est signum dominii, *Honded. dicto cons. 84. num. 15, & sequen. cum aliis, de quibus*
12 *in Amerina disc. seq.* Quartò ex pluribus enunciativis antiquissimis, aliisque actibus dominii & possessionis, etiam usque ab anno 1521. in quibus istæ enunciantur tenutæ Communitatis, cum hoc genitivum arguat dominium, juxtà ea quæ habentur *in Pisauren. molendinorum sub tit. de feudis disc. 3. &*
13 *alibi.* Et quintò demùm magnum adminiculum pro meo judicio resultabat ex causa seu jure universali Baronis, saltem in possessorio, in toto reliquo territorio. Undè ad duo inferebam, Primò ad inverisimilitudinem, quod scilicèt si revera istæ tenutæ non essent in dominio Communitatis sed privatorum, Baro eamdem causam seù jus universale in istis bonis juxta naturam universi territorii obtinuisset; Et secundò, quia dicere non possunt particulares possessores, quod hujusmodi pascua ad ipsos aliàs spectarent, dum nisi haberet Communitas, haberet Baro privativè etiam ad eos.

Atque hinc de plano cessabat dictum præsuppositum, quod per ipsos particulares hujusmodi pascua Communitati assignata essent loco onerum, Tum quia aliàs neque illa haberent eodem modo quo in aliis eorum fundis & terris reliqui territorii, ut suprà; Tum etiam ex duabus aliis contrariis demonstrationibus, Una scilicèt magnæ inverisimilitudinis, ut isti soli particulares cum eorum bonis supportare voluerint hujusmodi onera, per omnes alios cives & incolas, quinimò exteros pro modo facultatum seù per æs & libram suppor-
14 tanda, dum pretium herbarum in magno excessu superabat illam ratam, quæ pro modo bonorum in hujusmodi contributione solvenda esset. Et altera clariùs, quia dicta onera cameralia initium habuerunt *sub Paulo III. de anno 1543.* Et tamen ex pluribus antiquis documentis constabat Communitatem fuisse dominam hujusmodi herbarum easque vendidisse antiquiori tempore, præsertim de anno 1521. & sequentibus.

15 Quamvis autem iste titulus dominii, ita cum diversitate respectuum compatibiliter distincti, mihi magis proprius & adaptatus videretur, quàm ille præscriptionis jure servitutis in re aliena, qui titulus videbatur in proposito improprius, quoniam de natura & proprietate servitutis juris pascendi est, ut ea tribuat alteri facultatem sumendi pascua cum suis animalibus in fundo alieno, ipso Domino fundi non impedito in sumendis eisdem pascuis pro
16 ejus animalibus, sivè in eis vendendis, quæ exuberarent usum habentis servitutem, Non autem in jure vendendi omnes herbas, ac integra pascua aliis, privativè ad ipsum fundi Dominum, quoniam hic dicitur potiùs effectus dominii quam servitutis, atque hæc longè differunt inter se. Auctoritates autem, & decisiones, de quibus proximè infrà percutiant casum facultatis pascendi, non autem vendendi & prohibendi Dominum.

Attamen judicibus hoc motivum Domini videbatur potiùs continere acumen ingenii ex Advocatorum consuetis subtilitatibus, Potissimè quia hu-
17 jusmodi disputationes fuerunt circa initia susceptæ Advocationis, quando non assistit Advocatis ratio opinionis seù existimationis, atque de facili motiva juvenum reputantur subtilitates, neque ad ea multum reflecti solet, minusque eis defertur sicuti senibus, & probatis.

Processum ergò fuit cum opinione cum qua in
18 his specialibus terminis juris pascendi prætensi per Communitatem, processum fuit *per Rotam in Narnion. Iuris pascendi coram Verospio dec. 300. & 347. par. 9. rec.* quòd scilicèt in hujusmodi servitute, tanquam habente causam discontinuam requireretur immemorabilis, vel centenaria, Quod etiam reprobata distinctione, de qua proximè infrà, inter servitutem personalem, & realem firmant *Cancer. par. 3. var. cap. 4. num. 50. Castill. de usufr. cap. 68. num. 18. & plenè Dexart. dec. Sardineæ 70.* Verùm responsum fuit pro Communitate justè quidem & probabiliter ob dictam immemorabilem seu centenariam benè justificatam, dum ut supra constabat de actibus dominii & possessionis usque ab anno 1521, qui actus præsupponebant alios antiquiores & continuatos de tempore præterito.

Scribendo tamen tanquam Advocatus, nimium insistebam in distinctione, quam plerique tenent,
19 de quibus in specie jurispascendi *Cravett. cons. 4. num. 5. & ceteri apud Capyc. Latr. consult. 83. nu. 18. cum sequen.* ubi referuntur *Cepoll; Balb. Kopen.* & alii loquentes generaliter & indefinitè, quod scilicèt dicta conclusio super præscriptione immemorabili hujusmodi servitutis ratione causæ discontinuæ, procedat ubi servitus est realis, quia scilicèt per unum fundum alteri debeatur, cum tunc ipsa res tanquam inanimata non possit animo semper & continuò retinere possessionem; Secus autem ubi agitur de servitute personali, quod scilicèt aliquæ personæ jus pascendi haberent, quoniam licet quoad usum facti, possessio naturalis non possit esse continua, attamen talis rectè verificari potest civiliter ratione illius possessionis, quæ animo retinetur, cum semper, & continuò, ac diù, noctuque quis animo in hujusmodi possessione continuare valeat; Reflectendo tamen ad veritatem agnoscebam hoc assumptum in foro non esse de facili substentabile, præsertim in Curia, dum *Rota* aliaque tribunalia non admittunt hanc distinctionem; Et fortiùs ubi contentio non est cum particularibus, sed cum Communitate, quæ est corpus fictum & inanimatum, undè dicta distinctio neque remanet verificabilis, quoties tamen jus Communitatis non deducatur solùm intellectualiter, seu habitualiter ad commodum singulorum animalia habentium, qui-

bus

bus assistat, quo casu verificabilis remanet distinctio possessionis civilis retentæ istorum animo, sed prætendit id habere ad utilitatem privatam ipsius Cōmunitatis exclusivè ad particulares; Et sic reverà istud motivum non erat tutum, quamvis necessiras quæstionis cessaret ex facto, dum concurrebat immemorabilis sivè centenaria ut suprà; Mihi tamen magis placebat alterum motivum dominii, cum revera incongrui viderentur termini servitutis ob omnimodam ipsorum dominorum privationem ac facultatem vendendi aliis jure domini ut suprà.

AMERINA

JURIS PASCENDI.

PRO

COMITE LAURENTIO DE MARSCIANO

CUM

HABITATORIBUS CASTRI GUARDEÆ

Casus disputatus coram Iudice deputato per Sac. Consultam.

De controversiis super jure pascendi in territorio quæ verti solent inter Baronem seù Dominum, & vasallos seù habitatores loci, Et de differentia inter Baronem seù Dominum habentem hoc jus in sola ratione jurisdictionali & ex præscriptione, vel ratione dominii ipsius territorii.

SUMMARIUM.

1 F*Acti series.*
2 *Baro est primus Civis, & potest depasci cum ejus animalibus, & quomodo hic usus regulari debeat, remissivè.*
3 *An Communitas possit facere aliquam bannitam seù defensam contradicente Barone remissivè.*
4 *De Barone qui sit Dominus pascuorum excrescentium, & habeat jus affidandi animalia exterorum, & quæstionibus desuper cadentibus inter ipsum & vasallos remissivè.*
5 *Ut Baro acquirat dominium pascuorum etiam privativè ad dominos prædiorum requiritur immemorabilis.*
6 *Quid in possessorio an debeat obtinere ex sola possessione.*
7 *In Statu Ecclesiastico non militat mala præsumptio concussionis in Baronibus.*
8 *De casu in quo Baro sit Dominus pleno jure territorij etiam in fructibus, & an hæc species dominij detur in Baronibus Regni Neapolitani.*
9 *Quando Baro est Dominus pleno jure territorij, sua sunt pascua, quæ prohibet etiam civibus & incolis.*
10 *Facultas data alijs depascendi in territorio intelligitur ultrà usum civium vel Domini.*
11 *An Baro qui sit Dominus territorij teneatur pati usum civium in pascuis, & quomodo,*
12 *Non potest alterare solitum pretium seù fidam.*
13 *De servitute necessaria.*
14 *An possit Dominus exigere fidam pro illa specie animalium pro qua nunquam exacta fuit.*

DISC. XXXVI.

TOtum territorium Castri Guardeæ rubrorum circiter mille in pleno dominio tam territoriali seù jurisdictionali, quàm in utilitate seù fructu, est Domini seu Baronis ipsius loci, undè ejus incolæ volentes illud colere pro fructibus percipiendis, solvunt Domino jure coloniæ responsionem in certa ipsorum fructuum quota, solumque ab eis, vel ratione antiquæ possessionis, vel ratione melioramentorum, seu ex aliis causis prætenditur jus coloniæ perpetuæ & irrevocabilis juxtà casum, de quo in Clusina *apud Mantic. dec.* 17. 95. & 97. quod tamen per Dominum controvertitur, atque res est sub judice; pro animalibus verò eorumdem incolarum in dicto territorio depascentium idem Dominus exigere consuevit annuam præstationem, quæ vulgò *fida* dici solet, ad rationem medij julij pro quolibet porco, & pro qualibet ove, pro capris autem, quia antiquitus supponitur ibi nimium raras esse, nihil solvebatur, Verùm earum numero notabiliter excrescente, à decennio citrà Dominus dictam præstationem, seù fidam quoque exigere consuevit; Ortis autem inter præfatum Dominum, qui est Comes Laurentius de Marsciano, ejusque vasallos dicti loci habitatores pluribus controversiis, eisque delatis ad Sac. Consultam, quod est consuetum tribunal recursuum vasallorum, qui se gravatos à Baronibus seu Dominis credunt, inter alia gravaminum capita, fuit illud exactionis hujusmodi collectæ seu fidæ pro pastura animalium, quasiquod ista esset indebita usurpatio, ob naturalem facultatem civibus in territorio propriæ patriæ civico jure competentem depascendi cum eorum animalibus, præsertim verò respectu eorum, qui propria animalia retinent in propriis fundis seù terris ab istis cultis & possessis, Domino ut suprà in certa fructuum quota responsivis, ac etiam quia aliqui adsunt habitatores, qui, vel ex Dominorum pro tempore concessione, vel ex aliis titulis possident aliqua petia terræ, seu prædia liberè & pleno jure absque dictæ responsionis onere, quod tamen supponitur importare nimium modicam partem, vix decem circiter rubros excedentem; Quia verò super facti præsuppositis nimium partes inter se discordabant, undè propterea ipsa Sac. Consulta non poterat hujusmodi controversias prout juris determinare, Idcircò eas, vel earum aliquas commisit Vicario Generali Urbevetano, ejusem Cathedralis Archidiacono, docto quidem & integro viro, ut receptis probationibus hinc indè, formatoque processu, eas decideret, Undè compilato processu, ac restricta præsertim difficultate ad istum punctum seù caput gravaminis super dicta exactione pro pastura animalium.

Scribentes pro dictis vasallis, cum auctoritatibus *Capobl. de Bar. & Novar. de gravaminibus vasallorum*, de quibus infrà, ac aliorum apud eos, nō distinguendo casum à casu, insistebant quod Baronis, seu Domini possessio contineret usurpationem resultantem à potentia & concussione vasallorum, qui in hujusmodi præsertim castris ac parvis & ob-

& obscuris locis non audent Domino contradicere, neque de facili ad Principem recurrere, confundentes etiam ea quæ per eosdem DD. ac alios, de quibus infrà habentur de oppressione, quam Barones circa jus pascendi facere solent cum retentione ingentis numeri animalium in loco, ac etiam cum bannitis seu reservationibus alicujus partis territorii pro eorum animalibus.

Scribens autem pro dicto Comite, videnscq; quod per scribentes in contrarium in confuso allegabantur auctoritates, plures casus inter se nimium diversos percutientes, quodque ita cum non levi æquivoco juxta frequentiorem usum procederetur, idcircò ad æquivoca tollenda eruendamque veritatem, potissimùm quia causa tractabatur in partibus, ac in Civitate, licèt pervetusta & nobilissima, in retroactis sæculis nimiùm celebri, utpotè quandoque Pontificum residentia, ut præsertim docet historia solemnitatis Sanctissimi Corporis Domini Nostri Jesu Christi, attamen ex bellorum & temporis calamitatibus hodiè nimium comparativè ad antiquum statum imminuta, Dicebam plures casus distinguendos esse.

Primus est ubi agitur de pascuis publicis & communalibus, in quibus omnes cives & incolæ jure civico & naturali habent jus vel facultatem pascendi cum eorum animalibus, ex iis, quæ haben-
2 tur infrà *in Spoletana disc.* 41. & in aliis *hoc eodem titulo.* Dominus verò seu Baro, nullum habens territorii dominium privatum in fructu, sed solùm dominium Baronale ac territoriale, seu jurisdictionale, quamvis exterus, tanquam primus civis habeat idem jus pascendi, & tunc duæ cadere solent controversiæ inter Barones, & vasallos, eorumque Communitates; Una scilicèt super moderatione usus dicti juris Baroni competentis, nè tanquam dives & potens magnum immittat in territorio numerum animalium, undè propterea impediatur aliorum civium & incolarum usus, Atque in hoc variæ sunt opiniones, Aliis volentibus Baroni solùm concedi jus retinendi animalia adinstar ditioris civis, Aliis, quod possit tot retinere, quot duo cives ditiores, Et aliis demum probabiliùs, quod id remissum sit judicis arbitrio, ex territorii quantitate, & qualitate regionis more, vasallorum numero, aliisque circumstantiis regulando. Et altera est controversia, num Communitas, de omnium civium & incolarum consensu, dissentiente ipso Barone, ac in præjudicium dicti juris pascendi sibi competentis aliquam territorii partem reservare & prohibere pos-
3 sit ad effectum vendendi herbas, & sic facere, ut vulgò dicitur, *bannitam seu defensam*, cujus puncti determinatio pariter ex dictis facti circumstantiis à judicis arbitrio probabilius pendet; Et de isto casu, seu de his controversiis loquuntur *Franch. dec.* 97. & 301. *Menoch. de arbitrar. casu* 245. *Rovit. super pragmat. in rubr. de pascuis Capobl. de Baron. tom.* 1. *pragmat.* 12. *nu.* 28. *cum sequen. Novar. de gravaminibus vasallorum parti prima gravam.* 27. *cum plur. seq.* sed omnes istæ vel similes auctoritates, quæ cum aliis, de quibus infrà consarcinabantur, erant extraneæ à casu controversiæ, ideoque dicebam ponendas esse ad partes.

Alter casus est, ubi bona & prædia in territorio existentia sunt in pleno dominio privatorum,
4 atque cives & incolæ habent in territorio jus vel facultatem pascendi dicto jure civico seu naturali, Baro autem seu Dominus habens solum dictum jus territoriale seu jurisdictionale, ex legitima præscriptione seu alio legitimo titulo sit Dominus herbæ seu pascuorum excrescentium, ultra usum civium & incolarum, undè propterea habeat jus affidandi animalia exterorum, Et tunc plures cadere solent quæstiones, Una scilicèt super dicti juris competentia seu legitima præscriptione, Altera num usum civium & incolarum restringere possit ad certam territorii partem, aliam reservando pro affidandis animalibus exterorum, ac faciendo dictas bannitas seu defensas, Et altera frequentior super moderata affidatione, ut exindè non impediatur usus seu pastura animalium civium, & incolarum, & de his agitur *per Capobl. dicto tract. de Baron. t.* 1. *super pragm.* 11. *ex num.* 194. *& tom.* 2. *cap.* 76 *&* 77. *Novar. dicto tract. de gravaminibus vasallorum loco supra cit.* apud quos concordantes, sed pariter iste casus extraneus remanebat à præsenti controversia, & propterea præfatas ac similes auctoritates dicebam quoque separandas esse utpotè incongruas.

Tertius casus est, ubi Baro, in toto territorio, ac etiam fundis & prædiis privatorum prætendit esse Dominus herbarum & pascuorum etiam privativè ad ipsos Dominos prohibitos ibi depasci, nisi sol-
5 vant pascui pretium seu fidam juxta casum, de quo *in Nepesina disc. præcedenti*, cum aliis ibi enunciatis, qui casus in specie disputatur apud *Honded. cons.* 86. *lib.* 1. ubi concludit pro civibus & Dominis prædiorum contra Baronem seu Dominum, non probato privilegio, aut alio legitimo titulo, quo cessante, itaut jus Baronis vel Domini restringatur ad solam diuturnam possessionem, & tunc duæ cadere solent inspectiones, Una in petitorio, Altera in possessorio. In prima veriùs est requisitam esse præscriptionem immemorabilem, vel saltem centenariam, ob juris apertam resistentiam percipiendi fructum de bonis alienis privativè ad ipsum Dominum ex deductis *per Honded. dicto cons.* 86. *Novar. & Capobl. ubi supra*, & omnes, quoties non assisteret consuetudo generalis regionis, quod dominium privatorum restrictum esset ad solam culturam seu fructum industrialem, ut est in provincia Hydruntina, ex deductis *in dicta Nepesina disc. præcedenti.*

Major autem difficultas cadit in possessorio, in quo etiam *Capobl. dictis locis citatis. præsertim tom.* 6
2. *cap.* 76. *&* 77. *& Novar. loco supra cit.* ac cæteri apud eos concludunt contra Dominum; Tum ob dictam genericam juris resistentiam, Tum etiam ob malam præsumptionem concussionis seu usurpationis, & potentiæ contra Barones & Dominos militantem; Verùm hæc mala præsumptio fortè mili-
7 tans in aliis provinciis & ditionibus, non admittitur in statu Ecclesiastico, ubi ob facilem recursum vasallorum ad Papam, Atque ejusdem Papæ, nec non sacræ Consultæ, aliorumque Magistratuum & officialium nimium promptas aures, non datur ista concussio, ut firmatur per Rotam apud *Coccin. dec.* 354. *num.* 5. *in Camerinen. juris collectandi* 4. *Iunij* 1616. *coram Sacrato, in Avenionen. seu Auriacen. molendini coram Verospio decis.* 435. *num.* 2. *par.* 9. *rec. & habetur in Sabinen. status Montis Libretti sub tit. de feudis disc.* 65. Undè propterea obstat solum motivum resistentiæ juris, quod cessat, ubi possessio est temporis considerabilis; Ideòque in specie per Cameram de anno 1602. data fuit manutentio Baroni Terræ Flaviani, seu Fiani *ut disc. præced.* sed pariter hæc sunt extra casum controversiæ à quo item extranea dicebam deducta *per Honded. cons.* 85. *lib.* 1. *& cons.* 84 *lib.* 1. quæ in hac materia nimium circumferri solent, cum percutiant casum similem *dictæ Clusinæ*, ubi scilicèt dominium civium & incolarum non est plenum, sed restringitur ad solam

lam culturam seu fructum industrialem. Non tamen istorum casuum quamvis extraneorum distinctio evagatoria erat, sed potiùs opportuna imò necessaria, ut ita tollerentur æquivoca, & fieret auctoritatum congrua applicatio.

Quartus demùm omissis aliis ad rem non facientibus, est casus præsenti controversiæ congruus & adaptatus, quandò scilicèt Dominus castri seù loci non habet solum dominium territoriale, seu jurisdictionale in universum, jure feudi seu baroniæ, sed habet etiam plenum ac privatum dominium utilitarium etiam in fructu, tam naturali quam industriali univer i territorii, undè particulares cives, & incolæ sunt solum coloni ut suprà, & de isto casu
8 non agunt *Capoblan. & Novar. ubi suprà*, ac cæteri Regnicolæ, in quorum auctoritate totum erat opponentium fundamentum, quoniam in eo Regno omnia ferè oppida, castra, & loca inhabitata cum vasallis, exceptis Ecclesiis, sunt feudalia, & fortè non adest hæc species, vel nimium rara hujus Baroniæ, seu dominii allodialis, & liberi, cum dominio etiam utilitario totius territorii, in quo vasalli considerentur tanquam simplices coloni, ut est frequens in statu Ecclesiastico aliisque Italiæ partibus, sed dominium illorum Baronum est jure feudi, & baroniæ, & sic territoriale, seu jurisdictionale habendo solum in dominio pleno, & utilitario aliqua prædia, & bona, adinstar cujuslibet privati; Et consequenter iste casus non est de facili per eos tractatus.

Isto igitur casu regula assistit Domino seu Baroni, quo scilicèt herba, quæ in suo nascitur sua sit, neque Communitas, vel vasalli jus habeant pascendi, nisi probent servitutem cum titulo explicito, vel
9 cum præscriptione immemorabili, ut punctualiter pro Barone contra Communitatem firmatur cæteris allegatis per *Rotam decis. 632. par. 3. rec.* ubi præsertim *num. 4. in fin.* respondendo *ad Covar. & Honded* ac alios in specie adhibetur dicta distinctio inter Dominum in solo jure Baroniæ & jurisdictionis, & Dominum, etiam in pleno dominio terrarum in quibus herba nascitur; Ac etiam plenè firmatur *in Narnien. coram Verospio decis.* 100. & 347. *par.* 9. *rec.* quæ sunt in materia celebres; Et licèt dictæ decisiones non descendant ad hanc speciem dominij universalis, sed præsupponant solùm dominium particulare aliquorum prædiorum, & bonorum; Attamen eadem videtur esse ratio partis quoad partem, quæ totius quoad totum, cum nulla urgere videatur differentiæ ratio cur in uno, & non in altero casu eadem dispositio seù regula juris militare non debeat.

Eademque ratione, si suum est dominium herbarum, quod dando colonis prædia ad solam culturam & fructum industrialem sibi reservat, de plano exindè resultat, quod suarum herbarum suorumque fructuum & pascuorum pretium exigere potest, sive etiam eisdem pascuis uti pro usu proprio, suorumque animalium, atque facere bannitas, & reservatas, quoniam juris naturalis, ac scripti principiis adversari videtur, ut quis prohiberi debeat uti bonis propriis ad proprium usum, ut aliis concedat, Undè etiam in casu quo loco adjacenti conceditur facultas depascendi in territorio, intelligi-
10 tur quatenus superstit ultra usum civium, isto non impedito, ut *per Rovit. super pragm. in rubr. de pascuis num. 17. Surd. de alim. tit. 7. quæst. 8. n. 6. & habetur in Tuscanen. hoc eod. tit. disc.* 43.

Est benè verum, quod in isto casu dominij universalis totius territorii, undè non remanent communalia, seù alii territorii partes, in quibus cives, & incolæ pascua cum eorum animalibus sumere va- 11
leant, tunc ipse Baro, seù Dominus tenetur hunc usum vasallis, & habitatoribus suppeditare, nè aliàs inermem vitam ducant, undè habendo in ejus loco vasallos, & habitatores censetur jure cujusdam quasi contractus se obligasse ad elementa, & alia necessaria, ut in proposito juris lignandi, aquandi, & pascendi firmant DD. de quibus *in Sabinen. juris lignandi hoc tit. disc.* 42. & *in Sabinen. status Montis Libretti sub tit. de feud. disc.* 65. Non tamè tenetur ad id gratuitò præstandum, ubi consuetudo alias non disponat, sed neque econversò potest eos suffocare, alterando pro libito pretium, sed continere se debet intra limites justitiæ, & æquitatis, fortiùs verò consuetudinis, qua concur-
rente non potest illam alterare, denegando dare 12
consuetam fidem civium pro pascuis, seu pro illa majus, ac insolitum pretium exigendo, quoniam cum agatur de necessaria esset species suffocationis non permittendæ ex deductis per *Novar. de gravam. Vasall. p. 1. gravam.* 41.

Idemque dicebam ipsi Comiti requirenti de veritate circa facultatem faciendi bannitas, seu reservatas pro suis animalibus, ut scilicèt id liceat discretè & moderatè, dummodo exindè non impediatur usus civium, eo modo quo Dominus fundi habentis servitutem juris pascendi debet se gerere nè præjudicet, ac inanem reddat servitutem alteri competentem, quoniam ista dicitur quædam servitus necessaria, quam ex dicta ratione Dominus pati debet soluto justo pretio erga vasallos juxtà eam speciem servitutis necessariæ, quæ enunciatur
in Sabinen. transitus, seù viæ sub tit. de Regal. disc. 13
136. ac etiam *in Romana servitutis, seù viæ hoc eodem tit. disc.* 23. Ideoque ista dicitur materia facti potiùs quàm juris pro judicis prudenti arbitrio ex facti circumstantiis discretè decidenda.

Difficultas cadere videbatur circa recentem innovationem in capris, quæ priùs gratuitum pascu- 14
um habere solebant, an scilicèt posset Dominus dictam consuetudinem alterare, atque fidam nunquam exactam exigere, & pariter dicebam id pendere à circumstantiis facti, an scilicèt vasalli concluderent præscriptionem, seù consuetudinem, cum suis requisitis, quod difficile esse solet ad praxim deducere; Satis autem considerabilis pro Barone videbatur ea circumstantia per ipsum præsupposita, quod scilicèt antiquitus nimium rarus, & modicus erat usus hujusmodi animalium, undè negligebantur, secus autem quod nunc ad fraudem vel industriam erat excretus juxta terminos *tex. in c. suggestum de decim. cum ibi notatis*, & habetur plures in dicta materia *sub titulo de decim.* in proposito exemptionis quam Parochi antiquitus tolerabant in Regularibus à decimis ob eorum paupertatem, ac modicam bonorum quantitatem, licèt super hoc formiter non scripserim.

***

TUS-

TUSCULANA

JURIS PASCENDI.

PRO

UNIVERSITATE BOATTERIORUM,

CVM

BARTOLIS.

Casus disputatus in Congregatione boni Regiminis, & resolutus pro Bartolis.

An Communitas seù particulares habentes jus pascendi in fundis & terris apertis, seù campestribus destinatis ad segetes, prohibere possint Dominis, nè sepibus vel foveis recingant, atque ad alium usum, puta vinearum reducant.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Dominus fundi servientis non potest immutare formam & culturam in præjudicium habentis servitutem juris pascendi.*
3 *Resolutio causæ.*
4 *Declaratur conclusio, de qua num. 2. quando procedat.*
5 *De jure pascendi competente civibus in territorio ex consuetudine, ac jure civico, & non dicitur servitus.*
6 *Hoc jus non impedit facultatem immutandi culturam & recingendi bona propria.*
7 *Declaratur quando hæc immutatio fieri possit.*
8 *Dicta consuetudo dicitur favorabilis, & differt à servitute.*
9 *Ex quibus dicatur probata servitus.*
10 *De differentia an jus pascendi competat jure dominij, vel jure servitutis.*

DISC. XXXVII.

1 VOlentibus Bartolis, cum sepibus, vel foveis recingere quamdam eorum tenutam seu casale, ad effectum immutandi culturam, & concedendi in emphyteusim, seù perpetuam locationem diversis particularibus pro platandis vineis vel arboretis, se opposuit Universitas Boatteriorum prætendens id fieri non posse in præjudicium juris pascendi eis competentis in toto territorio aperto seu campestri, Introductaque causa in Congregatione boni regiminis, opinante quodam causarum patrono, qui pro dicta Universitate patrocinabatur, causæ punctum pendere à probatione servitutis juris pascendi, atque sciens Rotam & Curiam residere in opinione, quod hæc servitus tanquam discontinua exigit immemorabilem juxtà celebres decisiones *Narnien. juris pascendi coram Verospio decis. 300. & 347. par. 9. rec. as- Cardin. de Luca de Servitutibus.* sumpsit onus hujus probationis, qua benè & diligenter sequuta cum suis requisitis vulgaris *glos. in cap. 1. de præscript. in 6.* assumptaque disputatione cum hoc fundamento; In hoc statu, & in ipsius Congregationis antivigilia, requisitus fui ad scribendum in jure pro ipsa Universitate super informatione facti, quæ tota consistebat in justificatione benè probatæ immemorabilis super dicta servitute, qua ità per præscriptionem legitimè constituta, resultat Dominum fundi inservientis immutare non posse illius formam seù naturam in præjudicium habentis servitutem juris pascendi, quæ ità impedita remaneret, quod Ego scribendo more Advocati probare conabar cum auctori- 2
tate *Cravettæ cons. 4. num. 6. Covar. lib. 1. variar. cap. 17. num. 11. Surd. cons. 65. num. 13. Cohell. ad Bullam boni regiminis cap. 50. n. 198. Novar. de gravam. Vasall. par. 1. gravam. 36. apud quos cæteri.*

Verùm ab ipso initio, juxtà stylum, partibus insinuavi, quod procedendo per hanc viam, nimium timendum erat de succumbentia, ut sequutum fu- 3
it, nam contra Universitatem se opponentem prodiit resolutio, emanata perindè juxtà votum, & meritò, quoniam punctus causæ non erat, An civibus, præsertim Boatteriis, & artem agrariam exercentibus, liceret necnè in hujusmodi terris campestribus & apertis depasci cum eorum animalibus, eodem modo, quo in reliquo territorio communali; Sed erat, an iidem cives hoc jus, seù verius hanc facultatem habentes, impedire possent terrarum & agrorum Dominos, nè muris vel sepibus, aut foveis recingerent, atque in diversam culturæ 4
formam reducerent, quod regulariter, posito etiam dicto jure seù facultate prohiberi non potest, *ut habetur in Corona clusæ disc. sequen*; ex ea clara ratione, quod hæc non est propriè illa servitus juris pascendi prædialis, quæ jure privato competit in uno prædio pro pastura animalium in alio prædio dominanti existentium, juxtà terminos *in §. Inter Instit. de servit. rustic. prædior. cum ibi notatis*, quo casu rectè procedit dicta propositio [8], de non immutando prædii servientis statu in præjudicium habentis dictam servitutem, sed agitur de quodam jure, seù verius quadam facultate, quæ jure cujusdam consuetudinis universalis magis quàm præscriptionis competit civibus & incolis ex jure civico & naturali depascendi cum eorum animalibus in agris & fundis apertis & campestribus destinatis ad culturam segetum post has recollectas, quæ consuetudo videtur ferè universalis per Europam, ipsi juri naturæ seù naturali rationi innixa, & quodammodò necessaria, nè cives & incolæ inermem vitam ducant, ut *benè Covarr. practicar. cap. 37. num. 3. Tusc. litt. T. con-* 5
clus. 512. Capobl. de Baron. pragm. 11. numer. 30. in fin. Capyc. Latr. consult. 83. n. 10. Novar. de gravaminibus vasallorum: par. 1. gravam. 32. & cæteri; Quæ tamen consuetudo, ut dictum est, non dicitur importare formale jus seù formalem servitutem juris pascendi, sed solùm libertatem seù naturalem facultatem, ut animalia civium depasci possint in territorio aperto & campestri, à segetibus non impedito, & quod vulgò *communale*, seù alibi *demaniale* dicitur, absque aliqua distinctione privati dominii; Hæc autem facultas competere dicitur ex natura campestri & apertà agrorum, tanquam ex cessante murorum, vel sepium, aut foveârum impedimento, & consequenter non tribuit jus civibus & incolis impediendi Dominos, nè eorum bonis pro libito utantur, atque ad diversum usum

convertant juxta communiter receptam doctrinam
6 *Covarr. d. cap. 37. num. 4. cum sequen.* & ita distinguendo habetur *apud Barbat. de divis. fructuũ par. 1. cap. 6. num. 55. & sequen. Antonell. de tempore legali cap. 110. num. 4. cum alijs in Corana disc. sequen.* Quoties tamen hæc immutatio non est notabilis, atque provenit ex justo motivo convertendi
7 rem in alium usum magis utilem, ac omnino diversum, puta reducendi ad vineas, arboreta, vel caneta cum similibus. Secus autem si non immutata natura bonorum, seu specie culturæ, in notabili quantitate idem ager sepibus, muris, vel foveis recingeretur ad effectum ibi tacitè faciendi bannitam seù defensam ipsiusmet herbæ naturalis, quod præter moderatum usum pro animalibus propriis fieri non potest juxta distinctionem, de qua *in d. Corana disc. sequenti*; Atque ità intelligenda venit dicta conclusio de impedita facultate Dominorum immutandi formam seù culturam agrorum & prædiorum in præjudicium Communitatis, vel Baronis, seù particularium habentium jus pascendi, vel respectivè affidandi, quoniam hæc, ut suprà, non est formalis & vera servitus, sed solùm facultas universalis in bonis campestribus, & non impeditis, & quam facultatem quandoque cives voluntariè sibiipsis adimere solent, eam transferendo in ipsam Communitatem ad effectum, ut ex pretio herbarum & pascuorum per ipsosmet cives vel alios emendorum onera publicâ, & communitativa supportari valeant juxtà casum *decisionis* 197. *Franchi.* cum concordantibus, quo casu dicitur potiùs quædam species collectæ, quam ità insensibiliter sibi ipsis cives & incolæ imponunt, *ut in Spoletana hoc eodem tit. disc.* 41. & in aliis.

Hinc proindè advertebam, inanem fuisse laborem & impensam super formali probatione immemorabilis cum dictis rigorosis requisitis; Tum
8 quia hujusmodi consuetudo tanquam conformans consuetudini ferè universali ut suprà, ac etiam naturali rationi & facultati, favorabilis potiùs censenda est, quam odiosa, ideoque non regulanda cum dictis rigorosis terminis odiosæ servitutis; Tum etiam quia non erat de hoc quæstio, quoniam possessores dictæ tenutæ seù casalis non controvertebant dictam civicam facultatem pascendi, quoties territorium continuasset in ejus consueta cultura ad segetes seu fruges, & consueto statu aperto seu campestri, sed erat, an eis impediri posset facultas immutandi rei suæ statum.

Dicebant aliqui ex civibus seù boatteriis præfatam Universitatem constituentibus, stante an-
9 gustia territorii campestris, & idonei ad pascua sumenda, dum magna pars destinata esset vineis & villis quod in hujusmodi tenutis, & agris in hoc statu retentis, inducta videbatur ex antiqua consuetudine pro beneficio annonæ & agriculturæ quædam necessaria servitus, quæ impediret status immutationem alias tentatam & impeditam; Ad quod allegabant, nedum communem famam & traditionem, sed etiam dicebant id probari ex discreto territoriorum & bonorum pretio, quod scilicet territoria sepibus & muris recincta, seù alias ab hoc jure pascendi exempta, & in pleno ac libero possessorum dominio, etiam quoad herbas, valerent ad rationem scutorũ 300. pro quolibet rubro; Econversò autem ista hujusmodi servitutem habentia, & in quibus cives dictam facultatem habent, essent valoris dimidiati ad rationem scutor. 150. quod videtur magnum servitutis adminiculum, quoniam nullatenus probabile est, quod possessores & Domini tam diuturno tempore id negligere voluerint, ob adeò notabile lucrum, seù valoris augmentum, nisi ob hanc servitutem impediti fuissent; juxtà ea, quæ in proposito proximè ponderantur *in Ianuen.* & *in Firmana disc. 2. & 3.* cum similibus.

Et magis ad rem supponebant ipsosmet de Bartolis seù eorum auctores emisse hujusmodi territoria ad hanc minorem & dimidiatam rationem cum dicta narrativa, seu assignatione causæ diminutionis valoris; ob hoc jus pascendi competens Communitati seu civibus, quodque alias agricultura notabile detrimentum vel diminutionem pati cogeretur; Et quando hæc benè ac legitimè justificata essent, ista oppositio videretur probabilis, quoniam juxta ea, quæ habentur *in Nepesina disc. 35.* & in aliis ita resultare videtur quod dominium privatorum 10
contineat potius quamdam speciem coloniæ seu restrictionem ad solam culturam & perceptionem fructuum industrialium, dominio fructuum naturalium alteri competente, & sic magis jure dominij residentis penes ipsam Communitatem, quam jure servitutis: sed punctus erat, quod hæc dicebantur & non probabantur.

Et cum hac distinctione sæpius consultus ex parte Baronum seu Dominorum habentium jus vendendi pascua & affidandi in universo territorio castri seu loci. An particulares possidentes terras & agros, immutare possent consuetum statum, plantando vineas, arundineta, vel arboreta in præjudicium dictorum pascuorum, quæ ita diminutionem patiuntur, Respondere consueui, quod aut sumus in casu, quo Baro seu Dominus habeat hoc jus ex consuetudine seu præscriptione tanquam effectum baroniæ & jurisdictionis, eo modo quo frequenter idem jus Communitates habere solent & tunc non possit impedire, quoties immutatio non sit excessiva, & in fraudem ut supra, sed moderata, & ex justa causa. Aut sumus in casu, quod Dominus id habeat jure dominij, quia nempe habendo plenum & utilitarium dominium totius territorij, concesserit civibus & incolis ejusdem territorii partem ad culturam segetum, & ad fruges colligendas, retento pro se dominio herbarum & pascuorum juxta deducta *in Amerina disc. praced.* & tunc secus, quoniam possessores tunc habere dicuntur dominium limitatum ad illum usum, quem immutare non possunt in præjudicium Domini qui sibi hunc alium fructum reservavit, ut advertitur in decisionibus *Clusin. coram Mantica*, de quibus *dictis disc. praceden.*

CORANA

CLVSÆ

PRO

BVTIIS

CVM

COMMUNITATE CORÆ

Casus disputatus in Congregatione particulari, & resolutus ut infra.

De eadẽ materia. An domini, & possessores agro-

agrorum, & prædiorum apertorum seù campestrium, possint ea cum muris, sepibus, vel foveis recingere in præjudicium juris pascendi competentis Communitati vel civibus.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Prohibitum est Dominis vel Communitatibus facere bannitas vel defensas in præjudicium civium.*
3 *Dominus fundi servientis non potest illius statum immutare in præjudicium habentis jus pascendi.*
4 *Quilibet potest disponere pro libito de rebus suis.*
5 *Licitum est proprios agros vel fundos cum muris vel sepibus claudere, & numer. 8.*
6 *Declaratur conclusio de qua n. 3.*
7 *Quo jure Communitas vel Baro habeat pascua exuberantia, & quis eorum habeat in eis intentionem fundatam.*
Declaratur conclusio, de qua numer. 5. Et quando privatis vel Communitati liceat reservare aliqua pascua seù facere reclusas.

DISC. XXXVIII.

CUm fratres de Butiis multa bona possidentes in territorio Corano, certam terræ quãtitatem, partim cultivam, partim verò silve-
1 strem in montanea per eos possessam, pro tutiori & commodiori pastura eorum animalium, nè aliis pateret accessus, cum muro seù macerie clausissent, illa Communitas habens in eadem montanea jus affidandi animalia exterorum in pascuis, putans id esse sibi præjudiciale, criminaliter eos accusavit de publicorum bonorum usurpatione, Atque desuper deputata per Papam particulari Congregatione, agnita per istam incongruentia actionis criminalis, mandatum fuit videri de puncto civili, An scilicèt licuerit dictam clusam facere, eamque liceat retinere in præjudicium civium & incolarum habentium jus pascendi, & Communitatis dominæ pascuorum exuberantium usum civium, ac affidantis animalia exterorum.

Et assumpta desuper disputatione, scribentes pro Communitate, ac aliis ei adhærentibus, principaliter insistebant in prohibitione, quæ in jure habetur, etiam in ipsis Baronibus seù Dominis, ac Communitatibus, faciendi hujusmodi clusas, seù reservationes, quæ in Italia alicubi *bannitæ* & alicubi *defen-*
2 *sæ* nuncupantur, ad tradita *per Covarr*; quem omnes moderni in hac materia magistrum agnoscunt, *practicar. q. c. 37. Capobl, de Baron. t. 1. pragm. 11. & to. 2. c. 74. & 75. Novar. de gravã. vasallor. p. 1. gravam. 33. apud quos cæteri*; Licèt enim dicta prohibitio magis fundata videatur in legibus municipalibus Hispaniarum vel regni Neapolitani, de quibus allegati auctores loquuntur, attamen id etiam in juris dispositione, vel ratione fundatum videtur.

Et his addebant generalem propositionem, de qua frequenter in præcedentibus, præsertim *in Tus-*
3 *culana disc. præced.* ut Dominus fundi servientibus non possit illius culturam mutare, seù aliàs illius statum alterare, undè propterea impediatur usus pascuorum habenti servitutem juris pascendi, quod in specie respectu præjudicii resultantis Communitatibus, quæ sint Dominæ pascuorum, seù habeant jus affidandi advertitur per *Cohea. ad Bullam boni regiminis cap. 50. num. 198.*

His tamen non obstantibus, cum sensu etiam veritatis, dicebam scribens pro Butiis, injustam ma- 4
lèque fundatam esse hujusmodi prætensionem, fortè ab aliquibus æmulis sub Communitatis nomine excitatam; Quoniam juris regula assistit rei Domino, ut illa pro libito uti valeat ex vulgari axiomate deducto ex textu *in l. re mandata C. mandati*, cum concord. plene collectis *per Barbos. axiomate 199. num. 1.* quod quilibet est rei suæ moderator & arbiter.

Et in specialibus terminis, quod cuilibet licitum sit proprium ac privatum fundum muro, macerie, 5
vel sepe recingere, est textus expressus *in l. per provincias Cod. de ædif. privatis*, & absolutum supponitur apud *Covar. dicto cap. 37. num. 4. cum sequen.* ubi de facultate pascendi in alienis fundis & prædiis apertis & campestribus, nullam muri, sepis, vel fovearum clausuram habentibus, ac cæteris allegatis habetur apud *Sess. dec. 74. Capoblan. de Baron. dicto tom. 1. pragm. 11. num. 32. & sequen. & tom. 2. cap. 74. n. 8. cum sequen. & num. 11.* & conferunt deducta *per Novar. dicta par. 1. gravam. 34. & 35.* ac firmatum fuit per Congregationem boni regiminis *in Tusculana* de qua supra *disc. præced.*

Respondendo autem ad objecta, quatenùs pertinet ad secundum super prohibitione Domini 6
fundi servientis, alterandi illius statum in præjudicium ejus, qui habeat servitutem juris pascendi, deducebam eadem, quæ habentur *in dicta Tusculana disc. præced.* quod scilicèt hæc non est privata & formalis servitus, quam unum prædium alteri prædio seu personæ debeat, in quibus terminis dicta conclusio procedit, sed, excepto casu, in quo Communitas possideat pascua jure dominii, itaut dominium privatorum restrictum sit ad solam culturam & fructus industriales, dicitur solùm facultas ex quadam fere universali consuetudine innixa juri seu rationi naturali, per quam civibus jure civico conceditur post secatas segetes seù recollectos fructus, itaut neque illis, neque eorum præparationi seù culturæ præjudicetur, pascua indeterminatè sumere in universo patrio territorio campestri & aperto, tanquam ex cessante impedimento murorum vel sepium, denotantium fundum ad pascua destinatum non esse, sed ad aliquam meliorem culturam; Undè propterea hujusmodi innovationem faciens in ejus terris & agris, dicitur uti jure suo, suaque naturali facultate ad propriam utilitatem, quæ principaliter spectanda est, non curato accessorio seù consecutivo præjudicio exindè alteri resultante ad regulam desumptam ex vulgari textu *in lege altius Cod. de servitutibus, & aqua*, de qua in proposito ædificantis in suo, atque altius domum propriam extollentis habetur supra *disc. primo & 2.* & frequenter; Ideoque manifestum erat æquivocum applicandi huic casui ea, quæ in jure habentur circa prohibitionem Domini fundi servientis non parandi præjudicium habenti hanc servitutem, cum revera isti termini non intrent, Jus autem Communitatis vel Domi-
ni circa pascua exuberantia post usum civium, & 7
successivè circa affidationem animalium exterorum, pariter non importat formalem servitutem in ipsis prædiis, sed jure subrogationis in locum civium deficientium, seù illorum qui ob carentiam animalium non habent participationem hujus civicæ & naturalis facultatis, obtinere dicuntur

hæc exuberantia pascua tanquam bona nullius, & in quibus quæstio cadit inter DD. quisnam potiùs fundatam intentionem habeat, an scilicèt Baro, vel Communitas ex iis, quæ insinuata habentur *in Comaclen. vallium sub tit. de feudis disc. 2.* & *in Cusentina sub tit, de jurisdict. dis.* 48. & in aliis.

Majorem difficultatem faciebat primum objectum super prohibitione, quam ipsemet Dominus, & Communitas regulariter habent absque consensu civium interessatorum, seù alia justa causa facere hujusmodi clusas, seù bannitas & defensas ut suprà, unde propterea esset permittere privatis id quod ipsi Domino vel Communitati prohibitum est.

Pro hujusmodi objecto solvendo dicebam, etiam cum sensu veritatis, dictum argumentum esse verum, rectèque procedere, quando aliquis privatus id facere vellet ad industriam, quia nempè ita proprios fundos clauderet, ut bannitam seù defensam in substantia faceret, ad effectum custodiendi & reservandi herbas, ut eas cum jure privativo aliis venderet, ibique exterorum animalia introduceret, & in his terminis, atque ex ista ratione verè procedunt omnes auctoritates, quæ desuper habentur; Secùs autem ubi ex prudenti œconomia & industria id fieret, ut exindè majorem fructum ex bonis suis aliquis percipiat, curando ita proprios fundos seù agros recingere & custodire, ut pro animalibus propriis commodiora & meliora pascua habeat in rebus suis, cum id nullo jure prohibitum videatur; Undè propterea apud allegatos, per quos dicta prohibitio firmatur, receptum est fieri posse aliquas reservationes ex justa causa, puta pro herba bovum, eosdem agros seù fundos colere debentium, vel ovium & caprarum, quæ eos stercorare debent, & quæ reservatæ vulgò *mezzane* in Apulia aliisque regionibus dici solent.

Nam etiam generaliter firma remanente dicta prohibitione bannitarum, seù defensarum, conceditur jus faciendi has reservationes seù mezzanas pro bovibus aratoriis & favore agriculturæ tanquam ex causa publica, prohibendo, nè ibi oves, sues, equi & alia animalia depasci possint, ut ex dicto magistro *Covarr. dicto cap.* 37. habetur *apud sess. dicta dec.* 74. *Capobl. dicta pragm.* 11. *tom. primo ex num.* 32. *Novar dicto tract. de gravam. par.* 1. *gravam.* 34. ubi etiam *gravam.* 35. de facultate privatorum faciendi mandras & reclusa pro custodiendis animalibus à lupis vel latronibus cum similibus; Et quando non haberemus auctoritates, id clarè comprobaret naturalis ratio, & communis usus, quoties hæc omnia moderatè fiant, & ex justa causa, & probabili motivo, itaut non sit facere defensas seù bannitas per indirectum, ideòque ut frequenter in aliis *hoc eodem tit.* istæ dicuntur quæstiones facti potiùs quàm juris, ex singulorum casuum particularibus circumstantiis, prudentis judicis arbitrio decidendæ; Præsens autem causa, quod sciam, non fuit formiter decisa, sed mediante quodam honesto temperamento, finem potiùs insensibilem habuit.

***

PORTUEN.

JURIS PASCENDI.

PRO

DUCISSA LATERE,

CUM

COMMUNITATE CASTRI NOVI

Casus disputatus in Camera, & coram Gubernatore Castri novi respectivè, & resolutus ut infra.

De jure pascendi competente Communitati vel civibus in terris & prædiis privatorum, Et an possint simul stare quod dictum jus sit Baronis, & Domini loci, & tamen quod Communitas pro majori pretio pascua vendat;

An posito dicto jure pascendi possint particulares Domini terrarum & prædiorum immutare eorum statum, eaque reducere ad culturam, sivè ad prata pro fœnis colligendis, ac tali casu prohibere pascua.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Distinctio quæstionum.*
3 *Ius sumendi pascua intelligitur post secatas segetes, & recollectos fructus.*
4 *Fœnum est in fructu, & prata dicuntur esse in cultura.*
5 *Non potest immutari status bonorum in præjudicium habentium in eis jus pascendi.*
6 *Non dicitur innovare, qui antiquum statum restituit.*
7 *Datur distinctio plurium casuum super conclusione, de qua num.* 5.
8 *Quæ differentia sit inter culturam terrarum ad usum serendi, & alteram ad usum fœni & pratorum.*
9 *Quando in præjudicium juris pascendi communitativi immutari possit rerum usus.*
10 *Servitus non præsumitur, ideo intentans negativam super libertate dicitur habere intentionem fundatam.*
11 *An præscriptio hujus servitutis debeat esse immemorabilis.*
12 *Baro Dominus pascuorum potest prohiberi, nè vendat exteris, sed ea concedat civibus pro pretio inalterabili.*
13 *Pascua civibus competentia possunt eisdem de eorum consensu prohiberi, ut ità alys publicis oneribus consulatur.*

DISC. XXXIX.

CUm per obitum N. Columnæ absque prole masculina, Camerales prætenderent factum esse locum devolutioni feudi Castri

stri novi, juxtà stylum fiscalium ubique servatum, apprehenderunt possessionem tam ipsius feudi, ejusque adjacentium, quàm omnium tenutarum & bonorum à dicto feudatario, ejusque majoribus in eo territorio possessorum. Cumque tres dicti ultimi feudatarii sorores & hæredes prætenderent, vel feudum adhuc durare, vel quamplura bona esse allodialia, hinc *Gregorius XIII.* per viam concordiæ mandavit quædam bona dictis sororibus restitui, præsertim verò quamdam tenutam nuncupatam *Ripaltu*, quæ ab eisdem sororibus vel earum descendentibus emptionis titulo obvenit in Joannam Sabellam Ducissam Lateræ, qua volente aliquas ejusdem tenutæ partes ad id aptas ad usum pratorum redigere seù restituere, Communitas eiusdem loci prætendens habere jus pascendi in universo territorio etiam privativè ad particulares terrarum Dominos, cum facultate vendendi herbas præsertim hyemales forensibus, se opposuit, prætendendo dicta prata custodiri non posse, neque usum pascuorum impediri. Undè introducta desuper causa in Camera per appellationem fortè ab aliquo decreto vel sententia Gubernatoris ejusdem loci, qui semper est unus ex ejusdem Cameræ Clericis, cum præsupposito dicti juris pascendi spectantis ad Communitatem, quod scribentes in facto pro Ducissa tunc non controvertebant, assumpta fuit disputatio, an hoc non obstante licitum esset prata custodire, eorumque pascua prohibere pro consueto tempore ad fœni recollectionem necessariò, sed quod memoria suggerat, nulla capta fuit resolutio; Occasione autè hujusmodi disputationis, animadversum fuit erroneum fuisse dictum prætensum jus pascendi admittere, undè propterea ad evitandas difficultates, quæ illo posito super dicto puncto habebantur, acquirendamque dictæ tenutæ libertatem, oportunum judicatum fuit ex integro judicium in actione negatoria coram dicto Gubernatore instituere super dicta libertate à prætenso jure pascendi, super qua obtenta fuit sententia favorabilis, à qua pendet causa in Camera in gradu appellationis per dictam Communitatem interpositæ.

Duo igitur fuerunt puncti, de quibus in hujusmodi respectivè disputationibus actum fuit; Primò
2 scilicèt, in Camera, an præsupposito dicto jure pascendi in Communitate, posset eo non obstante fieri reductio ad usum pratorum, & prohiberi in eis pascua; Et secundò circa ipsum jus pascendi à dicta Communitate prætensum.

Quoad primum, scribens pro Ducissa, dicebam quod quemadmodum Dominus seu prædii nō prohibetur per hoc jus pascendi universaliter in territorio competens Domino loci vel Communitati prædium colere, ibique serere triticum vel alias fruges, atq; pro isto culturæ tempore pascua prohibere,
3 cum hujusmodi facultas seù jus intelligatur recollectis fructibus ex deductis *per Larreà alleg.* 109. *n.* 1. *Capobl. de Bar. part.* 1. *pragm.* 11. *& par.* 2. *c.* 75. *ubi de materia*: Ità à pari, cum reducere terras ad usum pratorum, ut fœnum ibi colligatur, aliud non sit nisi species culturæ, seù perceptionis fructus, ut ad literā
4 probant *text. in l. pratum ff. de verb. signif. & l. prima & 2. Cod. de pascuis publicis lib.* 11. per quæ jura ita in individuo firmat *Rovit. super pragmaticis in rubr. de pascuis n.* 13. quoniam fœnum est fructus habens etiam de industriali; atque sub jure pascendi non venit facultas istos percipiendi.

Non negabatur hæc propositio per scribentes in contrarium, sed insistebatur in eo, quod Dominus fundi servientis non potest immutare illius statum in præjudicium ejus, cui competit servitus vel jus pascendi ex deductis *per Cobell. ad Bullam boni regiminis cap.* 50. *num.* 198. *cum sequen. Capobl. de* 5
Baron. dicta pragmat. 11. *par.* 1. *per tot. & par.* 2. *c.* 75. *latè apud Larream alleg.* 110. ubi etiam de materia prohibitionis faciendi bannitas seù defensas, aut aliàs immutandi rei statum in præjudicium habentium jus pascendi.

Pro hujusmodi objecto removendo, duas dabam responsiones, Unam, quod in facto supponeretur antiquitus istas tenutæ partes ad eumdem pratorum usum deseruisse, undè propterea non erat innovatio, quia innovare non dicitur, qui antiquum statum dirutum vel neglectum restituit *ad text. in l.* 6
non est novum ff. de legibus l. 1. §. *de nov. oper. nunciatione cum concord. per Mantic. dis.* 163.

Et secundò quod revera non versaremur in casu conclusionis quam habemus de non immutando statu fundi servientis in præjudicium ejus, cui servitus debita est, Ad quod probandum advertebam in proposito plures casus distinguendos esse; Quorum
7 primus est, ubi agitur de jure pascendi competere jure privatæ servitutis potiùs realis, de qua propriè agitur §. *inter rusticorum Instit. de servitutibus cum concord. per Cepoll. de servit. rust. præd. c.* 9. quia nempè unum prædium debeat pascua animalibus alterius prædii, & de hoc in præsenti agendum non erat utpotè à casu controversiæ extraneo.

Alter casus est, ubi agitur de jure pascendi competenti in universum Domino loci vel Communitati, non ratione servitutis vel consuetudinis, sed ratione dominii, quia nempè dominium terrarum & prædiorum directum, seù quoad fructum naturalem sit Domini vel Communitatis, particulares verò habeant solum dominium subalternum pro fructibus industrialibus, & pro usu culturæ, juxtà quamdam coloniæ speciem, *ut apud Mantic. dec.* 97. cum similibus, de quibus habetur particulariter actum *in Nepesina collectæ hoc eodem titulo disc.* 35. & tunc rectè intrare videtur dicta prohibitio faciendi per Dominum, qui terras particularibus seù colonis ad illum usum tantùm dedit, *ut per Capobl. ubi suprà* apud quem concordantes, Et nihilominus etiam isto casu discretè ac juxtà facti qualitatem id intelligendum est, quoniam sicut particulares habentes hoc dominium subalternum pro cultura non prohibentur istius ac recollectæ tempore durante prohibere pascua, ac tollere Domino directo perceptionem fructus naturalis, ità non videtur prohibenda hæc species culturæ, quæ non est in omnibus anni partibus, sed solùm in quibusdam mensibus, nisi ex more regionis ac terrarum qualitate obstet consideratio, quod hujusmodi culturæ species sit magis præjudicialis, ac impeditiva dicti juris pascendi, cujus utilitas consistere soleat in herbis hyemalibus, quæ in pratis prohibentur; Seù magis ad rem, quia ubi agitur de vera cultura pro ferendo tritico & aliis frugibus, ut commodè &
& compatibiliter uterque fructus naturalis & industrialis percipiatur, solet fieri distributio per contratas seu territorii partes, vulgò *quartos* in annos vel tempora, ut ità tota una pars colatur uno tempore, altera tota remaneat libera pro usu pascuorum, quæ aliàs absque hujusmodi generico uniformi statu commodè percipi non possunt, quod non est applicabile pratis dantibus impedimentum continuum in omnibus annis.

Tertius demum est casus noster, in quo jus pascendi in universo territorio, bonisque campestribus

seu communalibus competat de consuetudine civibus,& incolis jure civico,vel Domino seu Communitati ex præscriptione;Et tunc id non importat prohibitionem immutandi usum , nisi immutatio esset in notabili quantitate, itaut, vel impeditus, vel notabiliter præjudicatus remaneret dictus
9 publicus usus,in quibus terminis procedunt dicta per *Cobell;& Capobl.ubi suprà*,& distinguendo habetur *apud Covarr. practicar. cap. 37. n. 4.& 6. Hond.cons.84.num.31.lib.2.Cancer.par.3.var.cap.4. de servitutibus num.78.decis.632.num.3.par.3.rec. & habetur præsertim in Tusculana disc. 37.* Verùm adhuc cogitabam id rectè procedere ad effectum reducendi partem terrarum ad vineas, aliaque prædia muris vel sepibus recincta juxtà casum , *de quo in dicta Tusculana*,secus autem ad hujusmodi effectum pratorum, quæ non recinguntur , sed remanent in primævo statu naturæ tanquâ reliqua communalia,undè propterea urgere videtur eadem ratio impeditiva hujus juris pascendi,de qua suprà,& hoc mihi inferebat difficultatem , quatenus dictum jus pascendi admittatur.

Quoverò ad alterum punctum libertatis hujus tenutæ disputatum coram Gubernatore, fundata e-
10 rat intentio hujus partis intentantis actionem negatoriam super rei suæ libertate eo ipso , quod à prætendente servitutem ista non probatur *ex plene deductis dec.101.par.4.rec.tom.2. Romana servitutis 29. January 1606. Cerro, de qua habetur etiam actum hoc tit.disc.23.& habetur in dicta Tusculana, ac etiam in dicta Nepesina,& in alijs frequenter* ; Et quidquid apud DD.controversum sit, dicebam in Curia,etiam in casu , quo non agatur de servitute merè reali,retineri opinionem , quod cessante titulo explicito in his terminis juris pascendi requiratur præscriptio immemorabilis *ex deductis per Dexart.dec.70.& 71.Cancer.dict.cap. 4. numer. 50. Rot. dec. 300.& 347.par.9.rec. cum alijs in dictis*
11 *Tusculan. & Nepesin.* quamvis hæc opinio quoties agitur de illa consuetudine , quæ per Europam est generalis , facultatis scilicèt pascendi in communalibus post secatas segetes jure civico , mihi parum probabilis videatur , ex deductis *in proximè allegatis locis,& alibi hoc eodem titulo*,quoniam aliud est depasci jure servitutis, aliud verò jure civicæ facultatis, & ex quodam usu naturali concedendo civibus & incolis.

Difficultas verò consistebat in eo quod ex parte Communitatis dabantur jura antiqua suprà centenariam comprobantia , vel saltem satis adminiculantia hujusmodi hyemalium herbarum venditiones factas per Communitatem forensibus,accedentibus etiam aliquibus chirographis Pontificiis hujusmodi facultatem vel confirmantibus vel supponentibus,unde videbantur intrare eadem, quæ pro hujus competentia ad favorem Communitatis habentur *in dicta Nepesina collectæ disc.35.*

Quamvis autem more Advocati causæ inservientis multa deducerem contra dictas probationes & adminicula,præsertim circa non probatam effectuationem illarum venditionum , quæ antiquo tempore enunciabantur in quibusdam decretis seù conclusionibus factis in Consilio generali, Nihilominus reflectendo ad veritatem mihi videbatur hoc jus in genere pro reliquo territorio sufficienter probatum esse modo de quo infrà ; Verùm eodem sensu veritatis retento,credebam pro hujus tenutæ libertate probabiliùs respondendum esse, quoniam eadem Communitas exhibuerat quasdam receptas factas per dictas sorores de Columna,seù earum matrem & tutricem de aliquibus pecuniarum summis sibi solutis per cives & particulares hujus loci pro herbis & pascuis hujusmodi terrarum , Ac etiam quia nedum feudatarius prædictus, quando suum jus durabat, sed etiam Camera post devolutionem,ejusque affictuarii semper exegerunt & exigunt pro pascuis hujus territorii à particularibus quamdam fidam ad rationem tot juliorum pro quolibet animali, & ab ipsa Communitate quamdam summam pro jure pascuorum in universum,undè propterea ita exclusum remanere dicitur dominium seù jus Communitatis,cum illud potiùs sit Domini, & consequenter omninò probabiliùs dicebam, quod Baro seù feudatarius , qui Baronali seù dominicali jure habebat jus pascendi in communalibus & universo territorio , non subjaceret hujusmodi servituti in hac tenuta , aliisque bonis per eum jure pleni,& privati dominii possessis, eodem adamussim modo , quo de aliquibus tenutis & bonis Baronis & respectivè Communitatis discretivè ad communalia,& reliquum campestre territorium habetur *in dicta Nepesina collectæ disc.35.*

Istud motivum primo aspectu videbatur judici durum,ac non de facili perceptibile , quasi quod omninò improbabile videretur, quod Baro pro ejus tempore, & successivè Camera si haberet hujusmodi pascuorum jus vel dominium , contentari vellet modica præstatione,ac pati, quod Communitas rem non suam longè majori pretio exteris venderet.

Pro hujusmodi difficultate removenda dicebam, frequenter dari casum , quod jus pascuorum esset
12 Baronis,ex consuetudine tamen limitatum, nè forensibus pascua vendere possit , sed teneatur illa concedere Civibus & Incolis pro certo moderato inalterabili pretio,seù taxa,quæ vulgò *fida* dicitur ex deductis *apud Capobl. de Baron. dicta prag. 11.n.193.& sequen.& tom.2.q.73.cum sequen.*quo casu cives & incolæ dici non possunt Domini pascuorum , quæ ità sunt in dominio Baronis, sed solùm habent jus seu facultatem usus pro certo moderato inalterabili pretio per consuetudinem taxato.

Quo jure civico ità posito,stant benè simul,eorumdem civium Communitatem pro majori pretio eadem pascua aliis vendere,etiam cum ipsorum
13 civium prohibitione,quia tunc id fieri dicitur, non jure dominii,sed per quamdam speciem collectæ , ita se privando hujusmodi facultate sibi aliàs competente,ad effectum supportandi onera,pro quibus aliàs collectas personales vel reales imponere opus esset *juxtà cons.6.Abbatis,Franch.dec.197.Mastrill dec.49.& sæpiùs in alijs hoc tit*; Et in simili videmus in Urbe de domibus in Ghetto hebræorum existentibus,quoniam earum Domini cum prohibitione alterandi recipiunt antiquas minores pensiones , ipsi verò hebræi conductores longè majores percipiunt pensiones ab aliis ex eo jure,quod vulgò dicitur *Cazzaga* cum similibus.

Præmissaque comprobari observabam à litteris, Gregorii XIII. super hujusmodi tenutæ, aliorumque bonorum dimissione præfatis sororibus facta quoniam expressè dicitur fieri liberè & cum plena exemptione ab omni onere & servitute,illo præsertim juris pascendi, quod ad evidentiam dictam veritatem comprobare videbatur.

C A-

CAMERINEN
ATTENTATORUM
PRO
THESAVRARIIS CAMERINI
CVM
COMMUNITATE SERRAVALLIS

Casus disputatus in Camera.

An usus seu facultas pascendi in montibus & forestis, alijsque locis campestribus, competens Civibus & Incolis loci, suffragetur pro animalibus exterorum, quæ per eosdem Cives & Incolas tenentur in Socitam. Et tam dictus usus competat pro animalibus, quæ teneantur ad industriam & mercaturam. Et aliqua de privilegio seu facultate competente pro animalibus vaccinis potius quam pro alijs, quodque ab istis ad alia argui non potest.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Inhibitio ad effectum, ut causet attentata, stricte intelligenda est, & non extenditur de casu ad casum & si est conditionalis non afficit, non probata conditione.*
3 *Cives habentes in territorio jus pascendi, non possunt tenere animalia exterorum ad socitam.*
4 *Socius non communicat socio jus pascendi.*
5 *De ratione ob quam Civibus competit jus pascendi*
6 *Ius pascendi competens Civibus, an suffragetur pro animalibus ad industriam.*
7 *Animalia vaccina magis privilegiata.*

DISC. XL.

1 CUM inter redditus, & emolumenta Cameralia spectantia ad Thesaurariam Camerini in appaltum concedi solitam, essent pascua seu jus affidandi in montibus & forestis Oppidi Serravallæ, cum jure prohibendi pascua etiam ejusdem loci civibus & incolis, qui econversò prætendunt dictum jus habere. Idcirco civium nomine Communitas litem desuper introduxit in Camera, atque in vim litis pendentiæ, usq; ab anno 1623. inhibitionem in forma obtinuit, absque ulteriori causæ prosecutione; Cum autem moderni Thesaurarij, inhærentes possessioni & observantiæ prædecessorum, impedire prætenderent dictis civibus & incolis pascua cum ovibus, alijsque animalibus, exceptis bovibus, & vaccinis, & econversò aliqui cives tenentes oves exterorum ad soccitam, se tuerentur cum dicta inhibitione, qua non obstante Thesaurarij processerunt ad arrestum animalium pro pœna vulgo *di fida* nuncupata, ultra damnum. Hinc proinde dicta Communitate recurrente, datum fuit dubium *in Camera coram Aquino, An constaret de attentatis.*

Et pro negativa, ultra alia motiva in nudo facto consistentia, ex quibus dictorum attentatorum excusatio deducebatur, præsertim verò quod inhibitio non esset in forma probanti, quodque non esset personaliter notificata.

Dicebam Ego scribens pro eisdem Thesaurarijs quod his etiam cessantibus pro exclusione attentatorum respondendum erat, quoniam inhibitio quæ regulariter sive justa, sive injusta timenda est, stricte intelligenda venit, & ad limites verborum, 2 non autem extendenda de casu ad casum, neque afficit circa ea, de quibus non loquitur, ut in specie firmatur *in Fanen. fideicommissi seu attentatorum 1. Iulij. 1654. coram Zarata*; Et de inhibitione conditionali non afficiente, nisi quatenus conditio verificetur *Greg. dec. 119. num. 9.* & passim, ex certo juris principio, quod delictum in dubio non præsumendum, plene & in specie probandum est.

Dupliciter autem, admissa etiam dictæ inhibitionis forma probante, ac legitima executione, dicebam eam non obstare, Primo quia loquitur de ipsius Communitatis, ejusque civium animalibus, sub quorum nomine veniebant illa, de 3 quibus agebatur, cum in facto non controverteretur illa esse exterorum, quæ à civibus & incolis tenebantur ad soccitam, & pro quibus de jure non suffragatur facultas pascendi, quam cives habent jure civico in territorio, cujus pascua sint Domini vel Communitatis, quia intelligitur de animalibus proprijs, *ut in specie Capobl. de Baron. pragm. 11. num. 102. tom. 1.* & ex eo *Adden. ad Capyc. Latr. decis. 66. à. num. 5. ad. 11. Montan. de regal. verbo argentariæ n. 15. fol. 269.*

Idque videtur satis probabile, quoniam ille qui capit animalia aliena ad soccitam, apponere dicitur solum propriam industriam & custodiam, 4 cujus ratione ad participationem admittitur, ideoque admittendus non est ad ponendum in communione id quod est alienum, ut in proposito socij non communicantis consocio suum jus seu privilegium pascendi habetur *apud Otter. de pascuis cap. 16.* & licet videatur dicendum competere dictum jus saltem pro portione propria, nihilominus contrarium in praxi receptum est, Tum ob dictam rationem, quod ipse non est perfectus Dominus ab initio, sed solum ad eam participationem admittitur sub conditione futuræ custodiæ & industriæ personalis, Tum etiam quia multæ fraudes fieri possent, & quiaut habetur *in Sabinen. disc. 42. & in alijs hoc tit.* ac etiam *in Sabinen. Status montis libretti sub tit. de feudis disc. 65.* ista facultas pascendi competens civibus jure civico in pascuis, quæ de jure vel consuetudine sint aliena, non dicitur continere aliquod jus, neque servitutem, sed solum quamdam naturalem permissionem à Domino vel Communitate præstandam ex necessitate alimentorum, & nè habitatores inermem vitam ducere cogantur, quæ ratio congruit animalibus verè proprijs, non autem alienis, quæ ab extra introducantur, adeout pluries dubitatum fuerit, an facultas seu jus civicum restringi 6 debeat ad sola animalia necessaria pro cultura & victu, itaut non suffragaretur pro illis, quæ emerentur ad industriam, & mercaturam, cujus tamen contrarium verius videtur, quoniam esset nimia restrictio, & quia sine industrijs esset pariter

inermem vitam ducere, *ut in specie Adden. ad Capyc. Latr. dicta decis. 66.*

Alterum erat fundamentum attentatorum exclusivum, quod inhibitio loqueretur de animalibus vaccinis, ideoque non trahenda ad oves aliaque animalia, ex diversa ratione inter unam & alteram animalium speciem militantem, cum vaccinæ diserviant ad necessarium usum agriculturæ, ideoque multa privilegia eis conceduntur, quæ alijs animalibus non congruunt ex deductis *per Ronit. in pragm. 1. de bestijs vaccinis &c.* passim habetur apud *Gait. de credito & alios* circa boves aratorios non exequendos cum similibus, & conferunt quæ habentur *apud Otter. de pascuis cap. 4. n. 33. cum sequen.* circa aliquod jus peculiare hujusmodi animalium, & multomagis ubi subsisteret præsupposita observantia, quæ generaliter in omni materia & quocumque dubio dicitur optima interpres non audivi amplius actum de causa, unde incertus est exitus probabiliter sequutus per concordiam.

7

SPOLETANA

JURIS PASCENDI PRO FRATRIBVS DE BVCCIOLIS CVM COMMUNITATE MONTISFALCHI

Casus disputatus in Congregatione boni regiminis, credo resolutus pro Communitate.

An Communitas facere possit Statuta adimentia vel restringentia civibus & incolis naturalem civicam facultatem pascendi cum eorum animalibus in patrio territorio, Et an in hoc suffragentur privilegia; quæ per dohanam ejus affidatis conceduntur.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *De privilegijs affidatorum dohanæ.*
3 *Communitates subditæ non possunt facere statuta contra jus.*
4 *In concernentibus interesse singulorum major pars non potest præjudicare minori.*
5 *Civibus competit jus pascendi in patrio territorio & statuta id prohibentia sunt juri contraria*
6 *Quando istæ prohibitiones dicantur ex æmulatione vel malignitate.*
7 *Declarantur conclusiones de quibus n. 5 & 6.*
8 *De pluribus casibus in quibus licitum redditur Communitati pascua restringere vel prohibere etiam aliquibus civibus dissentientibus.*

DISC. XLI.

CUm in oppido Montisfalchi contingeret, neminem ex civibus & incolis habere oves, præterquam fratres de Bucciolis cives domiciliarios, qui satis notabilem ovium gregem habentes, atque hyberno tempore sumentes in maritimis pascua dohanæ Patrimonii, potiebantur pascuis æstivis in dicto patrio territorio, Communitas dicti loci condidit statutum seu decretum, quod nemo ex civibus retinere posset, nisi certum numerum ovium, ad effectum, ut omnibus commoditas pateret habendi animalia, quæ ibi depasci possent. Adversus quam provisionem recurrentibus dictis Bucciolis ad Congregationem boni regiminis. Assumptaque disputatione, causæ patronus qui pro eis scribebat, principale fundamentum constituebat in privilegijs competentibus affidatis dohanæ, inter quæ illud continetur, ut non possint prohiberi pascua sumere, neque subjaceant oneribus fidæ & diffidæ, aliarumq; pœnarum ob damna data &c.

Ego verò scribens pro eisdem neglexi hoc fundamentum utpote omnino fragile, quoniam dicta privilegia recte procedunt in actu accessus & recessus à pascuis dohanæ, non autem pro mora toto tempore æstivo, in quo ad summum eadem privilegia possunt suffragari, ne subjaceant pœnis per singulorum locorum particularia statuta inflictis pro damnis datis, non autem inducunt exemptionem à pretio herbæ & pascuorum sive licentiam sumendi pascua aliena invitis dominis, Adinstar eorum, quæ habemus in clericis animalia habentibus, ac ni privilegio Ecclesiasticæ immunitatis desuper eis competente, ex deductis in his terminis *in Tarentina censurarũ sub tit. de jurisdictione disc. 61.* 2

Dicebam verò scribens tanquam Advocatus, hujusmodi statutum seu decretum non afficere ex defectu potestatis, dupliciter. Primò quam Communitates subditæ, tam de juri communi, quam fortius in Statu Ecclesiastico ob Ægidianam statuere vel decernere non possunt contra jus, *ut per Greg. & Adden. decis. 267. Buratt. & Adden. decis. 6. & 229.* Et secundò magis in specie, quod cum hoc jus pascendi non concernat interesse civium in universum, sed interesse singulorum, non potest major pars desuper statuere, ac minori dissentienti præjudicare, seu omnium consensus requiritur, ut ultra generalia, de quibus *Franch. decis. 2.* quæ videtur in materia magistralis cum ibi deductis per *Adden. & per. Rot. apud. Cavaler decis. 134. in fin. cum alijs per Buratt & Add. decis. 573.* In his specialibus terminis prohibendi vel restringendi pascua civibus in patrio territorio jure civico competentia ex *Ripa responso 93. in antiquis, alias 22. lib. 1. Franch. decis. 197. nu. 12. Otter. de pascuis cap. 12. num. 3. bene Petra in addit. ad Capyc. dec. 52. n. 2.* 3 4

Quod autem dictum Statutum esse contra jus, dicebam esse jure clarum, quoniam de jure civibus & incolis competit in patrio territorio aperto & communali, ac publicis pascuis destinato, cum eorum animalibus depasci, dum habitatoribus permittendi sunt illi usus, sine quibus alias commodè vivere non possent, ne inermem vitam ducere cogantur, ut probant *text, in l. omnes Cod. de oper. public. l. duum virum Cod. de decurion. lib. 10. cum concord. per Bertrand. cons. 37. num. 1. volum. 1. Novar. de gravam. vasall. par. 1. gravam. 32.* & supponitur absolutum apud *Franch. Otter. & Petram ubi supra*; ac habetur *in Sabinen. juris lignandi hoc tit. disc. seqq. & alia Sabinen. Status Montis Libreti sub titulo de feudis dis. 65.* 5

Accedente etiam præsumptione malignitatis seu æmulationis, nam exinde resultabat alterius damnum absque Communitatis, vel aliorum civium utilitate, dum alij non habebant animalia, in quo proprie æmulatio consistere dicitur, ubi scilicet quis facit, vel respective prohibet id quod sibi 6

nullam

nullam affert utilitatem, & alteri damnum causat, ut notat ad materiam *text. in l. altius Cod. de servit & aqua cum concordat. apud Capyc. Latr. dec. 50. & Rot. decis. 611. par. 5. rec. & sæpius*, Et in his specialibus terminis, quod hujusmodi statuta vel decreta continere soleant, livorem & iniquitatem, quam frequenter segniores & pauperes cives nutriunt adversus industrios & divites, advertitur apud *Otter dicto cap. 12. n. 3.*

Hæc scribebam tanquam Advocatus, Reflectendo autem ad veritatem, ab initio juxta consuetudinem partibus libere insinuatam, dicebam istam esse quæstionem potius facti quam juris non recipientem generalem & uniformem determinationem, sed decidendam prudentis judicis arbi-
7 trio, ex facti qualitate, ejusque particularibus circumstantijs, an scilicet concurreret necne justa & rationabilis causa faciendi hujusmodi prohibitiones vel restrictiones. Si enim talis causa non concurreret, de plano præmissa intrarent, ut in specie advertitur per *Avendan. de exequendis mandatis cap. 13. num. 10.* ac admittunt vel supponunt cæteri, de quibus infra, cum tunc proprie intret motivum æmulationis seu malignitatis, consideratum per *Otter. ubi supra*, ut alteri damnum absque propria utilitate inferatur. Quinimo cum damno proprio, quoniam Communitatum, ipsorumque particularium civium pauperum & non industriorum interest, alios adesse cives industrios & divites, per quos onera publica pro modo facultatum ita magis in eorum levamen supportentur.

Tres autem causæ in proposito ponderari solent hujusmodi provisiones excusantes, Primò scilicet, ubi ad consulendum publicis oneribus, & necessitatibus alio commodiori modo deficiente, congruum & rationabile reputetur aliquam
8 territorij partem restringere vel prohibere, ut ita ex pretio illorum pascuorum exteris vel eisdem civibus vendendorum, dictis necessitatibus consulatur, & tunc publica causa præfertur privatæ, ideoque major pars, non obstante contradictione minoris concludit, juxta casum de quo apud *Franch. dicta decis. 197. Mastrill. dec. 49.* cum alijs per *Cohell. ad Bullam boni regiminis cap. 50. num. 157. & sequen. Novar. dicta par. 1. gravam. 30. apud quos cæteri.*

Alter casus est insinuatus *in Corana disc. 38.* & in alijs, ubi scilicet aliqua territorij pars pro servitio agriculturæ, ac beneficio publicæ annonæ reservatur pro meliori pascuo boum aratoriorum, faciendo, ut vulgò dicitur, *mezzanas*, seu *bannitas*, ne oves, capræ, sues aliaque animalia immitti possint, quoniam pariter dicitur bonum publicum anteponendum privato, ut per *Covarr. practicar. cap. 37. Sess. dec. Aragon. 74. Capobl. de Baron. tom. primo pragm. 11. num. 32. cum seqq. Novar. par. prima grauam. 34. apud quos cæteri.*

Tertius demum casus est, ubi ita statuitur ad commune omnium civium commodum & utilitatem, ne scilicet ditiores & potentiores excessivum numerum animalium ad industriam retinentes, totum territorium ita occupent, quod minus potentium civium usum impediant, unde propterea justum & rationabile est ut ita certus numerus moderatus determinetur, ad æqualitatem, ac debitam proportionem servandam, *ut ex magistrali traditione, Alberic. in l. Imperatores ff. de servit. rustic. prædiorum* firmant cæteris antiquioribus allegatis *Avendan. dicto cap. 13. num. 10. Cancer. par. 3. var. cap. 4. num. 66. Capobl. de Baron. tom. 2. cap. 79. num. 3 & 4. Cobell. ad Bullam dicto cap. 50. num. 199.* & conferunt quæ remissive insinuantur *in Amerina hoc eodem tit. disc. 36.* de restringenda facultate competente Baroni, seu Dominio loci tanquam primo civi, ut vel juxta unam opinionem tot animalia retinere possit, quot ditior civis, vel quot duo ex ditioribus, vel probabilius judicis arbitrio, inspecta quantitate territorij, numero & qualitate civium, ac alijs circumstantijs.

Applicando igitur ad rem, verificari non poterat hæc ultima causa, cum supponeretur alios cives non habere oves, aliaque animalia, minusque secunda, sed bene credebam posse congruere primam, ut scilicet præfinito moderato numero, pascua excedentia possent exteris vendi, eorumque animalia ibi affidari, ut ex pretio reliqui cives in onerum supportatione sublevari possent, atque ita in æquipollenti obtinerent illum usum, qui debet esse omnibus communis; Incertum tamen tunc erat, an ista causa verificaretur necne, atque ab hoc pro meo judicio pendebat causæ exitus, de quo remansi incertus, puto tamen, juxta frequentiorem Congregationis prudentem stylum, quod fuerit vel favore Communitatis, vel cum aliquo honesto temperamento.

SABINEN.

JURIS. LIGNANDI

PRO

COMMUNITATE MONTIS LIBRETTI

CVM

EJUS BARONE.

Responsum pro veritate incerto requirenti.

De usu lignandi, seu pascendi & aquandi competente Civibus vel incolis, Et an per loci Dominum prohibere possit.

SVMMARIVM

1 *AN Dominus loci prohibere possit Civibus & Incolis usum ligandi & pascendi.*
2 *Hic usus non importat servitutem*
3 *Assignantur rationes, ex quibus Dominus non potest populo prohibere hunc usum.*

DISC. XLII.

REquisitus, quid in supradicta controversia pro veritate sentirem, an scilicet loci Dominus ad quem supponitur spectare nemora, silvas, forestas, & loca campestria, tàm quòad emolumenta pascuorum, quàm lignorum, prohibere possit ejusdem loci civibus, & incolis, nè pro eorum usu ligna incidere, & pascua sumere valeant; Respondi cessante privilegio seù præscriptione legitimè inducta, regulam tam ex dispositione juris, 1

quàm

quàm ex generali consuetudine stare pro civibus & incolis contrà Dominum, quia posita etiam hujusmodi jurium pertinentia penès Dominum, semper præservatus intelligitur usus civium & incolarum, ut isti elementa naturalia aliaque ad humanum usum necessaria habeant, nè inermem vitam ducant, undè qui vult in suo loco subditos & habitatores, in eis dictum usum pati debet, ut firmant *Lucas de Penna in l. usum atque per illum text. ubi etiam alij C. de aquæductibus lib. 10. Petrus de Antibolo de muneribus versic. ex quibus omnibus, benè Freccia de subfeud. lib. 2. auctor. 46 num. 4. Anna alleg. 48. n. 17. Apont. cons. 97. num. 4. lib. 1. Capobl. de Baron. par. 1. pragm. 1. num. 100. & cæteri communiter.*

Quod adeò verum est, ut etiamsi Baroni per Principem expressè concessum esset feudum cum nemoribus, sylvis, montibus, forestis, fluminibus & aquis, liberum & exemptum ab omni onere & servitute, adhuc tamen intelligatur exceptus iste usus,
2 qui non importat servitutem, sed onus intrinsecum & connaturale, *ut benè Anna dicta alleg. 48.* & est latiùs deductum *in Sabinen. Status Montis Libretti sub tit. de feud. disc. 65.* ubi quod venditore promittente Castrum cum hujusmodi juribus liberum, atque ab omni onere & servitute exemptum, non potest emptor pro hujusmodi usu prætendere actionem evictionis, seù quantiminoris, nisi ex facti circumstantiis pateat partes sensiisse etiam de libertate ab hujusmodi usu.

