



**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**

Disc. XLIV. Tusculana Salviani. De commoditate emphyteuticæ hypothecabili ad favorem creditorem emphyteutæ non obstante expressa prohibitionem alienandi, vel obligandi ipsam rem sine assensu, Et an ...

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74102](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74102)

## TUSCULANA

SALVIANI

PRO

ANTONIO DE ALEXANDRIS

CUM

MARCO ANTONIO FUCILE.

*Casus decisus per Rotam contra Alexandrum.*

De commoditate rei emphyteuticæ hypothecabili ad favorem creditorum emphyteutæ non obstante expressâ prohibitione alienandi, vel obligandi ipsam rem sine assensu, Et an hujus commoditatis hypotheca sit exercibilis contra tertium possessorem, in quem titulo singulari legitimo & dominii translativo ipsa res emphyteutica transferit cum Domini assensu.

## S V M M A R I V M.

- 1 **F** Acti series.
- 2 Hypotheca cadit super melioramentis rei emphyteuticæ.
- 3 Item super commoditate, quamvis ipsa res esset prohibita.
- 4 Quod declaratur.
- 5 Idem declaratur conclusio, de qua, num. 2.
- 6 De ratione, ob quam commoditas est hypothecabilis.
- 7 Fructus est sequela rei principalis, & non potest esse diverse nature.
- 8 De ratione ob quam habens assensum præfertur.
- 9 De veritate distinctionis in hoc proposito inter emphyteusim hereditariam & ex pacto.
- 10 Quando etiam successoris.

## DISCURSUS XLIV.

**I**OANNES Baptista Leonardus possidens domum constructam in solo habito in emphyteusim cum expressâ prohibitione alienandi, vel obligandi, super ea census imposuit ad favorem N. Fucilis absque domini directi assensu, cum quo deinde eandem domum vendidit Antonio, contra quem creditor prædictus pro consecutione fructuum decursum census iudicium in interdico Salviano instituit, & ab A.C. in prima instantia obtinuit, dictaque determinatio in gradu appellationis confirmata fuit per Rotam sub die 4. Maii 1654. coram Zarata, cujus resolutionis duo fuerunt fundamenta; Unum & quidem potissimum, quod ubi etiam ipsius rei solum stante dicta prohibitione non fuisset hypothecabile, cadebant tamen sub hypotheca melioramenta in eo existen-

tia, & in quibus utpotè in ædificio ex integro constructo major dictæ domus valor consistebat, ex copiose deductis dec. 349. num. 4. & 5. par. 2. recent. Merlin. dec. 546. num. 20. cum sequen. cum aliis in dicta decisione.

Alterum verò, quod ubi etiam ipsa res non fuisset hypothecabilis, rectè tamen sub hypotheca cadebat ipsius rei commoditas, juxta theor. Barr. in l. is qui §. usus fructus ff. de pignor. & l. Codicillis §. institutio num. 4. ff. de leg. 2. Specul. 2. par. vii. de primo decr. §. 3. incip. Restat. num. 8. circa med. vers. item in vasallo, cum quibus transeunt ceteri communiter congesti per Rosenthal. de feud. cap. v. conclus. 9. num. 1. & conclus. 19. numer. 5. Barbosa in l. usu fructu ff. solut. matrim. Giurb. ad consuet. Messan. cap. 1. gl. 2. par. 1. num. 110. Amichangel. quest. feudali. 18. num. 10. & sequen. & Rotam Romanam Salviani 17. Aprilis 1643. & latius 9. Novembris 1644. coram Cerro, quarum prima est dec. 238. post Zaich. de oblig. 57. post Merlin. de pignor. & 167. par. 9. recent.

