



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Didaci Covarrvvas A Leyva Toletani Episcopi Segobiensis
... Opera Omnia**

**Covarrubias y Leyva, Diego de
Antverpiae, 1610**

15 De sententia inter alios lata, & appellatione ab ea.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-96570](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-96570)

se constant. si reus ipse, vel actor principalis victus in iudicio fuerit, ac sententia executio sit effectui tradenda: nam huic tertio defensori nihilominus saluum manebit ius appellandi ad proprijs iuris defensionem, vel impediendi executionem in hisce casibus, in quibus sibi non nocet res inter alios acta: liquidem non nocent ei acta cum principali reo, vel actore, nisi que vel ipso sciente, vel defendente in iudicio fuerint tractata ex eo quidem tempore, & statu, à quo sciverit causam agi vel defensionem adsumperit, quod in capite sequenti latius disputabitur.

Hactenus de tertio diximus oppositore, qui ad iudicium accedit, reum vel actorem defensurus, & ideo de alijs nunc erit agendum. Nam quandoque quis se offert iudicio, & litis examini petens actorem vel reum ab actione, vel defensione omnino excludi ex eo, quod ea actio, quæ in iudicium deducitur in specie aduersus reum ab actore, sibi non illi competat: & idem de defensione proponens. Etenim in hac specie quoties actio, vel defensio huic tertio, non actori, nec reo competit, illi sunt à iudicio excludendi, ne id prosequantur in præiudicium huius tertij, cuius prima est & principalis actio, vel defensio: quemadmodum traditur in leg. Titia, solut. matrimon. & tunc non tenetur hic tertius litem adsumere eo in statu, quo versatur, imo repetenda omnia ex integro sunt, quod Bart. Communiter receptis scribit in leg. si per latoris, ff. de appell. quo in loco admonet non posse à iudicio excludi eos, quos res ipsa, etsi non principaliter, consequenter tamen tangit, quo minus iudicium ipsum prosequantur in eorum præiudicium, vel ut adiutant principali eius causæ actori, aut defensori. Idem in dict. leg. si suspecta, ff. de iusticio, testamen. probatur: & in leg. à sententia, & in leg. si per latoris, ff. de appell. leg. si pariter, ff. de libro caus. Authen. tunc si haeres, C. de litig.

4. Quandoque tertius opponit se liti, quæ inter alios tractatur, nec defensurus reū nec actore, sed in hoc, ut contenda actione ab actore propositam non esse iustā, nec dignā, ut pro ipso feratur sententia: imo rem ab actore petiti sibi dandam esse, ac tradendam, reumque condemnandum ad hoc, ut huic tertio, non actori tradat, & restituat rem petiti. Huius thematis exemplum frequentissimum est, cum Titius agit aduersus Caium actione reali ad fundum, & calite pendente Sempronius se obijcit utrique petens, Caium reū esse condemnandum ad restitutionem rei petiti per Titium, ut sibi, non Titio fiat restitutio. Quaritur tandem, an hæc oppositio Sempronij processum causæ pendente inter Titium, & Caium impediat eo quidem pacto, ut non possit casus de iure: donec etiam ius, & dominium huius tertij examinetur? & Bald. in capit. i. §. duo, de pace tenend. & eius violator, col. 1. existimat, hanc oppositioem Sempronij omnino impedire definitionem litis inter actorem, & reum. donec constet de iure huius tertij oppositoris qui non tenetur causam in eo statu adsumere, quo versabatur tempore oppositionis, & ideo, ut Bald. sentit, differenda est litis definitio donec appareat de iure Sempronij tertij oppositoris. Quia responsio Iuriconsulti in leg. si is à quo, ff. de rei vendicat. tunc tantum obtinet, cum duo reali actione diversis iudicijs eandem rem ab vno reo petunt: non pendente lite super actione reali, tertius se ipsum liti obijciat petens actore ab ea reali actione excludendū fore, ac reū ipsum condemnandum, ut tertio huic oppositori rem petitam tradat, ac restituat: ex Innocentio qui in capit. veniens, in secundo, de test. hanc opinionem probare videtur, dum secundum intellectum explicat ad dict. leg. si is à quo. Hoc ipsum & Alexand. alleverat in additionibus ad Bart. in dicta l. si is à quo. Nos vero contrarium iure respondendum esse censemus assenerantes, tertium oppositorem, quoties non accesserit ad defendendum reum audiendum quidem esse, ita tamen, ut nullo equidem momento impediatur litis examen, & definitio inter actorem & reum quo ad ipsorum præiudicium & commodum. Quam opinionem probare non dubitamus ex ipsa ratione Iuriconsulti in dict. l. si is à quo. Nam si executio minime impeditur in fauore eius, qui prius sententiam obtinuit, propter nouam alterius vendicationē eiusdem rei, eadem ferme ratione non est impedienda litis definitio ad decisionem eius iudicij, quod prius de eadē reo concepta fuerat. Huc etiam pertinet text. in lege pen. ff. de petit. haer. & quod notat expressim Ang. in dict. leg. si suspecta, col. 2. scribens non posse tertium, qui contendit habere ius rei vendicationis, & eo vitur, se opponere liti, & controuersie super