Et ubi deficerent auctoritates, id clarè probari dicebam, nedum ex præmissa ratione, quod Dominus, qui vult in suo loco habitatores & vasallos, debet eis elementa naturalia aliaque ad humanum usum necessaria permittere; Sed etiam ex altera, quod antiquitus attento jure naturali, seù gentium primævo cognita non erant hujusmodi dominia, sed
3 omnia erant communia & penès populum, qui postmodum ejus jura in Principem, seu Dominum transtulit tanquam in Reipublicæ administratorem seù maritum, undè propterea tria resultant hujusmodi usum inducentia. Primò nempè, quod facta concessione alicujus juris, intelligitur in eo, quod excedit proprium usum, cum improbabile sit populum cum hujusmodi concessione voluisse se privare eo usu, sine quo vivere non posset; Secundò quia si Princeps, seù Dominus reputatur tanquam maritus possidens hujusmodi jura tanquam dotem sibi à Republica datam, ferre teneretur onera matrimonii, atque ex dotis fructibus alimenta necessaria præbere uxori, quæ consistere dicuntur in populi protectione, defensione, recta administratione, & ut elementis necessariis non priventur, neque inermem & infelicem vitam ducere cogantur, *ut in dicta Sabinen. Status montis Libretti sub titulo de feud. disc. 65. & in Spoletana sub tit. de Regal. disc.* 44. Et tertiò demùm, quia si Princeps vel Dominus inferior à Principe causam habens hujusmodi bona & jura possidet ex concessione & liberalitate populi, manifestam committeret ingratitudinem donatori denegando necessaria juxta terminos *text. in l. fin. C. de revocan. donat.* Atque hanc dixi mihi videri veritatem, quod scilicèt magna sit differentia inter casum, in quo agatur inter duos privatos de jure pascendi, lignandi, & aquandi jure servitutis, vel etiam inter duos populos, quorum unus prætendat hoc jus in territorio alterius, & casum ubi populus jure civico & naturali vult dopasci, aliaque præmissa facere in suo territorio, nisi consuetudo induxerit aliquam pretii, seù fidæ solutionem, sive quod Dominus in locum introduxerit habitatores sub hac lege juxta deducta *in Amerina hoc tit. disc. 36.*

TVSCANEN.

PASCVORUM

PRO

COMMUNITATE TVSCANELLÆ,

CVM

DOHANERIIS PATRIMONII.

Casus benevole disputatus coram Cardinali Arbitro, & pro Communitate resolutus.

De juribus & privilegiis Dohanæ seu Dohaneriorum in prælatione affictus seu emptionis bannitarum aliorumque pascuorum, An talia privilegia locum habeant, ubi Communitas bannitarum, seu pascuorum dominia illa vendit seu locat ejusdem loci civibus & incolis pro eorum animalium usu & commoditate.

SVMMARIVM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *Cives habent jus pascendi in territorio.*
3 *Quando Communitas possit facere bannitas & restringere hunc usum.*
4 *Quando ipsi Cives pro eorum usu emunt vel conducunt bannitas Communitatis, quomodo considerentur.*
5 *Ius pascendi competens alicui in alieno intelligitur ultra usum Domini.*
6 *Dominus loci habens pascua in Dominio, tenetur ea vendere potius civibus, qui sunt præferendi*
7 *Distinguuntur species bonorum pertinentium ad Communitates.*
8 *De Dohana Apuliæ*
9 *De bonis Communitatis, in quibus cives non habent jus civicum.*
10. *De alio casu, in quo habetur, quod distributio inter cives non est venditio vel locatio cadens sub Constitutione* Gregor. XIII.

DISC. XLIII.

DIsponentibus Constitutionibus Apostolicis alijsque provisionibus super Dohana Patrimonij emanatis, ut per Communitates vel etiam privatos, tenutæ, vel alia loca pascuorum usui destinata vendi seu locari non possint, nisi requisitis Dohanerijs, qui in hujusmodi locationibus seu emptionibus quibuscumque alijs pro usu Dohanæ ejusque affidatorum pro eodem pretio seu pensione præferri debeant; Cum Communitas Tuscanellæ ejus tenutas locasset, seu vendidisset ejusdem loci civibus & incolis pro usu eorum animalium, Dohanerij autem prælationem pretenderent. Hinc inito compromisso *in Cardinalem*

lem Ottobonum prius insignem Rotæ Auditorem, ut ejus decisiones ostendunt.

Pro Communitate ejusque hominibus scribens, etiam cum sensu veritatis, injustam dicebam Dohaneriorum petitionem, cum isto casu Dohanæ privilegia non intrent, quoniam in tenutis & locis ia territorio existentibus, cives attenta juris communis dispositione, seu naturali libertate facultatem habent cum eorum animalibus jure civico pro moderato usu sumendi pascua, *ut in Spoletana, disc.* 41. *& alijs hoc tit.* habetur. Et quamvis pro supportandis publicis oneribus, ex justa & rationabili causa eosdem Cives magis sublevandi, Communitatibus concedatur facultas aliquas territorij partes reducendi ad bannitas, seu defensas, quarum pascuum, impetito civium usu, vendi possit pro convertendo pretio in onerum solutione ex deductis *per Franch. decis.* 197. *Mastrill. decis.* 49. *Cobell. ad Bull. Boni Regim. cap.* 50. *ex num.* 197. *& alios apud eos.* Non inde tamen juxta veros juris terminos, cives & incolæ hujusmodi bannitarum seu tenutarum pascua ementes vel conducentes censendi sunt extranei emptores vel conductores, cum aliud non sit Communitas, nisi ipsorum civium Congregatio, unde quod est de dominio Communitatis dicitur de dominio civium, & consequenter dari non potest rei propriæ emptio vel conductio.

Qua re attenta jam dicta ratione, ob quam hujusmodi bannitarum seu defensarum usus datur in Communitatibus in præjudicium singulorum, dicendum potius venit, emptionem quam de hujusmodi pascuis ipsimet cives pro eorum animalibus faciunt, aliud in effectu non esse, nisi quamdam collectæ speciem, quâ ista occasione cives & subditi solvunt eo modo quo consideratur collectæ species in subditis ementibus à Principe salem pro longe majori pretio, quam ejus valor intrinsecus importet ex frequenter deductis sub titulo de Regalibus *ad materiam Salinarum.* Ideoque verè dici non potest, cives considerari tanquam extraneos emptores, quibus dohana pro exterorum animalibus affidandis præferenda sit, quia iniquum esset, ut ad præbendam exteris commoditatem, proprijs civibus denegandus esset suorum bonorum usus ex ratione text. *in l. Præses C. de servit. & aqua*, ubi quod injustum est ut pro alienis agris irrigandis debeant proprij remanere sitientes & infæcundi *ut in Carpen. hoc eodem titulo disc.* 29.

Unde propterea juris receptam propositionem habemus, jus ex privilegio, consuetudine, vel præscriptione alicui competens in alienis pascuis, semper intelligi ultra usum Domini ejusdem pascui, qui semper præferendus est, cum prima charitas incipiat à seipso *ad not. per Canonistas in cap. dilecti de arbitr. ubi præsertim Abb. num.* 7. *Cassaneus in consuetud. Burgundiæ rub.* 13. §. 5. *vers. si non. par. Isernia in Constit.* in partibus Apuliæ, *ubi afflict. num.* 8. *circa fin. Covar. lib.* 1. *var. cap.* 17. *num* 11. vers. *his verò Ronit. super pragm. rubr. de pascuis num.* 17.

Quinimo ubi etiam loci Dominus ex privilegio, præscriptione, vel alio legitimo titulo dominium aliquorum pascuorum haberet privative ad usum civium, itaut ea pro libito quibuscumque vendere posset, adhuc tamen si cives eisdem pascuis indigent, eos præferre tenetur, ex jam dicta ratione, quod iniquum prorsus videtur, ut pro impinguandis exterorum animalibus, illa civium ad alienas regiones pro pascuis sumendis accedere debeant, ut observant *Anna singulari* 80. *Capobl. de Baron. pragm.* 11. *num.* 100. *in fine*, & probatur ex rationibus deductis *in Sabinen. juris pascendi hoc titulo disc.* 42. ob antiquum ipsorum civium dominium, ad quod, sive ad jus gentium necessitate suadente, non obstante quocumque dominio de jure positivo introducto, fit reversio.

Quam prælationem etiam in pascuis Regijs, oppidanis & incolis concedendam esse in concursu exterorum latè etiam firmat *Otter. de pascuis cap.* 30. Multo magis ubi agitur de pascuis Communitatis, in quibus, ut dictum est, verè non datur emptio seu conductio per cives, qui sunt Domini, sed potius hujusmodi emptio dicitur quædam distributio, juxta quam per capita animalium contribuere debent ad illa onera, quæ alias ex eorumdem pascuorum venditione exteris facienda soluerentur, sivè remotio prohibitionis, per quam tanquam à cessante obstaculo utantur facultate jure civico competente.

Et quamvis in Communitatibus duplex bonorum & jurium distinctio detur, una nempe eorum, quæ sunt omnibus tam in communi, quam in particulari communia, prout sunt, fontes, flumina, territoria campestria non reservata &c. Et bona, quæ sunt omnibus quidem habitu communia in universum, singuli autem actu nullum habent emolumentum particulare, quod totum intrat in arcam Communitatis ad dispositionem Administratorum, ut est communis distinctio, de qua *Capoblanc. de Baron. par.* 1. *pragm.* 11. *ex num.* 18. & cæteri apud eum, & in specialibus terminis pascuorum *Otter. de pascuis cap.* 2. *num.* 6. *&* 7. *habetur in Nepesina collectæ hoc eodem titulo dis.* 35. Attamen hæc distinctio percutit impedimentum usus, sed non proinde tollit civium dominium universale influens etiam in particulare, quia licet singuli non capiant sensibiliter hujusmodi bonorum emolumentum, illud tamen obtinent insensibiliter, si non per viam lucri, per viam tamen cessationis damni, quia nisi Communitas hæc emolumenta haberet, singuli cogerentur de proprio contribuere præ supportandis illis oneribus, quæ cum hujusmodi fructibus supportantur.

Et si quæ difficultas remaneret, illa penitus cessare videbatur ex præterita observantia, ad quam tanquam optimam interpretem semper in ambiguis est recurrendum. Et quam observantiam dicebam haberi etiam in Regia Dohana Apuliæ habente hoc idem privilegium, & quæ recte pro exemplo adduci potest. Tum quia in casibus dubijs à jure non determinatis, leges vel consuetudines adiacentium Civitatum vel Provinciarum spectari solent ex collectis per scribentes *apud Pratum respons. crim.* 46. *num.* 53. *& seqq. Rot. decis.* 357. *num.* 49. *& seqq. par.* 11. *recent.* Tum etiam quia hæc est proprie illa Dohana, quæ est omnium aliarum norma utpote antiquior & major quæ sit in Italia; & forte in Europa, ab antiqua potentissima Romanorum Republica originem trahens ex bene deductis *per Frecc. de subfeud. lib.* 2. *auctor.* 46. *num.* 12. *cum seqq.*

Tunc autem considerabilem crederem dictam differentiam inter Communitatem & Cives, quando ageretur de hujusmodi tenutis & prædijs, quæ Communitas ex aliquo privato acquisitionis titulo haberet extra territorium, sivè etiam intra illud, itaut cives antea jus pascendi non haberent, unde propterea cessaret usus jure civico competens, quia tunc ijdem cives volentes emere pascua tanquam extranei emptores considerari possent. Et nihilominus etiam isto casu ad huc prælatio eis

omnino

omnino debita videretur, cum in effectu sint Domini, si non quoad utilitatem, & emolumentum, attamen quoad jus habituale dominij, cum in effectu aliud non sit Communitas, quam corpus politicum civibus tanquam ejus membris constitutum. Atq; ita per dictum Cardinalem Arbitrum judicatum fuit.

E conversò juxta morem Advocatorum quos solùm dico infelices ob istam necessitatem dicendi, modo album, modo nigrum, juxta causarum contingentias, ac requirentium oportunitatem, *in una*
10 *Cornetana* disputata in signatura gratiæ inter dictum Dohanerium, Communitatem Corneti, cum ista plures haberet tenutas hybernis pascuis nimium aptas, cum quorum pretio publica onera supportat; Atque ad evitandum periculum ne pascua prædicta invendita remaneant, sivè quod inferiori pretio ea vendere oporteat, consueverit cogere ejus cives idoneos animalia habentes, ut dictas tenutas, seu herbas pro solito pretio suscipiant, & juxta diversas qualitates, & bonitates inter se repartito proportionabiliter pretio dividant, Dohanerius autem in alijs annis in quibus herbæ affluentia habebatur neglexerit isto privilegio uti, in anno verò penurioso privilegium prædictum de facto exercere voluerit, non in omnibus tenutis, sed in una seu quadam parte meliori, Re delata per appellationem à quodam decreto Thesaurarij ad Cameram, ista erat in sensu quod privilegium prædictum non intraret, quoniam verè & proprie hæc non est venditio, neque locatio, neque concessio; sed potius quædam restitutio antiquæ naturali civicæ facultati depascendi in territorio propriæ patriæ, habendo solum per quamdam speciem collectæ pretio mediante illum usum quem attento jure naturæ habere deberent gratuitum juxta lamentationem *Hyeremiæ Prophetæ* ibi *Aquam nostram pecunia bibimus, ligna nostra pretio comparavimus*, & ob alias considerationes, de quibus supra in alia consimili controversia *Tuscanen.* licet scribentes pro Communitate ista nõ deducerent, sed procederent cum regulis generalibus. Ego autem occasione recursus ad Signaturam Sanctissimi à quodam decreto Cameræ, scribens pro Thesaurario magis insistebam in attentatis, ac in defectu jurisdictionis ob clausulam *sublata*, & decretum irritans, quæ continentur in dicta Constitutione *Gregorij XIII.* & in alio chirographo confirmatorio capitulorum appaltus, sed circa negotium principale juxta stylum insinuavi, quod ego sentiebam non levem difficultatem, stante potissimum continuata, & longæva observantia, non attendenda quidem in ratione præscriptiva, seu abrogativa dictæ Constitutionis ob dictas clausulas impedientes, ne contraria consuetudo vel præscriptio oriatur juxta plene deducta *dec. 400. p. 9. recent. & in decis. 35. post colluctationes Bondeni*, sed in ratione interpretativa, quo casu clausulæ non obstant, quoties non agitur de interpretatione expressa data ab homine; Et licet revera isto casu non omnes tenutæ earumque pascua deserviant pro usu civium & incolarum tot animalia non habentium, unde cives inter quos illæ repartiuntur introducunt etiam animalia exterorum ad hunc effectum datur quoddam privilegium civilitatis, unde in stricto jure est venditio, quæ alijs fiat, attamen punctus est in eo quod Communitas ab initio reddatur, ita cum civium coactione certa de venditione.

NEPESINA

SEU

TVLPHARVM.

PRO

COMMUNITATE TVLPHARUM.

CUM

EISDEM DOHANERIIS PATRIMONII

Casus sopitus per concordiam.

De ijsdem privilegiis Dohanæ super prælatione in emptione bannitarum & pascuorum, & ne illorum domini illa vendere seu locare possint absque Dohaneriorum requisitione. Ac de eorumdem privilegiorum limitatione in locationibus ad longum tempus. Et quando talis dicatur locatio, ut sub hujusmodi exceptuatione cadat.

SVMMARIVM

1 *Casus controversiæ.*
2 *Quando dicatur locatio ad longum tempus, distinguuntur plures casus.*
3 *Vergarij seu gregum institores conducere possunt pascua, & obligare Dominos ad triennium sed non ultra*

DISC. XLIV.

DIsponente Constitutione *Gregorii XIII.* edita super Dohana Patrimonij impress. 1
in Bullario veteri *Sixti V. Constit. 46. seu 69.* Communitates, Barones, & privatos vendere non posse bannitas, vel alia loca hybernis pascuis destinata, nisi requisito Dohanerio, ac per istum facta declaratione nolle in hujusmodi emptione præferri, sub pœna nullitatis actus, qua declaratione non sequuta ad totum mensem Decembris liceat unicuique libere vendere *ut in Tuscanen. disc. præced.* In capitulis appaltus ejusdem Dohanæ initis cum Dohanerijs, cum quibus præsens erat controversia *cap. 35.* idem disponitur quod supra. In cap. autem 42. dictam generalitatem moderando habetur, quod licet in vim dictæ Constitutionis abrogari etiam possint locationes, seu venditiones ad longum tempus, ex quadam tamen æquitate, eas Camera substineri præcipit, concessa solum Dohanerijs prælatione pro eodem tempore & pretio seu pensione,

Cum autem Communitas Tulpharum pascua ejus tenutarum vendidisset seu locasset ad quinquennium, antequam præsens appaltus sequeretur, Dohanerij autem uti nollent cap. 42. sed prætendentes hanc non esse locationem ad longũ tempus, ad praxim deducere vellent Constitutionem sivè Capitulum 35. Hinc orta inter has partes controversia coram Dohanarum Præside, assump-

tus

ptus fuit disputandus articulus; An hæc locatio ad quinquennium in proposito & ad effectum de quo agebatur dicenda esset nec nè ad longum tempus.

2 In hoc autem pro Communitate scribens dicebam, nullibi in jure determinatum esse, quando locatio ad longum vel breve tempus dicenda sit; *glos. verò in l. prima §. quod ait* verbo *actio ff. de superficiebus. & in Clem. prima de reb. Eccles. non alien.* verbo *ad tempus modicum*, plures refert opiniones, quas ex eadem *glos. & alijs* reassumit *Menoch. de arbitr. casu* 5. Alij qui enim sentiunt dici biennium, Alij quinquennium; Alij septennium, Alij decennium; Alij verò id positum esse in arbitrio judicis, ex variis rerum, locorum, temporum vel causarum circumstantiis regulando.

Et licèt apud canonistas, antequam emanaret *extravagans ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alien.* magis recepta esset opinio quod locatio ad longum tempus non diceretur infrà spatium decennio inferius; Vel ex eo quod in prohibentibus libertatem stricta interpretatio facienda sit; Vel quia per tantum tempus transferri videtur quoddam dominium *ad nov. in cap. primo de rebus Eccles. non alien.* cum quo etiam sensu pertranseunt feudistæ, ut scilicèt sub dispositione *cap. Imperialem, de prohib. feud. alien. per Federici.* sivè sub Constit. Regni incipien. *Constitutionem Divæ memoriæ*, veniat locatio, quæ sit decennio major & quæ tanquam longa dicitur species alienationis, non autem inferior ex deductis per *Rosental. de feud. cap. 9. conclus. 7. num. 8. & 9. ubi in gloss. litt. I.* cæteri ad saturitatem de more cumulantur.

Nihilominus in cæteris rebus indifferentibus, in quibus non militet ratio prohibitæ alienationis, sub qua locatio ad longum tempus tanquam cujusdam dominii translativa veniat; Et fortius, ubi longi temporis qualitas non importat naturalis libertatis restrictionem & odium, sed potiùs favorem, ejusdemq; libertatis restitutionem, Omninò veriùs videtur, vel favore libertatis benigniores opiniones de biennio, triennio, vel quinquennio recipiendas esse, vel & probabiliùs, attendendam esse alteram, ut id remittendum sit judicis arbitrio regulando ex facti circumstantiis.

Hac autem ultima opinione utpotè probabiliori retenta, ac stante subjecta materia dicebã etiam cũ sensu veritatis, justè, ac rationabiliter spatium trium vel quatuor annorum in proposito longum dicendum esse, cùm ut plurimum hujusmodi herbarum & pascuorum venditiones singulis annis ad modicos menses hyberni temporis fieri soleant; Attenta præsertim consuetudine agriculturæ, cujus periti testabantur, quod in proposito emptionis herbarũ longum tempus censetur totum illud, quod triennium excederet, itaut gregium institutores, qui vul-
3 gò *vergary* seù *factores* nuncupari solent, ex ejusdem agriculturæ observantia, tacitum dominorum mandatum habere dicantur ad obligandos Dominos pro emptionibus seù afflictibus tenutarum & pascuorum ad dictum tempus triennii sed non ultrà.

Clariùs autem præmissa procedere dicebam in hac individua facti specie, ob particulares ejus circumstantias, cum in facto supponeretur quod omnes dicti Oppidi seù Communitatis tenutæ in duas partes seù species divisæ essent, quibus incolæ alternatim utuntur, quia nempe in uno tempore una colitur, & altera relinquitur pro usu pascuorum; In ea enim quæ colitur, de pascuis agi non potest; Et altera, quæ pascuorum usui relinquitur, supponitur oppidanorum prohibitionem esse à die S. Angeli Septembris, uique ad medietatem mensis Februarii, pro quo tantùm tempore durat jus privativum Appaltatoris, A dicto verò tempore citrà, communis est civium & incolarum usus; Quo facto sic stante, prorsus impracticabile videtur dictum capitulum 35. per quod prohibetur hujusmodi tenutas vendere vel locare absque licentia Dohaneriorum, qui expectandi sint ad totum mensem Decembris, quoniam ità jus conductoris durabile non esset, nisi ad dies, pro quorum usu nullus inveniretur, qui conduceret vel emeret, undè tenutæ remanerent prorsus inutiles Communitati, quæ aliàs inhabilis redderetur ad publica onera cameralia & communitativa supportanda, cum ejusdem Principis & Cameræ præjudicio. Ideoque ex hujusmodi particulari circumstantia satis probabile dicebam, quod circumscripta etiam locatione ad longum tempus, istarum tenutarum species sub dicta Constitutione, seù sub dicto *cap. 35.* appaltus non venirent; Controversiæ tamen exitus fuit mediante quadam concordia.

ROMANA

DAMNI INFECTI,

PRO

JOSEPHO COSTA.

CVM

GINNASIIS.

Casus decisus per Cameram ut infra.

Vicinus agens in suo prædio opus, per quod damnum vicino inferatur, & cautionem præbens de damno infecto, quomodo illud jam eventum reficere teneatur, Et ad quid cogi valeat.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Quomodo damnum infectum sit reficiendum, distinguitur inter rem reficiendam, vel non.*
3 *Si reficitur res in meliori statu, an reficiens repetat meliorationis æstimationem.*
4 *Remedium damni infecti proditum est ad evitandum damnum, non ad faciendum lucrum.*
5 *Ea, quæ sunt ad voluptatem an sint reficienda.*

DISC. XLV.

VOLENS Joseph Costa in quodam ejus prædio existente subtus viridarium illorum 1
de Ginnasiis propè ripam Tyberiis in loco nuncupato *marmorata*, ex antiquis muris & ruinis excavare cementa lateritia vulgò nuncupata *tavolozze*, ut frequens est in Urbe consuetudo, inhibitus à dictis de Ginnasiis, ut ab opere abstineret propter periculum ex hujusmodi excavatione imminens muris dicti eorum viridarii, & præsertim cujusdam lodiæ ad oblectamentum in eo existentis, cautionem præstitit de damno infecto; Unde facto

cto casu ruinæ tam dictæ lodiæ, quàm aliquorum murorum, non dubitabatur de prædicti Costæ obligatione ad refectionem damni, sed sola quæstio erat super dictæ refectionis modò seù qualitate, & super hoc puncto interrogatus pro veritate per Costam jam per duas sententias condemnatum ad reficiendos muros & lodiam.

Respondi quod in materia damni infecti duo casus distinctè considerandi sunt; Unus est quando Dominus ædificii collapsi nullam habet necessitatem, ut illud denuò construatur, sed tantùm ejus
2 damnum versatur in ædificij amissione seu infructuositate, & tunc certum est, quod obligatus de damno infecto ad aliud non tenetur nisi ad pretium rei dirutæ bonificato solo & cementis *juxtà text. express. in l. cum emptor 38. §. deducto ff. eod. ubi Bart. Castrens. & alij passim*; Et in hac æstimatione non est habenda ratio voluptatis & eorum, quæ luxuriæ vel delectationis gratia aderant, & sunt amissa *juxtà text. expressum in l. ex damni 40. in princ. eodem tit.* Alter est, ubi Domino ædificii damnificati necessaria est illius in statum pristinum reductio, & tunc non dubitatur damnificantem teneri ad quanti interest damnificato ipsam rem stare, & sic ad reducendam rem ad statum, in quo erat anteà, nec admittitur ad solvendam ejus æstimationem *ad text. in l. nam si non sit 37. §. quod si non sit ff. eod.*

Punctus autem difficultatis est isto secundo casu, an si damnificans restituat meliorem, agere valeat ad id, quod novum ædificium plus valet anti-
3 quo, & in hoc ità videtur distinguendum; Aut ædificium antiquum non erat ruinosum, itaut illius Dominum vel de præsenti vel de futuro ad nullam impensam vel reparationem necessitaret, & tunc putabam ad nihil agere posse, quia damnificato nulla exindè resultat utilitas nisi cujusdam majoris commoditatis vel ornatus, nisi tamen rem illam habeat venalem, & propter meliorationem talis ædificii pretium sit auctum, quia id quod plus tali occasione ex venditione consequeretur, omni legis & æquitatis ratione ad facientem spectare debet; Et hic est propriè casus *in Barchionen. murorum 24. Novembris 1617. & 16. Martij 1618. coram Verospio, & 14. Decembris 1618. coram Vbaldo*, quæ quidem decisiones in materia adeò sterili sunt valdè singulares, licèt aliquale æquitativum arbitrium continere videantur ad favorem causæ piæ.

Aut verò ædificium antiquum erat ruinosum de præsenti, vel saltem tale, quod tractu temporis poterat de illius ruina probabiliter dubitari, & successivè indigere impensa & reparatione, & tunc putabam damnificatum refundere debere tantum quantum sibi ex mutatione muri de antiquo in novum resultat utilitatis, nempè non tantum quantum importat valor muri novi ultrà antiquum, sed quantum arbitrio peritorum interest liberari ab illo periculo seù impensa necessariò facienda pro ædificio restaurando seù reparando; Et hoc non solùm ex regula generali fundata in æquitate & ratione naturali, ut nemo debeat locupletari cum aliena jactura *ad text. in l. nam hoc natura ff. de condit. indeb.* Sed ex peculiari ratione damni infecti, cuius remedium proditum est ad evitandum damnum, non ad consequendum lucrum, ut rectè probat *text, in l. damni infecti 18. §. penult. eod.* ibi: *Cum*
4 *Prætor id agat, nè damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.* idque optimè probat *gloss. in d. l. cum emptor §. deducto*, ibi: *emendabis mihi eo pretio quo erat prius, & non computabitur quod modò valet plus, & in l. inter sequenti §. fin.* verbo *in æstimando*, ibi: *quia illud est attendendum quod meliorem habet modo parietem*; Et hic videtur communis intellectus *Iacob. de Aren; Imo; Roma; & aliorum in d. §. deducto*; Est enim optima ratione fundatus, quia iniquum & irrationabile videretur, quod si quis occideret servum, equum vel bovem imbecillem vel debilem, & coactus dare alium, in excambium daret fortem, validum, & robustum, iste non debeat refundere id, quod superat suum interesse, quod tantum versabatur in subrogatione alterius servi vel animalis ejusdem qualitatis & aptitudinis; Et quemadmodum rei Dominus etiam malæ fidei possessori melioramenta necessaria solvere tenetur, ea ratione quia si non essent facta, teneretur ipse de novo facere, ità pariter in isto casu.

Eo; fortiùs huic rationabili æquitati locum esse videri dicebam, quia vel parum justè vel nimis rigorosè processerant judices condemnando ad refi-
5 ciendam cum tam magna impensa quamdam lodiam ad solam voluptatem deservientem contra dispositionem *text. in dicta l. ex damni* disponente non haberi debere rationem voluptatis; Non erat enim simpliciter necessarium, ut viridarium non adeò conspicuum haberet illam lodiam, undè sufficiebat reparari cum muro à parte interiori, solvendo tantùm damnificato id, quod intererat situs amissus, ac etiam habita ratione ejus, quo pretium viridarii diminutum esset ex deficientia dictæ lodiæ, sed non propterea ad tam ingentem impensam meræ voluptatis causa procedendum, , undè propterea congruum & justum videbatur, ut damnificans adeò gravatus, in hoc saltem relevaretur, & hanc mihi dicebam videri veritatem, juxtà quam judicarem, præsupposito tamen facto capaci dictæ applicationis.

Difficultatem solùm super isto negotio suggerebat factum an scilicèt constaret murum antiquum esse ruinosum, vel probabiliter allaturum periculum, nisi restauretur, quoniam dubitari poterat substentationem lodiæ antiquitus principaliter provenire, ut vulgò dicitur *dalla contrascarpa di terra*, quæ unita cum antiquorum ædificiorum reliquiis satis solidis, erat fortè magis tuta, & perpetua, quam sit simplex murus novus, & in hoc benè justificando erat totus punctus difficultatis.

ROMANA
EXPURGATIONIS,
SEV
DAMNORUM, & EXPENSARUM.
PRO
PRINCIPE BURGHESIO,
CUM
DUCE CESARINO,
& alijs.

Casus discussus in Tribunali Agriculturæ.

An vicinus agere posset contra vicinum ad dam-

damna sibi illata à locustis seù brucis à fundo vicini provenientibus ex eo, quod illas in proprio fundo expurgare neglexit; Sivè an vicino liceat propria auctoritate, ut suo damno consuleret expurgare fundum vicini, atque ab eo expurgationis expensas repetere.

SUMMARIUM.

1 *Quando vicinus teneatur expurgare vel custodire fundum proprium pro cautela vicini.*
2 *De locustis, ac edictis pro earum expurgatione.*
3 *Bannimenta sunt strictè intelligenda, & quidquid in eis est omissum sub eis non cadit.*
4 *Ad satisfaciendum Statuto vel edicto an sufficiat semel fecisse diligentias, vel sint reiterandæ.*
5 *De intellectu bannimentorum demandantium expurgationem proprij fundi.*
6 *De statutis vel legibus mandantibus expurgationem territorij à bannitis & latronibus.*
7 *Et quando bannitorum receptatio excusetur.*
8 *An remissio pensionis competat ob incursum bannitorum.*
9 *De immittente ignem in stipulas ad quas diligentias obligetur, & an teneatur de damno.*
10 *An vicinus teneatur ad damnum illatum vicino ab igne, quia propriam domum non custodivit.*
11 *Vicinus potest ingredi fundum, vel domum vicini, ac etiam devastare, ut propriæ ruinæ occurrat.*

DISC. XLVI.

INTER species servitutis, illa numeranda videtur, quamvis per *Cepoll.* inter eas non collecta, consistens in onere quo ex juris communis dispositione, vel frequentius occasione præsertim locustarum & brucorum, ex Magistratuum edictis premitur vicinus ad proprium fundum expurgandum, nè ex ipsius negligentia damnum resultet alteri vicino ut infrà.

Cum igitur ob satis insolitam & novam in hac regione brucorum & locustarum irruentiam, in cæteris Italiæ partibus, præsertim in Apulia frequentem, tàm per Consules agriculturæ, quam per Cardinalem Camerarium edicta edita essent, ut quilibet infra certum tempus proprias tenutas seù fundos expurgare teneretur, tam à locustis jam natis ibidem existentibus, quàm ab earumdem locustarum ovis præcedenti anno procreatis, ex quibus major eorumdem animalium copia timeri poterat, concessa aliàs facultate vicino expurgandi fundum vicini negligentis cum expensarum repetitione; Hinc duas habui disputandas in proposita materia controversias pro Principe Burghesio ad damna & expensas respectivè pulsato; Siquidem cum Dux Cesarinus magnam in suis tenutis segetum seù satorum quantitatem habens timeret à locustis in quibusdam dicti Principis tenutis jam existentibus damnum sibi inferri posse, proindeque illas expurgari curasset, petebat à Burghesio expensarum refectionem; Alii verò, qui hujusmodi diligentiam non adhibuerant, undè damnum passi sunt, petebant illius emendationem, quasi quod ex culpa non expurgantis proprium fundum illud provenerit.

Utriusque petitionis inspectionem resultare dicebam ab eodē principio, an scilicèt Burghesio imputari, necnè posset culpa, sine qua nec damni emēdatio nec expensarum refectio prætendi potest; Ad regulandam verò culpam, pro clariori resolutione distinguendum esse inter obligationem resultantem à bannimentis, & alteram in casu ab eis omisso regulando cum sola dispositione juris communis.

Primo casu, illa præcipiunt tenutarum Dominis, ut intrà certum terminum illas expurgare teneantur ab ovis, & successivè à grillis, seù locustis, prout nasci contingeret, in quo casu ex parte Burghesij in facto dicebatur non versari, quia locustæ hujusmodi controversiæ occasionem præbentes non proveniebant ab ovis in dictis tenutis existentibus, neque ibi natis, ac etiam docebatur hujusmodi expurgationem debitis temporibus diligenter factam esse, sed quod ex quibusdam remotioribus tenutis non expurgatis natæ & factæ majores irruerant in ejus tenutas jam utsuprà expurgatis, & ex istis in alias utsuprà agentium transierant, undè propterea non eramus in casu bannimentorum, quorum natura est, ut strictè intrà suos limites intelligenda sint, itaut quicquid in eis non est expressum, habeatur pro omisso, *ut ex Bald. Alex. & cæteris Decius cons. 438. in princip. Tusch. litt. B. conclus. 2. num. 8. Farinac. in fragm.* verbo *Bannimenta il. 1. n. 4.* 3

Et quamvis ex parte actorum replicaretur, bannimenta præcipere expurgationem grillorum ad certum effectum præservandi aliorum diligentium tenutas, nè à negligentium culpa, cum publicæ & privatæ utilitatis præjudicio damnificentur, ideoque illis satisfactum non dicatur per unicam diligentiam adhibitam in expurgando, sed utpotè respicientia certum effectum ac tractum successivum præcipere dicuntur ejusdem diligentiæ continuationem toties quoties casus evenerit, ut in terminis statuti limitando contrariam regulam deductam *ex l. boves §. hoc sermone ff. de verb. signif.* observant *Bald. in l. fideicommissa §. si quis alicui decem num. 1. deleg. 3. & in l. invitus num. 8. Cod. de procurat. Ruin. cons. 30. num. 8. lib. 2. Decius cons. 22. sub numer. 4. in fine Tiraquell. in d. l. boves § hoc sermone limit. 10. num. 3.* Ideoque inferebant; quod sicuti imminebat obligatio expurgandi ova & locustas in ipsis tenutis nascentes, ità etiam eadem imminebat obligatio expurgandi locustas, quæ aliundè ex iisdem tenutis irruerent, quia in omnibus idem erat bannimentorum effectus, eademque ipsorum ratio militabat. 4

Huic tamen objecto, in quo totus difficultatis cardo residebat, dupliciter respondebam; Primò nempè diversam esse rationem inter unum casum & alterum. In primo etenim ovorum seù grillorum nascentium, quia certum ac notum erat ex locustis anni præcedentis, quibus ex improviso irruentibus, ac omninò in regione insolitis consuli non potuerat, jam in territorio remansisse, ova, ideò bannimenta tanquam super casu certo terminum præfixerunt, quo elapso, non adimplentes non poterant à culpa excusari ob moram à lapsu termini contractā juxtà terminos *text. in l. magnam C. de contraben. & committen. stipulat.* quod ità non erat in alio casu locustarū aliundè irruentium, quia hic tanquam ignotus, & qui prævideri non poterat culpam non producit nisi probata sci-

scientia vera inducenda per protestationes & interpellationes ab ipsis vicinis faciendas, ideòque potiùs propriæ culpæ id imputare debebant.

Secundò quia hujusmodi bannimenta de expur-
5 gando proprio territorio, illudque expurgatum conservando, intelligenda sunt de illis casibus in quibus moraliter & de facili consuli potest, non autem in casu magnæ & inopinatæ irruentiæ verisimiliter non prævidendæ, & cui ad notitiam deventæ non de facili potest occurri; Quod in simili probabam ex iis, quæ notant DD. in materia Statutorum scù bannimentorum præcipientium quālibet Civitatem teneri expurgare ac expurgatum manutenere proprium territorium à bannitis & latronibus sub pœna refectionis damni, quia si banniti irruant ex alienis regionibus vel territoriis ex improviso in magna comitiva & damnum inferant, Civitas de tali casu non tenetur tanquam omisso, ut satis proximè probant *Bart. cons.* 102. *nu.*
6 4 *circa med. vers. idem, quod erat tanta multitudo malefactorum Bald. cons.* 174. *num.* 2. *vers. nam si per incursum lib.* 2. *Roman. cons.* 7. *in fine Tusch. littera* 5. *conclus.* 498. *num.* 7. Atque ità Tribunal Consultæ intelligit & practicat *Constit.* 6. *Sixti V.* hujusmodi bannitorum & latronum expurgationem Communitatibus præcipientem.

Quod etiam in materia receptationis bannito-
7 rum firmant *Tusch. litt. R. concl.* 47. *Apont. de potestate Proreg. tit.* 1. *de provisionibus fieri solitis* §. 3. *nu.* 25. ubi quod scilicèt receptator non dicatur ille, per cujus prædium vel locum banniti in numerosa quantitate irruentes transeant, quamvis ibidem victualia sumant, & morentur.

Prout conductor petere non potest à locatore remissionem pensionis ob damnum illatum à ban-
8 nitis, qui in Regione solent esse frequentes, tanquam ex casu consueto & præviso, vel qui prævideri debuit; Et nihilominus si bannitorum copiosa multitudo præter consuetudinem, & in forma omninò insolita irruat, & damnum inferat, locus est remissioni, *ut in specie Millin. dec.* 139. cum similibus.

Aliud quoque dabam exemplum de Statutis vel
9 bannimentis mendantibus ad juris communis etiam mentem, ut quilibet teneatur dum ignē immittit in stipulas, debitas adhibere diligentias, tam in expurgando circum circa nè ignis egrediatur, quæ expurgatio alicubi *præcisa* nuncupari solet, quam habendo competentem numerum operariorum pro igne extinguendo; Si enim consuetis diligentiis adhibitis, & quæ regulariter sufficiunt, ex improvisa violentia ventorum ignis egrediatur, & damnum inferat, non intrant Statuta vel bannimenta *Farinac. qui alios cumulat de varijs criminibus q.* 110. *nu.* 141. *Rovit. dec.* 59. Multòmagis id procedere dicebam, ubi vicinus debitas adhibuit diligentias pro assecurandis vicinis ab igne in proprio fundo immittendo, sed ex vi ventorum vel alio casu ignis irruisset ab aliorum vicinorum prædiis, qualis erat casus controversus.

Quatenùs verò pertinet ad dispositionem juris communis, licèt inter Doctores quæri soleat, an vicinus, qui damnum passus est; actionem habeat contrà vicinum intermedium ex eo quod non curave-
10 rit extinguere ignem in propria domo, ex qua ad illam vicini pertransiit, quamvis ibi ortum non habuerit, sed aliundè provenerit, & dubitandi rationem præbeat doctrina *Alberici*, qui originaliter hujusmodi quæstionem excitat *in l.* 1. §. 1. *sub. n.* 5. *ff. de offic. Præfecti Vigilum*, Nihilominus non probata culpa, omninò verior est negativa; Tum quia impressio *Alberici* est mendosa & æquivoca, dum eodem tempore continet affirmativam & negativam; Tum etiam quia opinio affirmativa nullum habere videtur legis vel rationis fundamentum, quinimò manifestam iniquitatem potiùs continet, ut in his terminis benè & ex professo firmatur *apud Rovit. dicta dec.* 59. *per tot.*

Et licèt de jure permittatur vicino ingredi fundū vicini, ut imminenti ejus damno vel ruinæ occurrat 11
etiam cum licentia devastandi, quoties alio modo præcavere non potest *ad text. in l.* 3. §. *quod ait Prætor ff. de incen. ruin. Menoch. cons.* 107. *n.* 6. *Rovit. dec.* 59. apud quos concordantes, attamen id rectè procedit ad effectum, ut vicinus se injuriatum prætendere non valeat, non autem ut expensarum refectionem petat, quia proprium non alienum negotium gessisse dicitur.

Nam tua res agitur paries cùm proximus ardet. Ut benè exornat *Gratian. discept.* 374. *num.* 5. ideoque concludendo dicebam controversiæ decisionem pendere ex facto, ac dictis circumstantiis, & credo quod pro Burghesij absolutoria prodierit resolutio.

TUTERTINA

PRO

POMPEIS.

Responsum pro veritate.

Pecunia inventa in domo testatoris, An spectet ad usufructuarium, vel ad proprietarium; Et an in odium usufructuarii non manifestantis veram quantitatem pecuniarum, vel aliorum mobilium, sufficiat imperfecta probatio.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *Pecunia in domo inventa, an spectet ad proprietarium, vel usufructuarium.*
3 *De statuis, lapidibus, & fodinis in fundo inventis.*
4 *Vbi constat de substantia in genere, tunc circa quantitatem, vel qualitatem admittuntur leves, & imperfectæ probationes.*

DISC. XLVII.

CHristophorus institutis hæredibus pluribus nepotibus ex Doralice sorore, istam reli-
quit usufructuariam, qua defuncta, eisdem e- 1
jus filiis licèt inæqualiter institutis, orta est inter eos controversia super quadam notabili summa pecuniæ numeratæ, quæ in domo dicti Christophori testatoris casualiter abscondita reperta fuit, & quam ad ejus manus obventam Doralix in inventario non descripsit, neque proprietariis manifestavit, sed quia probabatur concludenter existentia pecuniæ in confuso, incerta tamen remanebat quantitas, ideò de duobus pro veritate interrogatus fui; Primò an dicta pecunia spectaret ad usufructuariam, vel potiùs proprietariis restituenda esset; Et secundò an stante dicta incertitudine quan-

quantitatis, fundata diceretur proprietariorum intentio.

Quoad primum, planam ac indubitatam dixi affirmativam, quia sive dicatur pecunia pro occur-
2 rentibus necessitatibus domi, cautè tamen & in abscondito retenta, sivè dicatur pecunia præsidii seu peculii causa habita, semper & omni casu non venit in fructu, sed tanquam quid à fructu separatum pertinet ad proprietarium, non autem ad usufructuarium, ut aliis allegatis *Barbos. in l. divortio §. si fundum ff. solut. matrim. Garz. de expens. cap. 22. num. 51. Castill. de usufr. cap. 37. num. 20. Harprect. in §. Thesauros instit. de rerum divis. num. 16.* & cæteri communiter, quamvis esset pecunia ab antiquo abscondita eidem testatori ignota, itaut tanquam species thesauri reperta esset in domo vel fundo, cujus usumfructum legatarius haberet, quia licèt sit fortunæ beneficium, non tamen dicitur fructus sed proprietas, ac solùm in his vel similibus
3 inventionibus utputà, statuarum, marmorum, aliarumque fodinarum intrat difficultas respectu emphyteutæ cum Domino directo, an scilicèt hujusmodi inventio sit sequela dominii utilis vel directi, ideoque usufructuariæ sufficere dicebam habuisse dictæ pecuniæ usum seù fructum ex illius investimento vel negotiatione perceptum, firma remanente obligatione restituendi tantundem, adinstar illorum mobilium, quæ usu consumuntur.

Quoverò ad alium punctum, stante perfecta & concludenti probatione inventionis dictæ pecuniæ in domo testatoris, quam usufructuaria jure usufructus inhabitabat, cum sola difficultas versaretur circa probationem quantitatis, de qua deponebat unica testis famula & vilis, neque loquens de propria scientia, sed solùm de auditu ab ejusdem Doralicis genero dictam pecuniam numerante statim ac numerationem compleverat, adhuc tamen in odium dictæ Doralicis, ex cujus occultatione, & culpa dicta probatio reddebatur impossibilis, dixi
4 stante certa probatione substantiæ, quoad quantitatem deferendum esse juramento actorum adminiculato à depositione prædictæ testis, vel ex juramento in litem.

Vel probabilius ex altera conclusione, quod probata substantia, quoad quantitatem & qualitatem in odium occultantis, seù alias delinquentis, vel ubi negotii qualitas ita exigit, sufficiunt probationes imperfectæ etiam per testes singulares, vel præsumptiones & conjecturas, quinimò etiam per ipsius partis juramentum, ut firmant post alios ab eis allegatos *Ciriac. controv. 347. num. fin. Farinac. de furt. quæst. 176. num. 19. cum seqq. Rubeus de testam. cap. 98. num. 353. & seqq. Bellon. jun. consil. 93. num. 8. cum seqq. Rot. in Pisauren. Iocalium 22. Iunij 1648. Arguel. §. crumenam Lavellen. 29. Novembris 1650. Corrado dec. 86. par. 11. rec. Portuen. afflictus 4. Marij 1652. Bichio decis. 223. eadem par. 11.* Quodque usufructuaria malè se gesserit non manifestando proprietariis dictam pecuniam inventam, itaut de furto etiam teneri debeat, benè probatur *apud Sanfelic. dec. 38.* Ac aliàs esset dare inconveniens, quod delictum prodesiet delinquenti in damnum & odium innocentis, cui illata est injuria, & hanc dixi mihi videri veritatem; Consului tamen controversiam utpotè inter sanguine conjunctos respectu quantitatis esse honesta compositione dignam cum aliquo medio temperamento.

FOROLIVIEN.

VSVSFRVCTVS.

PRO

SORORIBUS DE MERLINIS

CVM

LUCIA DE BRASCHIS

Casus disputatus coram A. C. posteà concordatus.

De usufructu relicto hæredi & legatario, quomodo inter eos dividatur, an mortuo hærede, cui datus est substitutus, intret ad favorem legatarii jus accrescendi vel non decrescendi, vel potiùs portio deficiens spectet ad substitutum.

De cautione præstanda per usufructuarium, & an illa non præstita faciat fructus suos. Et aliqua de consuetudine *Bulgari* super resolutione legati usufructus in alimenta, An scilicèt intret etiam in socru, vel in alia persona ultrà uxorem.

SVMMARIVM

1 F*acti series.*
2 *Dividuntur puncti seù inspectiones.*
3 *Bona emphyteutica & fideicommissaria non veniunt sub legato usufructus generali, nisi constet de voluntate.*
4 *Testator potest disponere de bonis hæredis, sed non præsumitur.*
5 *An sub legato usufructus veniat legitima.*
6 *De consuetudine Bulgari resolvente legatum usufructus in alimenta, an cesset ex voluntate testatoris.*
7 *An sicut dicta consuetudo procedit in uxore, ità etiam in socru.*
8 *In usufructu datus jus accrescendi etiam post quæsitum emolumentum:*
9 *De jure non decrescendi quid importet.*
10 *Quando dicatur usufructus relictus pluribus insolidum tanquam unicus & individuus.*
11 *An inter hæredem & legatarium detur jus accrescendi, vel non decrescendi in usufructu, & quomodo hæres & legatarius concurrant in usufructu.*
12 *Non intrat jus accrescendi, vel non decrescendi, ubi est datus substitutus.*
13 *An testator possit prohibire jus accrescendi.*
14 *Legatum usufructus relictum tutori vel alteri educatori hæredis an cesset per istius mortem, vel cessatam tutelam remissivè,*
15 *De cautione per usufructuariũ præstãda & quãdo ob eam nõ præstitã faciat suos fructus, nec nè.*
16 *Observantia legatarij declarat legatum, & quid sub eo testator relinquere voluerit.*
17 *An usufructuarius agnoscens diminutè legatũ in solo usu vel parte fructuum, sibi præjudicet.*

DISC. XLVIII.

1 COmes Marcellus de Merlinis, scripta hærede universali Lucretia unica filia infante, cui substituit ejus germanas sorores, in tutrices deputavit Olimpiam Uxorem, & Luciam socrum, quibus insimul cum dicta hærede viventibus in statu viduitatis reliquit usumfructus universalem, quem per dictæ hæredis obitum in eis cessare non debere in codicillis declaravit. Cumque Olimpia uxor ad breve tempus secundum virum duxerit, Lucia socrus & avia respectivè tutelam acceptavit, & convixit cum pupilla, cujus morte sequuta in pupillari ætate, orta est controversia inter ipsam & dictas substitutas super bonorum hæreditariorum possessione, quam substitutæ prætendebant ex statuto continuativo possessionis vigente in Civitate Forolivien. Lucia verò, quæ de facto detinebat, continuare prætendebat ratione ususfructus, Et introducta causa coram A C. hic utrique parti respectivè, cuilibet pro medietate concessit manutentionem cum aliquibus præservationibus bonorum emphyteuticorum, & aliorum ex antiquis fidecommissis provenientium ad favorem substitutarum, sed utraque parte appellante, & commissa per signaturam cum clausula *sine præjudicio* causa in Rota, ulteriorem progressum non habuit, quoniam concordia ei finem dedit.

In disputationibus autem habitis coram A C; & in signatura, ac etiam in congressu pro directio-
2 ne causæ disputatæ in Rota, de pluribus punctis actum fuit. Primò scilicèt, super separatione bonorum, quænam essent illa, super quibus dictum legatum caderet. Secundo super natura, seu qualitate legati an importaret formalem usumfructum, vel potiùs resolveretur in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*; Tertiò circa defectam portionem dictæ heredis defunctæ supponendo concorditer Olimpiam uxorem non agnoscentem, seù decadentem ob transitum ad secunda vota, ac si non esset nominata, an scilicèt accreverit ad favorem Collegatariæ vel potiùs deberetur substitutis; Et quartò demum, an ex eo quod dicta Lucia non præstitisset cautionem de bene utendo & fruendo ab usufructuario præstandam, fecisset pro ejus rata fructus suos durante vita pupillæ hæredis.

Quoad primum, bona triplicis erant generis seù specici, aliqua enim erant emphyteutica, super quorum aliquibus habita fuit adeò acris controversia in Rota super renovatione inter matrem & amitas, ex deductis in sua materia *de emphyteusi in alia Forolivien.* Alia erant spectantia ad quoddam fideicommissum dictis sororibus apertum; Et reliqua hæreditaria dicti testatoris.

Super prima & secunda specie emphyteuticorum & fideicommissariorum, modica versabatur contro-
3 versia, quoniam certa regula est, sub legato ususfructus non cadere, cum censeatur testatorem de bonis suis tantum disposuisse, ut in terminis unius vel alterius speciei cæteris allegatis firmatur *apud Ciriac controv.283.num.24.cum sequen. Surd. dec.*
4 *11.num.9.Rot dec.741.num.23 par.4.rec.tom.3.* nisi de expressa vel saltem conjecturali voluntate constet, Licèt enim testator disponere valeat etiam de bonis propriis hæredis ad limites emolumenti ex eius hæreditate resultantis, itaut non dubitetur de testate, constare tamen debet de voluntate, quæ in dubio non præsumitur *Duran.decis.93. & 119.* ac habetur deductum *in Romana hæreditatis de Spatis sub tit.de testamentis, in Romana fideicommissi. de Cesijs sub tit.de fideicommissis & in alijs.*

Circa verò tertiam speciem bonorum hæreditariorum, quæstio erat, An legatum omnia caperet, vel potiùs solùm dodrantem, præservata legitimæ filiæ, & in hoc pariter regula est contra legatarium, ut scilicèt legatum non capiat legitimam *ex deductis per Merlin.de legitima lib.3.tit.2.q.13.n.33.Rot.* 5
decis. 579.num.1.par.5.rec. in Firmana Codicillorum 1.Marty 1649.Cerro dec.299.par.11.rec. & sæpius.

Duæ tamen cadere videbantur difficultates excitatæ in congressu; Una, stante quod hæres esset pupilla, pro qua testator disponere potest, àn ex hac circumstantia resultaret dictæ regulæ limitatio, & altera circa diversam voluntatem testatoris, qua concurrente non dubitatur de limitatione, eodem modo quo de emphyteuticis & fideimmissariis dictum est suprà; Prima verò difficultas in nulla consideratione habita fuit, cum id in jure cautum nõ videatur, atque *in dicta Firmana Codicillorum coram Cerro* in specie agitur de hærede pupillo; Difficultatem verò faciebat altera verisimilis voluntatis, ex ea circumstantia, quod testator demandasset conviventiam uxoris, & socrus cum filia, communicatis etiam earum dotibus, unde videbatur voluisse constituere ex omnibus unum assem, sed defuit occasio hæc formiter disputandi in Rota, unde non potuit super efformari judicium, cum in disputationibus habitis coram A C. & in signatura principaliter actum esset de solo possessorio, ista verò deducerentur incidenter.

Quoad secundum punctum super natura seu qualitate legati, an scilicet illud importaret formalem usumfructum, vel potius resolveretur in alimenta juxta consuetudinem Bulgari relatam *per glos. in* 6
auth. hoc loco verb.derogari Cod.de secundis nuptijs, duæ pariter cadebant difficultates contra hanc partem, Vna, an regula super resolutione in alimenta, quæ ex dicta consuetudine recepta est in uxore, de qua omnes loquuntur, procederet etiam in socru. Et altera, an obstaret voluntas testatoris, qua expressa vel conjecturali concurrente, absolutum est dictam consuetudinem cessare, ex ijs, quæ habentur deducta *in Firmana ususfructus disc. seq.* ubi particulariter de materia. Cumque in hac facti specie clara videretur voluntas testatoris circa formalem usumfructum, tam ex ea circumstantia, de qua in dicta *Firmana*, quod scilicet ille relictus esset insimul cum hærede, quam clarius ex codicillari dispositione, per quam testator declaravit, quod moriente etiam hærede, legatum prædictum continuare deberet. Unde clara resultare videbatur voluntas, quod senserit de formali usufructu, non autem de illis alimentis, quæ cum præeminentia materna vel avita percipienda essent, convivendo in domo cum hærede, cum id verificari non posset ista mortua, idcirco inane opus reputatum fuit agere de prima difficultate, an scilicèt regula resultans ex dicta consuetudine attendenda cessante contraria voluntate testatoris procederet solùm cum uxore, vel etiam cum socru; Et in hoc licèt ad limites verborum, quæ per DD. prolata sunt, videretur posse nimium dubitari, cum DD. de hac regula agentes, de ui-
bus *Thesaur.jun. lib.1.q.forens.54.n.1.Surd.de alimentis tit.1.q.15. in principio Castill. de usufructu* 7
cap.45.num.6.cum sequen. & alii, de quibus *in dicta Firmana*, omnes loquantur de uxore testatoris, & respectivè matre hæredis, Nihilominus mihi reflectenti etiam ad veritatem, ex identitate & majoritate

ra-

rationis omnino verius videtur idem dicendum esse in hac socru, erga quam utpote testatori per sanguinem non conjunctam, sed per solam affinitatem, nulla cadebat particularis ac major affectio, quam erga uxorem, per cujus medium, ejusque intuitu socrus diligebatur, undequando in ipsa uxore daremus regulam, multomagis illam dare oportuisset in ea minus dilecta, quæ per dictam uxorem testatori conjungebatur, Ac etiam quia voluntas clare dignoscitur, quod cum uxore socrum commiscere voluerit stante ejusdem uxoris juvẽtute pro majori honestatis securitate resultãte conviventia cũm matre. Unde dicebam, quod licet DD. loquantur de uxore, attamen id resultare videtur à frequenter contingentibus, sed demonstrative potius, quam taxative, ob identitatem, imo majoritatem rationis.

Quoad tertium punctum juris accrescendi vel non decrescendi in portione defecta per obitum
8 ipsius pupillæ hæredis, & sic in medietate ususfructus, an scilicet ita accreverit dictæ Luciæ legatariæ, quod integer sibi deberetur, vel potius dicta portio spectaret ab substitutus, scribentes pro legataria desumendo totum ex deductis *per Bellon. de Iur. accres. c. 6. q. 43. & c. 7. q. 57.* late insistebant in peculiari natura seu privilegio ususfructus, ut in eo detur jus accrescendi etiam post agnitam portionem & quæsitum emolumentum, quoties concurrit conjunctio re & verbis, de qua in præsenti non dubitabatur, quamvis in alijs rebus regula sit in contrarium, ut post agnitam portionem & quæsitum emolumentum non intret amplius jus accrescendi. Quod clarius procedere dicebant ex eo quod juris regulis assisteret etiam expressa voluntas testatoris demandantis in codicillis, quod per mortem hæredis, ususfructus prædictis in uxore & socru, & qualibet earum cessare non deberet.

Quinimo dicebant versari in terminis fortioribus beneficij juris non decrescendi, quod absque dubio latius patet, quia per illud superstes nil de no-
9 vo acquiere dicitur, sed habendo habitualiter totum ab initio, quamvis exercitium seu commodum in parte, ita tanquam per remotionem obstaculi istud quoq; habere dicitur juxta ea quæ in proposito juris non decrescendi plenè deducta habentur *in Mutinen. feudorum de Rangonis sub tit. de feudis disc. 8.*

Quod autem ususfructus tanquam individuus omnibus insolidum relictus esset, & ab initio com-
10 peteret, deducebant ex eo quod in testamento omnibus insimul relictus esset, & sic tanquam unicus & individuus *ex deductis per eumd. Bellon. cap. 7. quæst. 29. nu. 106. & sequen.* Ac etiam quia in codicillis disponitur, quod præmoriente filia adhuc ususfructus effectum sortiri deberet in uxore & socru, & qualibet ipsarum, dictio enim, *qualibet* attribuit actum unicuique insolidum, ac inducit jus non decrescendi *ex deductis per Bellon. ubi supra cap. 6. quæst. 37. n. 31. apud quem concordantes.*

His tamen non obstantibus, etiam cum sensu veritatis dicebam, quod posito, ut juxta prætensionem dictæ legatariæ, quam ut supra in hac parte probabilem reputabam, non intraret consuetudo *Bulgari* sed legatum importaret usumfructum formalem adhuc tamen non deberetur, nisi illa medietas, quam vivente etiam hærede obtinebat, itaut per istius mortem nihil accreverit, eumdemque sensum habuit judex, qui pro dicta sola medietate manutentionem sibi concessit. Extranei enim videbantur à casu quæstionis dicti termini juris accrescendi vel non decrescendi cadentis inter plures ejusdem rei collegatarios eodem jure venientes, secus 11
autem inter legatarium & hæredem utpote venientes diverso jure, quoniam ut habetur deductum *in Romana ususfructus de Pizzattis disc. 55.* juxta opinionem *glos. & Bartoli*, quam sequitur Rota, portio ususfructus penes hæredem adesse dicitur diverso jure tanquam ususfructus causalis, & per non abdicationem à proprietate, itaut pro hac parte nunquam in esse productus fuerit ususfructus formalis, & consequenter intrare non possunt dicti termini juris accrescendi, vel non decrescendi. Atque potius ex parte dictæ legatariæ, quatenus tenenda esset opinio *Ruini* & sequacium de qua *dicto disc. 55.* ipsa prætendere potuisset quod ab initio ob hæredis incapacitatem ex beneficio juris non decrescendi totum obtinuisset, itaut in proposito superventa mors hæredis nullam induceret innovationem.

Et nihilominus ubi etiam juxta alteram opinionem dicendum esset, quod hæres citra incompatibilitatem obtineret usumfructũ jure legati, à cohærede præstandi, quod neque in hac facti specie verificari poterat, dum hæres erat unicus, adhuc tamen intrare non poterat dictum beneficium juris accrescendi vel non decrescendi, dum testator di- 12
cto hæredi alios dederat substitutos, potius admittendos, quam collegatarium, ex uno vel altero beneficio venientem, ex ea clara ratione, quod jus accrescendi vel non decrescendi aliud non est nisi tacita substitutio à lege subintellecta quæ cedere debet substitutioni expressæ, ut ultra generalia in his specialibus terminis firmatur cæteris allegatis *per Rot. in Bonon. fideic. de Ansel. 26. Iun. 1658. & 16. Iun. 1659. Celso inter suas dec. 269. & 298.*

Et quamvis agendo in disputationibus de hoc motivo, aliqui ex scribentibus in contrarium divagarentur, assumendo quæstionem apud scribentes involutam, an testator prohibere possit nec ne 13
jus accrescendi vel non decrescendi, & an ejus voluntati in proposito deferendum sit. Attamen revera erat inanis evagatio, cum hujusmodi quæstio intret in hæreditate ratione absurdi, quod quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, secus ubi agitur de legato vel fideicommisso, in quo impetito dicto jure, portio deficiens remaneat penes hæredem vel substitutum eodem jure testati, & sic revera dicta quæstio omnino extranea erat à casu.

Ad rationes autem in contrarium ut supra deductas ex dictionibus, *quilibet*. & *insimul*, dicebam rectè attendi debere, suamque facere operationem inter collegatarios eodem jure conjunctos, non autem inter eum, qui venit diverso jure. Et quoad declarationem factam in codicillis de continuatione dicti ususfructus in uxore & socru, & qualibet earum non obstante morte hæredis, advertebam illam ad alium effectum referendam esse, diversamque facere operationem, ad tollendam scilicet diffi- 14
cultatem insinuatam *in Firmana ususfructus discursu 50. & de qua habetur particulariter actum in eadem Firmana, & in Bonon. ususfructus de Cataneis, disc. 52. & in aliis*, an scilicet legatum relictum tutori, educatori filij & hæredis per istius mortem vel cessatem tutelam seu educationem tanquam ex cessante causa cesset, & hoc est cui testator providere voluit.

Demum quoad quartum & ultimum punctum cautionis, quæ in proposito duplex stante conditione viduitatis etiam in socru præstanda erat. Una scilicet generalis cuicumque usufructuario incum-

bens de utendo & fruendo arbitrio boni viri Altera verò particularis, quæ *Mutiana* dicitur, non dubitabatur etiâ per scribentes in contrarium utramque debitam esse, quodque alias legatarius, qui legatum à manu hæredis obtinere debet, ab isto repel-
15 li possit, ac propterea interim non faciat fructus suos, quos si de facto percipit, tanquam in statu malæ fidei restituere tenetur, ut cæteris allegatis habetur apud *Ciriac. controv.* 242. *Castill. de usufructu cap.* 16. *num.* 5. *&* 18. *cum sequen. Rota dec.* 259. *par.* 7. *rec. & in alijs.* Difficultas verò erat in eo quod ageretur de fructibus jam perceptis per mulierem legum subtilitatum ignaram, unde propterea dicebatur intrare æquitatem admissam per *Rotam dicta decis.* 259. *par.* 7. Sed dicebam, quod admissa etiam veritate dictæ decisionis in casu suo, vel simili, non tamen bene applicabatur ad præsentem, Ideo enim excusatur mala fides in perceptis, eo quia legatarius videns hæredem pati, quod ipse bona detineret, ac fructus perciperet, credere potuit, quod id patiendo, & non opponendo de cautione istam non curaret, sed tacite remittere vellet, quæ ratio adaptabilis non erat ad casum, dum agebatur de pupilla carente velle ac nolle, & in qua dicta scientia & patientia verificari non poterant, unde propterea non oppositio referenda erat culpæ ejusdem legatariæ, cui tanquam tutrici ex debito officij incumbebat onus interpellandi seipsam, quod non faciendo, dicitur in culpa & mala fide, ut punctualiter habetur *apud Ciriac. dicta controv.* 242. *num.* 13. *cum sequen. & num.* 22. *cum sequen.*

Augebatur motivum ex eo quod in libris tutelaribus eadem tutrix, id quod ex fructibus bonorum, detractis expensis victus & vestitus, supere-
16 rat, totum descripserat ad commodum & creditum pupillæ, unde propterea agnoverat veritatem & bonam fidem, quod fructus ob cautionem non præstitam non faceret suos. Sivè quod conscia voluntatis testatoris agnosceret istam esse, quod dictum legatum revera importaret solum alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, quamvis attentis verbis, quæ frequentius solent esse magis Notarij, quam testatoris, contrarium dicendum esset.

Atque quidquid sit de conclusione, an usufructuarius agnoscens & possidens legatum diminutum, puta in solo usu, vel in parte, reliquum amittat *ad text. in l. excepta, l. placet, & lege is qui ff. quib. mod. ususfructus amittatur, Ricciard. in §. finitur Instit. de usufructu nu.* 99. *& sequen. Harpreht. ibid. num.* 27. *Castill. de usufructu cap.* 67. *nu.* 24. Dicebam tamen hujusmodi difficultates, vel in ordine ad lapsum longi temporis ad id necessarij, vel ad restitutionem in integrum ex causa erroris cum similibus; percutere punctum perpetui futuri præjudicij ratione præscriptionis vel remissionis sui juris, secus autem ad effectum recognitionis veritatis, & tanquam observantia potius interpretativa quam præscriptiva. Defuit tamen occasio formiter hæc disputandi, ac veritatem maturius inquirendi ob superventam concordiam à me laudatam, & facilitatam.

***

EADEM FORO LIV.

INTER EASDEM PARTES.

Consilium pro veritate.

Ad intellectum textus *in auth. cui relictum Cod. de indicta viduitate tollenda.* An scilicet & quando, mulier cui relictus est ususfructus sub lege viduitatis servandæ illum percipiat in primo anno, & an dicta lex viduitatis adjecta in gerundio importare dicatur conditionem vel modum.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *De dispositione* aut. cui relictum C. de indict. vid. toll. *de non præstando usufructu primi anni.*
3 *Declaratur quando id procedat.*
4 *Lex viduitatis adjecta per gerundium an importet modum vel conditionem.*
5 *De differentia inter dispositionem universalem de hæreditate & particularem de legato.*
6 *Dictio* però *importat conditionem.*
7 *Quod magis communiter receptum sit gerundium importare modum.*
8 *De differentia inter consilia ad veritatem, & ad causa oportunitatem.*
9 *In dubio standum est regulæ.*
10. *Quomodo distinguatur modus à conditione.*
11 *In quæstione de qua num.* 4. *&* 10. *spectanda est substantia voluntatis potius quam formula verborum.*
12 *Quandoque verba importantia conditionem resoluuntur in modum, & è contra*
13 *Quid importet regulam uni parti assistere.*
14 *De conjecturis & circumstantijs ex quibus infertur potius ad modum quam ad conditionem.*

DISC. XLIX.

POst terminatam, concordia mediante, controversiam, de qua *disc. præcedenti*, in soli- 1
datione computorum inter partes, altera exorta est controversia super fructibus seu usufructu primi anni post mortem testatoris, an scilicet deberentur uxori & socrui ob viduitatis legé eis adjectam, atque consultores sororum de Merlinis proprietariarum in partibus credebant non deberi per expressam & litteralem dispositionem 2
textus *Cui relictum Cod. de indicta viduitate tollen. & in corpore unde sumitur*, & ita cæteris allegatis firmatur per *Ruin consil.* 40. *num.* 13 *& sequen. lib.* 2. *Mantic. de conjectur. lib.* 11. *tit.* 19. *num.* 3. *sequen. Sanchez. de matrim. lib.* 7. *disput.* 87. *num.* 29. apud quos cæteri, Vnde desuper ex parte earumdem sororum pro veritate consultus ad effectum determinandi, an expediret desuper litem assumere.

Respondi decisionem pro meo judicio pendere 3
à puncto, an viduitas perpetuo & per viam conditionis adjecta esset, vel potius temporaliter & per viam modi, quoniam *textus in authentica prædicta, & in corpore*, litteraliter & expresse præsup-

præsupponit illam adjectam esse perpetuo, & per viam conditionis, itaut in casu contraventionis juxta conditionalis dispositionis naturam intraret restitutio omnium fructuum perceptorum, quæ ibi supponitur, & cum eodem præsupposito clare procedunt, *Ruin. Mantic. & Sanchez. ubi supra*, ac cæteri apud eos, Secus autem ubi temporaliter & per viam modi, cum tunc cessante obligatione restituendi decursos non intret nec litera, nec ratio textus prædicti.

Ambiguum verò erat in hac facti specie, an dicta dispositio juxta unam vel alteram speciem concepta esset, itaut Egomet remanerem indeterminatus, & consequenter consului, cum ageretur de rata fructuum unius anni tantum, quod non expediret in casu ambiguo & incerto litem assumere, sed potius controversiam terminare per eamdem viam, per quam ipsa principalis causa terminata erat, ut credo sequutum.

Dispositio enim concepta erat in gerundio, ibi *facendo vita vedouile, &c.* unde propterea non levis quæstio est inter scribentes, an conditionem vel modum importare dicatur. Et licet desuper tres
4 habeamus Rotæ decisiones, quibus in Statu Ecclesiastico in casu dubio nimium deferendum est ad efformandum judicium super articulo dubio, nempe *apud Seraph. dec.* 749. *in principio & dec.* 1354. *& apud Gregor. dec.* 187. *n.* 6. Nihilominus adhuc advertebam non modicam difficultatem superesse, quoniam ut in specie circa *dictas decisiones Seraphini* advertitur *per Merlin. lib.* 2. *controvers.* 40. *nu.* 20. illæ loquuntur de hæreditate uxori sub hujusmodi lege relicta, quo casu non intrat hæc distinctio inter conditionem & modum, sed semper &
5 indefinite importare dicitur veram conditionem habentem vim retrotractivam, unde veniant restituendi fructus ab initio, ex ea ratione, quod hæreditas in diem dari non potest, ut ultra deducta *per Merlin. dicta controv.* 40. advertitur *per Adden. ad Gregor. dicta decis.* 187. *& dixit pluries Rota, præsertim in Fanen. dotis* 4. *Iulij.* 1646. *coram Cerro, in Romana fideicommissi de Donatis* 7. *Iunij* 1660. *coram eodem, & in alijs*, & prius *apud Merlin. dec.* 87. quæ est in eodem casu de quo agitur *apud Seraphin. dicta dec.* 1354. Et quoad *decisionem Gregory*, ultra aliquam irreverentem impugnationem ejusdem *Merlini ubi supra num.* 21. dicentis id oscitanter & inconsiderate dictum esse, adhuc tamen admissa ejus veritate, difficultas subesse videbatur circa applicationem ad casum ob diversas circum-
6 stãtias, cum ibi dicta lex in gerundio ordinata esset, sed cum dictione, *pero*, quæ de sui natura conditionem magis, quam modum importat ex deductis *in Cesenaten. hæreditatis coram Dunozetto inter suas dec.* 882. *n.* 8. ubi concordantes eademque dictio *pero* concurrebat in casu *dictæ dec.* 749. *Seraphini.*

Econverso autem quod importaret modum, assistere magis videntur auctoritates, antiquæ, mediæ,
7 & modernæ, quarum plures colligit *Merlin. dicta controvers.* 40. in cujus casu Ego aliquam laboris participationem habui in informationibus editis pro muliere, quæ erat secunda uxor Advocati, in cujus sequela tunc adolescens addiscebam praxim Sac. Consilij, aliorumque illorum Tribunalium, Et cum majori labore, majorique diligentia *Redenasc. cons.* 28. ubi examinando totam materiam radicitus, & ab alto, ac distinguendo omnes modos seu species, cum quibus hujusmodi lex viduitatis concipi solet, ex *num.* 48. *& infra*, agendo de hac specie per gerundium concludit, ut importet magis modum, latissime expendendo singulas auctoritates ac rationes, & in fine nimium commendando deducta apud *Merlin. dicta controv.* 40. quod consilium videtur continere auctoritatem considerabilem nedumob doctrinas & rationes deductas cum nimio labore & diligentia cum quibus etiam in alijs consilijs materias tractavit satis commendabiliter, nisi magnus fucus, nimiaque ampullositas, opera istius docti moderni aliquam nauseam inducerent, seu etiam quia est consilium decisivum pro veritate, seu potius votum editum ab eo tanquam judice seu arbitro, quod nimium differt ab illis consilijs, quæ ad pecuniam solamque requirentis oportunitatem eduntur, verè nulla vel satis modica auctoritate digna.

Atque inter plures rationes seù fundamenta ab eodem auctore deducta, magnifacienda videtur regula generalis, cui indubio satis deferendum est *ex deductis per Barbos. axiom.* 198. *Franch. decis.* 197. *Mantic. decis.* 251. *& passim*, quoniam in ultimis voluntatibus in hoc distinguitur conditio à modo, ut conditio exigat implementum à parte antea, & priusquam sequatur emolumenti acquisitio istius 9
impeditiva, ejusque principio se opponens; Modus autem dicatur, ubi implementum stat à parte postea, & supponit præcedentem acquisitionem, potissimè verò ubi non agitur de implemento momentaneo, sed de altero habente tractum successivum juxtà receptam theoricam seù distinctionem, *Bartoli in l. quibus diebus* §. *termilius ff. de condit.* 10
& demonstr. & Bal. in l. cum eorum C. de sent. & interloc. omn. iud. n. 6. *& cæteri apud Altograd. cons.* 34. *num.* 6. *lib.* 1. *Rovit. prag.* 1. *de Guidat. n.* 11. *Gratian. discept.* 136. *per totum, Rot. dec.* 39. *num.* 1. *par.* 1. *diver.* & habetur præsertim particulariter actum *in Neapolitana hæreditatis pro Patribus Congregationis Lucensis sub tit. de fideicommissis*, & alibi pluriès.

Quamvis autem, ut satis benè advertitur apud *Merlin. dicta controv.* 40. *ex num.* 18. veritas sit, istam esse quæstionem potiùs facti & voluntatis, quàm juris generalem seù uniformem decisionem non recipiens, sed pro singulorum casuum particularibus circumstantiis decidenda, spectata principaliter substantia verisimilis voluntatis testatoris, 1
non autem insistendo in formulis & figura verborum, quæ sæpiùs per notarios vel alios testamentorum extensores inadvertenter, & non callendo vim seu effectum hujusmodi diversarum formularum concipi solent; Quod etiam in testamentis, quæ per ipsosinet testatores scribuntur, seù dictantur, frequenter verificatur, ut sæpiùs advertitur, præsertim *dicto tit. de fideicommissis*; Ac etiam pluries habetur in materia actuum inter vivos, spectandi scilicèt substantiam voluntatis non autem verba.

Et ob quam in his specialibus terminis inspiciendi, an dispositio concepta sit per viam conditionis, vel per viam modi, habemus, quod etiamsi in verbis expressè adhibeatur vocabulum seù terminus conditionis, adhuc modum importare dicitur, si subjecta materia sivè alias desumpta disponentis voluntas ita suadeat, ut advertitur *dicta decis.* 39. *n.* 2. *par.* 1. *divers. apud Coccin. decis.* 272. *n.* 2. *registrata etiam apud Gratian. dicta discept.* 136. *nu.* 57. *Gregor. decis.* 117. *n.* 5. *Rovit. in dicta pragm. prima de guidaticis num.* 49. *apud Dunozettum dicta decis.* 882. *num.* 9. *cum alijs in dicta Neapolitana hæreditatis & in decisionibus in ea causa editis.*

Nihilominus ad huc magni momenti est inspicere, qualis in dubio ex magis comuni & probabili

opinione

opinione dicenda sit regula, effectum metiendi seu ponderandi conjecturas, aliasque circumstantias
13 particulares casus de quo agitur, Vel quia minores, ac leviores sufficiant pro fomento regulæ, econversò autem in numero & pondere majores requirantur pro inducenda limitatione, Vel quia pluribus conjecturis & adminiculis invicem colluctantibus, eis ita conquassatis, vel debilitatis, itaut casus efficiatur dubius, fundata remaneat intentio habentis pro se regulam, ut sæpe in hac materia conjecturali advertitur *dicto tit. de fideicommissis*, & alibi, Ac propterea satis refert quod in puncto juris juxta magis communem & receptam opinionem regula sit pro modo potius quam pro conditione, atque ad hunc effectum suffragantur quæstiones juris & quænam opinio in dubio tenenda sit.

Applicando autem ad rem, mihi difficultatem contra requirentes nedum faciebat dicta regula generalis in dubio militans magis pro modo quam
14 pro conditione, sed ultra conjecturam vagam & generalem ponderatam per DD. collectos apud *Merlin. dicta controv. 40. n. 24.* ex multa scilicet dilectione uxoris, duæ nimium urgere videbantur, Vna resultans ex illis verbis *sinche naturalmente vivera*, da qua in specie *apud Merlin. dicta controv. 40. num. 25*, ubi plures allegantur, & præsertim *Arias de Mesa lib. 2. var. à cap. 1. ad 7.* qui pariter in hac materia laboravit occasione ejusdem causæ de qua agit *Merlinus*, dum ipse quoque in eadem Aula fuit unus ex votantibus; Et altera, inspecto toto contextu dispositionis, quoniam testator juxta facti seriem de qua *disc. præcedenti*, hunc usumfructum reliquit insimul & unitim, tam propriæ filiæ hæredi institutæ, quam uxori & socrui, ut insimul conviverent, communicando etiam proprias dotes, tanquam per speciem continuationis illius vitæ, quæ ducebatur ipso testatore vivente, in eo tamen statu, in quo alterius extranei viri mixtura per secundas nuptias non sequeretur, itaut mulier vidua uxoris statum, & prærogativam adhuc haberet, & sic eo tempore seu statu durante, per speciem modalis & temporalis dispositionis magis quam conditionalis; ut ita resultaret effectus à testatore principaliter volitus, educationis propriæ filiæ & hæredis, quam infantem & in fascijs relinquebat, ita inducendo quamdam vitæ societatem, & bonorum communionem, stante dicto præcepto communicandi proprias dotes, quod magnam vim mihi inferebat. Vnde propterea concludebam, quod si essem judex, potius pro modali quam pro conditionali dispositione in hac facti specie sentirem, Et consequenter requirentibus consului, quod concurrente ex eorum parte magis timore succumbentiæ quam spe victoriæ, omnino curarent controversiam cum honesta concordia sopire, potissime dum non agebatur de re magni momenti, itaut expediret litis incertam aleam tentare, atque ita credo sequutum dum amplius de re actum non audivi.

* * *
* *

FIRMANA
VSVS FRVCTVS
PRO
BEATRICE VAGNARELLA,
CVM
ANNA EIVS MATRE

Casus decisus per Rotam pro Anna.

Ad consuetudinem *Bulgari*, An scilicet, & quando legatum ususfructus relictum uxori importet solum alimentum vel potius usumfructum formalem. Et quando tale legatum dicatur correspectivum itaut cessante causa cesset.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Decisio causæ.*
3 *Consuetudo Bulgari super resolutione ususfructus in alimenta cessat ex contraria voluntate testatoris.*
4 *An ex eo quod testator liberet uxorem à confectione inventarij, & redditione rationum resultet limitatio dictæ consuetudinis.*
5 *Vbi juxta consuetudinem legatum resolvitur in alimenta, quomodo intelligendum sit.*
6 *Vbi ususfructus relinquitur uxori una cũ filijs & hæredibus, an dicatur esse ususfructus formalis.*
7 *An legatum relictum uxori tutrici filiorum cesset, si ea derelinquat tutelam.*
8 *An cesset consuetudo Bulgari, si ususfructus relictus est titulo institutionis.*
9 *Transitus ad secunda vota an faciat cessare legatum ususfructus.*
10 *An amplitudo verborum faciat, ut legatum intelligatur de vero usufructu.*
11 *Quomodo in hujusmodi legati interpretatione procedendum sit.*

DISC. L.

IOANNES Franciscus, scripta hærede universali Beatrice unica filia pupilla, huic tutricem deputavit Annam uxorem & matrem respectivè, quam per capitulum separatum hæredem usufructuarium una cum eadem Beatrice reliquit, Cumque ad aliquos annos post administratam tutelam Anna transitum fecisset ad secunda vota, curando dictæ filiæ adhuc pupillæ deputari tutricem & pro tempore curatricem Smeraldam ejus matrem, postquam dicta Beatrix facta est adulta & virum duxit, orta est controversia inter dictas matrem & filiam super dicto usufructu, & obtenta per matrem ab A. C. immissione pro mediatate ususfructus, commissaque per Signaturam causa *in Rota coram Albergato*, cum clausula, *constito, quod sit locus Ægidianæ*, ac dato dubio ad formam commissionis, *An intret Aegidiana, sub die 5. Julij*

Julij 1666. affirmativa resolutio prodijt ad favorem
2 dictæ Annæ, & expedito mandato, illud canonizatum fuit per Signaturam cum clausula, *sine præjudicio*, unde propterea hæc pars acquievit. Me autem ad causam evocato, postquam illa commissa erat in Rota, atque ante disputationem habito congressu, pro examinandis meritis, etiam pro veritate, mea me refellit opinio, quoniam credidi diversum esse debere illius exitum, dictumque usumfructum non deberi ex duplici fundamento, Primò scilicet quod legatum prædictum juxta receptam consuetudinem *Bulgari* non importaret usumfructum formalem, sed solum alimenta cum materna præeminentia in domo recipienda. Et secundo (quod magis me movebat) ut dictum legatum, quomodocumque conceptum, utpote correspectivum ad dictæ pupillæ tutelam & educationem, per utramque voluntarie desertam ob transitum ad secunda vota, à testatore veresimiliter abhorritum, tanquam ex cessante causa cessaverit. Diversus autem fuit causæ exitus, qui tamen meum intellectum non captivavit ex utroque fundamento, non singulariter, sed unitim considerato, præsertim verò ex secundo de quo decisio desuper edita non agit, & quod magis, cum occasione petendi novam audientiam, in isto acriter perstitissem utpote in decisione non examinato, adhuc tamen audientia denegata fuit, unde experimur, quam varia sint hominum ingenia.

Duo igitur erant hujus causæ puncti ut supra, Vnus, an hujusmodi legatum importaret usumfructum formalem, ut per actricem prætendebatur, vel potius resolveretur in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, ut erat hujus partis prætensio, & secundò, an expirasset per desertam tutelam, & educationem. Atque de hoc secundo agitur *etiam in Bononien. de Cataneis, discurs.* 52. *ac etiam in alijs sub titul. de legatis, seu sub altero, de tutore, & curatore.*

Quatenus igitur pertinet ad primum, scribentes pro actrice non negabant, prout Rotæ decisio non negat regulam, ut legatum uxori de usufructu resolvatur in alimenta juxta receptam consuetudinem *Bulgari*, sed punctus erat in limitatione pariter vera & recepta, quando de contraria expressa vel
3 conjecturali testatoris voluntate constat, quod scilicet uxor verum ac formalem usumfructum consequatur, ex deductis post antiquiores ab eis allegatos *per Surd. cons.* 218. *num.* 6. *&* 7. *Castill. de usufructu cap.* 45. *num.* 10. *Orthob. dec.* 145. *nu.* 21. *dec.* 241. *num.* 13. *par.* 5. *rec.* 290. *&* 349. *par.* 10. *& in alijs frequenter.* Quod pariter ego scribens pro hac parte non negabam, unde juxta hodie frequentiorem statum ultimarum voluntatum nulla cadebat controversia super utraque theorica juris in abstracto, sed tota quæstio erat facti & applicationis, an scilicet ex facti circumstantijs versaremur in casu limitationis magis quam regulæ, & an concurrerent tales circumstantiæ, quod limitationem inducerent.

Duæ autem per dictos scribentes pro actrice ponderabantur conjecturæ, in decisione etiam admissæ pro dictæ regulæ limitatione. Primò quod testator uxorem liberavit à confectione inventarij, & redditione rationum, quæ non conveniunt simplici alimentariæ, sed benè usufructuariæ ex deduc-
4 tis *per Gozadin. cons.* 47. *nu.* 2. *Soccin. jun. cons.* 322. *num.* 11. *&* 12. *Mantic. de conjectur. lib.* 9. *tit.* 7. *n.* 26. *in fine Menoch. lib.* 4. *præsumpt.* 139. *num.* 33. *cum aliis in decisione.* Verum ista conjectura mihi omninò levis parvique momenti videbatur, utpote æquivoca, & referibilis ad alium titulum tutelarem, cui magis convenit liberatio à confectione inventarij, & à redditione rationum, ad quorum neutrum verè & propriè tenetur usufructuarius, obligatus tantum ad cautionem de bene utendo & fruendo &c. respectu stabilium, ac mobilium, quæ usu non consumuntur, & de restituendo valorem respectu eorum mobilium, seu aliarum rerum, quæ usu consumuntur, & sic non videtur, cuinam rationi innitatur ista conjectura, quoties concurrit alter titulus, cui magis congruè hujusmodi dispositio convenit, Tunc enim videtur aliqualiter consideranda, quando dictus alter titulus deficit, itaut ad aliud id non sit referibile, & nihilominus etiã isto casu æquivoca dici potest; quoniam hujusmodi legatum, quod uxori relinquit solet, ita ex 5
dicta consuetudine seu verisimili voluntate resolvendum, non importat solùm illa alimenta, quæ alteri famulo vel benevolo indigenti ad substentationem relinquuntur, & quæ alimentarius à manu alimentantis capere debeat, sed importat etiam quamdam præeminentiam dominicalem in domo præferentem quoq; quandam speciem administrationis saltem in domesticis.