Et quamvis in ordine ad hoc secundum fundamentum, scribens pro possessore dicerem illud rectè procedere, donec res est penes hypothecantem, vel ejus hæredem universalem, qui personam debitoris in universum repræsentat, ac personali obligatione & actione afficitur, non autem ubi res titulo singulari legitime translata est in tertium possessorem, cum quo exercibilis non est actio personalis, sed solum illud remedium, vel ea actio competit, quæ sit realis, vel saltem rei persecutoria, utpotè resultans ex obligatione ipsam rem afficiente, ut ultra regulas generales, in his terminis specialibus firmant Specul. in titulo de 1. decr. §. 3. incipien. Restat. nu. 8. circa med. ubi Joannes Andr. in addit. lit. B. & in alia addit. in rubric. de pignor. in fin. num. 30. lit. G. Afflicti. in Constit. Regni si quis post litem nu. 18. Cenc. de cens. q. 19. num. 27. in fin. Salgad. in labyrinth. par. 3. cap. 15. nu. 25. Attamen visum fuit procedere cum distinctione, aliis per eandem Rotam in his terminis tradita in dicta Romana Salviani coram Cerro, ut scilicet id procedat in emphyteusi ex pacto & providentia, secus autem in mercè hæreditaria se fundando in auctoritate Surd. dec. 102. numer. 14.

Quatenus igitur pertinet ad primum fundamentum, illud esset solidum, quando subsisteret præsuppositum quod prohibitio esset simpliciter adjecta rei non autem melioramentis; Sed ubi etiam istis esset adjectum, videbatur motivum absolute corrui, utpotè fundatum in dicto præsupposito, quod sub prohibitione obligandi rem non veniant melioramenta, sed illa restringatur ad ipsum solum concessum, ut constat ex allegatis auctoritatibus, & aliis per Fulgin. de emphyteusi in de melioramentis quest. 8. Merlin. de pignor. lib. 2. qu. 8. num. 20. & sequen. & qu. 11. num. 46. Salgad. in Labyrinth. lib. 3. cap. 3. num. 3. cum sequen.

Et licet in stricta juris censura etiam tali casu neque illud subsistat, quories agitur de melioramentis ab ipsa rei substantia inseparabilibus, quæ tanquam accessoria, de jure sequuntur naturam principalis, & ex regula, quod una & eadem res non potest diverso jure censerit, præsertim quia prohibitio esset de vento, ac terè semper elusoria, remaneret in concessionibus nudi soli ad ædificandum, unde propterea apud feudistas contrarium est omnino receptum, præsertim in utrisque Sicilia Regnis, in quibus ex Constitutione Constitutionem de a. memoria latius patet prohibitio etiam hypothecandi, quam

quam de jure communi fundatorum in l. imperialem de prohib. feud. alien. per. Feder. quod scilicet sub hujusmodi prohibitione, & incapacitate cadant etiam accessiones & melioramenta inseparabilia, utpotè substantiata cum ipso feudo, & ejusdem nature effecta, juxta distinctionem inter separabilia & inseparabilia, de qua post alios ab eis allegatos Rovit. cons. 101. lib. 2. Bilot. conclus. feud. 63. de Marin. resol. 21. lib. 2. & est sapius deductum sub tit. de feudis.

Nihilominus excusabilis videbatur resolutio. Tum quia Rota & Curia lemper sequuta est hanc opinionem, sub cuius clypeo, & bona fide, innumeri gestu fuerant contractus, unde esset inducere maximam revolutionem. Tum etiam ratione commercii, quod alias ob frequentiam, præsertim domorum hujusmodi qualitatis in hac regione, videretur quodammodo prohibitum; Et ex qua ratione multa in proposito permittenda sunt de juris censura non militantis, ex iis, quæ habentur in Fasen. hoc titulo disc. 8. & in aliis, quæ considerationes non intrabant in Romana concursus creditorum disc. 58. cum ibi prohibitio esset expressa etiam respectu melioramentorum.