eadem re per alium mota, ad impediendum processum iudicij prioris, & eius definitionem: cuius sententia author est Innocentius in dicto capitulo cum super, col. 3. quem sequuntur Doct. sibi, præsertim Ant. numer. 4. & Bellamera num. 11: quibus accedit elegans decisio Rotæ 4. in antiquiorib. titu. de iudic. cuius & Feli. meminit in d. c. cum super, num. 17. ea etenim decisum extat, non esse impediendam definitionem, neque examinationem litis, quæ inter duos tractatur, ex eo quod tertius se ipsum opponat, & petat rem litigiosam sibi dari, non actori, & alleget, vtrunque, actorem scilicet, & reum, nullum ad eandem rem ius habere: imo inter actorem & reum lis definienda est absque illius tertij præiudicio: qui nihilominus admittendus erit ad proprii iuris probationem, absque læsione illius status, in quo causa inter actorem & reum versatur. Non oberit quod ex Innocentio traditur in d. c. veniens: nam ipse agens de intellectu Iuriconsulti in d. l. si is à quo, duas conatur ei aptare interpretationes: quarum priorem fecuti sunt ibidem Host. Ioan. Andr. Henri. Anto. num. 10. Card. vers. oppono ad idem. & Bellamera in d. c. 5. posteriorē vt incongruam omittentes: & fere fallam eam esse professi: & ex qua Bald. & Alex. deducere conati sunt propriam sententiam, quam modo nos palam improbamus: legitur, vt iam tamen agamus, constanter asserimus distinctionem hanc, vt quoties tertius accedit ad iudicium, reum vel actorem defensurus propter propriam vtilitatem admittendus sit: in eo statu, in quo causa tractatur, litem ipsam prosecuturus absque vllō præiudicio præiudicialis ordinis inter actorem & reum hactenus seruati: at si tertius accesserit ad iudicium, non equidem defensurus actorem, nec reum, sed vel eorum alterum exclusurus ab actione, vel defensione causæ, vt tandem vtrunque à re petita: admitti debeat ad allegationem & probationem propriæ intentionis, ita tamen, vt propter hanc oppositioem nulla in parte differatur definitio litis inter actorem, & reum quo ad eorum præiudicium: præsertim vbi tempore huius oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio. Etenim tunc ipse admitterem tertium ad allegandum & probandum absque præiudicio publicationis, conclusionis, & definitionis ipsius litis inter actorem & reum. Atque ita non semel vidi pronuciari, & pronuciati ex collegarū iudicio in hoc Regio Granateni prætorio. Quod æquitati potissime conuenit: ob frequentes has oppositioes, quæ plerunque dolo & fraude fiunt, non alia ex causa, quam quod reus timens iustissimam condemnationem, diē differri velit. Sed & non admodum huic nostre opinioni extraneam probationem exhibet, imo fortassis valde conuenientem decisio. tex. in l. non idcirco, ff. de iud. Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam, reipublica causa abesse ceperunt: cum presentium, & eorū, qui non defenduntur administratio discerni & æstimari possit. Hactenus Iuriconsultus, ex quo apparet posse iusta ex causa litis, quæ cum pluribus agit, quo ad quosdam definitionem suspendi, & quo ad alios statim expediri.