Altera limitatio seu conjectura deducitur ex dictione, *cum*, importante conjunctionem hæredis cum legataria, unde propterea cum id denotet æqualitatem, exinde infertur ad formalem usum-
fructum, eo quia in hærede importare non potest 6
solum alimenta, sed importat etiam commodum fructuum exuberantium, ut cæteris allegatis firmant *Ciriac. controv.* 51. *nu.* 9. *Menoch. dicta præsumpt.* 139. *lib.* 4. *num.* 21. *cum sequen. plenè Andreol. controv.* 71. *num.* 2. *&* 3. ubi multos cumulat, atque ex professo istam limitationem seu conjecturam firmat, & sequuta est Rota *dec.* 241. *nu.* 4. *part.* 5. *rec. & in Faventina ususfructus* 20. *Iunii* 1664. *coram Verospio.*

Verùm, reflectendo etiam ad veritatem, ista conjectura, sola & de perse considerata, vel nullius vel satis levis momenti mihi videbatur, ut fuit etiam sensus Rotæ antiquæ *decis.* 762. *nu.* 4. *par.* 1. *divers. &* 748. *num.* 3. *par.* 4. *ac aliorum, de quibus apud Mantic. de conject. lib.* 9. *tit.* 7. *num.* 5. *Amat. dec. Marchiæ* 84. *apud quos cæteri*, argumentum enim æqualitatis videtur omninò fallax, quoniam in hærede dari non potest formalis ususfructus ratione incompatibilitatis, sed ille resolvitur in causalem juxta deducta *in Rom. ususfruct. de Pizzattis. disc.* 55. *& in alijs hoc. tit.* unde propterea oporteret etiam facere uxorem participem proprietatis, si attendere volumus illam æqualitatem, quæ ex hujusmodi conjunctione resultat, quod est absurdum, Ideòque ista conjectura, qualis qualis illa sit saltem in reverentiam DD. qui eam tradiderunt, considerabilis solùm videtur, quando aliæ concurrunt, ut præsertim solet esse illa amplitudinis verborum, de qua infra, cum similibus, itaut intret consueta conjecturalium regula, *ut singula, quæ non prosunt &c.* qualis est casus dictæ *decis.* 241. *par.* 5. *rec.* ubi plura concurrebant, quibus etiam hæc circumstantia annecti potest. Sed quando ea est sola, omnino improbabile videtur, ut hujusmodi operationem facere posset, cum congruè referenda veniat ad alimenta percipienda in domo una cum filia & hærede, ad ostendendam magis voluntatem testatoris quod id gerat in gratiam & commodum filiæ, quæ ita obtineat educationem &

gubernium

gubernium matris, quæ alias non posset, ea derelicta alibi alimenta petere, Ideoq; hujusmodi circumstantiam potius considerabam in contrarium super altero motivo correspectivitatis, quod scilicet istud legatum intuitu educationis & tutelæ factum esset, unde propterea ob voluntariè & culposè neglectam tutelam & administrationem illud expiraverit, ex ijs, quæ ad materiam *text. in l. Nesennius ff. de excusat. tutor. cum concord.* antiquioribus plene collectis, ac ita distinguendo inter legatum factum intuitu tutelæ, ac alterum principaliter factum intuitu personæ, cui etiam circumscripto dicto munere, relictum esset, habentur apud *Menoch. lib. 4. præsumpt. 124. Guttier. de tutelis par. 1. cap. 22. Capyc. Latr. consult. 106. in dicta Bonon. disc. 52. & in alijs.*

Majorem difficultatem mihi inferebat altera circumstantia in decisione non ponderata, quod istud legatum relictum non esset in ea consueta forma, in qua propriè DD. ponderare solent dictam consuetudinem *Bulgari*, quia nempe uxor relicta sit *Bonna, Madonna, patrona, & usufructuaria*, sed conceptum est cum titulo institutionis hæredis, ibi, *lascia la detta Anna sua moglie Erede usufructuaria con detta Beatrice sua figlia &c.* quoniam simplici legato alimentorum nullatenus congruere videtur titulus hæredis, qui licet verè & proprie neque congruat usufructario, etiamsi solus institutus esset cum substitione post mortem, quoniam adhuc resolvitur in legatum, atque substitutus dicitur hæres ab initio juxta veriorem ac magis receptam opinionem, de qua *Merlin. decis. 105.* & habetur *in Imolen. prædij sub tit. de fideicommissis, & in alijs frequenter*, Nihilominus de communi usu, legatum usufructus universalis in tota vel in quota ita concipi solet, unde propterea quando de hoc solo puncto ageretur, ob hujusmodi circumstantiam non displicuisset resolutio, quæ tamen placere non potuit ob dictum alium punctum cessationis legati ex cessante causa, cum nullatenus in mentem cadere posse videretur testatorem voluisse ita in præjudicium propriæ filiæ honorare ingratam uxorem, quæ derelicta filia pupilla ad secunda vota convolaverat, unde observabam quod ista duo motiva connexè, ac insimul & unitim ponderanda erant, cum unum coadjuvet alterum.

Et licet hujus causæ decisio, alijs decisionibus, & auctoritatibus cumulatis, ut huic motivo responderetur, deducat conclusionem, quod transitus ad secunda vota non importet amissionem legati, quoties testator ita non disponit, *ut per Paris. cons. 95. num. 17. & sequen. lib. 1. Surd. cons. 471. num. 38. Bonon. ususfructus 26. Novembris 1655. & Romana ususfructus prima Februarij 1664. coram Bevilaqua.* Nihilominus dicebam id rectè procedere, quando amissio legati prætenderetur per speciem pœnæ à dicto transitu resultantis, secus autem ubi per viam verisimilis cessationis tanquam ex cessante causa, ob quam illud factum est, atque in hoc considerabam versari aliquod æquivocum.

De eodem puncto disputavi pluries, præsertim coram A. C. in una Spoletana inter Victoriam filiam, & Margaritam secundam uxorem Alexij Frenfanelli, quoniam cum esset relicta domina, patrona, massaria, & usufructaria omnium & singulorum bonorum, ob hujusmodi verborum amplitudinem, prætendebat dicta uxor legatum non resolvi in alimenta, sed importare formalem usumfructum juxta *dictas decisiones 290. par. 10 rec. & 145. Otthob. quæ sunt in eadem Firmana Codicillorum ac etiam dicta dec. 241. par. 5.* in quibus firmatur amplitudinem verborum esse unam ex conjecturis probantibus voluntatem limitativam dictæ regulæ Verum dicebam idem, quod supra, quod scilicet ista esset una ex conjecturis cum alijs conjungenda, non autem quod sola sufficeret, ut in specie firmatur *apud Crescent decis. 5. de testam*, quæ reputatur in materia magistralis, potissimè verò ubi concurrunt illæ circumstantiæ, quæ isto casu concurrebant, quod scilicet testator non mandavit communicationem dotium, minusque providit super usufructu vel fructibus, postquam filij ex eadem uxore legataria procreati ad perfectam pubertatem devenerint, cum omninò improbabile sit, testatorem eos ita non provisos, ac suorum bonorum fructibus destitutos relinquere voluisse, donec viveret uxor, quæ potest lõgo tempore vivere, sivè cogere filios etiam majores ad vivendum cum matre, ut ponderatur *apud Crescent. ubi supra.* Ideoque ista videtur quæstio potius facti, & voluntatis uniformem determinationem non recipiens, sed pro judicis prudenti arbitrio decidenda ex singulorum casuum individuis circumstantijs, ex quibus eædem conjecturæ in uno casu recipi, & in altero reijci mercantur, *ut frequenter sub tit. de fideicommissis*, neglectis formulis verborum, quæ frequentius solent esse notariorum vel eorum quibus testatores committunt extensionem testamenti, sed spectata substantia verisimilis voluntatis.

CIVITATIS CASTEL.

INTER SORORES DE LONGINIS, ET CAMILLAM DE NEGLIORVTIIS

Discursus pro veritate, seu votum arbitramentale

De usufructu uxori relicto, an resolvatur in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, vel potius importet usumfructum formalem. Et quatenus istum importaret. An cautio pernecesse præstanda sit, vel potius ipsius uxoris paupertas excuset. Et quando illa præstari debeat. Et an sufficiat unica per quemcumque usufructuarium generaliter præstanda, vel accedere debeat altera Mutiana. Et aliqua de diminutione usufructus relicti secundæ uxori cum participatione filiorum primi matrimonij.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*

2 *Quando legatũ ususfructus relictũ uxori non importet sola alimenta sed usumfructum formalẽ.*

3 *An vocati post mortem hæredis instituta in usufructu dicantur hæredes ab initio.*

4 *Cautio de utendo &c. per usumfructuarium præstanda remitti non potest per testatorem.*

5 *Quomodo providendum sit, ubi usufructuarius cautionem præstare non potest.*

6 *An usufructuarij paupertas testatori cognita excuset ab onere cautionis.*

7 *Obligatio personæ divitis & notoriæ idoneitatis sufficit loco cautionis.*

Cautio

8. *Cautio præstanda est in actu adeptionis possessionis, neque oportet prius illam præstare.*
9. *Quando præstanda etiam sit cautio Mutiana.*
10. *Indubio est præstanda.*
11. *An & quando uxor, cui relictus est ususfructus sub conditione viduitatis restituat fructus in casu transitus ad secunda vota.*
12. *Dicitur quæstio facti & voluntatis, à qua totum pendet.*
13. *Datur distinctio, cum qua theoricè quæstio indubio, non constito de voluntate deciditur.*
14. *Dictio* dum, *seù*, donec *importat modum.*
15. *Considerantur aliæ circumstantiæ, ex quibus onus viduitatis est modale, non autem conditionale.*
16. *In dubio respondendum est pro regula.*
17. *An hæres participet de legato ususfructus.*
18. *De participatione usufructus relicti secundo conjugi ad favorem filiorum primi matrimonii* ex l. hac Edictali.

DISC. LI.

1 FElix Longinus, duas habens filias, Mariam scilicet Franciscam, ex prima uxore procreatam, & Elisabettam, ex Camilla secunda uxore, in testamento illis institutis cum ordinatione primogenituræ ad favorem descendentium respectivè ex eis, & cum aliis dispositionibus ad rem non facientibus, dictam Camillam secundam uxorem usufructuariam reliquit, undè facto casu mortis testatoris plures exortæ fuerunt dubitationes, tam circa restitutionem dotium maternarum dictæ Mariæ Franciscæ faciendam, quàm aliæ inter ipsas sorores extra præsentem materiam; Quatenus verò ad hanc pertinet super dicto legato ususfructus facto uxori, de pluribus dubitari contigit; Primò scilicet, an resolveretur in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, vel potius verum, & formalem usumfructum importaret; Secundò, quatenus legatum esset juxta hanc secundam partem, circa cautionem à dicta legataria præstandam, an scilicet illa esset omninò necessaria, vel potius evitari posset, stante paupertate, quæ eam moraliter impossibilem, vel satis difficilem reddebat. Tertiò quatenus omninò præstanda esset, de quo tempore præstari deberet, & an duplex; Una scilicet de utendo & fruendo arbitrio boni viri generaliter per quemcumque usufructuarium præstanda, & altera Mutiana pro restitutione fructuum perceptorum in casu transitus ad secunda vota per testatorem prohibiti; Et quartò demum super quota bonorum, ex quibus dictus ususfructus capiendus esset; Atque super his concorditer per utramque partem meo expetito voto, ad cujus limites concordia sequuta est.

Respondi, ad primum sine dubio legatum importare verum usumfructum, juxta limitationem
2 potius quàm regulam, de quarum utraque *disc. praced. & seq.* nedum ob amplitudinem verborum, ac titulum hæreditarium non servata consueta formula, in cujus casu verè & propriè intrat consuetudo *Bulgari* juxta auctoritates, & decisiones deductas, *dictis disc. praced. & seqq.* quæ in hoc voto seu responso pariter allegabantur, sed clarius, ob alias urgentiores conjecturas & circumstantias, quoniam eidem hæredi usufructuariæ per testatorem dirigitur onus solvendi quædam annua legata, aliaque ex fructibus faciendi, & adimplendi; Ac etiam quia in ejusdem hæredis usufructuariæ vita verbaliter nullus legitur scriptus hæres in proprietate, sed post ejusdem mortem; Licèt enim ex juris ministerio juxta magis communem & receptam opinionem, institutus post mortem uxoris hæredis usufructu-
3 riæ dicatur hæres ab initio, ipsius autem uxoris institutio resolvatur in simplex legatum, rejecta opinione volentium, quod ea dicatur hæres pleno jure gravata restituere post mortem, juxta auctoritates & decisiones deductas *in Recanaten. disc. 56* quæ in isto quoque responso cumulabantur; Nihilominus hac circumstantia magis, quàm ex quacumque alia excludi videtur dicta consuetudo *Bulgari*; Multò magis insimul etiam concurrentibus dictis aliis conjecturis & circumstantiis, cum regula, *ut singula, quæ non prosunt, &c.* undè propterea credidi hunc punctum esse omninò planum.

Qualem etiam censui secundum, super necessitate præstandi cautionem de benè utendo & fruendo à quocumque usufructuario præstandam, & quæ adeò necessaria in jure reputatur, ut plurium fortè magis recepta & communis opinio sit, neque per
4 testatorem posse remitti ex collectis *per Castill. de usufructu cap. 15. ac etiam in seqq. & Rot. decis. 185. num. finali par. 10. recent.* Atque antiquiores adeò mordicus credunt istam cautionem esse de substantia seu forma, ut alias legatum remaneat omninò inutile, licèt moderni magis benignè & judiciosè
5 temperaverint hunc indiscretum rigorem, mediante provisione ex judicis officio capienda, per quam utrique parti consultum sit, relinquendo scilicet stabilia sub possessione & administratione proprietarii, qui retenta aliqua portione pro congrua mercede laboris & administrationis, reliquos fructus legatario præstet, sive nolente proprietario hoc onus suscipere, bona committantur administrationi alicujus tuti & idonei œconomi, eodem modo, quo capi solent provisiones super administratione Ecclesiarum pensione nimium gravatarum, ut ita pensionariorum, ac etiam Episcopi seu Titularis indemnitati consulatur, cum similibus; Et respectu pecuniarum ac mobilium investiendo pretium in bona stabilia, seu census & loca Montium *ex deductis per Surd. & Adden. dec. 141. Capyc. Latr. consult. 112. de Marin. resol. 248. lib. 2. & passim*, quia est hodie opinio recepta.

Nulla consideratione habita de legatarii pau-
6 pertate, ut motivabatur, quasi quod testator rectè conscius status uxoris modicam dotem habentis, consideraverit quasi impossibilem sibi reddi idoneæ cautionis præstationem, undè ita implicitè eam remisisse censeatur; Tum quia si non attenditur remissio expressa, multominùs tacita; Tum etiam quia si verum esset hoc assumptum, cùm regulariter testatores præsumantur conscii status personæ, in qua hujusmodi dispositio fiat, præsertim verò uxoris, exindè sequeretur dictam cautionem adeò rigorosè de forma seù substantia requisitam, nunquam ad praxim deducendam esse, quoniam aut legatarius est ad eam parum idoneus, & juxta hoc assumptum excusaretur, aut est dives, & notoriè idoneus, & illa est superflua, cùm ejus loco sufficiat propria obligatio, ut praxis admittit circa illam cautionem, quæ vel in concursibus generalibus patrimonii debitoris defecti, vel in deliberatione pecuniæ provenientis ex pretio bonorum venditorum
7 ad formam Bullæ Baronum cum similibus, per creditores præstanda est de restituendo anterioribus & potioribus, & contribuendo cum æqualibus seù emptori in casu evictionis & molestiarum, &c.

Quoverò ad tertium punctum, an una vel duplex cautio præstanda esset, & de quo tempore; Quoad hanc secundam partem respondi, quod suf-

ficir illam præstare in acta adipiscendi possessionem absque necessitate eam præveniendi, ut cæteris allegatis firmatur per Rotam *dec.* 290. *num.* 15. *&* 329. *num.* 18 *par.* 10. *rec.* Et ad primam partem, an scilicet Mutiana etiam cautio præstanda esset, dixi determinationem pendere à puncto, an uxore transeunte ad secunda vota, restituendi sint fructus percepti,
9 vel potius resultet privatio legati in futurum ex tempore contraventionis; Primò enim casu cautio necessaria est, secus autem in secundo, quia frustratoriè desideratur illa cautio, quæ nullum habet effectum, ex quo illa generalis à quocumque legatario præstanda de utendo & fruendo &c. capit etiam restitutionem bonorum in casu cessationis ususfructus per mortem naturalem vel etiam per civilem qualis dicitur ista resultans ex contraventione.

Quia vero multa hinc inde concurrebant, quæ me ancipitem ita primo aspectu tenuerunt, qualis
10 esset testatoris voluntas, à qua tota hæc materia pendet, ac etiam quia cum sit materia arbitraria, certa & determinata regula ob ingeniorum varietatem tradi non potest, cum frequenter, quod uni videtur album, alteri videatur nigrum, quamvis æqualis esset utriusque doctrina & integritas; Idcircò respondi ad tollendas hujusmodi dubietates, tutores & curatores hæredum, quæ erant pupillæ & minores respectivè, sollicitos esse debere de utraque cautione, eidemque legatoriæ expedire illam præstare ad facilitandam legati assequutionem, removendasque difficultates ac dilationes, recurrendo ad judicis officium pro aliquo temperamento ut supra, quatenus præstari non posset, quoniam aut casus dicti transitus non contingit, & frustra hæc inspectio assumitur, aut verificatur & tunc videndum erit, interim vero dixi sufficere casum esse dubium, ut in dubio tutior pars cautelæ tenenda esset.

Per discursum vero circa dictum punctum, super quo judicium interponere nolui, an scilicet contingente dicto casu transitus ad secunda vota, fru-
11 ctus percepti restituendi essent, Dicebam, quod licet pro meo judicio ista quæstio tota sit facti & voluntatis, certam ac determinatam regulam non recipiens, ut bene advertitur *apud Merlin. lib. 2. controv.* 40. *num* 18. *cum sequen.* itaut distinctiones, quæ desu-
12 per habentur non cogant præcisè, sed solum deserviant pro norma in dubio, secus ubi ex aliis facti circumstantiis desumatur diversa voluntas quæ semper verborum formulis prævalere debet; Nihilominus per absentem non bene ac distinctè informatum de illis individuis circumstantiis, ex quibus regulandum est judicis arbitrium, in quo totum residere videtur, procedendum est cum juris theoricis & distinctionibus generalibus, quibus attentis videbatur ad favorem legatariæ potius respondendum.

13 Distinctio siquidem est, quod aut agitur de institutione universali in hæreditate, aut agitur de legato; Primo casu sive onus viduitatis appositum sit per viam conditionis, sive per viam modi, indistinctè in casu contraventionis intrat retrotractio & consequenter veniunt fructus ab initio, quorum ratione præstanda est cautio Mutiana, quia institutio est unica & perpetua nec fieri potest distinctè per annos, menses, & tempora; Secundò autem casu intrat distinctio, an legatum conceptum sit per viam conditionis, & intrat eadem retrotractio cum restitutione fructuum, aut per viam modi. & secus, ut post antiquiores ab eis deductos hanc esse magis communem & in foro receptam habetur *apud Mantic. de conjecturis lib. 12. tit. 19. Pereg. de fideicom. art. 11. num. 122. & sequen. latè Merlin dicta controv. 40. lib. 2. & Redenasch. cons. 28.* qui latè discurrunt de articulo, & cum hac distinctione procedere consuevit Rota, *ut apud Greg. & Adden dec 187. decis. 329. num 17. par. 10 rec. Romana fideicommissi, de Donatis 7. Iunii 1660. coram Cerro, & in aliis.*

Applicando igitur ad rem, quamvis hic ususfructus relictus esset titulo institutionis, nihilominus juxta superius insinuatam magis communem & in foro receptam opinionem, resolvitur ac importat simplex legatum ususfructus, & consequenter versamur in casu legati, quo posito, cum dispo- 14
sitio concepta esset per verbum, *dum*, seu *donec in viduitate erit*, modalis potius, quam conditionalis censenda erat, cum verbum, seu dictio, *dum* denotans idem ac *donec*, modum potius quam conditionem importet ex collectis per *Barb. dict* 94 & supponitur apud omnes supra allegatos.

In idem ad favorem legatariæ considerabam aliud verbum, *decidat* quo testator usus est in casu dictæ contraventionis, cum *decadere* significare videatur amissionem juris quæsiti, quod repugnat 15
dispositioni conditionali habenti in ventre conditionem suspensivam tollentem juris radicationem ac se opponentem principio acquisitionis, itaut fingatur rem nunquam esse quæsitam.

Et magis me stringebat circumstantia facti, quod scilicet testator rectè conscius erat paupertatis uxoris, quodque in casu contraventionis ad aliquos annos, ad hujusmodi restitutionem omnino impotens esset, unde verisimiliter alias providisset.

Econversò vim faciebant effrœnata verba annullativa dispositionis, ibi *sit ipso jure nullius roboris & momenti, ac si facta non esset & nihil de dicta hæreditate possit habere*; Sed considerabam ista verba suam operationem recte facere posse de præsenti & de futuro post sequutam contraventionem non autem pernecesse concludere tempus præteritum cum retrotractione, dum præmissa in contrarium magis urgebant; Atque sufficere videbatur casum esse dubium ut in dubio respondendum esset pro eo, cui juxta dictam distinctionem assistit regula, cujus 16
hæc est virtus & operatio ut in dubio pro ea contra limitationem respondendum sit, *ex collectis per Barbos axiom.* 198 *Francb. dec.* 197. *num.* 8. *Mantic. dec.* 241. *num.* 4.

Demum quoad quartum & ultimum punctum participationis ususfructus in hæredibus, & pro qua rata cederet ad commodum legatariæ, dixi planum videri sub dicto legato non cadere legitimam, quæ libera ab omni onere & servitute, in instanti mortis testatoris separatur à reliquo bene, in quo legatum verificatur, in quo etiam bene cadit quæstio participationis cum hærede, de qua 17
antiquioribus allegatis habetur *apud Bellon de jur. accresc. cap.* 5. *qu.* 10. *num* 56 *& sequen. Castill. hoc tract. cap.* 47. *Merlin lib* 2 *controv.* 6. *Rota dec.* 5 79. *decis.* 636 *par* 4. *rec. tom.* 3, ex quibus liquet magis communem assistere legatario; Clarius verò ac extrà difficultatem, ubi assistit verisimilis testatoris voluntas, qua concurrente, omnes concordant, & quæ voluntas in præsenti assistere videbatur; Tùm ob amplitudinem verborum, dum dicitur *de omnibus & singulis bonis*, Tùm ob dictam aliam circumstantiam, ob quam suprà dictum fuit de plano intrare limitationem consuetudinis *Bulgari*, quod scilicet hæredes vocati sunt post mortem usufructuariæ honoratæ titulo institutionis, undè juxta unam opinionem prætendi potest, eam donec vivit, esse hæredem pleno jure ut suprà.

Rema

Remanebat verò difficultas in ordine ad participationem cum filia primi matrimonii resultantem ex dispositione textus *in l. hac Edictali Cod. de secundis nuptijs*, ut in specie de participatione usufructus relicti secundo viro per matrem binubam plenè habetur *per Rotam dec. 406. par. 9. & 305. par. 10. rec.* ubi aliis decisionibus cumulatis firmatur opinio in qua residet Rota & Curia, quod æqualis participatio inter secundum conjugem & quemlibet ex filiis procedit in reliquo bene detracta prius legitima tanquam ære alieno, sed controversia finem habuit per concordiam. 18

BONONIEN.

VSVSFRVCTVS

DE

CATANEIS

PRO

SORORIBUS DE CATANEIS

CVM

CATHARINA EARUM MATRE.

Responsum pro veritate.

An & quando legatum usufructus relictum uxori resolvatur in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, vel potiùs importet verum & formalem usumfructum.

Et quando usufructus, vel habitatio, quæ relinquuntur uxori vel alteri unà cum filiis, vel hæredibus insimul vivere debentibus cessent, si talis vita simultanea sequi non potest.

SVMMARIVM.

1. Facti series.
2. *Quando legatum usufructus relictum uxori non resolvatur in alimenta, sed importet verum usumfructum.*
3. *Quod consuetudo Bulgari non procedat in aliis quàm in uxore remissivè.*
4. *Ob transitum ad secunda vota conjux non privatur legato sibi à primo conjuge facto.*
5. *Ad quid iste transitus considerandus veniat, & n. 9.*
6. *Adimplementum habetur pro præstito, ubi non sequitur ex facto ejus, cui præstandum est.*
7. *Quando ex casu resultat quod legatarius cohabitare non potest cum hærede, seù aliud onus adimplerè, an cesset legatum, datur distinctio.*
8. *Vbi non implementum resultat ex facto voluntario legatarij, tunc legatum non debetur.*
9. *De eadem consideratione de qua num. 5. circa transitum conjugis ad secunda vota.*
10. *De conjecturis & circumstantiis quod legatum factum alicui cohabitare debenti pro hærede sit causativum.*
11. *De operatione clausulæ* non aliàs, aliter, nec alio modo.
12. *Quando demandatur cohabitatio cum aliquo, intelligitur de formali cohabitatione vitæ, non autem de materiali in eadem domo.*

Cardin. de Luca de Servitutibus.

DISC. LII.

HIpolitus Catenus, scriptis hæredibus duabus filiabus in infantili ætate constitutis, Catharinæ uxori & Juniperæ matri respectivè particulare legatum fecit usufructus duarum possessionum, deindeque aliis dispositionibus intermediantibus, easdem unà cum dictis filiabus usufructuarias reliquit per verba præcisa, *usufructuarias, salvis supra dispositis, una cum supradictis ejus filiabus reliquit & esse voluit supradictas Iuniperam, & Catharinam eius matrem & uxorem respective insimul viventes, & non aliter, nec alio modo &c.* 1

Sequuta morte testatoris, Catharina in statu viduitatis per plures annos cum socru & filiabus convixit, postmodum vero facto transitu ad secunda vota, & cohabitando cum viro, dubitari contigit; An sibi deberetur portio usufructus universalis, ac etiam habitatio in domo testatoris, in qua declarabat vivere velle; Vnde desuper ex parte dictarum filiarum & hæredum pro veritate consultus, distinguendo controversiam in duos punctos in eadem notula transmissa distinctos; Primo scilicet, an dictum legatum importaret verum & formalem usumfructum ad favorem Catharinæ uxoris, vel potius juxta *Bulgari* consuetudinem resolveretur in alimenta, & secundò, an sive unum sive alterum importaret, cessaret ex cessante conviventia, cum filiabus, & socru, juxta testatoris voluntatem; Et quid si ipsa uxor se offerret velle cum secundo viro in eadem domo cum præfatis filiabus convivere.

Ad primum, juxta ea, quæ habentur supra *in Firmana, & in Forolivien. & Civitatis Castelli proximè præcedentibus discursibus*, ac alibi, saltem juxta opinionem, in qua residet Rota, dixi probabiliùs respondendum videri, legatum prædictum importare pro ejus virili verum & formalem usumfructum ob conjecturatam voluntatem, ex eo præsertim resultantem, quod in legato conjuncti sunt etiam filii & hæredes cum dictione conjunctiva; *Vnà cum*, ut in specie cæteris allegatis firmatur *per Rotam dec. 241. num. 4. cum sequen. par. 5. rec.* ubi rejiciuntur tenentes contrarium *in Faventina usufructus 20. Iunij 1664. coram Verospio, Firmana usufructus 5. Iunij 1666. Albergato*, cum aliis, de quibus præsertim in dicta *Firmana disc. 50.* Et licèt, ut ibidem habetur ista conjectura sola & de per se considerata, apud me suas pateretur difficultates, advertebam tamen, quod dum Rota toties hanc opinionem tenuit, durum ac difficile erat contrarium tentare. 2

Clariùs verò, quoniam ista conjectura non videbatur sola, dum cum dictis filiabus & hæredibus conjuncta quoque erat ipsius testatoris mater, in qua juxta ponderata *in dicta Forolivien. discur. 48.* non intrat in dicta consuetudo *Bulgari*, & consequenter videbamur versari in casu clariori, quàm *in dicta Firmana*, neque credebam in hoc multum insistendum esse, dum probabiliùs videbatur hoc legatum, sive uno, sive altero modo, ut infrà cessasse. 3

Quoverò ad alterum punctum, an scilicet ob transitum ad secunda vota dictum legatum cessasset, considerando ipsum transitum de per se; Dixi illum non esse in proposito considerabilem, quoniam inter pœnas, quæ contra conjuges binubos à jure civili inflictæ utpotè concernentes favorem filiorum primi matrimonii, de jure canonico correctæ non sunt, sed hodie quoque vigent, non reperitur ista privationis legatorum, aliarumque dispo- 4

ſtitionum à primo conjuge obvenientium, cum ſolum habeatur præſcripta neceſſitas reſervandi filiis primi matrimonii bona ex hujuſmodi diſpoſitionibus voluntariis, & lucrativis in conjugem binubum obventa, ad vulgarem textum *in l. fœminæ Cod. de ſecundis nuptijs cum concordan. per Pariſ conſ. 95. num. 17. cum ſequen. lib. 1.* atque ita ſæpius firmavit *Rota*, præſertim *in Romana uſuſructus 1. Februarij 1664. Beuilaqua, Bonon. uſuſructus 26. Novembris 1655. eodem dicta Firmana uſuſructus 5. Iulij 1666. Albergato*; Solumque, ut advertitur in *eadem Firmana diſc. 50.* iſte
5 tranſitus conſiderandus venit tanquam adminiculum ſeu corroboratio ceſſationis legati ob ceſſantem conviventiam à teſtatore expreſſe demandatam, ſive ob ceſſantem tutelam, ut ibi, quaſi quod ſit circumſtantia, quæ ſingulariter & de per ſe conſiderandæ veniat inſimul & unitim cum aliis ex vulgari regula, *ut ſingula quæ non proſunt &c.*

Hinc proinde, cum teſtator juxta verba ſuperius regiſtrata demandaſſet conviventiam matris, uxoris, & filiarum, cum clauſula, *& non alias &c.* cauſa reſtringebatur ad punctum, an ob ceſſationem dictæ conviventiæ, tanquam à ceſſante cauſa legandi ceſſaverit legatum necnè; Sed quoniam in iſta quæſtione, quæ pro meo judicio eſt potius facti & voluntatis quam juris, ſcribentes nimium ſe involverunt, confundendo plures caſus inter ſe diverſos, unde propterea de facili reſultant æquivoca, Idcirco ad hæc tollenda, & quo magis fieri poteſt conciliandas auctoritates, quæ invicem pugnare videntur, advertebam plures caſus diſtinguendos eſſe.

Primus eſt, ubi legatarius, cui injunctum eſt onus cohabitandi & vivendi cum hærede vel alio, id implere non poteſt ex culpa & facto voluntario
6 ejus, cum quo convivendum ſeu cohabitandum eſt. & tunc licet ſcribentes nihil pacificum reliquerint, attamen magis communis & recepta aſſiſtit legatario, per quem non ſtet ex parte ſua adimplere ſed impediatur ex factu voluntario illius, cui adimplendum eſt ad generalem regulam *text. cum ibi notat. in l. jure civili ff. de cond. & demon.* & magis ſpecialem *in l. qui concubinam §. uxori ff. de leg. 3. ubi gl. Bar. & cæteri ex collectis per Burat. & adden. dec. 339. n. 1. & ſeq. & per adden. ad dec 636. par. 4. rec. tom 3. num. 125 cum ſeqq.*

Alter caſus eſt, ubi implementum impeditur à caſu, quia nempe filius teſtatoris vel alter, cum quo cohabitandum, ſed convivendum eſt, deceſſerit, ſeù
7 alias caſualiter impediatur; Et tunc non urgentibus conjecturis ſuadentibus diverſam teſtatoris voluntatem, quæ in hac materia totum facit, juris theorica in dubio, & ad inducendam præſumptionem, contraria ut dictum eſt, probatione etiam conjecturali & adminiculativa elidibilem, conſiſtit in diſtinctione, an talis cohabitatio ſeu conviventia principaliter ordinata ſit in gratiam & ſervitium eius, cum quo cohabitandum vel convivendum eſt, itaut iſtius commodum vel ſervitium principaliter pro cauſa finali contemplatum ſit, legatum verò relictum cohabitare debenti, ſit acceſſorium & cauſativum tanquam præmium ſeu emolumentum illius oneris Et tunc intrat regula textus *in cap cum ceſſante*; Secus autem econversò, ubi principalis ſeu finalis cauſa legandi conſiſtit in affectione erga legatarium, cui veriſimiliter relictum eſſet etiam ſine tali onere, quod acceſſoriè ſive pro cauſa impulſiva ſtaret, ut patet ex iis, quæ poſt antiquiores collectos plenè & elaborate de more habentur *apud Cyriac. contro. 50.* qui tamen in eo caſu ſuccubuit, cum contrarium firmatum fuerit *per Rotam dicta deciſ. 636. par. 4. rec. tom. 3.* edita in eo individuo caſu, in quo *Cyriac.* ſcripſit, cum aliis collectis *per Adden. dicta deciſ. 636.* & habetur *dec. 290. & 349. par. 10. rec*; Ex quibus omnibus & aliis liquet, ſolam quæſtionem hodie eſſe facti & applicationis, an ſcilicet agatur de una vel de altera parte diſtinctionis; & conſequenter juxta generalem omnium ambiguæ & conjecturalis voluntatis quæſtionum naturam, certa & determinata regula ſeu deciſio dari non poteſt, ſed totum pendet à ſingulorum ac individuorum caſuum particularibus circumſtantiis attendendo ſolum juris theoricas & propoſitiones pro norma ponderandi conjecturas, ſeu congrue applicandi activa paſſivis.

Quamvis autem in hac facti ſpecie plures concurrerent circumſtantiæ & conjecturæ ex quibus, ut infra, etiamſi verſaremur in hoc ſecundo caſu, probabilius reſpondendum videretur pro ceſſatione legati, tanquam in prima parte præfatæ diſtinctionis; Nihilominus advertebam incongruum videri aſſumere hanc provinciam magis duram, & in qua, ut generaliter in omnibus conjecturalibus & arbitrariis, certum & determinatum judicium dari non poteſt, ac propterea ſemper incertus eſt exitus, quoniam neque hic videbatur caſus, ſed tertius à præcedentibus diſtinctus, & magis planus.

Qui eſt, ubi non implementum non reſultat ex facto voluntario ejus, cui implendum eſt, juxta primum caſum, minuſque ex accidenti, juxta ſe- 8
cundum, ſed ex facto merè voluntario, ac potiùs culpoſo ipſius legatarii adimplere debentis, nam tunc concors videtur opinio contra legatarium, & pro ceſſatione legati, ex regula, quod legatum relictum ſub conditione, cujus implementum ab ipſo legatario pendeat, abſque tali implemento obtineri non valeat *ad textum in dicta l. qui concubinas §. uxori ff. de legat. 3. cum ibi notatis & aliis concord. plenè collectis per Burd. de alimentis tit. 4. q. 15. numer. 1. cum ſequen. & per Adden. ad dictam deciſ. 636. part. 4. tom. 3. num. 113. cum ſequen.* Et clarè comprobatur ex eiſdem ſuprà allegatis *deciſionibus 636. par. 4. tom. 3. 290. & 349. par. 10.* editis ad favorem uxoris legatariæ non conviventis cum filio teſtatoris, quoniam totum fundamentum conſtituitur in eo, quod cohabitatio eſſet ipſi legatario impoſſibilis, atque à caſu potiùs, quàm ab ejus facto voluntario impedita.

Ideoque advertebam, tranſitum uxoris ad ſecunda vota, non eſſe quidem ut ſupra inducti- 9
vum pœnæ amiſſionis ſeù privationis legati ſimpliciter à primo viro ſibi facti, ſed eſſe nimium conſiderabilem in propoſito hujuſmodi conditionis ſeù oneris legato adjecti, ad probandum, quod non implementum ita reſultare dicitur ex ipſius uxoris facto voluntario, & quod legaliter culpoſum, & à teſtatore veriſimiliter *nolitum* & abhorritum dicendum eſt.

Multomagis quia etiamſi ageretur de ſecundo caſu impedimenti accidentalis, adhuc plures circumſtantiæ ſuadere videbantur, potiùs primam, quàm ſecundam partem dictæ diſtinctionis, quod ſcilicet talis diſpoſitio principaliter ordinata eſſet in gratiam & commodum filiarum teſtatoris; Fortiùs verò eaſdem circumſtantias conſiderando in ordine ad dictum alium caſum non implementi voluntarii & culpoſi, undè propterea mihi videbatur, quod verſaremur in caſu plano favore hæredum contra legatariam.

Plura

Plura siquidem urgebant id suadentia; Primò
10 scilicet, quia conviventia demandata fuit cum clausula, *non alter, nec alio modo*, cujus virtus & operatio est, nedum probare enixam disponentis voluntatem, sed etiam removere consensum ab actu, ac inducere conditionem etiam ubi adjicitur super aliqua solemnitate, quæ aliàs necessaria non est, ex
11 collectis *per Gregor. & adden. decis. 192. Buratt. & add. dec. 374.* & est conclusio plana de qua habetur frequenter præsertim *sub tit. de alienat.* in proposito reservationis beneplaciti Apostolici, vel alterius solemnitatis.

Secundò ob qualitatem hæredum, cum quibus cohabitatio & conviventia demandata fuit, dum nedum erant filiæ, & consequenter magis dilectæ sed fœminæ & infantes, unde tam ratione sexus, quam ætatis, liquido constare videbatur, testatorem ita dictarum puellarum meliorem educationem & curam sub propria matre & avia desiderasse; Tertiò ob mixturam coæqualem propriæ matris ipsius testatoris, & successivè socrus uxoris juvenis, quam ita implicitè in viduitate perseverantem præsupposuit, cum notorius ac generalis sit socrus rigor erga nurum circa ejus honestatem conservandam, ut econversò nimia est indulgentia matrum erga filias; Quarto fortiter ob discretivam alterius legati usufructus particularis in diversa oratione præfatis matri & uxori relicti, dum nullam adjecit conditionem seu onus, & quam discretivam licet ad aliud propositum in his terminis satis ponderat *Rota d. dec. 290 & 349. p. 10. rec.* Quintò etiã satis fortiter ob aliam discretivam, quod in dicto legato particulari testator adjecit illa verba, *earum vita naturali durante*, quæ in proposito pro non cessatione legati ex cessante causa nimium ponderantur *dicta dec. 636. par. 4. tom. 3. n. 6.* unde liquet, quod quando testator legatum principaliter in gratiam ipsius legataria facere voluit, non cessaturum ex cessante conviventia cujus casum recte cogitare & prævidere potuit, quando dictæ puellæ factæ nubiles ad viros transire deberent, ita providit, exprimendo dicta verba, quæ in hac alia dispositione neglexit; Et sextò demum stante illa formula verborum, quod conviventiam posuit in participio cum dictione *simul*, ibi; *Insimul viventes*, & sic pro conditione præcisa, quasi quod principaliter in animo habuerit continuationem illius vitæ, quæ habebatur ipso testatore vivente, & perindè ac si ipse viveret, quæ omnia insimul & unitim ponderata videbantur ponere rem in claris.

Supponebatur in notula transmissa, dictam legataria se promptam offerre cohabitare in eadem domo, undè propterea instabat pro assignatione appartamenti, cum protestatione, quod per ipsam non stabat. Verùm id mihi non videbatur relevare;
12 Tum quia testator non loquutus est de cohabitatione tantùm in eadem domo, sed de conviventia, & sic de communione vitæ & mensæ, quod incongruum, & absque dubio contra testatoris voluntatem est sequi debere cum mixtura secundi viri; Tum etiam quia, ubi de cohabitatione loquutus esset, intelligendum veniret de formali, non autem de materiali, *ut benè Bald in l. 1. num. 8. Cod. de legatis, ubi etiam Angel. & cæteri per Surd. in alimentis dicto tit. 4. q. 15. num. 6. Adden. ad dictam decis 636. par. 4. tom. 3. num. 119. & sequen.*

* * *
* *

ROMANA
AROMATARIÆ
PRO
AURELIO ANGELINO.

Responsum pro veritate.

Usufructuarius rerum mobilium, quæ usu consumuntur, seù atteruntur & veterascunt, quomodo cavere debeat, an scilicet de restituendis ipsis rebus proùr reperientur, vel de restituendo valore spectato tempore incœpti ususfructus.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De quæstione, ad quid ususfructuarius teneatur in restituendo bona, quæ usu consumuntur.*
3. *De bona distinctione plurium specierum, & bonorum mobilium remissivè.*
4. *Hæres fideicommisso gravatus ad quorum mobilium restitutionem teneatur.*
5. *In taberna seu grege datur ususfructus.*
6. *Vsufructuarius tabernæ gregis, vel corporis universalis ad quid teneatur.*
7. *Vsufructuarius rerum, quæ usu consumuntur, obligatus ad restituendum valorem, an admittatur ad restituendas ipsas res cum suppletione.*
8. *Quid in hac materia deferendum sit observantia.*
9. *Quale tempus attendi debeat in æstimandis bonis, quæ usu consumuntur.*
10. *Quid de usufructu animalium.*

DISC. LIII.

FLavius Riccius in Vrbe Aromatarius, facta æstimatione omnium bonorum medicinalium ac etiam instrumentorum, quæ vulgò *stilia* nuncupari solent ejus apotecæ, societatem iniit cum Aurelio Angelino alias ejus famulo, duraturam ad duos annos, quibus finitis, iterum fieri deberet æstimatio seu bilancium capitalis, quo detracto ad favorem Flavii, lucrum juxta certas ratas inter eos dividi deberet, cum unus poneret bona, alter vero operam.

Hoc medio tempore obiit dictus Flavius scripta hærede Ecclesia Sancti Caroli in via Cursus, usumfructum vero dictæ Aromatariæ reliquit, pro medietate præfato Aurelio, & pro alia medietate Cinthiæ uxori, post quorum mortem, voluit capitale salvum esse, ac spectare ad hæredem, inter quem & legatarios orta est controversia super modo præstandi cautionem, an scilicet præstanda sit de restituendo bona in eo statu, in quo extabunt finito usufructu, vel potius de restituendo æstimationem attento præsenti tempore, unde pro veritate interrogatus.

Respondi in hujusmodi quæstione Doctores nostros mirum in modum variasse, ut constat ex deductis *per Maluas. cons. 110. Castill. de usufructu* 2

2 *cap. 17. Thesaur. decis. 80. Surd. decis. 67. Franch. decis. 641.* ex quibus alios cumulantibus liquet, vix discerni posse, quæ opinio sit verior; Benignam tamen ac rationabilem mihi videri distinctionem *Caccialupi inter consilia Boccini cons. 9. vol. 4.* quam sequutus fuit Senatus Mantuanus *apud Surd. dicta decis. 67.* & ad aliud propositum veram dicit *Cyriac. controv. 16.* ubi satis benè mobilium species distin-
3 guit; Quod aut nempè agitur de mobilibus, quæ statim ex usu consumuntur, neque absque consumptione illorum usus, vel usufructus haberi potest, proùt sunt triticum, vinum, oleum, & similia, & tunc casus est indubitatus, cautionem præstandam esse, non de restituendis ipsismet bonis, sed de æquivalenti, ac solùm cadere potest quæstio, an promittenda sit restitutio in pecunia juxta valorem currentem de tempore inchoati usufructus, vel de restituendo tantumdem in eodem genere, de quo in præsenti agere opus non erat, cùm ad facti speciem non adaptaretur.

Aut agitur de bonis, quæ primo usu non consumuntur, attamen brevi tempore teruntur, ac efficiuntur inutilia, prout sunt vestimenta quotidiana, linteamina, culcitræ, & alia hujusmodi quotidiano usui deservientia, quæ verisimiliter in fine usufructus, vel omninò consumpta, vel adeò attrita reperientur, quod ferè inutilia sint, & tunc procedat opinio volentium præstandam esse cautionem de restituenda æstimatione attento tempore inchoati usufructus, & in hac mobilium specie intrat conclusio in materia fideicommissaria, quod spatio decennii, vel alicujus notabilis temporis juxta bonorum speciem proportionati præsumantur consumpta, itaùt hæres gravatus de ipsis rationem reddere non teneatur, ut *in sua materia sub tit. de fideicommissis.*

Aut agitur de illis mobilibus, quæ tempore quidem & usu teruntur & consumuntur, cùm tempus edax omnia destruat etiam ædificia æternitati dicata, sed non nisi longissimo tempore, ac paulatim & sensim, itaùt potius veterascere quam consumi dicantur, prout sunt vasa aurea, argentea, ænea, & alia hujusmodi mobilia solidæ materiæ, ac etiam supellectilia lania vel serica longam habentia durationem, utputà, aulea, tapeta, vestes scenicæ & similia benè exemplificata *apud Cyriac. dicta controv. 16.* & in istis sufficiet cautio de restituendis ipsis bonis, cùm in vestibus scenicis id expressè in jure expressum habeamus, itaùt usufructus consistere dicatur in illa commoditate utendi hoc medio tempore bonis prædictis; Et hæc distinctio sicut vera & rationabilis visa fuit Senatui Mantuano, *ut apud Surd. dicta decis. 67.* ita etiam placuit *Franco dicta dec. 641.* ubi licèt non referat decisionem S. Consilii, ita tamen concludere videtur, ut observat *Hodiern. ad Surd. loco cit.* ac obiter non discussa tamen materia eam amplecti videtur *Rota in Recanaten. manutentionis 27. Novembris 1645. coram Meltio*, ubi *dicta decisio Surdi approbatur*, eamque dixi mihi videri veriorem, & magis rationabilem juris intentioni, & humano sensui adaptatam, juxta quam judicarem, quamvis *Castill. loco cit.* ex scholasticis potius subtilitatibus, eam acriter impugnet;
4 Eamdemque distinctionem sæpius canonizavit Rota in materia fideicommissaria super jam dicto puncto, quando scilicet hæres gravatus teneatur de mobilibus reddere rationem, ut scilicet post longum tempus non teneatur de illis, quæ ex usu consumpta præsumuntur, teneatur tamen de istis solidæ materiæ & longævæ durationis quamvis senescentiæ subjaceant, ut in specie habetur *in Bonon. fideicommissi de Bolognini 4. Februarij 1654. & 29. Novembris 1655. coram Cerro, & in alijs frequenter.*

Et ex cujus distinctionis ratione obiter observabam, idem quod in proposito dicitur de mobilibus solidæ materiæ, dicendum esse de illis secundæ speciei, proùt sunt linteamina, culcitræ & alia hujusmodi, quoties talis sunt qualitatis, quod juxta consuetudinem non solent quotidiano usui deservire, sed honorificentiæ causa potius conservantur ad rarum usum in solemnioribus temporibus, vel in extraordinariis occurrentiis, quia cum experientia doceat hujusmodi bonorum speciem longè majorem valorem habere, ubi dantur per æstimationem, quàm communiter vendantur, hinc sequeretur quod legatum potius gravamen & damnum, quàm commodum & utilitatem legatario causare posset, ideoque rectè intrat judicis arbitrium pro facti specie & qualitate.

Applicando igitur ad propositam facti speciem, quatenus pertinet ad mobilia consistentia in instrumentis vulgò stiliis nuncupatis, quæ ex ære, ligno vel terra conflata longævæ durationi apta sunt, itaùt in eis potius senescentiæ & alicujus deteriorationis, quàm consumptionis terminus intret, non videtur usufructuarius urgendus, nisi ad cautionem de illis restituendis, proùt sine ipsius culpa reperiri contigerit, attento tempore finiti usufructus, secùs econversò respectu pharmacorum, aliorumque medicinalium, quorum usus absque consumptione haberi non potest, ut juxta supradictam distinctionem ad valorem teneri debeat.

Quam distinctionem clarius in proposito casu recipiendam dicebam ob particulares facti circumstantias, quia non agebatur de usufructu aliquorum certorum bonorum, quæ considerentur tanquam species, sed de Universitate, nempè de taberna quæ consideratur in jure tanquam corpus universale, 5
quod nunquam perit, ad instar gregis in quo etiam datur usufructus *ad textum in l. vetus, & l. quid ergo ff de usufr. cum concordan. per Castill. cap. 27.* quo casu usufructuarius tenetur more prudentis patrisfamilias ipsum corpus universale conservare, nova capita in locum demortuorum vel inutilium sub-
6 rogando, sed non manutenere corpus in eo valore, in quo recepit.

Undè nullatenus in hujusmodi corpore universali intrare potest contraria opinio, ex duplici evidenti ratione, seu ex duplici absurdo aliàs resultante; Primò nempè, quod si aliquod infortunium in dicta taberna incideret ex casu fortuito, damnum juxta dictam contrariam sententiam esset usufructuarii, quod utique omninò vanum est, quia usufructuarius gregis vel similis juris universalis non tenetur reficere casum; Et secundò, quia ubi sumus in casu, quod usufructuarius tenetur cavere de restituenda æstimatione juxta contrariam sententiam, tunc finito usufructu non admittitur usufructuarius ad restituenda ipsa bona cum suppletione diminutionis, neque ad id proprietarius habet actionem, sed ipsum pretium est restituendum juxta opinionem, quàm omninò veriorem dicit *Castill.*
7 *dicto cap. 17. num. 27. & 28. cum seqq.* Et tamen quisque videt, quàm absurdum & voluntati testatoris omninò contrarium sit, quod finito usufructu Cinthia, & Aurelius vel eorum hæredes non deberent admitti ad restituendam ipsam aromatariam, sed teneri debeant ad restituendam æstimationem in pecunia, ut clarè ad sensum.

Verùm,

Verum stante dicta opinionum varietate, ob quam articulus redditur dubius, ac stante etiam dubietate resultante à verbis codicilli, quod capitale
8 ad favorem hæredis conservari debeat, putabam in proposito pro veritatis indagatione recurrendum esse ad observantiam aromatariorum, quando nempe aromatarias aliis locant, seu super eis societatem ineunt cum cum pacto ut capitale salvum esse debeat, ac finita societate, seu locatione in eodem statu restitui, prout continetur *in cap.* 10. societatis initæ inter Flavium testatorem & Aurelium collegiatarium, an scilicet in æstimatione, quæ fit de capitali salvo restituendo, habeatur solum ratio mercium, aromatum, pharmacorum, atque utensilium omnino deficientium, quia nempe distracta, vel culposè consumpta sint, vel habeatur etiam ratio de illa utensilium, seu stilliorum diminutione, quæ ex usu, atque eorum senescentia resultat, ex ista enim observantia videtur, quod tam juris articulus quam testatoris voluntas recte possunt interpretare, & sic quod solum dicti usufructuarii tenerentur eo modo, quo faceret dominus si viveret, subrogari, illa vasa, quæ in dies franguntur, vel consumuntur ac manutenere tabernam, adinstar illius, qui est usufructuarius gregis, prout etiam usufructuarius vineæ tenetur subrogare arbores, & vites, sed non ad aliud.

In eventum verò, in quem tenenda esset opinio, ut cautio præstanda sit de restituenda æstimatione, omnes firmant attendendum esse tempus inchoati usufructus, ut ex allegatis, patet præsertim
9 *apud Castill. d. cap* 17. *num.* 23. Nil obstante, quod testator relationem habeat ad æstimationem factam de tempore initæ societatis, quoniam hoc solum stat enuntiativè ad ostendendum, quale sit capitale, cujus usufructus Aurelio & Cinthiæ relictus fuit, sed non indè inferri potest, quod iuris dispositioni derogare voluerit, atque gravare legatarios ad solvenda seù restituenda bona pro majori pretio quam valeant, hoc enim putabam nullum habere juris vel rationis fundamentum.

Prout neque ex hoc disponendi modo inferri potest, quod voluerit diminutionem utensilium cedere damno usufructuariorum, quoniam disposuit capitale reverti debere liberum ad hæredem, sed non dixit esse debere integrum, ideoque verba testatoris ubi expressè non constat voluisse iuri derogare, intelligenda veniunt iuxtà iuris dispositionem, quia iuris correctio non præsumitur, & qui eam allegat probare debet ex collectis per *Barbos. axiom.* 60. *cum vulgaribus &c.*

ROMANA

VSVSFRVCTVS

PRO

MARIO ALBERITIO.

Responsum pro veritate.

De usufructuario universali hæreditatis, in qua admixta sint bona stabilia & mobilia diversarum specierum, quam cautionem præstare debeat, & quæ bona mobiliaper usufructuarium finito usufructu restituenda sint in ipsa specie, & quæ in pretio seù æstimatione. Et an proprietarius invito usufructuario vendere possit bona, quæ usu non consumuntur, sed atteruntur, ut pretium investiatur, vel econversò, An id fieri vel peti possit per usufructuarium invito proprietario.

SVMMARIVM.

1. *FACti series.*
2. *Vsufructuarius tenetur cavere, neque id per testatorem remitti potest.*
3. *Et an ante cautionem faciat fructus suos.*
4. *Quomodo consulatur quando cavere non potest.*
5. *An citrà usuram proprietarius det usufructuario fructum pecuniarum, & bonorum quæ usu consumuntur.*
6. *An cautio requiratur in stabilibus.*
7. *De specie bonorum quæ perneceßè cum usu consumuntur illicò.*
8. *De altera specie bonorum, quæ licet illicò non consumantur, adhuc sunt de illis quæ usu consumuntur.*
9. *Hæres fideicommisso gravatus ad quorum mobilium restitutionem teneatur.*
10. *De mobilibus datis in dotem quid sit restituendum.*
11. *Quomodo usufructuario in mobilibus, quæ usu consumuntur, poßit esse consultum ne sit in damno.*
12. *Quæ dicantur mobilia solidæ materiæ, quæ usu non consumuntur, & in eis cadit usufructus.*
13. *Quid dicendum sit de animalibus.*
14. *An proprietarius invito usufructuario poßit vendere bona mobilia, vel è contra usufructuarius invito proprietario, ut pretium investiatur.*
15. *In re communi cuius potior sit conditio seù voluntas.*

DISC. LIV.

CArdinalis Farnesius in eius testamento institutis iuxta ordinem intestatæ successionis, 1
æqualiter tribus ex diversis sororibus nepotibus, Marium Albericium unum ex eis qualificatum Prælatum reliquit usufructuarium universalem; Undè propterea orta est extraindicialis dubitatio super cautione per istum præstanda, ac super bonorum restitutione finito usufructu, an scilicet & quæ restituenda essent in ipsa specie, & quæ in æstimatione seu valore, atque desuper ex parte dicti Marii pro veritate consultus.

Respondi quoad obligationem præstandi cautionem in genere de utendo & fruendo arbitrio 2
boni viri, illam esse generaliter & indefinitè necessariam, & de substantia, ità & taliter, quod neque per testatorem remitti valeat, saltem quoad mobilia dissipationi subiecta *ad tex. in l.* 1. C. *de usufr. ubi Bar. & cæteri plenè collecti per Surdum dec.* 109. *num* 3. *Menoch. cons.* 7. *num.* 56. *& seq. & per Rotam dec.* 185. *num. finali par.* 10 *rec.*

Quodque usufructuarius, vel iuxta unam opi- 3
nionem magis rigorosam, etiam non requisitus, ante illius præstationem non faciat fructus suos, atque perceptos restituere teneatur, Indubitanter verò iuxta alteram benigniorem post requisitionem sive ubi hæc habenda est pro facta, itaut non possit ex bona fide vel alio justo motivo excusari, ex iis, quæ antiquioribus allegatis, habentur apud *Surd. decis.* 141. *Capyc. Latr. consult* 112. *Rota decis.* 259.

par. 7. rec. in Pisauren. hæreditatis 3. Decembris 1656. Bevilaqua & in alijs, ac habetur supra *in Forolivien. disc. 48. & alibi hoc tit.*

Adeoque in mobilibus præsertim hujusmodi cautionem necessariam & de forma aliqui credunt, 4 quod ubi illa reddatur impossibilis, usufructuarius privetur commodo legati ex *deductis apud Surd. ubi suprà*, sed per modernos judiciosè ac benè iste rigor temperatus est, ut scilicet tali casu intret judicis officium pro temperamento, quo mediante prædictæ formæ implementum sequatur per æquipollens, atque utrique consultum remaneat, *ut apud Surd. ubi suprà Buratt. dec. 130. n. 5. de Marin. resol. 248. lib. 2*, vendendo scilicèt bona, eorumque pretium investiendo in bona stabilia, seù loca montium, aut census tutos, aliasque fructiferas occasiones; Vel quod idem proprietarius pecunias, aliaque mobilia dissipationi subjecta penes se retineat, & usufructuario respondeat de aliquo honesto fructu.

Idque citrà usuram fieri potest, cum non in- 5 tret ratio mutui voluntarii veri vel interpretativi cum depravata intentione fœnerandi in creditore; & suffocatione in debitore, ex quibus usura damta resultat, quia hujusmodi fructus seu accessiones succedunt loco damnorum & interesse, seu loco illorum fructuum, qui aliàs perciperentur ex investimento, quod ipse proprietarius voluntariè ac pro majori ejus cautela & commoditate vult facere cum seipso juxta ea quæ habentur infrà *in Senen. loc eodem tit. disc. 57.* Atque huic casui rectè congruere videtur dispositio vel ratio textus *in cap per vestras de donat inter virum & uxorem*, de qua in sua materia *sub tit. de usuris*, præsertim *in Firmana disc. primo.* Undè propterea quando dicto usufructuario vel difficile, vel incommodum redderetur dictam cautionem præstare, ità consuli potuisset pro duabus ex tribus partibus cohæredum, cum in tertia portione esset ipsemet proprietarius.

Et hæc quoad mobilia, secùs autem quoad stabilia, quorum respectu, temperato antiquiorum 6 rigore, in praxi admittitur pariter judicis officium, ut sufficiat, vel qualis qualis, vel etiam juratoria cautio, magis in ordine ad culturam & rectam administrationem, quàm ad ipsam bonorum substantiam, cùm omnimodæ dissipationi & peremptioni non subjaceant; Et quoad census & loca montium, in quibus nulla cultura, & administratio concurrere videtur, jam consultum est, quia juxta veriorem sententiam, cum usufructuario extinctio fieri non potest, atque ad tollendas omnes ambiguitates & disputationes, de facili potest esse consultum eum simplici inhibitione, ut à simili habemus in materia fideicommissaria, cæteris allegatis *in Camerinen. fideicommissi coram Dunozetto inter suas dec. 828. num. 10.*

Quoverò ad alteram quæsiti partem, quæ scilicet bona mobilia restituenda essent in ipsis speciebus, itaùt eorum attritio, vel etiam casualis, & non culposa omnimoda peremptio proprietarii periculo cederent, neque ad aliud usufructuarius teneatur, & quæ utpotè usu consumibilia restituenda essent in valore seù æstimatione, attento tempore traditionis, itaùt quodcumque commodum vel incommodum ac periculum exindè sint usufructuarii ità effecti pleni Domini, cum sola obligatione solvendi finito usufructu valorem seù æstimationem, dixi distinguendas esse plures bonorum mobilium vel se moventium species.

Prima est eorum, quorum usus haberi non potest, nisi consumantur, & quæ per necesse dicun- 7 tur de iis quæ servando servari non possunt, totumque commodum consistit in consumptione, sine qua sunt nullius utilitatis, ut sunt frumentum, vinum, oleum, blades, & similia, ac etiam pecunia, & in istis de plano intrat obligatio ad æstimationem seù valorem attento tempore traditionis, *lege 1. & lege si vim ff. de usufr. earum rerum quæ usu consumuntur §. constituitur Instit. de usufructu*, & antiquioribus relatis habetur apud *Cyriac. controv. 16. num. 1. Castill. de usufructu cap. 17. Rot. in Recanaten. manutentionis 27. Novembris 1645. coram Meltio, ubi de frumento & similibus.*

Altera est species illorum mobilium, quæ non illicò & pernecessè, sed paulatim usu consumun- 8 tur, non tamen longam habent durationem, ut sunt linteamina, sudariola, vestes quotidianæ & usuales & similia, & in istis procedit idem, quod in specie præcedenti, quod scilicet dicantur de rebus, quæ usu consumuntur, ut *in eodem §. constituitur Instit. de usufructu cum concordan. per Surd. dec. 67. circa finem*, *Cyriac. dicta controv. 16. num. 2* & habetur satis frequenter firmatum per Rotam & DD. in materia fideicommissaria, an scilicet hæres gravatus teneatur ad hujusmodi bonorum restitutionem necnè, quia ex longo usu intrat præsumptio consumptionis, ac propterea excusatur à restitutione, *ut dec. 530. & 535. part. 5. recent. Otthobon. dec. 47. num 3. Bonon. fideicommissi de Bologninis 4.* 9 *Febr. 1654. & 29. Novembris 1655. Cerro & frequenter.* Undè in dicta materia fideicommissaria quoad hanc speciem melior est conditio hæredis gravati, quàm in prima, cùm de illis teneatur restituere æstimationem, ut in specie de restituendo pretio frumenti, aliorumque fructuum repertorum habetur *in Asculana sub tit. de fideicommissis*, in qua adsunt *decisiones 308. & 344. coram Celso*, de secunda verò specie non tenetur.

Quod etiam habemus in materia dotali, quia si dantur in dotem frumentum, vinum, oleum, & similia, vir tenetur, vel juxta unam opinionem so- 10 luto matrimonio restituere tantumdem in eodem genere; quod nunquam perit, vel juxta alteram ad valorem de tempore traditionis *ex deductis per Marant. in tract. de multipl. alien. num. 62. & consil. 139. Castill. de usufruct. cap. 4. num. 14.* De altera verò specie hujusmodi supellectilium & mobilium usualium, quæ sub acconcii seù corredi nomine dari solent, nisi data sint æstimata vera æstimatione faciente emptionem & venditionem, non tenetur de consumptione vel attritione, nisi in casu culpæ positivæ, vel nisi vendidisset, quia tunc tenetur ad pretium exindè perceptum, *Vrsill. ad Afflict. dec. 270. in fine*, *Rota decis. 266. num. 1. part. 10. recent.*

Non sic est in usufructuario, in quo non admittitur hæc excusatio, sed ob regulam genera- 11 lem rerum, quæ usu consumuntur, tenetur cavere de restituendo valorem seù æstimationem ex allegatis juribus; Et licèt in ratione dubitandi videretur id redundare posse in damnum magis quàm in beneficium usufructuarii, cui potiùs expediret non habuisse legatum, ob plures casus qui contingere possunt; Nihilominus facilis est responsio, quod huic inconvenienti ab initio occurri potest, curando hujusmodi bona vendi, pro quanti tunc ser. ser. bona fide vendi possunt, atque ita reduci usus-fructus ad pecuniam investiendam in occasiones fructiferas, seù aliàs trasicandam ut supra.

Tertia

Tertia est species illorum bonorum, quæ cum longo usu atteruntur in parte ac senescunt, & successivè minuuntur de valore, non tamen omninò 12
consumuntur, ut sunt vasa aurea, argentea, & ænea, tabulæ, aulea, vestes scenicæ, & similia longævam habentia durationem, & quæ per DD. dicuntur mobilia solidæ materiæ, itaùt juxta prudentis patrisfamilias usum, non ita omninò ac brevi consumantur, & in istis usufructuarius cavere tenetur de restitutione in ipsa specie, quamvis per intermedium usum aliquam recipiant attritionem, ac valoris diminutionem *ad text. in l. sed si quid prima §. vestimentorum ff. de usufructu gloss. in dicto §. constituitur cum concordan. per Surd. dicta decis. 67. circa finem, Castill. de usufructu dicto cap. 17. Cyriac. dicta controv. 16. num. 3* & habemus frequenter firmatum per Rotam in dicta materia fideicommissaria, præsertim *in supra allegatis Bononien. de Bolognini 4. Febr. 1654. & 29 Novembris 1655. Cerro*, quod scilicet à regula excusante hæredem gravatum à restitutione mobilium, quæ ex longo usu consumpta præsumuntur, excipiuntur hujusmodi mobilia solidæ materiæ, & longævæ durationis.

Quarta est species semoventium, ex usu pariter consumptionem vel attritionem recipienti- 13
um, ut sunt animalia: Et ista species subdistinguitur in res; Una est, quando constituunt gregem seù universitatem, & tunc planum est ex juribus litteralibus collectis *per Castill. de usufructu cap. 27.* usufructuarium teneri solum cavere de utendo & fruendo arbitrio boni viri, & de restituendo ipso grege seù ipsa universitate, cum obligatione subrogandi ex fœtibus nova capita in locum deficientium, eodem modo, quo in stabilibus arbores vel vites subrogare tenetur, ac propterea non tenetur de casu; Altera species est illorum animalium, quæ sunt in fundo tanquam illius instrumenta, & tunc vadunt cum fundo, ejusque jure regulantur, ac propterea usufructus consistit in ipsa specie restituenda, cum sola obligatione sufficiendi vel subrogandi ut suprà, tanquam per speciem expensarum, quæ necessariæ sunt in ipsius fundi refectione seù manutentione, ut restituat in eo statu, in quo recepit, nisi casus fortuiti excusatio contingat, ex deductis *per Castill. eodem cap. 27.* cùm hæc videantur plana.

Difficultas igitur in hac facti specie residebat in ea tertia specie animalium, quæ neque gregem constituunt, neque sunt instrumenta fundi, sed absque superfœtatione considerantur deperse, ut erant plures equi & muli pro usu curruum seù rhedarum; Et in hoc discordabamus Ego & cæteri desuper consulti; Alii enim procedebant indefinitè cum propositione posita *per Castill. dicto cap. 27. num. 14. & 15.* ut usufructuarius non teneatur nisi ad ipsamet animalia restituenda, quatenùs supersint, non autem ad ea, quæ propter usum seù ex alio casu citrà ejus culpam periissent; Diversa verò erat mea sententia, dicebam siquidem dictam propositionem esse veram rectè; procedere in suo casu, quando scilicet testator specialiter ac nominatim de ipsis animalibus usum seù usumfructum relinquat, quoniam tunc rectè cogitare potest casum consumptionis seù peremptionis in hac bonorum specie de sui natura & propter usum contingibilem, atq; in his terminis procedunt jura allegata *per Castill. ubi suprà*, dum testator voluit legatarium habere debere usum vel usumfructum ipsorum animalium, non autem valoris, & sic ratione voluntatis testatoris, qui ad usufructuarii commodum cedere voluit id quod superesset; Dubitabam verò de applicatione ad casum nostrum, in quo ista ratio voluntatis testatoris non militabat, dum agebatur de usufructu universali, & totius hæreditatis in genere, sub qua accessoriè & consecutivè tanquam partes, & membra universitatis hæc animalia veniebant; Ideoq; cessante dicta speciali ratione, credebam hanc speciem bonorum regulandam esse juxta secundam suprà exemplificatam linteaminum & aliorum supellectilium brevis durationis, in quibus econversò dicebam idem dicendum esse in casu specialis dispositionis, quia scilicet testator alicui ad ejus vitam hujusmodi supellectilium usum vel usumfructum relinquat in specie, cum eadem adamussim ratio intret; & hæc erat mea sententia, nam aliàs regulando vitam legatarii juxta illam verisimilitudinem, quæ taxata habetur *per text. in l. hæreditatum ff. ad leg. falcid.* ità in hac bonorum specie, vel in toto, vel pro majori parte, potiùs proprietarius quàm usufructuarius censendus esset, atq; ità de consequenti esset hæres inæqualiter cum aliis, ac in majori parte proprietatis, quod testator noluit.

Demùm quæsitum fuit, an quoad tertiam speciem suprà exemplificatam mobilium, quæ usu non consumuntur, sed atteruntur, posset proprietarius 14
invito usufructuario prætendere, quod venderentur, ut ita pretio investito, salva remaneret substantia sortis principalis, cujus fructibus legatarius potiretur, vel econversò id fieri posset per usufructuarium invito proprietario; In utroque, loquendo simpliciter & in abstracto dixi veriorem videri negativam, quoniam proprietarius non prohibetur vendere proprietatem, quando venditio vel translatio in alium non præjudicat usufructuario, nihilq; istius interest, quia nempè per venditionem impediatur in usufructus non perceptione, secùs autem econversò ex deductis per *Castill. de usufr. c. 34. n. 8. cum sequen. cum aliis in Romana seù Albanen. hoc eodem tit. disc. 65.* Ideoque dum testator reliquit usumfructum bonorum, non debet legatarius cogi habere rem pro re; Et econtrà cùm dominium bonorum residet penès proprietarium, non potest iste cogi invitus ad vendendum bona sua ad regulam *textus in l. nec invitum Cod. de contrahen. empt. & l. nec emere Cod. de jure deliberan.*

Verùm quia usufructuarius erat etiam hæres in proprietate pro tertia parte, idcircò quando ipse voluisset ad hujusmodi venditionem procedere, alii verò cohæredes recusassent, mea sententia erat, quod distinguenda essent bona commodam divisionem patientia, ab iis, quæ commodè inter eos dividi non possent, ut in prima specie procederet dicta regula negativa, solùmque huic cohæredi competeret actio provocandi ad divisionem, ut ità divisis portionibus, de bonis cadentibus sub portione propria pro libito disponeret, quoverò ad alia cadentia sub portionibus cohæredum nolentium venditionem, caveret de iis restituendis ut suprà; Respectu verò individuorum, seù non commodè divisibilium, ejus judicio potiùs deferendum esset, ex regula, quod in individuis pro communi possessis potior sit conditio illius, qui gerere velit actum magis prudentem, ac omnibus pariformiter utilem, ex iis, quæ in proposito quæstionis domus non recipientis commodam divisionem, quæ à pluribus pro communi possideatur, habetur cæteris collectis per *Gomez. lib. 2. var. cap. 3. de locat. num. 14. Menoch. de arbitr. casu 442. Rouit. pragm. 1. de locat. numer. 29. Rot. dec. 692. num. 3. par. 1. rec. Bichalor. de fratribus, p. 3. cap. 36. ubi cæteri.*

ROMA-

ROMANA
DE PIZZATTIS
PRO
PIZZATTIS.

Responsum pro veritate.

Relicto usufructu hæredi pro medietate, & pro alia medietate extraneo; An ob hæredis incapacitatem habendi legatum totus usufructus accrescat legatario. Et quando de legato usufructus alteri relicto participet hæres.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *An in legato usufructus intret jus accrescendi.*
3. *An totum jus patronatus accrescat legatario, vel etiam debeatur hæredi, & quo titulo.*
4. *De legato usufructus alicui simpliciter relicto, an, & quando hæres participet.*

DISC. LV.

1 ANnibal instituta hærede Anna unica filia, usufructuariam universalem reliquit Martiam uxorem unà cum eadem Anna, & huic substituit Franciscum fratrem, & Laurentium nepotem. Cùm autem per mortem Annæ factus esset casus substitutionis ad favorem prædictorum, inter istos & Martiam super pluribus orta est quæstio, & præsertim super usufructu, an scilicet debeatur integer Martiæ, vel de eo aliquam participationem dicti substituti habere deberent, stante præsupposito ex facti circumstantiis jam constituto, dictum legatum ususfructus ad uxoris favorem relictum non resolvi in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, sed importare verum usumfructum formalem ex iis, quæ in eadem materia habentur *in Firmana usufructus & in aliis hoc tit.*

Pro veritate igitur interrogatus; Dixi non intrare in proposita facti specie quæstionem juris accrescendi, quæ uno ex legatariis deficiente cadere
2 solet in legato ususfructus, cujus peculiaris natura est, ut contra regulam generalem, etiam post quæsitum emolumentum intret jus accrescendi, quia cũ Anna esset unica hæres universalis, non poterat esse legataria, cùm legatum à seipso præstari non possit, undè propterea potiùs intrabat quæstio, an stante dicta incompatibilitate, ususfructus per viam juris non decrescendi integer ab initio Martiæ quæsitus esset, vel potiùs dispositio censeretur de sola medietate, altera remanente penes hæredem jure hæreditario, & consolidationis tanquam ususfructus causalis, perindè ac si de eo dispositum non esset, itaùt mors vel vita dictæ hæredis nihil in proposito alteraret.

In hac igitur quæstione quamvis *Bart. in l. hujusmodi §. si Titio ff. de leg. 1. num. 2.* sentiat ad legatarium solam medietatem pertinere, altera medietate jure non abdicationis, seù dispositionis habendæ pro non factæ remanente penes hæredem, *& Bart.* sequantur *Florian., Angel., & cateri antiquiores relati per Surd. de alim. tit. 2. quæst. 15. num. 216. Bellon. de jure accrescen. cap. 7. quæst. 29. num. 95. moti per text. in l. si quis Actio 8. ff. de usufr. accrescen.* Contraria tamen sententia videtur magis communis & recepta, quam firmant *Ias. in d. §. si Titio num. 16. Ruin. cons. 39. num. 7. & 8. vol. 2.* satis in specie *Menoch. cons. 627. num 4. & cæteri per Bellon. dicto cap. 7. quæst. 29. ex num. 37. & num. 100 cum seqq. Surd. ubi supra de alim. tit. 2. quæst. 15. num. 214. & seqq.*, qui hanc dicunt veriorem per *text. in l. planè 34. §. si duobus ff. de legat. 1.* ubi claris verbis deciditur, quod si fiat ejusdem rei legatum extraneo & hæredi, quia quoad hæredem ratione incompatibilitatis initio non consistit, totum debetur collegatario.

Cæterùm quamvis abstractè de hujusmodi quæstione agendo, admittendum veniret hanc secundam opinionem esse magis communem, & fortè in puncto juris etiam veriorem; Nihilominus in proposita facti specie dicebam ad Martiam, solam medietatem juxta testatoris judicium spectare; Vel quia primam opinionem sæpiùs Rota Romana sequuta fuit, præsertim *decis. 329. par. 10. & 37. par. 11. rec. in Cæsenaten. hæreditatis 20. Novembr. 1652. & 16. Martij 1654 coram Peutingerio in Bonon. fideicommissi de Anselmis 26. Iunij 1658. & 16. Iunij 1659. coram Celso inter suos dec. 269. & 298. in Faventina usufructus 20. Iunij 1664. Verospio*, ac in aliis, in quibus ista communicatio, & æqualis participatio inter hæredem & legatarium admissa fuit, eò quia dictam participationem hæres non à seipso, sed à legatario percipiat; Vel quia eam consequi debeat ratione participationis ex ita declarata voluntate testatoris competente hæredi.

Ubi etenim legatario tantùm simpliciter ususfructus relinquitur, controversum est in jure, an
4 hæres universalis cum eodem legatario ad dictum usumfructũ concurrat, ac de eo participare debeat, & affirmativam tenent *Bald: in l. fin. Cod: de indict: viduit: tollen: num: 9, quem sequuntur Ruin: cons. 35, ad fin: lib: 2, Riminald: jun: cons. 633 & alij relati per Castill. de usufr: quæst: 47, num: 17, dec. 579, num: 6, part: 5, rec. Add. ad dec: 636, num: 4, part: 4, rec: tom: 3.*

Et licèt reprobata hac opinione *Baldi* contrarium apud scribentes, & in foro magis receptum videatur ex deductis *per Castill: ubi suprà dicta dec. 579, num: 8, par: 5, & Add: ad dictam decis 636, num: 5, par: 4. tom: 3, in Pisauren: hæreditatis 3 Decembris 1656. coram Bevilaqua, & in aliis*, attamen concors est omnium sententia, ab hac secunda opinione legatario favorabili recedendum esse, quoties per præsumptiones & conjecturas constat de voluntate testatoris, ut hæres universalis faciat partem, & participet etiam de usufructu, *ut per Castill: & omnes ubi suprà*, adeoùt per solam institutionem hæredis factam pleno jure, seù cum aliis verbis & clausulis generalitatem importantibus hujusmodi voluntatis conjectura deduci soleat *Alex: cons. 56, num: 1, vol. 3. Natta cons. 292, num: 2, Rota decis. 30, num: 6, par: 3 recent: dicta Pisaur: hæreditatis 3, Decembris 1656. Bevilaqua, & in aliis per Add. ad dictam decis. 636, par: 4, tom: 3, num: 7, & seqq.* Undè cùm in proposito haberetur institutio concepta per hujusmodi verba universalia; Et ulterius expressè declarata voluntas testatoris, ut ususfructus tam hæredis quàm legatariæ esse deberet, clarum dicebam ad Martiam non spectare, nisi solam medietatem, aliam verò ad hæredem, & successivè ad substitutos jure participationis, ut suprà, ideòque sive ex una, sive ex altera ratione, spectato tantùm effectu, ad quem in foro est respiciendum pro hærede respondi, & hanc dixi mihi videri veritatem, atque de eodem puncto habentur aliqua in *Forolivien. usufructus disc. 48.*

RECA-

RECANATEN.

HÆREDITATIS

INTER

HÆREDES CINTHIÆ, &c.

ET

HÆREDES MANILI, &c.

Responsum pro veritate.

Usufructuarius, cui restitutæ fuerunt sortes censuum; An teneatur easdem reinvestire in alios census, itaùt sequuta resolutione usufructus, proprietarius contra ipsum vel ejus hæredem actionem habeat ad damna & interesse ob investimentum non factum.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Vsufructuarius tenetur benè & diligenter administrare, alias tenetur ad interesse, & num. 11.*
3. *Tutor non investiens pecuniam pupillarem tenetur ad interesse.*
4. *Vsufructuarius assimilatur hæredi gravato.*
5. *Gravatus tenetur investire pecuniam hæreditariam, contrarium num. 9.*
6. *Quando obligatio consistit in faciendo, non desiderantur requisita* Castrens. *ad damna & interesse.*
7. *Vsufructuarius non tenetur investire pecuniam.*
8. *Quando sit locus investimento.*
9. *Rejicitur conclusio, de qua num 9.*
10. *Quando gravatus teneatur præstare cautionem.*
11. *Declaratur conclusio, de qua num. 2.*
12. *Vsufructuarius non potest extinguere censum, & quid inde sequatur, & num 14.*
13. *Vxore instituta in usufructu, eique dato alio substituto post mortem, an hic sit hæres ab initio, uxor vero legataria, vel potiùs ipsa sit hæres.*
14. *Declaratur conclusio, de qua num. 12.*

DISC. LVI.

1 CUM Cinthia hæres usufructuaria Manilii viri nonnullas pecuniarum summas à debitoribus censuarius pro censuum extinctione in sorte recepisset in ejus usus erogatas, facto casu consolidationis dicti usufructus cum proprietate, per dictæ Cinthiæ mortem, inter quamplures controversias habitas inter ejus hæredes ac proprietarios, super quibus me tamen non scribente, neque adhuc in Curia existente, nonnullæ prodierunt decisiones *Rotæ coram Cerro & Mellio*, illa demum excitata fuit damnorum & interesse, quæ prætendebantur per proprietarios ob non investitas sortes principales nonnullorum censuum hæreditariorum cum ipsa
2 extinctorum; Quare desuper pro veritate consultus (incertum tamen est ex cujus parte) Dicebam primo aspectu ad proprietariorum favorem respondendum videri, quoniam usufructuarius tenetur uti frui re legata arbitrio boni viri, & salva rei substantia, circa quam gerere se debet more diligentis patris familias, itaut tutori assimilari videatur *explenè collectis per Castill. hoc tract c. 20 num. 4 & seq.* unde quemadmodum tutor retinens pecuniam otiosam
3 eamque non investiens in bona stabilia vel alias tutas & licitas occasiones fructiferas, tenetur ad damna & interesse, consistentia nedum in refectione periculi quod ipsis pecuniis contigisset sed etiam in fructibus quiex investimento percipi potuissent *ad text. an aubt. novissimè Cod de administr. tutor. cum ibi notatis Magon dec. Flor. 1. Leotar. de usur. q. 20 num 8. cum seq. ubi de declarationibus & apud Sperell dec. 90. Rot in Romana pecuniaria 28 Ianuarij 1636 coram Panzirolo*; Et in patre legitimo filiæ administratore habetur *in Romana pecuniaria de Matthæis 5 Iunij 1665. coram Albergato de qua causa habetur forte actum sub tit. de dote, vel sub altero de usu.* ita in præsenti.

Secundò quia usufructuarius assimilari videtur hæredi gravato, seu fideicommissario, ut in specie
4 hanc assimilationem seu argumentum ab uno ad alterum habemus *in Romana fideicommissi de Guidottis 24. Ianuarii 1648. coram Arguelles*; Quinimo majus est jus gravati quam usufructuarii, quoniam ille interim juxta veriorem opinionem à Rota & Curia receptam dicitur habere dominium quamvis resolubile, atque cum eo, quoties non adest inhibitio, sine dubio fieri potest censuum extinctio quod non procedit in usufructuario, ut infra, & tamen in hærede gravato habemus, quod tenetur reinvestire
5 pretium ex censuum hæreditariorum extinctione receptum, *ut dec. 469 post Cenc. de cens. idem Cenc q. 109 post num. 60.* qui proinde infert, quod non facto investimento, succedit obligatio ad interesse, pro quo necessaria non sunt consueta requisita lucri cessantis posita *per Paul. de Castr. in l. 3 ff de eo, quod certo loco*, quoniam ea procedunt, ubi obligatio consistit in dando, unde interesse petatur à debitore moroso ob sui debiti solutionem in tempore non fa-
6 ctam, secus autem ubi consistit in faciendo, ex deductis *per Cenc. ubi supra, Gratian discept. 240 num. 35. dec. 275 num. 2. post Zacch de oblig. in dicta Romana pecuniaria de Matthæis 15. Iunii 1665 Albergato, & frequenter in sua materia sub tit. de usuris.*

His tamen non obstantibus, contrarium respondi probabiliùs videri, quoniam extincto censu per actum retrosimilem restitutionis sortis, ista non remanet ampliùs talis, sed solùm simplex pecunia, de qua sicuti de aliis rebus, quæ usu consumuntur, tenetur solùm usufructuarius unito usufructu ad restitutionem, pro cujus assecuratione cautionem præstat §. *constituuntur Instit de usu-*
7 *fructu l. 1. & toto tit. ff. & Cod de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur. l. uxori usumfructum 24. ff. de usufructu legato*, ubi in specie de pecunia *Cenc. de Cens dicta quæst: 109 num. 68 & 70 Rota apud eumdem decis. 294. num. 4. & 6* cum aliis generaliter deductis *per Castill cap 53 Alograd. cons. 90. num. 4. & per tot. lib. 1.* Obligatio enim investiendi
8 pecuniam seù pretium rerum mobilium in stabilia vel census, aut loca montium non reperitur in jure, sed benè apud modernos pro cautela ejusdem usufructuarii, quoties hic præstare non potest idoneam cautionem omninò necessariam, ita ex judicio ei consulendo eum hoc temperamento, ne alias ob cautionis impossibilitatem legatum sibi inutile redderetur *ex deductis per Surd. dec. 141. de Marin resol. 148. lib. 2. Buratt. dec. 130. num 5. cum aliis disc. 54.*

Quod,

Quod retorquendo secundum motivum in ratione dubitandi superius deductum, habemus etiam in hærede gravato, in quo quicquid inconsideratè dicat *Cenc. dicta q. 109 post num. 60.* motus auctoritate *decis. 469. num. 10. post eumdem*, ubi id non firmatur, sed solùm ad alium finem enunciatur, illius facti particularibus circumstantiis ità præbentibus, omninò verius ac receptum est, ex satis frequenter deductis in sua materia *sub tit. de fideicommissu*, hæredem gravatum non teneri ad investiendam pecuniam repertam in hæreditate, seù obvenientem ex nominibus debitorum ac pretio frugum aliorumque mobilium, seu etiam ex restitutionibus censuum, quinimò si de facto hujusmodi investimenta faciat, illa sunt propria ad ejus hæredes transitoria, cum sola obligatione restituendi pecuniam ad ejus manus obventam, nisi expressè investimentum fiat nomine hæreditatis, vel accedat præceptum testatoris, ut *in Rossanen. coram Cerro dec. 308. par. 11, rec. & aliàs quotidiè*; Solumque idem gravatus cogi potest respectu pecuniarum & mobilium ad cautionem generaliter in jure demandatam, quæ tamen respectu stabilium in desuetudinem abiit, ut in *Camerinen. fideicommissi coram Dunozetto inter suas dec. 828.* & pluries in dicta materia sub tit. *de fideicommissu.*

Altera verò dubitandi ratio super obligatione usufructuarii ad custodiam & conservationem bonorum more diligentis patris familias, est vera in casu suo sed cessat ejus applicatio, cum percutiat ipsorum bonorum substantiam, & proprietatis conservationem, non impediat verò pecuniarum & mobilium usum pro libito usufructuarii ejus jure durante, quoties circa proprietatem consultum est, ut suprà.