Omnino tamen insubstans videbatur alterum resolutionis fundamentum, circa durationem hypothecæ commoditatis, etiam postquam res transiit in tertium possessorem titulo singulari translato dominio; Hoc enim, etiam cum sensu veritatis, dicebam videri præsuppositum devians à principis juris non solum ob dictas auctoritates id firmantes, inter quas magni faciendam observabam illam Assults, utpotè loquentis in terminis fundorum illius Regni, quæ sunt hereditaria, Sed clarius ex viva & convincentissima ratione; Siquidem id in hujusmodi bonis prohibitis, & de sui natura sine Principis assensu vel alia solemnitate in commercio non existentibus admittitur alienatio, seu hypothecæ commoditatis, quia ista non consideratur tanquam jus efficiens ipsam rem, ejusque substantiam, sed consideratur tanquam nudum factum ab ipsa re separatum, quia fingitur rei fructus, eo ipso quod à solo separantur, utpotè bona allodialia & indifferentia, illico cadere sub affectione ad beneficium creditoris, seu cessionarii, qui tanquam sui debitoris vel auctoris procurator in rem propriam, ejus vice illos capiat, tanquam quid dicitur ab ipsa re, ut constat ex eisdem auctoritatibus initio super principali conclusione allegatis, & bene Apont. cons. 34. numer. 8. cum sequen. vol. primo, & ex qua ratione substinetur praxis cedendi mediante pecunia commoditatem pensionum Ecclesiasticarum absque Beneplacito Apostolico, quod alias absque simonia practicari non posset, & de qua praxi sapius habetur sub titulo de pensionibus præsertim in Albanen. Adelpheben.

Quibus ita stantibus, impossibile videtur, hujusmodi commoditatem experibilem esse in fructibus nascentibus post ipsum rei translationem in aliam, quia fructus non potest esse diversæ nature, neque nasci in dominio alterius, quam ejus, qui sit dominus ipsius rei principalis, & suæ causæ productivæ juxta textum claros in l. 1. §. 1. & l. Paulus in princip. ff. de pignor. quæ jura bene in proposito allegantur per Joannem Andr. & Specul. loc. cit. de primo decreto, quod etiam probatur in l. prior §. de futura ff. qui potior. in pign. habeantur, ubi glof. communiter approbata per Barr. & alios ibidem, de qui-

bus Merlin. de pignor. lib. 2. quest. 51. num. 48. cum sequen. & alter Merlin. lib. 1. controu. 24. num. 5. Et hic proprie est sensus Barr. in l. si finita §. si de veltigal. ff. de damn. infect. ubi Jaf. Castr. & ceteri, de quibus Apont. dicto cons. 34. num. 8. cum sequen. & Amichangel. de feud. dict. qu. 18. num. 50. cum sequen. ex quorum sensu, & ex mente, Andr. in locis per Amichangel. ubi supra allegatis & Ass. in dicta Constitutione si quis post livem, prodierat praxis concedendi tenutam seu immisionem ex primo decreto ad feudum creditoribus sine assensu, quod tamen ex Regia prohibitione, quamvis non scripta hodie non practicatur, ut apud Fran. h. dec. 704. & sic impossibile dicebam dare hujusmodi hypothecæ efficaciam & exercitium contra tertium, in quem legitimo titulo singulari translato domini res transit.

Aliam quoque in proposito ponderabam irrefragabilem rationem, cui decisio nullatenus responderet, quod scilicet, ubi emptor legitime, & cum assensu domini rem acquirit, potius ab ipso domino per organum venditoris, directè ac immediate acquirere dicitur, cum assensus vim habeat novæ investituræ, ex actu oculo extinctionis primæ, ut sæpius in proposito officiorum vel locorum Montium habetur deductum sub tit. de Regalibus, ac etiam, hoc eodem titulo in dicta Romana concursus disc. 58.

Ac etiam quia emptor efficitur legitimus creditor emphyteutæ venditoris pro evictione, unde propterea resultabat favore possessoris altera recepta conclusio de qua in dicta Romana concursus creditorum, quod in hujusmodi prohibitis, creditores cum assensu, quamvis posteriores, vincunt creditores assensum non habentes quamvis anteriores, ex ibi deductis.