CAPVT XV.

De illo, qui à Sententia lata inter alios appellat, quia eius interfit.

SVMARIA.

1. Tertius appellans causam exponere debet, quia appellationem inanis iustificet.
2. Tertius cui sententia nocet ex propria vi, & natura potest appellare intra de cem dies à tempore scientia.
3. Is, cui etiam ignorantis sententia inter alios lata nocet, non potest tertio provocare.
4. Venditor quando appellare possit à sententia lata contra emptorem.
5. Clausula, appellatione remota, an noceat tertio, & traditur late intellecte, super eo de offi. deleg.
6. Litigiosa res quando vere, ac proprio dicatur.
7. Sententia lata inter alios, an sit exequenda directo contra illum, in quem fit translatio rerum lite pendente.
8. Tertius, cui sententia inter alios lata nocet ratione scientia, quando appellare possit: & an provocare valeat à sententia.
9. Tertius, an possit impedire trium sententiarum executionem ex causa nullitatis: & ibi intellectus ad clem. v. de re iud.

Alto

Alio condemnato, is cuius interest, appellare poterit, auctore Iuriconsulto in *lib. executorie. §. alio ff. de appell. cap. cum super de re iud. cap. super eo. de offic. delegat. l. a. sententia. ff. de appell. Regia l. 4. & 7. tit. 23. part. notatur in cap. veniens. in 2. de testib. & in l. a. duo Pio. §. super. rebus. ff. de re iudic. Hæc tamen appellatio admittenda non est, nisi ex iusta causa: a sententia, inquit Martianus, inter alios dicta, appellari non potest, nisi ex iusta causa. text. in d. l. leg. a. sententia. & ibi Bartol. probat idem textus sing. secundum Abb. ibi. colum. 1. & Card. in d. l. cap. cum super. ibi rationaliter notat Matthes. notab. 124. ex quo frequentissime deducitur, hanc appellationem à tertio proponendam expressa causa etiam si alioqui non sit causa exprimenda in appellatione à sententia definitiva. Etenim ubi appellatio proponitur contra regulam iuris, propter præsumptionem doli, non aliter admittenda est, quam si expressa causa iustificetur glo. celebris in c. Romana. §. si autem. de appellat. in 6. cuius præter Doct. ibi maxima cum laude meminere Abb. & Dec. in c. consultit. in 1. de appellat. idem Abb. in c. ad consultationem. de re iud. c. l. vlt. & late Felin. nu. 19. Dec. in c. 3. col. vlt. de appell. Sed an sit huius cause probatio necessaria ad impediendam executionem sententiarum, inferius oportuniori loco disputabitur. Igitur appellatio admittenda est, & que per tertium proponitur à sententia inter alios dicta. Quæ quidem appellatio quandoque necessaria est: nempe cum sententia omnino huic tertio præiudicat iuxta distinctionem textus in d. l. sepe. quandoque utilis, quia executio sententiarum inferret tertio præiudicium, aut damnum aliquot, ut probatur in d. c. cum super. & ibi notat Imol. post alios, 2. col. text. opt. in d. c. super eo. de offic. delegat. & in d. c. veniens in secundo. de testib. Hæc denique distinctio intelligentur, si articulatim rem istam in summa explicauerimus.*