Major dubitandi ratio videbatur altera, quod iuxta veriorem opinionem de qua in sua materia *sub tit. de Censibus*, ac etiam aliqualiter in *Senen. hoc eod. tit. disc. seq.* usufructuarius absque consensu proprietarii expresso, vel in casu denegationis per judicem suppleto, non potest census extinguere, undè propterea facto casu consolidationis ususfructus cum proprietate, integrum esset proprietario molestare debitores censuarios pro censibus ob nullitatem extinctionis, adhuc vivis & durantibus; Econversò debitores pulsati agere possent contra usufructuarium ad damna & interesse actione de dolo, dum fecit actum, quem facere non poterat, & consequenter remoto inani circuitu, dicendum videtur dicta damna & interesse intrare ad favorem proprietarii ut in casu converso ponderatur *in dicta Senen. disc seq.*

Verùm difficultas pro meo judicio tolli videbatur ex facti qualitate, quoniam testator hæredem usufructuarium instituerat uxorem, post cujus mortem instituerat eos, qui proprietariorum personam gerebant, cum plena facultate eidem uxori tributa, itaut juxtà unam opinionem prætendi posset usumfructum esse potius causalem, dictamque mulierem esse potius hæredem gravatam restituere post mortem; Et licèt præsertim apud modernos magis communis & recepta sit contraria opinio, ut scil cèt vocati post mortem uxoris, censeantur hæredes ab initio, ipsa verò remaneat simplex legataria ususfructus, *ut apud Merlin decis. 505.* aliàs *22. par. 6. rec. Bellon. jun. de Iur. accresc cap. 7, q. 16. ex num. 92.* ubi latè & ex professo quæstionem disputat ad partes *Capyc. Latr. consult. 114: Marcian. jun. disputat. 99. dec 24. post Paitell. cum alijs in Imolen. prædij sub tit. de detractionibus vel sub altero de fideicommissis*, nisi conjecturæ concurrant diversæ voluntatis, quas latè expendit *Bellon. jun. ubi suprà*; Nihilominus hæc circumstantia excusatum reddere videtur debitorem extinguentem cum tali usufructuario, quem potius justè & bona fide credere potuit hæredem gravatum, cum quo non dubitatur cessante inhibitione extinctionem fieri posse, unde propterea ità cessat ratio dicti circuitus, & ex hac circumstantia præsertim motus fui ad id respondendum pro hæredibus usufructuariis, quamvis ob restitutas facti notulas requirentibus, incertum maneat, an per unam vel alteram partem fuerim requisitus.

SENEN.

PRO

TULLIA DE MARTINIS

CVM

OLIMPIA DE PTHOLOMEIS

Responsum in causa extrà Curiam.

Onus solvendi debita & onera hæreditaria an spectet ad proprietarium vel ad usufructuarium; Et quando hic dicatur universalis vel particularis.

Extinctio census an fieri possit per proprietarium sine usufructuario; Et quatenùs fiat an valeat conventio, per quam proprietarius pro pecunia in eum obventa ex restitutione sortis solvat usufructuario fructus seù usuras.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Si proprietarius extinguit censum, tenetur solvere usufructuario usuras ad eamdem rationem quam census fructabat.*
3. *Damna & interesse taxantur ad eamdem rationem quam importarent fructus.*
4. *Doctrina punctualis attendenda est in decidendo.*
5. *De quæstione an extinctio census fieri debeat cum usufructuario vel cum proprietario, referuntur plures opiniones.*
6. *Expenduntur dictæ opiniones, & quando respectivè omnes sint veræ, & quæ tenenda sit.*
7. *De ratione ob quam proprietarius recipiendo sortem tenetur usufructuario ad fructus.*
8. *Actus dicitur necessarius licet voluntariè geratur, si ad id cogi poterat.*
9. *De cautione earum rerum quæ usu consumuntur præstanda per usufructuarium, & de cautelis ubi ista cautio præstari non potest.*
10. *Æris alieni solutio ad quem spectet, an ad proprietarium vel usufructuarium.*
11. *Vsufructuarius habens latiorem usumfructum potest illum agnoscere minorem ac diminutum.*
12. *An usufructuarius universalis per novam conventionem efficiatur particularis.*

DISC. LVII

1 AVrelius de Ptholomeis instituto hærede Alphonso agnato; Tulliam uxorem usufructuariam universalem sub conditione viduitatis reliquit, eaque cogitante de transitu ad secunda vota, deventum est cum hærede ad concordiam, per quam renunciavit juri usufructus super quodam prædio, obtenta remissione conditionis viduitatis; Cumque post dictæ Tulliæ transitum ad secunda vota hæres proprietarius recepisset sortem pro extinctione cujusdam census hæreditarij, sequuta postmodum ipsius morte, ejus hærodis adhuc pupilli tutor occasione solidationis computorum cum dicta Tullia super restitutione dotis, alijsque differentijs, conuenit de solvendo eidem durante usufructu usuras ad rationem quinque pro centenario pro scutis 600. habitis ex causa extinctionis dicti census, qui ad eamdem rationem constitutus erat; Pupillo autem facto majore hujusmodi conventionem impugnante, atque lite desuper introducta in Rota Senensi, plura erant hujus controversiæ capita, præsertim verò, quatenus ad hanc materiam pertinet, duo; Primo scilicet circa solutionem cujusdam residui dotis à dicto tutore factam, quasi quod dictum onus hæreditarium de jure ad eamdem Tulliam tanquam usufructuariam magis spectaret, fortius verò ob dispositionem Statuti Senen. *distinctione secunda cap.* 167. per quod inducitur incompatibilitas repetitionis dotis & usufructus bonorum viri; Et secundò, quod pro dicta pecunia retracta ex necessaria extinctione census, quæ recusari non poterat, usuraria esset accessionum conventio; Super quibus & alijs ex parte Tulliæ requisitus ad scribendum tanquam Advocatus & ad causæ oportunitatem.

Quatenus pertinet ad hanc secundam inspectionem, seu controversiæ caput, an scilicet usufructuarius licitè obtineat, vel petat à proprietario, non probatis requisitis lucri cessantis vel damni emergentis, usuras seu accessiones pro pecunia in proprietarium obventa ex causa extinctionis census hæreditarij; Dicebā scribens pro eadē Tullia casum in puncto ad ejus favorem determinari *apud Cenc. de cens. q.* 109. *num.* 75. *&* 76. ubi in specie firmat
2 proprietarium teneri præstare usufructuario pro hujusmodi pecunijs fructus seu usuras loco damnorum & interesse ad eamdem rationem, quam idem census fructabat, & cum *Cencio* pertranseunt *Duard. eod. tract. par.* 2. §. 8. *q.* 9. *num. finali. & Salgad. in labyrint. par.* 1. *cap.* 27. *num.* 16. quam propositionem *Duard.* restringendam solum putat, quatenus constaret usufructuario tanti non interesse, quasi quod in illo excessu ultra id quod interest, adesset usura tanquam in accessione pro credito pecuniario, de qua tamen moderativa circumstantia in facto non constabat, eaque in dubio non præsumitur, quia regulariter damna & interesse debita pro pecunia, quæ investita erat in censu, taxanda veniunt ad eamdem rationem, ad quam ipse census constitutus erat ex deductis *per Greg. & Adden. dec.* 156. *n.* 8. *cum seqq. Cavaler. dec.* 210. *Cenc. de cens. q.* 19. & passim, cum sit propositio in foro
3 frequens & recepta.

Quamvis autem, attentis præsertim nostri sæculi moribus absque necessitate indagandi rationem, dicta doctrina punctualis solum ad causæ decisionem sufficere videtur ex propositione quod doctrina punctualis absque contradictore in decidendo attendi debet pro casu legis *Marta voto* 6. *num.* 7. *Franch. dec.* 363. *num.* 4. *Rot. dec.* 122. *in fin. par.* 5. *rec. & dec.* 721. *num.* 5. *par.* 2. *cum alijs per add. ad dec.* 20. *num.* 42. *par.* 3. *rec.* Nihilominus, cum hunc mere pragmaticum stylum captivandi intellectum in solum obsequium doctrinarum, & ex eo quod Titius & Sempronius ita dicant, genium perpetuo abhorruerit; Idcirco examinando etiam dictam doctrinam per rationes & principia.

Disputant moderni, (cum apud antiquiores istæ materiæ ignotæ videantur) cum quo census extinctio fieri possit vel debeat, si ad unum proprietas ad alterum verò usufructus pertineat, atque variæ sunt sententiæ; Plerique enim, præsertim Hispani relati *per Cenc. q.* 109. *n.* 64. cum quibus concurrit *Giurb. decis.* 57. *n.* 14. credunt cum usufructuario hujusmodi actum explicandum esse; Alij verò nempe *Gratian. Intrigliol.* & cæteri relati *per eumd. Cenc. num.* 65. credunt id spectare ad proprietarium, reprobata cum auctoritate Rotæ opinione præcedenti, Ipse verò *Cencius* ex sensu *Follerii & Rotæ* cautius credit cum utroque actum explicandum esse, & cum hac distinctione relatis eisdem collectis *à Cencio ubi supra* procedit *Salgad. in labyrint. par.* 1. *cap.* 27. *num.* 5. ubi agit, quinam debeant vocari ad judicium concursus,

Ista tertia opinio, quoties agitur, ut in hac facti specie, de voluntaria redemptione facienda per debitorem ab invito creditore juxta formam Constitutionis Pianæ, omnino verior ac in praxi recepta videtur, cum isto casu cessent illæ rationes, ex quibus non improbabiliter in casu suo Hispani & alij credunt fieri posse ac debere cum solo usufructuario, postquam præstita cautione, alijsque servatis servandis, jam est usufructus possessor; Siquidem duo casus in proposito considerandi sunt, Vnus est quando contractus censualis absque necessitate servandi formam à Piana Constitutione præscriptam rescinditur ipso jure, atque fors efficitur simplex creditum pecuniarium repetibile, ut de stylo inconcusso Tribunalium receptum est in Regno Neapolitano in casu decoctionis debitoris, sive quod super ejus bonis efformatur concursus ex deductis per *Rouit. in prag. prima de cessione bonorum*, aliosque Regnicolas passim, quod etiam in Tribunalibus Hispaniæ in casu concursus magis receptum est ex deductis per *Salgad. ubi supra & sparsim in eo tractatu*; Et isto casu, aut legati usufructus formalis traditio ab hærede proprietario jam sequuta est, & probabilis videtur prima opinio, quod hic actus ad solum usufructuarium pertineat absque necessitate interventus proprietarij, ex ea ratione, quod non agitur amplius de censu retrovendendo, sed eo jam juris ministerio resoluto, agitur de simplici credito pecuniario, cujus exactio ad usufructuarium pertinet tanquam habentem mandatum à jure per procuratorem in rem propriam *ut firmant Surdus, Giurba, Mantica, Gratianus, Rodriquez & cæteri collecti per Salgad. dicto cap.* 27. *num. primo &* 2. ubi dicit indubitabile, quodque solum proprietarius volens comparere, possit audiri pro ejus interesse idoneæ cautionis præstandæ per usufructuarium de restituenda sorte finito usufructu; sed hæc cautio isto casu jam præsupponenda est præcedenter præstita in traditione legati, quam hæres sine illa facere non tenetur, nisi loco cautionis in sensibus, non nominibus debitorum sequestri, seu inhibitionis cautela adhibita esset.

In

In casu autem, quo usufructuario non petente, vel cautionem necessariam non præstante, legati traditio adhuc sequuta non esset, & tunc probabilis videtur altera opinio, hujusmodi actum cum solo proprietario explicare posse, quoniam usufructuarius non est possessor, neque formatum jus reale habet, dum, vel non agnoscendo, vel non præstando cautionem potest non habere, ideoque in eo statu totum ac plenum jus residet penes proprietarium, solumque, juxta præcedentem casum conversum habebit jus comparendi, & se opponendi, ne pecunia liberetur proprietario ipso inaudito, & sine debitis cautionibus pro ejus interesse.

Vbi verò agitur de altero casu mere voluntariæ redemptionis, quam debitor ab invito creditore facere velit, & tunc retento dicto præsupposito, quod legati traditio jam sequuta sit, atque usufructuarius sit possessor ususfructus, omninò verior est tertia opinio exigens copulativum concursum utriusque, proprietarij scilicet, & usufructuarij, quoniam dissolutio contractus facienda est per actũ retrosimilem, & cum retrocessione omnium directorum & utilium jurium, liberando debitorem ac fundum censitum tam in sorte quam in fructu, quæ omnia per unum siue altero fieri non possunt, quoniam usufructuarius recipendo sortem, ac liberando debitorem ab ipso jure census in proprietate, disponeret de re non sua; & quam ipse non possidet, cum dominium & possessio proprietatis residant penes proprietarium; Et econverso iste liberando debitorem à cursu fructuum, & permittendo pro istis eum non molestare, disponeret pariter de re non sua, neque à se possessa.

Ac etiam quia per eamdem Constitutionem Pianam introductum est per debitorem fieri debere disdictam per duos menses antea, quorum termino durante, creditor sortem recipere, ac retrovenditionem facere non tenetur, nisi juxta intellectum à praxi traditum, debitor offerat etiam seu deponat fructus hoc bimestri decurrendos, idq; ad effectum, ut interim creditor invenire valeat alias occasiones consimilis investimenti, cui hæc pecunia destinata est, & sic habetur respectus ad investimentum per quod utrique proprietario scilicet & usufructuario consultum remanet,

Hinc proinde resultat; quod solo proprietario,
7 ut in præsenti casu, extinctionem faciente; Vel dicendum est censum esse malè extinctum, & consequenter usufructuario actionem remanere agendi contra debitorem censuarium pro fructibus adhuc currentibus tamquam ex censu vivo, & tunc debitor ita pulsatus absque dubio actionem haberet contra ipsum proprietarium ad relevationem indemnitatis, seu quanti interest eum non molestari; quæ damna & interesse sunt idem ac fructus ipsius census & consequenter ad evitandum istum circuitum, directè id inter proprietarium & usufructuarium sequi potest; Vel quod absque mixtura & molestijs debitoris, proprietarius ita sine dubio malè gesserit disponendo de re non sua, sed de illa spectante ad usufructuarium, ideoque usufructuario competat actio directa ad damna & interesse, ad quæ proprietarius recognoscendo bonam fidem potest voluntarie se obligare, ex recepta proposi-
8 tione, quod necessarius potius quam voluntarius dicitur actus quamvis voluntarie factus, ad quem alias invitus cogi posset, quia magis spectatur causa faciendi, quam ipsum factum *ad text. in l. fin. de alim. pupil. præstan. ubi Bar. Mantit. dec. 313. nu. 11. Gregor. dec. 236. num. 3.*

Item quia, ut alibi hoc eodem titulo habetur, in
ea quæstione; an in usufructu earum rerum, quæ 9
usu consumuntur, ut præsertim est pecunia ex hu-
jusmodi retrovenditionibus habenda, cautio sit de
forma præcisa, adeo ut usufructuarius qui eam præ-
stare non valeat, ususfructus emolumentis destitu-
tus remanere debeat, quamvis antiquiorum rigo-
rosa opinio affirmativa sit, nihilominus per mo-
derniores magis judiciosè receptum est, competere
usufructuario jus implorandi officium super provi-
sione desuper capienda, ut illa pecunia seu pretium
mobilium inuestiatur in tutas & honestas occasio-
nes fructiferas, ut ita utrique consultum sit; Pro
majori autem ipsius proprietarij securitate, & ne
subjacere cogatur fragilitati cautionis, ijdem DD.
communiter tradunt cautelam, ut ipsemet proprie-
tarius pecuniam recipiat cum obligatione respon-
dendi usufructuario de honesto fructu veri simili-
ter percipiendo ex investimento, in census, loca
montium, vel stabilia, ex deductis apud *Surd. de-
cis. 141. Duran. dec. 130. de Marin. resol. 248. lib.
2.* & per alios communiter; Vnde rectè intrare vi-
detur dispositio textus *in cap. per vestras de donat.
inter vir. & uxor.* de qua plures in sua materia *sub
tit. de usuris*, præsertim *in Firmana disc. primo*,
cum nullum adesse videatur mutuum verum, vel
interpretativum, neque concurrere videantur, de-
pravata intentio ex parte mutuantis, & suffocatio
ex parte mutuatarij, quæ sunt consueta necessaria
usuræ requisita, & sic non intrant illæ difficultates
de quibus *in dicta Firmana*; Ideoque quoad istam
conventionem, cum sensu etiam veritatis, crede-
bam debitoris prætensionem improbabilem male-
que fundatam esse.

Difficultatem autem non levem, ipsis requiren-
tibus libere de more insinuatam, habebam contra
dictam mulierem creditricem super altero contro-
versiæ puncto, circa scilicet conventionem habi-
tam super restitutione dotis; Tum ex dicta disposi-
tione statutaria prohibente mulieri usufructuariæ
petere dotium restitutionem durante usufructu;
Tum etiam quia cum ipsa esset usufructuaria uni-
10 versalis, ad ipsam ex veriori sententia spectabat onus
æris alieni in totum quoad annuum fructum seu in-
tersuria soluenda ex ipsis fructibus, ac etiam con-
mixtim cum hærede proprietario pro dissolutione
sortis, quod scilicet pati tenetur distractionem bo-
norum, per quorum diminutionem ita ejus usus-
fructus quoque minuitur ex ijs, quæ cæteris rela-
tis habentur per *Cenc. de cens. dict. quæstion. 109. &
Cyriac. controv. 10. num. 11. cum sequen.*

Pro hac difficultate evitanda, scribens more Ad-
vocati ad causæ oportunitatem, dicebam dictam
conclusionem procedere in usufructuario universa-
li, in quem tanquam speciem hæredis transit uni-
versitas juris activi & passivi, secus autem quoad
usufructuarium particularem, ut patet ex eisdem
mox allegatis, quodque in his terminis versaremur,
quoniam licet dicta mulier attenta dispositione te-
11 stamentaria esset usufructuaria universalis, nihilo-
minus per concordiam initam cum hærede ita effe-
cta erat particularis aliquorum bonorum, neque
jure dubitatur, usufructuarium habentem majus
jus posse illud ex conventione vel non usu redde-
re minus *ad tex. in l. is qui usumfructum 20. ff. quib.
mod. usufr. amittatur cum concord. apud Ruit. dec.
67. num. 19. & 20.*

Verùm responsio continebat fallaciam ex defe-
ctu applicationis ad factum, dum conventio in cõ-
pensationem remissæ conditionis viduitatis conti-
nebat

nebat solum liberationem cujusdam prædij ab onere vel servitute usufructus universalis, quod non tollit qualitatem universitatis, dum abscissio, vel exemptio unius membri non tollit universitatem corporis; Et sic erat non uti legato in hac re, non autem novare naturam usufructus, & de universali facere particularem, cum id sequi dicatur, quando præcisè & taxativè ad certa bona restringitur; Et quamvis in eadem conventione adesset notula bonorum, jurium & effectuum, in quibus excepto dicto prædio ut supra liberato, usufructus ad favorem mulieris remanebat, nihilominus dicta bona & jura stabant demonstrativè non autem taxativè, continuante jure universali penes ipsam legatariam, ad quam spectare quoque debuisset usufuuctus aliorum bonorum & jurium, quæ in futurum ad hæreditatem spectare detegeretur.

ROMANA

PRIMOGENITURÆ,

PRO

PHILIPPO COSTA,

CVM

OCTAVIO EIVS FRATRE.

Causa pendet in Rota.

Vsufructuarius universalis an consequi debeat usumfructum de solis bonis remanentibus facta detractione tam legitimæ quam æris alieni, quamvis creditores vel filii adhuc non urgeant, neque ad bonorum separationem procedatur; Et sic an commodum medij temporis ex creditorum vel filiorum negligentia resultans sit hæredis proprietarij, vel potius usufructuarij; Et de debitis hæreditarijs solvendis; An illorum solutio spectet ad hæredem proprietarium vel ad usufructuarium.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Debita testatoris an sint solvenda per usufructuarium de fructibus, vel per proprietarium.*
3 *Commodum resultans ex negligentia creditorum in non petendo satisfactionem, an cedat in beneficium hæredis proprietarij, vel usufructuarij.*
4 *Vsusfructus legalis debetur de eo quod superest detracto ære alieno.*
5 *Sub legato ususfructus non venit legitima.*
6 *In detrahenda legitima filiorum quæ ratio haberi debeat de debitis hæreditarijs illiquidis, dubijs & ligitiosis.*
7 *Quid sit census vitalitius.*
8 *Solutio legitimæ vel alterius debiti distributa in vitalitiam præstationem an dicatur fieri de sorte, vel de fructibus.*

Cardin. de Luca de Servitutibus.

DISC. LVIII.

OCTAVIVS Costa Albinganen. dives in Vrbe negotiator, per donationem inter vivos quædam castra & bona, quæ in Liguria habebat; Benedicto filio & successivè ejus descendentibus cũ ordine primogenituræ dedit, moriens verò hæredem instituit Philippum ex dicto Benedicto nepotem secundogenitum sub administratione Mariæ matris, & respectivè uxoris dicti Benedicti absentis de aliqua imprudentia suspecti, ea lege adjecta ut detractis alimentis juxta modum præscriptum percipiendis, alijsque necessarijs expensis, reliqui exuberantes fructus & redditus ad favorem dictæ primogenituræ investiri & multiplicari usque ad certum tempus deberent.

Sequuta morte testatoris, quinque filijs masculis superstitibus, cum illis debita esset legitima importans dismembrationem dimidij assis hæreditarij, prudens administratrix, ut hæreditatis & filiorum conditionem efficeret meliorem ad evitandam proprietatis bonorum scissuram & dismembrationem, cum tribus ex filijs legitimam obtinere debentibus omnibus ecclesiasticis, quorum unus erat Episcopus Albinganen. alter Eques Hierosolymitanus, & alter clericus sæcularis, se concordare curavit, ut solum quadam annua seu menstrua vitalitia præstatione contenti forent.

Post viginti autem circiter annos, Benedicto defuncto, Octavius filius primogenitus ex eo superstes major factus judicium instituit contra Mariam matrem, & Philippum fratrem hæredem ut supra pro consequutione illius investimenti, quod ex fructibus & redditibus exuberantibus juxta dicti testatoris præceptum factum esset vel fieri debuisset; Et introducta causa ex rescripto Signaturæ gratiæ coram A. C. cum voto duorum Locumtenentium, quamvis multæ excitatæ fuissent quæstiones, ea tamen in dd. fructuum exuberantium calculo fuit principalis & potissima, num scilicet annuæ seu menstruæ præstationes dictis tribus filijs loco legitimæ in spatio annorum viginti & ultra solutæ detrahendæ essent ex fructibus, prætendente dicto Octavio usufructuario, seu fructuum exuberantium legatario, istud debitum utpote in sorte principali extinctum, spectare ad hæredem proprietarium, ex bonorum proprietate solvendum, non autem ex fructibus.

Licet enim *Bart. in l. fin. ff. de usufr. legat*, in ea fuerit sententia, æs alienum ab usufructuario seu de fructibus esse solvendum, hæc tamen sententia communi fere omnium calculo est reprobata, ac omnino receptum est debita in sorte principali ex 2
ipsis bonis in sorte solvenda esse, solumque usufructuarium pati tenari eorum bonorum distractionem ad hunc effectum, atque solum de fructibus solvenda esse onera annua ex fructibus solvi solita, quoties sunt talia, quod ex eis commodè possunt satisfieri, itaut aliquid pro legatario ususfructus supersit, neque legatum omninò inutile remaneat, aliàs etiam à proprietario, & de ipsis bonis solvenda sunt, ex copiosè deductis per *Castill. de usufr. cap. 59. Rouit. dec. 43. adden. ad dec. 36. par. 4. recent. tom. 3. ex num. 40.* ubi ad satietatem habentur concordantes; Ideoque cum hoc esset debitum sortis principalis, de bonis in sorte solvendum erat per heredem, non autem de fructibus ad legatarium spectantibus, & hæc quoad legitimam.

Quo verò ad alia debita, excitabatur per aliquos

3 ex judicantibus motivum, quod commodum medij temporis resultans ex creditorum hæreditatis negligentia seu dilatione, cedere debeat ad beneficium usufructuarij, qui nulla facta detractione æris alieni adhuc non petiti vel non soluendi, fructibus omnium bonorum potiri debeat, neque hæres proprietarius valeat se opponere, ut punctualiter firmat *Borgnin. de usufr. mulieri relicto par. 2. seu cap. 9. n. 213.* In contrariam tamen sententiam ibat alter ex regula *text. in l. fin. ff. de usu & usufr. legat. & l. usufructu ff. ad l. falcid.* ut scilicet legatum ususfructus intelligatur solum de eo quod superest, detracto ære alieno, quod ante omnia deducendum est, quod absolute firmant superius allegati & cæteri de materia tractantes, & Ego confovendo motivantem pro cliente addebam Rotæ auctoritatem *dec. 329. num. 19. par. 10. & decis. 37. num. 7. & 8. par. 11. rec.* ubi prædictis & alijs allegatis generaliter dicitur, debita prius detrahenda esse, ac usufructuarium consequi debere usumfructum de eo, quod facta hujusmodi detractione superest.

4

Et in specie legitimæ, quæ utpotè libera ab omni onere non veniat sub hujusmodi dispositione, intelligendo legatum solum de restanti besse vel semisse est communis omnium traditio, de qua *decis. 579. par. 5. rec.* & frequenter.

5

Verum dubitabam hujusmodi conclusiones licet generaliter & abstractè verissimas, ad effectum scilicet ut filij, vel alij quibus debita est legitima, possint eam pleno jure consequi, nec teneantur dictum onus pati; Sive quod usufructuarius non possit creditoribus vel hæredi proprietario se opponere, ac impedire bonorum distractionem pro debitis solvendis; Non tamen percutere punctum controversiæ, ubi scilicet creditores, vel pro legitima, vel ex alia causa non urgent, sivè creditum utpotè turbidum vel illiquidum indigeat judiciali experimento, quo pendente percipitur fructus vel utilitas ex bonis, quæ in hujusmodi causam distrahi opus fuisset, si ab initio fieret detractio, undè controversia non sit cum ipsius creditoribus, sed inter proprietarium & usufructuarium super consecutione hujus intermedij commodi vel fructus, & de hoc propriè & punctualiter agit *Borgnin. de usufr. loc. tic.* ubi id probat ex ijs, quæ à simili *ex Rodor. Suarez. & Cino* habetur de debitis socialibus per unum ex socijs contractis, ut eorum dilatio totius negocij socialis commodo cedat, contra quam auctoritatem nulla adducebatur, quæ hos terminos præcisè percuteret.

Solùm Ego in contrarium adducebam ea, quæ in proposito detractionis legitimæ cum eadem generali regula faciendæ de eo quod superest detracto ære alieno firmant DD quoad ea debita, quæ essent dubia & illiquida, sivè pro quibus creditores negligentes vel absentes non urgerent; An scilicet ille, cui legitima debetur, consequi debeat quotam omnium bonorum cum assumptione dd. onerum seu debitorum pro ejus rata, cavendo de relevando hæredem indemnem; Vel potius hæres possit detrahere, & penes se retinere tot bona, quæ importent dd. onerum satisfactionem cum obligatione supplendi quod superesset, quatenus detegeretur debita in toto vel in parte non subsistere ex deductis per *Franch. decis. 127. Mastrill. dec. 64. Amat. var. resol. cap. 39. n. 167.* qui alios cumulat magis communiter partes hæredis tenentes.

6

Quidquid autē sit de hujus conclusionis veritate, adhuc tamen dubitabam illam percutere punctum retentionis & cautelæ, non autem illum commod & utilitatis ex hac intermedia dilatione resultantis, in quo etiam in hoc simili haberem difficultatem contra hæredem, quia si defunctus viveret, & per aliquod tempus ob creditorum negligentiam vel benevolentiam, sivè ob debiti illiquiditatem hoc dilationis beneficio potiretur, utique fructus vel commoda bonorum, quæ alias pro dibitis solvendis distrahere opus esset, ad ipsum spectarent, & essent ejus bona libera, unde propterea ipso defuncto spectare dicuntur ad hæreditatem pariter tanquam liberam, quo posito intrat de plano participatio filij pro ejus quota, vel legatarij ut supra, & sic videbatur omnes dictas conclusiones esse veras ad suos effectus non tamen istum percutere.

Hæc tamen omnia discurrebam ad superabundantiam, & ut motivantibus satisfieret, sed præter casum controversiæ, quia quoad alia debita, nulla concurrebat creditorum negligentia vel benevola dilatio, cum suis temporibus prompte satisfacta essent ex pecunia numerata in hæreditate remansa, vel à nominibus debitorum exacta, & sic de re infructifera, unde nulli aderant fructus medij temporis, de quorum pertinentia juxta casum positum per *Borgninum* disputare oporteret; Idemq; pariter militabat respectu legitimæ, quia nulla concurrebat dilatio, vel negligentia, sed illico hæres per quamdam transactionis seu novationis speciem, ad evitandam bonorum scissuram & diminutionem, illud debitum quod statim in tot bonis solvere debebat, convertere curavit in annuam seu menstruam vitalitiam præstationem, ut supra, itaut resultare viderentur duo actus ex novatione resultare soliti, Vnus nempe satisfactionis legitimæ in pretio quotæ bonorum ex quodam alio actu occulto venditionis dictæ quotæ; Alter verò cujusdam census vitalitij constituti ad favorem filiorum per hæredem cum sorte consistente in dicto pretio, cum aliud non sit census vitalitius, quam restitutio sortis in plures annos sub incerto vitæ eventu distributa, ut occasione locorum montium vacabilium habetur *in Romana dotis sub titulo de Regalibus ad materiam locorum montium disc. 28.* 7

Et hunc dicebam propriè esse casum controversiæ, in qua regulæ abstractè consideratæ stabant pro legatorio contra hæredem, ut scilicet hujusmodi annuæ vel menstruæ præstationes, utpotè debitum sortis potius, quam fructuum, ad hæredem non autem ad usufructuarium spectaret, non inde tamen resultabat effectus à legatario prætensus, ut scilicet calculatis integris fructibus ex omnibus bonis perceptis, eo modo, quo administratrix in partitis accepti se debitricem constituerat, & deletis dd. annuis vitalitijs præstationibus, de quibus eadem administratrix in partitis dati, & ut dicitur *di contro* se descripserat creditricem, totum quod superesset detractis alimentis & expensis ejus beneficio cederet; Hoc enim nullam habebat subsistentiam, quia diverso modo calculandum erat, detrahendo scilicet ab esse hæreditario ex ipso instanti mortis defuncti integram quotam legitimæ in tot bonis ad commodum hæredis ex persona propria tanquam eorumdem bonorum emptoris seu cessionarij ex causa novotionis, ut supra, quorum bonorum fructus in calculo poni non deberent, sed calculandi tantum essent fructus bonorum remanentium, qui detractis expensis à testatore præscriptis, si superessent ad legatarij favorem cedere deberent. 8

Quo

Quo calculandi modo retento, resultabat diversus effectus quam ab ipso legatario speratus; quoniam ita fructus exuberantes in longè minori summa remanebant, dum facta dictorum bonorum detractione ab initio fructus aliorum restantium erant minores, ideoque dicebam intrare dilemma clarum, & inevitabile, quod aut legatarius qui etiam erat hæredi substitutus volebat hujusmodi prudentem conventionem pro hæreditatis utilitate initam censeri gestam nomine hæreditario, & ad commodum hæreditatis; & debebat acquiescere, approbando administratricis calculum aut non approbabat, itaut dictus actus sivè bonum sivè malum eventum habuisset, concerneret proprium & particulare negotium hæredis, & inevitabilis remanebat necessitas dicto alio modo calculandi, & in hoc insinuabam consistere causæ punctum, non autem in alio tractato *per Borgninum ubi supra*. Et istam credebam esse veritatem, qua cognita per Signaturam gratiæ causa cum clausula translativa commissa fuit in Rota ubi pendet, & de alijs articulis super eadem causa habetur *sub. tit. de detractionibus ad materiam legitimæ, & forsan alibi.*

ROMANA

ANNVÆ PRÆSTATIONIS

PRO

HERCULE RONCALLO

CVM

CARDINALI BARBERINO.

Casus determinatus per A. C. ad favorem Cardinalis.

Vsusfructus, vel aliud jus vitalitium, An cedi possit, & quatenus de consensu proprietarij, vel dicti juris debitoris cedatur; An & ex cujus persona cessare & extingui dicatur.

SVMMARIVM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *Transmutatio persona in societate officij qualem consensum exigat.*
3 *Pensiones ecclesiastica regulantur cum terminis ususfructus.*
4 *Vsusfructus cessus, an residere dicatur in cedente vel in cessionario, & ex cujus persona cesset.*
5 *Quid in emphyteusi cessa, an attendatur persona cedentis vel cessionarij.*
6 *Qualis consensus exigatur in mutatione periculi vitæ, & quando ille dicatur præstitus.*

DISC. LIX

1 CArdinalis Franciscus Barberinus de anno 1644. annuam præstationem scutorum 200. elargitus fuit Brunoro Buzzaccarino, huic solvendam ejus vita naturali durante; Cumque de anno 1645. Buzzaccarinus dictam præstationem vendidisset. Herculi Roncallo pro scut. 1170. sub conditione tamen consensus ejusdem Cardinalis; sine quo pecunia penes mercatorem deposita solvi non deberet, idem Cardinalis eodem Buzzaccarino præsente, Roncallo tamen absente; dictum consensum præstitit, sub ea tamen lege & pacto, per Buzzaccarinum acceptato, quod periculum vitæ transferretur in personam ipsiusmet Cardinalis; itaut cum istius, non autem cum Buzzaccarini vita dicta præstatio extingui deberet; cujus consensus vigore cedens obtinuit à mercatore dicti pretij depositati solutionem, atq; cessionarius obtinere cœpit exactionem, in qua continuavit usque ad annum 1650.

Sed quia hoc medio tempore Buzzaccarinus obijt, habita de hoc notitia per Cardinalem, successivam solutionem dictæ præstationis utpotè per dictam mortem extinctæ denegavit, undè orta controversia coram A. C. hic, seu ejus locumtenens absolutoriam Cardinali dedit; ex eo motus fundamento quod cum Roncallus cessionarius dictam periculi vitæ transmutationem nunquam acceptaverit, præstatio adhuc duraret, atque substantiata maneret in persona dicti Buzzaccarini cedentis, procedendo cum terminis transmutationis periculi vitæ fieri solitæ in societatibus officij; in qua idem judex me obtinente; mensibus præcedentibus judicaverat; ad illius validitatem necessarium esse expressum consensum cessionarij, seu ejus, de cujus principali interesse agitur, prout in eadem causa, quæ est *in Romana Societatis officij pro Cæsare Columna*; ejusque judicium in gradu appellationis approbatum fuit à Rota, ut constat ex decisione desuper edita 2. *Maij* 1659. *coram Meltio, & de eadem habetur sub tit. de Societatibus officiorum.* 2

Verùm ad veritatem reflectendo parum probabilis mihi visa est determinatio, dictumque simile nullatenus intrare videbatur propter omnimodam terminorum, ac rationis disparitatem; In terminis enim societatum officij juxta præmissum casum, rectè judicatum fuit ex duplici ratione; Vna nempè obviandi fraudibus, quæ per callidos fœneratores ad palliandas usuras committi solent, satagendo exigere fructus ad rigorosam rationem duodecim pro centenario absque periculo, quod ita effugere credunt, ut in dicta causa deductum habetur; Et altera, quia cum societas esset inter duos contrahentes jam conventa, & substantiata sub periculo certæ personæ, non poterat unus ex eis absque consensu alterius eam dissolvere vel innovare.

Qui termini nullatenus in proposito cadebant, quia nullum concurrebat mutuum verum vel interpretativum, nullaque proindè intrabat suspicio usuræ, sed versabamur in simplici donatione annuæ vitalitiæ præstationis regulandæ cum terminis ususfructus, cum quibus beneficialistæ, quamvis in omnibus non benè, regulant etiam pensiones Ecclesiasticas; ut habetur *in Albanen. pensionis sub tit. de pensionibus.* 3

Quoties tamen ususfructus vel aliud simile jus vitalitium de uno in alterum transfertur cum consensu proprietarij, seu ejusdem juris debitoris, cujus principaliter interest unam vel alteram personam immutari vel non, tunc proprietarij vel debitoris consensus novationem operatur, per quam extincto priori usufructu, vel jure substantiato in persona cedentis, censetur ex integro per actum occultum novi contractus efformatus novus ususfructus, seu constitutum novum jus in persona cessiona-

cessionarii, itaut per istius non autem per cedentis mortem cessare dicatur juxta textus claros *in l. si ususfructus 4. ff. de novationibus l. si legatum ff. quib. modis ususfructus amittatur, & l. usufructu ff. solut. matrim. cum concordan.* ex quibus post antiquiores ab eis allegatos ita firmant *Barbos. in dicta l. usufructu ff. solut. matrim. num. 3. Sanchez ad præcepta Decalogi lib. 7. tit. 13. num. 19. Castill. de usufructu cap. 62. n. 4. cum seqq. alias de mesa lib. 3. var. c. 48. n. 18. & per tot. Olea de cessione tit. 3. q. 5. num. 25. & 27.*

Quod etiam habemus in materia emphyteutica, quia si unus emphyteuta de consensu domini emphyteusim cedat alteri, tunc non linea seu generatio cedentis, sed illa cessionarij ad effectum devolutionis attenditur, cum per dictum consensum censeatur per actum occultum refutationis extincta prima concessio, & per alium actum novæ investituræ efformata nova directè & immediate in persona cessionarij, *ut ex cons. 63. Ancharani, & alijs firmatur dec. 182. par. 6. recen.* ac non semel in terminis alienationis feudorum, & officiorum ac locorum montium habetur deductum *sub tit. de Feudis, & sub altero de Regalibus.*

Igitur cum totum jus dictæ annuæ præstationis
6 resideret in persona Buzzaccarini, atque substantia contractus penderet à voluntate ipsius & Cardinalis, qui poterant à dicto contractu liberè recedere, Multò magis ita potuerunt innovare absque eo quod nullatenus requisitus esset consensus Roncalli cessionarij, qui sine consensu Cardinalis nullum jus formale habebat. Et clariùs dum certus videbatur ejusdem Roncalli consensus, Tum ex eo quod sciens per mercatorem solutum esse pretium ob exhibitionem dicti consensus in conditionem deducti nunquam reclamavit. Tum ex actu positivo exactionis per plures annos continuatæ, & hæc videbatur veritas, itaut si econversò supervivente Buzzaccarino casus mortis Cardinalis accidisset, absque dubio pro meo judicio cessionarij prædicti periculum fuisset.

ROMANA

VSVSFRVCTVS

INTER

PRINCIPEM CARBOGNANI

ET

DUCEM BASSANELLÆ PATREM ET FILIUM DE COLVMNA.

Responsum pro veritate.

De usufructu legali debito patri in bonis adventitijs filij quando cesset, præsertim ex tacito & conjecturato judicio illius, à quo bona obveniunt. Et incidenter quid sit in feudis & bonis jurisdictionalibus.

SVMMARIVM

1 *Acti series.*
2 *Patri in bonis filio obventis debetur ususfructus*
3 *Fallit ex contrario judicio expresso, vel tacito testatoris.*
4 *Quales debeant esse conjecturæ, & quomodo in earum pondere procedendum sit.*
5 *De operatione verbi* liberè.
6 *Testatoris qualitati deferendum est super interpretatione ejus verborum.*
7 *Vbi diriguntur verba administrationis ad ipsum filium censetur prohibitus ususfructus.*
8 *De alia cõjectura ex quar esulter dicta prohibitio.*
9 *In feudis per filium acquisitis non acquiritur patri ususfructus, & de rationibus.*
10 *In bonis donatis à Principe non acquiritur patri ususfructus.*
11 *Feudatarius est miles, & habet duplex patrimonium.*
12 *Quod dicitur num. 9. de feudis, an procedat in bonis jurisdictionalibus.*
13 *Pretium feudi non est feudale.*

DISC. LX

POMPEVS Columna, *Gallicani Princeps* nuncupatus, prole alijsque legitimis feudi 1
successoribus destitutus, & consequenter nullam habens facultatem disponendi de multis feudis à se possessis in Provincia Aprutij Regni Neapolitani ad Regem per ejus obitum devolvendis, antiquis scilicet Status seu Comitatus Cicoli, quem usque ab anno circiter 1530. acquisivit Cardinalis Pompeus Columna, dum esset præfati Regni Prorex, & modernis Status seu Comitatus Pacentri per Petrum Franciscum dicti Pompei patrem acquisitis ex parte pretij Status seu Ducatus Zagarolæ per ipsum venditi Cardinalis Ludovisio; Adhuc tamen notabilem possidens assem scut. circiter 700. m. pro majori parte obvenientem ex multiplicis partis pretij dicti Status Zagerolæ, ac Oppidorum Montisfortini & Olevani, ab eodem Petro Francisco venditorum Principi Burghesio, Vt saltem hæc bona remanerent in familia, hæredem libere instituit Stephanum Columnam Ducem Bassanellæ de linea, seu colonello ut dicitur *Sarra* viri celebris in vita *Bonifacij Octavi* & Dominorum Civitatis Prænestin. per ejusdem Stephani avum venditæ Principi Barborino. Hinc proinde sequuta morte dicti testatoris, exorta est extrajudicialis dubitatio: An hujusmodi hæreditatis & bonorum ususfructus deberentur Iulio Cæsari Principi Carbognani præfati Stephani patri, atq; desuper ab utroque concorditer, magisque ad curiositatem, quàm quod inter eos aliqua controversia extitura esset, pro veritate requisitus de mea sententia, cui acquieverunt.

Respondi probabiliorem videri negativam pro filio. Licet enim pater habeat pro se regulam, ut 2
sibi in quibuscumque bonis in filium obventis, sub castrensi vel quasi castrensi peculio non venientibus, sed sub adventitio, ususfructus debeatur juxta textum clarum *in l. cum oportet Cod. de bonis, quæ liberis.* Nihilominus ista regula plures patitur limitationes, ex quibus ad rem faciebat illa, ex contraria, nedum expressa, sed etiam præsumpta & conjecturata voluntate ejus à quo bona in filium obveniunt *ad text. in auth. excipitur, Cod. de*

de bonis, quæ liberis, ubi DD. & in l. cum filio fam. ff.
3 *de legatis primò, de quibus Paschal. de patr. potest. par. prima cap. 3. num. 38. Molina de primogen. lib. 1. cap. 19. n. 31. Surd. cons. 116. num. 54. & sequen. & cons. 143. num. 21. Castill. de usufructu cap. 3. numer. 55. & sequen. Andreol. controv. 214. num. 1.* & cæteri communiter, cum sit certum ac receptum principium.

Undè propterea nulla desuper cadere videtur quæstio juris, sed cessante prohibitione expressa, quoties agatur de tacita & conjecturali, sola quæstio videtur facti & applicationis, super pondere scilicèt & efficacia conjecturarum, quas DD. vo-
4 lunt esse debere efficaces, univocas, & pernecessè concludentes, ut patet ex *Molina, Paschal. & Castill. locis citatis*; Et consequenter juxtà consuetam & generalem naturam omnium cojecturalium, certa & determinata regula, seù generalis decisio desuper tradi non potest, sed illa in singulis casibus pro judicis prudenti arbitrio pro illius individui facti qualitate, ejusque particularibus circumstantiis oriri debet, modò affirmativè, & modò negativè, ponderando conjecturas, non singulariter, sed unitim, ac etiam non cum regula uniformi, sed prout singulorum casuum qualitas exigit, quoniam ut frequenter præsertim habetur *sub tit. de fideicommissis*, sæpè contingit, quod eædem conjecturæ in uno casu sufficiunt & canonizantur, altero verò reprobantur ac insufficientes reputantur.

In hac autem facti specie, mihi videbatur adesse conjecturas sufficientes pro hujusmodi limitatione inducenda, & ex pluribus insimul & unitim ponderandis cum consueta regula, ut *singula, quæ non pro-*
5 *sunt &c.* Primò scilicèt & ex verbo *liberè* adjectum in institutione, hoc enim verbum est exclusivum cujuscumque oneris, & servitutis, ut pluries deductum habetur *sub tit. de fideicommissis*, præsertim *in Romana restitutionis dotis* & in decisione in ea causa edita 14. *Decembris* 1657. *Priolo*, undè cum ususfructus, vel ex legis, vel hominis dispositione alteri debitus importet absque dubio servitutem ut infrà, neque dictum vebum *liberè*, attento testamenti tenore ad aliud referri posset, aliamque operationem habere; Hinc proindè ad istam referendum videbatur ut de efficacia hujus verbi latè agit *Surd. cons. 143 num. 23.* Potissimè verò attenta qualitate testatoris nimium docti & eruditi viri, profitentis ejus verba Laconico stylo mysteriosè proferre; Recep-
6 tum enim est, ut pluries in dicta materia fideicommissaria habetur, testatoris qualitati super interpretandis verbis ab eo prolatis nimium deferendum esse, an sit doctus & litteratus, vel econversò, idiota, & litterarum ignarus.

Secundò fortiter, quia testator rectè sciebat adesse dictum Principem patrem, cum quo magis frequenter conversabatur; Et nihilominus tam verbis quàm factis omnia direxit in ipsum filium etiam circa ea, quæ immediatam præsentaneam administrationem requirebant; Committendo scili-
7 cèt ipsius hæredis arbitrio, modum exequiarum seù funerum ipsius testatoris, ac modum præstandi alimenta & subventiones aliquibus familiaribus & benevolis; Et quod magis, cum esset morti proximus, ibique assisterent pater & filius prædicti, testator manu sua tradidit filio hæredi instituto claves scriniorum, & mansionum, in quibus res pretiosiores conservabantur. Cum enim iste ususfructus legalis sit connexus cum administratione, eo ipso, quod testator immediatam administrationem præsupponit in filio, in quem verba dirigit, ubi aliquid dari vel fieri mandat, ità resultare videtur sufficiens conjectura prohibitionis ususfructus *ad text. in l. si usufructus §. si quis ità ff. quando dies legati cedat, ubi glos. & Bart. ac cæteri, de quibus Gabr. cons. 118. nu. 12. lib. 1. Boër. dec. 193. num. 2. Menoch. cons. 102. num. 1. Surd. dict. cons. 116. n. 55.*

Tertiò fortissimè, ac nimium me movebant facti circumstantiæ mihi cognitæ tanquam ejusdem testatoris Advocato; Cum enim ipse esset de linea, 8
seù colonello, ut dicitur, *Martini* 5. cujus est caput Comestabilis Columna, & erga quam domum aliquam majorem propensionem habebat; Econversò autem bona prædicta ratione fœminarum cum ejus majoribus conjunctarum de dicta linea, seù colonello Sciarræ ab ista provenirent, ut erat præsertim status Zagarolæ, cujus est caput dictus Princeps & aliàs *Prænestin.* nunc *Carbognani*, rectèque idem testator sciret præfatum Comestabilem aliquas habere sorores nubiles; Idcircò, ut utrumque colonellum pariformiter diligeret, eosque novæ conjunctionis attinentia unire curaret, ita studiosè præfatum Stephanum jam in ætate & statu nubili constitutum providere curavit ad facilitandum ejus matrimonium cum una ex præfati Comestabilis sororibus, prout eventus ad breve tempus docuit; Et sic in animo habuit, quod Dux prædictus tanquam ejus hæres ac uxorem ut supra ducturus, figuram distincta & de per se faceret, diversam ab illa patris, cum honorifico tractatu, quæ omnia sequi non potuissent, si ususfructus juxtà regulam juris patri acquiri debuisset, cum aliàs ità in statu filii familias adhuc continuaturus esset.

Atque ad hujus conjecturæ comprobationem, ut præsertim satisfacerem ingeniosissimo Cardinali *Pallavicino* Prædicto rum partium conjuncto, ad cujus magis, quàm prædictorum patris & filii requisitionem hoc responsum dedi, & qui nedum insignis Theologus, sed magnus eruditionis ac politioris litteraturæ professor, nimis gustabat materias legales in stylo neoterico & ratiocinativo tractatas, sicuti econversò eas nimium nauseabat deductas in simplici stylo pragmatico seù doctrinali; Cum aliqua digressione, non tamen omninò extranea, deducebam alteram dictæ regulæ limitationem, quam habemus in feudis, in quibus per filium
9 familias acquisitis receptum est, patri usumfructum non acquiri *ex deductis per Gabr. cons. 162. numer. 1. lib. 2. Paschal. dicta par. 1. cap. 3. num. 102. Costant. in l. 2. Cod. de filijs officialium lib. 12. Franch. dec. 10. num. 7. ubi quod id est sine dubio.*

Indagando autem hujus conclusionis rationes, observabam plures applicari posse, quarum una tradi solet, ubi feudum à Principe immediatè obtinetur, ex eo quod dicta regula locum non habeat in 10
bonis, quæ per Principem filio donantur, seù aliàs ab eo obveniunt ad *text. in l. cum multa Cod. de bonis quæ liberis. Paschal. dicto cap. 3. num. 47. Costant. id d. l. 2. de filiis officialium & cæteri*; Altera est magis communis conveniens quibuscumque feudis etiam ab alio cum Domini assensu quæsitis, quod cum ususfructus impo tet servitutem, ac speciem divisionis feudi, seù quamdam speciem alienationis, id sequi non potest; Vel quia nulla detur alienatio sine assensu, juxta ea quæ in proposito refutationis cum reservatione ususfructus habentur deducta *in Rom. pecuniaria de Pallavicinis sub tit. de feudis dis. 76.* Vel, & veriùs, quòd cùm ipsum feudum dicatur servitus, dari non debet servitus servitutis, ut præsertim advertunt *Franch. & Gabriel* ubi suprà.

Et tertia ratio est, quod feudum dicitur militia, & feudatarius est miles primi ordinis, habens proindè adinstar antiquorum militum duplex patrimonium, ac duplicem hæredem militarem & paganicum, ut frequenter in sua materia *sub tit. de feudis*, præsertim *in Romana contributionis de Columna, & in Romana seù Rossanen. disc.* 21. & 22. Et consequenter intrant termini peculii castrensis, in quo filius reputatur paterfamilias, & non habet locum regula prædicta textus *in l. cum oportet Cod. de bonis, quæ liberis.*

11

Ex qua ratione, quicquid circa hujusmodi limitationem distinguendo species seù qualitates feudorum motivet *Gabr. dicto cons.* 162. *numer.* 46. & *seqq.* Ego advertebam, eamdem limitationem omninò cadere, ac recipiendam esse in Baronibus & Domicellis status Ecclesiastici pro majori parte possidentibus castra, oppida, & loca jurisdictionalia, magis in qualitate allodii quàm veri feudi, excepta illa impropria & remota feudalitate, quæ latè & doctè deducitur *per Spadam cons.* 2. *lib.* 1. pro superioritate Papæ, ac ad excludendum purum & liberũ allodium, ut frequenter in dicta sua materia *sub tit. de feudis*; Quoniam etiam in istis intrare videtur eadem ac major ratio prohibitæ alienationis vel divisionis ob Constitutiones Apostolicas, ut præsertim *eodem tit. de feudis in Camerinen. disc.* 49. Ac etiam, & veriùs, quod ita intrat eadem ratio peculii castrensis, dum isti Barones & Domicelli castra & bona jurisdictionalia possidentes, de facto dicuntur milites primi ordinis hujus Principatus, Magnatitium ac Baronalem ordinem constituentes, ideoque hujusmodi species bonorum ità inter castrensia magis, quàm paganica in proposito enumeranda videntur.

12

Quamvis autem in hac facti specie deficere videatur applicatio, cum in hac hæreditate obsequutam devolutionem dictorum feudorum Regni Neapolitani nulla superessent feuda vel castra & bona jurisdictionalia, sed totus assis penè consisteret in prædictorum castrorum & bonorum jurisdictionalium jam distractorum pretio, quod non dicitur feudale vel jurisdictionale, ut *apud Franch. decis.* 64. *Manent. decis.* 57. & frequenter in dicta sua materia *de feudis*; Nihilominus adhuc à simili, seù ex identitate rationis dicebam prædicta ad rem conferre ad magis comprobandam dicti testatoris voluntatem ex aliis quoque conjecturis & adminiculis ubi suprà desumptam; Cum enim ipse habens solum titulum seù nuncupationem Principis loci *Gallicani* jam ab ejus patre ut suprà cum reliquo statu Zagarolæ distractæ, quamvis nullum feudum vel locũ jurisdictionalẽ in hoc Principatu haberet, adhuc tamen hujus Principatus Baronis & Magnatis figuram facere profitebatur, & sic de ordine militũ primi ordinis Papæ tanquam Principis temporalis; Ità consideravit ac verisimiliter voluit eamdem figuram continuandam esse à præfato ejus hærede titulum Ducis jam habente, ut ità quodammodò faceret caput diversæ domus ab ea, quam eodem tempore faciebat dictus Princeps pater, quod utique sequi nõ potuisset, data dicti usufructus competentia, ponderando hæc omnia insimul & unim ut suprà.

13

MACERATEN.

USUSFRUCTUS

PRO

MARCO ANTONIO CONVENTATO

CVM

JULIO CÆSARE EJUS FILIO.

Casus disputatus coram A.C. pendet in Rota, ut infrà.

De eodem usufructu legali debito patri in bonis adventitiis filij, an & quando cesset, si filius est clericus, & qualis clericatus requiratur. Et an talis usufructus locum habeat in iis quæ obveniunt in filium ex eadem dispositione, ex qua etiam pater aliquid obtinet. Et quid de bonis obventis cum vinculo fideicommissi seù primogenituræ.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Bona adventitia filii familias clerici regulantur jure castrensium tam ad effectum testandi quam ne acquiratur ususfructus patri.*
3 *Non acquiritur patri ususfructus in illis bonis, in quibus filius cum patre succedit.*
4 *Hæres gravatus dicitur verus Dominus.*
5 *Pater non habet usumfructum in illis bonis, quæ filius acquirit cum vinculo fideicommissi.*
6 *Conclusio de qua num. 2. procedit in bonis quæ acquiruntur tempore clericatus non antea.*
7 *Mors filij non facit cessare usumfructum patris.*
8 *Quid, si filius ante clericatum acquirat solum proprietatem, & ususfructus consolidetur post clericatum.*
9 *Quid in casu confiscationis bonorum filij an præjudicet patri in usufructu.*
10 *Distinguuntur inspectiones super conclusione de qua num. 2.*
11 *Quod dicta conclusio procedat solum in clericis, qui in certis ordinibus constituti sunt, & de ratione.*
12 *Limitatio strictè intelligenda, & non extenditur de casu ad casum.*
13 *Idem de privilegijs.*
14 *An prima tonsura sit ordo, & in quo differat ab alijs ordinibus.*
15 *De differentia in materia ordinum inter Ecclesiam Græcam & Latinam.*
16 *Impugnatur conclusio, de qua num. 2. ac firmatur non procedere in clericis in minoribus.*
17 *Expenduntur plures rationes hujus conclusionis seu privilegij.*
18 *Posito quod hoc privilegium conveniat etiam clericis in minoribus, an concurrere debeant requisita Concilii Tridentini.*
19 *De rationibus ob quas in clericis in minoribus non intret.* auth. Presbyteros.

20. *De*

20 *De materia* text.in auth.Item hæreditas *de qua* num.3.*& quando procedat,distinguuntur plures casus.*

21 *An quæratur patri usufructus legalis in bonis filio obventis cum vinculo fideicommissi.*

DISC. LXI.

1 IUlius Cæsar Conventatus Maceratensis, per donationem inter vivos in aliquibus bonis, eorum usufructu sibi reservato primogenituram ordinavit in Fabritio primogenito Marci Antonij ejus filii, & sic successivè de primogenito in primogenitum, & cum primogenituræ ordine in universa dicti Marci Antonii linea masculina. Prædefuncto autem dicto Fabritio sine prole, adhuc vivente donatore, hic in ejus testamento, enunciando & approbando dictam donationem, quam per ejus mortem recasuram dixit in Julium Cæsarem juniorem præfati Marci Antonii secundum filium ità effectum primum, ejusque morte sequutâ, orta est controversia inter prædictos patrem & filium super usufructu legali, quem pater in hujusmodi bonis prætendebat; Et introducta causa coram A. C. prodiit sententia patri favorabilis, à qua interposita appellatione *in Rota corã Priolo*, filii defensores advertentes fortè ad errorem, cum quo in præcedenti instantia processerant super disputatione petitorii, isto suspenso, assumpserunt solum possessorium manutentionis, in quo *sub die 23.Iunij* 1664. dicto Julio Cæsari filio resolutio favorabilis prodiit, concessa verò nova audientia, diù causa siluit, atque *sub die 28.Maij 1668. coram Taja* subrogato in locum *Prioli* infirma valetudine detenti, ex parte ejusdem Julij Cæsaris assumpta fuit diversa disputatio super alimentis à Marco Antonio patre sibi præstandis, quæ sibi decreta fuerunt in annuis scutis 200. stantibus solitis requisitis paupertatis & præsumptionis boni juris. Et in hoc statu causa reperitur.

In disputationibus autem in petitorio super dicti usufructus legalis competentia habitis coram A. C. in quo Tribunali solum ego scripsi pro Marco Antonio patre, hucusque in Rota non requisitus, Scribentes pro filio non negabant regulam resultantem à vulgari *textus in l. cum oportet Cod. de bonis quæ liberis*, cum concordantibus super hoc legali usufructu competente patri in bonis in filium quomodocumque obuentis, ac sub peculij adventitij nomine venientibus, quæ castrensium vel quasi qualitatem non habeant; Insistebant verò in tribus limitationibus; Primò scilibet ratione clericatus dicti Iulij Cæsaris, unde propterea etiam adventitia jure castrensium vel quasi regulanda sunt, atque in eis filius familias clericus jure patris familias censetur tam ad effectum testandi, seu alias liberè disponendi, quam successivè ad dictum alium effectum cessationis usufructus legali *per text in auth. presbyteros Cod. de Episcopis & clericis, & in*
2 *§. presbytereos auth. de Sanctissimis Episcopis*, & cæteris antiquioribus habetur *apud Carol. de Grass. de effect. clericat. effect. 9. num. 63. & 66. Paschal. de patr. potestate par. 1. cap. 3. num. 6. Surd. cons. 259 nu. 6. cum sequen. Squillant. de privil. clericorum cap. 12. num. 12. de Marin. resol. 62. num. 12. lib. 1. Boss. de patr. potestate cap. 5. ex num. 178. late Andreol. controv. 326. & dixit etiam Rota in Florentina Subdecanatus 28. Aprilis 1636. coram Machiavello.*

Altera deducebatur limitatio *ex textu in auth. item hæreditas, Cod. de bonis quæ liberis*, quod scilicet patri non debetur usufructus in bonis, in quibus filius una cum ipso succedit; Et quamvis textus loquatur de successione ab intestato, quæ utrique æqualiter deferatur, unde propterea non parum controversum est inter antiquiores, an idem procedat, quando ambo ex eadem testamentaria dispositione universali vel particulari personæ conjunctæ vel extraneæ emolumentum obtinent ex magistraliter examinatis *apud Franch. decis. 561.* Nihilominus præsertim apud modernos, dicebant ijdem scribentes, magis communem & receptam assistere filio, ut scilicet eadem dispositio præfatæ *auth.* intret ut *per Mandell. cons. 110. per totum*, & alios plenè collectos *per Andreol. controv. 224. num. 2. per totum, Rota decis. 372. par. 5. rec.* atque post istas disputationes cum eodem sensu processit *in Romana legati 22. Martij 1666. coram Otalora*, de qua causa infra *disc. sequen.*

Et tertia demum erat limitatio, quod hæc bona obvenissent in filium cum vinculo fideicommissi seu primogenituræ, unde propterea cum ejus utilitas 4
verè & de facto consisteret in sola fruitione ad vitam quamvis ex fictione juris ad alios effectus dicatur habere ipsorum plenum dominium, resolutioni tamen subjectum juxta magis veram & receptam opinionem, de qua *Molina lib. 3. cap. 4. num. 19. cum sequen. Rota decis. 200. n. 13. par. 5. rec. alias apud Duran. decis. dec. 155. n. 16.* Idcirco dari non debet hic usufructus, cum ita dari posset, quod filio patri præmoriente, sivè post eum ad breve tempus decedente, fideicommissi vel primogenituræ
5 successio quoad eum inanis, & sine aliquâ utilitate remaneat, ut rejectis contrarium tenentibus, firmât ac probant *collect. per Surd. cons. 116. n. 55. & seqq.*

Singulas autem hujusmodi limitationes examinando, quatenus pertinet ad primam ratione clericatus, opus non fuit altius examinare dictæ limitationis veritatem in abstracto, & quando illa locum habeat necnè, cum difficultas de plano cessare videretur ex facto, quoniam de tempore quo per mortem Fabritij primogenti & primi donatarij primogenitura delata fuit dicto Iulio Cæsari, hic erat sæcularis, clericatus enim postea supervenerat; Et consequenter admissa etiam generaliter & indefinitè dicta limitatione juxta dispositionem *dictæ auth. presbyteros*, illa non cadebat in præsenti, cum textus ad litteram loquatur de bonis, quæ in clericos obveniunt, & sic requiritur clericatus de tempore obventionis, ut cæteris antiquioribus relatis firmant *Covarr. in cap. quia nos num. 2. in fine de testamentis Suarez in quæst. majoricatus num. 37. & se-* 6
quen. Paschal. dicta par. 1. cap. 3. num. 6. Carol. de Grass. dicto eff. 19. num. 67. de Marin. dicta resol. 62. num. 13. Genuen. in practicabil. Eccles. 665. Gratian. discept. 464. per totum Boss. de patr. potestate dicto cap. 5. ex n. 175. & hanc relato Covarr. & alijs veram ac certam dixit *Rota in Romana donationis 4. Martij 1575. coram Cæsar. de Grassis*, quæ non est impressa inter suas sed circumfertur manuscripta, ex ea clara ratione, quod superveniens clericatus nõ immutat naturam bonorum, quæ in qualitate peculij adventitij per filium acquisita sunt, neque tollere debet jus patri jam quæsitum, quoniam alias in filij libito positum esset cum assumptione clericatus 7
patrem hoc jure privare; Atque si habemus quod etiam superveniens filij mors istum usumfructum cessare non facit §. 1. *auth. de hæred. quæ ab intest. deferun. ubi Bar. & cæteri per Merlin lib. 1. con-*

trov.

trov. 29. & *Thesaur. dec.* 156. multominus hæc status immutatio voluntaria.

Non negabant scribentes in contrarium veritatem hujus conclusionis, sed impugnabant applicationem ad casum, ex eo quod licèt jus dictæ primogenituræ delatum esset ante clericatum per mor-
8 tem fratris, nihilominus fuerat sine aliquo effectu ob reservationem usufructus factam à præfato avo donatore, per cujus mortem in effectu dictum emolumentum obvenire dicebatur, & sic de tempore clericatus; Verùm hæc replicatio, reflectendo etiam ad veritatem cum justitiæ fundamento rejecta fuit; Tum ex specialiter firmatis apud *Gratian. dicta discept.* 464. *num.* 17. 18. & 26. contra quam specialem auctoritatem alia non dabatur in contrarium, quæ ad hos terminos descenderet; Tum etiam ob vivam & irrefragabilem rationem, quod ubi in tempus mortis non confertur substantia donationis, sed sola executio, illa dicitur ab initio perfecta, & translativa dominii, fortiùs verò ubi accedit clausula constituti, quæ habet vim traditionis, undè possessionem etiam manutenibilem transfert ut firmatur in specie in hujus causæ decisione ut suprà in possessorio edita 23. *Junij* 1664. *coram Priolo*, & est quotidiana recepta conclusio; Ac etiam accedit reservatio usufructus, quoniam cum hic importet servitutem, quæ non datur in re propria, idcircò ità implicitè in donatarium ab initio translata dicuntur tam dominium, quàm possessio, & sic obventio verè sequuta fuit ante clericatum, unde dici non poterant bona obventa in clericum, de quibus textus loquitur.

Ad quod satis proximè conferre dicebam ea
9 quæ ex *Seccino junior. cons.* 77. *num.* 14. *volum.* 2. & *Ruin. cons.* 14. *num.* 13. & *per tot. lib.* 5. *habentur apud Menoch. de recuperan. remed.* 9. *num.* 87. & *Farin. in praxi q.* 24. *num.* 7. quod scilicèt si per filium familias acquirantur bona sola proprietate, reservato alteri usufructu ante delictum seu publicationem bonorum, qua sequuta, usufructus cesset, id non præjudicat patri, cui ex tunc ab initio, & de tempore habili quæsitum fuit jus, suspenso solùm effectu, donec cessaret usufructus alteri reservatus.

Hinc, ut dictum est, cessabat necessitas assumendi altiorem inspectionem super dictorum jurium intelligentia, & in quâ specie clericatus vel respectivè bonorum id procedat; Ex tunc tamen, insinuabam mihi non placere traditionem modernorum generaliter & indefinitè in quocumque clerico etiam in minoribus hujusmodi conclusionem firmantium, eumdemque sensum habebat ingeniosus judex, quod ad plures annos occasio dedit formiter disputare in Rota in proposito factionis testamenti, in *Romana testamenti de Iehot coram Priolo*, de quâ in sua materia *sub tit. de testam.* cum istri effectus sint connexi, ac pendeant ab eodem principio.

In hoc autem articulo, tam occasione istius quàm alterius suprà insinuatæ controversiæ, dicebam tres cadere inspectiones; Primò scilicet, an
10 omnis clericatus indefinitè sufficeret etiam in sola tonsura, vel aliquis ordo ad hunc effectum requiratur. Secundò posito quod sufficiat solus clericatus in minoribus, an ad hunc effectum desideranda veniant requisita *Sac. Conc. Trid. sess* 23. *de reformat. cap.* 6 quod scilicèt habere debeat beneficium ecclesiasticum, vel eo cessante, debeat incedere in habitu & tonsura, ac servire in divinis in aliquâ Ecclesia, cui per Episcopum sit adscriptus. Et tertiò demum, an id procedat in bonis laicalibus alia occasione quàm clericatus obventis, vel potiùs in iis quæ intuitu vel occasione clericatus acquisita fuerunt, cum sufficeret unum ex his deficere ad effectum, ut cessante limitatione fundata remaneat intentio patris habentis pro seregulam.

Quatenus ergò pertinet ad primum, insinuabam in ista, magis autem ex professo in dicta alia causa *sub tit. de testamentis*, quod primo loco tex- 11
tus *in l. sacrosanctæ* 33. *Cod. de Episc. & clericis* hoc privilegium concedit solùm Episcopis, presbyteris, & diaconis, tanquam constitutis in majoribus ac primariis ordinibus; Deindè verò textus *in* §. *presbyteros auth. de Sanctissimis Episcopis*, undè per eadem verba *Irnerius* efformavit *dictam auth. presbyteros Cod. dicto tit. de Episcopis & clericis*, hoc privilegium repetitum in presbyteris & diaconis ampliatum fuit ad subdiaconos, cantores, & lectores, & sic limitatum est ad clericos constitutos in certis ordinibus, & consequenter non convenit indefinitè omnibus, præsertim sola prima tonsura initiatis, ut erat casus præsentis & dictæ alterius controversiæ. Aut enim dicimus ità dispositum esse per viam limitationis regulæ generalis inductivæ hujus usufructus legalis in bonis per filiosfamilias quæsitis, seù prohibitivæ facultatis testandi, & certum est, quod limitatio tanquam exorbitans & odiosa non extenditur ultrà casus expressos, cùm pro illius restri-
ctione potiùs interpretatio capienda sit, ex collectis 12
per *Barbos. axiom.* 198. *Franch. dec.* 197. *numer.* 9. *Mantic. dec.* 251. & in specie regulæ seù limitationis qualificatæ, quod locum habeat ad terminos qualitatis, cum qua inducta est, plenè concordantes colligendo *Fontanell. de pact. nup. claus.* 5. *glos.* 1. *p.* 2. *numer.* 19. *cum seqq. cum quo pertransit Rota dec.* 357. *numer.* 23. & *sequen. par.* 10. *rec.* Aut quod sit privilegium, & pariter utpotè à
jure exorbitans, ità dictum, quia privat legem, 13
& attendendum est in casu præciso, atque, ut nostri dicunt, quantum verba sonant, *ad notat. in l. jus singulare ff. de legibus. Buratt. dec.* 19. *numer.* 5. & passim, quoniam est axioma vulgatum.

Et quamvis non modica quæstio sit inter Canonistas & Theologos, an prima tonsura sit ordo necnè, vel potiùs quædam introductio ad ordi-
nes, ac adscriptio militiæ clericali, tanquam præ- 14
paratio ad ordines suscipiendos, ut classes hinc indè colligunt *Carolus de Grass. de effect. clericat. in prælud. numer.* 298. & *sequen.* & *Barbos. ad Concil. Trident. sess.* 23. *de Sacramento ordinis cap.* 2. *numer.* 1. Attamen dicta quæstio percurit ordinem ecclesiasticum in genere, an scilicèt de illo solam tonsuram habentes esse dicantur ad effectus fori, & immunitatis, ac similes; Non tamen exindè resultat, quod dici valeant constituti in ordinibus partitularibus in dicto textu explicatis, cum in Ecclesia Latina ultra tres ordines majores, presbyteratus, diaconatus, & subdiaconatus, habeamus etiam quatuor alios ordines minores omninò distinctos à tonsura, & qui singulariter conferuntur ab Episcopo in Ecclesia, & pontificaliter exercente suam potestatem collationis ordinum, quod non sequitur in tonsura, quæ etiam privatim in aula & ubicumque absque aliqua solemnitate conceditur tanquam adscriptio militiæ clericali, seù cooptatio in ordinem ecclesiasticum in genere, undè propterea, quæ in jure statuta sunt de acolythis, lectoribus, exorcistis, & ostiariis, non conveniunt habentibus tantùm tonsuram, quinimò & haben-

tibus

tibus dictos alios ordines respectivè, quia disposita in exorcistis vel acolythis non conveniunt ostiariis &c.

Clarius quia, ut occasione exemptionis clericorum orientalium à muneribus laicalibus habetur insinuatum *in Hydruntina sub titul. de Regalibus*
85 *discurs.* 60. in Ecclesia græca, ubi dictum jus novissimum authenticorum sub Justiniano Imperatore conditum est, non est in usu hoc genus clericorum sine aliquo ordine solam tonsuram habentium, sivè exceptis tribus ordinibus majoribus, in reliquis minoribus differunt Ecclesia græca & latina, tam in numero, quàm in nomine; Ac etiam generaliter diversa est forma ordinandi ex ibi deductis; Et consequenter quicquid moderniores scriptores, tam juristæ quàm morales in majori numero, more collectorum, sive unus alium transcribendo dicant, etiam cum sensu veritatis, dicebam quod attenta clara littera textus, hæc opinio nullum habere videtur juris fundamentum, ideòque omninò proba-
86 bilior censenda est opinio antiquorum juristarum, qui magis fundatè loqui profitebantur, nempè *Ioannes de Imola, Ripa, & alij*, quos refert *Boss. dicto tract. de patr. potest. cap. 5. num.* 183. Ut id non procedat in clericis in minoribus.

Idem quoque ponderando rationes, in quibus nostri majores hujusmodi privilegia fundata
87 esse opinati sunt, aliqui enim ità crediderunt, quia putabant sacerdotium, alioque sacros ornes liberare à patria potestate, si non in totum, ut facit Episcopatus, saltem quoad plures effectus *juxta cons. Bartoli* 61. cum aliis plenè relatis pro utraque sententia *per Fagnan. in cap. indecorum de ætate & qualitate numer.* 20. *cum sequen.* unde quicquid sit de ista quæstione, in qua exceptis quibusdam limitationibus, verius est regulam esse generaliter negativam; Hoc unum est, quod hæc ratio adaptari non potest constitutis in sola tonsura, vel ordinibus minoribus, cum in istis nemo dubitet.

Alii credunt collecti per *Carol. de Gras. dicto effect.* 19. *num.* 65. *& sequen. Barbos. in collectan. ad dictam auth. presbyteros, Boss. dicto cap.* 5. *numer.* 182 quod ideò quibuscumque clericis etiam in minoribus vel sola tonsura id conveniat, quia textus indefinitè de omnibus clericis loquatur in illis verbis, *quos omnes clericos appellamus*; Verùm hæc est clara fallacia, nimiumque evidens leguleica simplicitas, quoniam textus dicit, quod presbyteri, diaconi, subdiaconi, lectores, & cantores, sint & appellentur clerici, non inde tamen sequitur, quod reliqui sub clericorum genere venientes cadant sub dispositionibus nominatim factis de constitutis in præfatis ordinibus, rectè enim intrat argumentum, est presbyter, diaconus, subdiaconus, lector vel cantor, ergo est clericus, sed non econversò, est clericus primæ tonsuræ, ergò est presbyter diaconus, subdiaconus, lector, vel cantor, ut clare ad sensum.

Alij præsertim *Covarr. in cap. quia nos de testamentis num.* 3. quem moderniores in magistrum agnoscere videntur, procedendo cum sensu *Abbatis, & Butrii ibidem*, fundantur in eo, quod juxta magis communem opinionem canonistarum, tonsura quamvis non sit ordo in specie, saltem est ordo in genere, & propterea quod clerici primæ tonsuræ ita quemdam ordinem habere videbantur; Sed pariter manifesta videtur hujus fundamenti fallacia, quoniam aliud est agere, an clerici primæ tonsuræ dicantur de ordine ecclesiastico, quoad generalia privilegia canonis, fori, & exemptionis personalis & realis; Aliud verò; an privilegia, & prærogativæ concessæ constitutis in certis, & specialibus ordinibus competant illis, qui in dictis ordinibus constituti non sunt, quamvis habeant nedum dictum ordinem ecclesiasticum in genere, sed etiam unum vel plures alios ordines in specie, quoniam, ut supra dictum est, præeminentiæ, quæ conceduntur presbyteris, diaconis, & subdiaconis, prætendi non possunt per clericos in minoribus, quamvis nedum tonsuram, sed etiam omnes alios quatuor minores ordines habeant, & sic respectivè,

Demum plures moventur ex dispositione *textus in dicto cap. quia nos de testamentis*, ubi clericis conceditur libera facultas testandi & disponendi de omnibus bonis quomodocumque obventis, & quæsitis, præterquam de bonis ecclesiasticis seu Ecclesiæ occasione quæsitis, licet enim textus percutiat facultatem testandi, attamen, ut dictum est, isti termini fraternizant, & coincidunt in idem, quoniam si damus generaliter omnia bona adventitia in filiofamilias clerico habere naturam seu prærogativam castrensium, vel quasi ad effectum testandi, exinde de consequenti resultat etiam hic effectus ususfructus.

Verùm hæc alijs evidentior est fallacia quoniam textus prædictus nullam mentionem facit de filijs familias, quinimo potius supponit contrarium, quod scilicet clerici paternam successionem jam obtinuerint, ibi *de iis, quæ paternæ successionis, &c.* & consequenter nunquam cogitavit hæc decretalis in hoc alterare juris dispositionem, seu aliquod speciale privilegium concedere, cum verè aliud non contineat nisi moderationem seu verius declarationem prohibitionis testandi & disponendi, quam clerici attenta antiquiorum canonum dispositione habebant, declarando quod talis prohibitio procedat ac firma remaneat in bonis occasione Ecclesiæ quæsitis, quæ etiam hodierna praxis docet spolio subjacere, non autem in alijs extra causam Ecclesiæ vel clericatus obventis juxta ea, quæ in hac materia spolij clericorum, & facultatis disponendi habentur deducta apud *Rotas dec.* 280. *&* 314. *& apud Celsum decis.* 65. Vnde propterea ex hoc textu ita malè intellectò nedum ortum est istud æquivocum, sed etiam alterum, de quo in sua materia *sub tit. de testam.* quod scilicet testamenta clericorum non subjaceant querelæ inofficiosi.

Hinc cessare videtur necessitas assumendi alias duas inspectiones superius distinctas, cum omnino verius videatur *dictæ auth.* dispositionem hujusmodi clericis in minoribus non convenire; Verò quando spectato solo numero DD. non autem pondere & rationibus, contraria sententia tenenda esset, Adhuc tamen probabilius dicebam in hujusmodi clericis ad hunc effectum vel alterum testandi concurrere debere dicta requisita Sac. Conc. Trid. vel quod scilicet habeant aliquod beneficium ecclesiasticum, vel quod incedant in habitu & tonsura, & serviant in divinis; Licet enim plures relati per *Barbos. in collectan. ad eamdem auth. presbyteros, & per Boss. dicto cap.* 5. *num.* 182. teneant negativam, quod scilicet dictum Conciliare decretum utpote exorbitans à jure communi intelligendum veniat in solo casu, de quo loquitur pro exemptione à foro laicali, non autem circa reliqua privilegia vel exemptiones à muneribus, vel quod illud *cap. Odoardus* cum similibus, ut occasione hujus privilegij habetur deductum *in Romana admissionis*

ad

ad cap. Odoardus & in aliis sub *tit. de credito.* Nihilominus etiam in dictis terminis *cap. Odoardus* contrarium veriùs credidit *Rota* in decisione edita *in dicta Romana 5. Martij 1668. coram Otalora*, Et in his terminis *auth. presbyteros* benè *Spinus in specul. testamentorum glos. rubr. par. 4. numer. 23. Bellet. disquis. clerical. par. prima tit. de bonis clericorum* §. 7. *numer. 26. Boss. dicto cap. 5. numer. 183.* ubi alij colliguntur; Atque in hanc opinionem inclinare visa est *Rota* in hac eadem causa in *dicta decis. 28. Maij 1668. coram Taja* edita ut suprà occasione alimentorum, & deindè occasione factionis testamenti *in Romana testamenti 26. Novembris 1668. coram Priolo*, ubi negligendo assumere dictam primam inspectionem, de qua specie clericorum dictus textus intelligendus veniat, ac alteram super specie bonorum, hoc solo motivo contenta fuit; Quod tamen in Urbe videtur periculosum propter contrarium usum præservatim circa servitium in divinis, ut advertitur in eadem causa *sub tit. de testamentis*, & in *dicta alia Romana admissionis ad cap. Odoard. sub titulo de credito.*

Qua difficultate circumscripta, id omninò veriùs videtur, ex ea clara ratione assignata per *Rotam in dicta Romana cap. Odoardus 5. Martij 1668. Otalora*, quod cui negatur majus ac præcipuum privilegium clericatui connaturale etiam de jure divino juxta unam opinionem apud canonistas & morales magis receptam, & quò aliàs est indubitatum, nullamque recipit controversiam, Multomagis deneganda sunt ista privilegia à jure exorbitantia & accidentalia, neque in jure expressè determinata, sed juxtà superiùs deducta respectu clericorum in minoribus à DD. fallacia seù æquivocis emanantia.

Et quidem pro meo judicio hoc assumptum claram continere videtur fallaciam ac leguleicam simplicitatem in nostris clericis Ecclesiæ Latinæ
19 in minoribus, potissimè verò cum indefinita intelligentia super bonis temporalibus aliàs quam Ecclesiæ vel clericatus occasione obventis; Tum quia, ut suprà insinuatum est; Ecclesia Græca non cognoscit, vel saltem tunc non cognoscebat hunc ordinem generalem clericorum nullum specialem ordinem habentium solaque tonsura initiatorum, ut advertitur *in dicta Hidruntin. sub tit. de Regal.* Tùm etiam quia reflectere oportet ad locum & tempus, in quo dictum novissimum jus prodiit, in Urbe scilicèt Constantinopolitana, ubi vivitur ritu Græco, & in Ecclesia primitiva, quando non irrepserat hic usus vel abusus tam magnæ frequentiæ clericorum, ut patet ex deductis per *Cardinalem Bellarmin. in ejus opusculo intitulato Admonitio ad nepotem*, occasione admonendi nepotem ad Episcopatum promotum, ut nimium cautè ac parcè procederet super exercitio potestatis apponendi manus; Atque illis temporibus inspectis, sub nomine presbyterorum, diaconorum, subdiaconorum, cantorum, & similium, veniebant illi, qui primam, & magnam figuram cum Episcopo faciebant habentes illos ordines tanquam speciem officii seù dignitatis ut hodiernis temporibus in Ecclesia Romana universali sub nomine presbyterorum & diaconorum veniunt Cardinales ità in istos ordines distributi, & respectu aliarum Ecclesiarum inferiorum sunt Canonici Cathedralium pariter & ad instar, ut edocemur præsertim ex legenda S. Hieronymi Ecclesiæ Doctoris, qui presbyter simpliciter Ecclesiæ Romanæ nuncupatur, ideoque ex quodam communi judicio creditur quod fuerit Cardinalis, undè Ecclesia permittit ejus imaginem depingi cum insignibus Cardinalitiis; Et sic videtur dictum jus novissimum editum esse in gratiam hujusmodi dignitatum, quæ adinstar Episcopatus, attenta ut dictum est loci & temporis qualitate, eximebat à patria potestate, ut modernis temporibus, & in Ecclesia Latina facit sine dubio Episcopatus; Fabulæ autem species videtur dictum jus applicare omnibus clericis simplicibus nostrorum temporum, & in bonis temporalibus, quæ ex parentum, aliorumque conjunctorum successionibus obveniant, eodem privilegio solùm locum habente in bonis Ecclesiæ & clericatus occasione quæsitis, tanquam in peculio castrensi vel quasi ut advertit *Boss. dicto cap. 5. numer. 151. in fine*, relatis diversis sententiis in duobus numeris præcedentibus; Adinstar eorum, quæ habemus in militibus, quorum jure clerici tanquam milites cœlestis militiæ regulari solent, quoniam privilegia militaria in bonis occasione militiæ quæsitis, & non in aliis competunt.