Et circa distinctionem inter emphyteuticam pactionatam, vel hereditariam, procedi dicebam cum aliquo æquivoco, illa enim rectè procedit in ea bonorum specie, quæ non sunt expressè prohibita hypothecari, nec alicujus oneris incapacia etiam durante jure ipsius emphyteutæ hypothecantis, sed sunt in ejus dispositione & hypothecabilia resolutiviter, quia nempe resolutio dicto jure resolvuntur & evanescunt, juxta terminos textus in l. veltigali §. publicanus ff. de pignor. de quibus in terminis census impositi super re emphyteuticâ larè agunt Cent. decens. & Fulgim. de emphyteusi. Tunc enim attenditur, an emphyteusis esset ex pacto & providentia vel hereditaria, quia primo casu, durante etiam investiturâ, per mortem obligantis hypothecæ resolvuntur, & successor ab eis tutus remanet utpotè veniens jure suo independentè à prædecessore, secus autem in hereditaria, in qua successor agnoscit in authorem ipsam hypothecantem, & quia res est capax hypothecæ, illa adhuc perseverat.

Quod adeo verum, ut posita capacitate, si emphyteuta jure suo durante rem cedat ipsimet domino directo, seu præventive refuset agnato proxime successuro, quamvis pacti & providentiæ, ita ut rei transitus ad dominum vel agnatum sequatur per actum voluntarium, & alias quàm per devolutionem, seu necessariam resolutionem, tunc hypothecæ & onera adhuc perseverant, quia durare dicitur, jus hypothecantis, quem interim donec sequatur resolutio, dominus vel agnatus agnoscere dicitur in authorem, & in his terminis loquitur Sard. cum quo hujus causæ decisio procedit dicta

des. 102. & habetur latius deductum in *Auximana doium sub tit. de dote seu fideicommissis*, ubi firmatur successorem primogenituræ seu feudii vel similis rei, quamvis jure proprio, cui prædecessor præventivam restitutionem seu refutationem se erat ex f. u. sibus perceptis durante vita seu jure refutantis, teneri dotare istius filias; & ad alia onera tanquam possessor interim jure alieno non suo; Et sic punctus non est in natura, seu qualitate concessionis, sed est in incapacitate ipsius rei, quæ ex lege acquisitionis est incapax recipiendi hypothecam, vel aliud onus reale sine præscripta solemnitate, ut habetur in *dicitæ Romana concursus creditorum, disc. 85* ac etiam in materia officiorum, quamvis essent talia, quod ipsa vel eorum pretium essent hereditaria, sub tit. de Regal. ad materiam officiorum & locorum Montium; Et habemus tanquam absolutum in feudis, præsertim in Regno Neapolitano, ubi habent admixtam qualitatem ultimi morientis, & tamen id nullius est operationis, quoniam ut dictum est, punctus consistit in ipsius rei incapacitate, ut non sit apta recipere hypothecam vel aliud jus sine assensu.

R O M A N A  
P R Æ T E N S Æ  
D E V O L U T I O N I S D O M U S  
P R O  
H O R A T I O M A Z Z U C C H E L L O  
C U M  
R E C T O R E  
E C C L E S I Æ P A R O C H I A L I S  
S A N C T I N .

*Casus disputatus coram A.C. Sopiatis  
per concordiam.*

Impositio census, an sit, species prohibita alienationis, ita ut per eam inducatur caducitas? Et quid de alienatione ex causa dotis, An eundem caducitatis effectum operetur.

S Y M M A R I U M.

- 1 **C**asus controversia.
- 2 Sub prohibitione alienationis emphyteuticæ an veniat impositio census.
- 3 An census veniat sub prohibita alienatione bonorum Ecclesiæ.
- 4 Ubi etiam veniret, quomodo evitatur caducitas.
- 5 De differentia inter emphyteusim Ecclesiasticam & privatam ad evitandam caducitatem.
- 6 Ignorantia excusat à caducitate.
- 7 Bona emphyteuticæ an possint dari in dotem.
- 8 Status Urbis disponens bona emphyteuticæ a posse dari in dotem, an capiat bona Ecclesiastica.

D I S C U R S U S X L V .