Nocet equidem omnino sententia tertio, qui non litigavit plerumque ex propria natura & vi: quemadmodum tractauimus superius in cap. 13. & 14. & in hac specie necessaria est, ad effugendum hoc præiudicium, appellatio tertii, cum alioqui sententia effectum habeat rei iudicatæ, si ab ea non fuerit appellatum. Poterit tamen tertius in hac specie appellare, & tenebitur intra decem dies à tempore propriae scientiæ computandos: non autem à tempore sententiæ, nec ab eo die, quo reus vel actor principalis sciuerit eam latam fuisse: quod expressim respondet & fatetur Alex. and. in l. sepe. ff. de re iud. numero 82. Nam tempus datum ad appellandum currit à tempore & die scientiæ, text. & ibi Alber. in l. ab eo. C. quom. & quand. iud. l. 1. §. vlt. & ibi Ang. ff. quando appell. sit. And. Titaq. lib. 1. de retract. §. 9. gl. 2. nu. 42. & §. 35. gl. 4. nu. 9. & Paul. in l. iudicibus. C. de appell. l. 1. Cod. de temp. appell. c. concertationem. de appell. in 6. gl. in c. ab eo sub eodem tit. & ibi gloss. Imol. & alii in elem. 2. eo. tit. 23. part. 3. l. vlt. de appell. lib. 3. ord. Hanc opinionem Alexan. quandoque opinatus sum, non omnino veram esse, ea sane ratione, quod in proposito casu sententia noceat aliis, etiam ignorantibus, & non citatis, & sic ex natura rei: quod in d. cap. 13. ostendimus: & ideo non videtur eis appellatio permissa eo tempore, quo sententia in rem transierit iudicatam illo non appellante, qui legitimus est causa defensor ad aliorum omnium, etiam ignorantium præiudicium. Deinde sententia in hac specie aliis nocet, & præiudicat, nisi lata fuerit contra contumacem. l. qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoff. testam. & l. si per iusorio. §. fin. ff. de appell. vel per collusionem aut iniuriam, l. si seruis plurimum. §. 1. ff. de leg. 1. & d. l. a. sententia. Igitur cum lata fuerit sententia aduersus præsentem, nec colludentem, nec per iniuriam iudicis, ea nocebit omnino aliis, quos negotium tangit, etiam ignorantibus, & absque vlla distinctione scientiæ, & ignorantia: quo ad appellationem, & tempus ac diem appellandi. Nihilominus veram esse opinor Alex. sententiam, quæ probari poterit multis rationibus. Primo ex regula iuris, cuius modo meminimus, qua constat tempus appellandi currere, & computari à tempore scientiæ, etiã his quibus iure ordinario sententia nocet, & qui speciatim ea eodem nantur, cum quibus iudicium fuerit agitatum: nec enim congrua est, aut sufficiens argumentatio ista, Sententia nocet Titio, & eam ignorantem: ergo eidem currit tempus datum ad appellandum ante scientiam. Falsa equidè est hæc collectio, & manifeste conuincitur. Nam ei, qui litigat, & cum quo sententia fertur ac iudicium tractatur, sententia nocet, etiam ignorantem eius