Quoverò ad alteram limitationem, quæ ex parte filii, ut suprà deducebatur *ex text. in auth. item hæreditas Cod. de bonis, quæ liberis*; stante quod 20
in eodem avito testamento pater & filius honorati erant, juxtà auctoritates suprà initio allegatas, etiam cum sensu veritatis, dicebam dictam limitationem in hac facti specie non intrare, adhibendo quoque casuum distinctionem, ut in hac materia faciebam *in Romana legati disc. sequenti*; Plures etenim casus in proposito distinguendi sunt; Primus est, ubi agitur de testamentaria dispositione ejus, cui ab intestato morienti pater & filius æqualiter successuri fuissent, itaut testamentaria dispositio explicet solùm id, quod de jure inest, & tunc intrat præfatus textus *in auth. item hæreditas*, militante eadem ratione, cui ille innititur, quod scilicèt pater obtineat portionem proprietatis aliàs de jure antiquo sibi non competentem, ac exuberanter compensativam ususfructus, à quo filius eximitur in compensationem damni, quod ex eodem jure novissimo patitur in proprietate, quam aliàs integram habebat; sed iste casus non adaptatur ad facti speciem.

Alter casus est, ubi intestata successio testatoris tota ad filium spectare debuisset, & in quem testatoris affectio, seù dispositio principaliter directa est, pater autem ex ejusdem testatoris judicio in aliquo honoratur, & tunc pariter ex magis communi & vera opinione præfatæ auth. dispositio locum habere debet; Tum ex eadem superiùs insinuata ratione compensationis damni, quod filius ità sentit in proprietate, quam aliàs de jure integram habere deberet; Tum etiam ex verisimili voluntate testatoris, quod illud emolumentum patri relinquere voluerit loco ususfructus legalis sibi aliàs competentis, & hic est casus, de quo agitur per *Rotam decis. 371. par. 5. rec.* atque in his terminis intelligendi veniunt *Mandell. dicto cons. 110.* & alii relati per *Andreol. dicta controv. 224. num. 2.* dum in dicta ratione principaliter fundantur.

Tertius casus est, ubi dispositio ad favorem filii fit principaliter intuitu & contemplatione patris, & pro eo ab aliquo onere verisimiliter sublevando, juxtà casum de quo *disc. sequenti*, & tunc non intrat hæc inspectio, quoniam dicitur peculium profectitium, quod tam in proprietate quàm in usufructu acquiritur patri, & si de facto obtinet filius, tenetur imputare in legitimam, ut eodem *disc. sequenti advertitur.*

Quar-

Quartus demum est casus noster; ubi testator cum parte disponit ex motivo necessitatis, vel principalis ac majoris affectionis, eodemque tempore disponit ad favorem filii, cujus affectio in testatore fit mediante persona ipsius patris, itaut non ob meritum personale & independens ipsius filii, sed quia filius talis patris; Et tunc probabilius videtur non intrare terminos dictæ auth. ob utramque rationem ut supra cessantem, quia dici non potest dispositionem factam ad favorem patris fuisse ex solo motivo compensandi usumfructum, minusque quod dispositio ad favorem filii fuerit ex motivo compensandi cum ea majori proprietate, quam alias obtinere debuisset, & sic cessat utraque ratio, cui hujus auth. dispositio innititur, ut advertunt, & ex professo probant *Morot cons. 18. & Giurb. ad consuetu. cap. 7. glos. 3. par. nu. 21 & 22. relati per Andreol. dicta controv. 224. num. 3. cum sequen.* & habetur *disc. seq.* In hac enim facti specie si testator obiisset intestatus, universa successio in proprietate & usufructu debita fuisset Marco Antonio patri tanquam filio primi gradus absque aliqua mixtura Iulii Cæsaris nepotis, cujus patre superstite, nulla est successio avi, atque dispositio ad favorem ejusdem nepotis non fuit ex merito personali, sed quia filius primogenitus filii ipsius testatoris juxta facti seriem de qua supra.

Alia etiam ratione pro meo judicio concurrente, quod ubi dispositio ad favorem filii non est ut supra ex merito personali seu particulari affectione independenter à persona patris, sed quia est istius filius, regulariter id importare magis debet peculium profectitium, unde quando, vel ex modo disponendi, vel potius ex DD subtilitatibus & traditionibus dicendum magis sit adventitium, incongruum ac irrationabile videtur ut in odium patris tot exorbitantiæ & specialitates cumulari debeant dum nulla assistit ratio ex iis, quibus innititur dispositio *dictæ auth.* & in corpore unde sumitur.

Et clarius, quia revera in hoc testamento nil contineri videtur dispositivè ordinatum ad favorem filii, cum totum sit enunciativè seu præsuppositivè, enunciando scilicet primogenituram jam factam per actum inter vivos irretractabilem, & in qua idem filius succedere debuisset, etiamsi testator nihil desuper dixisset, unde propterea fuit expressio ejus quod jam inerat, & consequenter non videbatur, quod exinde dictus effectus deduci posset.

Majorem difficultatem mihi inferebat alterum motivum, quod cum hujusmodi bona non obvenissent libere in filium, sed cum vinculo primogenituræ, probabilius videtur in hujusmodi bonorum
21 specie non intrare hunc usumfructum legalem, vel ob eandem rationem cadentem in feudis, quod non detur servitus servitutis, vel ob alteram, cui magis communiter DD. innituntur, quod scilicet de facili dari posset casus, ut filio patri præmoriente seu post ejus mortem ad breve tempus decedente, successio fideicommissi vel primogenituræ prorsus inanis remaneret ex iis, quæ habentur *in Bononien. usufructus de Pepulis hoc eodem tit. disc. 63.* ubi de hac limitatione; Et fortius quia accedere quoque videbatur voluntas testatoris, unde propterea intraret altera limitatio deducta *ex auth. excipitur*, dum in dicta enunciativa, seu præsuppositiva dispositione testator præsupposuit, quod dictus Julius Cæsar nepos post ejus mortem dictam donationem seu primogenituram ob cessantem reservationem ususfructus ad ejus favorem obtenturus esset in effectu & fruitione cum illis verbis, *che entrara à godere*, quæ referri non possunt ad proprietatem, quam ab initio mortis fratris primogeniti ipso donatore vivente jam obtinebat; Et consequenter testator ita implicitè præsupposuit dictum usumfructum legalem non intrare; Verum super hoc motivo, non omnino maturum judicium efformari potuit, quia parum ac forte nihil super eo disputatum fuit, cum filii defensores in dictis disputationibus habitis coram A. C. magis propriam opinionem, quam causam defendentes, principaliter insisterent in dicto altero motivo privilegii clericalis, ob quod istud à me magis formidatum, neglectum fuit, licet ex quadam æquitate seu epicheia, atque ex verisimili voluntate defuncti spectata magis ejus substantia, quam cortice verborum, stantibus præsertim particularibus facti circumstantiis, prudenti scilicet & recta administratione patris, ac ætate & non adeò matura prudenti filii, dicto motivo non obstante adhuc probabilis visa fuerit præfata determinatio ad favorem patris; In Rota verò incertum est, ex qua causa adhuc mea opera adhibita non fuit, super quo mea est consuetudo relinquendi partes in plena libertate, ac genio nunquam conquerendo, sive turpes preces vel diligentias, aut intercessiones adhibendo, ut forte alicubi fieri solet cum maximo professionis vilipendio.

ROMANA
LEGATI
PRO
PETRO CAFFARELLO
CVM
ANNA FILIA.

Casus decisus per Rotam pro Anna, & posteà concordatus.

De eadem materia ususfructus legalis patri competentis in bonis adventitiis filii; An locum habeat in iis bonis, quæ obveniunt ex judicio illius testatoris, qui in eadem dispositione patrem quoque in aliquo honoravit.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De dispositione auth.* Item hæreditas *super cessatione ususfructus patris.*
3. *An procedat quando pater & filius instituuntur hæredes in testamento, & sic æqualiter vocantur ad hæreditatem universalem.*
4. *Quid ubi pater est hæres & filio relinquitur legatum.*
5. *Quid in casu converso, ubi filius est hæres, & patri relinquitur legatum.*
6. *Et de casu, in quo uterque pater & filius sint legatarij alia persona scripta hærede.*
7. *De rationibus ob quas in legato non intret dicta auth. Item hæreditas.*
8. *Vbi fit legatum puellæ nubendæ, est conjectura prohibitionis ususfructus legalis patri.*
9. *Declaratur quomodo id intelligendum sit.*

DISC. LXII.

CArdinalis Caffarellus unicum habens germanum fratrem Petrum prolè masculina destitutum, ac verisimiliter desperatum unicam habentem filiam puellam in ætate nubili adhuc non constitutam, in ejus testamento, institutis hæredibus aliquibus Ecclesiis seù locis piis, præfato Petro aliqua fecit legata, dictæ verò ex eodem fratre nepti, Annæ nuncupatæ, reliquit palatium suæ habitationis. Cúmque tractu temporis casus dederit, quod eadem Anna inscio & invito patre nupserit, undè propterea inter eos exorta est lis in Rota super dotis constitutione juxta ea quæ habentur *sub tit. de dot e discur. 1. & sequen.* illa controversia istam quoque excitavit; An scilicet hoc legatum utpotè patris intuitu factum censendum potiùs esset peculium profectitium, seù quod ejus speciem haberet, undè imputandum veniret in dotem à patre debitam; Vel saltem, quod id induceret filiæ provisionem, ex qua dotem obtinendo non posset patrem invitum cogere ad aliam dotem constituendam, & de his actum est in dicta materia dotali *dicto discur. 1. & sequen.* Quatenùs verò, ut Rotæ sensus fuit, in utroque pro filia respondendum esset, assumpta fuit disputatio, an saltem patri debitus esset ususfructus legalis juxta regulam *textus in l. cùm oportet & to o tit. Cod cù de bonis quæ liberis*; Datoque desuper particulari dubio coram *Verospio*, Petro informare negligente, *sub die prima Iunij 1665.* ad favorem Annæ solùm informantis prodiit resolutio confirmata *27. Ianuarij 1666.* coram *Otalora* in locum Verospii interim defuncti subrogato, pariter una tantum parte informante confirmata *22. Martij sequentis* utraque parte informante; Sed concessa nova audientia & reproposita causa, dilata fuit resolutio ob difficultates desuper habitas, quod ansam dedit concordiæ, quæ tam istam, quàm dictas alias controversias terminavit.

In his igitur duabus disputationibus, in quibus Ego pro Petro patre scribebam, præsertim verò ultima, cùm dictæ præcedentes decisiones principaliter insisterent in limitatione dictæ regulæ dedesumpta *ex auth. item hæreditas Cod. de bonis quæ liberis* juxta intellectum, seù opinionem *gloss.* ibidem, quam sequuntur cæteri ut infrà, & in doctrina *Bart. in l. si usufructus §. si ita quis num. 1. ff. quando dies legati cedat*, ut scilicet ususfructus legalis non debeatur patri in iis bonis, quæ in diem obveniunt ex judicio extranei testatoris in eodem testamento vel alia voluntate ad favorem patris quoque disponentis juxta auctoritates in eisdem decisionibus deductas, in magna parte collectas *per Andreol. controv. 224.* Dicebam procedi fortè cum aliquo æquivoco ita indefinitè firmando dictam propositionem, atque in idem adhibendo auctoritates percutientes casus nimium inter se diversos. Quare ad eruendam veritatem, ac æquivoca tollenda, advertebam idem *quod disc. præced.* omninò scilicet procredendum esse cum plurium casuum distinctione.

Primus enim est, ubi ab eodem testatore quamvis extraneo pater & filius insimul hæredes instituuntur, & tunc intrat quæstio, an dispositio *textus in dicta auth. item hæreditas Cod. de bon. quæ liber.* loquens de intestata successione locum habeat in isto casu, & quamvis *Iacob de Arenaic. Angel. Fulgos. Corn. & alii in eadem auth. relati per Franch. dec. 651. num. 6. & sequen.* teneant negativam, quam etiam tenent *Paris. cons. 129. n. 9. lib. 1. Gomez, qui dicit communem a l ll. 48. Thauri num. 13.* & tenere videtur idem doctissimus *Franch* ubi suprà, licet referat promajori parte votorum fuisse decisum pro filiis.

Nihilominus magis communiter videtur recepta opinio *Irnerii*, quam tenet *gloss in ead. auth. item hæreditas* verbo *forsan.*, & sequuntur *Castrens. & Salicec. ibidem*, & in his terminis loquuntur *Bart. cons. 118. numer. 15. lib. 1. Bald. cons. 324. lib. 5. Boer. dec. 185. num. 15. Gratian. discept. 713. num. 31. & decis. 76. numer. 25. Surd. cons. 116. num. 41. & de alimen. tit. 2. quæst. 15. num. 22.*, quasi quod testator ita censeatur se voluisse conformare cum dispositione juris *in dicta auth.* Verùm extraneam dicebam istam quæstionem à casu controversiæ, quia neque pater, neque filia instituti erant hæredes, & consequenter omnes istæ auctoritates erant incongruæ.

Alter casus est, ubi pater est institutus hæres, filio verò aliquid jure legati relinquitur, & de isto casu, licèt incidenter, agit inter omnes qui allegantur in dictis hujus causæ decisionibus solus *Gabr. cons. 116. lib. 1.* Atque huic casui propriè convenit doctrina *Bart. quæ in secunda decisione allegatur in l. si usufructus §. si ita quis num. 1. ff. quando dies legati cedat*, quam in proposito ponderat *Gabr. loco citato*, Bartolus enim non agit de casu quæstionis præcedentis, minúsque de sequenti, undè malè per aliquos ad id allegatur, sed solùm dicit, quod si quis aliquid relinquit, vel donat filio, ut ipsi filio solvatur, ex hoc resultat conjectura, quod censeatur prohibitus patri ususfructus, undè infertur, quod dum pater scriptus hæres gravatus est solvere legatum filio, ergo testator cogitavit patrem non esse usufructuarium, & administratorem. Sed quidquid sit de veritate, istam examinare non oportebat, quia neque eramus in casu, & quatenus tenenda esset opinio filio favorabilis, *Bartolus* non movetur ex dispositione vel ratione *dicti text. in auth. item hæreditas*, sed à præsumpta prohibitione, & sic ista doctrina erat pariter extranea à casu controversiæ.

Tertius casus est conversus, quando filius instituitur hæres, patri autem aliquid jure legati relinquitur, an scilicet pater habeat usumfructum hæreditatis, & de isto propriè agit *Mandell. cons. 110.* cum quo transire videntur *Surd: de alim: dicto tit. 2. quæst: 15. num. 24. & Andreol: controv: 224. num. 9.* & agitur *decis. 547. part: 4. recent.* Nemo autem ex aliis allegatis in decisionibus percutit istum casum, sed vel primum vel secundum; Atque *Mandell.* non movetur ex dispositione *dicti text. in auth. item hæreditas*, sed ex alia, ut infrà.

Contrarium isto casu tenet *Paris. dicto cons. 129. numer. 10. & sequen. lib. 1.* qui benè id probat, & ex professo per optima fundamenta innixa in principiis juris; Atque reprobatis nominatim *Mandello & Surdo*, latè & benè *Morotius cons. 18.* & sequuntur *Giurb. ad consuetud. Messan. cap. 7. gloss. 3. part: 1. num: 21. & sequen. Caracciol. dec. 1. num. 18.* undè liquet majores auctoritates in numero, & forsan etiam in pondere assistere huic opinioni.

Præterea si benè ponderentur tam casus, de quo *Mandell.* agit, quàm fundamenta, quibus movetur, dici potest, ipsum non improbabiliter loquutum esse in suo casu; Agit enim de annuo legato scut. 200. ad vitam, in quo testator filium scriptum hæredem ad favorem patris gravaverat,

Ex.

Ex hoc enim disponendi modo resultare videtur quædam implicita testatoris voluntas prohibendi usumfructum legalem, quoniam implicare videtur, ut idem pater possit esse usufructuarius totius hæreditatis, & legatarius annuæ præstationis ex eodem usufructu solvendæ, & cum eodem sensu procedit *Surd. de alimen. loco cit. num.* 24. dum loquitur de casu in quo scripto hærede filio, relictus fuerat patri usufructus resolvendus in alimenta juxta consuetudinem *Bulgari*, quam rationem optimè ponderat *Morotius ubi suprà num.* 22. & cum eo *Giurb. ubi suprà*, licèt & isto casu contrarium veriùs putet *Caracciol. dicta decis.* 1. *num.* 19:

Et sic ubi legatum factum patri est in proprietate, tunc nulla adest auctoritas quæ patri adversetur, & pro eo stant *Paris. Morot. Giurb. & Carracciolus*; Et licèt in his terminis loquatur *decis.* 547. *par.* 4. *recent.* ubi de filio scripto hærede cum legato scut. 50 ad favorem patris; Attamen, ut patet ex contextu decisionis, in eo casu ex multis conjecturis clara est voluntas testatoris, inter quas conjecturas connectitur tertio loco ista omnium debilior, & sic dicta decisio verè non facit auctoritatem in quæstione; Sed neque hic erat casus noster, quia neque filia instituta erat hæres, & consequenter istæ quoque auctoritates erant extraneæ.

Quartus demùm casus est ad rem præcisè adap-
6 tabilis, ubi testator alio scripto hærede, legat in eodem testamento patri & filio utrique in proprietate tanquam per separatas ac diversas dispositiones, & tunc, aut ex facti circumstantiis constat affectionem principaliter directam esse in filium, pro quo pro majori parte dispositum sit, nulla verò particularis ratio urgeat erga patrem, & intrare videtur eadem ratio ponderata per *Mandell. dicto cons:* 110. quod scilicet patri tale legatum relictum censeatur in præmium seù compensationem dicti ususfructus legalis, quem ità implicitè præsupposuit ei acquirendum non esse juxtà deducta *decis* 574. *par.* 3 *rec.* Aut æqualis fuit affectio, itaut unum legatum ab altero dependentiam non habeat; Et multomagis, ubi major est ergà patrem, cujus intuitu & contemplatione potiùs filio illud relictum censetur; Et tunc ubi etiam favore filii respondendum esset, ad effectum scilicet excludendi peculium profectitium seu necessitatem imputandi in legitimam, aut in dotem à patre filio debitam, ut pro imputatione regulariter respondendum videtur ex deductis *per Surd cons.* 488. *num.* 15. *cum sequen. Merlin, de legitima lib.* 2. *tit.* 2. *q.* 16. *num.* 8, *cum sequen. & num.* 17 *cum sequen.* & habetur *sub tit. de dote*, Et adhuc probabilior videtur opinio *Morotij dicto cons.* 18. *ac Parij.* & aliorum apud eum, quam sequuntur moderniores ut suprà, rejecta illa *Surd. de alimentis tit.* 2. *q.* 15. *num.* 24. *in fine*, quem specialiter *reprobat Morot.* quoniam est cumulare plures exorbitantias & specialitates, impediendo scilicèt, ne illa dispositio facta filio magis contemplatione patris, quo mediante testatori conjungitur, efficiatur peculium profectitium, seù non cadat sub imputatione, & quod neque retineat naturam peculii adventitii in ordine ad usumfructum legalem patri in hoc peculio debitum.

Et quamvis in contrarium urgere videretur
7 ratio cujusdam circuitus inanis, ità distinctè legando patri & filio, quasi quod nisi testator voluisset legatum filio pleno jure facere, poterat totum patri relinquere cum onere restituendi filio; Nihilominus duplex ratio concurrere videtur dicti circuitus exclusiva; & compatibilis cum isto usufructu legali, pro cujus præsumpta seu conjecturali prohibitione concordant DD. requiri conjecturas concludentes & univocas ex deductis *in Romana usufructus de Columna disc:* 60. & alibi; Prima enim ratio generalis est ad tollendum omne dubium, quod cadere posset super imputatione vel collatione cum aliis filiis tunc natis vel in futurum nascituris, sive ne patris creditoribus jus quæratur cum similibus; Et altera particularis in hac facti specie, quod cum ageretur de puella, quam testatoriam approximante ac eminenti nubili ætate cogitavit nubendam esse, ità voluit directè ei hoc legatum facere, ut cum hoc palatio tanquam re prompta & qualificata, magisque tuta & immuni ab hypothecis vel aliis juribus quæ super bonis patris cadere possent, dos constitueretur, absque necessitate expectandi purificationem conditionis mortis patris, quæ requiritur, ubi proceditur per viam substitutionis. Et quamvis ista consideratio potiùs retorqueri posset, atque pro meo judicio esset potentior ratio seu conjectura exclusiva
8 dicti ususfructus, quamvis neque per scribentes in contrarium, neque in decisionibus ità deducta, quia cum dos principaliter constituatur pro obtinendo fructu, cum quo matrimonii onera supportanda sunt, atque puellis nubendis ad hunc finem legata fieri soleant, ideò incongruit hic ususfructus legalis duraturus durante vita patris, & consequenter ista videatur una ex conjecturis inducentibus exclusionem seù prohibitionem.

Nihilominus, etiam in solo sensu veritatis credebam hanc eamdem considerationem retorqueri in ordine ad alium punctum dotis juxtà deducta in dicta alia materia dotali ut supra, quod scilicet testator ità consideraverit germanum fratrem vel in toto vel in parte ab hoc dotationis onere sublevare, saltem ad effectum, ut vivens cogendus non esset ad aliam dotem ex integro filiæ jam diviti & provisæ constituendam, sed ad solum supplementum; Et sic quod ista esset circumstantia, ob quam facilius recipienda sit opinio *Covarr. Sanchez*, & aliorum, de quibus *dictis disc.* 1: *& seq. sub tit. de dote*, ut bona propria non habeantur in consideratione etiamsi dici non posset effici peculium profectitium ad effectum imputationis in legitimam; Sed nimium exorbitans videbatur, ac verisimili testatoris voluntati contrarium cumulare tot rigores ac specialitates, quod scilicet istud legatum censendum non esset factum intuitu & contemplatione patris ad dictum effectum peculii profectitii seu imputationis; Et ulterius, quod neque in eo tanquam peculio adventitio acquireretur ususfructus legalis, necnon, quod neque illius ratio habenda esset ad effectum excusandi patrem dotando filiam eo invito nubentem jam ditatam & provisam, ideoque cum istis considerationibus vel similibus procedendum videtur in hujusmodi quæstionibus, quæ sunt magis facti & voluntatis quàm juris non autem cum regulis seù doctrinis generalibus cum hic videatur unus ex majoribus ac frequentioribus juristarum erroribus & æquivocis quoniam quæstiones facti & voluntatis cum singulorum casuum individuis & particularibus circumstantiis decidendæ sunt.

* * *
* *

BONONIEN.

USUSFRUCTUS DE PEPULIS

PRO

MARCHIONE PEPULO.

Responsum pro veritate.

An usufructus legalis debitus patri in bonis adventitiis filii, competat in bonis fideicommisso vel primogenituræ subjectis.

SUMMARIUM.

1. *Facti series.*
2. *An usufructus competat patri in bonis fideicommissariis.*
3. *Vbi filius acquirit solum usumfructum, quid patri debeatur.*
4. *Gravatus fideicommisso an sit Dominus vel usufructarius.*
5. *An per alienationis prohibitionem censeatur prohibitus usufructus patri.*
6. *De aliqua conjectura prohibitionis.*

DISC. LXIII.

1 N. DE PEPULIS habens filium, vel bannitum, vel longe absentem, itaut incertus esset ejus reditus ad patriam, & filiam jam nuptam alteri de eadem eius familia, in testamento sub quo decessit in eventum, quum dictus masculus non rediret, dictam filiam instituit, cui substituit eius primogenitum masculum, cum perpetuo successivo fideicommisso de primogenito in primogenitum durante linea masculina, qua extincta, vocavit cum eodem onere fideicommissi quosdam transversales; Quia vero inter cætera eius bona quoddam castrum jurisdictionale possidebat, istud reliquit genero, donec & quousque ex dicta eius filia nasceretur filius masculus, ad quem illicò dictum castrum pertinere voluit, eidem tamen primogenituræ vinculo ut supra obnoxium; Unde suscepto filio dicto masculo ex dicta testatoris filia eaque defuncta, orta est dubitatio; An ex bonis à dicto testatore in dictum masculum superstitem ex dicta filia defuncta obventis, stante onere fideicommissi deberetur patri usufructus.

Et pro veritate consultus, Respondi me contra
2 patrem forsan requirentem habere difficultatem, licet enim ista sit quæstio, in qua DD. hinc inde scinduntur, affirmativam namque, ut scilicet etiam in bonis cum onere fideicommissi vel primogenituræ ad filium obventis pater habeat usumfructum quasi quod stante generalitate *text. in l. cum oportet C. de bon. quæ liber.* regulariter procedere debeat, dum in jure iste casus non reperitur exceptus, ut post alios ab eis allegatos tenent *Suarez. in quæst. majoratus post repetitiones num. 9. Molina de primogen. lib. 1. cap. 19. num. 18. admittit Menoch. cons. 1022. num. 6. Caracciol. dec. prima.*

Negativam verò tenent *Ripa, Baldus, Soccinus, Cravetta, & cæteri relati per Surd. cons. 116. num. 56. & 57. cum seq.* & hanc opinionem sequuta est Rota *in Romana usus fruct. 28. Maij 1607 coram Marco Monti*, neque memoria suggerit Rotam modernam hunc articulum formiter examinasse, cum solùm orta quadam consimili controversia inter patrem & filium, in quem bona fideicommissi oneri obnoxia obvenerant, illaque disputata in solo possessorio retinendæ, cui scilicet debita esset manutentio hujusmodi lite in petitorio pendente, responsum fuit pro filio, *ut in Romana manutentionis 28. Junij 1652. coram Dunozetto inter suas dec. 922.*

Hanc secundam filio favorabilem dixi, mihi juxta sensum veritatis videri magis veram & rationabilem, quia cum proprietatis liberum dominium & dispositionem non habeat, sed tota eius utilitas consistat in redditum seu fructuum perceptione eius vita durante, itaut licet legaliter ex veriori sententia sit dominium resolutioni subjectum attamen quoad effectum videtur potius species usufructus, hi iste patri acquirendus esset, successio quoad eum remanere posset inanis ob eius prædecessum patri vel brevem obitum post illum patris.

Et ex qua ratione semper mihi placuit, ac verior visa est opinio de qua DD. *in auth. idem est C. de bon. quæ liber.* quod scilicet ubi filio solus usufructus relictus est, pater prætendere non potest nisi, vel solam commoditatem consistentem in rebus ad eius usum necessariis, eo modo, quo illa sibi conceditur in feudis & aliis in quibus ex legis dispositione non autem hominis prohibitione usufructus ei non quæritur, vel usumfructum ipsorum fructuum in sortem conversorum, eodem modo quo habetur de viro, cui non jus percipiendi fructus, sed ipsi fructus principaliter in dotem dentur juxta decisionem *Merlini 843.* cum aliis *in Romana fructuum seu dotis sub tit. de Regalibus ad materiam locorum montium disc. 28.* & quam opinionem sequuntur congesti per *Castill. c. 63. n. 16. cum seq.* 3

Nullatenus autem arridet opinio, quam ex *Cino* tenere profitentur *Gabr. cons. 162. vol. 2. & idem Castill. num 20.* quoniam ita filio patri prædecedente legatum remaneret omnino inutile, neque in eo daretur acquisitio proprietatis contradistincta ab usufructu, qui patri debetur, solumque puto exemptionem patris à restitutione finito usufructu procedere respectu eius, quod percepit ratione solius commoditatis, quam omnino erroneum mihi videtur in pleno usufructus effectu verificari.

Ponderando etiam quod lex novissima decrevit patri hujusmodi usumfructum loco illius proprietatis, quam alias de iure antiquo in bonis filio familias delatis pater acquirebat, unde si hunc usumfructum acquireret, juris novissimi dispositio 4
fine aliquo effectu remaneret, quia pater obtineret totum id, quod jus antiquum ei decernebat.

Licet enim juxta magis receptam opinionem fideicommissarius sit potius dominus resolubiliter quam usufructuarius *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 19. num. 4. & seqq. Rot. dec. 200. num. 13 part. rec.* Et habetur pluries deductum in sua materia *sub tit. de fideicomm.* ac etiam sæpius in materia Bullæ Baronum *sub tit. de feudis*, præsertim *disc. 89.* Nihilominus id recte procedit ad alios juris effectus ex uno vel alio titulo resultantes, sed quoad effectum utilitatis & commodi bursalis, in substantia videtur idem, quia fideicommissarius gravatus eo fideicommisso, quod est certo extiturum, itaut vel physicè vel moraliter sperare non possit ob substitutorum prædecessum fideicommissi caducationem & bonorum libertatem, quia nempe Ecclesia vel alia manus mortua substituta sit, sive etiam vocatum aliquod genus verisimiliter eo vivente non periturum, in effectu gravatus aliud ex hæra-

hæreditate percipere non dicitur nisi fruitionem pro tempore eius vitæ.

Fortius hæc procedere dicebam in præsenti stante strictissima prohibitione alienationis, qua concurrente *idem Molina*, qui partes patris tenet
5 *dicto cap. 19. num. 29.* dubitat, & cum eo pertransit *Menoch. d. cons. 1022. num. 6.* & comprobat *Surd. d. cons. 116. num. 30*; Licet etiam ista circumstantia accedente adhuc contra filium dubitent *Caracciolus dicta decis. 1. & Andreol. dicta controv. 224. n. 10.*

Considerabam etiam pro ratione dubitandi contra patrem conjecturam voluntatis testatoris
6 resultantem à modo disponendi de dicto castro jurisdictionali, quod reliquit Genero solùm donec & quousque nasceretur filius masculus, quo nato, voluit illico, ad istum spectare, unde resultare videtur præsumptio quod habuerit in animo, usumfructum patri non esse acquirendum, quia cum legalis ususfructus annexam etiam habeat administrationem, & jurisdictionis exercitium, utique fere inepta remaneret ista dispositio, nam pater ita in ejusdem jurisdictionis administratione continuaret, cumque fideicommissum sit species servitutis, & ususfructus sit etiam servitus, esset ita dare servitutem servitutis de jure non admittendam, & ex qua ratione inter alias recepta conclusio est, in feudis patrem non habere hunc legalem usumfructum, seu quamdam solam commoditatem, ut incidenter insinuatur *Romana ususfructus de Columna disc. 60.*

EUGUBINA

VSVSFRVCTVS

PRO

PETRO ANTONIO MAGGIOLO,

CVM

PRESILIA FILIA.

Responsum pro veritate.

De eadem materia ususfructus legalis competentis patri in bonis adventitiis filiorum, an cesset ob contrariam voluntatem testatoris.

SVMMARIVM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *Vsusfructus legalis competens patri in bonis filij cessat concurrente hominis prohibitione etiã tacita.*
3. *De probatione voluntatis conjecturatæ.*
4. *Quando neque commoditas patri acquiratur.*
5. *Pendente tali controversia filius manutenetur.*
6. *Ad probandam voluntatis declarationem sufficiunt testes singulares.*

Cardin. de Luca de Servitutibus.

DISC. LXIV.

BARTHOLOMÆUS reliquit Presillæ uxori nonnulla bona, super quibus usumfructum prætendebat Petrus Antonius pater, à 1
quo pro veritate consultus dixi, me non levem contra ipsum requirentem sentire difficultatem, ideoque quamcumque concordiam cum filia consului; Licet enim ipse fundatam haberet intentionem in clara dispositione *text. in l. cum oportet C. de bon. quæ liber.* Attamen cessat ejus dispositio concurrente testatoris prohibitione, super qua necessaria non est voluntas clara & expressa, sed sufficit 2
etiam tacita, conjecturalis & præsumpta, ut firmant communiter *DD. in Auth. Excipitur, ut in l. cum filiofam. ff. de legat. 1. de quibus Castill. de usufr. cap. 3. num. 55. & seqq. Paschal. de patr. potest. par. 1. cap. 3. num. 38. Surd. cons. 116. num. 54. & seqq. & consil. 143. num. 21. Andreol. controv. 224. num. 1. Merlin. lib. 1. controv. 29. numer. 21. cum seqq. & habetur disc. præced.*; Est bene verum, quod conjecturæ debent esse urgentes & tales, quod non nisi dicta prohibitio ex eis resultet, itaut æquivocæ non sufficiant *Molin. de primogen. lib. 1. cap. 19. num. 31. Paschal. d. cap. 3. num. 38. Castill. d. cap. 3. num. 57. cum alijs d. disc. præced. & disc. 60.*

In isto casu aderant testes in magno numero deponentes de voluntate testatoris, quod de bonis per eum uxori relictis esset ista libera & absoluta domina, itaùt commodius cum eis denuò nubere, vel decentius etiam cum curru vivere posset, quæ utique equi non potuissent, si ususfructus deberetur patri, qui posset filiæ supervivere; Sed quod magis me movebat, erat explicata per eosdem testes expressa voluntas, quod de hujusmodi bonis nihil ad ejusdem Presillæ conjunctos spectare deberet, ac nihil ad Oppidum Cathiani, ubi pater vivebat, 3
adducere vel mittere deberet, addita etiam per unum testem ratione inimicitiæ, seu modicæ affectionis inter testatorem, & uxoris patrem, aliosque conjunctos, quo casu res est indubitata.

Adeoùt quamvis ubi patri de jure in adventitiis non quæritur ususfructus, acquiratur tamen com- 4
moditas, adhuc tamen ista cesset, ubi constat testatorem ad hujusmodi prohibitionem inductum esse, nedùm ex benevolentia erga filium familias, sed etiam ex odio vel modica affectione erga patrem, ut communi calculo firmant DD. suprà citati, & alii de materia agentes.

Clariùs verò quia ultrà testatoris assertionem à tertio teste probatam, aliundè constabat de dicta inimicitia, vel saltem modica benevolentia, ac etiam quia ex testamenti tenore constabat, testatorem, exequutionem legatorum vel onerum, ipsamque dispositionem direxisse ad ipsam Presillam, ex hoc enim disponendi modo resultat conjectura prohibitionis ususfructus, quia cùm hic importet etiam administrationem, verba in patrem potiùs dirigi debuissent *ad textum cum gloss. in l. si ususfructus §. si ita quis ff. quando dies legati cedat, ubi Bart. num. 1. Surd. dict. cons. 116. num. 55. Menoch. cons. 1022. num. 1. Gabr. cons. 118. num. 12. vol. 1. & dicto disc. præced. & disc. 60.*

Et quando super his omnibus aliqua subesset difficultas, adhuc tamen, dicebam quod donec articulus disputatur in petitorio terminando per tres conformes, interim in possessorio manutentio deberetur filiæ, ut in puncto dixit Rota *in Romana manutentionis coram Dunozetto inter suas decis. 922.*

Undè propterea patri magis expedire dixi concordiam, cùm ei in gravi ætate constituto non expediret expectare exitum adeò incertum trium conformium, & interim litis expensas cum filia subsistinere.

Nec obstare credebam, quod testes non essent rogati, ac singulares, quia non agebatur de probando testamento vel legato, sed solùm de declaranda testatoris voluntate, pro qua si sufficiunt conjecturæ & præsumptiones, multò magis sufficere debent testes de illa explicitè deponentes; Undè non videtur necessaria solemnitas rogitus, neque obstat singularitas, ubi non est obstativa, sed adminiculativa, quæ sufficit, ut in specie probandi voluntatem declarativam testatoris, quod sufficiant testes singulares *Mantic. de conjectur. lib. 12. tit. 18. num. 18. Burat. decis. 168. num. 22. & 616. num. 16. Rot dec. 257. num. 9. part. 7. rec. Catacen. hæreditatis 28 Maij & 24. Novembris 1649 coram Cerro 3. 0. & 350. part. 10. rec. Romana bonorum seù usufructus 19 Ianuarij 1652. Zarata decis. 211. part. 11. rec. & in aliis.* Distinctio autem motivata inter probationem voluntatis importantis novam dispositionem & declarationem, ut primo casu requirantur septem, vel quinque testes rogati & contestes est vera, sed deficiebat applicatio, quia versabamur in secundo casu declarationis.

ROMANA

SEV

ALBANEN. LEGATI

PRO

CARDINALI RAGGIO

CVM

CONFRATERNITATE CHARITATIS SANCTI HIERONYMI DE URBE.

Casus resolutus per A. C. ad favorem Cardinalis, qui victoriæ postmodum ex charitate, & benevolentia cessit.

Facto legato habitationis seù hospitii in certa domo per hæredem legatario præstandi, an talis domus alienari possit cum dicto onere per emptorem adimplendo, vel potius legatarius impedire possit alienationem, ac petere sibi præstari hospitium ab ipso hærede, licitè recusando illud recipere à tertio.

SVMMARIVM.

1. Facti series.
2. *Dominus domus, cujus habitatio, vel hospitium alteri competit, an possit illam vendere invito eo cui habitatio debetur.*
3. *Proprietarius alienare potest proprietatem, & usufructuarius non impedit.*
4. *Secùs ubi agitur de hospitio, & de rationibus dubitationis.*
5. *Quando ex legato habitationis infertur ad legatum ipsius rei.*
6. *Legatarius habitationis an possit domum locare, vel aliis ad habitandum concedere.*
7. *Quando importet servitutem.*
8. *Et quando non importet servitutem, neque jus, sed simplicem facultatem, & de differentia.*
9. *Quandoque importat jus honorificum, seù clientelam & devotionem.*
10. *Et isto casu impleri non potest per substitutum.*
11. *Servitium feudale an per feudatarium præstari possit per substitutum.*

DISC. LXV.

Andreas Factorius Urbis incola, occasione plurium vinearum, quas habebat in territorio Albani, possidebat etiam in eadem Civitate domum attenta loci proportione conspicuam & oportunam, in qua consuetudinem habebat satis hilari animo hospitio recipiendi Cardinales, Prælatos, vel alios, qui tempore Veris & Autumni recreationis gratia per aliquos dies ibi commorari eligerent, inter quos frequentius hospitio recipere consueverat Cardinalem Raggium juniorem, cujus hospitium in eo consistebat, quod retentis pro seipso aliquibus mansionibus appartamenti superioris ad habitandum, ac tinello, aliisque officinis ad vindemiarum usum destinatis, appartamentum nobile cum aliis inferioribus officinis ad Magnatis usum necessariis & congruis, unà cum necessaria supellectili assignabat, nec non ligna, vinum pro mensa ipsius Cardinalis, ac fœnum & blades pro equis currus subministrabat. 1

Moriens igitur scripta hærede universali insigni Archiconfraternitate Charitatis Urbis in Ecclesia sancti Hieronymi existentis, mandavit in eodem hospitio dictum Cardinalem ejus vita durante in dictis temporibus Veris & Autumni à dicto hærede recipiendum esse cum omnium pramissorum subministratione, eodem modo quo ipse vivens illum recipere consueverat; Cùmque ejus morte sequuta, dictæ Archiconfraternitatis officiales minus expedire crederent incumbere culturæ vinearum, ob quarum usum necessaria erat dicta domus, & sine qua vineæ non de facili vel longè minori pretio vendi potuissent, tam domum quàm vineas de facto vendiderunt, injuncto emptori onere adimplendi in omnibus legatum prædictum juxta testatoris dispositionem.

Cui venditioni se opponente Cardinali, orta est lis coram A. C. coram quo ex parte Confraternitatis dicebatur, hujusmodi legatum non importare rei legatæ dominium, sed tantùm quamdam servitutem, seù ejus speciem, per quam Dominus fundi servientis non impeditur illum alienare, dummodò servituti non præjudicetur, quia nempè novus Dominus, in quem alienatio fiat eamdem præstare se offerat, allegando in his proximis terminis *Castrens. in l. 2. C. de usufruct. & cæteros deductos per Castill. de usufruct. cap. 34. nu. 8. cum seqq.* ubi confutatis contrarium tenentibus veriùs de jure probatur proprietarium non prohiberi vendere, vel hypothecare proprietatem, seù aliàs de ea disponere, dummodò salvum remaneat jus usufructuarii, cujus nihil interest proprietatem ab uno vel ab altero possideri, quoties ipse jus suum assequitur, neque ex mutatione personæ ejus conditio fit deterior, quos terminos rectè pro Confraternitate agentes applicari dicebant casui controverso, præsertim 2 3

quia,

quia, cum Confraternitas sit corpus inanimatum, de necessitate in hoc hospitio faciendo repræsentandum per aliquem ministrum, nihil hospitandi intererat dictum actum explicari à ministro, vel ab emptore, qui ministri vices rectè implere dicebatur.

Pro Cardinali autem scribens, etiam cum sen
4 sù veritatis, quatenus ad juris rigorem pertinet, dicebam nullatenus dictæ venditioni locum fore, sed hospitium omninò præstari debere per ipsam Confraternitatem tanquam hæredem ac repræsentantem personam benevoli testatoris, atque ità post magnam discussionem judicatum fuit & judicium credidi juridicum.

Ad hoc autem probandum adducebam in primis auctoritatem *Afflic. dec. 34. in princ.* ubi absolute in his terminis punctualibus supponitur, ut promissa alicui habitatione in domo sua, mortuo promittente non possit hæres domum vendere in præ-
5 judicium ejus, cui habitatio debita est, ideòque cum adesset auctoritas individualis absque contradicente, ista debebat attendi non curatis similibus vel generalibus, *ut dec. 543. num. 1. diverf. 721. num. 5. par. 2. recent. & in alijs.*

Verùm quia genium semper abhorruit ambulare cum solis auctoritatibus, non examinando eorum rationes & fundamenta, idcircò materiam
6 per rationes ac terminos discurrendo; Dicebam in proposito legatæ habitationis, plures casus distinguendos esse, quorum primus est, ubi substantia legati incipit ab ipsa domo, cujus habitatio accessoriè seù consecutivè enunciatur, quia nempè dicatur relinqui domum ad habitandum, & tunc non cadit inspectio legatæ habitationis, quia non habitatio, sed ipsa rei proprietas relicta intelligitur; Aut legati substantia incipit ab habitatione, & tunc etiam distinguendum est, an relinquatur habitatio domus, vel in domo. Primò enim casu ipsa rei utilitas ad vitam legatarii sub nomine habitationis relicta censetur, itaut nedum per seipsum privativè ad alios illam habitare valeat, sed aliis etiam locare, seù aliàs concedere possit *ad text. in l. cum antiquitas C. de usufr. & §. ante penult. Instit. de usu & habit. Afflict. dec. 401. num. 7. Castill. de usufr. cap: 28 num. 23. & 24.* & tunc speciem servitutis personalis adinstar usufructus importare di-
7 citur tanquam jus legatario competens, atque in his terminis rectè procedere dicebam deducta ex parte Confraternitatis in terminis usufructus super libertate vendendi proprietatem, seu aliàs de ea disponendi, dummodo ex hujusmodi dispositione jus legatarii deterius non fiat, qui ejus jure non impedito, nihil sua interest proprietatem ab uno vel altero possideri.

Altero verò casu, in quo alicui relinquatur habitatio in domo, & tunc veriùs est legatum non
8 importare veram servitutem, neque jus, sed simplicem facultatem seù commoditatem habitandi, prout nudi facti est, itaut aliis locari, seù cedi non possit, sed sit facultas merè personalis, neque jus privativum ab hæredibus prætendi valeat, cum relicta censeatur facultas seù commoditas habitandi juxtà qualitatem personæ, & prout ejus necessitas, moralis tamen à convenientiæ & honestatis ratione regulata exigit, ut benè & magistraliter probat *Decius cons. 355. per tot.* atque hic est casus, de quo *Afflict. dec. 34.*, quia nempè socer per contractum, genero ejusque familiæ promiserat habitationem in domo, & tunc rectè intrat dubitatio, an proprietarius hujusmodi domum alteri vendere possit, seù alias personas, vel gratuitò, vel *sub titulo locationis* ad habitandum introducere, & de quo habetur *disc. sequen.*

In nullo verò ex his casibus versari observabam, quia testator nec habitationem domus, nec in domo reliquerat, sed hæredi injunxerat onus hospitii, eo modo quo ipse vivens illud præstare consueverat; Hoc autem videtur magis legatum continens respectivè obsequii & honorificentiæ continuationem, quod scilicèt vivente Cardinali 9
voluerit testator ejus hæredem utpotè ipsius personam repræsentantem præstare illud idem obsequium, ac devotionis, seu clientelæ inditium quod ille præstabat; Et econversò recipere eam honorificentiam quam Cardinalium vel Magnatum hospitium hospitantibus causat, ut ità saltem pro tempore quo dictus Cardinalis vixerit, ipsius testatoris memoria viveret, ideòque dicebam esse merum jus
personale activè & passive non adimplendum 10
per alium, cum implementi effectus potius consistat in qualitate personæ dantis & respective recipientis, quam in ipsamet rei præstandæ vel recipiendæ substantia.

Unde quemadmodum Cardinalis hujusmodi hospitii facultatem seù commoditatem alteri locare vel concedere sine dubio non poterat, ità econversò dicere poterat nolle à tertio ignoto & forsan parùm grato hujusmodi hospitium recipere, cum Magnates ad privatorum domus accedere soliti, potiùs in gratiam personarum quàm ipsarum domuum materialium id facere soleant, neque hæc est commoditas bursalis, sed honorifica, ut quotidiè experimur in Regibus, Principibus, aliisque Magnatibus eatenùs hospitium in aliqua domo recipere solitis, quatenùs illa per fideles seù devotos & benevolos possideatur; Secùs si eadem ad tertium ignotum, vel minùs gratum, seù aliàs disparis conditionis transeat.

Ad quod de jure etiam probandum adducebam, quæ habemus de servitiis, vel obsequiis per 11
vasallum, seù feudatarium Domino præstandis, quia ubi non sunt merè pecuniaria in solo interesse bursali consistentia, neque in contrarium obstat conventio vel consuetudo præstanda sunt ab ipso feudatario, qui per substitutum, excepto casu legitimi impedimenti, ad ea præstanda non admittitur, *ut ex Isernia, Afflict. Capicio, & cæteris feudistis plenè deducit Rosenthal. de feud. cap. 8. conclus. 23. n. 1. & seq.* quia vis obsequii non consistit in ipsa re, sed in qualitate personæ illud præstantis; Ut exemplificari potest in equo, qui in die Sancti Petri præstatur per Regem Catholicum pro Regno Neapolitano mediante ejus Oratore cum tanta pompa, & utriusque, dantis scilicet & recipientis honorificentia, quia vis non consistit in valore equi, neque in simplici actu præstationis, sed in qualitate personarum dantis, ac respectivè recipientis, & in modo.

Atque in proposito deducebantur decisiones *in Vrbinaten. prædij 3. Iunij 1650, & 12. Iunij 1654. coram Bichio*, quarum prima est impressa *post Paitellum dec. 48. & dec. 42. part. 11. rec.* in quibus deducitur fideicommissum perpetuum & successivum in quodam prædio nuncupato *la foglia* propterea inalienabili, ex eo quod testator præceperat singulis annis ibi hospitio recipi debere Ducem Urbini, ejusque descendentes & successores, eo modo quo ipse recipere consueverat, in transitu solito à Civitate Urbini ad illam Pisauri, quia dicitur jus honorificum, & respectivè obsequiale residens in personis non in re.

Hinc non benè dicebant agentes pro Confraternitate, quod emptor ita gereret vices illius Ministri, quo mediante dictum onus implendum erat, quod aliàs adimpleri non poterat per ipsammet Confraternitatem, tanquam corpus fictum & inanimatum; Ubi enim id fit per Ministrum, iste dicitur repræsentare ipsam Confraternitatem repræsentantem personam defuncti; Hæc autem repræsentatio non datur in quolibet extraneo possessore, qui pluries mutari potest, & ad cujus domum aliàs Cardinalis non accederet, cùm tunc non diceretur hospitio recipi ab hærede repræsentante benevolum testatorem jure obsequii, sed à tertio ignoto vel parùm grato. Et juxta præmissa judicatum fuit pro Cardinali, qui post victoriam ex motivo charitatis cuicumque ejus juri munificentissimè cessit.

ROMANA

LEGATI HABITATIONIS

PRO

DUCISSA MARIA ALDOBRANDINA,

CUM

DUCISSA PORTIA CESIA.

Casus decisus per Rotam, ut infrà.

Relicta alicui habitatione cum hærede, an legatarius possit suum jus alteri cedere, ac domum vel partem pro ejus habitatione assignatam locare; Et an è converso hæres possit domum solitæ habitationis testatoris in præjudicium legatarii locare, seù alios ad habitandum introducere; Et de qua domo hujusmodi legatum intelligendum sit; ac aliis ad materiam, &c.

SUMMARIUM.

1. *Facti series.*
2. *Resolutio causæ.*
3. *Legatarius habitationis potest domum locare, vel aliis concedere.*
4. *Secus si sit legata solùm facultas habitandi.*
5. *Quando hæc sola facultas relicta dicatur.*
6. *Legatum habitationis censetur in domo solitæ habitari per testatorem.*
7. *Si est legatum factum uxori, censetur eo modo, quo ipsa, vivente viro testatore habitabat.*
8. *Ex qualitate personæ judicandum est, quomodo habitatio præstanda sit.*
9. *An hæres invito legatario introducere possit alios ad habitandum in eadem domo.*
10. *Legatum alimentorum an contra judicium testatoris peti possit extra domum hæredis.*
11. *Quomodo fratribus secundogenitis habitatio à primogenito præstanda sit.*

DISC. LXVI.

DEcedens absque prole Franciscus Maria Cesius Dux Ceræ, scripta hærede Portia sorore, cum substitutionibus ad rem non facientibus, Mariæ Aldobrandinæ uxori habitationem reliquit cum eadem hærede, inter quas mortuo testatore, juxta mulierum consuetudinem plures exortæ fuerunt controversiæ, præsertim circa dictum legatum habitationis; Primò, an illud dictæ legatariæ præcisè deberetur in ipso palatio Ducum Ceriæ, in quo testator habitare consueverat & obierat, & in ipsomet nobiliori appartamento, in quo eadem Ducissa vivente viro habitabat; Secundò, an dicta Ducissa Portia hæres, invita præfata Ducissa legataria introducere posset ad habitandum in eodem palatio Comitissam Borromeam alteram sororem sibi substitutam; Et tertiò an dicta Ducissa legataria appartamentum cum aliis mansionibus & officinis pro familia sibi assignandum aliis locare seù gratuitò cedere posset, super quibus omnibus dicta legataria consilium à me & aliis petiit, tam in scriptis, quàm in congressu habito pro directione causæ; Sed quamvis super omnibus discursum fuerit, nihilominus ob ejusdem Ducissæ discessum ab Urbe absque probabili spe celeris regressus, inanis remansit discursus super primo & secundo puncto, solùmque commissa causa *in Rota coram Cerro*, actum fuit de tertio, quem decidi expediebat, dum aliàs stante absentia, legatum nullius remanebat utilitatis; Et assumpta disputatione sub *die 17. Martii 1665.* prodiit resolutio legatariæ absenti præjudicialis circa facultatem locandi vel aliis concendi, ad ejusdem verò præsentis favorem, confirmando manutentionem à judice primæ instantiæ sibi concessam, rejecta exceptione hæredis, quod palatium non esset hæreditarium, sed spectaret ad fideicommissum sibi debitum ex persona propria, ex regula, quod hæres tenetur habere ratum factum defuncti etiam in bonis & juribus propriis, licet in hac disputatione Rotali ego non scripserim, utpotè medio tempore per dictam hæredem evocatus ad defensionem plurium graviorum causarum, præsertim in Romana Contributionis, de qua *sub tit. de feudis ad materiam Bullæ Baronum*, & propterea abstinui, sed ex discursu præcedenter edito pro veritate penè totum desumptum fuit.

In dicto igitur discursu, quatenus pertinet ad hunc tertium punctum in Rota postmodum disputatum, resolutio fuit juxta votum, undè in congressu mea sententia fuit illum assumendum non esse, utpotè parùm probabilem; Licèt enim legatario habitationis concedatur facultas domum, cujus habitatio sibi relicta est, locandi vel alteri concedendi juxta textum clarum *in l. cùm antiquitas Cod. de usufructu*, cujus dispositio de plano intraret in præsenti casu, quando reverà ageretur de legato habitationis domus, cùm esset per ultimam voluntatem, quoniam quæstio est, ubi concedatur vel reservatur per actum inter vivos ex deductis in magistrali *decisione 401. Afflicti*, ubi verius firmatur idem quoque isto casu procedere.

Nihilominus cessabat applicatio ad factum, cùm reverà legatum non contineret habitationem tanquam jus vel servitutem in re, sed solùm facultatem habitandi cum hærede, & sic quamdam speciem continuationis ejusdem vitæ, quàm legataria deducebat, vivente ipso testatore, cujus personam hæres fictè repræsentat, eo quia uxor quamvis

vis vidua durante viduitate censetur, ac si continuaret in conjugio, undè expedit famæ & existimationi viri eam honorificè vivere & tractari, & hoc est, quod propriè testator disponere voluit, quo casu cùm hæc facultas dicatur jus merè personale alteri non cessibile, idircò non competit facultas locandi vel alteri cedendi juxta distinctionem, de qua *post*
4 *Fulgos. cons. 207. num. 2. Dec. cons. 335.* quod reputatur in materia magistrale, in terminis uxoris *Vrsill. ad Afflict. dicta decis. 401. num. 2.* & est distinctio communiter recepta, quod scilicet aliud sit legatum habitationis ipsius domus simpliciter, aliud sit legatum facultatis habitandi in domo cum hærede *ex deductis per Surd. de alimentis tit. 2, quæst: 1, num: 25. Mantic: de conjectur. lib. 9. tit. 4. num. 8. cum sequen: Gratian. discept. 775. numer. 72. cum sequent.*
5 *Castill: de usufructu cap. 28. num. 27.* cum aliis in decisione desuper edita, ubi benè ponderatur, quod cùm testator hujusmodi legatum restrinxerit ad tempus seù statum viduitatis, ita clara resultabat voluntas, quod aliud gerere noluerit, nisi providere personam de congrua habitatione, donec ejusdem testatoris existimationi ita expediret; Ac etiam quia dum hujusmodi habitationem mandavit insimul cum hærede, quæ erat mulier & soror, prorsus incongruum & improbabile est, ut facultatem dare voluerit aliis locandi vel concedendi, undè propterea resolutio omninò justa & probabilis visa est.

Quoverò ad primum punctum supradictum, an scilicet dicta habitatio præcisè deberetur in ipso palatio, & in eodem appartamento, respondi bonum jus assistere legatariæ ex regula, quod ubi testator
6 non exprimit domum, sentire censetur de illa suæ habitationis *ex deductis per Gabriel. cons 98. num. 4. lib. 1. Menoch. cons. 329 num. 12. & lib 4. præsumpt. 106. num. 3* & firmatur in hujus causæ decisione; Et dum in vita testator uxori dictum appartamentum destinavit, eadem destinatio durare censetur, itaùt legatum continere dicatur quamdam continuationem
7 seù perseverantiam ejusdem status, ut in terminis *Berous cons. 48 num 11. lib. 2. Surd. de aliment. tit. 4. quæst. 19. num. 7.* Accedente supradicta ratione, quod scilicet uxor durante viduitate retinere dicitur eamdem dignitatem & honorificentiam, quam habebat
8 vivente viro, undè intrant deducta *per Soccin. jun. cons. 19. num. 23. cum sequen. lib. 2.* quod scilicet ex qualitate personæ desumitur, quomodo hujusmodi legatum regulandum sit.

Demùm quoad secundum punctum, an scilicet dicta Ducissa hæres introducere posset ad habitandum in eodem palatio Comitissam sororem invita ipsa legataria, contra istius oppositionem probabi-
9 lius respondendum censui, dum ob ejusdem palatii amplitudinem hæc introductio ipsi legatariæ, ejusque commoditatibus non præjudicabat, quo solùm casu dicebam oppositionem esse probabilem, qualem etiam dicebam in casu quo hæres introducere vellet ad habitandum personas extraneas, & tales, ex quarum simultanea cohabitione aliquod præjudicium honestati vel decori legatariæ resultare posset, quo casu etiam ab expresso testatoris judicio recedere licet, ut in proposito habemus de legato alimentorum uxori viduæ relicto in domo ipsius testatoris cum hærede, quod si ex causa honestatis vel alio justo motivò non conveniat uxorem legata-
10 riam ea recipere ab hæredibus, vel in ea domo, licitè defuncti judicium sperni potest, *ut decis. 157. num. 18. part. 5. recent.* & in aliis plenè cumulatis *per Add. ad dec. 636. part. 4. tom. 3. num. 145. & seqq.* ubi allegantur *Surd. Peregr. & cæteri*, & sic est materia arbitraria ex facti circumstantiis decidenda.

In proposito autem habitationis; Cùm in domo Ducis Muti seù Mutii adesset primogenitura per contractum ordinata, sub ea dispositione, quod secundogeniti vivant cum fratre primogenito in palatio, usquequo uxorem duxerint, indefinitè autem habitatio danda esset vita durante existentibus in dignitate ecclesiastica; Super duobus occasionem habui respondendi: Primò an cuidam secundogenito, qui uxorem duxerat, dicta habitatio deberetur; Et secundò, an Prælatus, qui erat absens exercendo gubernia, justè se opponere posset, ne Dux primogenitus dictum palatium locaret ob jus suæ habitationis, in domo in qua interim bona & aliquos ministros ejus servitio necessarios retinere velle dicebat.

Ad primum respondi sine dubio negativè; Tum quia erector primogenituræ clarè disposuit, donec alii uxorem ducerent; Tum etiam, quatenùs ita dispositum non esset, ratione subjectæ materiæ & verisimilis voluntatis, quod scilicet ita dispositum sit, donec fratres insimul cum quadam societate vitæ in eadem domo sub primogenito vivere possunt, quoniam cum tractu temporis plures esse possent fratres, ut in hac facti specie contingebat, dari etiam posset casus, quod omnes etiam plures uxorem ducerent & familiam procrearent, undè neque sufficeret palatium Vaticanum, ideoque procedendum cum terminis onerum, seù focularium ad effectum collectarum juxta deducta in *Sabinen. focatici sub tit. de Regal. disc. 96.*

Quò verò ad alterum, quamvis scribens pro Prælato tanquam Advocatus, *ex Fulgos. cons. 207. & Afft. dec. 34. & alijs de quibus in Romana seù Albanen. disc. præced.* substinerem palatium non posse locari; Attamen reflectendo ad veritatem credebam parùm probabilem esse prætensionem, quoties indemnitati & commoditati dicti Prælati cum alia domo esset congruè consultum juxta casum absentiæ vel præsentiæ respectivè, cùm aliàs esset species iniquitatis.

ROMANA
MANSIONVM
PRO
CARDINALI MAYDALCHINO,
CVM
PATRIBUS S. PANCRATII.

Discursus in forma supplicis libelli ad Sanctissimum.

Facta per donatorem vel concedentem reservatione aliquarum mansionum pro ejus habitatione; An reservatæ etiam censeantur aliæ necessariæ vel congruæ officinæ & mansiones pro familia, quamvis non exprimatur.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Concessa aliquare, censentur concessa omnia ea, sine quibus illa obtineri non potest.*

3. *Sub*

3. *Sub nomine* victus *quid veniat.*
4. *Quod sub habitatione veniant coquina, & aliæ officinæ necessariæ.*
5. *Habens aliquid ex alterius concessione, non potest in re concessa ita se gerere, quod concedenti præjudicet.*
6. *De differentia inter rem, quæ obtinetur ex alterius concessione, & eam, quæ sibi reservatur.*
7. *Donatoris declarationi est deferendum.*

DISC. LXVII.

1 SUPPRESSA sub *Innocentio Decimo* Religione SS. Barnabæ & Ambrosii ad nemus, Monasterium S. Pancrati ita vacans concessum fuit in Commendam Cardinali Maydalchino, qui sub *Alexandro VII.* de istius placito Ecclesiam & Monasterium materiale, fructibus & redditibus sibi reservatis, concessit Religioni Patrum discalceatorum Ordinis B. Mariæ de monte Carmelo pro Seminario Missionariorum, eidem concedenti ejusque in commenda successoribus reservatis tribus mansionibus ita oportunè collocatis, quod sint extra Religiosorum cellas & claustra, sub ea lege, ut deservire deberent ad ipsius commendatarii pro tempore usum & habitationem duntaxat. Cumque volente ibi dicto Cardinali in aliquibus anni partibus, sublevandi animi gratia ob aëris amœnitatem & salubritatem morari, id vero impossibile redderetur ob carentiam mansionum & officinarum, quæ tam pro usibus personæ, quam pro aliquibus famulis servitio præcisè necessariis omnino desiderantur, idque à dictis Religiosis verborum significationi rigorosè innitentibus denegatum esset, me consuluit, an de justitia id prætendere posset, ad effectum, ut ejus prætensione juridica existente, absque tela judiciaria per Summum Pontificem ita decerni & demandari peteret, prout à *Clemente IX.* viso supplici libello in forma juridici discursus desuper efformato, demandatum fuit.

Dicebam igitur, quod cum dictæ tres stantiæ seu mansiones ad usum & habitationem personæ dicti Cardinalis Commendatarii eiusque in commenda successorum essent reservatæ, quamvis aliud in verbis non exprimeretur, ita de necessario consequenti veniebant omnes illæ aliæ mansiones & officinæ, quæ necessariæ sunt, ut ejusdem Cardinalis habitatio pro qualitate personæ proportionabiliter, & saltem juxta ruralem vitam sequi
2 posset, ex juris principio, quod aliqua re concessa, censentur etiam concessa omnia ea, sine quibus illa obtineri non potest, neque concessio effectum sortiri, *ad text. in l. 2, ff. de jurisdictione omnium judicum, & cap. suscipiens de off. delegati cum ibi notatis, Rot. dec. 199. num. 3. par. 5. rec. & 253. num. primo & sequen. par. 6.*

Hinc proinde, si alicui debeatur victus, quamvis in stricta vocabuli significatione non veniat nisi cibus & potus, attamen nisi subjecta materia
3 aliud suadeat, veniunt etiam habitatio, vestitus, medicamenta, quinimo etiam cibus & potus ac habitatio famulatus juxta personæ qualitatem necessarii. *Merlin. dec. 5, num. 7, cum sequen. ad finem, & plenius alios colligens Surd. de alimentis titulo 4, quæst. 18, num. 9. & 10.*

Et in specie, quod si uni debeatur habitatio, debeantur etiam coquina, & omnia ea, sine quibus habitare non possumus, ex dicta ratione, quod uno concesso, perneceſse concessa censentur omnia ea,
4 sine quibus, id quod concessum est, sequi non potest, habetur *per eundem Surd. dicto tit. 4. quæst. 4. num. 2.* ubi allegat irreperibilem *Simonem de Preti*; Et quando desuper non haberemus auctoritates, ac juridicas propositiones, id nos doceret ipse naturalis discursus & communis usus, deducendo præsertim exemplum legati magis de recenti facti per Ducem Ceræ Ducissæ uxori de facultate habitandi in ejus palatio, juxta firmata *in Romana legati habitationis 11. Martij 1665. coram Cerro, & de qua causa habetur actum disc. præced.* quoniam dicta Ducissa habitare volente, non solùm dandæ essent mansiones in appartamento nobili pro seipsa, ejusque ancillis & matronis, juxta personæ qualitatem, sed etiam assignandæ inferiores mansiones & officinæ, tam pro reliquo famulatu, quàm pro coquina, stabulo, & aliis usibus necessariis, quamvis legatum non esset illius formalis habitationis, quæ in jure consideratur tanquam servitus, sed esset simplicis facultatis habitandi, quod propriè partes in ista reservatione significare voluisse dicebam per taxativam adjectam personali habitationi Commendatarii pro tempore, ut scilicet esset per viam facultatis habitandi, ad effectum ut non posset aliis locare, atque personas loco incongruas introducere, ut quandoque in domo reservata pro Cardinali Titulari propè Monasteria Regularium observantia docuit.

Clarius verò ac extra dubitationem, etiam cum sensu veritatis, præmissa procedere dicebam ex duplici facti circumstantia; Una quod ageretur de loco inhabitato, aliis domibus vel officinis omninò destituto, undè propterea intrare non poterat consideratio, quod reservatio dd. trium mansionum 5
in Monasterio facta esset pro sola persona Commendatarii, aliæ verò mansiones & officinæ pro famulatu, aliisque necessariis usibus haberi possent conductitiæ, ut quandoque praxis probat; Et secundò quod non ageretur de habitatione jure servitutis vel facultatis alteri in re sua concessæ, sed de reservatione facta ad commodum ipsius concedentis, qui reliquum ex munificentia concessit, undè propterea observabam congruè adaptari ea quæ habentur *apud Paul. de Castro cons. 48. lib. 3. Cyriac. controv. 28 num. 11. & sequen. Andreol. in addit. ad Cepoll. post ejus controv. par. 3 vers. de servit. ne luminibus*, ut scilicet concessionarius in re per alterum sibi concessa, ita discretè se gerere debeat, quod concedenti præjudicium aliquod non inferat, & habetur etiam deductum in *Neapolitana ædificii, in Ianuen. altius non tollendi* supra *discur. 1. & 2.* Et sic magna differentia est inter illam habitationem, vel 6
habitandi facultatem, quæ in re aliena ex Domini concessione & munificentia obtineatur, & illam, quam ipse concedens sibi reservat, cum concessionarii indiscreto rigori convenire videantur termini ingratitudinis, de quibus *in l. finali Cod. de revoc. donat.*

Ea etiam clara consideratione accedente, quod sufficiat id esse dubium, ut ejusdem concedentis seù donatoris declarationi deferendum sit *ex deductis apud Otthobon. dec. 119. num. 8. & sæpius* ex plu- 7
ries deductis in sua materia *sub tit. de donat. præsertim in Romana scutorum 30. m. pro PP. S. Dominici.*

* * * * * *
* * * * *
* * *
*

SENEN.

IVRIS CONGRVI

PRO

CONVENTU SANCTI MARTINI ORDINIS S. AUGUSTINI.

Responsum extrà Curiam.

De Constitutione Federici Imperatoris, quæ incipit *Sancimus*, de jure prothomiseos, An dicatur lex Imperialis ubique attendenda tanquam lex, vel potius sit lex particularis Regnorum utriusque Siciliæ, extrà quæ, ubi est in usu, attendatur potius tanquam consuetudo, quàm tanquam lex: Et quatenus uno vel altero modo censenda sit, An illa verba, in ejus fine, per quæ Ecclesiæ negatur jus congrui sint authentica necne; Et quomodo intelligenda veniant.

SVMMARIVM.

1. CAsus controversia.
2. *De Constitutione Federici de jure prothomiseos, an in ea parte, in qua dicitur tale jus non competere Ecclesiæ sit authentica.*
3. *Quomodo consideretur Federicus in dicta Constitutione an tanquam Rex, vel tanquam Imperator.*
4. *An in Regno Neapolitano dicta Constitutio attendatur tanquam lex, vel tanquam consuetudo.*
5. *Rex utriusque Siciliæ non recognoscit Imperatorem.*
6. *Dicta Constitutio est lex municipalis dictorum Regnorum.*
7. *Vel potius sit consuetudo.*
8. *De diversitate circa dictam constitutionem in aliis Italiæ partibus extra Regnum.*
9. *Enarrantur plures demonstrationes quod Constitutio in fine non sit authentica.*
10. *De pluribus consuetudinibus particularibus in Regno in materia juris prothomiseos.*
11. *Quod dicta Constitutio extra regnum habeat solum vim consuetudinis, & ubi recepta est.*
12. *An in materia juris prothomiseos debeat servari æqualitas inter laicos & ecclesiasticos.*
13. *De pluribus rationibus, ob quas ex dicta Constitutione jus prothomiseos non competit Ecclesiæ vel fisco.*
14. *De rationibus, ob quas vicinis conceditur jus prothomiseos.*
15. *An competat Vniversitatibus.*

DISC. LXVIII.

1 INtentante Conventu PP. Ordinis S. Augustini Senarum retractu vicinitatis adversus extraneum emptorem cujusdam prædii adjacentis ejusdem Conventus bonis in vim *Constitutionis Sancimus de jure prothomiseos*, oppositum fuit, quod per eandem Constitutionem in fine Ecclesia excluditur ab hoc jure; Quare desuper ex parte dicti Conventus consultus, etiam cum aliquo sensu veritatis, respondi mihi videri, quod vel verba in fine dictæ Constitutionis contenta super Ecclesiæ exclusione non essent authentica, & ipsius legis, sed potius continerent additionem privatam, vel quod neque verba prædicta applicarentur ad casum quæstionis, utpotè diversos terminos percutientia, ad quem effectum dedi responsum tenoris ut sequitur.

Quamvis Constitutio *Federici Secundi Imperatoris*, quæ incipit *Sancimus de jur. prothomis.* juxta plures editiones, illam præsertim *Afflicti* ejus commentatoris, à qua cæteræ moderniores derivant, contineat in fine hæc verba. *De generali consuetudine approbatum esse, quod tria sunt, quæ prothomisim non habent, scilicet via publica, Ecclesia & Curia.* 4

Et cum dicta editione communiter pertranseant DD. de materia tractantes præsertim *Iacob. Novell. hoc tract de jure prothomis. inter tract. magnos tom. 17. §. vlt. fol. 45 à tergo concivis Robertus Marant: disput: 8, & cons: 84, & in tractatu de multiplici alienatione, Maxill: ad consuetud: Baren: tit. de jure prothomis §. Colonus, Rondell: in eodem tract. textu 8, fol. 332, in meis plenè Tappia lib. 4. Iur. Regni tit. de jur. prothomis. fol. 71. & seq: & multi scribentes apud eum usque ad fol. 90. ac alij.*

Attamen *Camillus Borellus*, Doctor quidem profundissimæ eruditionis (ut plura eius opera ostendunt, præsertim tractatus *de præstantia Regis Catholici & de Magistratibus, & in addit. ad Bellugan. in Speculo Principum*) *in cons. 26. num 74.* firmat hæc, & alia præcedentia verba *ex §. scriptum est*, non esse Imperatoris, sed potius additamenta alicujus antiqui Doctoris; Hanc autem *Borelli* opinionem in specie reprobat *Rendell. dict. text: 8, in princip. fol. 333*, ex sola generali ratione, ut immutanda non sint ea, quæ certam interpretationem habuerunt, unde dubitari contingit, quæ opinio sit verior

Cum autem *Federicus* præfatæ Constitutionis 3
auctor, duplicem geereat personam, unam scilicet Imperatoris Occidentis, Alteram vero Regis utriusque Siciliæ, ideo pro conciliatione distinguendum videtur, quod aut loquimur in dictis Regnis, in quibus dicta Constitutio (si consideranda est tanquam lex & non tanquam consuetudo, ut late hinc inde deducunt scribentes *apud Tappiam ubi supra*) 4
attendi debet tanquam lex Regia & particularis non tanquam Imperialis, quia Rex utriusque Siciliæ habens jus ab Ecclesia nullatenus recognoscit Imperatorem, ut firmant *Isernia in proem feudorum num. 18, Afflict. in prælud. Constit. Regni* & cæteri communiter congesti *per Borell. de præstantia Regis Catholici, cap. 47. num. 5. 13. & seq* & tunc opinioni *Rendella* omninò adhærendum videtur cum Sapientes Regni dictam constitutionem cum dictis additamentis pro lege receperint, undè propterea benè intrat ratio ejusdem *Rendella*, ut immutanda non sint ea, quæ certam interpretationem habuerunt. 5

Quod in illius Regni Constitutionibus non est novum, quoniam altera Constitutio incipiens. *In aliquibus sub titulo de successore &c.* excludens fœminas propter masculos, in ipso corpore legis loquitur solùm de successione paterna, & tamen sine dubio locum etiam habet in materna, quoniam, ità sapientes Regni interpretati sunt, *ut per Franch. dec. 171. & alios Regnicolas passim.*

Quodque dicta Constitutio dicatur lex Regia, & municipalis in Regno, non autem Imperialis & 6
communis habetur, *apud Rovit. dec. 24. num. 20.* Quinimò etiam in eodem Regno, cum dicta Constitu-

stitutio inter alias ab eodem Imperatore Federico editas vel compilatas non reperiatur, idcircò neque vim legis habere, sed solùm pro consuetudine, ubi recepta est, attendendam esse, plenè probant scri-
7 bentes *apud Tappiam dicto lib. 4. jur. regni tit. de jur. prothomis. fol. 81. ex num. 1. & seqq.* licet contraria sententia scribentium apud eumdem, ut sit lex generalis, prævalere videatur, ut firmat *Capyc. Latr. consult. 98. ubi num. 9.* Assignat rationem, quare in aliarum Constitutionum volumine inserta non sit, eo quod fuerit ultima, & sic circa finem vitæ dicti Imperatoris, qui obiit de anno 1250, cum compilatio constitutionum fuerit de anno 1222.

8 Aut verò loquimur extrà Regnum, & in cæteris Italiæ partibus, & omninò adhærendum videtur *Borello*, quia editiones exterorum illa præsertim eruditissimi *Cujacij* post leges feudorum, à qua plures moderniores derivant, dicta verba non continent, ideoque non intrat ratio ponderata *per Rendell.* adaptabilis solùm in Regno ob illorum DD. traditionem.

Eamdemque veritatem suadent, Primò diver-
9 sitas elocutionis, seù phrasis, ut idem *Borell.* benè ponderat; Secundò quia hæc ultima verba nihil disponunt, sed tantùm referunt quamdam consuetudinem, & sic præter morem legum; Tertiò clarius quia in eadem Constitutione §. 3. plures alii enumerantur casus, in quibus jus prothomisios locum non habet, undè inepta vel contradictoria esset ultima restrictio ad illos tres casus, cum eis computatis esse deberent sex vel septem; Quartò quod *Baldus*, qui omnium primus illam commentavit, *ut ex ejus commento inter tract. magn. vol. 17. fol. 18.* plures minus utiles & frequentes quæstiones excitando; nullum ponit verbum de exclusione activa vel passiva Ecclesiæ vel fisci, super qua multæ notabiles quæstiones cadere poterant, maximè quia scripsit in temporibus satis proximis, atque tanquam subditus Sedis Apostolicæ, cui, ut notum est, dictus Imperator fuit valdè infensus, omninò verisimile est, quod aliqua de hujusmodi Ecclesiæ exclusione dixisset, ut clarè ad sensum.

Et quod verè dicta verba percutiant dictum utriusque Siciliæ Regnum & consuetudines in eo vigentes, non autem alias Italiæ partes, evidenter liquet ex antiquioribus consuetudinibus antè dictam Constitutionem in ea Regione vigentibus, in
10 quibus ista Ecclesiarum exclusio continetur, & præsertim constat ex consuetudine Baren. *sub tit. de jure prothomis. §. Colonus vers. Item nec Ecclesia, nec Fiscus*, quæ consuetudines sunt longè antiquiores, quia ex earum procemio constat fuisse confirmatas per *Rogerium*, qui omnium primus in illis partibus regium nomen à Sede Apostolica habuit circà annum 1128 ut observat *Maxill. in eod. procem. num. 40. Federicus* verò fecit hanc Constitutionem in fine Imperij, quod terminavit de anno 1250.

Idem constat ex consuetudine Neapolis sub eodem tit. *de jure Congrui §. si Ecclesia*, ac pariter certum est dictas Consuetudines esse antiquiores, licèt enim de mandato *Caroli secundi* redactæ sint in scripturam do anno 1300. & sic per 50. annos post dictam Constitutionem editam, ex eodem tamen procemio Caroli constat esse antiquissimas.

Disponebatur idem per consuetudines seù per Statuta Civitatis Messanæ, *ut in tit de jure prothomis. cap. 31. & observat Giurb. observat. 2. num. 8.* pluresque aderant in aliis locis consimiles nunc antiquatæ, de quibus propterea, vel *Federicus*, vel additionator loquuntur, undè per-
peram dicta verba pro lege attendi debent extrà dictum Regnum, ubi solùm hæc relata consuetudo militabat, nisi & in allis Italiæ partibus eam quoque militare probaretur.

Dictamque Constitutionem *Federici* (quicquid 11
sit intrà Regnum) extrà illud aliam vim non habere nisi consuetudinis, & quatenùs moribus recepta sit, constat ex *Baldo* primo ejus commentatore in principio, ubi tanquam consuetudinem sæpius considerat, ac benè aliis allegatis observat *Rosenthal. de Feud. cap. 9. conclus. 87. num. 2. & 3.* cujus auctoritas magni facienda est, cum sit Doctor Germanus, Constitutiones enim Imperiales nullibi magis, quàm in Germania, ubi Sedes est Imperii Occidentalis, vim legis habent; Atque mirandum quomodo *Rosenthal dicto cap. 87. & pluribus seqq. & Schrader. de feud. par. 8. cap. 3 & 7.* aliique Germani per eos relati plenè materiam juris prothomiseos tractantes totum deferant consuetudini, vel juribus feudorum, non autem huic Constitutioni, quæ apud eos ex dicta ratione pro lege omninò servari deberet si verè esset Constitutio Imperialis; Idemque firmant *Gaill. lib. 2. obser. 19. in principio*, ubi in Germania totum defert consuetudini, *Balthassar. practic. resol. tit. 10. resol. 1. num. 6.* & ex professo disputato articulo concludit *Theodorus Reitsingh. in tract. de Retractu q. 1. num. 23. & seq q.* præterquamubi consuetudine recepta est, qui omnes sunt Doctores Germani, & sic totum est ex consuetudine.

Fortius, quia cum ex communi consensu fuerit ultima, quam *Federicus* ediderit circà finem sui Regni vel Imperii, non posset absque damnabili errore apud bonos Catholicos dici illam vim legis habere, cum notum sit istum Imperatorem Sedi Apostolicæ, & ecclesiasticæ libertati infensissimum, per quatuor vel quinque annos ante ejus obitum *sub Innoc. IV.* in Concilio Lugdunen. fuisse excommunicatum, atque ab Imperiali auctoritate depositum.

Ideòque omninò dicendum est, quod ubi talis Constitutio de facto servetur, à consuetudine potiùs proveniat, ac propterea ad observantiæ limites intelligenda; Undè cum in Civitate Senarum non probetur dicta consuetudo Ecclesiæ exclusiva ab hoc jure activo, & passivo, quinimò supponatur potiùs contrarium in individuo servatum fuisse contrà illummet Conventum Religiosorum cum quo erat quæstio, cujus occasione de hoc sui interrogatus, utique omninò vanum ac injustum esset illum excludere ab activo ad servandam æqualitatem, quam in his terminis in casu converso considerat *Franch. dec. 285.* licet juxta veriorem Canonistarum opinionem neque id verum sit, quia inter 12
alia Ecclesiæ privilegia illud est præcipuum, ut passivam laicalium legum & consuetudinum subjectionem non sentiat, activam verò habeat ex iis quæ habentur *in Romana pecuniaria de Sancta Cruce sub tit. de dote.*

Præterea ubi dicta Constitutio tanquam lex 13
etiamin his ultimis verbis attendenda esset, non tamen eam applicabilem esse dicebam ad casum controversum in quo Patres in Conventu commorantes ad Conventus ac Patrum in eo viventium commoditatem hoc jus ratione solius vicinitatis intentarunt, quoniam DD. examinantes rationem dictæ Constitutionis in hac parte fisci & Ecclesiæ exclusivam, de more variantes plures assignant quarum nulla nostris terminis est applicabilis; Prim,

enia

enim assignatur, quod bona Ecclesiæ dicantur esse nullius nominemque habeant possessorem, ac res Ecclesiæ dicantur bona publica, *ut per Rendell. ubi supra num. 5.* quæ ratio non adaptatur bonis possessis per Conventum Religiosorum, quia dominium est privatum residens penes ipsum Conventum.

Altera est ratio, quam ponderant *idem Rendell. ubi supra num. 12. vers. meritò, & Giurba de observat 2. n. 8. in fine*, quod scilicet Ecclesia non habet proximos, & consanguineos, quæ ratio est solum adaptabilis in eo jure prothomisios, quod competit ratione sanguinis, & de quo principaliter agit dicta Constitutio, non autem convenit juri competenti sola ratione vicinitatis; Tertium deducunt *scribentes apud Tappiam ubi supra num. 135 & seq. fol. 76.* quod scilicet concedenda non sunt remedia extraordinaria illis, quibus ordinaria competunt, unde cum pro Ecclesia vel via publica proditum sit remedium ordinarium deductum *ex l. si quis sepulchrum ff. de religios. & sumptibus funerum*, ut dominus fundi adjacentis pro illius constructione vel ampliatione cogi possit invitus ad vendendum, recurrendum non est ad hoc remedium extraordinarium.

Ex qua ratione explicitè constat, dictã consuetudinem percutere ipsam Ecclesiam materialem, quatenus contineat locum orationibus destinatum, non autem illas clericorum vel religiosorum universitates Ecclesiæ servitio addictas, cum pro istis bona necessaria sint, nedum pro constructione vel ampliatione juxta terminos *text. in d. l. si quis sepulchrum*, sed etiam pro substentatione personarum alijsq; necessarijs, & ideo cum in istis cesset dictum remedium ordinarium, aliud extraordinarium denegandum non est, Tum quia cessat ratio consuetudinis denegantis; Tum etiam quia non debent clerici & Religiosi esse inferioris conditionis, nã alias esset lex de directo contra Ecclesiasticã libertatem, ut observat *Borell. dicto cons. 2. n. 60. & seqq.*

Non solùm autem in controverso casu cessant dictæ rationes, ex quibus Ecclesia ab hoc jure excluditur, sed econversò optimè adaptantur & con-
14 veniunt illæ, ob quas privatis personis dictum jus prothomisios conceditur, quia scilicet vicinus ex vicinitate multa sustinet mala & incommoda, quæ à remotis non substinentur, prout sunt servitutes, incendia, damna, & incommoditates, ideo ad hujusmodi incommoda compensanda hoc privilegim de æquitate introductum est, ut benè observant scribentes apud *Tappiam ubi supra nu. 35. & 36. fol. 86.* quæ ratio benè convenit dicto Conventui, qui ex prædij retrahendi vicinitate eadem incommoda & damna sentijt, vel sentire potuit adinstar cujussibet privati, ergo eodem jure id commodum habere debet.