Sque ab anno 1730. concessa fuit domus controversa in perpetuum pro hæredibus quibuscumque sub prohibitione tamen alienationis irrequisito Ecclesiæ dominæ directæ Rectore, sub pœna ca-

ducitatis in casu contraventionis, undè cum dictæ domus posseditrix plures census super eadem domo abfque dicti Rectoris licentia imposuisset, necnon pro maritanda nepte ex filia, omnia ejus bona in dotem constituisset, præsertim verò istam domum ad speciem reducendo, Hinc præterire cœpit Rector, ob hujusmodi alienationes, vel de jure, vel ratione pacti, factum esse locum devolutioni, cujus judicio intentato contra Mazzucchellum ejusdem domus ex judiciali subhastatione possessorem non controvertentem solvere laudemium pro ejus nova acquisitione, atque Ecclesiam in dominam recognoscere.

Pro isto scribens, improbabilem maleque fundatam, etiam cum sensu veritatis, dicebam auctoritatem præsentem; Quatenus enim pertinet ad alienationis speciem deductam ex impositione census, attenda sola juris dispositione, secluso pacto, certum est, quod si contractus esset emphyteuticus, sive locatiofisi, sub prohibitione alienationis resultante à dispositione juris, non venit impositio census, ut potè non importans translationem domini vel juris realis, sed simplicem hypothecam, ut tanquam absolutum firmatur apud Seraph. des. 794. nu. 18. & 819 ac verius de jure probant in his terminis Clarus §. emphyteuticæ quest. 21. Tiraguell. de retrac. signag. §. 1. glof. 7. nu. 43. Mantis. de sacr. lib. 11. tit. 4. nu. 24. Fulgin. de emphyt. tit. de alien. quest. 1. nu. 108. & sequen. apud quos ceteri habentur.

Licet enim in materia prohibita alienationis bonorum Ecclesiæ juxta terminos *extravag. ambitiosa*, ex recepta Doctorum interpretatione, impositio etiam census veniat utpotè inductiva cujusdam specialis hypothecæ inducentis quamdam speciem servitutis, seu oneris; Nihilominus cum D.D. id firmaverint in dictis terminis, utpotè magis rigorosis ob Ecclesiæ favorem, ac majorem juris resistantiam, E conversò autem, receptum non sit in his terminis emphyteuticis, quamvis ageretur de emphyteusi Ecclesiastica, cum utile domitium utpotè in privata manu existens non dicatur Ecclesiasticum, neque cadat sub terminis dictæ *extravagantis*, ut ex *Mantis. Redon. & aliu Fulgin. loco citato nu. 101.* idcirco admittenda non est onerum & prohibitionum odiosa extensio.

Quod clarius in præfenti procedere dicebam, dum agebatur, non ad effectum annullationis actus, sed ad effectum pœnalis caducitatis, pro qua inducenda strictius proceditur; Siquidem in eisdem magis rigorosis terminis *extravag. ambitiosa*, per quam nedum inducitur nullitas actus, sed pœnæ alienantibus infliguntur, licet sub nomine alienationis veniat etiam impositio census, attamen id rectè procedit ad effectum nullitatis actus, non autem ad effectum pœnarum, ad quem *extravagans prædicta* intelligenda est de vera & propria alienatione, non autem de hac remota & impropria.

Quia tamen in hac facti specie concurrebat expressa prohibitio hominis, intrabat aliqua difficultas ex auctoritatibus collectis per *Fulgin. dicto tit. de alien. quest. 1. n. 112.* firmantibus cum hac distinctione prohibitionem impositionis census, quoties expressa prohibitio accedit; Verùm observabam in hoc æquivocari, quoniam auctoritates per ipsum deductæ percutiunt casum, in quo prohibitio esset, nedum de alienatione simpliciter, sed etiam de obligatione, sive ubi alienatio latissimo vocabulo sumpta esset, ut constat ex deductis per eundem *Fulgin. loco proxime citato*, quod in proposito dici non poterat, cum prohibitio per verba præcisa concepta esset,