pronunciationem, & tamen à tempore scientiæ poterit appellare intra diem à iure constitutum: quod modo probauimus, Secunda his accedit ratio, quæ ex eo deducitur, quod æquius sit, ac iustius, tempus appellandi currere à die scientiæ ipsi tertio, qui non litigauerit, quam ipsi reo principali, cuius quo iudicium actum est & lata fuerit sententia, autem appellationis à tempore scientiæ computatur ipsius litigantibus ergo maiori ratione eadè dies à tempore scientiæ computari debet tertio, qui per sententiam eodem natus non est. Tertio plurimū huic opinioni Alex. patrocinatur, quod culpa illius, qui per sententiam damnatus fuit, commissa, in omissione appellationis, saltem hunc effectum habeat, quod tertius, cui iure illa sententia nocet ex natura causæ, possit ab eadem appellare intra diem appellandi à tempore scientiæ computandum. Hæc etenim ratio constabit plane si conati fuerimus tradere propriam, ac veram interpretationem Iuriconsulti verba: *sed si hereditatis index contra heredem pronuntiauerit non agentem causam, vel collusorie agentem, nihil hoc nocet hereditatis. Quod ergo si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen pronuntiatio nocet hereditatis legatariis: ut & Sabini signifiat.* Hæc Iulianus iuxta lectionem communem, quæ à Pandectarum Florentinarum litera tantum in eo differt, quod in his non collusorie, sed iusorie legitur. Bar. etenim ita hunc locum explicat, ut existimet, distinguendum esse vltimum casum ab aliis, ita quidem, quod sententia lata contra heredem contumacem, vel colludentem, ipso iure absque appellationis necessitate, minime præiudicet legatariis, quibus permissum erit non obitate rei iudicatæ exceptione agere ad legata aduersus victorem ipsam: lata vero sententia contra heredem scriptum ob iniuriam ipsius heredis, qui iudicem ad præue & iniuste pronuntiandum prouocauerit, nec deinde appellauerit, præiudicet quidem legatariis, ut non possint contra victorem agere ad legata, quia ipse tutus est rei iudicatæ exceptione. l. si superatus. ff. de pignor. quasi ratio differentia manifesta sit ex hoc, quod in primis duobus casibus heres victor fuerit in dolo, & ideo subueniendum est legatariis propter dolum heredis, etiam contra victorem l. si per iusorio. §. vlt. & l. a. sententia. ff. de appell. in vltimo vero casu tantum contigerit culpa heredis: atque ob id aduersus ipsum heredem, non contra victores sit legatariis subueniendum. Ita sane hanc Bartoli opinionem video etiam admitti auctoritate Iacobi Arengi Alberi. in 5. Cuma. in 2. lect. & Iaf. in d. §. si hereditatis. Imo Iaf. asseruit, cum Bartolo transire communiter alios. Vnde posset hinc adsumi aduersus Alexan. non leuis auctoritas, siquidem herede scripto non appellante intra diem iure præsumtum, legitimus hæres victor, tutus est, etiam contra legatarios exceptione rei iudicatæ: nec culpa heredis in omissione appellationis tribuit, ius aliquod, quo possint legatarij subterfugere rei iudicatæ exceptionem. Rursus aduersus Barto. quidam opinantur, hos tres casus pares esse parique responso à Iuriconsulto desiniri in d. l. si seruis. plurimum. §. 1. ut tandem sententia lata contra heredem, qui fuerit in culpa prouocando iudicem ad iniquam sententiam, & in omissione appellationis ipso iure non noceat legatariis absque vlla necessitate appellandi. Quemadmodum ex eo loco adnotarunt gl. in verb. non nocebit legatariis 2. anlellu. Imol. Paul. Cistr. Cuman. in 1. lectione Alex. & Arengi in d. §. 1. quorū est cõcor sententia in hoc, quod & aduersus victorem agere possint legatarij ad legata, & docere vim, ac potestatem testamenti, nõ obitate rei iudicatæ exceptione: quasi culpa heredis, qui appellare potuit, & non appellauit à sententia iniqua, non debeat nocere legatariis: imo fere sit par contumacia: vel collusioni. Fateor igenue, mihi non satis placere hanc opinionem, quippe qui videã à Iuriconsultis, contumacia, & collusionem attendi potissimum ad defensionem ipsorum legatariorum, ut illis res inter alios acta sic noceat d. l. non per iusorio & l. a. sententia. qui repudiantis. §. vlt. & ff. de collus. de leg. 1. & l. penult. in d. deinde quia Iaf. fat est dubius an opinio Bartol. probetur in d. l. si superatus. hac in controuersia ipse censuram non omnino admittendam fore Bartol. sententiam, neque item eam, quæ idem contraria est. Ideo existimo, quoties hæres scriptus fuerit in culpa: quia non prouocauerit à sententia inique, & per iniuriam lata, cum appellare potuisset, sententiam latam contra heredem scriptum