Et in specie, quod etiam personæ, & corpora ficta, non obstante dictæ Constitutionis restrictio-
15 ne hoc jus activum habeant, latissimè firmatur apud *Tappium ubi supra*, ubi pro Universitate refertur decisum &c.

His tamen non obstantibus, contrarium mihi supponitur fuisse resolutum in ea Curia Archiepiscopali, ex eo quod in consimili controversia habita in ea Rota de anno 1652. cum eisdem Religiosis alterius Conventus sub invocatione Sancti Augustini ita decisum fuisset contra Ecclesiam, quæ decisio à me visa nimium sicco pede pertransit cum auctoritate *Marantæ disput. 8. nu. 56. & 58. Grass. de effect. cler. 2. num. 398. Giurb observat. 1. nu. 13* apud quos cæteri, non examinando articulum; Dictaque decisio principaliter immoratur super interpretatione statuti dictæ Civitatis super eodem jure congrui quod non comprehendat Ecclesias, & Ecclesiasticos. Vnde edocemur ubique hunc abusum irrepsisse, attendendi solum doctrinas, & decisiones, non examinando amplius articulos, & auctoritates per rationes, & principia juris, neque inspiciendi, an decisiones benè vel malè prodierint, sivè an ob casuum diversas circumstantias benè applicentur necnè.

SENEN.

RETRACTVS.

PRO

LAURENTIO DE ROCCHIS,

CVM

CAROLO GRIFFOLI.

Responsum extra Curiam.

An & quando jus congrui ratione vicinitatis competens ex Constitutione *Sancimus*, locum habeat, ubi intermediat via, & quæ viæ species seu qualitas requiratur, ut cessare faciat vicinitatem, atque excludat jus congrui.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Via publica tollit vicinitatem, & retractum, non autem via vicinalis.*
3 *An constare debeat vicinalem factam esse ex fundis privatorum.*
4 *Quando via vicinalis dicatur privata vel publica, & de effectibus exinde resultantibus.*
5 *De tertia specie viarum, quæ non sunt veræ publicæ, neque verè vicinales.*
6 *Quomodo in interpretatione hujusmodi legum vel statutorum procedendum sit.*
7 *Quando adest utrumque extremum in publicum, an exinde resultet probatio viæ publicæ.*
8 *Vbi via est clausa desinit esse talis ad hunc effectum, & non tollit vicinitatem.*
9 *Quando via publica stetit diu clausa, an ita cessaverit esse talis.*
10 *Modicum spatium intermedium non tollit vicinitatem.*
11 *De retractu legali ex l. si quis sepulchrum, ut non cesset per viam publicam intermediam.*

DISC. LXIX.

CUM inter duo prædia rustica adesset quoddam spatium decem circiter pedum latitudinis, per quod antiquitus, ab uno loco publico ad alterum iter seu transitus haberi solebat, ab annis 40. circiter cessatum ob clausuram in una parte seu extremitate tunc per ipsorum prædiorum dominos concorditer factam, unum verò ex dictis prædijs extraneo venditum esset, Intentante vicino retractum prælativum in vim *Constitutionis Sancimus de jure prothomiseos*, quæ in Civitate Senarum, sivè tanquam lex Imperialis, sivè verius tanquã consuetudo est in viridi observantia ab ejusdẽ Civitatis moderno Statuto comprobata; Opponebat emptor de dicti retractus incõpetentia ob viã publicam intermediam, quæ ex ejusdem Constitutionis 1

præscripto

præscripto cessare facit vicinitatem, & consequenter jus congrui, Vnde desuper ex parte retrahere volentis consultus.

Respondi quæstionem videri potius facti & applicationis quam juris, cujus theorica ex communi & recepta Doctorum traditione videtur, ut via publica tollat vicinitatem, atque impediat re-
2 tractum, secus autem vicinalis jure privati soli potius recensenda, *ut per Afflict. dicta Constit. §. finali in principio, ubi Rummus in addit. 1. notab. nu. 18. fol. 245.* & melius *idem Afflict. dec. 62. Carpan. ad statuta Mediolani 417. lib. 1. n. 481. Vivius dec. 488. num. 7.* ubi quod omnes uniformi voto id tenent *Marlian. dec. 64. Ric. collectan. 2300. versic. Item an via, & cæteri.*

Et quamvis *Vrsili. ad Afflict. dicta dec. 62.* id restringat, ubi scilicet constaret esse viam verè vicinalem, quia scilicet appareat, quod ab initio ab ipsis vicinis constructa sit, attamen remanet in hac opinione singularis, nullumque sequacem habere videtur, atque in specie eum reprobat *Vivius dicta decis. 488. num. 7.* ubi testando quod contrarium fuit decisum, vocat illam speculationem inutilem, frustratoriam, & omnibus legibus contrariam; Et quamvis revera inspectis veris juris terminis ac principijs, ista reprehensio non bene procedat, dum *Vrsill*, more veri beneque fundati Doctoris loquutus, est quoniam viæ vicinales de jure, eatenus privatæ non autem publicæ censentur, quatenus extet memoria, quod ex adjacentibus privatorum agris conflatæ sint; Secus autem si talis memoria non extet, cum tunc inter publicas potius numerandæ veniant juxta distinctionem, de qua ex juribus litteralibus habetur apud *eumdem Afflict. in ista Constitutione dicto §. 9.* ubi late plures viarum species distinguuntur à *num. 1. ad 14. Surd. decis. 42. plene Theodor. alleg. 42.* ubi pariter de pluribus viarum speciebus & distinctionibus, cum alijs *in Sabinen. viæ seu transitus sub tit. de Regalibus disc. 136.* Nihilominus dicta publicitas in jure consideratur, ad effectum, ut cesset illa facultas, quæ alias dictis vicinis, ex quorum agris tales vias constitutas esse appareat, competit illas pro libito claudendi seu immutandi, Sive ad alium effectum, an veniant in
4 mensura agri vel prædij necne, juxta casum disputatum apud *Surd. dicta dec. 42.* cum similibus; Atque ad istos vel similes effectus dicuntur, cessante memoria effici juris publici, non autem ad istum vicinitatis seu juris congrui, quoniam id non tollit qualitatem viæ vicinalis, utpote ad ipsorum prædiorum seu agrorum usum destinatæ ac principaliter deservientis.

Hinc propterea difficultas seu quæstio, ut supra insinuatum est, esse videtur potius facti & applicationis quam juris, quando scilicet esse dicamur in una vel altera specie viæ, potissimè quia ut advertitur *in dicta Sabinen viæ seu transitus sub tit. de Regalibus disc. 136.* ista distinctio duarum specierum viæ publicæ & viæ vicinalis est omninò manca & imperfecta, cum adsit tertia species illarum viarum, quæ dici non possunt verè & propriè viæ publicæ, sub quarum nomine veniunt illæ, quas in jure dicimus, *consulares, seu militares*, alias *basilicas seu stratas*, minusque dici possunt vicinales, cum non pro solo usu agrorum & prædiorum, sed pro communicatione aliquorum populorum, vel aliorum publicorum usuum ejusdem populi principaliter destinatæ sint, ac deserviant juxta distinctiones ibi late deductas & exemplicatas; Quid scilicet in proposito vicinitatis & juris congrui in hac tertia seu mixta specie dicendum sit; Et in hoc quantum concedere potuit illa maxima temporis angustia, qua 6
semper & continuo laborant Curiæ Romanæ Advocati aliqualiter occupati, perpetuò scribentes properando, atque ut vulgò dicitur *correndo la posta*, occasione hujus controversiæ non inveni descendentem ad hos terminos, atque ad dictam distinctionem; Credebam tamen ex eisdem fundamentis & rationibus, de quibus *in eadem Sabinen.* hanc tertiam speciem, de prima viæ publicæ magis, quam de altera vicinalis participare, sub limitatione tamen arbitrij judicis ex singulorum casuum particularibus circumstantijs regulandi, ex quibus pateret talem viam ad hunc effectum, attenta rationis identitate, magis de secunda quam de prima specie censeri debere; Atque propterea istum casum recensendum esse inter illos plures, quos cum verè admirabili doctrina & legali eruditione collegit *Menoch. in ejus tractatu de arbitrarijs*, habendo præ oculis illam regulam, quæ in quibuscumque humanis actibus, atque tam legum quam dispositionum interpretatione tenenda est, ut non cortex, & figura verborum mordicus, & judaicè attendi debeat, sed substantia verisimilis voluntatis, disponentis vel contrahentium aut legislatoris, spectato fine seu ratione, quod tamen in statutis & legibus municipalibus nostri leguleici rigores non de facili concedunt, juxta ea quæ frequenter in proposito Statutorum habentur præsertim *sub tit. de successionibus.*

Applicando igitur ad rem, cum sensu etiam veritatis, dicebam versari extra omnem difficultatem ob eam facti circumstantiam, quod licet istud intermedium spatium haberet antiquitus utrumque
7 caput, seu extremum in publicum, quia incipiendo ab uno loco publico, in altero etiam publico desineret, quod est unum de signis vel probationibus viæ publicæ ex deductis *per Cavaler. dec. 631. Surd. de decis. 4. cum alijs in d. Sabinen. sub tit. de Regalibus disc. 136.* Attamen cessabat necessitas illius altioris, cifficilioris inspectionis, quæ *in d. Sabinen.* ibi examinata habetur super concursu aliorum duorum requisitorum, ill us præsertim desti-
8 nationis soli publica auctoritate, & an dicta circumstantia incipiendi à publico & desinendi in publicum sufficiat ad publicitatem necne, ut ibi latius, dum constabat à 40. annis & ultra, unum ex dictis extremis clausum fuisse, & consequenter remanere spatium mere privatum, ut in terminis individualibus transitus alias publici ex eorumdem vicinorum facto impediti per clausuram unius extremi, quod non tollat vicinitatem & jus congrui *ex Bald. cons. 44. lib. 5.* advertitur apud *Marlian. dicta decis. 64. num. 14.*

Ex dicto enim longævo statu contrario, non solum resultat præscriptio per vicinos ita facta de hoc loco quamvis alias publico ob longissimam acquiescentiam populi, & Magistratuum ad quos pertinet, de quo tamen puncto præscriptionis actum non est, atque nihil desuper firmatum, sed clarius ac facilius, absque; necessitate assumendi difficiliorem, & in jure magis odibilem viam præscrip-
9 tionis super quo relinquitur locus veritati, id satis attendendum esse advertebam pro interpretatione seu probatione initij, quod hæc esset via vicinalis, & consequenter quod pro ipsorum vicinorum libito claudi potuerit, ita dicto intermedio spatio remanente privato & communi, cum tamen etiamsi constaret illud esse unius tantum, non tolleret vicinitatem & jus congrui, ut benè

advertitur

advertitur apud Corneum *cons. 29. lib. 3.* & ex eo
10 ac alijs *Carpan. ad dictum statutum Mediolani 417 num. 477. & sequen. & Cirocc. discept. 29. nu. 21.* Cum enim nō intermediet usus publicus, qui ità vicinos extraneos efficere videtur, nulla subest ratio, cur jus vicinitatis cessare debeat, & hæc mihi videbatur veritas, quamvis super ea non omninò certum ac maturum judicium efformari potuerit ob non communicata jura & motiva alterius partis.

Quodque intermediatio viæ non omninò consularis & publicæ, non habeat regulam omninò certam & generalem, sed sit materia reposita in judicis arbitrio pro facti qualitate, ponderabam ea
11 quæ à simili in proposito retractus de jure communi competentis juxta terminos *textus in l. si quis sepulchrum ff. de relig. & sumptibus funerum* habentur firmata *per Rotam decis. 213. par. 2. rec. n. 5. & Franch. decis. 223. num. 4.* de via publica intermedia dictum retractum non impediente; Audio resolutum pro exclusione retractus, incertum verò est ex quibus fundamentis, ideoque in causis extra Curiam judicium non de facili efformari potest; sed audivi etiam, quod in dicta Civitate Senarum ex communi judico hæc resolutio parùm probabilis reputata fuit, ut Ego etiam censeo ex dicta facti circumstantia, quod hoc spatium revera dici non potest illa via publica, quæ retractum ac vicinitatem tollat.

SENEN.

IVRIS PROTHOMISEOS

PRO

SALAMONE GALLICO HEBRÆO,

CVM

FABIO DE CVRTIS.

Responsum ad causam extra Curiam.

An jus prothomiseos competat necne hebræis contra Christianos; Qua occasione generaliter agitur, An hebræi gaudeant in omnibus etiam cum Christianis statutis & legibus municipalibus, sivè ijs, quæ ex æquitate inducta vel statuta sunt.

Et an promissio de vendendo importet venditionem ad effectum retractus.

Et quid in concursu plurium vicinorum, cujus debeat esse potior conditio, potissimè ubi in uno concurreret etiam consortium.

SVMMARIVM.

1 *Facti series.*
2 *Distinguuntur objecta, & inspectiones.*
3 *Indæi dicuntur cives, & habent usum activum & passivum legum, & statutorum Civitatis.*
4 *Quid operetur eos esse extra gremium Ecclesiæ*
5 *An admittantur ad ea, quæ sunt fundata in æquitate.*
6 *An creditor Christianus teneatur alere hebræum ejus debitorem carceratum.*
7 *Declaratur motus proprius Vrbani Octavi,*
8 *Quarè raro tractetur quæstio, an judæis competat jus congrui.*
9 *Pro affirmativa quod competat.*
10 *An Iudæi incapaces possidendi bona stabilia possint pro credito intentare Salvianum ad bona stabilia debitoris.*
11 *Duo specia ia admitti non debent.*
12 *Quid operetur habilitatio eorum, qui alias essent inhabilitati ad possidenda stabilia ad effectum retractus.*
13 *Declaratur axioma, de quo num. 11. duorum specialium, ubi unum venit in consequentiam alterius.*
14 *An jus congrui habeat locum in promissione de vendendo*
15 *De materia quando promissio de vendendo seu de faciendo alio actu importet venditionem vel factum remissivè.*
16 *Quando dicatur effectuata venditio, licet verba sonent in alium contractum.*
17 *Quando jus congrui habeat locum etiam in concessione emphytheutica vel censuali.*
18 *Quomodo in hac materia procedendum sit.*
19 *In Vrbe non habet locum Constitutio* Sancimus.
20. *Iudicio Cameræ deferendum est super interpretatione Constitutionis Gregorianæ super retractu.*
21. *An inter duos vicinos melior sit conditio præoccupantis, contra quem non competat jus congrui.*
22 *Vbi quis habet vicinitatem & consortium, vincit alterum habentem solam vicinitatem.*
23 *Si duo possideant eamdem domum per solaria seu appartamenta, quale dominium in utroque respectivè adesse dicatur.*
24 *De materia consortij, & quando illud adsit.*

DISC. LXX.

POssidentibus quamdam domum per appartamenta, Horatio de Arbiolis, & Salamone Gallico hebræo, communibus remanentibus pro utriusq; appartamenti usu respectivè, scala, & atrio vulgò *ridotto* & alia mansione nuncupata *di riposo*, dicta appartamenta dividente, Horatius per apocam trino teste signatam promisit vendere Fabio de Curtis dictam ejus partem superiorem pro pretio scut. 400. cum conventione faciendi instrumentum infra duos menses, ac pacto expresso, quod non liceret pœnitere, adjecta etiam pœna scut. 100 contravenienti; Deindè verò inter eosdem Horatium, & Fabium initum est publicum instrumentum, in quo inserto tenore dictæ apocæ, illaque ratificata, convenitur, quod cum Fabius pecuniam pro dicto integro pretio promptam non haberet, possidere deberet domum ad novennium in forma locationis pro annua pensione scut. 20. Econversò autem Horatius de parte pretij soluta vel solvenda respondere deberet de fructibus ad rationem quinque pro centenario, adjecto etiam pacto, quod volente Horatio vendere quamdam mansiunculum, eidem Fabio potius quam alteri vendere deberet; Quibus sequutis cum Salamon, tam ratione vicinitatis, quàm consortij utpotè possessor dicti apartamenti inferioris, atque jus communionis ha-

bens in scala & mansionibus, de quibus supra, in vim Constitutionis, *Sancimus de jure prothomiseos*, ac etiam moderni Statuti Civitatis Senarum, per quod, dirimendo omnem quæstionem, quæ prius aderat in claris positus est usus dicta Constitutionis, retractum prælativum intentavit; Introductaque causa in ea Rota, tam per defensores rei conventi, quam in motivis juxta stylum ab eadem Rota editis, plura objiciebantur in præfati retractus exclusione.

2 Primò quod cum hoc jus congrui seu prothomiseos à juris communis dispositione exorbitans fundatum sit in æquitate, ad istam admitti non debeat hebræus adversus christianum. Secundò quod perfecta non esset venditio, cum solùm deventum esset ad promissionem de vendendo, adhuc non sequuta venditione, minusque traditione, dùm ille, cui promissio facta erat, ex titulo conductionis, & tanquam inquilinus possidebat; Et tertio demum, quod cum idem Fabius coæquale jus vicinitatis haberet, dum ejus domus mediante muro laterali utriusq; tigna substinente adjacebat, ita in pari causa ipsius præoccupantis potior conditio esse debebat; Quare desuper ex parte actoris requisitus pro dictis objectis removendis.

Quatenus pertinet ad primum, tres constituebam inspectiones, vnam generalem, an scilicet hebræi in aliqua Civitate fixum domicilium habentes dicantur cives, utrumq; usum activum & passivum seu onerosum & favorabilem habentes adinstar aliorum civium christianorum, legum, statutorum, & consuetudinum Civitatis; Alteram pariter generalem, quid in ijs, quæ de jure vel communi, vel municipali fundantur in sola ratione æquitatis, an scilicet ad istam admitti debeat hebræus adversus christianum; Et tertiam specialem in præcisis terminis retractus seu juris congrui competentis ratione vicinitatis vel consortij, an hebræus hoc jus exercere valeat contra christianum; Ita enim distinguendo, facilius, magisque methodicè objecto satisfieri videbatur, separando doctrinas primam & secundam inspectionem percutientes, ab alijs particularibus agentibus de casu præciso controversiæ, ne palea cum tritico confundatur, ut frequenter apud nos juristas modernos contingere solet.

Quoad primam, quicquid aliqui dubitaverint;
3 procedendo conclusivè, tanquam in propositione hodie passim recepta, atque in scholis quidem & Academijs, non autem in foro disputationem admittente; Dicebam magis communiter receptam esse affirmativam, quod scilicet hebræi originarij, seu veri domiciliarij Civitatis, dicuntur veri cives in omnibus, exceptis illis juribus honorificis & præeminentialibus, à quibus tanquam per viam limitationis regulæ exclusi sunt, præsertim verò circa usum activum, & passivum legum, sivè communium, sivè municipalium & consuetudinum in prophanis & mere temporalibus, ut cæteris antiquioribus collectis firmant *Trentacinque lib. 1. variar. tit. de Constit. resol. 3. Surd. cons. 122. & decis. 133. Ciriac. controv. 240. & sequen. Farinac. in fragment.* verbo *judæi nu. 602. cum sequen. & 621. cum sequen. Rovit. pragm. 1. de judæis num. 4. Mastrill. decis. 254. Rota decis. 269. par. 4. rec. tom. 2.* ubi allegantur *Marquard. Mantica, Natta, & cæteri*, Atque consideratur, quod licet judæi reputentur à
4 gremio Ecclesiæ & christianorum communione omninò extranei, attamen id intelligitur in spiritualibus; & concernentibus salutem animæ, ut *ex Mantica de Tacitis lib. 18. tit. 2. num. 83. Natta Alex. & aliis* firmatur ibi *num. 28. & sequen.* atque ita in Vrbe docet recepta praxis, quod scilicet statuta in judæis pariformiter locũ habent & servantur.

Quoverò ad alteram, quod judæi admittendi non sint ad ea, quæ de jure communi vel municipali ex motivo æquitatis disposita sunt, quasi quod § iniquum sit, ut infideli adversus fidelem æquitatis beneficium concedatur *ex glos. in cap. 2. de judæis ubi per illum textum*, quod rigor non autem æquitas cum judæis servari debet, & sequuntur cæteri, de quibus *Berous cons. 224. num. 20. lib. 3. Merlin. de pignor. lib. 3. q. 82. nu. 3 & cæteri*; Nihilominus exceptis ijs, quæ concernunt spiritualia, quatenus pertinet ad merè prophana & temporalia, adhuc contraria opinio est magis communiter recepta, ut *ex Marquard. de judæis par. 2. cap. 5. Surd. de alimentis tit. 2. q. 15. num. 75. & alijs firmatur per Rotam dicta decis. 269. n. 30. cum sequen. par. 4. rec. to. 2.* occasione quæstionis, an debitoribus hebræis carceratis creditores christiani subsidiaria alimenta regulariter inter christianos ex æquitate debita præstari debeant, & deciditur affirmativè, quamvis dictæ decisionis effectus postmodum sublatus fuerit per motum proprium *Vrbani VIII.* editum de anno 1635. impressum in calce ejusdem decisionis, *& in Bullar.* inter Constitutiones dicti Pontificis *Const.* 149. transfundendo hoc onus in ipsorum hebræorum Vniversitatem; quem motum proprium occasione controversiæ, de qua *in Romana usurarum judaicarum sub tit. de usuris disc. 6.* primo laudabilem dicebam in casu quo ageretur de sublevandis ab hoc onere christianis hebræorum creditoribus sinceræ & bonæ fidei, ut sunt e. g. illi pro pensionibus domorum, sivè alij in bona fide cum eis contrahentes; secùs autem cum illis malæ fidei, ut sunt 6
præsertim mercatores fundacarij; qui hebræis, 7
quos sciunt pauperes & non idoneos, pecunia credita sub longè cariori & injusto pretio dant merces inveteratas ac penè à tineis demolitas sub hac fiducia; quod in casu carcerationis debitorum statuto tempore non solventium exempti sunt ab hoc onere alimentorum; dum hoc est invitare depravatos & dolosos fœneratores, hebræis in hac parte pejores, ad delinquendum. Ideoque dicebam dicta occasione hunc motum proprium de condigno moderationem mereri; non tamen ex motivo sublevandi dictam satis oppressam Vniversitatem, quam occurrendi fraudibus & delictis istorum Christianorum.

Firmatis igitur dictis propositionibus generalibus, unde propterea advertebam extranea remanere ea, quæ super eis deducebantur, atque restrin- 8
gendo punctum præcisum quæstionis juxta tertiam inspectionem, advertebam mirum non esse, quod raras desuper haberemus auctoritates, nullæque vel nimium raræ & ignotæ essent in hoc puncto Tribunalium decisiones, ex quibus in ambiguis quæstionibus magnum lumen resultare solet; dum à Monarchia Regis Catholici satis notabilem Italiæ partem possidentis hebræi omninò expulsi sunt, prout etiam à statu Ecclesiastico, exceptis Vrbe, & Civitatibus Ferrariæ, & Anconæ cum inhabilitatione tamen possidendi bona stabilia; ex quorum defectu cessat in radice hujusmodi quæstionum oc- 9
casio; Quarè cessantibus decisionibus, attentisque auctoritatibus, pro affirmativa, quod scilicet jus prothomiseos competat etiam judæis, stat auctoritas *Marquardi de judæis dicta par. 2. cap. 2. n. 6.* cum quo etiam pertransit *Rendell. de jur. prothomis. in rubrica num. 21. & sequen.* dictamque *Marquardi* doctrinam referunt *Gratian. discept. 658. & 842.*

utrobique

utrobique num. 30. *Surd. de alimentis tit.* 2. *qu.* 15. *n.* 77. *Riciull. de jure personarum lib.* 2. *c.* 16. *n.* 2. *Vrsell. in concl.* verbo ædificare *concl.* 62. *n.* 53. *versic. deniq; in fine:* Et licet *Ricciull.* ubi supra dicat contrarium servari, innititur tamen dictæ rationi incapacitatis hebræorum possidendi bona stabilia ex
10 Constitutionibus Apostolicis ut habetur *dec.* 194. *par.* 4. *rec. tom.* 2. & magis ex professo *in Romana seu Nepesina Salviani* 27. *Iunii* 1664. *coram Verospio*, ubi firmatur, quod stante dicta incapacitate, neque hebræis competere potest pro credito hypothecario remedium interdicti Salviani ad bona stabilia eorum debitoris sibi hypothecata, quod tamen mihi quamvis in casu non scribenti non placuit, quoniam creditor immissus in Salviano neq; dominium neque possessionem habere dicitur, omnibus penes debitorem remanentibus, solumque dicitur rem detinere tanquam debitoris administrator seu procurator in rem propriam, ad effectum percipiendi fructus, quorum non est incapax; Et consequenter dum desuper habemus auctoritates absque contradicente, ac etiam habemus dictas regulas generales super æquali jure activo & passivo legum & statutorum, videtur cessare omnis ratio dubitandi.

Scribentes pro reo convento insistebant in dicta incapacitate hebræorum possidendi bona stabilia resultante à constitutionibus Apostolicis, illa præsertim *Pij V*; Et quamvis de facto iste ac cæteri he-
11 bræi in hac Civitate bona stabilia possideant, dicebant tamen id provenire à particulari dispensatione, quæ tanquam gratia specialis non debebat aliud speciale producere ex regula textus *in l. prima Cod. de promissione dotis* prohibitiva concursus duorum specialium in idem, de qua *Barbos. axiom.* 211. *nu.* 1. *Rouit. dec.* 83. *num.* 23.

Super hoc autem puncto me remittebam ad causæ defensores in partibus, tanquam melius informatos, an istæ Constitutiones essent ibi usu receptæ necnè, & quomodo procederet habilitatio
12 seu dispensatio; Insinuabam solùm in genere, quod cum ex præmissis cessante dicta accidentali inhabilitatione, hebræis quoque tanquam civibus assisteret regula super jure retrahendi jure civico & naturali competente, inhabilitatio prædicta dicitur solùm continere quoddam accidentale vinculum seù obstaculum, & consequenter subsequens dispensatio seu habilitatio eis concessa per Principem, nõ dicitur importare concessionem exorbitantem & jus speciale, sed solam remotionem obstaculi, ut eo sublato potiantur dicta regula generali jure naturali & civico sibi assistente, juxtà exemplum pluriès hoc eodem titulo & alibi deduci solitum habentis naturaliter membra valida, quorum exercitium à vinculis impeditum sit, quoniam si vincula solvantur, id non dicitur importare concessionem novæ & dativæ facultatis ambulandi sivè operandi, sed solùm remotionem impedimenti, quo sublato ille operatur jure suo naturali & primævo; Ac etiam quia dictum axioma de prohibito concursu duorum specialium in idem procedit, quando æque principaliter, & coæquali jure concurrunt, non quando uno posito, alterum venit in conse-
13 quentiam, ut *per Barbos. dicto axiom.* 211. *num.* 2. *Mantic. dec.* 21. *num.* 1. *&* 2. *& dec.* 101. *num.* 4. *Rouit. decis.* 83. *num.* 34.

Quoverò ad secundam inspectionem quod sicet non ageretur de venditione, sed de promissione de vendendo, & consequenter, quod in eo locum non haberet jus congrui tam per scribentes in contrarium, quam in motivis deducebantur *Tiraquell. de retractu lignag.* §. 1. *glos.* 2. *num.* 56. *& sequen. & glos.* 14. *num.* 126. *Bard. de jure prothomiseos fol.* 88. *num.* 6. *Carpan. ad statuta Mediolani cap.* 417. *num.* 131. *& sequen.* Potissimè dum sequuta non erat traditio, quæ potius exclusa remanebat per subsequutum contractum locationis & & conductionis, per quem conductor non sibi, sed domino locatori possidere dicitur ex collectis per *Post. de manut. obser.* 52. *nu.* 13. *& sequen.* nimium se diffundendo in quæstione, quam ad plures diversosque effectus in jure habemus, an promissio de vendendo, de donando, sivè de renunciando &c. importet venditionem vel alium actum necnè.

Super hoc puncto duas constituebam partes sivè inspectiones, unam super quæstione sivè articulo in genere, & alteram super casu controversiæ in specie; Et quoad primam dicebam in sensu allegatorum, præsertim *Tiraquelli*, in id pendere à forma, sub qua conceptum est statutum hujusmodi retractum concedens; an scilicet restrictum sit ad solum casum emptionis & venditionis, & tunc sola promissio non sufficiat, aut continet verba ampla quamcunque alienationem denotantia, & tunc secus, & cum eodem sensu procedit *Carpan. ubi supra*, qui alios allegat; Et licet desideret, quod sequuta sit traditio, attamen id provenit ex eo particulari *statuto* 418. unde propterea inferri non potest ad doctrinam seu regulam generalem.

Cæterum observabam pro meo sensu istam videri quæstionem facti & voluntatis potiùs quàm juris, cumque receptum sit argumentum ab interpretatione ultimarum voluntatum ad statuta, idcircò dicebam, certam ac determinatam regulam tradi non posse, sed adinstar ultimarum voluntatum totum pendere à singulorum casuum particularibus circumstantiis, ponderando scilicèt verba statuti, nec non ex toto ejus contextu desumendo verisimilem statuentium intentionem, atque ex casus individualis circumstantiis conijciendo, an modus procedendi per viam promissionis fuerit necnè color quæsitus & affectata cautela ad fraudandum statutum, vel id potiùs alium habeat honestum finem, quamvis exindè in consequentiam hic effectus resultat.

Ideoque quoad theoricam seù articulum in genere relinquendo locum veritati, & sub maturiori reflexione, sub distinctionibus, quæ in hac materia promissionis de faciendo apud nostros 15
habentur, quando importet factum necnè, vel potiùs producat solam actionem personalem ad interesse, non autem jus reale, ex iis quæ in materia habentur apud *Merlin. controv.* 4. *& sequen. lib.* 1. *Apont. cons.* 10. *Capyc. latr. consult.* 11. *add. ad Gregor. decis.* 28. *Burat. & add. decis.* 190. *&* 719. apud quos de materia & moliùs apud *Rotam dec.* 58. *par.* 6. *recent.* quæ reputatur in materia magistralis; Quatenùs pertinet ad casum specialem præsentis controversiæ, mihi videbatur quod versaremur extrà omnem quæstionem ob sequutam traditionem, atque effectuationem promissionis nullo alio

actu ad ejus perfectionem ac dominij translationem desiderato, dum de facto aderant tria essentialia requisita contractus emptionis & venditionis, ac etiam concurrebat traditio, quo casu omnes concordare videntur, ut habeatur pro facto,

Et quamvis ista sequuta esset sub nomine locationis & conductionis, attamen dicebam rectè in-
16 trare propositionem deductam *ex l. finali Cod. de usuris*, quod spectanda est substantia veritatis, non autem formula seu figura verborum, ne lex diceretur imposita verbis & non rebus, dum partes per hunc secundum actum professæ fuerant non recedere à priori conventione, sed eam potius confirmaverant & approbaverant, unde in substantia dictus titulus locationis continere videbatur nudum colorem quæsitum ad fraudandum statutum cum sola formalitate verborum; Potissimè quia neque dictus titulus omninò extraneus est à natura ejusdem contractus emptionis & venditionis, quoties non sequuta integra solutione pretij, venditor pro illo paciscitur de reservatione dominij, ac etiam de solutione fructuum recompensativorum ad terminos textus *in l. curabit Cod. de action. empt.* quoniam pleriq; credunt, licet sit opinio præsertim in foro rejecta, quod interim reputetur contractus locationis & conductionis, quodque ad saluandam reservationem dominij & conventionem fructuum, venditor remaneat in terminis locatoris, & emptor in terminis conductoris ex relatis per *Leota. de usuris quæst.* 27.

Ad quod probandum, deducebam ea quæ in materia satis proximè habemus apud *Franch. dec.* 392 *num.* 2. *cum sequen. Merlin. decis.* 310. *num.* 7. *Ful-*
17 *gin. de emphyteusi tit. de divers. quæstion.* 21. *n.* 4. & 5. quod scilicet quamvis in concessione in emphyteusim seu livellum, aut censum reservativum non intret jus congrui competens ex Constitutione *sancimus*, vel alio jure municipali; Attamen si sub titulo emphyteusis livelli, vel census fiat concessio pro annuo canone seu responsione cum facultate redimendi ad tot pro centenario, cùm ita certificata remaneat ab initio summa in sorte principali, Idcirco jus congrui rectè intrat, quoniam in substantia dicitur potius contractus emptionis & venditionis, quamvis sonus verborum aliter denotaret, ne aliàs, ut dictum est, lex diceretur imposita verbis & non rebus, atque in libito partium esset cum solis verborum formulis legem eludere.

Hinc proinde advertebam in hoc puncto, totum pendere ex judicis prudenti arbitrio regulando ex singulorum casuum circumstantijs suadentibus, an id sincerè ac principaliter ad alium honestum finem gestum sit, vel potius pro affectata cautela; legem seu statutum fraudandi; Adinstar eorum, quæ habemus de vendente partem rei, sibique reservante partem adjacentem vicino, in quo verisimiliter suspicetur exercitium juris congrui, quæ deinde eidem emptori vendatur juxta insinuata *in Romana prælationis pro Societate peregrinorum infra. disc.* 74. cum similibus.

Demum quoad tertiam inspectionem an scilicet stante adjacentia & vicinitate emptoris, istius tanquã præoccupantis potior conditio esse deberet ex deductis *per Gratian. discept* 745. *num.* 87. in qua auctoritate in motivis constituebatur totum fundamentum; Advertebam istam & similes auctoritates loquentes de Vrbe, non facere ad casum, quo-
19 niam receptum est in Vrbe omnibusque terris Ecclesiæ locum non habere Constitutionem *Sancimus*, sed solum in Vrbe retractus competit, *ex Constitutione* 22. *Gregorii XIII.* ut per *Gratian. ubi supra num.* 88. & in voto Præsidis viarum *impress. inter decis. Rotæ decis.* 783 *quæ est ultima, par.* 2. *recent. num.* 7. Dictaque opinio præoccupationis ita recepta est ex interpretatione, quam dictæ Constitutioni dedit Tribunal Cameræ, ubi frequentius istæ materiæ tractantur, & cui deinde super dictæ Constitutionis interpretatione deferendum esse firmatur per *Rotam dec.* 308. *num.* 17. *post Conc.* 20
de censibus.

In terminis autem generalibus dictæ Constitutionis *Sancimus*, insinuabam ea quæ, referendo omnes opiniones per viam discursus latè & doctè habentur super hoc articulo apud, *Fab. de Anna cons.* 47. super rebus dividuis vel individuis, cum alijs insinuatis *in Veliterna hoc eodem tit. disc.* 73. 21
Verùm quando in isto casu actor aliud non haberet nisi jus vicinitatis, reflectendo ad veritatem, mihi videbatur ad favorem alterius vicini præoccupantis probabilius respondendum esse. Tum quia in pari causa semper potior est conditio rei & possessoris, ut in proposito duorum æqualium creditorum habetur apud *Franch. decis.* 260. cum alijs *in Bonon. census* 4. *Febr.* 1654. *Meltio*, & frequenter in sua materia *sub. tit. de credito*; Tum etiam quia ut advertitur *in dicta Veliterna*, nimium deferendum videtur praxi & observantiæ Vrbis, ac præfatæ interpretationi datæ *Constitutioni Gregorii XIII.* quæ in verbis præsupponit concursum plurium vicinorum, ut eis ad ratam necessitatis vel congruentiæ res dividua adjudicari debeat, ipsa etiam æquitate seu naturali ratione quoque satis assistente.

Credebam tamen pro actore respondendum esse ex magis præponderanti alia circumstantia consortij in ipso concurrente, unde posito quod in vicinitate essent æquales, ita ut tanquam inter æquè privilegiatos intraret privilegij conquassatio, adhuc remanebat alia ponderosior qualitas, quæ illum potiorem reddere debebat, dum textus *Constitu-* 22
tionis in §. *primo*, vocat primo loco parentes, idest conjunctos, deinde socios sivè consortes, & ultimo loco vicinos, unde propterea quando in uno concurrit nedum vicinitas sed etiam consortium, dicitur casus mixtus, in quo dicta qualitas præponderans vincere debet, ut advertit *Afflict. super eadem Constitutione* 8. *par.* 4. *notabili num.* 17. *in fine vers. sed quæro, habeo unam domum, & num.* 29.

Ad probandum verò consortium prædictum, quodque potior esset conditio actoris, considerabam quod adjacentia rei conventi erat solùm per murum lateralem utramque domum dividentem, ista verò adjacentia actoris erat per ejusdem domus condominium, ita divisum per partes seu appartamenta quo casu, ut patet ex collectis per *Andreol. controvers.* 217. *& in addit. ad Cepoll. impress. post tertiam partem ejus controv. vers. solarii materiam cum pluribus sequen. præsertim vers. de domo divi-* 23
sa per solaria, plurium sententia est dominum appartamenti inferioris tanquam habentem dominium soli, dici dominum totius domus, alterum verò habentem appartamentum superius, vel id habere jure servitutis, vel esse solum dominum utilem & superficiarium; Sed reflectendo ad veritatem, istud non videbatur tutum fundamentum, Tum quia ut patet ex collectis apud *Andreol. ubi supra*, alia sententia est, domum divisam per appartamenta non unam sed duas censeri, atque esse duo dominia principalia & coæqualia, & super qua materia aliqua insinuantur *hoc eod. tit. ad*

materiam

materiam servitutum prædialium in S. Severini dis. 10. Tum etiam quia d causaret quamdam majorem seu magis qualificatam vicinitatem, & sic camdem speciem, quam plus & minus non alterat, non autem consortium, quod adesse non dicitur, ubi quilibet suam partem distinctam recognoscere potest, cum illud solum resultet ex promiscuo ejusdem individuæ rei condominio & usu insolidum juxta *decis. Merlini 386. 411. 437. & 465.* quæ sunt in hac materia consortii magistrales *repetit. dec. 243. 303. 339. & 378. par. 5. rec. Buratt. & adden. dec. 520.* Sed benè aderat consortium cum dicta qualitate, ob individuum dominium & usum insolidum scalæ, atrii, & alterius mansionis ut suprà, atque ex hoc fundamento mihi videbatur cessare prærogativum præoccupationis, ac potiores esse istas partes actoris, pro quo audio determinatum per duos ex tribus arbitris, in quos compromissum initum fuit.

NARNIEN.

RETRACTUS

PRO

FRATRIBUS DE TERTIIS.

CUM N.

Casus disputatus coram A. C. & resolutus pro Tertiis.

An jus congrui competens ex statuto laicali, locum habeat in alienationibus, quæ fiunt à laico in clericum, vel econtrà; Et an tale statutum fieri possit à Civitate, vel loco recognoscente superiorem; Qua occasione agitur, an sit exorbitans & odiosum, vel potiùs favorabile; Et an procedat in venditionibus sub hasta.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *Privilegiatus habens aliquid commune cum non privilegiato, huic communicat suum privilegium.*
3 *An contra clericum competat jus congrui, & quatenus competat, coram quo sit conveniendus.*
4 *De conclusione, an & quando subditus prohibeatur contrahere cum clerico seù non subdito spreta lege sui superioris.*
5 *De statutis prohibentibus alienationem in forenses an ligent clericos.*
6 *Contra conclusionem de qua numer. 3. ut clericus non conveniatur in jure congrui.*
7 *Quid ubi ipse laicus venditor inhabilitatur ad vendendum.*
8 *Civitates vel loca subdita non possunt facere statuta contra jus.*
9 *Quod jus congrui sit favorabile.*
10 *Contrarium quod sit odiosum & exorbitans.*
11 *Quod sic contra jus, etiam si dicendum esset favorabile, Et quid importet ubi est contra jus, sed favorabile.*
12 *Quæ confirmatio in statutis requiratur, & de confirmatione præsumpta.*
13 *An ius congrui locum habeat in venditionibus sub hasta, & probabilior est negativa.*
14 *De rationibus ob quas negativa opinio verior videtur.*
15 *Ius offerendi an competat contra ementem sub hasta.*

DISC. LXXI.

INTENTATO per vicinum retractu contra fratres de Tertiis, qui aliqua bona emerant sub hasta in vim statuti particularis loci; Et introducta causa coram A.C. prodiit sententia absolutoria super dicti retractus incompetentia; Atque in disputationibus desuper habitis, scribens pro dictis eis conventis plura deducebam fundamenta, quorum præcipuum, cui judex, non curando alia examinare innixus est, fuit illud, quod inter dictos fratres in communione viventes aderat clericus, qui proindè tanquam ab hoc statuto exemptus & privilegiatus in actu dupliciter individuo, ratione contractus, & ratione rei, aliis fratribus laicis suæ exemptionis privilegium communicabat, ex regula quod privilegiatus habens aliquid commune cum non privilegiato, huic suum privilegium communicat *ad text. in l. si communem ff. quemadm. serv. amitt. cum concord. per Affl. & Vrsill. dec. 213. Menoch. lib. 6. præsumpt. 4. Anna, & add. singular. 73. Rot. decis. 196. num. 2. par. 11. recent* 1 2

In hoc autem puncto, an scilicèt clerici exempti essent ab hoc statuto, scribentes in contrarium auctoritate *Roberti Marantæ disputat. 8.* qui omnium latiùs hanc opinionem tuetur, deducebant distinctionem inter clericum emptorem & venditorem, ut isto secundo casu intret exemptio à statuto, nè aliàs clericus venditor patiatur restrictionem libertatis de jure competentis cuicumque vendendi, secus autem in casu converso, in quo laicus vendat clerico, quoniam statutum non prohibet clerico, nè emat, neque cum ipso suam operationem facit, sed percutit contractum factum à laico ejus subdito, cui legem adijcere potest, ut bona laicalia eidem statuenti subjecta vendere non possit nisi sub ista qualitate, itaut videatur servitus infixa ipsis bonis laicalibus; Ac etiam quia non potest subditus contrahere cum non subdito, spreta lege sui superioris, ex iis quæ super ista propositione in proposito dotis excessivæ constitutæ per clericum laico contra formam statuti seu pagmaticæ habentur deducta *in Romana de Sancta cruce sub tit. de dote alibi*; Ac propterea quod contra clericum cõpetat etiam jus congrui post *Marant. dicta disput. 8.* aliosque antiquiores tenent *Giurba decis. 25. num. 10. Trivisan. decis. 14. part. 2. Grass. de eff. cler. cap. 2. num. 83.* cui opinioni adhæret *de Marin. lib. 1. resol. 55. n. 5. & 7. cum seq. & resol. 44. n. 1. & per rot. lib. 2.* Licèt idem auctor latè & ex professo *d. resol. 44.* damnet assumptum *Trivisani & Giurbæ*, ut possit clericus in hoc retractu conveniri coram judice laico, & cum eodem auctore in omnibus procedit *Rumnus in add. ad Affl. de jure prothomisèos in principio fol. 70. num. 3. & 4. qui allegat scribentes apud Tappiam & alios, cui impugnationi latè respondet Giurba obser. 2.* 3

His non obstantibus, cum sensu etiam veritatis, dicebam istam esse in contrarium, ut etiam judex agnovit, quodque verius ista distinctio procederet in oppositum, quoniam non agitur de forma seù 4

solemnitate adhibenda in ipso actu venditionis, itaut statutum percuteret validitatem seu substantiam actus ab initio, quo casu cadit dicta inspectio, an subditus gerere possit actum spreta lege sui superioris cum non subdito, atque intrat distinctio, an concurrat generalis & indefinita inhabilitatio in faciente seù alienante sine licentia sui superioris vel alia solemnitate, & tunc probabiliter dici potest dictam conclusionem intrare, secùs autem si inhabilitatio magis ac principaliter percutiat eum; in quem fit alienatio ratione inhabilitatis personæ, ut e. g. sunt statuta prohibentia alienationem in forenses, sivè istos inhabilitantia ad acquirendum bona in territorio, quoniam licèt aliqui ex eadem ratione inhabilitationis proprii subditi credant hujusmodi statuta capere etiam alienationes factas in clericos & forenses, ut probant plures collecti *per Ciriacum controver. 529. num. 40. & controver. 530. num. 64. & seqq. Carol. de Grass. effectu cler. 2. num. 245. & seqq.* Contrariam tamen tenent in majori numero Doctores plenè collecti per *del Bene de immunitat. tom. 1. cap. 8. dub. 11. sect. 1. fol. 335. & per Ciriac. controv. 529. n. 38.* & hanc veriorem ac tenendam dicit *Rota decis. 157. par. 11. rec. n. 23. & seqq.*

Qui termini seù difficultates non cadunt in hac materia retractus, quoniam venditoris nihil interest, an res ab uno vel ab altero obtineatur; Ac etiam quia emptor quamvis retractui subjectus, interim est verus ac perfectus Dominus ad omnes effectus, *ut apud Millin. dec. 446. Burat. decis. 777. & frequent in alijs hoc titulo*, undè propterea absoluto & perfecto actu quoad venditorem, istoque jam egresso de scena, & effecto extraneo; jus congrui exerceri dicitur cum emptore, cujus dominium resolvitur; Et consequenter istius persona in proposito principaliter spectanda videtur, quia cum ipso statutum suam jurisdictionem ac potestatem exercere dicitur, ideoque veriùs est non competere contra clericum emptorem, ut plenè probant cæteris allegatis *Honded. cons. 3. num. 10. & sequen. lib. 1. Marta de jurisdict. par. 4. casu 30. num. 8. cum seqq. Squillant. de privileg. clericor. cap. 7. numer. 96. Sperell, decis. 11.* & pro absoluto supponitur per *Rotam apud Cavaler. dec. 657. numer. 1.* ubi evitatur objectum ex eo quod statutum esset ecclesiasticum, & admittitur etiam per *Franch. dec. 285.* & alios DD. laicos, per quos solùm prætenditur, ut id procedere debeat activè & passivè, ut scilicèt quemadmodum contra ipsos jus congrui non est exercibile per laicos, ità neque ipsi clerici possent illud contra laicos exercere, quod in his & similibus terminis impugnant ecclesiastici, quasi quod clerici habeant exemptionem passivam à statuto laicali, sed eis non prohibeatur usus activus in ratione favorabili; & privilegiativa ex deductis præsertim *in dicta Romana de Sancta cruce sub tit. de dote*, ubi de hac materia usus activi seu privilegiativi, quem clerici habeant circa statuta laicalia.

Sed quicquid sit de hoc, quod in præsenti disputatione examinatum non fuit, constantem ac receptam dicebam d. opinionem, præsertim in Curia Romana, & in omnibus curiis ecclesiasticis, cum ista tanquam earum Metropoli se conformare debentibus, quod scilicèt ubi clericus est emptor, contra quem jam effectum Dominum jus congrui exercendum est in vim statuti laicalis, tunc istud nõ intret, reprobata dicta distinctione, quod potiùs videtur cadere in oppositum, ut scilicet exercibile sit hoc jus contra laicum & statuto subjectum, quamvis à clerico emerit, quoniam ut suprà dictum est, venditoris nihil interest, atque quandò statutum suam facit operationem, jam bona desierant esse de dominio clerici, nisi casus daret, quod hæc statutaria dispositio ob restrictam libertatem alias de jure competentem causaret in clerico damnum & jacturam, quia nempè de pretio diminueret, qua circumstantia cessante, non videtur subesse ratio, quæ obstet; Nil obstantibus rationibus in contrarium ponderatis *per Marin. dicta resol. 55. lib. 1. ex nu. 7.* quia vis non est, an lex laicalis sit favorabilis, & rationabilis, sed est in defectu jurisdictionis, & potestatis, quia paria sunt forum sortiri ac legibus ligari,

Difficultas autẽ in dicto casu, quo laicus subditus vendat clerico non subdito, cadere videtur, ubi statutum percutiat substantiam actus alienationis in radice, inhabitando personam ad faciendum actum alienationis, aliqua forma seù solemnitate non præcedente, ut per plura statuta, quæ practicavi disponitur, prohibentia actum venditionis, nisi priùs denuncientur vicini vel consortes sub annullatione actus, quasi quod tunc ipsa persona subdita dicatur inhabilitata ad contrahendum juxta deducta per *Marant. ubi suprà, & sequaces*, & de qua distinctione ad aliud propositum *Ciriac. d. contr. 529. nu. 41. & seqq.* Sed quicquid sit de isto casu, difficultas cessabat ex facto, cum statutum, de quo agebatur ità non disponeret, sed percuteret jus vicino vel consorti competens contra emptorem, qui interim dicitur verus & perfectus Dominus, ideoque desuper maturum judicium efformari non potuit ex laudabili Curiæ stylo prohibente superfluas, & evagatorias disputationes extra casum præcisum controversiæ.

Alterum fundamentum pariter probabile, quod pro reis conventis deducebam in conclusionem intentati retractus consistebat in invaliditate dicti statuti utpotè conditi à Communitate subdita, cui de jure non conceditur statuere contra jus, multò minus in Statu Ecclesiastico ob aliam prohibitionem resultantem à Constitutione Egidiana, *ut in puncto apud Buratt. dec. 6.* & generaliter idem *Buratt. dec. 229. Gregor. dec. 267. num. 6. Rota dec. 438. par. 4. rec. tom. 2. & sæpissimè.*

Pro isto objecto evitando, scribentes pro actore latè probare conabantur, istud jus congrui dicendum non esse exorbitans & odiosum, sed potius favorabile ac rationabile, demandatum etiam per Sacram Scripturam, ut latè hujusmodi statutorum ac legum favorem, rationabilitatem, & competentiam omni jure divino, & humano probat *votum Præsidiaviarum registratum inter decisiones Rotæ dec. 173. num. 8. cum seqq. par. 4. recent. de Marin. dicta resol. 55. lib. 1. ac cæteri.*

Replicabam tamen, quod quicquid esset de ista quæstione, an scilicet statuta vel leges odiosæ vel favorabiles dicendæ sint, in qua etiam tam Rota quam Camera & Curia sequuntur contrariam opinionem, ut potius odiosæ ac exorbitantes censeri debeant *apud Buratt. dicta dec. num. 8. ad eum dec. 677. lib. B. Capyc. Latr. consult 96. num. 15. & 16. & in proximè allegando voto Cameræ*, omnes tamen concordant hoc esse contra dispositionem juris communis ac libertatem competentem ex dispositione *textus in l. ne cui & l. dudum Cod. de contrahen. empt. ut apud Buratt. dicta dec. num. 9. Merlin. dec. 437.* alias *dec. 339. num. 28. par. 5. rec.* & in dicto voto Cameræ, seu Præsidis viarum in Curia recepto, registrato inter decisio-

nes

nes *Rota.dec.783.quæ est ultima par.2.rec.n.* 9. ubi quod ità pluries censuit Camera quæ verè in hac opinione residet; Aliud enim est, an statutum sit odiosum, vel favorabile; Aliud verò an sit contra jus necne; Stant enim benè simul esse favorabile ac rationabile, & tamen esse contra juris communis dispositionem; Ut præsertim habemus in statutis excludentibus fœminas propter masculos, sive cognatos propter agnatos, quoniam sunt quidem rationabilia, utpotè nostris moribus magis adaptata, atque antiqui juris restitutiva, sed adhuc reputantur juri contraria utpote correctoria juris novissimi, cum quo vivitur, suffragante solùm dicta ratione favorabilitatis, seù quod dicenda non sint omninò odiosa & exorbitantia ad effectum ut sufficiat confirmatio superioris in forma communi absque necessitate illius confirmationis in forma specifica, quæ requiritur in statutis verè exorbitantibus & odiosis, atque propterea sufficiat etiam confirmatio præsumpta resultans ex longissimi temporis observantia, cum hæc censeatur in forma communi, non autem specifica *ex deduct. per Buratt.dicta decis.6.add.ad eum ibid.& dec.188. Rot.dec.438.par.4.rec.tom.3.* & habetur frequenter *sub tit.de succession.* ubi præsertim est principalis sedes hujus materiæ statutorum. Et sic benè compatiuntur, quod statutum sit favorabile; & tamen utpotè juri communi contrarium condi non possit per Civitatem subditam, nisi suffragaretur dicta confirmatio præsumpta resultans ex longissimi temporis observantia pacifica, de quo in præsenti actum non fuit; Tum quia per scribentes in contrarium motivum nec quidem tactum fuit, multòminùs vestitum cum dictæ observantiæ justificat one; Tum etiam quia ut supra, judex satisfactus de primo motivo ratione clericatus, neglexit alia motiva examinare.

Deducebam quoque pro intentati retractus exclusione aliud probabile fundamentum; quod non versaremur in venditione voluntaria jure privati cõtractus inita; sed in necessaria, cum auctoritate judicis & subhasta; Adversus quod motivum scribentes in contrarium constituebant fundamentum *in decis.193.Gregory*, ob quam in Curia per ora pragmaticorum volitare solet hoc assumptum, quod etiam in venditionibus subhasta jus congrui intret; Ad quod etiam adducebatur auctoritas *Franch.decis.482.& 588.utrobique in principio* quasi quod actus dicatur voluntarius dum initium habet à voluntaria debitoris obligatione.

Contrarium dicebam verius, tum spectatis auctoritatibus; tum etiam spectata ratione; siquidem nostri majores magis communiter tradiderunt hujusmodi retractus non intrare in venditionibus necessariis quæ publica & judiciali auctoritate fiant, ut præsertim *Roman.cons.107.per totum Alex. cons. 52.num.finali lib.1. Afflict.in tract.de jure prothomis §.3.num.26 ubi Rummus in addit. fol.* 154. *& seq. Tiraquell.de retract.lignag.§.1.glos.14.num.8. cum seq.Magon.dec.Florent.100.num.2.Capyc.Latr.consult.27.num.51.*& remissivè *consult.96.num.* 34. *Apont.de potestate Proregis tit.de divers.provisionibus §.1.n.21.Schrader.de feudis par.8.cap.* 7. & benè in voto Camerarii *impress.inter decis. Rotæ par.1.recent.dec.*184. quod etiam dicitur *apud Merlin. decis.465.*alias *decis.378.par.* 5.*rec.* licèt hæc decisio non loquatur de hac specie alienationis necessariæ ex ea necessitate, quæ inesse dicitur ob factum judicis invito rei domino; sed de altera necessitate, resultante à retractu coactivo; Econversò autem dictæ auctoritates in contrarium non videntur in hoc concursu attendendæ, quoniam quicquid sit de subsistentia *decis.* 193. *Gregory* in casu suo, illa percutit casum paticularem ac diversum super retractu resultante ad favorem creditoris censuarii in fundo censito *ex Bulla Pii V.* ob ejus verborum amplitudinem, ideoque trahi non potest ad regulam generalem super hac diversa retractus specie; Et quoad decisiones Franchi, videtur quod apud Regnicolas non sit recepta, ut apud *Apont.& Capyc.Latr.ubi supra*; Quodque in puncto juris verius sit retractum in hac specie alienationis non intrare, habetur actum *in Montispelusii prælationis sub tit.de feudis dis.36.*

Attenta quoque ratione quæ pro meo sensu & genio semper, quod non obstant, vel casus legis; vel omninò recepta traditio, magis attendenda est, idem quoque probabilius videri dicebam, quoniam ut advertitur *in dicta Montispelusij sub tit. de feudis*, ac etiam *in Romana prælationis pro Testona sub tit.de emphyteusi disc.51.* quotiès agitur de venditione subhasta publica, præsertim in loco, ubi sita est res, ac morantur illi, quibus jus retractus competit, cessat illa æquitas seù ratio, cui hoc jus prælationis innixum est, dùm eis publicus ac liber patebat aditus licitandi, atque cum meliori oblatione rem obtinendi, cum vicino vel consorte regulariter magis expediat alios licitatores cum melioribus oblationibus vincere, ideoque sibi imputet; Ad quod conferre dicebam ea, quæ in jure habemus in materia juris offerendi competentis secundo creditori in re communis debitoris non intrantis in hujusmodi venditionibus sub hasta factis, quoties vel nullitas vel dispositio textus *in l.quæ sub imagine C. de distract. pignor.* non obstet, ex deductis *per Franch.& Adden.dec.* 69. *plenè Duran. Dec.* 445. quæ reputatur in materia magistralis, *Bonon. prædij 15.Martij 1660.& 18.Februarij 1661. coram Bevilaqua*, & habetur pluries in sua materia *sub tit.de credito*, præsertim *in dicta Bononien.*

Altera etiam concurrente viva ratione favoris publici commercii, ac utilitatis tam debitorum, quorum bona subhastantur, quàm etiam creditorum, ad quorum instantiã fit subhastatio, ut ità scilicèt sub publica fide ementes, atque in publica hasta comparentes tuti reddantur, ac magis ad honestas & justas oblationes invitentur, cum non de facili hujusmodi publicitati se exponat, qui tutus non esset rem obtinendi; sed suspicari possit deservire debere, ut vulgò dicitur, per *Zimbello*, ut ponderatur *in dicta decis.445.Durani*, Et ob quam rationem in plerisque ditionibus, præsertim in aliquibus Hispaniarum, prudenter ac rationabiliter inductum est, ità sub hasta & fide publica ementem reddi tutum à quibuscumque hypothecis, nexibus, & vinculis, quibus ipsa res affecta esse posset, quod in Urbe statutum habemus per Bullam Baronum in venditionibus, quæ fiunt per Congregationem Baronum, ut frequenter in sua materia sub tit. de feudis ad dictam Bullam.

Concurrebat quoque ad favorem hujus partis aliud motivum præoccupationis in concursu æqualis vicinitatis, sed hoc motivum nullatenus examinatum fuit, cum in facto per alteram partem omninò controverteretur, & de quo puncto

præoccupationis seù concursus plurium vicinorum habetur actum *in Veliterna disc. sequenti.*

V E-

VELITERNA
RETRACTUS
PRO
N. COLUTIO

Casus disputatus coram judice deputato, incertus est exitus.

De concursu plurium vicinorum ad eumdem retractum rei dividuæ, vel respectivè individuæ, quis præferri debeat; Et quid ubi unus prævenit in acquirendo; An esse debeat melior conditio præoccupantis.

Et de Statuto loquente de vicino in numero singulari, an conveniat ubi sunt plures vicini, itaut numerus singularis resolvatur in pluralitates.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *De numero singulari resolvendo in pluralitates & è contrà, & an quod disponitur de uno conveniet pluribus.*
3 *In specie statutorum loquentium de uno vicino.*
4 *Concurrentibus pluribus vicinis ad retractum, cujus debeat esse potior conditio.*
5 *In Urbe potior est conditio vicini præoccupantis.*
6 *Pro interpretatione statuti dubij attendi debent statuta, vel leges locorum adjacentium; & interpretationes eis datæ.*
7 *De attendendis legibus Hispaniarum pro interpretatione legum Romanorum, & de attendendo iure Canonico pro interpretatione civilis.*

DISC. LXXII.

1 Disponente statuto Veliterno, quod habens rem ad unum terminum cum altero confinantem, debeat istum requirere, an velit emere vel permutare, ad effectum ut cuicumque alteri præferatur, quodque aliàs alienatio ipso jure irrita sit; Cum domus empta esset per unum ex vicinis adjacentibus, Colutius autem qui ex altera parte adjacebat, eam pro rata retrahere vellet; Hinc introducta causa coram Prælato per Episcopum Hostiensem & Veliternum deputato, post primas disputationes, juxtà Curiæ usum haberi solitas inter causarum patronos ut plurimum convocantes Advocatos, ubi ob juris difficultates à judice vel parte promotas necessitas exigat, ad duos punctos restricta fuit difficultas; Primò scilicet an emptori reo convento suffragaretur præoccupatio in concursu æqualis vicinitatis, undè propterea obstare non deberet statutum ità disponens in concursu vicini cum extraneo emptore; Et secundò an idem Statutum loquens de vicino cohærente per unum latus convoniret actori ex duobus lateribus confinanti, sive an loquens de uno vicino comprehenderet casum controversum, in quo plures vicini confinarent.

Scribens pro actore, ex cujus parte super dictis duobus punctis requisitus fui, quatenus pertinet ad 2
secundum; Dicebam, etiam cum sensu veritatis, illum videri disputatione; atque Advocatorum opera indignum, utpotè nimium planum, quoniam ubi non agitur de primogenitura seu feudo juris francorum, aut alia re, ex ejus natura, vel ex testatoris judicio individua, receptum est in jure, numerum singularem resolvi in pluralitates, quodque ea, quæ de uno disposita sunt, possint pluribus convenire *ad text. in l. 2. §. hæreditas ff. de suis & legitimis §. si plures Instit. de legitima agnatorum successione cum concord. per Mantic. de conjecturis lib. 8. tit. 12. num. 33. Fusar. de substit. q. 356. num. 1. & q. 358. num. 10. Castill. lib. 6. controv. cap. 121.* & habetur frequenter *sub tit. de fideicommissis*, præsertim *in Romana hæreditatis de Spatis*, ac etiam *in Anconitana de Tomasys*, ex quibus & aliis patet, difficultatem esse potius in casu converso, an scilicèt numerus pluralis resolvi posset in singularitatem, itaut data facultate nominandi seu eligendi plures, illa restringi possit ad unum tantum aliis neglectis, non autem econtrà, quoties vel subjecta materia, vel testatoris voluntas
non resistant. Multòmagis in casu de quo agitur, 3
in quo sub nomine vicini demonstrantur omnes eamdem qualitatem habentes, quoniam in quolibet idem numerus singularis discretivè verificatur; Ac etiam quia nimium rari sunt casus, in quibus bona, regulariter habentia confinationem per quatuor, vel saltem per tria latera (cum unum respondere soleat in publico) verificetur adjacentia unius vicini tantùm, Et quia esset dare inconveniens, quod qui majorem vicinitatem habet per plura latera, non esset comprehensus sub statuto in verbis loquente de adjacente per unum latus contra regulam desumptam ex vulgari *auth. multomagis &c.* undè propterea in hoc motivo tanquam omninò plano parum ac ferè nihil immorari oportuit.

Major igitur, ac tota difficultas fuit super primo, an scilicet hujusmodi statuta concedentia prælationem vicino vel consorti adversus extraneum emptorem, locum habeant adversus illum emptorem, qui vicinitatis vel consortii qualitatem quoque 4
haberet; Super quo scribens pro actore retrahere volente, deducebam ea quæ plenè *ex Afflict. Tiraquell. Guttier.* & aliis habentur apud *Fab. de Ann. cons. 47. num. 29. cum sequen. & per totum*, quod videtur magistrale in hac materia concursus plurium vicinorum ad ejusdem rei retractum, & super quo casu per dictum auctorem discurso puto quod prodierit decisio 550. *Franchi*, ex quibus patet de nimia scribentium varietate; distinguendo inter res dividuas & individuas, ut in individuis, ut sunt statuæ, columnæ, granaria, & similia, juxta unam opinionem potior sit conditio præoccupantis; & juxta alteram prævalere debeat major adjacentia; In rebus autem commodam divisionem recipientibus, debeat omnium æqualis esse concursus proportionabiliter, & pro rata bonorum seu adjacentia pro prudentis judicis arbitrio; Atque hanc esse probabiliorem opinionem probari dicebam, nedum ex auctoritatibus apud *Franch. & Fab. de Ann. ubi suprà*, sed etiam *ex Constitutione 22. Greg. XIII.* edita pro retractu, tam prælativo quàm coactivo in Urbe, dum in casu concursus plurium vicinorum ita statuitur; Undè propterea, cum in facto supponeretur; domum super qua erat controversia,

haben-

habentem hortum & aream, esse commodè divisibilem, itaut omnes participare possent, dicebam, quod juxtà dictam opinionem, omnium vicinorum concursus proportionabiliter & pro rata admittendus erat, dum cohærentia actoris à duobus lateribus erat longè major.

Quamvis autem scribens tanquam Advocatus hæc deducerem, ornando more consulentium informationem cum auctoritatibus *ex dicto cons. Fab. de Anna desumptis*; Attamen reflectendo ad veritatem, satis dubitabam de juribus actoris, ut eidem ab initio insinuavi, undè propterea credo quod contra eum fuerit judicatum; Tum quia regula est, ut statutum loquens de simplici non capiat casum qualificatum, ut in his terminis *Vermigliol. cons. 414. num. 8.* Tum etiam quia Tribunal Cameræ ità interpretatum est dictam Gregorianam Constitutionem ut melior sit conditio vicini præoccupantis *Vermigliol. dicto cons. 414. num. 7. Gratian. discep. 752. num. 43.* atque hoc jure vivitur in Curia; Et propterea quamvis dicta Constitutio sit localis pro Urbe tantum, nihilominus dicebam ejus interpretationem, seu intellectum nimium attendi debere, ex recepta propositione, quod ubi agitur de interpretatione legis dubiæ, tunc legibus vel consuetudinibus Civitatum vel provinciarum adjacentium deferri debeat, ex iis, quæ habentur plenè deducta per scribentes *apud Pratum respons. criminal. 46. à num. 51. ad 60. Constant. in l. 1. de filys officialium lib. 10. num. 36. Add. ad Rovit. in pragm. 2. de cessione bonorum fol. 155. Rot. decis. 357. num. 51. & seq. par. 11. recent.* Et habemus de legibus partitarum Hispaniæ attendendis pro interpretatione legum civilium, à quibus desumptæ sunt *Franch. decis. 578. num. 14. Rot. dec. 27. num. 8. par. 1 recentior.* Et de jure canonico attendendo etiam in terris Imperii in casibus in quibus jus civile non providit, seù aliàs est dubium, & indiget interpretatione cæteris collectis *Rot. decis. 266. n. 7. & seqq. par. 6. recent. & dec. 30. num. 34. & seqq. par. 7.* quæ est eadem *apud Merlin. dec. 671.*

VITERBIEN.

RETRACTUS

Subscriptio alieno consilio.

An jus congrui locum habeat in contractu permutationis, quoties bona non adæquant, sed aliquid refunditur in pecunia.

SUMMARIUM.

1 *JUS congrui non habet locum in permutatione.*
2 *De ratione.*
3 *Quid, ubi statutum utitur lato vocabulo alienationis.*
4 *Census reputantur inter stabilia.*
5 *Quando dicatur vera permutatio, & quando non.*
6 *Census reputatur species, non autem quantitas.*
7 *An jus congrui locum habeat in concessione rei in emphyteusim vel censum cum facultate redimendi pro certa quantitate.*
8 *Fraus in dubio non præsumitur.*
9 *An remaneat permutatio si pars pretij datur in pecunia.*
10 *Cautela ob quam cessat quæstio resultans ex refusione in pecunia.*

DISC. LXXIII.

CUM N. acquirere vellet quandam tenutam, timeret autem retractum vicino ex jure municipali competentem, undè propterea curavit illum acquirere *ex titulo permutationis*. cum quibusdam censibus Domino tenutæ cedendis, quibus non sufficientibus ad adæquandum valorem tenutæ supplere intenderet residuum in in pecunia sub pacto illam erogandi in extinctionem quorumdam censuum, quibus eadem tenuta gravata erat, atque desuper consilium cujusdam docti, & practici causarum Patroni in Curia petiisset; Requisitus Ego de subscriptione dicto consilio, & an mihi videretur, quod dictus contrahendi modus eum à dicto retractu exemptum, & cautum redderet, subscribendo dixi ut sequitur &c.

Permutatio est optimus modus excludendi retractum, & melior cautela quæ detur, ideò laudo consilium, eique subscribo, cum certa conclusio sit quod in permutatione non datur retractus, ut per *Afflict. de jure proxhom. §. 3. notabili 9. num. 11. & seqq. ubi Rummus in novissimis additionibus fol. 152. Buratt. dec. [illegible] num. 12. plenè Decian. cons. 23. nu. 19. lib. 2. Rot. dec. 41. par. 2. recen.* cum aliis allegatis per consulentem, atque videtur conclusio plana, ex ea præcipua ratione, quod nunquam datur retractus, ubi retrahens non potest dare eam speciem, quam dat ille, à quo res est retrahenda, *ut per Adden. ad Burat. dec. 937. num. 20.* Undè cum vicino sit impossibile dare illos eosdem census, qui titulo permutationis dantur, ità videtur excludi retractus, maximè quia Constitutio *Pauli III.* non loquitur de alienatione, quo casu, quia sublato vocabulo alienationis venit etiam permutatio, intrare posset illa difficultas, quam excitat, sed benè resolvit *Gratian. discept. 885.* Sed loquitur strictè, de emptione, & venditione, ideò nullatenus in permutatione est verificabilis ex deductis per eumdem *Gratian. d. cap. 885. num. 16.*

Quod autem versemur in vero contractu permutationis non dubitandum, nam quicquid senserint scribentes in ea quæstione, num annui census inter mobilia vel stabilia computandi sint, vel potiùs tertiam speciem constituant, receptissima est hodiè conclusio, quod post Constitutionem *Pij V.* census perpetui ad ejus formam creati inter stabilia computantur, & pro stabilibus habentur, ut constat *ex deduct. per Cenc. de censd. qu. 30. Rot. decis. 235. par. 7. recent. decis. 324. num. 15. par. 11.* & aliàs sæpiùs, ac in terminis observat *Gratian. dicta discept. 885.*

Ultrà quod etiam, si pro re mobili, vel tertia specie census essent habendi, non per hoc intrare posset retractus, quia non est necesse permutari rem stabilem cum alia re stabili, sufficit enim fieri permutationem cum aliqua specie, quam vicinus præstare non potest, quodque non datur loco rei, vel pretii res, quæ recipiat functionem in genere suo, Et si qui adsunt DD. dantes retractum etiam quandò species datur, loquuntur, quando datur species tanquam æstimata loco pretii, quod ad certam summam sit principaliter deductum in contractum.

Nec

Nec dici potest per vicinum offerri posse censu-
6 um æstimationem, quoniam certum est censum perpetuum ad dictam formam Constitutionis Pianæ constitutum considerari tanquam speciem, quàm pluribus respectibus longè expedit potiùs haberi quàm genus, seù pecuniam, præsertim ad effectum acquirendi jus, seu spem prælationis in alienatione bonorum censuatorum; Undè magis recepta conclusio est, censum consideratum uti speciem, ratione bonæ vel malæ circumstantiæ posse emi per tertium majori vel minori pretio, quàm importet quantitas, cum qua fuit constitutus *ex deduct. per Roderic. de ann. reddit. quæst. 88. num. 22. Cenc. quæst. 32. num. 17. & seqq. Salgad. in labyrinth. Cred. par. 1. c. 13. §. 32. nu. 36. & seqq. & cap. 27. ex n. 80.*

Minùs obstare videntur deducta per *Franch. decis.*
7 *392.* quam pro ratione dubitandi deducit *Gratian. dicta discept. 885. num. 27.* quoniam decisio prædicta, quam canonizavit etiam *Rot. apud Merlin. decis. 210. num. 7.* loquitur de concessione rei sub annuo censu reservativo redimibili quandocumque ab eodem concessionario ad tot pro centenario, & sic in casu quo liberum erat acquirenti solvendo pretium tollere censum incontinenti, propterea in eo casu reputatur venditio sub colorato nomine census reservativi, Sed isti termini longè distant à nostris, in quibus agitur de permutatione cum censibus consignativis, quorum sors est demortua, & ex quibus non est in arbitrio acquirentis habere pretium in pecunia, cum id pendeat ab arbitrio debitoris censuarii, qui cessus fuit.

Refusio autem scutorum quinque millium in pecunia, qui dantur ad æquandam tenutam plus valentem naturam contractus non immutat, nec illum facit transire in emptionem & venditionem;
8 Tum quia ubi partes expressè declarant qualem contractum gerere volunt, non intrat hæc præsumpta transmutatio, nisi expressè probetur, ut *ex Bald. observat Afflict. dict. §. 3. notabili 9. num. 14. & ex Covarr. & Tiraquell. magis communem dicit Rummus in add. ad Afflict. eodem loco fol. mihi 153.*

Tum etiam quia sufficit pretium non præponderare speciei, quæ pro altera specie datur, ut contractus verè dicatur permutationis, ut egregiè *Af-*
9 *flict. dicto num. 14.* Ad regulandam enim naturam actus, qui de duplici specie potest participare, attendenda est qualitas præponderans, & à parte præponderante influitur qualitas in totum actum, ut est certa conclusio apud Beneficialistas in materia jurispatronatus partim ex causa onerosa, partim ex privilegio an veniat necnè sub regulis Cancellariæ, & dicatur gratiosum vel onerosum, sive an idem juspatronatus partim spectans ad clericos partim ad laicos dicatur potiùs ecclesiasticum quam laicale, ut attendenda sit qualitas præponderans, id-est illa, quæ extendit medietatem, ut sunt notissimæ auctoritates & decisiones, quæ in his vel similibus terminis cumulari possunt, Et in his terminis permutationis habetur *in Ferrarien. gabella contractuum sub tit. de Regalibus disc. 49.*

Verùm ad tollendum omne dubium, melior erit cautela, ut deducatur in contractum tenuta onerata censibus & hypothecis ad summam scut. 5. m. permutanda cum censibus conventis, quoniam ità nihil refunditur in pecunia, sed ipsa tenuta permutatur tanquam minus valens ratione dictorum onerum.

ROMANA

PRÆLATIONIS

PRO

CONFRATERNITATE SANCTISSIMÆ TRINITATIS PEREGRINORUM,

CUM

JOANNE FRANCISCO CHERARDO.

Casus variè decisus per Cameram, ut infrà.

Vendita seu locata domo ad vitam, cuinam competat eius ratione retractus vicinitatis; An venditori, seù locatori, vel potiùs ementi, seù conducenti ad vitam; Et cujus persona in proposito spectanda sit.

Quando domus dicatur una, vel dicantur plures ad effectum juris retrahendi vicino competenti s; An scilicèt in toto, vel in sola parte adjacenti.

SUMMARIUM.

1 *Facti series.*
2 *Resolutio causæ.*
3 *Concessio ad vitam, an importet emptionem, vel conductionem, aut aliam speciem.*
4 *Quando dicta quæstio intret, & quando non.*
5 *Quando in emptore vel conductore ad vitam intret retractus prælativus, activus & passivus.*
6 *Bona Confraternitatum quando dicantur Ecclesiastica, itaut cadant sub extravag. ambitiosæ.*
7 *Alienatio bonorum Ecclesiæ est nulla, itaut neque abdicet possessionem.*
8 *Quando concessio vitalitia facta per Ecclesiam substineatur.*
9 *Facta venditione plurium ac diversarum rerum per eumdem contractum; an jus congrui activè & passivè intret in omnibus.*
10 *Quando dicatur una domus vel dicantur plures, & num. 12.*
11 *Destinatio patrisfamilias inducit unicitatem vel pluralitatem prædiorum.*
12 *De eodem de quo num 10. quando dicatur unica domus.*
13 *Unicitas pretij & contractus influit ad unicitatem rei.*
14 *An jus congrui sit favorabile vel odiosum.*
15 *Interest non habere malos vicinos, & huic rationi innixum est jus congrui.*
16 *Quod in hac materia non attendatur destinatio patris familias.*
17 *De venditione eiusdem rei.*
18 *An diversitas tectorum faciat diversas domos, & de aliis tignis.*
19 *An modica vicinitas seù cohærentia sufficiat, & quando de maiori, vel minori vicinitate inspiciatur.*

DISC.

DISC. LXXIV.

1 POstquam insignis Advocatus Hercules Ronconius, domum cum viridario ad propriam habitationem acquisiuit in Pincijs è conspectu Ecclesiæ S. Isidori in solo Vrsinorum, ex motivo tutius investiendi pecunias in occasiones fructiferas, in quodam solo eorumdem Vrsinorum ejus viridario in parte inferiori adjacenti, per eum ad hunc effectum quæsito, prævio unico modulo seu planta, unico contextu, per eosdem artifices, & architectos, unicum construxit ædificium divisum in tres partes seu domos, cum separatis portis scalis, viridarijs alijsque officinis, à tribus diversis inquilinis habitabiles, ita tamen mansionibus in eadem linea seu ordine dispositis, quod una esse posset domus major, ab uno tantum habitabilis. Cum autem sequuta ejus morte, hæredes-ut frequentius est litteratorum fatum, ut ea quæ tam magnis sudoribus & laboribus parta sunt, brevi dissipentur, dictum novum ædificium per unicum contractum sub unico pretio scut. 5. m. circiter vendidissent Ioanni Francisco Gherardo, hic ad se reddendum tutum à retractu infra terminum 15. dierum per Constitutionem 22. *Gregorij XIII.* præfinitum, ad ejusdem Constitutionis formam intimationem fecit vicinis, inter quos fuit Balestrerius possidens adjacentem domum Archiconfraternitatis Sanctissimæ Trinitatis Peregrinorum ex titulo conductionis ad ejus vitam, sed post lapsum dictum terminum, habita de hujusmodi venditione notitia per officiales, & administratores dictæ Archiconfraternitatis, infra annum ab eadem Constitutione præscriptum, ex istius parte intentatis fuit retractus ad totum ædificium, ac desuper in prima instantia à Camerario, & Ædilibus
2 obtenta sententia favorabilis, confirmata in secunda instantia per Præsidem viarum, devoluta verò causa per appellationem *ad Cameram coram Rinuccino*, responsum fuit pro dictarum sententiarum confirmatione, sed repropositа causa occasione novæ audientiæ, reformando dictam resolutionem, dictum fuit, cum præsupposito, quod essent tres domus separatæ, retractum competere pro sola tertia domo adjacente domui retrahenti, & super hoc pendet revisio.

Tam in prima disputatione habita in Camera, quam in alijs præcedentibus coram Camerario & Præside, unicum rei conventi motivum pro exclusione retractus, consistebat in eo, quod jus retrahendi non competeret ipsi Confraternitati actrici, sed Balestrerio dictæ domus possessori, cujus respectu competere non poterat, vel quia intimatus intra terminum dierum 15. illum non intentaverit, vel quia alia ad formam Constitutionis non adimpleverit; In ultima verò disputatione habita in Camera, agnoscentes rei conventi defensores, istud motivum non esse amplius substentabile, utpote in omnibus instantijs de facili rejectum, covolarunt ad novum motivum, quod istæ essent tres domus omninò separatæ, ideoque ratrahenti jus non competeret, nisi ad domum vicinam ac sibi adjacentem, Et sic duæ fuerunt istius causæ inspectiones; Vna jam dicta, quæ scilicet persona circa hujus retractus competentiam attenda esset, altera, an esset una domus, vel plures.

Quatenus pertinet ad primam, scribentes in contrarium dicebant concessionem ad vitam esse
3 contractum emptionis & venditionis juxta doctrinam *Soccin. in l. qui Romanæ num.21. ff. de verborum oblig.* quam cæteri sequuntur, de quibus *apud Gratian. discept. 471. num. 1. & 7. Mangil. de eviction. quæst. 105. Curatt. dec. 24. & 45. Mellin. decis. 446.* ubi in puncto id firmatur ad effectum retractus activi vel passivi, & consequenter inferebant, quod si competebat dicto possessori tanquam emptori, & domino, competere non poterat Confraternitati actrici, quoniam ejusdem rei dominium penes duos insolidum esse non potest.

Verum cum sensu etiam veritatis, per omnes etiam judices, & in omnibus instantijs agnitæ, dicebam scribens pro Confraternitate motivum nullam habere subsistentiam; Quæstio enim circa concessionem ad vitam, quam speciem contineat, Aliquibus supra allegatis volentibus importare emptionem & venditionem, Alijs verò importare locationem, *ut per Arezin. cons. 5. num. 5. Garz. de expensis cap. 15. num. 15.* Alijs importare usumfructum ex sensu *Bartoli in l. cotem §. qui maximos num. 8. 13. & 16. ff. de publicanis*; Alijs verò esse contractum innominatum ex deductis *per Gabriel. cons. 168. lib. 1. quæst. 1.* cum alijs *in Romana concessionis ad vitam sub tit. de emptione & venditione disc. 1.* ubi ex professo de hoc actum habetur.

Percutit casum, in quo verba contractus sint æquivoca, utrique contractui venditionis & locationis convenientia, secus ubi sunt univoca unâ solùm speciem exprimentia, cũ tunc si expresse sonant 4
in locationem, prætendi non possit venditio, vel econtra, *Imol. in cap. propter sterilitatem num. 40. extra locati, Guttier. de gabellis quæst. 37. num. 5. & sequen. Carocc. de locato tit. de similitud æqualitatis num. 7. fol. mihi 44. Mantic. de tacit. lib. 5. tit. 2. num. 46.* Et sic ubi vtentibus partibus promiscuè utroque verbo venditionis & locationis, pacta & substantia conventionis magis uni quam alteri contractui conveniant, ut est casus *dictæ decisionis Mellini, ac decisionum Buratti*, sivè ubi adhibitum est verbum æquivocum, quod utrique contractui convenire potest, ut est casus *in dicta Romana concessionis ad vitam sub tit. de emptione & venditione*, in quo adhibitum fuit verbum *concedere* cum similibus.

Istæ autem inspectiones non cadebant in præsenti, quoniam expressis verbis pluries repetitis in instrumento dictum fuit *locari*, atque recipiens semper vocatus est *conductor*, cum pactis locationi & conductioni magis congruis, præsertim circa promissionem utendi & fruendi durante locatione more boni inquilini & patris familias, unde licet in contrarium obstaret unitas pretij ab initio soluti, quod repugnare videtur contractui locationis & conductionis, exigentis distributionem pensionis in annos & tempora ex deductis *in dicta Romana concessionis ad vitam*, nihilominus ubi verba sunt clara circa unam speciem contractus, non improbabiliter admittendum videtur id quod ibidem deductum habetur, quod scilicet ita pro omnibus annis tanquam per speciem aleæ seu transactionis super futuro eventu, an essent plures vel minores, pensio anticipatè soluta sit, itaut id remaneat compatibile cum contractu locationis.

Cæterum quicquid sit de ista quæstione, quæ ita per discursum ad ornatum potius, quam ad causæ necessitatem deducebatur; Dicebam versari extra controversiam, quoniam tunc in emptore vel con-
5 ductore ad vitam intrat active vel passivè retractus prælativus, quando hic est cum hujusmodi

possessore compatibilis, ut est casus *decisionis* 446. *Millini*, ubi de retractu competente inquilino adversus hujusmodi emptorem seu conductorem super prælatione in eodem contractu vitalitio, cum similibus, itaut adsit compatibilitas; Secus autem ubi agitur de retractu prælativo ratione vicinitatis vel consanguinitatis habente causam perpetuam, & concernente ipsius rei proprietatem, tunc enim, nec activè, nec passivè in hujusmodi concessionarium, sivè illum dicamus emptorem, sivè conductorem, verificabilis est, cum finita ejus vita, contractus seu ejus jus remaneat omninò resolutum, ac fiat regressus ad primævum statum, ut admittitur *in ead. dec. Millini* 446. *numer.* 13. & habetur apud *Tiraquell. de retract. lignag.* §. *primo glos.* 14. *num.* 89.

Præterea cessabat clarius omnis difficultas ob dicti contractus nullitatem ex defectu beneplaciti Apostolici juxta dispositionem *Extravag. ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienan.* per quam prohibetur etiam locatio ultra triennium, cum non dubitaretur (quicquid incidenter aliud agendo, & puncto non discusso motivetur apud *Martin. Andr. dec.* 6. *nu.* 3. istam Confraternitatem esse Ecclesiasticam, ejusque bona venire sub prohibitione *dictæ Extravag.* dum fundata est cum auctoritate Ordinarij habet Ecclesiam; Sacristiam, Campanile, aliaque requisita, de quibus *Gabr. de pia causa conclus. prima & secunda Barbos. de Episcopo alleg.* 75. *Romana census* 15. *April.* 1652. *Bichio & sapius*, & consequenter ob hodie receptissimam & planam conclusionem, ut ob decretum irritans in *dicta Extravag.* contentum, nec dominium nec possessio ab Ecclesia abdicentur, etiam ad effectum summarijssimi possessorij retinendæ ex deductis per *Post. de manut. obser.* 57. *nu.* 102. *cum seqq. dec.* 94. *nu.* 7 *& seqq. p.* 7. *rec.* 78. 139. 226. *& 275. p.* 6. *& passim* Hinc proinde dictus Balestrerius quamvis de facto possessor, extranei reputandus erat, potissimè quia agnita veritate per utrâque partè concorditer recessum fuerat à contractu. Et licet scribentes in contrarium deducerent motivata apud *Buratt. dec.* 24. *num.* 13. super concessione ad vitâ facta per Ecclesiam absque beneplacito, nihilominus de facili tollebatur objectum, quia in eo casu agebatur de concessione officij, unde subjecta materia ita exigebat; Ac etiam quia Ecclesiæ intererat concessionem effectum sortiri, cum hæc dicatur nullitas inducta favore Ecclesiæ & ipsa opponente, non autem favore alterius contrahentis vel tertij contra eam,

Quo verò ad secundam inspectionem in qua major erat difficultas, scribentes in contrarium, ut tollerent objectum resultans ab unicitate contractus, ac unicitate pretij, dicebant non implicare plures res eodem tempore per eumdem contractum, & pro eodem pretio vendi, non tamen exinde resultare, quod retractus in omnibus competat, sed solum in ijs, quæ adhærent bonis retrahere volentis, ut per *Afflict. de jure prothomis.* §. 6. *num.* 8. *& sequen. Franch. dec.* 17. *num.* 22. *Thor. in supplem. compend. decis.* verbo *jus congrui finali*, *& admittitur apud Tiraquell. de retract. lignag.* §. 23. *glos.* 2. *num.* 2. *Gratian. discept.* 745. *num.* 6. *& sequen.*

Ad docendum autem de diversitate; quodque istæ essent tres domus omninò distinctæ, deducebatur ipsa earum situatio, dum quælibet habebat propriam portam, & respectivè scalam, aliaque membra omnino separata, absque quod ab una haberi posset accessus ad alteram, itaut deservirent pro tribus inquilinis omninò diversis, nullatenus insimul communicantibus, & sic ubi etiam in sui structura ob contignationem aliasque circumstantias, de quibus infrà, dici posset unum & idem ædificium, attamen ita effecta erant tria ex destinatione patris familias, quæ in hac materia totum facit, dividendo scilicet in plura illud prædium rusticum vel urbanum, quod alias esset unicum, sivè reducendo ad unicitatem plura prædia alias divisa, *ad text. in l. quod in rerum* 24. §. *si qui post ff. de legat. primo l. cum fundus* 10. *ff. de legat.* 2. *l. prædijs* 89. §. *Titio Sejano ff. de leg.* 3. *l. qui duas* §. *si quis partes ff. commun. præd. cum concord. per Laderch. cons.* 78 *Paris. cons.* 80. *lib.* 2. *Odd. cons.* 21. *Galeot. lib.* 1. *controv.* 22. *Rouir. cons.* 101. *lib.* 2. *Rot. dec.* 249. *par.* 11. *rec. in Bonon. liquidationis pretij* 4. *Iulij* 1664. 4. *Maij* 1665. *&* 23. *Ianuarij* 1666. *coram Emerix*, & habetur particulariter actum *in dicta Bonon. liquidationis pretij sub. tit. de legatis.*

His tamen non obstantibus etiam cum sensu veritatis contrarium probabilius dicebam, quod scilicet ista omninò dicenda esset unica & eadem domus ita solum divisa per partes gratia commodioris habitationis, seu facilioris locationis quod non tollit domus unicitatem juxta *textum clarum in l. si finita* §. *Edicto ff. de damno infecto*, ubi firmatur, quod una & eadem dicitur domus illa, quæ eamdem habet contignationem murorum, tectorum, aliorumque cementorum, itaut ruina, quæ sequeretur in una parte influeret etiam in alteram, per quem textum, aliaque concordantia ita distinguendo firmant *Laderch. dicto cons.* 78. ubi ad effectum legati, & in eisdem terminis *Paris. cons.* 80. *lib.* 1. atque in specialibus terminis retractus, ita distinguendo, an unum vel plura sint ædificia, habetur *apud Ancharan. cons.* 160. *num.* 3. *&* 4. *Ruin. cons.* 113. *lib.* 1. *Berou. cons.* 172. *lib.* 1. *bene apud Buratt. dec.* 677 *num.* 13. *& sequeu. & per tot.* itaut ista videbatur quæstio potius facti & applicationis, quam juris, Ac rectè faciunt deducta *apud Otthobonum decis.* 62. an scilicet unica dicatur domus, de qua cantet investitura emphyteutica, vel potius essent plures alias separatæ, accidentaliter unitæ, consideratur ut contignatio murorum & tectorum, ac etiam ordo seu linea fenestrarum cum similibus.

Quibus omnibus attentis, in hac facti specie ad evidentiam resultare videbatur istud esse unicum ædificium seu unicam domum, quoniam inspecta origine idem situs contemporanè ad hunc effectum quæsitus fuit, atque unica & eadem per architectum confecta fuit planta seu modulus, & successivè constructi fuerunt contemporanè omnes muri tanquam unici cum eodem ordine eademq; linea portarum & fenestrarum, ac etiam tecti, & quod magis, cum tali contignatione, & connexione, quod porta, scala & aliæ officinæ unius ex his partibus seu domibus essent in muro & situ alterius, eademque; cisterna ita disposita esset, quod omnibus æque serviret absque eo quod unus alteri impedimento esset; Et sic rectè verificabatur dictum veræ contignationis requisitum, quod una parte corruente, altera etiam corrueret, quia revera juxta modernas architecturæ regulas prudentius ordinatas, hoc ædificium ita constructum erat, quod totum pro magis commoda & honorifica habitatione unius personæ vel familiæ deservire posset, ac etiam dividi in plures, gratiâ facilioris locationis, cum sola clausura aliquarum portarum cum subtili fabrica, ut pene omnium domorum & palatiorum moderno tempore constructorum est usus.

His

His autem circumstantijs domus unicitatem suadentibus, fomentum quoque non leve præstabat unicitas contractus cum unicitate pretij, licet enim ista circumstantia simpliciter & de per se considerata nullius momenti sit, quoniam non impli-
13 cat plures ac diversas res in eumdem contractum sub unico pretio deduci, unde propterea quæstionem habemus an una re evicta, contractus corruat in totum nec ne, de quo in sua materia *sub tit. de emptione & venditione*, & in quibus terminis loquuntur *Afflict. de Iure prothomis. §. 6. Franch. dec. 17. & cæteri ubi supra*; Nihilominus quando bona sunt invicem connexa, unde propterea probabiliter identitatis vel diversitatis quæstio cadat, tunc inter alias conjecturas, & circumstantias, ista quoq; magnifacienda videtur, eis omnibus insimul & unitim ponderatis, cum regula, ut singula quæ non prosunt &c. in ambiguis facti quæstionibus perpetuò attendenda.

In idem quoque advertebam satis considerandam esse rationem, cui hoc jus prælationis
14 ratione vicinitatis innixum est; Quicquid enim sit de quæstione, an hoc jus dicendum esset favorabile, ut aliquorum est opinio, *de quibus per Anell. de Amat. cons. 48. Capyc. Latr. consult. 98. num. 14 & in voto Cameræ registrato dec. 173 num. 8 & sequen. par. 4. rec.* vel potius exorbitans & odiosum juxta aliam opinionem, de qua in alio voto Cameræ registrato *decis. ultima par. 2. rec.* & quam secundam opinionem sequi videtur Camera & Curia, ut alias *hoc eod. tit.* ad istam materiam deductum est; Adhuc tamen ubi tale jus ex lege municipali seu consuetudinaria viget, innixum est rationi consideratæ per tenentes pri-
15 mam opinionem, quod scilicet æquum sit, vicinum extraneo in illam vicinam seu contratam advenienti præferri ex causa quietis & commoditatis, & ne ab homine novo, cujus mores ignoti sunt infestetur, cum intersit non habere malos vicinos juxta communem traditionem *DD. in l. finali Cod. de pactis inter emptorem & venditorem Buratt. dicta dec. 677. num. 11.* quia ut dicit *Bald.* relatus *dicta decis. 173. num 11. par. 4. rec.* qui habet malum vicinum, habet malum serum, & malum matutinum.

Ista verò ratio percutit causam universalem, seu personam extranei emptoris noviter in eam vi-
16 ciniam venire volentis indefinitè, & consequenter illa non adimpletur cum supradicta distinctione partium ejusdem corporis in eadem vicinia existentis, quoniam si vicino retrahenti conceditur sui juris exercitium in una tantum parte, adhuc ita in reliquis, vicinum & confinantem habere dicitur novum & extraneum hominem, ideoque non consulitur fini, ob quē hic retractus introductus est.

Et consequenter prorsus extranei remanent termini unitatis vel respectivè divisionis prædij resultantis ex destinatione patris familias, quoniam id attenditur juxta leges & auctoritates supra allegatas, in ordine scilicet regulandi ejusdem patris familias voluntatem in legatis alijsque dispositionibus, unde propterea unum & idem prædium, quod naturaliter & indubitate sit connexum, & unicum corpus constituat, ita in plures dividi potest, & econversò ex duobus vel pluribus materialiter & de facto separatis cum aliorum bonorum & prædiorum intermediatione, quinimo & in diversis contratis, & sub diversis nuncupationibus, atque cum notabili distantia etiam plurium milliarium ad unitatem redigi; ut patet *ex dicta decis 249. par. 11. rec.* ubi de distantia plurium milliarium inter unum prædium, & alterum, ac talis etiam est casus *in dicta Bonon. liquitationis pretij coram Emerix, de qua sub. tit. de Legatis*, Et econtra *apud Laderch dicto cons. 78.* materialiter una erat domus insimul contignata, sed reputantur duæ pro regulando legato juxta distinctionem partium, quia una deserviebat pro habitatione domini, altera verò pro habitatione villici, idemque habetur apud *Paris. dicto cons. 80. lib. 1. Oddo dicto cons. 21. & alios*, qui termini sunt omninò diversi à præsentibus, nullam penitus connexionem habentes ob omnimodam rationis diversitatem,

Tunc autem in unico corpore seu prædio diviso per partes ex facto hominis, etiam in his terminis intrat ista distinctio, quando adhibetur illa
17 cautela, quæ non constito de fraude, admitti videtur per DD. ex deductis *per Afflict. de Iur. prothomis. §. 4. post. num. 15. Honded. cons. 7. lib. 1. late Thor. in supplem. compend. decis.* verbo *Ius congrui il primo*, apud quos *Tiraquell.* & alij, quando scilicet novus & extraneus emptor acquirit ejusdem ædificij seu prædij partem non cohærentem vicino, itaut inter istum, & novum emptorem intermediet idemmet venditor & antiquus dominus ratione partis invenditæ pro se retentæ; deinde verò per contractum separatum, cum separato pretio independenter à primo, idem emptor ab eodem venditore reliquam partem acquirat adjacentem vicino, ita juxta unam opinionem dictum jus congrui non exercenti, quoniam emptor non dicitur novus & extraneus homo, tunc de novo veniens in viciniam seu contratam, dum jam effectus fuerat vicinus, & sic cessat dicta ratio, quam ita patet principaliter attendendam esse, unde solum isto casu cadit inspectio fraudis & collusionis, qua concurrente omnes concordant cautelrm non suffragari, sed quæstio est super illius probatione, circa quam certa & determinata regula generalis tradi non potest, sed decisio pendet pro judicis prudenti arbitrio ex singulorum casuum particularibus circumstantiis juxta regularem naturam simulationis seu collusionis.

Magnum pro diversitate domorum constituebatur fundamentum in diversitate tectorum, quoniam illud hujus partis adjacentis erat aliquantulum inferius reliquis duabus partibus, unde propterea non faciebat eumdem prospectum, Sed istud videbatur satis leve fundamentum; Tum quia justificabatur in facto plantam seu modulum fuisse uniformem, accidentaliter autem in actu constru-
18 endi ita per dominum demandatum esse, ne privaretur alia domus suæ habitationis quodam aspectu. Tum etiam quia in individuo huic objecto respondetur *apud Buratt. dicta dec. 677. num. 15.* ubi quod rarò evenit unam domum habere omnes prospectus æquales. Tunc enim ista tectorum ac fenestrarum, portarum, & solariorum inæqualitas considerabilis dicitur, quando principalis disputatio est super identitate vel diversitate domus, ad effectum, de quo apud *Otthob. d. decis. 62.* an scilicet ab initio esset una & eadem domus contextualiter constructa, vel essent diversæ per diversos dominos diversis temporibus, & sub diversis structuris ædificatæ, ita deinde accidentaliter effectæ unius, qui pro commodiori usu & habitatione eas univit, & nihilominus etiam isto casu ad præsentem effectum juris congrui, pro unica habenda esset ob identitatem rationis, ut supra.

Motivabatur etiam, quod hæc domus retrahens in modica parte confinaret cum dicto ædificio retrahendo, in una scilicet vel duabus mansionibus appartamenti superioris, stante quod venditor sibi reservaverat quamdam partem inferiorem pro commoditate stabuli & currus alterius domus propriæ habitationis, sed pariter hoc nullius momenti videbatur, quoniam sufficit confinatio etiam in modico vel in parte, ut apud *Ancharan. dicto cons.* 160. *num.* 4. *vers. præterea & Gratian. discept.* 745 *num.* 45. inspectio autem majoris vel minoris adjacentiæ cadit, vel in retractu coactivo ratione ornatus competentis adversus antiquum dominum vendere nolentem, vel in concursu vicinorum contendentium de prælatione juxta deducta *per Fab. de Ann. cons.* 47. *Gratian. dicta discept.* 745. & 752. apud quos cæteri.

ROMANA

RETRACTVS VINEÆ

PRO

GABALLINIS

CVM

BVCCIMAZZA

Casus decisus per Cameram pro Gaballinis

An & quando cesset jus congrui ob renunciationem extrajudicialiter factam, seu declarationem, quod non habebat animum retrahendi; Et quæ verba ad hunc effectum requirantur; Et aliqua de compatibilitate vel incompatibilitate retractus prælativi cum coactivo, itaut intentando unum, alteri censeatur renunciatum, necne.

SVMMARIVM.

1 *Facti series cum resolutionibus.*
2 *An per verba extrajudicialia denotantia animum non retrahendi censeatur renunciatum, referuntur opiniones.*
3 *Quid in hoc statuat Constitutio Gregoriana.*
4 *Retractus legalis vel conventionalis competens pluribus exerceri potest per unum insolidum.*
5 *An pupillus vel minor possit renuntiare retractui sine solemnitatibus.*
6 *De conclusione de qua num. 2. ut ad inducendam renunciationem verba debeant esse univoca & concludentia.*
7 *Confessio per quæ verba concipi debet ut præjudicet.*
8 *Emptor subjectus retractui legali vel conventionali interim est perfectus dominus.*
9 *Habens jus retractus, si recognoscit novum emptorem in dominum, non per hoc censetur retractui renuntiare.*
10 *De ratione ob quam verba æquivoca & generalia non imporant renunciationem.*
11 *Quod intentans retractum coactivum sibi non præjudicet in prælativo.*

DISC. LXXV.

Fratribus de Gaballinis intentantibus adversus Buccimazzam novum emptorem, prius retractum coactivum, deinde prælativum in vim *Constitutionis* 22. *Gregorij XIII.* de duobus opponebat reus conventus; Primò de renunciatione dicti juris facta per fratrem majorem, ex eo deductam, quod dicto novo emptore ipsum requirente, ut declararet, an vellet uti facultate retrahendi nec nè ad effectum evitandi inanes sumptus sepis divisoriæ, respondisset per illa verba præcisa, *Ho tanta vigna chemi basta, saremo buoni vicini*, unde propterea ad sepis constructionē processū est; Et secundò, quod cum dicti fratres intentassent retractum coactivum, ita renunciasse censerentur prælativo, ad quem, primo derelicto, convolaverant, quasi quod ita agnoverint novum emptorem in verum ac omninò perfectum dominum, intentando viam retractus coactivi; Et ex his in prima instantia consueti Tribunalis Camerarij & Ædilium prodijt sententia rei conventi absolutoria, confirmata in secunda instantia per Præsidem viarum, sed commissa per appellationem causa in Camera coram *Ginesto sub die* 29. *Novembris* 1668. disputato dubio, an dictæ sententiæ essent confirmandæ, vel infirmandæ, pro infirmatione prodijt resolutio. 1

In hujusmodi autem disputationibus, quatenus pertinet ad primum notivum renunciationis, resultantis ex dictis verbis extrajudicialiter prolatis scribens pro actoribus retrahere volentibus, ex tribus fundamentis dicebam dictam renunciationem non obstare; Primò quod non esset in jure & apud Doctores absolutum, an ubi lex municipalis aliquam formam induxit super exclusione retractus ab ipsamet lege concessi, sufficiant ad eamdem exclusionem verba & declarationes generales tali forma non servata; Negativam enim tenent *Cannetius, Cassaneus, Carpanus, & cæteri collecti per Mastrill. dec.* 50. *num.* 12. cum qua opinione licet incidenter procedere videtur *Rota coram Celso decis.* 163. *num.* 5. & 6 *& apud Otthob. dec.* 268. *n.* 3. Affirmativam verò, quod etiam verba extrajudicialiter prolata inter ipsas partes ad id sufficerent, tenent *Tiraquell. de retract. lignag.* §. 1. *glos.* 9. *num.* 121. & 123. *Schrader. de feudis par.* 8. *cap.* 7. *num.* 8. *Rosenthal. de feudis cap.* 9. *conclus.* 91. *num. Theodor. de retractu consanguinitatis quæst.* 2. *num.* 450. *cum sequen. Gratian. discept.* 672. *num.* 1. *cum seqq. Magonius decis. Florentin.* 118. *Mohedan. dec.* 15. *de locat.* Vnde propterea quicquid sit, an una vel altera opinio in terminis *Constitutionis Sancimus*, seu aliarum legum & consuetudinum generaliter tenenda esset, & quo casu admittebam magis communem esse hanc secundam opinionem affirmativam, quoniam contraria procedit ubi denunciatio judicialis requiritur pro forma, ut est in casu retractus competentis creditori censuario *ex Constitutione Pij V.* in quibus terminis loquuntur *dictæ decisiones Celsi, & Otthoboni, & aliæ confirmatoriæ dictæ decisionis Otthoboni coram Peutingerio*; Attamen dicebam sufficere id esse dubium, ad effectum, ut deferendum esset particulari dispositioni *dictæ Gregorianæ Constitutionis in* §. 8. expresse disponentis, requirendos etiam esse eos, qui nullo modo se empturos professi essent, quasi quod ita Pontifex, qui erat doctissimus jurista, rectè conscius quæstionis, ita eam decidere voluerit 2 3

Et

Et consequenter quod stante expressa Pontificia determinatione, quærendum non esset, quid Doctores in terminis aliarum consimilium legum, vel consuetudinum tenerent, dum habemus expressum casum legis.

Istud motivum in duabus præcedentibus instantijs ut supra neglectum, neque in Camera plausum habuit, ex eo quod præfata Constitutio in hac parte semper interpretationem habuisset, ut intelligenda esset de illa requisitione, quæ per emere, seu vendere volentem facta esset, re integra, & antequam ad emptionem procederetur, quasi quod tunc verba prolata per vicinum requisitum utpotè ad aliam rationem referibilia, renunciationem importare non debeant juxta ea, quæ habentur *in Romana prælationis Afflictus hoc eodem tit. disc.* 86. Secus autem ubi id sequeretur post sequutam venditionem, & cum novo emptore jam effecto domino, & possessore.

Alterum erat motivum, quod ubi etiam dicta verba importare possent renunciationem, nihilominus utpote prolata per unum ex fratribus, præjudicare non poterant alijs, inter quos aliqui aderant minores & pupilli; Vnde cum istud jus esset individuum, residens penes plures insolidum, recte
4 in totum exerceri posse dicebam per unum ex pluribus, alijs non curantibus, juxta ea quæ habemus in proximis terminis retractus conventionalis in vim juris redimendi, seu pacti de retrovendendo competentis pluribus hæredibus vel socijs ut per unum insolidum exerceri valeat *ex deduct. per Ludovic. dec. Perusin.* 112. *num.* 11. *& seqq. Mastrill. dec.* 21. *n.* 1. *Burat. dec.* 937. *num.* 8. *Occhobon. dec.* 156. *nn.* 9. *Sanfelic. dec.* 122. Ad quod etiam conferre dicebam ea quæ in jure habemus in jure patronatus vel conferendi & in feudis individuis, ac similibus de quibus præsertim *in Mutinen. feudorum sub. tit. de feudis disc.* 8. quod scilicet per viam juris non decrescendi totum jus, quod habitualiter penes omnes insolidum residet, alijs negligentibus, actualiter per unum ad exercitium deduci potest cum similibus.

Verum & istud motivum neq; per Cameram receptum fuit potius ex facto quam ex jure, quod scilicet vinea retrahens per solum fratrem majorem, qui d. verba protulerat, acquisita fuerat; Vnde propterea per alteram partem dicebatur ipsum esse solum dominum, cui jus retrahendi competeret; Atque nobis replicantibus dictam acquisitionem de facto factam esse nomine omnium, & ad omnium utilitatem à dicto fratre majore tanquam administratore aliorum, Replicabatur, & benè, quod dicta administratio dividi non poterat, neque ejusdem personæ factum in parte approbari, & in parte reprobari; Quamvis enim in stricta juris censura, seu ex leguleico rigore id non procederet, quoniam utilia quilibet pro pupillo facere potest,
5 damnosa verò non nisi cum solemitatibus à jure præscriptis, ut in specie hujus renunciationis à pupillo faciendæ cum auctoritate tutoris *Rummus in addit. ad Affl. de jur. prothomis. ad decimum notab. numer.* 8. *fol.* 85. Nihilominus cum non ageretur de præjudicando pupillis & minoribus in eorum bonis proprijs, seu juribus quæsitis, sed in jure quærendo, quod potius damnosum quam utile ex qualitate regionis reputari solet, quia vineæ in Vrbe personis civilibus per seipsas eas non colentibus, magis damnum quam utilitatem afferre solent, ut præsertim advertitur per *Rotam in Romana usufructus* 31. *Martij* 1619. *coram Cerro*, & in alijs, idcirco non improbabiliter, mihi reflectenti ad veritatem, videbatur istud motivum, quamvis deductum à me tanquam Advocato, neglectum esse.

Tertium erat motivum à Camera receptum, quod etiam cum sensu veritatis, in præcedentibus instantijs, recipiendum esse dicebam, quod scilicet dicta verba essent æquivoca & vaga, non apta ad inducendum dictum effectum, pro quo requiruntur verba univoca, & concludentia pernecessè, cum agatur de induconda proprij juris renunciatione, ut in his specialibus terminis firmant *Tiraquell. de retract. lignag. dicto* §. 1. *glos.* 9. *n.* 144. *&* 148. *cum sequen. benè Rosenthal. de feudis d. cap.* 9. *conclus.* 91. *num.* 10 *&* 12. In idem quoque suffragante regula generali, quam habemus in materia confessionis, 6
quod scilicet illa ad effectum præjudicij esse debeat omnino clara & dilucida per verba univoca & concludentia *ad text. in l. si quis intentione, ff. de judiciis* 7
cum ibi notatis, *Mantic. dec.* 199. *&* 205. *Greg. dec.* 15. *decis.* 144. *&* 218. *par.* 6. *rec. & passim.*

Quod autem dicta verba essent æquivoca, clare probari dicebam ex eo, quod emptor quamvis retractu legali vel conventionali subjectus, interim dicitur verus ac perfectus dominus ad omnes effe- 8
ctus, præsertim istum retractus activi & passivi, *ex deductis per Burat. dec.* 677 *num.* 1. *&* 2. *Rovit. pragm.* 1. *de juribus & exaction. fiscal. num.* 81. *cum sequen. Gratian. discept.* 520. *num.* 15. *cum seqq. Millin. dec.* 446. *num.* 26. *& per totum*; Et ideo cum dictus vicinus tunc indeterminatus esset, an usurus esset necnè retrahendi facultate sibi competente, rectè dixit, quod futuri erant boni vicini, quatenus scilicet dictum jus non exerceret, vel usquequo illud ad exercitium deduceret; Non inde tamen inferri poterat ad renunciationem dicti juris ac ad declarationem, quod illo uti nollet; Vt in fortioribus terminis inquilini seu alterius, cui re- 9
tractus competit, expressè recognoscentis novum emptorem in dominum, quod non exinde resultet dicta renunciatio, quia interim ille erat verus & perfectus dominus, habetur apud *Millin. dicta decis.* 446. *& Gratian. dicta discept.* 520.

Vltra verò dictas speciales auctoritates *Tiraquelli & Rosenthal.* quæ juxta currentem stylum captivarunt intellectum, ac fuerunt causa resolutionis, majus fundamentum ego constituebam in viva & naturali ratione, cui dictæ auctoritates in- 10
nixæ sunt; Cum enim Gregoriana Constitutio in casu quo per novum emptorem juxta formam ibi præscriptam fieret vicinorum interpellatio, satis brevem terminum 15. dierum statuat; Econversò autem, data scientia sine d. requisitione, concedat terminum unius anni, idcirco prudenter vicinus vel adhuc indeterminatus, an retrahere velit necne, vel fortius quamvis determinatus, non habens promptas pecunias novo emptori solvendas, ut ita commoditatem ac beneficium dicti longioris termini haberet ad easdem parandas, curat extrajudicialiter cum verbis aulicis & æquivocis cum vicino agere, ita eum obdormitando, ne alias excitaret ad faciendam formalem interpellationem, per quam in dicti brevioris termini angustia constitueretur, & hoc verè videbatur motivum solidum & probabile.

In hac autem ultima disputatione habita in Camera, ipsimet scribentes in contrarium neglexerunt dictum aliud motivum, cui forte principaliter 11
innixa fuit prima sententia absolutoria in Tribunali

bunali primæ instantiæ, quod scilicet per intentationem retractus coactivi emptor recognitus esset in verum & perfectum dominum; Cum enim interim ut supra verè sit talis, per electionem unius viæ seu actionis, non censetur alteri renunciatum, cum id solum procedat, quando ambo sunt inter se incompatibiles, atque ab eadem radice derivantes, ad unum, eumdemque finem directæ sunt, ut puta quando pro eadem re competit alternativè actio criminalis & civilis: Secus ubi viæ sunt diversæ, diversumque habent modum; ac finem seu effectum, ex deductis per *Menoch. lib. 3. præsumpt. 45. nu. 6. & 7. Rouit. pragm. 1. de officiorum provisione n. 15.* apud quos concordantes; Istæ siquidem retractuum species sunt inter se diversæ, diversumque habent modum, ac etiam finem, & effectum, præsertim ob majores cautelas, majoremque securitatem à periculo evictionis in prælativo quam in coactivo, ideoque non ex eo quod una via eligitur, censetur alteri renunciatum.

ROMANA

RETRACTVS APOTECÆ INTER MATTHIAM CAPOCACCIAM, ET BALTHASSAREM ALBORGHETTUM.

Discursus arbitramentalis in controversia sopita per concordiam.

De retractu prælativo; An competat in contractu permutationis; Et an hæc adesse dicatur ubi major est pecunia quæ refunditur, quam valor rei permutatæ.

Et de termino anni à Gregoriana Constitutione retrahenti præscripto adimplendam formam ibi traditam; An currat pendente lite super retractu, vel potius ista excuset à cursu temporis.

SVMMARIVM

1 *Facti series.*
2 *Ius congrui non procedit in permutatione.*
3 *De requisitis ad retractum prælativum in Vrbe.*
4 *De concursu plurium vicinorum ad eumdem retractum.*
5 *Ius retractus cedi potest cum ipsa re.*
6 *Litipendentia an excuset retrahentem à lapsu termini, & num. 13.*
7 *De ratione, ob quam jus congrui non datur in permutatione & an cessante ratione cesset conclusio,*
8 *Quando jus congrui intret in concessione in emphyteusim vel censum.*
9. *Quando non sit vera permutatio, & quando dicatur in fraudem, & numer. 10.*
11 *De abusu attendendi magis doctrinas, quam rationes.*
12 *An requisita Bullæ procedant tam in coactivo quam in prælativo.*
13 *An lis excuset à lapsu termini.*

DISC. LXXVI.

MATTHIAS Capocaccia possidens quandam ratam domus solitam locari pro scutis 36. istam permutavit cum altera domo possessa per Fabium Carosium solita locari pro scut. 80. gravata pluribus censibus consignativis in sorte scut. 50. quos Capocaccia in se assumpsit & ulterius solvere promisit dicto Fabio scuta 400. ad effectum extinguendi aliqua ejus debita, pacto etiam adjecto, quod vinente dicto Fabio liceat Matthiæ dictam ejus partem domus in permutationem datam recuperare mediante assignatione domus fructantis eamdem summam scutorum 36. francam & exemptam à quibuscumque expensis, refectionibus, & alijs quibuscumque accidentibus etiam dislocationis, quæ omnia durante tantum vita Fabij Matthias ejus risico assumpsit, sequuta verò ejus morte, licitum esset dictam ratam domus redimire mediante solutione scutor. 500.

Hujusmodi permutatione effectuata, Balthassar Alborghettus vicinus domui per dictum Carosium olim possessæ, retractum prælativum ad formam Bullæ Gregorianæ adversus Capocacciam in solito Tribunali Camerarij, & Ædilium instituit, quo pendente Capocaccia aliam domum acquisivit ex altera parte adjacentem cum expressa cessione juris retrahendi dicto alteri vicino competentis atque post diu litem agitatam concorditer partes decidendam vel componendam remiserunt controversiam in cujuslibet partis Advocatos, quare in congressu, quem cum Collega tanquam Capocacciæ, Advocatus habui, discursum edidi magis præparatorium, & pro veritate examinanda quam decisorium super fundamentis quibus Capocaccia innitebatur hujusmodi retractus exclusione, quæ quatuor erant.

Primum nempe quod domus retrahenda ab ipso quæsita non esset titulo emptionis, sed permutationis, quo casu non intrat retractus prælativus, ex ea ratione, quod retrahens dare non potest acquirenti vel alteri parti illam speciem, quæ per permutantem data est, ut firmant *Affl. de jure prothomis. §. 3. notab. 9. nu. 11. cum seqq. ubi Rummus in addit. latè Decian. cons. 23. num. 2. & per tot. lib. 2. Gratian. discept. 885. num. 7. Penia dec. 88. Burat. dec. 6. num. 12. Adden. ad eum dec. 937. num. 22. Rota dec. 413. par. 2. recen. & dec. 322. num. 12. par. 4. & habetur in Viterbien. hoc eod. tit. disc. 73.* 2

Alterum quia retractus non datur, nisi ubi ex domo retrahente & ex retrahenda fieri potest unicum ædificium, quod tendat ad Vrbis ornatum juxta *decis. Merlin. 437. quæ est repetita par. 5. recen. decis. 339. num. 3. cum sequentib.* qui ornatus sequi non poterat, quia domus retrahens utpote ultrò non progrediens, atque ut vulgò dicitur faciens resaltum, nullam constituere poterat cum retrahenda lineam rectam facientem simetriam, ex qua ornatus resultat; Ac etiam fortius quia cum utraque domus retrahens & retrahenda esset antiquitus unius possessoris, in venditione per istum facta de domo retrahente reservata fuit ad favorem & commodum remanentis domus retrahendæ extrinseca facies seu aspectus stante dicto resaltu existens ab

ab ea parte, undè propterea nihil retrahens habere dicebatur, in quo aspectum ex una & altera domo facere posset, quia totus aspectus erat domus retrahendæ.

Tertium erat fundamentum, quod Capocaccia, stante acquisitione dictæ alterius domus confinantis cum cessione juris retractus potior deberet
4 esse conditio, non quidem ex eo quod esset reus & possessor, itaut in pari causa vinceret (dum talis effectus est lite pendente) sed ex jure sui auctoris, cui in concursu potiùs dictus retractus competebat, dum Gregoriana disponit potiorem esse conditionem illius vicini, cui ratio majoris indigentiæ vel congruentiæ assistit, quod etiam de jure procedere firmant *Cifuentes* & cæteri discursivè deducti per *Fab. de Ann. cons.* 47. & absque dubio major congruentia nedùm ad privatam commoditatem vel indigentiam, sed etiam ad publicum ornatum alteri vicino assistebat, cujus domus lineam rectam cum domo retrahenda constituebat, itaut ex utraque cum convenienti simetria publicus ornatus benè resultaret.

Neque dubitandum dicebatur, novum emptorem quamvis lite pendente juvari posse juribus ejus auctori competentibus, stante expressa cessio-
5 ne ipsius juris retrahendi *juxta decis. Franch.* 242. *Giurb. decis.* 84. *num.* 15. *Rota decis.* 243. *num.* 9. *par.* 5. *recent.*

Quartum demum fundamentum erat, Gregorianam à die scientiæ præscribere terminum unius
6 anni, intrà quem retrahere volens formam ibi præscriptam implere tenetur, quo non sequuto ab hoc jure cadit, qui terminus jam lapsus fuerat, nil obstante pendentia litis, quoniam eam non excusare ab implemento prædicto firmat punctualiter Rota *apud Gregorium decis.* 470. *& apud Buratt. & adden. decis.* 937. *num.* 12.

Singula igitur fundamenta prædicta examinando, primum circa permutationem me satis ancipitem tenebat, atque potiùs primo aspectu pro ejus insubsistentia inclinabam ob cessantem ratio-
7 nem; differentiæ inter emptionem & permutationem in eo consistentem, quod scilicèt non possit retrahens dare eamdem speciem, quam acquirenti habere expedit, dum in contractum deducta non est res, quæ functionem recipiat in genere suo. Hæc siquidem ratio cessabat stante dicto pacto recuperandi dictam partem domus mediante assignatione annui redditus super quacumque domo, donec Fabius viveret, coque mortuo cum pecunia; Undè cessabat consideratio habendi magis unam speci-
8 em, in qua affectio vel major commoditas cadere posset, cum ità solo genere annui redditus & respectivè pecuniæ permutans contentus fuerit, ideoque titulus permutationis videbatur potiùs color quæsitus ad legem fraudandam, ut in satis proximis terminis *Franch. dec.* 392. *& Merlin. decis.* 210. *num.* 7. ubi firmatur, quod si domus alicui concedatur sub nomine census reservativi, redimibilis tamen in pecunia ad rationem tot pro centenario, quod contractus censeatur potiùs emptionis & venditionis quàm censualis sub dicto titulo verbaliter conceptus ad fraudandum jus congrui vicino competens, quia in effectu stante pacto redimendi censum quandocumque in pecunia ad rationem tot pro centenario, dicitur intercedere verum pretium in pecunia constitutum.

Eoque magis difficultas urgebat, quia stante inæqualitate inter duas species permutatas, opus fuit supplere inæqualitatem cum refusione pecuniæ, quæ plùs importabat, quàm importaret species data, *ex ijs quæ habentur in Ferrarien. gabellæ sub tit. de* 10
Regalibus disc. 49. præsertim ponderando simul cum hac circumstantia alteram præcedentem pactorum super dicta specie data adjectorum, undè clara resultare videbatur probatio fraudis, quodque fuisset titulus permutationis nudus color quæsitus.

Econversò pro Capocaccia stringebant auctoritates punctuales superiùs allegatæ præsertim *Daciani dicto cons.* 23. *Peniæ dicta dec.* 88. *& decis.* 413. *p.* 2. *recen.* firmantes, quod nisi aliæ probationes vel
11 conjecturæ fraudis & simulationis concurrerent, istæ ut supra resultantes, vel ab æstimatione, vel à refusione pecuniæ in majori quantitate, sufficere non debeant quoties de expressa voluntate contrahentium constat voluisse facere contractum permutationis & non venditionis, cum illæ attendendæ veniant in casu dubio, & ubi partes non expresserunt qualem contractum facere voluerint.

Et sic apud me semper legales rationes potiùs quàm simplices auctoritates DD. cessante necessaria auctoritate legis prævaleant, nihilominùs quia contrarium servat usus vel abusus, qui non est novus, cum de illo etiam conqueri videamus *Soccin. iun. relatum per Mantic. de tacit. lib.* 11. *tit.* 23. *num.* 7. Idcircò quatenus ad actum judicandi deveniendum esset, dicebam, me quamvis invitum, auctoritatibus potiùs adhærere debere, præsertim attenta subjecta materia, dum juxtà opinionem, quam Curia tenet, hujusmodi leges reputantur potiùs odiosæ, & exorbitantes, ideoque non videtur benignè favore retrahentium procedendum.

Quoad secundum motivum non competentiæ 12
retractus, nisi ubi ex utroq; ædificio perfectum seù congruum ornatum non faciente, unum perfectum vel congruum ædificium ad ornatum construi posset, juxtà meum sensum credebam Bullæ intentionem percutere solum retractum coactivum, secùs autem prælativum, quod est benigniùs, & totius ferè Orbis Christiani statutis vel moribus magis adaptatum, itaut in hoc potissima ratio consistat in qualitate vicinitatis seù æquitatis, ut in concursu vicinus extraneo absque venditoris præjudicio præferatur, præsertim dum eadem Bulla hoc idem jus prælationis concedit etiam consortibus & inquilinis, & Bulla Pii V. illud etiam concedit creditori censuario, utpotè quoddam licet improprium, & remotum consortium habenti, undè si res esset integra, inspecto solo tenore Bullæ forsan ità credidissem judicandum pro hujus requisiti exclusione.

Sed quia Rota apud *Merlin. dicta dec.* 437. aliàs 339. *par.* 5. *recent. num.* 13. *cum seqq.* firmat hoc requisitum in prælativo quoque desiderari, ac etiam id comprobat Curiæ observantia deducta ex recepto consilio *Ioannis Aldobrandini*, quod ratione proximitatis à retro seù in viculis & locis non facientibus ornatum, tanquam à cessante ratione seu motivo Bullæ, hoc jus prælativum non competat, undè infertur ornatum potiùs quam vicinitatem considerari, idcircò si ad actum judicandi deveniendum fuisset pro dicti fundamenti subsistentia tenuissem.

Eo magis conjungendo simul cum isto aliud fundamentum vicinitatis & æqualis competentiæ retrahendi eidem reo, & possessori competentis; Licèt enim de hoc fundamento solùm & de per se considerato satis dubitarem ex præsupposita Cameræ observantia, ut potior esse debeat conditio ejus, qui præoccupavit, dum de tempore

præoccupationis possessor domus retrahendæ non erat vicinus, sed hujusmodi qualitatem lite pendente affectavit, attamen satis in proposito videbatur considerabile in coadjuvationem dicti præcedentis fundamenti, cum regula, ut singula quæ non prosunt, &c. ex ea præsertim circumstantia, quod melior ornatus resultabat ex domo retrahenda & altera per eumdem reum possessa, ut supra.

Demum quoad quartum motivum super lapsu
33 termini per Bullam præfixi, an scilicèt lis excuset, vel termini lapsum impediat, pro excusatione ponderabantur *decisiones Putei* 51. & 195. *lib.* 1. & econversò pro non excusatione sed lapsu obstabat jam superiùs allegata *dec.* 470. *Gregorij cum alijs per adde. Buratt. dec.* 937. Sed hujusmodi decisionum diversitas consistere videtur in facto non autem in jure, in quo juxta receptum Curiæ sensum benè conciliantur cum distinctione, quod aut lis est principaliter intentata super retractu, itaut puncti ei præjudiciales veniant in lite accessoriè, & incidenter, & intrat decisio Gregorii; Aut est principaliter intentata super re præjudiciali super validitate scilicèt alienationis, ex qua resultat retractus, itaut istius inspectio veniat incidenter & consequutivè, & tunc intrant *decis. Putei*; Undè cum in facto ex parte Capocacciæ pro certo præsupponeretur litem intentatam esse principaliter super retractu, videbatur pro fundamenti subsistentia resolvendum. Hac tamen controversia pendente supervenit chirographum Papæ super demolitione partis domus retrahentis, quæ ultrò se extendebat, atque ut vulgò dicitur, faciebat resaltum pro dirigenda linea omnium illius viæ domorum; damno demolitionis cum aliquibus commodis & concessionibus compensato, & hæc innovatio causam dedit concordiæ.

ROM. RETRACTUS

DE VIVALDIS,

PRO

FRANCISCO VIVALDO

CUM

N.

Casus decisus per Cameram contra Vivaldum.

De retractu ex Gregoriana Constitutione competente vicino adversus novum voluntarium emptorem, an procedat contra alterum æquè vicinum ementem; Et an ad effectum retractus prælativi concurrere debeant eadem requisita retractus coactivi, Et aliqua de lapsu anni per eamdem Constitutionem ad retrahendum præscripti.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *Retractus prælativus adversus voluntarium emptorem an habeat locum in vineis & rusticis*
3 *An in prælativo concurrere debeant eadem requisita coactivi.*
4 *De concursu duorum vicinorum.*
5 *Tempus præfinitum ad retrahendum non currit nisi à die perfecta & validæ venditionis.*

DISC. LXXVII.

CUM alter vicinus de mense Februarii 1661. Cannetum propè ejus vineam emisset à PP. 1
Sancti Laurentii in Lucina sub expressa conditione beneplaciti Apostolici ad formam *extravag. ambitiosæ* obtinendi cum clausula, *& non aliter, &c.* quod beneplacitum non nisi de mense Novembris sequentis obtentum fuit, atque priùs de mense Martii 1662. deindèque de mense Junij sequentis cum novo monitorio Vivaldus habens vineam adjacentem, retractum prælativum ad formam Gregorianæ Constitutionis intentaverit; Vicinus prædictus reus conventus duas reportavit sententias favorabiles absolutorias. Unam scilicèt à Tribunali Camerarii, & Ædilium, Alteram in secunda instantia à Præside Viarum, undè introducta causa per appellationem in plena Camera coram *Bonaccursio*, datoque dubio; *An constaret de duabus conformibus ad formam Statuti*; In hoc statu per Vivaldum ad ejus defensionem assumptus, antequam ad disputationem deveniretur, liberè requirenti de more insinuavi me satis de ejus juribus dubitare, probabiliusque succumbentiam timeri debere, 2
prout sequuta disputatione 8. *Junij* 1664. eventus dedit.

Non dubitabam siquidem de retractus competentia respectu quoque vinearum aliorumque rusticorum etiam in venditione voluntaria, quoniam licèt *Gregoriana Constitutio* §. 14. loquatur solùm de retractu coactivo, attamen ex quadam inveterata Cameræ observantia, de qua testantur *Gratian. discept.* 742. *num.* 62. & votum Cameræ *decis. ult par.* 2. *recen. num.* 3. procedit etiam in retractu prælativo, ut passim servatur; Nihilominus difficultas erat in objectis, quæ ad tria restringebantur; Primò nempè, ut in retractu prælativo per observantiam ut suprà inducto, adinstar coactivi, concurrere debeant eadem requisita, quæ per dictam Gregorianam §. 14. desiderantur in coactivo, inter quæ illud est in hac facti specie deficiens, quod cannetum non esset locari solitum; Secundò, ut hujusmodi retractus competere non debeat contrà æquè vicinum, cum in pari causa melior esse debeat conditio præoccupantis; Et tertiò quod intra annum à Constitutione præscriptum retrahens ejus Constitutionis formam cum actuali deposito pretii non implevisset, quæ omnia objecta aliquam subsistentiam habere videbantur, cum tamen sufficeret unum ex eis obstare.

Quatenus enim pertinet ad primum, quod ea- 3
dem requisita retractus coactivi concurrere debeant in prælativo, de quo verè dicta Constitutio non loquitur, itaut dicta Cameræ observantia, quæ hujusmodi extensionem induxit sub hac lege recipienda sit, *firmant Gratian. discept.* 742. *num.* 63. *& votum Cameræ seu Bisciæ impress. dicta decis. ult. num.* 3. *in fine par.* 2. *recen.*

Et quamvis, cum aliquo etiam sensu veritatis, dicerem id intelligendum esse quoad requisita utrique retractui proportionata, prout sunt illa, quod vinea retrahens sit majoris valoris, majoris mensuræ,

suræ,& magis conspicua, & quæ propriè exemplificantur *in dicto voto num.* 4. *& per Gratian. loc. cit.* non autem quoad alia, quæ uni retractui sunt congrua & proportionata,& non alteri,ut est præcipuè istud conductitiæ qualitatis, quod congruum quidem est retractui coactivo magis odioso, cum agatur de privando Dominum invitum & vendere nolentem re sua,secus autem in prælativo, qui licèt juxtà unam opinionem magis communem reputetur juri contrarius & odiosus,nihilominus plerique sentiunt illum esse favorabilem, ac rationis & æquitatis assistentiam habere; Unde propterea saltem negari non potest istum esse longè minùs odiosum & exorbitantem, cui nullatenus dicta qualitas conductitia congruere videtur, cum præferendo antiquos vicinos novo emptori nihil referat, an res ab antiquo possessore vendita solita esset necnè locari, ideoque circa istud primum objectum mihi videbatur probabiliùs pro hac parte de jure respondendum esse,quodque dicta propositio intelligenda veniret ut suprà dictum est de aliis requisitis utrique retractui æque congruis & proportionatis, ducto præsertim argumento ab observantia, quia inter alia coactivi requisita est illud solutionis augmenti in duodecima parte pretii, quod in prælativo de facto non servatur; Sed quia modernus usus vel abusus exigit procedi in sensu litterali doctrinarum, idcircò stante quod allegatæ auctoritates simpliciter & indefinitè dicunt omnia unius requisita in altero concurrere debere,dubitabam de hujusmodi distinctionis admissione,quamvis illa juridica & satis probabilis videretur.

Majorem difficultatem habebam in secundo objecto,quod solidius videbatur;Licet enim ubi u-
4 terque vicinus æquè concurrit agendo adversus extraneum emptorem, absque necessitate examinandi varietatem opinionum, quæ super hujusmodi concursu benè collectæ habentur apud *Fab. de Ann.cons.*47.*& Franch.decis.*550. habeamus id expressè cautum in eadem Constitutione §. 12. Ubi tamen unus prævenit, atque jam Dominus effectus est,quamvis per eosdem *Franch.& Fab.de Ann.* deducta habeatur non improbabilis distinctio inter rem dividuam & individuam, quòd scilicèt in hoc secundo tantùm casu melior sit conditio præoccupantis,secùs, autem in primo, in quo proportionabiliter esse potest utrique consultum; Nihilominùs,quicquid sit de coactivo,in prælativo Camera recepit attendendam esse præoccupationem, *ut pluries hoc eodem tit.deductum habetur*, undè quicquid discurrendo dici posset,durum esset contrarium suadere.

Ponderabam negari posse præoccupationem ex eo quod licèt emptio per vicinum facta esset de mense Februarii, attamen tam ex dispositione juris, quam ex voluntate partium conditionaliter explicata,sub futura scilicèt conditione Beneplaciti apostolici cum clausula,*& non alias*,contractus non fuit perfectus, neque dominium per emptorem quæsitum antè implementum dictæ conditionis,quæ stante dictâ clausula,*& non alias &c.* potiùs suspensivæ quàm resolutivæ naturam habens, se opponit principio acquisitionis, & consequenter de mense Martii sequentis, quando Vivaldus Beneplacito adhuc non obtento ad retractum admitti petiit,res erat integra,& cessabat illa unica, & quidem probabilis ratio præferendi vicinum præoccupantem,quod scilicèt jam perfectè acquisierit dominium non resolvendum ob cessantem illam rationem,ob quam lex municipalis talem resolutionem induxit;Verùm huic motivo duo fortiter obstabant,Primò quod ità non esset agere de retractu prælativo contrà eum, qui jam emptor & novus Dominus factus est,sed de coactivo contrà priorem Dominum, contrà quem ille intentatus non fuit,neque intentari poterat ob deficientia omnia requisita Bullæ præsertim conductitiæ qualitatis;Et alterum, quod attenta intentatione retractus de hoc tempore facta, inexcusabilis erat lapsus anni, ac etiam quia ejusdem intentantis observantia ostendebat hanc primam petitionem fuisse neglectam ac habitam pro infecta, dum alteram cum novo monitorio ex integro fecerat.

Tertium objectum lapsus termini, de facili tollebatur, cum ille non currat, nisi à die revalidatæ venditionis,cujus imperfectæ tempus non computatur, ut punctualiter *in Romana domus in monte Iordano coram Bravo apud Marchesan. tom.* 1. *fol.* 195.*Millin.decis.*446. *num.* 14. *cum sequen. Adden. ad Buratt.decis.*937. *num.* 14. *& habetur hoc eodem tit.*deductum *in Rom. retractus apothecæ pro Capocaccia disc. præced. & in aliis*, computando enim tempus à die obtenti & exequuti Beneplaciti, ex quo tempore emptor Dominus effectus est, & non anteà,termini lapsus non aderat, sed difficultas erat in primo & secundo objectis, ex quibus præsertim secundo, sensui justas dictas sententias, & Cameræ resolutionem super earum exequutione. 5

ROM. RETRACTUS

DE PROCACCINIS

PRO

CAROLO PROCACCINO

Casus fortè sopitus per concordiam.

De requisitis per Bullam Gregorianam ad retractum prælativum vel coactivum, & quæ magis in uno quàm in altero concurrere debeant.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *De requisitis ad retractum prælativum.*
3 *Et de requisitis ad coactivum.*

DISC. LXXVIII.

POstquam vicinus utrumque retractum coactivum & prælativum cumulativè in judicium deduxit contra Carolum Procaccinum, 1
duasque sententias favorabiles à Tribunali Camerarii & Aedilium, & deindè à Præside viarum obtinuit, introducta causa per appellationem in Camera,& dato dubio, an constaret de duabus conformibus;In hoc statu ex parte Procaccini requisitus dicebam, dubii determinationem pendere ab injustitia, qua concurrente certum est locum non esse executioni sententiarum, cum Statutum Urbis de duabus juxta quotidianam propositionem intelligendum veniat de validis & iustis; Injustitia verò pendebat à verificatione requisitorum, quæ per bullam Gregorianam desiderantur, præ-

tendente

tendente actore illorum verificationem, econversò autem reo convento id negante ; Quare pro illis examinandis distinguendum esse dicebam retractum prælativum à coactivo. In primo etenim juxta declarationem contentam *in decis.437. Merlin.aliàs 339.par.5.rec.* quatuor requisita alteri etiam retractui communia copulativè desiderantur; Primò nempè vicinitas, Secundò oblatio de ædificando infrà terminum præscriptum cum oblatione seu deposito pretii forsan ab emptore soluti, & susceptione onerum & conditionum in instrumento venditionis contentarum, Tertiò publicus ornatus indè resultans sine quo sola vicinitas non est operativa; Et quartò demum, ut futurum ædificium, ex quo publicus ornatus resultare debet, cadat partim in domo retrahente, & partim in retrahenda, quæ omnia requisita, vel in parte negabantur, præsertim quia actor nedum ædificandi oblationem non fecerat, sed potiùs animum non ædificandi habebat, cum domum retrahendam ad alterius favorem acquirere declarasset, sed etiam cessabat alterum requisitum ornatus ex utroque retrahente & retrahendo ædificio sequendi, quoniam ejus vicinitas consistebat in quibusdam inferioribus mansionibus seu apothecis subtus eamdem domum existentibus, ob quas non potest prætendi retractus, quia non consideratur distinctio ædificiorum, quæ insimul uniri, & ad novam meliorem formam reduci debeant, ut firmatur in specie *dicta decis.339.num.36.par.5. recent. aliàs decis. 437.apud illas Merlini*, undè propterea ad dictarum sententiarum injustitiam inferebatur.

In altero autem retractu coactivo, quoties domus retrahenda est conductitia, itaut per ipsum Dominum non inhabitetur, eadem quatuor requisita æqualiter concurrere debent spectata solùm differentia inter bona libera privatorum & fideicommissaria vel piorum locorum, ut in prima specie sufficiat deponere pretium in pecunia investienda pro retrahentis cautela juxtà formam à Constitutione præscriptam, in secunda verò specie debeat retrahens offerre aliam rem stabilem æquivalentem cum debitis cautelis evictionis.

Ubi verò agitur de domo non conductitia, sed per ipsummet Dominum habitata, tunc ultrà dicta quatuor requisita, tria alia desiderantur; Primò nempè, quod ædificium retrahens sit jam inceptum; Alterum quod cohæreat à duobus lateribus; Et tertium quod ædificium ex utraque construendum futurum sit insigne, ità & taliter, quod domus retrahendæ pretium in quadruplum excedat, ut constat ex contextu Bullæ & reassumit *Rota decis. 378.par.5. recent. repetita inter illas Merlini decis. 465.* quorum requisitorum concursus pariter in facto negabatur. Quid verò in contrarium obstaret & cum quibus fundamentis dictæ sententiæ emanaverint, est incertum, quia disputatio ulteriorem persequutionem non habuit, dum concordia litem terminavit.

* * *

ROMANA

RETRACTUS.

DOMUS

PRO

ARCHICONFRATERNITATE SANCTISS. CRUCIFIXI URBIS,

CUM

DUCE STROZZIO.

Discursus pro veritate.

De retractu coactivo competente ad domum vicinam, pro domus propriæ ampliatione ad Urbis ornatum, ex Constitutione *Gregorij XIII.* An & quando cõpetat nec nè, Et de illius requisitis.

SUMMARIUM.

1 *Casus controversiæ.*
2 *De requisitis ad retractum coactivum.*
3 *Quando Dominus ædificii retrahendi volens ædificare ad ornatum excludat retractum.*
4 *Retractus coactivus pro ornamento Civitatis, an sit favorabilis, & competat etiam de jure communi.*

DISC. LXXIX.

AD domum per Archiconfraternitatem Sanctissimi Crucifixi possessam ab uno latere confinantem cum Palatio Ducis Strotij è conspectu Ecclesiæ Stigmatum Sancti Francisci, ab aliis verò tribus lateribus ad formam peninsulæ à viis publicis circumdatam, intentavit Dux prædictus pro ejus palatii ampliatione sub prætextu ornatus Urbis ad formam *Bullæ Gregoriana* retractum coactivum, dictaque Societate me consulente, Pro veritate pro retractus incompetentia respondi, atque actor viso responso acquievit, ac à prætensione destitit; Dicebam igitur, quod cum palatium prædictum in sui structura jam perfectum & absolutum esset, neque in eo aliquid remaneret ad ejus perfectionem ædificandum, undè propterea ex hujusmodi domus adjunctione mutaturum non esset formam vel structuram; Hinc proindè resultabat dictam Bullam non intrare, cum ista ad effectum retractus coactivi (strictiùs practicandi quàm sit prælativum) postulet, ut ex domo retrahente & retrahenda utpotè singulariter imperfectis, vel ignobilia ædificia constituentibus, unum nobile & perfectum ædificium cum unione & super ædificatione construi valeat, itaut futurum ædificium æquè cadat in parte retrahente, ac retrahenda, secus si sit quædam sumptuosa & superflua dilatatio, quam Constitutio non respexit, nàm aliàs habens quis palatium vel domum majorem, posset ità omnes vicinos expellere, omniumque domorum de contrata Dominus fieri, atque de una domo facere

facere unam Civitatem, ut benè discurrendo firmat Rota *in Romana retractus coram Merlino*, quæ in materia circumferri solet tanquam magistralis inter suas *dec.437.& repetita p. 5. recen. dec. 339. n.13.cum seqq.& n.26.cum seq.*

Secundò ex eodem jam dicto principio, quia domus retrahenda erat in sui genere perfecta, congruam constituens structuram,& quod magis, non apta recipere novum ædificium, cum esset undique circumdata à viis publicis,neque illud recipere poterat in majori elevatione, cum esset æqualis altitudinis, itaut aliud ad summum in ea fabrimurarii opera facere non posset, nisi quamdam dealbationem,seù extrinsecam incrostationem,dicto palatio similem, undè omninò Bullæ requisita in utroque extremo cessabant.

Tertiò demum, quia si quis defectus in dicta domo dignosceretur publico ornatui præiudicialis, Archiconfraternitas illius domina se promptam exhibebat ad ædificandum vel ornandum; ideoque cum dicta oblatio non esset post litem diu agitatam,sed incontinenti, neque offerenti damnum inferret,qu a modica fuisset impensa utilitatem etiam ob pensionis augmentum allatura, itaut cesset motivum æmulationis, qua concurrente dicta oblatio reijci solet, ipsa potiùs veniebat præferenda, ut distinguendo inter oblationem sinceram & alteram ad æmulationem habetur *apud Coccinum decis.Gratian.discept.745.num.19.Rota decis. 378. par. 5. recen. num. 4.* quæ pariter est inter illas *Merlini decis.465.* Atque ità in Curia practicatur, quia cum agatur de lege municipali nimis exorbitanti,utpotè cogente Dominum invitum ad rei suæ venditionem,neque aliud habeat rationis motivum, nisi illud publici ornatus, seù potiùs spectato tempore quo emanavit,illud tollendæ deformitatis resultantis ex adjacentium ædificiorum imperfectione, vel nimia difformitate, idcircò intelligenda non est, nisi ad hos limites, dictisque requisitis concurrentibus.

Quo casu probabiliùs etiam dici posset eam à jure non exorbitare,præsertim ubi ageretur de volente construere aliquod conspicuum palatium, quia pro Reipublicæ beneficio ducto argumento à dispositione *textus cum ibi notatis in l. si quis sepulchrum ff.de Religiosis & sumptibus funerum*,non improbabil ter etiam ex sola dispositione, seù intentione vel ratione juris communis dictus retractus coactivus exerceri potest ex deductis *per Tappiam decisione 7.Caren.var.resolut.8.Thes.jun.lib. 1. quæstion for.64.Burg.de laudemio par. 2. inspect. 1. num.15.& 49.in addit.*

Et ex præmissis post plures annos consulti Equiti Francisco de Aste conspicuum ædificium construenti in via Cursus, ut abstineret à jam determinata intentatione retractus adjacentis domus illorum de Vitelleschis jam perfectæ, & in sua nobili structura ornatum facientis,habentisque adamussim easdem circumstantias, quod scilicèt ex tribus lateribus ad peninsulæ formam esset à publico circumdata, sed expectaret oportunitatem benevolæ, & conventionalis acquisitionis, cum sufficiat cessare dictam rationem deformitatis,atque domum in sua structura facere ornatum,

* * *

ROMANA TRANSACTIONIS

PRO

ARCHICONFRATERNITATE SANCTISSIMÆ ANNUNCIATÆ

CUM

ANDREA ALBERTO.

Casus disputatus in Camera, & sopitus per concordiam.

An retractui coactivo ad publicum ornatum competenti per Constitutionem Gregorii XIII. possit per pactum renunciari, vel potiùs ob favorem publicum renunciatione non obstante intentari possit.

SUMMARIUM

1 *Facti series.*
2 *Quod retractui competenti per Gregorianam constitutionem tanquam inducto favore publico non possit renunciari.*
3 *Iuri publico pactis privatorum derogari non potest.& num. 8.*
4 *Quod retractui possit renunciari.*
5 *Declaratur decis.63.Manticæ.*
6 *Non dicuntur decisiones in ijs quæ dicuntur incidenter.*
7 *Quod cavendum sit à digressionibus in decisionibus.*
8 *Declaratur regula,de qua num. 13.*
9 *Quod retractus concernat favorem principaliter privatum,accessoriè vero publicum.*
10 *Retractus dicitur exorbitans & odiosus.*
11 *Datur in retractu pœnitentia remissivè.*
12 *Retractus non competit confinanti à parte retrò, & ubi non adest ratio ornatus.*

DISC. LXXX.

INtentato per Andream Albertum retractu coactivo pro urbis ornatu juxta *Constitutionem 22.Gregorij XIII.* ad duas domos per quemdam fideicommisso gravatum possessas,lite pendente jure ejusdem fideicommissi in Societatem Annuntiatæ obventas;Cùm de aliis præfati retractus requisitis non dubitaretur, orta est controversia super modo, solvendi pretium, quoniam retrahens prætendebat illud solvere in pecunia, Societas verò prætendebat rem stabilem æquivalentem ad ejusdem Constitutionis præscriptum;Quapropter deventum est ad concordiam,per quam Albertus una domo contentus, renunciavit juri retrahendi alteram; Et econversò Societas acceptavit domus retractæ pretium in pecunia;Quibus sequutis cum idem Albertus incorporata dicta domo cum propria,majorique ædificio cœpto agnosceret alteram esse vel necessariam vel satis commodam. Hinc dicta concordia non obstante denuò retractum ad dictam

ctam aliam domum intentavit, duasque favorabiles reportavit sententias; Unam in prima instantia in consueto Tribunali Camerarii & Ædilium, & alteram à Præside viarum; Et introducta causa per appellationem in Camera, datoque dubio ad formam Statuti Urbis duarum conformium, *An constet de duabus, quæ veniant exequenda*, prodiit resolutio negativa ad favorem Societatis, confirmata occasione novæ audientiæ; Verùm actore non acquiescente, satis autem honestas & utiles conditiones offerente, cùm ità loci pii utilitati meliùs consultum remaneret, ejus administratores sequendo illam epicheiam ac prudentiam, cum quibus in hujusmodi locorum administratione procedendum est, effugiendi scilicèt quo magis fieri potest lites ac judiciorum strepitus, servandique regulam, ut quod *uni non nocet, sed alteri prodest &c.* oblatas conditiones acceptarunt, atque ita controversia finem habuit.

Actoris fundamentum super facultate impugnandi dictam transactionem, atque contra juris principia regrediendi ad jura renunciata, con-
2 sistebat in eo quod hic retractus coactivus percuteret publicum favorem ratione publici ornatus, & consequenter quod factis privatorum illi renunciari non possit, deducendo in specie retractus tanquam punctualem *decis. 63. Manticæ numer. 7.* cui innixæ fuerunt dictæ duæ sententiæ; Et generaliter ea quæ ex theorica *Bartoli in l. si quis in conscribendo Cod. de pactis* habentur apud DD. ut juribus inductis favore publico, privatorum pactis & conventionibus renunciari non possit, *ad text. in l. jus publicum ff. de pact. cap. si diligenti de foro compet. ubi Felin. & cæter, Rot. dec. 456. numer. 7. & 461. nu. 11. par. 5. rec. Auximana Molendini 24. Novembris 1572. coram Robusterio, & in specie Mantic. dicta dec. 63. num. 10.*

Scribens pro Societate in his ultimis disputationibus habitis in Camera, utpotè in hoc statu ad hujus causæ omniumque aliorum dictæ Societatis
3 negotiorum defensionem ac directionem assumptus, etiam cum sensu veritatis, qualem quoque ut suprà habuit ipsum Tribunal Cameræ, Dicebam prorsùs improbabilem esse actoris prætensionem, dum ultrà generale juris receptum principium in materia renunciationis quotidianum, quod renunciantibus eorum jura non datur ampliùs ad ea re-
4 gressus, In specialibus terminis retractus, quod illi possit renunciari est magis communis & recepta opinio, *ut per Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. glos. 9. num. 119. & 117. Afflict. de jure prothomis. in principio n. 41. ubi Rummus in additionibus, qui alios colligit, Magon. dec. Florent. 118. Ciarlin. controv. 121. n. 57. & 61.* Quod adeò verum, ut etiam extrajudicialiter, & cum simplici declaratione, quod nolit retrahere, quamvis nullum pactum nullaque stipulatio intercedat, adhuc sufficienter renunciatum dicatur, ex iis, quæ habentur *in Romana retractus vineæ disc. 75.* Multòmagis in hac facti specie, in qua agebatur de renunciatione per contractum juratum ac onerosum & correspectivum mediante transactione; Et in specie de renunciatione retractui competenti in vim dictæ Gregorianæ Constitutionis *Gratian. discept. 672. num. 3.* ubi expresè reprobatur opinio dicentium contrarium.

Replicabant scribentes in contrarium, dictam regulam percutere retractum prælativum competentem ratione vicinitatis vel consortii, vel sanguinis adversus extraneum emptorem, non autem retractum coactivum in vim *dictæ Gregorianæ Constitutionis* competentem etiam adversus ipsum Dominum vendere nolentem, ipsamque domum habitantem, cum sola differentia majoris vel minoris augmenti pretii inter domos, quæ per dominum habitantur, & conductitias, nimium exaggerando *dictam decis. 63. Manticæ* tanquam auctoritatem specialem absque contradictore; Quarè pro hoc objecto removendos duas constituebam inspectiones; Unam specialem super dicta decisione *Manticæ*, Alteram generalem, super regula, quod renunciari non possit iis, quæ publico favore introducta sunt.

Quatenùs pertinet ad primâ, advertebam, quod in casu dictæ decisionis non agebatur de aliqua re- 5
nunciatione, sed de non attendenda lege, quam Dominus occasione ordinandi fideicommissum & prohibendi alienationem adjecerat, ex regula, quod nemo facere potest, quin leges locum habeant in ejus testamento vel alia dispositione. Si enim vivens potest invitus cogi ad vendendum, consequenter non potest moriens evitare hujusmodi coactionem de tempore quo ipse non est ampliùs Dominus juxtà ea, quæ ex ista ratione passim recepta habemus in terminis *auth. res quæ* super dotibus à fideicommissis extrahendis, fideicommittentium expressis ac specialibus prohibitionibus non obstantibus, undè propterea decisio in casu suo est vera beneque fundata; Et quamvis ejus extensor incidenter ac ad superabundantiam deducat quoque
num. 10. dictam regulam, quod in iis quæ publicum 6
favorem concernunt privatorum pacto præjudicari non potest; Attamen in hac parte non est decisio, quæ ut perpetuò hoc tribunal declaravit, dicitur solùm esse super eo puncto, qui principaliter disputatus ac decisus fuit, non autem in iis, quæ incidenter dicuntur, *ut apud Seraph. dec. 299. in fi. e, dec. 17. num. 9. par. 7. rec. 196. num. 38. par. 11. & frequenter*, undè propterea mea consuetudo est, & quidem rationabiliter exagerandi, quod in exten- 7
dendis decisionibus magis circumspectè procedi debeat, abstinendo quomagis fieri potest à digressionibus, sivè à firmandis conclusionibus casum præcisum non percutientibus, cum satis frequenter per judices levis armaturæ ad hujusmodi distinctiones non advertentes, indistinctè habeantur pro decisionibus; Ac etiam sequatur, quod una decisione alteram allegante, ità contingit aliquam conclusionem minùs veram pluries canonizatam haberi absque eo, quod unquam formiter disputata & examinata fuerit, ut præsertim habetur *sub tit. de fideicommissis, in Romana primogenituræ de Luparis* super articulo, an primogenituræ Italiæ aliarumque regionum jure communi regulandæ stare possint in suspenso nec nè, cum similibus.

Quoverò ad alteram inspectionem generalè super dicta regula advertebam nullam cadere quæstio- 8
nem juris, sed illam esse potiùs facti & applicationis, Juris enim theorica in abstracto certa & recepta videtur juxtà magistralem distinctionem *Bartoli in d. l. si quis in conscribendo Cod. de pactis*, de qua apud suprà allegatos & omnes, quod scilicèt aut agitur de favore, qui sit primariò publicus, secundariò autem, & accessoriè privatus, & dicta regula benè procedat; Aut èconversò de favore, qui sit primariò privatus, accessoriè autem & consequutivè publicus juxtà terminos textus *in l. 1 ff. solut. matr. cum ibi notat.* & tunc secus, ideoq; tota quæstio cadit super applicatione, an scilicèt essemus in una vel altera distinctionis parte, & super favoris natura seù qualitate.

Pro-

Probabilius autem dicebam esse, quod versaremur in hac secunda parte favoris primariò privati,
9 quamvis accessoriè publici; Tum quia juxta opinionem, in qua residet Camera & Curia juxta votum *Biscia* registratum inter decisiones Rotæ *dec. ultima par. 2. rec.* hoc jus retrahendi tam prælativum quàm
10 coactivum dicitur exorbitans & odiosum, majoremque exorbitantiam absque dubio continet coactivum quàm prælativum, cùm in illo cessent illæ æquitatis & congruentiæ rationes, quæ in isto cadunt deductæ in *Narnien. retractus disc. 71.* ideòque prorsus incongruum videtur, ut favorem primariò publicum, cui renunciari non possit, concernere dicatur ille actus, qui reputatur exorbitans & odiosus; Tum etiam quia potest vicinus nolle uti, neque, ex eo quod idoneus esset ad retrahendum & faciendum ornatum, statutum est, quod ad id invitus cogi possit, cùm imò etiam post illum intentatum & obten-
11 tum possit pœnitere, ut *in Romana recessus à retractu disc. seqq.* ideòque non videtur subesse congrua ratio, ut fieri non possit expressè, potissimè per actum correspectivum, & juratum id, quod tacitè seu im-
12 plicitè non utendo fieri potest; Et quamvis sola vicinitas non sufficiat, nisi etiam ratio publici ornatus accedat, undè propterea juxta vulgare ac receptum *cons. Ioannis Altobrandini* hoc jus non competit confinantibus à parte retrò, nihilominus favor publicus est impulsus seu causa, ob quam privatis hoc jure uti volentibus illud aliàs de jure non competens concedatur, & sic quod utraque qualitas copulativè requiratur, non autem quod dici valeat jus primariò publicum, dum ita vicini idonei ad ædificandum, & faciendum ornatum deberent seu possent cogi ad retrahendum etiam inviti, & tamen communis praxis docet contrarium.

ROMANA
RECESSUS A RETRACTU
PRO
HÆREDIBUS MARCHIONIS LANCEÆ
CVM
PROCURATORE FISCALI TRIBUNALIS ÆDILIUM.

Casus disputatus in dicto Tribunali, sed non decisus ob actorum acquiescentiam.

An ille qui intentavit & obtinuit retractum coactivum cum solita obligatione de ædificando in forma, possit de consensu Domini rei retractæ pœnitere, illamque Domino restituere, vel potius invitus cogi valeat per Ædiles pro publico ornatu ad adimplendam obligationem.

SVMMARIVM.

1. FACti *series.*
2. *Obligatio cameralis habet in ventre stipulationem pro omnibus quorum interest.*
3. *Retractui tanquam inducto publico favore renunciari non potest.*
4. *Obligatio gesta cum falso præsupposito corruit. Cardin. de Luca de Servitutibus.*
5. *Ob nullitatem pacti corruit totus contractus ratione individuitatis voluntatis.*
6. *Deficiente re vendita in parte resolvitur contractus, & quid deficiente una ex pluribus diversis.*
7. *Obligatio causativa cessat cessante causa.*
8. *Retrahens potest pœnitere in retractu prælativo.*
9. *De consensu partium licet recedere à contractu.*
10. *An licita sit pœnitentia in retractu coactivo.*
11. *Declaratur conclusio an retractui possit renunciari nec nè.*
12. *Dantur similia de confugiente ad Ecclesiam vel suscipiente clericatum, ut suo juri non renunciet.*

DISC. LXXXI.

INtentato ac obtento per Marchionem Lanceam, cum subsequuta etiam executione, retractu coactivo ad quamdam domum adjacentem ejus 1
domui sitæ in via Cursus, facta solita obligatione de ædificando juxta formam *à Gregoriana Constitutione* præscriptam; Cum facto experimento fundamentorum, detectum esset illa non esse idonea substentationi majoris oneris, ac altiori elevationi ad æqualitatem cum propria domo retrahente, ac etiam detectum esset quamdam partem inferiorem ejusdem domus esse de dominio directo Ecclesiæ, undè propterea diversam formam ad ejusdem Constitutionis præscriptum servare oportebat, dando rem æquivalentem; Hinc proindè de communi consensu recedendo ab omnibus gestis, omniaque in pristinum reducendo, ipsa domus retracta priori Domino restituta fuit; Verùm Procurator fiscalis Tribunalis Ædilium seu Magistrorum viarum eodem in Tribunali judicium instituit adversus præfati Marchionis interim defuncti filios & hæredes pro implemento dictæ obligationis ædificandi, atque ad publicum ornatum reducendi domum retractam ad æqualitatem retrahentis, innixus propositioni quam habemus in materia obligationis Cameralis habentis in ventre stipulationem pro omnibus quorum interest, per quam juxta limitationem communiter tradi solitam *ad textum in l. quoties Cod. de donat. quæ sub modo*, non licet contrahentibus à con- 2
tractu recedere, sive onus remittere in præjudicium tertii, cui per talem stipulationem jus quæsitum est ex deductis *per adden. ad Greg. dec. 97 Burat. dec. 788, num: 3, dec: 189, & 270, post Zacch: de obl: Lunozetto dec: 849, num: 3, & passim.*

Et his addebatur propositio, de qua *apud Mantic. dec: 63, num: 7, cum sequen.* quod cùm hæc mate- 3
ria concernat publicum favorem resultantem ab ornatu Civitatis, non potest ei pactis privatorum renunciari, potissimè ubi mediante tali obligatione jus quæsitum est.

Scribens pro dictis reis conventis, cum sensu etiam veritatis, dicebam improbabilem esse petitionem ex solo facto, ejusque duabus circumstantiis omnem juris quæstionem dirimentibus; Una scilicet, quod subsequutum experimentum fundamentorum impossibilem reddebat executionem dictæ obligationis conceptæ cum præsupposito, quod res retracta conjungi posset cum retrahente, atque ad eamdem structuram redigi, undè propterea intrabat receptum juris principium, quod gesta cum aliquo præsupposito, sine quo aliàs gesta non essent, eo cessante vel falso detecto, corruunt tan- 4
quam ex deficiente voluntate *ad textum in l. cùm putarent ff. famil. ercis. Gabr. cons. 62, lib: 2. Burati: decis. 282, num: 1, & fin. decis. 94, num: 26, par: 11, rec. & frequenter.*

Altera vero, quod pars ejusdem domus detecta esset de dominio Ecclesiæ, ob quam qualitatem *ad Gregoriana Constitutionis* præscriptum, diversam formam tenere oportebat, quoniam danda erat res stabilis æquivalens, unde propterea venditor implere non poterat contractum ex parte sua, eo modo, quo initus erat, recipiendi scilicet pretium jam depositatum in pecunia, & manutenendi rem propriam & liberam, ex quo successivè
5 resultat resolutio contractus, T. ob individuum ipsius contractus & voluntatis partium juxta ea quæ ex hac ratione individuitatis ex magis communi & recepta sententia habemus de pacto invalido invalidante totum contractum, *sub titulo de feudis in Camerinen. jurisdictionis, & in Romana de Guelphis disc. 67. & 69.* Quam etiam ex individuitate ipsius rei, quo casu certum est per ejus defectum in parte præsertim notabili licitum esse à contractu emptionis & venditionis recedere, cum sola quæ-
6 stio cadat, ubi agitur de venditione plurium rerum inter se distinctarum, quo casu intrant distinctiones, an unicum sit omnium pretium, vel potiùs singularum distinctum, & an res evicta vel deficiens sit notabilis & talis, quod sine illa emptor aliàs empturus non fuisset cum aliis de quibus apud *Surd. cons. 13. num. 20. cum seq. bene Rot. dec. 709. par. 1. divers. de Marin. resol. 108. lib. 1. apudquos cæteri, & in sua materia sub titul. de emptione*, quæ omnia cessant, ubi agitur de unica & individua re; Et consequenter dicta obligatio corruerat seu cessaverat tanquam ex deficiente causa
7 *ex regula cum cessante &c.* de qua in terminis emptoris in se accollantis debita in partem pretii & se obligantis solvere creditoribus, quibus ex Notarii stipulatione explicita, vel implicita sub obligatione Camerali jus irrevocabile quæsitum esset ex *Decio cons. 421. Tiraquell. in dicta reg. cum cessante parte prima num. 224.* & aliis habetur in celebri *Parmen. datij coram Coccino dec. 428. par. 1. rec. in Bonon. census 4. Februarij 1654. coram Meltio* cum aliis *per amat. variar. resol. c. 21. n. 1. cum sequen.* ac habetur pluries actum, in sua materia *sub tit. de emptione & venditione*, præsertim *in Sutriana pro Butio*, ac etiam *sub tit de Regalibus ad materiam officiorum disc. 8. & sequen*, occasione onerum, quæ in se accollant Notarii vel alii officiales quando officia suscipiunt, ut istis dimissis vel cessatis deficiant; Atque ex his actor destitit à prætensione, unde ex solo silentio resultavit reorum conventorum victoria absque alia determinatione, quoniam revera ob istas facti circumstantias cessabat omnis difficultas.

Hinc proinde nulla superfuit necessitas examinandi articulum in genere, an scilicet in hoc retractu coactivo postquam retrahens desuper pro-
8 nunciari obtinuit, atque obligationem fecit, pœnitere possit necne, consentiente vel respectivè invito domino rei retrahendæ; In hoc autem articulo, quatenus pertinet ad retractum prælativum, magis communis, & recepta sententia videtur affirmativa *ut per Tiraquell. de retract. lignag. §. finali num. 24. Franch. dec. 346. num. 1. Rouit. dec. 24. num. 15. &*
9 18. apud quos cæteri, etiam invito eo, adversus quem retractus intentatus est, multo magis eo consentiente *juxta textum in l. ab emptione ff. de pactis, & l. 1. C. quando liceat ab emptione recedere*, & in specie mutui concessus à contractu emptionis & venditionis etiam in præjudicium creditorum, qui ex convento pretio erant satisfaciendi firmatur per *Rotam in Bonon: bonorum 9. Maij 1591. coram Orano.*

Difficultas tamen residebat in eo, quod præmissa locum sibi vendicant in retractu prælativo, qui solum privatum favorem & privilegium vicini & consortis retrahentis percutit, & in quibus terminis superius allegati loquuntur; Secus autem in coactivo, in quo publicus Magistratus ita pro publico ornatu suam auctoritatem interponere videtur, nimium exorbitantem cogendi dominum invitum ad rei suæ venditionem, atque ita quasi contraheudo cum retrahente, itaut obligatio, quæ per istum fieret de ædificando, directe ac principa- 10
liter iniri videretur, magis cum ipso Magistratu, quam cum eo, qui retractum patitur, cujus nihil interesse videtur, an & quomodo ædificetur in re quæ desijt esse sua; Unde propterea dubitari potest, an talis contractus resolvi posset cum consensu ejus, qui nullum habet interesse sine consensu ejus, qui videtur principaliter interessatus, & cum quo principaliter ac directe talis obligatio contradicta dici potest.

Et quamvis *in Romana transact: hoc tit. disc: præced.* quando hæc disputabantur, jam disputata, mihi etiam in sensu veritatis probabilius videretur huic juri retrahendi, tanquam concernenti primario fa- 11
vorem privarum, secundario vero publicum, posse ipsarum partium pactionibus præjudicari; Nihilominus ponderabam ea recte procedere ad effectum ne ipsimet parti paciscenti licitum esset à conventis recedere, atque proprium factum impugnare, secus autem comparente Magistratu vel alio tertio cujus interest, & qui suam fidem vel auctoritatem interponendo, ita principalis contrahentis vel interessati partes gerere videtur.

Considerando ea, quæ in simili habemus de confugiente ad Ecclesiam, qui potest ad eam non confugere, sive postquam confugit, ab ea exire, 12
ejusque immunitatis præsidio ita voluntariè se privare, atque proprio favori renuntiare; Sed si invitus ab illa extrahatur, unde propterea Ordinarius, vel alter Ecclesiasticus superior ejus auctoritatem interponat, ipsomet instante, ut Ecclesiæ restituatur, non potest deinde ipse suo juri cedere, atque consensum præbere, quod in causa procedatur tanquam bene extractus, sed tali consensu non obstante, Ordinarius vel alter superior petere potest, quod Ecclesiæ restituatur, de indeque in plenaria libertate restitutus, vel si vult exeat, & se constituat.

Ita pariter potest quis clericatum non suscipere vel illum susceptum dimittere, tam explicitè cum expressa renunciatione, quam implicite non adimplendo requisita Sac. Conc. Trid. pro exemptione fori atque ita effici subditus fori sæcularis; Sed si in statu clericali carceretur per judicem laicum, atque Ordinarii, vel alterius superioris Ecclesiastici auctoritatem invocet pro ejus remissione ad forum Ecclesiasticum, non potest deinde eo statu, renunciando clericatui, ac proprio favori, consentire quod judex laicus in causa procedat, sed ipse Ordinarius vel superior tali consensu non obstante jus habet petendi remissionem clerici, eumque puniendi, juxta casum de quo in *Neritonen sub tit. de jurisdict. disc. 55.* cum similibus, unde propterea, quando in hac facti specie non suffragarentur dictæ particulares circumstantiæ, sentiebam aliquam difficultatem, sed cum articulus non fuerit formiter examinatus, non potuit desuper maturum judicium efformari.

* * *
* *

ROMA-

ROMANA

INQVILINATVS

PRO

CONFRATERNITATE S. BARTHOLOMÆI BERGOMENSIUM

CVM

CATHARINA BALDESIA.

Casus disputatus coram Camerario, & Ædilibus, & resolutus pro Confraternitate.

De retractu prælativo intentato per vicinum contra novum emptorem, qui esset rei emptæ conductor, an hic illum impediat ratione prælationis inquilino etiam competentis; Et an conductor domus, qui eam non inhabitet, dicatur inquilinus, de quo loquitur Bulla Gregoriana.

SVMMARIVM.

1. Facti series.
2. *Quis dicatur inquilinus, & quis colonus.*
3. *Habitare dicitur, qui per alium habitat.*
4. *Ad habitationem requiritur animus.*
5. *Quando inquilinus non gaudeat privilegio inquilini.*
6. *Lex loquens de casu puro non comprehendit qualificatum.*
7. *Cui propriè conveniat vocabulum* inquilini.
8. *Licèt in foro allegare Calepinum.*
9. *An conductor apothecæ & magazeni dicatur inquilinus.*
10. *Declaratur conclusio, de qua num 4. & 5.*
11. *De ratione, ob quam inquilino datur jus congrui.*
12. *Declaratur conclusio, de qua num. 6.*
13. *Conductor non ad longum tempus, non habet jus in re.*

DISC. LXXXII.

1 ADVERSUS Confraternitatem Bergomensium intentantem coram Camerario & Ædilibus retractum prælativum ratione vicinitatis ad formam Constitutionis 22. *Gregorii XIII.* ad domum emptam per Catharinam Baldesiam, excipiebat ista de ejusdem domus conductione per aliquos menses præcedenter facta, undè propterea concedente eadem Cõstitutione Gregoriana eundem retractum prælativum etiam inquilino, ita dicebat meliorem esse emptricis conditionem ex propositione in Camera & Curia recepta, quod in hac materia, inter plures idem jus habentes, melior sit conditio præoccupantis. Cúmque ex parte actoris replicaretur, dictam Constitutionem loqui de inquilino, qualis dicta emptrix dici non poterat, dum nunquam domum inhabitaverat, duo replicabant scribentes pro ea.

Primò, quod ad effectum, ut quis dicatur inquilinus, necessaria non est actualis habitatio, 2
sed sufficit conductio, cùm agereturde domo in Urbe, quo casu conductor propriè dicitur inquilinus ad differentiam coloni, qui dicitur conductor agri seu prædii rustici *ad textum in l re pignoris ff. de acquir. possess.* allegando in id *Bald. in l. certi juris numer. 5. in fine Cod. locati Bard. de jure prothomiseos quæst: 18. vers. præterea Inquilinus Carroc. de locato part. 1. de locationis divisione numer: 4. fol. 1. à tergo Carpan. ad statuta Mediolani cap. 416. num. 192. tom 1. Ridolphin. in praxi part. 2. cap. 13. numer: 24.* Quodque ubi etiam ad constituendum inquilinatum requireretur habitatio, sufficeret; Vel illam sequi per subconductores, quoniam habitare etiam dicitur qui per inquilinum habitat *Decius cons. 355. num. 2. & 3. Afflict dec. 401 num. finali.* Vel quod sufficiat facultas seu potentia habitandi cum desti- 3
natione seu animo. *Bald. cons. 234. numer. 1.* & per totum; Habitator enim dicitur ille, qui conduxit domum animo habitandi, ad differentiam hospitis, qui licèt de facto inhabitet, non dicitur inhabitator, *ad textum in l. 1. §. inhabitare ff. de is, qui ejecerunt & effuderunt*, allegando in id ad effectum gaudendi privilegiis *Mandos. de privil. gloss. 11. num. 24. & Rotam in Imolen. Communiæ prima Iulij 1647. Peutingerio*, ubi quod habitare dicitur, qui domum conduxit animo permanendi, ad differentiam hospitis ut suprà; Ponderando etiam ea, quæ habentur *apud Gregorium & Adden. decis. 15. & in aliis* de subinquilino non gaudente decreto camerali aliisque inquilinorum privilegiis, nisi fiat inquilinus, 4
ergo supponitur unum esse habitatorem de facto jure subconductionis, & tamen alterum principalem conductorem esse inquilinum, quamvis non inhabitet.

Et secundò, quod in omnem eventum, ubi etiam dicta emptrix dici non posset vera inquilina, cui conveniret jus prælationis per Gregorianam Constitutionem concessum, adhuc tamen ratione dictæ conductionis habere diceretur aliquod jus in re, ac censenda esset persona qualificata, undè
propterea intraret conclusio in his terminis deducta 5
per *Vermigliol. cons. 414. numer. 8.* quod scilicet lex loquens de casu puro non comprehendit qualificatum.

His tamen non obstantibus, cum sensu etiam veritatis, contrarium dicebam probabilius, ex eo quod dictæ emptrici conductionis titulum etiam habenti, verè non competeret terminus inquilini in hac materia privilegiati, de quo dicta Gregoriana Constitutio loquitur, tam inspectis verbis eorumque sensu, quàm etiam fortius attenta ratione.

In verbis etenim, tam apud Doctores, quàm etiam apud Grammaticos, seu linguæ Latinæ Professores, inquilini verbum seu vocabulum non convenit nisi habitatori domus in Urbe cum titulo tamen conductionis, ad differentiam hospitis, seu aliàs gratuitò vel jure familiaritatis habitantis, ut
ex juristis firmant *gloss in l. definimus 13.* verbo *in- 6*
quilinus Cod. de agricolis & censitis lib. 11 (licèt revera illa ad aliud propositum loquatur, pro distinguenda scilicet quadam particulari colonorum specie, de qua in eo textu agitur) satis benè *Napodan. ad consuetudin. Neapolis tit. 18. in quo casu fletur dicto coloni fol. 347. & sequen* ubi omnes colonorum & inquilinorum species distinguendo, expendit originem seu significationem vocabuli derivati à verbo *incolo, is*, quasi *incolinus*, & ex eo *Carpan. in*

contrarium suprà allegatus ad statut: 416. numer. 192. tom. 1. qui tamen melius loquitur sequendo *Napodan.* ubi supra *tom. 2. cap. 379. num. 427. & 428.* idemque dicunt *Rebuff. in l. pupillus §. incolæ de verbor. signif. Bertacchin. in repertor.* verbo *inquilinus*, *Calvin. in Lexicon eodem* verbo, *Tuscus* eodem verbo *conclus. 173. plenè Rota apud Vbald. decis. 193. numer. 6. repetit. decis. 540. part: 2. recent: decis. 14. numer: 3. part. 6. in Romana prælationis 16. Februarii 1618. coram Sacrato*; Et ex Grammaticis idem habetur apud *Calepinum* in verbo *inquilinus*, & in *Amalthea onomastica eodem verbo*, quod scilicet inquilinus dicitur ille qui in alieno privato habitat;
7 Atque *Calepini* & aliorum auctorum hujusmodi auctoritatem rectè in foro deduci posse habetur apud *Franch. decis. 662. numer: 17.* quamvis Grammatici non descendant ad has distinctiones, an scilicet quis inhabitet tanquam conductor jure suo, vel potius tanquam hospes, seu jure familiaritatis & precarii.

Neque contrarium dicunt Doctores ut supra in oppositum allegati, quoniam simpliciter distinguendo colonum ab inquilino, dicunt unum esse conductorem prædii rustici, alterum verò prædii urbani, sed non dicunt, quod etiamsi non inhabitaret esset talis, principaliter considerantes titulum conductionis utpotè necessarium unà cum habitatione, ad differentiam alterius habitationis jure hospitii vel familiaritatis; Et sic duplex qualitas copulativè necessaria est, quarum una sine altera non sufficit, conductio scilicet & habitatio, quod omnium melius probat idem *Bald. ut supra in*
8 *contrarium allegatus dicto cons. 234. lib: 1.* ubi agendo de quodam statuto seu decreto Civitatis Papien. consimili decreto camerali Urbis, disputat, an dici posset inquilinus ille, qui habitans aliam sibi vicinam domum cum sola via intermedia, conductam retinebat quamdam apothecam, aromatariam seu spetiariam, & concludit affirmativè ex eo, quod idem conductor, ibi de die & serò pro majori parte temporis commorari solebat, ac etiam quia in mansionibus super apotheca existentibus habitabant ejus filii & famuli, & sic supponit habitationem tanquam requisitum cum conductione necessarium, & de quo consilio, benè apud *Tusc. litt. I. conclus. 274. numer: primo*; Atque ex eo deduci solet, quod etiam in fundacis, & magazenis detur inquilinatus eo quia ibi inhabitetur saltem de die & per aliquas horas noctis, ut in voto Cameræ registrato inter decisiones Rotæ *decis. 184. num. 15. in fine par. prima recent.*

Quæ autem dicuntur *ex Decio consil: 355. & Af-*
9 *flict. decis. 401. in fine*, quod qui per alium inhabitat, inhabitare dicitur, percutiunt terminos diversos, ad effectum scilicet, ut ille, cui relicta est domus habitatio, possit eam locare, quoties tamen legatum est habitationis, quæ considerata sit tanquam servitus, secus autem ubi tanquam facultas habitandi, cùm tunc dicatur personalis juxta distinctionem, de qua in *Romana legati habitationis hoc eodem tit. discur. 66.* Et sic ista propositio extranea erat à casu quæstionis ac deducebatur cum æquivoco claro, de quo etiam laborabat altera deducta ex animo habitandi, quoniam ille consideratur per DD. ad effectum acquirendi domicilium seu incolatum, qui ex sola habitatione accidentali etiam in domo conductitia ad dictos alios effectus absque tali animo non contrahitur; Ac etiam altera conclusio de privilegio inquilinatus 10
non competente subinquilino, nisi deindè ipse efficiatur inquilinus juxta *d. decis. 115. Gregor. dec. 210. Zacch. de oblig. Merlin. dec. 386. Romana locationis 10. Martij 1656. Bevilaqua*, quæ omnes derivant à magistrali *Romana inquilinatus prima Iunij 1598. Lancellotto*, quia in subinquilino concurrit utrumque requisitum, conductionis scilicet & habitationis, & tamen non sufficit, sed non indè infertur, quod principalis conductor sine habitatione dicatur talis ad istum præsertim effectum.

Clariùs verò ponderata ratione, ob quam hujusmodi retractus prælativus adinstar vicini in-
quilino conceditur, ex eadem scilicet æquitate, 11
ne per extraneum cogatur domum deserere, ac aliam cum notabili incommodo transportationis bonorum de loco ad locum invenire, itaùt intret axioma, *quod turpius ejicitur, quàm non admittitur*, &c. quæ ratio congruit inhabitanti, non autem ei, qui non habitat.

Quoverò ad aliud motivum deductum ex propositione, quod lex loquens de casu puro, non capiat qualificatum; Dicebam propositionem esse
veram, recteque applicari ad casum, de quo agit 12
Vermigliol. dicto cons. 414. numer. 8. ubi de eo, qui vere inquilinus dici poterat, itaùt ei conveniret Gregoriana Constitutio, cùm dicta propositio derivet ab altera, quod inter privilegiatos privilegia conquassantur, undè intret regula juris communis, sed intelligitur inter illos, qui sunt privilegiati in eadem specie, seu ad eundem effectum, de quo agitur, secùs si privilegia sunt diversa diversos effectus seu casus percutientia juxta communem traditionem *DD. in auth. quas actiones Cod. de sacrosanct. Eccles. Trentacinque lib: 1. variar. tit. de rescriptis & privileg. resol. prima numer 3.* Clariùs verò quia nec in genere, nec in specie simplex conductor sine dicta alia qualitate, ubi est ad modicum tempus dici potest qualificatus seu jus habens in re, ut non benè per scribentes in contrarium supponebatur, quoniam conductio non percutit rei substantiam, ideòque non venit sub prohibita alienatione, neque conductori jus tribuit, nisi esset ad longum tempus juxta commu-
munem traditionem canonistarum & feudistarum 13
in materia prohibitæ alienationis feudorum vel bonorum Ecclesiæ; Et juxta præmissa pro retrahente judicatum fuit, licèt victus non acquiescat, atque ut audio prosequatur appellationem coram Præside viarum.

* * * * * *
* * * * *
* * *

CRAC-

CRACOVIEN.

DOMVS

PRO

DOMO PROFESSA SOCIETATIS JESU

CVM

ECCLESIA PAROCHIALI S. MARIÆ IN CIRCULO.

Casus disputatus in Rota, ubi pendet.

De retractu coactivo competente ex dispositione juris communis Ecclesiæ seu loco sacro *per text. in l. si quis sepulchrum ff. de religiosis sumptibus funerum*, an procedat contra aliam Ecclesiam; Et de illius requisitis, & quando intret nec ne.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *De privilegio Ecclesiæ circa retractum ex* l. si quis sepulchrum, *ejusque ampliationibus.*
3. *De ampliatione etiam pro platea palatij Episcopalis.*
4. *Intelligendum est moderatè & ad limites necessitatis, cui non possit aliàs consuli.*
5. *Item non procedit contra aliam Ecclesiam æquè privilegiatam.*
6. *De declaratione de qua num. 4. quomodo practicanda.*
7. *Quomodo procedat conclusio de qua num. 5.*
8. *De praxi dicti retractus contra aliam Ecclesiam.*
9. *Appellatione domorum Ecclesiæ vel commendæ ad effectum exemptionis quæ veniant.*
10. *De conclusione quod favore Ecclesiæ vel piæ causæ non requiruntur solemnitates statutariæ remissivè.*

DISC. LXXXIII.

1 INTRODUCTA lite in partibus inter domum professam Societatis JESU Cracoviæ & Collegium beneficiatorũ Parochialis Ecclesiæ S. Mariæ in Circulo ejusdem Civitatis super retractu quarundam domorum spectantium ad dictum Collegium pro dicta domo professa amplianda, & exindè per appellationem introducta causa *in Rota coram Cerro*, habita fuit disputatio *sub die* 8. *Iunij* 1663. super concessione remissoriæ, quæ concessa fuit, atque ejus vigore factis probationibus, assumptaque disputatione super negotio principali; *An scilicet locus esset retractui Ecclesiæ competenti ex dispositione textus in l. si quis sepulchrum ff. de religiosis sumptibus funerum*, illoque proposito *sub die* 29. *Maij* 1664. ob aliquam votorum discrepantiam, nulla capta fuit resolutio, neque innotescit; An causa ulteriorem habuerit progressum.

In hac igitur disputatione non dubitabatur de competentia hujus retractus ad favorem Ecclesiæ
2 pro illa amplianda juxta dispositionem *dicti textus in l. si quis sepulchrum*, quæ per DD. præsertim modernos ampliata fuit, nedùm ad officinas & alia ipsam Ecclesiam concernentia, ut sunt, cœmeterium, sacristia, atrium, & similia, sed etiam ad habitationem religiosorum seu clericorum ipsis Ecclesiis inservientium, quoties in forma Monasterii seu Conventus connectunt cum ipsa Ecclesia, ut antiquioribus relatis habetur apud *Menoch. cons.* 1026. *Giurb. dec.* 86. *Surd. cons.* 62. *n.* 10. *Franch. dec.* 223. *Gizzarell. dec.* 38. *Tappia dec.* 7. *Rot. dec.* 213. *p.* 2. *rec. & in dec. edita ut supra in ista causa super remissoria* 8. *Iunij* 1663. *Cerro*, ac admittitur *dec.* 372. *&* 676. *par.* 1. *recent.* in quibus pro exclusione dicti retractus respondetur.

Quod privilegium ego vidi practicatum in una *Neapolitana* disputata coram A. C. in signatura inter Archiepiscopum & Monasterium Monialium
3 nuncupatum *D. Regina*, pro quo scribebam, etiam pro ampliatione atrii seu plateæ ante palatium Archiepiscopale pro majori commoditate ingressus, & egressus curruum, ejusdemque palatii decore & ornatu; Si enim apud allegatos & alios id extenditur ad viridaria, & alias majores commoditates Religiosorum, multò magis dictum fuit *in dicta Neapolitana* id extendendum esse ad decorem majoremque commoditatem palatii Archiepiscopalis, dum duplex concurrebat privilegium, unum jam dictum concessum Ecclesiæ, itaùt supra ampliatum, & alterum publici ornatus.

Quare in hac disputatione punctus erat in duabus limitationibus; Primò scilicet, quod privile-
4 gium prædictum moderatè ac discretè practicandum est ad limites necessitatis saltem moralis, ac honestatis, non autem ad superfluum luxum, sive ubi aliàs sine usu hujus exorbitantis privilegii potest esse consultum, ut firmatur in suprà *allegatis decisionibus* 327. *&* 676. *par.* 1. *rec.* Quod ego etiam cum sensu veritatis dicebam *in una Romana pro Cassarellis* cum Ecclesia Sudarii disputata in Camera, postmodum occasione immutationis status domus retrahendæ concordata; Quod scilicet dum dicta Ecclesia à parte retrò habebat proprias domos & areas, in quibus sacristiam, aliasque officinas construere poterat, admittenda non erat ad retrahendam domum vicini in alia parte laterali, cùm hoc privilegium utpotè à jure exorbitans practicandum sit in subsidium, quando aliàs consuli non potest, ut etiam benè habetur *apud Cyriac. controv.* 231. Atque ita practicatum fuit *in dicta Romana*, dum Ecclesia obtinuit solùm per concordiam quemdam modicum situm pro ampliatione seu meliori structura apsidis vulgò *facciata*.

Et altera erat limitatio, quàm in his terminis
5 plenè probat *Valenzuel. cons.* 18. *ac etiam Ricc. dec.* 59. *par.* 3. ubi testatur ita decisum per Curiam Archiepiscopalem Neapolitanam, & refert *Novar. super pragmatica collectan.* 138. *nu.* 7. quod scilicet dictum privilegium non procedat contra aliam Ecclesiam, ex regula seu axiomate, quod inter privilegiatos privilegia conquassantur, de qua post antiquiores *Trentacinque lib.* 1. *var. titul. de rescript. & privil. resol.* 1. *Franch. & adden. dec.* 188. *Barbos. axiom.* 190. *n.* 1. *ubi latè concordantes.*

Quatenus pertinet igitur ad primam limitationem, advertebam cum *Cyriaco dict. controv.* 231. *in principio*, nullam cadere quæstionem juris, sed illam
6 esse nudi facti, ac proindè non recipere certam & generalem determinationem, utpotè decidendam pro judicis prudenti arbitrio, regulando ex singulorum casuum particularibus circumstantiis suadentibus, an adsit nec nè necessitas præcisa vel saltem moralis, undè propterea habemus in suprà allegatis decisionibus, quod Rota variavit,

modò admittendo, modo negando istius privilegii usum, & sic totum pendebat à probationibus facti in quo aliqua erat inter partes discrepantia, an ista necessitas ampliationis adesset necne, & in quo juxta satis laudabilem Curiæ stylum nullæ sunt Advocatorum partes.

Iuris ergo disputatio fuit super altera limitatione, ut hoc privilegium non procedat contra alteram Ecclesiam ex dicta regula conquassationis privilegiorum inter æquè privilegiatos, & in hoc cum punctus nimium superficialiter tractetur
7 *per Riccium dicta dec. 59.* immorando solum in generalitatibus; Dicebam scribens pro domo professa retrahere volente limitationem esse veram, sed fallaciam consistere in applicatione, cum illa procedat, quoties æquè concurrit idem privilegium in eodem genere vel in eadem specie, ut dicta regula seu axioma concursus duorum privilegiatorum intelligi debet, quando scilicet utrique, tam agendo quam excipiendo idem privilegium in specie competit, *ut bene Trentacinque dicta resolutione prima n.3.* & sic ubi Ecclesia, contra quam iste retractus intentatur, indigeat domo retrahenda pariter pro ejus ampliatione, vel ornatu, seu majori commoditate, sive quod ædificium per Ecclesiam retrahentem in domo retrahenda construendum considerabile præjudicium generaret alteri Ecclesiæ, contra quam retractus peratur, & hic est casus, de quo agit *Valenzuol. dict. cons. 18.* destruendi scilicet cappellam pro constituenda seu amplianda sacristia, quoniam non debet discooperiri unum altare, ut alterum cooperiatur, ac propterea intelligendum est, ubi Ecclesia se opponit tanquàm Ecclesia & pro ipsius Ecclesiæ, ejusque annexorum servitio vel præjudicio, secus ubi agitur de domibus vel areis jure privati dominii per Ecclesiam possessis ad usum conductitium, seu alios usus prophanos à cultu vel commoditate Ecclesiæ alienis, ut in hac facti specie per istam partem supponebatur, licet per alteram controverteretur, quod scilicet essent domus destinatæ habitationi beneficiatorum, actualiter tamen ibi non habitantium, tunc enim
8 tale privilegium intrare non videtur, ut de facto habetur practicatum contra aliam Ecclesiam *dicta dec. 213, par. 2, rec.* ac etiam *in Neapolitana laudemij coram Cerro & Coccino, decis. 474, & 434. par. 9. rec*

Ad quod probandum, ultra praxim, de qua in
9 proximè allegatis decisionibus, in quibus canonizatur iste retractus in domibus per alias Ecclesias possessis, deducebam ea quæ habentur *in Faventina sub. tit. de jurisdictione disc. 4.* super exemptione eorum qui vivunt intra domos Commendarum Religionis Hierosolymitanæ, quod intelligitur de illis domibus, quæ destinatæ sunt pro fixa habitatione Commendatoris tanquam per speciem Conventus non autem de domibus in privato dominio possessis conductitiis, seu ad alios prophanos usus deservientibus; Ac etiam ponderabam ea, quæ habemus circa limitationem solemnitatum statutariarum in contractibus mulierum vel minorum adhibendarum, ut non requirantur in iis, quæ fiunt
10 favore Ecclesiæ vel causæ piæ, quoniam intelligitur, ubi actus fit principaliter ex motivo pietatis & pro salute animæ erga Ecclesiam tanquàm Ecclesiam, seu causam piam, non autem in contractu correspectivo, in quo Ecclesia vel pia causa gerat personam privati contrahentis *ut in Romana census 17. Martij 1663. coram Bevilaqua*, de qua habetur actum *sub tit. de contractibus pro Clementia Cecchina* cum similibus.

ROMANA
PRETII
INTER
MONASTERIUM MONIALIUM S. CATHARINÆ DE SENIS,
ET
IULIANUM BUTIUM,
Votum consultivum.

In retractu per Ecclesiam seu Monasterium intentato ex privilegio legis *si quis sepulchrum*, vel simili ad ædificium de novo ab aliquo constructum, quale pretium reficiendum sit, an scilicet quanti opus valeat, & æstimatur, vel potiùs quod est impensum; Et an ille qui retractum patitur prætendere possit damna & interesse lucri cessantis vel damni emergentis pecuniæ in opus erogatæ pro eo medio tempore.

SUMMARIUM.

1. *Facti series.*
2. *Retrahens tenetur reficere retrahenti omnes expensas, omniaque damna & interesse.*
3. *Etiam de ratione naturali dicta refectio facienda est ei, qui patitur retractum.*
4. *An reficienda sint damna & interesse lucri cessantis vel damni emergentis ob suæ pecuniæ otiositatem.*
5. *Dispositio text. in l. curabit C. de action. empti procedit etiam favore emptoris.*
6. *Rejicienda etiam sunt melioramenta, sub quorum seu expensarum nomine venit otiositas pecuniæ in tempore necessario ad operis perfectionem.*
7. *Annus quiescens pro segetibus faciendis, & cultura, dicitur æquè concurrere ad recollectam & fructuum perceptionem.*
8. *De rationibus & circumstantijs, ob quas retrahens tenetur reficere etiam damnum otiositatis pecuniæ.*

DISC. LXXXIV.

EMit Butius à Robertis pro scutis 3300. quemdam situm constitutum ex ruinis seu reliquiis
1 balneorum Pauli, ubi quædam domunculæ & horrea constructa erant, ad effectum inibi construendi, ut de facto construxit, conspicuam domum, quam opinantes Moniales ibi contigui Monasterii S. Catharinæ de Senis sibi præjudicialem esse utpotè aliquam servitutem prospectus inducentem, retrahere determinarunt ex privilegio eis de jure communi competente ex text. *in l. si quis sepulchrum ff. de Relig. & sumptibus funerum*: Cumque ad evitandas judiciales controversias desuper obtinuissent præcisum & determinativum chirographum Pontificium, cui Butius parere promptè se obtulit, solaque controversia reduceretur ad pretii liquidationem, excitavit dictus necessarius venditor prætensionem coram Cardinalibus Brancaccio & Pio concorditer deputatis, quod sibi reficiendum esset, non solùm id quod de facto, tam in emptione

situs,

situs, quam in constructionem novi ædificii erogaverat, sed etiam damna & interesse intermedii temporis, tàm ob pecunias ab aliis sub usuris acceptas, quàm ob proprias obventas ex censibus & cambiis extinctis; seu aliàs in dictos contractus seù investimentum locorum Montium destinatas; Hinc proindè super hoc puncto præfati Cardinales Arbitri seù compositores, meum desuper pro veritate consilium expetierunt.

Fui in voto priùs oretenùs ex improviso traditto, deindè in scriptis comprobato, cui oretenùs adhæsit alter Advocatus, ità pariter consultus, distinguendum esse, an procedendum sit per viam retractus seù prælationis ex dispositione juris communis ob Ecclesiæ, & Monialium privilegium deductum ex dispositione vel ratione *text. in d. l. si quis sepulchrum* seu etiam ratione vicinitatis ex *Constitutione 22. Gregorij XIII.* concedendo Monasterio quamdam speciem restitutionis in integrum adversus lapsum termini ab eadem Constitutione præfiniti, itaut juxtà retractus legalis naturam Monasterium succederet in contractu, & in locum hujus novi extranei emptoris in omnibus, & per omnia tanquam ab initio & per quamdam speciem retrotractionis; Vel potius, non jure retractus & prælationis, sed jure illius necessariæ venditionis, quæ etiam adversus antiquum dominum Ecclesiæ competit *ex dict. l. si quis sepulchrum*, itaut dictus Butius considerandus esset tanquam dominus & venditor coactus ad vendendum pro justo pretio, nulla ratione habita, an esset antiquus vel modernus possessor.

Primo casu respondi, reficienda esse dicta
2 damna & interesse, omnesque alias expensas cum omnimoda ejus indemnitate, itaut in nihil damnificatus remaneret perindè ac si fuisset ejusdem Monasterii administrator vel œconomus, undè propterea reficiendæ etiam sunt expensæ instrumentorum, gabellarum, mediatorum, seù proxenetarum, omnesque aliæ, perindè ac si actus sequutus non esset, sed ità gestus per ipsum retrahentem per organum ejus, qui patitur retractum, *ad text. in l. debet 26, ff. de ædilitio edicto*, ubi in specie agitur de reficiendis usuris, seù damnis ratione usurarum, ex quo textu DD. ex rationis identitate in hoc proposito totum desumpserunt in materia retractus de jure communi ignoti, *ut per Tiraquell. de retractu conventionali §. 6. gloss. 2. Gratian. discept. 343. num. 1, & per totum Ciriac. controv. 63. num. 8. & 9. plenè Tondut: tom. 1. quæst. civil. cap. 23. à num. 20. usque ad finem*, apud quos concordantes.

Et quando non adessent auctoritates, id clarè
3 ad sensum comprobaret naturalis ratio seù discursus, quoniam hoc privilegium exorbitans à jure, & cogens dominum invitum ad vendendum rem suam utpotè fundatum in quadam æquitate exerceri non debet cum iniquitate & alieno damno, quoniam ita esset rei retrahendæ domino, duplicem injuriam duplexque damnum inferre, cogendo scilicet eum invitum ad rem propriam vendendam ac etiam ad ejus patrimonium diminuendum cum jactura illarum usurarum sive accessionum quas suis creditoribus soluit, vel quas ex propriis pecuniis aliàs investitis in fructiferas occasiones habuisset, aliasque expensas &c.

Difficultas solùm cadere videbatur respectu
4 illarum pecuniarum, quas emptor habens in arca erogaverat, itaut non justificaretur eas esse destinatas in emptionem bonorum & jurium fructiferorum, stante rigorosa opinione, quam tenet Curia de non præstando interesse lucri cessantis, nisi probatis requisitis positis *per Castrens. in l. 3. ff. de eo, quod certo loco*, vel damni emergentis, non probato quod id fuerit ejus causa præcisa & immediata juxtà *decis. 2. Mohed. de usuris* ex pluries deductis & repetitis in sua materia *sub tit. de usuris*, non curato, an altera pars fuerit in lucro, sivè præservata à damno, quod aliàs passa esset, quoniam juxtà veram & receptam propositionem, de qua frequenter in dicta sua materia, non spectatur, quid interfit debitoris, sed solum interesse creditoris.

Ista difficultas cessabat ex facto, in quo supponebatur totam pecuniam in emptionem situs & in fabricam erogatam, vel ab aliis mutuò acceptam esse sub cambiis aliisque accessionibus, vel provenire à censibus, locis montium, & cambiis extinctis, eamque novo investimento etiam de necessitate destinatam esse; Verùm quando etiam ista circumstantia cessaret, itaut ageretur de simplici pecunia, quam emptor habebat in arca, adhuc tamen idem dicendum videbatur; Tum ex dispositione vel ratione *textus in l. curabit Cod. de action. empti*, quam receptum est procedere etiam ad favo- 5
rem emptoris pro rata pretii soluti, dum ità probata dicitur pecuniæ destinatio in emptionem rei fructiferæ *ex deductis per Greg. & Adden. decis. 347. Leotar. de usuris quæstione 27. nu. 54. & sequen.* apud quos cæteri.

Tum etiam quia ex deductis *per Tundut.* & 6
alios ubi suprà occasione refectionis usurarum & expensarum, illi qui retractum passus est, reficienda etiam sunt melioramenta, sub quorum nomine rectè venire videtur hoc interstitium otiositatis pecuniæ, donec opus, quod construitur, ad perfectionem & statum fructiferum perveniat. Quando enim quis emit terram, ut ibi plantaret vineam seù olivetum, rectè scit illam terram per plures annos esse debere infructiferam, ac etiam otiosam pecuniam erogatam & erogandam in ejusdem terræ emptionem, aliasque effossionis, plantationis, & culturæ expensas, sed ad industriam id agit, quoniam valor operis, postquam ad perfectionem redactum est, omnia compensat & reficit (licèt in urbanis id rarò in praxi verificabile videatur, ubi præsertim agitur de ædificiis nobilibus) & sic mora seu otiositas pecuniæ computari etiam potest inter expensas pro opere construendo; Ad quod 7
ponderabam notata per *Bartol. Castrens. Barbos. & alios in l. divortio §. cum in anno ff. solut. matrim.* quod annus, in quo terra quiescit ac inutilis retinetur pro faciendis segetibus & paranda recollecta anni sequentis dicitur æquè fructifer & concurrens ad productionem fructuum dictæ recollectæ anni sequentis.

Eoque magis ponderabam præmissa in hac facti specie procedere ex triplici circumstantia; Primò quia Monasterium, seù ejus administratores ali- 8
qua culpa non vacabant, dum interpellati ad formam dictæ Constitutionis 22. *Greg. XIII.* ac etiam certam scientiam ex rei evidentia & vicinitate habentes neglexerunt hoc privilegio uti, & fuerunt causa, quod novus emptor justè credens dictum privilegium negligendum esse, dictas expensas fecerit, ac damna passus sit, ideoque nulla juris vel æquitatis ratio patitur, ut culposus relevari debeat ac esse in lucro cum damno & jactura non culposi ac injuriam patientis. Secundò, quia certum est, Monasterium nullam habere pecuniam otiosam, dum excepta ea, quæ in anno novitiatus deposita est pro dotibus novarum Monialium, quam sine

dubio in nullos usus convertere potest, reliquam illicò convertere solet & debet in census & loca montium, unde propterea si ab initio hanc emptionem & respectivè fabricam fecisset, non percepisset interim fructus locorum montium & censuum in hoc opus erogandorum; Licèt enim in stricta juris censura, & ubi creditor contendit de lucrosis accessionibus, vera sit dicta propositio, quod in materia usuraria non spectatur interesse debitoris, sed illud creditoris, attamen ad effectum faciliùs admittendi dictam æquitatem derivantem ex dispositione vel ratione dicti textus *in l. curabit*, id videtur satis considerabile, ex eo quod aliàs retrahens esset in lucro cum aliena jactura; Et tertiò demum, quia in optione ejusdem Monasterii erat eligere unam de duabus viis, utsuprà distinctis, vel scilicet istam jure prælationis, vel alteram jure necessariæ emptionis pro justo pretio à peritis æstimando, & quantum de præsenti totum ædificium valeret, non curato, quantum erogatum sit, & de qua pecunia, quo casu nullum interesse reficiendum esset, quia sufficit solvere rei pretium seu intrinsecum valorem; ideoque si aliam viam eligere volebat pro ejus majori utilitate, justum & rationabile videbatur, ut id sine alterius damno fieret; Sed isti & alii labores inanes remanserunt, quia mutato consilio retractus non habuit effectum.

ROMANA PRÆLATIONIS CONVENTIONALIS

PRO

PRINCIPE BURGHESIO

CVM

COMITE DE MARSCIANO

Casus disputatus coram A. C. & sopitus per concordiam.

De retractu seù jure prælationis conventionalis, ut scilicèt volens alienare ejus bona teneatur alterum præferre; An sit cessibilis & transmisibilis in hæredes aliosque extraneos, vel potiùs sit personalis.

Et aliqua de ejus præscriptione.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Pactum prælationis prodest hæredibus.*
3. *Habens pro se regulam dicitur habere intentionem fundatam.*
4. *In qualibet conventione dicitur adesse stipulatio pro hæredibus.*
5. *Verbum*, ipse, *denotat personalitatem.*
6. *Contrarium.*
7. *In desumenda voluntate immorandum non est in verbis.*
8. *An pactum prælationis sit personale vel reale.*
9. *Servitus regulariter est personalis.*
10. *De regula tenenda in desumendis conjecturis, & adminiculis.*
11. *Ponderantur aliquæ conjecturæ pro personalitate.*
12. *Quando mentio hæredum habetur in aliis pactis, eorum omissio in uno arguit personalitatem.*
13. *Expenduntur decisiones Durani & Seraphini.*
14. *De differentia inter pactum prælativum & jus redimendi rem propriam.*
15. *De præscriptione juris seù retractus prælativi, an sufficiat decennalis, distinguitur.*
16. *Vbi adest pactum de capiendo, requiritur lapsus 30. annorum.*
17. *Retractus legalis & conventionalis præscribitur per 30. annos.*
18. *An & quando adversus hanc præscriptionem competat restitutio in integrum ex capite ignorantiæ.*

DISC. LXXXV.

IN transactione inita super fideicommisso *Leonis Decimi* inter duas lineas de Comitibus conventum est, ut una partium volente in toto vel in parte alienare Castra & bona in eam obventa, teneretur alteram requirere, ac in pari causa præferre. Cum autem Dux Camillus ultimus masculus de una linea alienasset Cardinali, seù Principi Burghesio quamdam tenutam jurisdictionalem, viventibus Balthassare & Evandro pariter ultimis masculis de alia linea, post longum annorum decursum Comes Marcus Antonius de Marsciano eorum hæres mediatus juxtà seriem, de qua *in Romana successione de Comitibus sub tit. de successionibus*, judicium coram A. C. contra Burghesium instituit super prælatione, ac sententiam favorabilem reportavit, sed introducta per appellationem causa in Rota, priusquam ad aliquam disputationem deveniretur, cum quadam modica summa pecuniariæ lis per concordiam finem habuit.

In disputationibus igitur habitis coram A. C. cum actoris intentio fundata esset in pacto claro; punctus erat in exceptionibus rei conventi, quas plures ego & cæteri pro isto scribentes deducebamus; Primò scilicet bonorum distractorum liberationem à quibuscunque pactis & vinculis in vim Constitutionis 41. *Clementu Octavi*, quæ vulgò *Bulla Baronum* nuncupatur. Secundò super hujusmodi pacti seù juris personalitate, quoque ad extraneum hæredem non esset transmisibile. Et tertiò data etiam transmissione & competentia, super ejus præscriptione; De primo habetur particulariter actum in hac eadem causa in sua materia Bullæ Baronum *sub tit. de feudis, discurs 96.* de secundo autem, & tertio agitur in præsenti.

Quatenus ergo pertinet ad secundum punctum, an scilicet hic retractus esset personalis vel transmisibilis, scribentes pro actore principale fundamentum constituebant, prout etiam judex constituit, *in decisione 805. Seraph & decis. 411. Durani*, in quibus in specie agendo de consimili retractu conventionali prælativo habetur illud activè & passivè transire in hæredes, quibus assistere dicebant etiam regulam generalem, non docto de limitatione semper admittendam, ex deductis *per Barbos. axiom. 198. & Mantic. dec. 251. num. 4.* quod scilicet semper in stipulationibus subintelligitur mentio hæredum *ad text. in l. stipulatio ista 33. & l. eum qui 56. §. 1. ff. de verborum obligat. l. sicut si debitori ff. quibus modo pignus vel hypotheca solvatur cum concordan. de quibus apud Giurbam infra allegand. & omnes.*

Econversò ego & cæteri pro reo convento scribentes, non negantes istam regulam, insistebamus in limitatione personalitatis deducta ex verbo, *ipsi*,

ipsi, in concordia contento, quod verbum importare personalitatem, antiquioribus collectis plenè
5 habetur apud *Barbos. dict.* 177. *numer:* 4. & 5. *Giurb. ad consuetud: Messan: cap:* 2, *gloss.* 9, *par:* 1, *numer:* 1, *Otthob. dec.* 1, *numer:* 39, *decis.* 619, *numer:* 3, *par:* 1, *recent.* 359 *num:* 36, *par* 5, 201, *num:* 5, & 291, *num:* 6, *par:* 8. *Tyburtina Castri S. Angeli* 25, *Ianuarij* 1654, *Meltio, & frequenter.*

In contrarium verò ex parte actoris replicabatur de auctoritate *Cravett: consil:* 428, *num:* 9, *ac aliorum cumulatorum per Giurb: ubi suprà num:* 4, *& seq.*
6 tenentem hanc opinionem, quod in pactis de sui natura transitoriis ad hæredes, hoc verbum staret potius demonstrativè quàm taxativè, quod etiam dixit Rota *in dicta Tyburtina Castri sancti Angeli* 11. *Martij* 1650. *coram eodem Meltio*, undè super hujus verbi significatione, & an uni vel alteri opinioni inhærendum esset, magna fuit altercatio, atque satis movit judicem dicta specialis auctoritas *Durani dicta dec.* 411. *num: finali*, ubi in specie de hoc verbo, *ipse*; Magnum etiam fundamentum constituendo in dicta altera auctoritate Rotæ *apud Seraph. decis.* 805. cùm hodie in judicando non curatis ratiociniis, ac inspectione super congrua applicatione, maxima sit specialium doctrinarum auctoritas.

Ego verò non discedens à dictis generalibus, quæ per collegas ad favorem rei conventi deducebantur, insistebam in assumpto mihi frequenti &
7 familiari, ac pro meo judicio in judicando & consulendo semper ac principaliter præ oculis habendo, ut in morientium & contrahentium ambigua voluntate desumenda seu interpretanda, immorandum non sit in cortice & figura verborum, sed spectari debeat substantia verisimilis voluntatis, attentis singulorum casuum particularibus circumstantiis, ex quibus juxta personarum, rerum, locorum, & temporum diversas circumstantias, diversimodè etiam pro judicis prudenti arbitrio judicandum sit, itaùt quandoque in uno casu aliquæ conjecturæ vel circumstantiæ sufficiant ad effectum de quo agitur, in altero autem, eædem & majores rejiciantur, undè disputationes in formulis & figuris verborum, ex quibus ad generales regulas & determinationes inferatur, vel sunt partes scholasticorum, vel consulentium ad causæ oportunitatem pro minus probabili prætensione substinenda, non autem judicantium seu consulentium ad veritatem.

Quo assumpto sic stante, dicebam in proposito, ratione subjectæ materiæ ex hujus pacti par-
8 ticularibus circumstantiis probabilius pro personalitate respondendum videri: Siquidem absolutum in jure non est, an jus prælationis competens ex pacto vel statuto sit transmisibile, nec nè, ex plenè deductis hinc indè *per Larream allegat.* 120. atque pro personalitate urgere videtur ratio deducta per *Capyc. Latr. consult.* 109. *numer:* 1 *& sequent. & numer.* 22. quod scilicet hoc pactum sit species servitutis, quæ quoties non est realis, pro servitio scilicet certæ rei conventa, regulariter dicitur personalis, *ad textum in l. pecoris ff. de servitut. ru-*
9 *stic. prædior.*, *& l. pater* §. *filiæ ff. de dote prælegata, & habetur pluries supra hoc titul.* de personalitate pacti non aperiendi fenestras, vel simili; Et quamvis magis communis ac probabilis opinio videatur hujusmodi jus prælationis seu retractus, ubi indefinitè conventum est, esse transmisibile ex deductis apud eumdem *Larream dictæ alleg.* 120. *& Ciarlin. controv.* 212. ubi latè de cessibilitate juris retrahendi seu prælationis; Nihilominus dicebam satis considerabile esse, quod punctus non esset in jure omninò clarus, sed dubius, ad effectum tribuendi faciliorem operationem d. verbo, *ipse*, quod regulariter est personale, ut in specie supponero videtur *Larrea d. alleg.* 120. *præsertim num.* 17.

Ut enim frequenter habetur *sub titul. de fideicommissu, & alibi*, super conjecturarum seu verbo-
10 rum pondere & efficacia, magna differentia est inter casum, in quo regula sit omninò certa & indubitata, & alterum, in quo sit in jure dubia & disputabilis; Primo enim casu cùm agatur de formali correctione seu limitatione perfectè & concludenter probanda, longè majora & urgentiora desiderantur, quàm in altero, in quo non agatur de destruenda seu limitanda regula certa ex conjecturis & circumstantiis, sed istæ solùm attendantur ad inducendam quamdam præponderantiam, ob quam uni magis, quàm alteri opinioni adhærendum sit; Adinstar eorum quæ habemus in materia statuti vel consuetudinis, quod longa differentia est, ubi lex municipalis scripta vel non scripta est correctoria juris clari, & certi, & ubi est canonizatoria unius ex duabus opinionibus, quæ in articulo dubio habentur cum similibus.

Huic autem generalitati annectebam plures specialitates, non singulariter & distinctè, sed unitim considerandas, cum consueta regula, ut *singula,*
11 *quæ non prosunt, &c.* illam præsertim, quod cum *Leo X.* in executionem voluntatis Cardinalis de Comitibus hujusmodi castra & bona sub strictissimo & successivo fideicommisso donaverit, ad effectum ut conservarentur & perseverarent in hac familia, in qua longo tempore steterant, per concordiam verò prædictam opus fuerit etiam ex sensu Rotæ, ad acerrimam, satisque dubiam litem sedandam, illa in plures lineas dividere; Hinc proindè cum prudenti consilio adjectum fuit hoc pactum, quo mediante eadem conservatio, ac unio in familia sequi posset; Et sic importare videretur quamdam servitutem realem debitam à re rei, id est quod castra & bona non distracta, & penes unam lineam in familia existentia, ita traherent ad eorum antiquam unitatem alia in extraneos & extra familiam distrahenda, undè quemadmodum in casu realitatis intrat transmisibilitas, quia spectatur res, non autem persona, quæ illam possidet, ex deductis *per Capyc. Latr. dicta consult.* 109. ita per argumentum à contrario dicendum videbatur in casu converso, cùm penès actorem non adessent alia castra & bona, utpotè in extraneos per ejus auctores etiam distracta, & sic cessabat finis seu ratio pacti.

Accedebat item satis considerabilis circumstantia, quod in plerisque aliis conventionibus & pactis in eadem concordia contentis, expressa mentio hæredum habetur, in hoc pacto omissa undè
12 resultat diversa voluntas ex discretiva locutione regulariter deduci solita, ut in simili *Cephal cons* 352. *num.* 25. *benè Rota dec.* 359. *num.* 37. *& sequen. par.* 5. *recent.*

Magni quoque faciendam esse dicebam observantiam, quoniam cùm plura alia castra & bona magis considerabilia per utramque lineam distracta essent, atque alienationes essent notoriæ, itaùt probabilis ignorantia absque dubio allegari non posset, nunquam tamen aliquid motivatum fuit, quod non de facili negligi solet.

Et quoad dictas speciales auctoritates *Seraph. dec.* 805. *& Durani dec.* 411. quatenus pertinet ad
13 primam, ultrà quod à dicta decisione, licèt ex aliis motivis recessum fuit coram eodem *decis.* 838.,

neque

neque in eo casu concurrebat verbum denotans personalitatem, minusque concurrebant aliæ circumstantiæ, undè propterea processum fuit cum sola regula generali; Agebatur de casu converso, juris scilicet prælationis exercendi per ipsum principalem contrahentem adversus hæredem alterius, qui distraxerat.

Et quoad alteram *Durani*, observabam illam percutere terminos diversos diversam rationem
14 habentes, cum in eo casu non ageretur de retractu prælativo, qui est magis odiosus, & à jure exorbitans; utpotè importans servitutem & impedimentum naturalis libertatis, sed agebatur de retractu redemptivo, & sic de favorabili reversione rei ad suum antiquum principium suamque priorem causam, undè talis juris exercitium importat solùm purificationem conditionis, sub qua in animo fuit rem alienare, & sic remotionem intermedij impedimenti, ac excitationem antiqui dominij tanquam à somno potius quàm à morte ex deductis *per Franch. dec. 39. 61. & 64. Caualer. dec 58. & alios*, undè termini sunt omninò diversi ob longè magis benignam interpretationem in uno, quàm in altero casu faciendam.

Quoverò ad tertium punctum præscriptionis, ex hac parte insistebatur in præscriptione decennali intrante adversus hypothecam, qua cessante di-
15 cebamus nullum remanere remedium actori exercibile contra tertium ex deductis in his terminis *per Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. glos. 10. num 11, & §. 36. glos. 2. n. 36. & Gratian discept. 742 num. 14*, apud quos in materia præscriptionis retractus constituitur differentia inter principalem & tertium, ut hic præscribat per decennium, ille verò non nisi per 30. annos; Verùm reflectendo ad veritatem istud motivum remanebat parùm tutum, ob facultatem capiendi propria auctoritate, quæ ultrà hipothecam in instrumento contine-
16 tur, ista enim operatur aliquid plus & protrahitur etiam contra tertium ad annos 30, ut cæteris allegatis *dec. 398. post Cenc. de Cens. num. 3. & sequen. in Rom. census 26. Iunij 1647. Bichio & in alijs*; Et quod magis inferre videbatur difficultatem, erat clausula annullativa actus, undè dicebam inferri posse ad quandam speciem rei vendicationis, quoniam cum utraque pars respectivè possideret hæc bona in vim transactionis, & sic per dimissionem ab altera, quæ jus in toto habere prætendebat, ità dimittens reservasse sibi videtur primævum jus sub ista conditione resolutiva.

Superflua verò hæc videbantur, dum accede-
17 bat etiam spatium tricennale, per quod nedum receptum est præscribi retractum legalem seù statutarium ex deductis *per Tiraquell. ubi supra Gratian. dicta disceptat. 742. num. 12, Otthob. dec. 268 nu 6. apud quos cæteri*, sed etiam conventionalem magis favorabilem resultantem ex jure redimendi juxtà opinionem magis communiter receptam, præsertim in Rota & Curia ex iis, quæ habentur *in Romana retrovenditionis domus & in alijs sub tit. de empt. & vend.*

Adversus hoc motivum excipiebant scribentes pro actore de restitutione in integrum ex capite ignorantiæ juxta firmata *in eadem Romana retrovenditionis pro Moranda*, ubi habentur decisiones in ea causa editæ; Et in hoc motivo se fundavit judex primæ instantiæ; Verùm, cum sensu etiam veritatis, dicebam illud videri parùm probabile ex pluribus considerationibus quæ ubi etiam singulariter & distinctè non sufficerent, suasque habere possent difficultates, attamen insimul unitæ una alteram coadjuvante videbantur hujusmodi restitutionem omninò excludere; Primò scilicet, quod ignorantia, quæ est petentis fundamentum ab eo concludenter probari debet justa & verisimilis. *Marescott. lib. 2, var. cap. 98. Capyc. Latr. consult. 6, num. 24. & sequen. Rota dec. 238. par 8. rec. cum alijs per Adden. ad dec. 3, num. 67, par. 3. rec.* quæ probabilitas cessabat ex eo quod cum ad hujusmodi successionem obtinendam ipse actor tanquam filius ex secundo matrimonio Corneliæ aviæ Evandri ultimi morientis pertractasset acerrimam litem desuper habitam cum Monialibus, sororibus, & amitis respectivè juxta decisiones *in Romana successionis de Comitibus 15. Ianuarij & 23. Iunij 1642. coram Dunozetto inter suas dec 641. & 676.* cum aliis deductis *in eadem Romana de Comitibus sub tit. de successionibus*, in qua postmodùm super puncto transactionis ego scripsi pro eodem actore, ista concordia ab eodem habita semper fuit præ manibus, undè ejus scientia erat certa, prout notoria erat alienatio bonorum.

Secundò quia hoc beneficium restitutionis in integrum majoribus competens officio judicis ex clausula generali, *si qua mihi &c* de facili admittendum videtur in dicto casu juris redimendi, quod venditor sibi reservavit, non autem in præsenti ex ratione differentiæ superius considerata *num 14.* inter istud pactum, & jus prælativum in re aliena, in quo intrare non videtur æquitas in illo militans. Et tertiò clarius, quia in præsenti lapsus temporis non consideratur tanquam inductivus formalis præscriptionis, quæ in jure est magis odibilis, sed potiùs tanquam inductivus præsumptionis interpellationis factæ, eo modo, quo aliæ solemnitates per dicti temporis lapsum præsumuntur ex deductis *per Gabr. præsumpt. prima dec. 17. & 17, par. 8, rec.* & frequenter in proposito beneplaciti præsumpti *de alienationibus.*

ROMANA
PRÆLATIONIS AFFICTUS

PRO

BERNARDINO LALLIO.

Casus disputatus coram Præfecto Palatij Apostolici incertus est exitus.

De prælatione competente Procuratori Palatii Apostolici in emptione vel affictu silvarum & locorum ad venationem destinatis; Et quandò huic prælationi censeatur renunciatum per declarationem verbalem contrariam.

SUMMARIUM.

1. *Casus controversiæ.*
2. *Retractui seu prælationi competenti favore publico non potest renuntiari.*
3. *Quando ex declaratione verbali inducatur renunciatio retractus.*
4. *Facta præjudicialia sunt strictè intelligenda, & sufficit quod unam faciant operationem.*
5. *Promissio facta absenti est revocabilis, & non producit obligationem.*

DISC.

DISC. LXXXVI.

1 INter Professores exercitii vendendi aves & carnes silvestres, de quorum universitate habetur actum *in Romana taxæ sub tit. de Regalibus disc. 98.* solet per Præfectum Palatii Apostolici unus deputari, cui in compensationem onerum, quibus subjacet providendi idem Palatium de dicta victualium specie, nonnulla conceduntur privilegia, inter quæ est illud prælationis seu retractus adversùs omnes ejusdem exercitii Professores in emptione seu conductione silvarum & locorum, ad aucupii, & venationis usum vendi seu locari solitorum; Cùm autem Lallius ut suprà provisor per triennium conductam habuisset unam ex hujusmodi silvis, atque imminente conductionis expiratione, locator explorare curasset cujusdam mediatoris opera ejus animum, an in conductione perseverare vellet cum quodam pensionis augmento per alium oblato, iste verò qui diminutionem potiùs in animo habebat, suspicans istud esse locatoris artificium inter negotiantes consuetum, volens eludere artem cum arte, per verba generalia respondisset, se de affictu cum tanta pensione non curare; Hinc illo deindè sequuto cum alio Professore, adversùs istum coram eodem Præfecto, utpotè omnium Palatio inservientium judice competente privativè quoad omnes, Lallius in vim privilegii prælationem petiit, atque replicante novo conductore, quod illi renunciatum fuisset cum dicta declaratione, quam in proposito sufficere firmant *Affl. Tiraquell. Magonius, Gratian. & cæteri, de quibus in Romana retractu vineæ hoc eodem tit. disc. 75.* quorum auctoritas stanto terminorum & rationis identitate adducebatur.

Pro Lallio scribens, contrarium veriùs dicebam, ex duplici fundamento; Primò nempè quod
2 hujusmodi privilegium principaliter concerneret commodum & favorem Palatii Apostolici, cujus interest ejus provisorem oportuniora loca habere pro hujusmodi victualium specie copiosè habenda, non solùm singulis diebus pro consueta provisione, cui de facili occurri potest, sed potissimè pro extraordinariis, & improvisis hospitationibus vel provisionibus Principum & Magnatum, undè favor exinde provisori resultans absque dubio est accessorius & secundarius, ideòque intrare de plano dicebam decisionem *Mantic. 63.* in his specialibus retractus terminis loquentem, ut ei utpotè publico favore introducto renunciari non valeat, ut ita distinguendo inter favorem primariò publicum & secundariò privatum, & econtra primariò privatum & secundariò publicum habetur *in Romana transactionis hoc tit. disc. 80. ubi concordantes.*

Secundò, quod in ea quæstione, an simplex declaratio extrajudicialis facta per eum, cui retractus
3 competat, inducat efficacem renunciationem, *Tiraquell: de retractu lign. §. 1. gloss. 9. ex num. 120.* sex distinguit casus, juxta quorum varietatem diversæ prodeunt decisiones, atque conciliantur diversæ Doctorum opiniones ibidem relatæ, ideòque cautè procedendum esse dicebam in applicatione auctoritatum in proposito loquentium, quia principaliter reflectendum est ad casuum species diversas, & in qua applicatione, ut frequenter contra currentem abusum exclamare soleo, partes Doctoris in hac facultate hodie consistunt.

Quicquid autem sit de reliquis casibus à proposita facti specie extraneis, quintus videbatur applicari relatus *per Tiraquell. numer. 149. & sequent.* cujus auctoritate, ac etiam *Mastrill. dec. 50. & aliorum*, ita veriùs firmat Rota *in Romana retractus 17. Martij 1653. coram Celso, inter suas decis. 163.* quod scilicet aut ille, cui retractus competit hujusmodi declarationem fecit ad requisitionem venditoris seu locatoris vel potius ad requisitionem futuri emptoris vel conductoris; In hoc secundo casu probabilius videtur ex hujusmodi declaratione resultare renunciationem, quoties tamen requisitio facta est antequam emptio vel conductio fieret, quia sic resultaret violatio fidei, sub qua ille conduxit vel emit, aliàs non contracturus, secùs si post jam sequutum & perfectum contractum.

In primo autem casu, quo requisitio fiat ex parte venditoris vel locatoris, contrarium est veriùs ex jam dicta congrua ratione in facti serie enunciata, eludendi scilicet artem cum arte, & nè ita venditor vel locator, ut vulgò dici solet, saltare faciat vicinum vel alterum, cui hujusmodi jus competit, undè privilegium retorqueatur in odium, cùm hæc sit contractantium consuetudo, ut venditores jactent emptorum, & requirentium copiam, quamvis inopiam vel omnimodam carentiam paterentur, emptores autem spernant, ac modicam emendi voluntatem ostendant; Atque in hac distinctione veritatem pro meo judicio residere dicebam, limitando solùm casum requisitionis factæ ante contractum per emere seu conducere volentem, quoties id sincerè ex bona fide sequatur, secùs autem si ex facti circumstantiis, etiam præsumptivè & adminiculativè constet fuisse personam ex parte venditoris suppositam pro jam dicto artificio, ita ut videatur potius quæstio facti certam non recipiens regulam, sed ex facti circumstantiis pro judicis prudenti arbitrio decidenda.

Omnem præterea in proposito difficultatem cessare dicebam ex duplicitate personæ, quam Lallius gerere dicebatur; Vnam nempè antiqui conductoris; Alteram provisoris Palatii, in cujus facultate est juxta temporum oportunitatem uti vel nō uti dicto privilegio seu facultate, undè cum vel ex dispositione juris communis *in l. congruit C. de locat. præd. li. 11.* juxta aliquorum licèt minus receptam opinionem, vel ex decreto camerali, per quod in Urbe antiquis conductoribus & inquilinis prælatio cōpetit, vulgi opinio esse soleat, quod hujusmodi prælatio in quacumque conductione competat; Hinc actus prædictus requisitionis per locatorem factus remanebat æquivocus, utpotè referibilis ad excludendam eam prælationem, quæ requisito tanquam antiquo conductori competere poterat, ideòque referenda non erat ad alterum titulum sibi competentem ratione officii prædicti, quod utpotè ad nutum amovibile de tempore novæ conductionis poterat penès alterum esse, itaùt non ageretur de jure certo & radicato in persona renunciantis.

Cùmque renunciationes sint in jure odiosæ ac strictissimè intelligendæ, nec de facili ad plures ca-
4 sus, seu plura præjudicia trahendæ, juris recepta propositio est sufficere, quod unam operationem habeant, itaùt pactum non dicatur otiosum & vanum, quæ operatio in præsenti ut suprà resultabat.

Et clariùs, quia prædicta declaratio per Lallium facta erat cum amico & mediatore, absente ipso locatore, cui propterea ex hujusmodi actu nullum irrevocabile jus quæsitum dici potest; Tum ex certo juris principio, alterum alteri, cessante publico officio, stipulari non posse, quinimò & legitimas stipulationes re integra & ante acceptatio-
5 nem esse revocabiles *ad text. in l. stipulatio ista § alteri, &*

71, & l. si stipulatus fuero §. Grisogonus ff. de verb. oblig. §. si quis alij, & §. alteri Instit. de inutil. stipulat. cum concord. per Mantic. de tacit. lib. 14. tit. 15. cum seqq. Tum etiam ex deficiente animo, quia multa cum amicis & mediatoribus dicuntur ad inducendam alteram partem ad intentum, quæ non dicerentur cum parte principali interessata, & ubi suspicio esse posset exindè præjudicium generari. Et juxta præmissa credo resolutum, sive cum temperamento actori satis proficuo concordatam esse.

ROMANA

RETROVENDITIONIS

PRO

FRANCISCA MORANDA

CVM

VICTORIA PARABIACCA.

Casus variè per Rotam decisus.

De retractu conventionali ex pacto de retrovendendo, an & quanto tempore præscribatur; Et quatenus intret præscriptio tricennalis, an adversus illam competat restitutio in integrum hæredi ex capite ignorantiæ, vel ex alia causa.

SVMMARIVM.

1. Facti series.
2. *Ius redimendi ex pacto an præscribatur per 30. annos.*
3. *De ratione præscriptionis.*
4. *Quando præscriptio non intret.*
5. *An præscriptio prædicta currat contra hæredem & num. 7.*
6. *De restitutione in integrum competente hæredi adversus dictam præscriptionem.*
7. *Declaratur conclusio, de qua num. 5.*
8. *Hæres ex persona propria impugnare non potest factum sui auctoris.*
9. *Venditor volens retrahere rem in vim pacti de retrovendendo tenetur offerre augmentum intrinsecum medii temporis, & de ratione.*
10. *Idem in retractu legali, vel in jure offerendi.*

DISC. LXXXVII.

1 VEndidit anno 1603. Jo. Jacobus Morandus domum Alexandro Parabiacchæ cum pacto de retrovendendo semper & quandocumque ad sui, ejusque hæredum favorem, ipsoque de anno 1624. defuncto, superstitibus Francisca & aliis filiis, per quorum mortem tota hæreditas tractu temporis consolidata fuit in Francisca prædicta, hæc de anno 1655. habita notitia dicti juris redimendi, illud intentavit contra Victoriam Alexandri filiam, & hæredem, & obtinuit. Introductaque per appellationem causa *in Rota coram Priolo*, opponebat rea conventa de dicti pacti præscriptione per
2 lapsum triginta annorum, per quem hujusmodi pacta præscribuntur quamvis indefinita & perpetua, *Franch. dec. 48, num. 1. Rota in Florentina bonorum 15. Februarij 1593. coram Blanchetto, Romana fideicommissi de Mutis 18 Maij 1649. coram Meltio post Censal. ad Peregrin. decis: 13, num: 2, & 311, par: 10, rec.* ubi cæteri allegantur, & verè Rota sequitur hanc opinionem, ut admittitur in eisdem hujus causæ decisionibus, & aliis, de quibus infrà, licèt accedente verbo *quandocumque* vel juramento, illud esse perpetuum, & non præscribi, verius dicant alios allegantes *Cevall. com. contra com. q. 207, Facchin: lib: 6, controv: cap: 13, Fontanell: decis: 75, cum seqq: Prat: obser: 36.*

Quidquid autem sit de unius vel alterius opinionis veritate, de qua non fuit disputatum, cum 3
Rota resideat in prima, ut deductis hinc indè auctoritatibus firmatur in prima hujus causæ decisione, 18. *Iunij 1657. coram Priolo*, in qua corrigitur id, quod habetur *in Melevitana retrovenditionis 9. Decembris 1654. coram Celso inter suas decis. 194.* circa perpetuitatem resultantem ex juramento & speciali hypotheca, quia præscriptio non provenit ex acquisitione novi juris, neque ex impugnatione proprii facti, ita ut obstet juramentum, vel ea mala fides, quæ impedit in debitore præscribente debitum proprium, sive in volente scienter rem alienam ita acquirere juxta terminos textus *in cap. fin. de præscript.* Sed resultat ex bona fide oriente ex credulitate, quam emptor habere potuit, venditorem tanto tempore negligentem non curasse redemptionem, sed illam remittere voluisse; Ad instar illius præscriptionis, quæ non obstante scientia ex dicta ratione conceditur hæredi adversus legatarios sive venientibus ab intestato adversus hæredem in testamento scriptum cum similibus.

Atque tunc dictam propositionem perpetuitatis omninò veram crederem, quando ratione dicti 4
pacti res vendita fuisset longè viliori pretio, itaùt si contractus rigorosè resolvendus non esset in fœnus ad effectum restitutionis fructuum tanquam ex pignore, attamen intrare videatur æquitas, ex qua judicis arbitrium rectè cadere potest pro hujusmodi juris exercitio admittendo etiam post silentium tricennale, sive pro admittenda quacumque levi excusationis causa pro concessione restitutionis in integrum, ut benè *in dicta Melevitana coram Celso*, quam in hac parte censeo veram.

Ex duobus tamen fundamentis, dicta etiam opinione retenta, dicebat actrix locum esse pacto non obstante præscriptione; Primò, quia pactum conceptum erat nè dùm ad favorem venditoris, sed etiam ejus hæredum, undè licèt contra venditorem ex tricennali silentio inducta esset præscriptio, illa tamen cessabat respectu hæredis, cum quo nova præscriptio inchoanda est, tanquam ex novo jure in sua persona incipiente, non præscribendo nisi 5
post aditam hæreditatem, ex quo tempore suum jus aperitur priùs non exercibile, ideoque non currit præscriptio contra non valentem agere *ad textum in l. fin. Cod. de annali præscript. Duran. decis. 410. & 426. num: 6. cum seqq: par: 5. rec.* atque istam cautelam tradit *Piccar: cautel: 93. in fine*, quo tempore attento non aderat tempus tricennale.

Secundò, quia licèt præscriptio cœpta cum defuncto continuet in ejus hærede expressè ex novo jure non veniente, sed solùm continuativè ex jure defuncti, idque verum, quamvis esset minor; Nihilominus vel ex capite minoris ætatis, vel ex capite justæ ignorantiæ, sive ex alia probabili causa contenta in generali clausula; *Si qua mihi, &c.* sibi competit restitutio in integrum, ut omissis generalibus, de quibus *Otthobon. dec. 156.* in specie *Giurb.*

decis.

decis. 78. *Duran. decisione* 426. *Rot. dicta decis.* 558. *par.* 5. *recent. idem Otthobon. dicta decis.* 156 *num.* 12, *Thesaur. dec.* 103, *num.* 4. *& seqq. dicta Melevitana retrovenditionis* 9. *Novembris* 1654. *coram Celso dec.* 194. *& in eadem* 26, *Iunij præcedentis coram Verospio*; Undè cum dicta Francisca de tempore delatæ hæreditatis esset pupilla vel minor, quales etiam erant cæteri hæredes, atque in facto probaretur satis justa & verisimilis ignorantia hujusmodi juris competentiæ usque ad annum 1655. hinc denegari non debebat dicta restitutio in integrum.

Primum fundamentum, ad actricis defensionem assumptus, quamvis causæ Patronus & alter
7 Advocatus in eo satis insisterent, statim dixi nullius roboris; Tunc etenim qualitas hæreditaria non obstat successori ad istum effectum, quando jus sibi obvenit ex persona propria independenter à defuncto; Vel quia sibi expressè stipulatum sit; Vel quia jus redimendi pertineat ad fideicommissum, & præscriptio prætendatur inducta ex tricennali negligentia hæredis gravati vel prædecessoris fideicommissarii, cum similibus; Tunc enim quamvis in successore principaliter ex persona & jure proprio veniente concurrat etiam accidentaliter, qualiter hæreditaria prædecessoris, non tamen sibi obstat lapsus temporis, quia licèt hæres juxta magis communem & receptam sententiam teneatur habere ratum factum sui auctoris etiam in juribus ex persona propria competentibus, quatenus
8 vires hæreditariæ suppetant, ut reprobata sententia *Grammatici dec.* 93. verùs firmant *Franch. dec.* 83. *&* 1538. *Buratt. add decis.* 154. *& cæteri cumulati per Rot. in Avenionen. Salviani* 112, *&* 227. *par.* 11. *rec. Romana restitui dotis* 11. *Decembris* 1658. *& Iunij* 1660 *coram Cerro, & in alijs frequenter*, quia videtur hodie conclusio plana; Nihilominùs id rectè procedit, quoties agitur de facto positivo defuncti, de quo præstanda sit evictio, seu quod fidei violationem contineret juxta terminos *text. in l. cum à matre C. de rei vendic.*, *& l. vindicantem ff. de evict. cum ibi not.* & sic ex regula, *ut quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellat exceptio*; Id verò adaptabile non erat istis terminis in quibus agebatur solùm de defuncti negligentia, de qua nulla præstanda est evictio, neque ex ea fidei violatio, vel aliqua indemnitatis actio resultabat, & consequenter rectè successor quamvis prædecessori hæres jus suũ exercere potest.

Secùs autem ubi hæres venit dependenter, & consequutivè à juribus & persona defuncti, quia tunc unam eamdemque personam repræsentare & constituere dicitur, proindèque præscriptio cum defuncto cœpta in ipsum continuat, non obstante expressa stipulatione pro hæredibus, quia hæc solùm continet expressionem ejus quod tacitè inest, atque hæredes contemplati non sunt ex persona propria, sed genericè tanquam continuantes illam defuncti *Mantic. de tacit. lib* 4. *tit.* 32. *sub num.* 13. *Hodiern. ad Surd. dec.* 2. *ex gloss. in l.* 2. verbo *sui hæredes C. de pact. inter empt. & vend.* Ideòque eram in voto principaliter insistendum esse in altero fundamento restitutionis in integrum utpotè juridico, rationabili & per Rotam aliàs canonizato *apud Duran.* & in aliis allegatis, præsertim de recenti *in dicta Melevitana coram Celso & Verospio*, atque juxta votum disputata causa prodiit resolutio sub prædicta *die* 18. *Iunij* 1657. *coram* Priolo, ut constat ex decisione desuper edita.

Et licèt ab hujusmodi resolutione fuerit recessum *sub die* 7 *Iunij* 1658. coram eodem, atque hæc ultima resolutio sæpius confirmata fuerit; Attamen non recessit *Rota* à dicta juris propositione super competentia restitutionis in integrum, quam potius semper approbavit, sed causæ recessus provenit ex præsupposita deficiente qualitate hæreditaria in actrice, quod motivum licèt verè non subsisteret, nam clarè docebatur de contrario, fuit tamen semper adm ssum forsan pro colore, quia in effectu tractu temporis detectum fuit, litem sub nomine actricis suscitatam esse ad commodum & utilitatem ejusdem causæ patroni, itaùt malè oleret & calumniæ speciem ex facti circumstantiis saperet, undè propterea non semper mirari debemus, si quandoque præter spem vel opinionem prodeunt à magnis Tribunalibus resolutiones ex motivis defensoribus omninò ignotis.

Cùmque idem causæ Patronus rem propriam agendo (me tamen ignorante) non acquiesceret, ultrà jam dictum congruentiæ motivum, ex alio eidem insinuabam debere acquiescere, ob cessantem scilicet litis effectum, qualis consistebat in spe lucri exindè assequendi ob ejusdem domus intrinsecum 9
notabile augmentum, undè sperabat soluto pretio in contractum deducto, domum longè majoris valoris obtinere; Hanc etenim spem dicebam esse vanam, itaùt inanis remaneret victoria, quia licèt venditor juxta legem conventionis restituendo acceptum pretium ad rei suæ retractum admittatur *ad textum in l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend. cum concordan plenè deductis in dicta Melevitana coram Celso & Verospio* itaùt concurrente rei venditæ augmento intrinseco, illud de stricta juris censura utpotè dominii sequela & rei inhærens spectare deberet ad redimentem, ad quem per quamdam retrotractionem, ac postliminii speciem antiquum dominium tanquam à somno potius quàm à morte excitatum reverti dicitur, undè propterea resultat ipso jure resoluta manere omnia onera & vincula medio tempore per emptorem contracta, perindè ac si iste nunquam possedisset.

Nihilominus de æquitate receptum est, per venditorem offerendum esse pretium dicti augmenti intrinseci, quod proindè ad emptoris commodum cedere debet, quæ æquitas summam habet rationem deductam ex inæqualitate circa pacti exercitium concurrens inter emptorem & venditorem, quod scilicet venditor potest quandocumque sibi videbitur hujusmodi pactum exercere, emptor autem eum invitum ad id cogere non potest, undè resultaret inæqualitas, quod in casu deteriorationis venditor nunquam pactum exerceret, èconversò illo uteretur in casu augmenti, & sic emptor esset semper in 10
damno absque spe lucri, èconversò autem venditor in solo lucro absque periculo damni, quod jure ferendum non est, prout in specie ita firmant *Thesaur. dec.* 140. *Mastrill. dec.* 201. *Barbat. de assisten. gloss.* 2. *num.* 115 qui alios adducunt, & in similibus terminis juris offerendi secundo creditori competentis adversùs primum, seu etiam retractus vicino competentis adversùs alterum *Morott. de jure offer. num.* 69. *& seqq. Amendol. ad Franch dec.* 64. *num.* 8, *&* 9. *Rouit. decis.* 24. *num.* 18. *Merlin. controv.* 93. *num.* 11. *vol.* 1. & videtur de juris mente seu ratione verissimum ex jam dicta irrefragabili ratione, ut non semel de hoc pro veritate interrogatus de jure respondi, ac etiam in judicio vidi practicari, & habetur præsertim deductum *in Romana seu Ianuen. pro Cattaneu cum Costa sub tit. de emptione, venditione & alibi.*

ROMANA CASTRORVM

PRO

HÆREDIBUS CARDINALIS DE BALNEO

CVM

BARONE IOSEPHO MATTHEIO.

Casus sopitus per concordiam.

De retractu conventionali seù jure prælationis concesso emptori rei venditæ cum pacto de retrovendendo, quatenùs alteri venderetur; An competat, ubi venditor alteri cedit ipsum jus redimendi, quod scilicet in isto primus emptor præferri debeat.

Et quatenùs prælatio intraret in casu simplicis cessionis vel vẽditionis, an intret ubi tale jus cederetur ex causa transactionis.

SVMMARIVM.

1. *Facti series.*
2. *Retractus competens in venditione rei, non competit in cessione juris redimendi ipsam rem. & n 4.*
3. *An retractus competat in alienatione, quæ fit per viam transactionis, & num 8.*
4. *An pactum super prælatione in emptione rei competat in venditione juris redimendi rem.*
5. *Substantia voluntatis potiùs attendenda est, quàm cortex & figura verborum.*
6. *Quod idem sit res ac jus redimendi ipsam rem.*
7. *Declaratur conclusio, de qua numer 2. ut procedat in retractu legali.*
8. *Declaratur conclusio, de qua n. 3.*
9. *Obtinens rem per viam transactionis non dicitur obtinere jure novo, sed antiquo:*

DISC. LXXXVIII.

1 IOANNES Corradus Ursinus Dominus Castrorum Turris Ursinæ, Foleæ, & Collestatti in Sabinis, hæredem cum perpetuo descensivo fideicommisso instituit Vicinum Ursinum filium, ex quo fuit superstes Corradinus, qui moriens in testamento hæredem instituit Horatium filium, cui sine filiis morienti substituit Iosephum de Mattheis.

Horatius tam pro suo, quam dictorum majorum ære alieno dissolvendo, prævia facultate Apostolica cum dictorum fideicommissorum derogatione, castra prædicta vendidit pretio scutor. 26. m. Cardinali de Balneo cum jure redimendi infra quindecim annos, pacto adjecto, quod si dicto termino durante castra prædicta aliis vendi contingeret, deberet dictus emptor pro eodem pretio præferri.

Facto casu dictæ substitutionis per mortem Horatij sine filiis ad favorem dicti Josephi, ab isto institutum fuit judicium immissionis ad bona Corradini contra Martium Ursinum dicti Horatii hæredem, atque in ipso litis initio deventum est ad concordiam, per quam Martius Josepho pro quibuscumque ejus prætensionibus dedit quoddam castrum proprium nuncupatum *Montenerij*, ac jus redimendi dicta tria castra valutatum pro scutis 5. m. declaratione adjecta, quod valutatio prædicta intelligeretur facta quatenus dictum jus esset inefficax, sive quod Cardinalis empto pactum prælationis exercere posset.

In vim hujus cessionis Joseph judicium instituit coram A. C contra dicti Cardinalis defuncti hæredes, inter quos erat Marchio frater tunc apud Regem Galliarum Sedis Apostolicæ Nuntius postmodum etiam Cardinalis pro dictorum castrorum redemptione, sed opposita prælatione cum oblatione dictorum scutorum 5. m pro quibus dictum jus redimendi ab actore quæsitum fuerat, orta est controversia super dictæ prælationis competentia per actorem duplici medio negata.

Primo nempe ex conclusione, quod retractus competens in venditione rei non competit in cessione juris redemendi ipsam rem cum pacto de retrovendendo, itaut rei emptor & possessor non possit de hujusmodi prælatione opponere, ad quod probandum ex parte actoris allegabantur *Decian. cons. 69, lib 4. Pisanell. in consuetud. Neap. incipien. Si quis emit. vers sumpta occasione fol. 333. & decisiones Rotæ 502, & 547, par. 2, recent. & Rom. prælationis 16, Februarij 618. coram Sacrato.* 2

Et Secundo, quod ubi etiam prælatio intraret, quoties ageretur de ejusdem juris venditione, seu alia voluntaria cessione, adhuc tamen cessaret dum cessio prodiit per viam transactionis, in qua ducto argumento à dispositione *textus in l. finali C. de litigiosis*, locum non habet ille retractus legalis vel conventionalis, qui alias in vendtione seu alia æquipollenti voluntaria alienatione competeret, ad quod probandum adducebatur in specie decisio Rotæ *in Mediolanen. emphyteusis seu bonorum 4. Aprilis 1641, & 27. Iunij 1642, coram Peutingero*; Et generaliter, quod jus congrui seu retractus non competat in transactione *Affl. de jur. prothomis. §. tertio notabili 10, num. 24. ubi Romanus in addit. Rendell. eodem tract. vers. ex transactione Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gl. 14 num. 60. cum seq.* 3

Pro reis conventis ego scribens, quatenus pertinet ad primum punctum, an scilicèt jus prælationis ex pacto competens emptori rei cum jure redimendi ubi ipsa res alteri venderetur, competat etiam in venditione seù cessione ipsius juris redimendi, adducebam individualem auctoritatem, quæ in materia videtur unica *Menoch. cons. 623.* ubi examinata ista quæstione in specie, per plura fundamenta, quæ ibi videri possunt ne aliena d. transcribantur, concludit pro emptore, atque hanc sententiam cum sensu etiam veritatis dicebam videri omninò juridicam, quia cum hoc prælationis pactum restrictum sit ad tempus durantis juris redimendi, quo pendente ipsa castra erant penès emptorem & de ejus pleno dominio, ex recepta conclusione quod emptor cum pacto de retrovendendo interim dicitur verè & perfectè dominus, quamvis ejus dominium esset resolutioni subjectum. *Affl. de jur. prothom. §. 3. n. 2. cum seqq. Tiraquell. de retr. convent. §. 2. gl. unic. in princip. Gratian. discept. 526. num. 54. Buratt. dec. 677. num. 1.* sequitur exindè quod venditor hoc medio tempore non potest vendere ipsa castra tanquam aliena, sed venditio & successivè pactum non est verificabile nisi in cessione dicti juris redimendi, per quod bona vendita in extraneas manus contra legem conventionis ità transeant. 4

Ideòque ne pactum remaneat eluforium de hac alienatione intelligendum venit, cum istam constare videatur esse substantiam voluntatis partium, in qua super pactorum & conventionum intelligentia insistendum est, non autem super cortice & figura verbo- 5

verborum *Mantic. de tacit. lib. 2. tit. 7. num. 1. cum seqq. & 18. & de conjectur. lib. 3. tit. 3. num. 9. Merlin. dec. 692. num. 46. cum seqq. Rota in Romana fidejussionis 24. Maij 1660. coram Verospio, & in aliis.* Non sunt enim impositæ leges verbis sed rebus, ut benè dicit textus *l. finali Cod. de usuris*, ideòque fatua semper reputanda est judaica insistentia super rigore litteræ & formalitate verborum, quoties ex facti circumstantiis diversam esse constat substantiam disponentium vel contrahentium voluntatis.

Quodque idem sit dispositio de jure redimendi rem, ac dispositio de ipsa re, itaùt hæc sit differentia
6 merè verbalis, ultrà dictam auctoritatem *Menoch. dicto consil. 623.* adducebam eumdem *Menoch. consil. 1147. num. 26. Paris. consil. 83. lib. 3.* ubi etiam latè probat, ut idem sit de jure redimendi, ac de ipsa re *Marcian disputat. 98. num. 27. & per totum Giurb. decis. 84. num. 14.* ubi in specie, quod idem est legare jus luendi, ac legare ipsam rem *Amat. var. resolut. 19. num. 11.* ubi quod cessio juris luendi importat cessionem ipsius rei, & confert regula generalis, ut quod de uno disponitur, procedat etiam in altero, per quod ad idem pervenitur *Cephal. consil. 460. num. 26. Casanatt. cons. 10. num. 193.*

Et ad auctoritates in contrarium deductas respondebam, illas, præsertim verò Rotæ decisiones loqui in retractu legali competente ex lege genera-
7 li, ideòque rectè verificabili in vera, & propria alienatione ipsius rei, quia tanquam jus odiosum, & exorbitans extendendum non est de casu ad casum, & ultrà quam loquitur, dum suam operationem facere potest, itaùt non remaneat inane; *Decianus* autem, licèt consulentium more plura non subsistentia adornatum cumulet, in sua facti specie loquitur de alienatione facta judicis auctoritate, & sub hasta, in qua retractus legalis ex fortè veriori sententia non competit, secùs autem ubi agitur de conventionali non aliàs verificabili, & cui ex facti circumstantiis clara substantia voluntatis partium assistit.

Judex quoad istud primum fundamentum in hanc partem inclinabat, eumdemque sensum circa hoc motivum habuit concorditer Signatura; Tum ex dictis individualibus auctoritatibus; Tum etiam ex viva ratione id suadente; Difficultatem tamen idem judex habuit in altero motivo, quod hæc cessio non esset per viam venditionis, seu voluntariæ alienationis, sed per viam transactionis juxta auctoritates superiùs allegatas, atque ex hoc fundamento pro juris redimendi competentia favore actoris decrevit, sed adita Signatura hæc ex infrà dicendis difficultatem habuit contra decretum, undè commisit causam appellationis in Rota ad utrumque, quæ commissio occasionem dedit satis honestæ concordiæ, cum qua præsens controversia finem habuit, quia pars castrorum, nempè Turris Ursinæ & Collestat. dimissa fuit actori, alia pars fortè melior remansit dictis Hæredibus, istis postmodùm, satis eorum conditione meliorata, eam liberè alteri vendentibus.

Quatenus igitur ad hoc motivum pertinet, veram admittebam conclusionem, quod retractus sive legalis sive conventionalis competens in casu
8 venditionis, vel æquipollentis voluntariæ alienationis locum non habeat in transactione, utpotè continente speciem alienationis necessariæ; Verùm juxtà clarum sensum eorumdem *Tiraq., Affl.* & aliorum super hujusmodi conclusione superius allegatorum, & melius *gloss. in d. l. finali. C. de litigiosis verb. transactionis*, id procedere dicebam ubi lis esset super ipsa re quam ille, qui litem movet aliquo dato, vel dimisso per transactionem obtineret, quia tunc dicitur potiùs dimissio necessaria resultans ex jure competente ei, qui litem movit; Obtinens enim aliquid jure transactionis non dicitur obtinere jure novo, & per viam novæ acquisitionis dominii, sed jure primævo & antiquo, itaùt transactio 9
nil aliud in proposito operetur nisi remotionem obstaculi, seu dubietatis ex litis eventu resultantis *ad textum in l. pro fundo C. de transact: ubi Bart: num: 3. Castr. n. 7. Suarez alleg: 19. n. 19. Menoch. cons. 381. num 2. Molin: de primogen. lib: 4. cap 9. num: 22 in fin. ubi Add: Rot: decis. 305. num: 6. par: 5. rec. Romana Casalis 18. Iunij 1660. Cerro.*

Secùs autem ubi super re data nulla vertebatur lis, neque obtinens aliquod jus seu prætensionem in ea habebat, qualis erat casus, quia castra non erant in hæreditate Corradini, qui ultimum fideicommissum ordinaverat, sed spectabant ad Horatium jure proprio in vim antiqui fideicommissi ut suprà per Joannem Corradum ordinati, undè dicti Horatii hæres dando castrum proprium, & dictum jus, quod pariter erat proprium, ita pretio mediante emerunt à substituto prætensiones in bonis testatoris competentes, atque pro dicto pretio tot bona propria dederunt in solutum, ideòque plures contractus ita occultabantur, & sic in ordine ad dictum jus, illud ab actore obtineri non dicebatur jure dimissionis per transactionem, sed jure emptionis & venditionis, seu dationis in solutum pro credito ex alia causa in vim concordiæ constituto.

Istam tamen responsionem reputabam de jure veram & solidam ob dictam circumstantiam valutationis pretii scutorum 5. m., quæ Joseph obtinere voluit, quatenùs dictum jus redimendi effectum sortiri non posset, quasi quod suum jus percuteret solùm interesse bursale in dicta summa per possessorem solvenda; Secùs autem si simpliciter in vim transactionis dictum jus redimendi tanquam nuda species cessum esset, tunc enim non levem habuissem difficultatem, quia licèt illud actor non obtineret jure dimissionis & antiqui dominii, cùm ad hujusmodi castra nullum jus haberet, sed loco aliorum bonorum fideicommissariorum, quæ dimittebat; Nihilominus tali casu esset species permutationis, in qua retractus non intrat ex clara ratione affectionis per transigentem habitæ, quia fortè voluntas obtinendi ista castra illum induxit ad transactionem aliàs non faciendam, & quia retrahens dare non potest illam eamdem speciem, cujus intuitu contractum est, & quæ est vera ratio, quare in permutatione locum non habet retractus, *ut in Viterbien. disc. 73. & aliis hoc eodem titulo*; ideòque observabam in hac facti circumstantia residere punctum causæ, an scilicet principaliter impulsiva causa transactionis fuerit motivum affectionis, ita mediante hoc jure redimendi habendi castra, vel solùm interesse bursale pro dicta quantitate.