dam visum fuerit etiam in hoc casu eos seruari illæfos ipso iure: sicuti superius commemorauimus. Nec tamen admittendum est in venditore, nisi & is appellauerit intra decem dies à tempore quo emptor sciuerit latam fuisse sententiam. Dispar equidem ratio est inter venditorem & legatarios, quibus aduersus sententiam subuenitur etiam in his casibus, in quibus ab ipso hærede scripto consequi potuissent legata propter collusionem, vel culpam, quemadmodum traditur in *d. l. si seruis plurium. §. 1. legat. 1.* venditori vero minime permitteretur appellatio, nisi ubi eius intererit propter euictionis periculum gl. & Doctor. in *d. §. alio in verb. poterit.* Denique pensitatis rationibus his opinamur, venditorem non esse admittendum ad appellandum, quoties sententia ipsa contra emptorem tranierit in rem iudicatam, etiam si teneatur de euictione quandoque in hoc casu: quod explicuimus olim in *d. cap. 17. n. 9.* tamen ubi venditor sit minor, restitui possit ad appellandum, si emptor appellare potuit, & id agere omiserit, quia venditor ipse in hoc lesus fuerit, gloss. insignis in *d. l. si parentes.* quæ ita est intelligenda, vt procedat quoties appellatio, quæ vel ab emptore, vel venditore proponi potuit, ab ipsis, vel eorum altero fuit omissa.

Quarto, si ad amissim omnia quæ hoc in capite tradita fuere, examinentur, maxime conuenit expedire rationem & intellectum Pontificij responsi, quod nobis exponitur in *cap. super eo. de offic. deleg. ex eo si quidem deducitur, t. clausulam illam, appellatione remota: quæ solet plerumque delegationibus, ac commissionibus adscribi, tantum vim obtinere inter ipsos litigantes, reum scilicet & actorem: non autem quo ad tertium, qui se liti, vel executioni opponit: sicuti adnotarunt Abb. Bartol. Barb. Felin. Dec. & alij in cap. super eo. Francus in cap. pastoralis. 7. quæst. de appellat. colum. pen. Corsetus in singularib. in verb. clausula. & verb. appellatio in 1. Bart. in l. 1. §. interdum. ff. de quibus appel. non liceat. num. 4. quorum opinio Communis est, quam sequuntur Felin. in cap. veniens. in 2. num. 5. de testib. Curtius Iunior consil. 179. nu. 6. Rebuffus super leges regias part. 1. tractat. de literis obligat. art. 1. gl. 10. nu. 1. Baldus per illum textum in l. cum filius. ff. de milit. testam. Iason in l. à diuo Pio. §. si super rebus. ff. de re iudicata. colum. vlt. Sebastianus Vantius de nullitatibus. tit. quis possit dicere de nullitate. nu. 15. Decius in cap. sua. col. 2. de appellat. Felin. in cap. qualiter. in 1. nu. 13. de accusa. Ant. in cap. vt debitus nu. 14. Sed si rationibus agendum est, idem probatur, quia rescriptum principis non porrigit vim & effectum, nisi in hos, cum quibus datum est, & quorum in eo mentio fit. l. 1. ff. de constit. princip. Decretalis vero Pontificis responsio hanc conclusionem non omnino in vnuersum probat, cum in ea permittatur appellatio non obstante clausula, appellatione remota, illi cui nec ignorant, nec scienti præiudicat sententia lata per iudicem illum delegatum, & denique illi, de cuius iure nec actum est in eo iudicio, nec potuit agi, ex eo, quod delegatus ille iudex mandatum non habuit: siquidem ius illud tertij maxime distabat à iure litigantium: quod adeo manifestum fit ex illius capitis lectione, vt nihil sit hac in disputatione euidentius. Etenim commissio fuit delegato causa inter duos de iure, & quasi possessione præsentandi contententes, vt delegatus ipse ecclesiam ordinaret appellatione remota, ad præsentationem eius, quam constituerit ius præsentandi habere: qua quidem delegatione iudex nullam habuit potestatem tractandi, nec iudicandi de iure institutionis: vt satis probat ille textus, & fatentur palam Innocentius & alij idem vterius aperit: quia sententia illius iudicis episcopo ignorant non præiudicat, sicuti constat: nec item scienti. Nam si ratione scientiæ præiudicare posset, id contingeret propter distinctionem Iurisperiti in *d. l. sape. ff. de re iudic. & summi Pontificis, cap. penult. eod. tit. at ille decisiones quo ad vllum earum casum minime conueniunt liti & causæ, quæ præsentatione tantum tractabatur inter patronos in *d. cap. super eo.* ergo non potuit sententia lata ab illo iudice episcopo etiam scienti præiudicare. sic Innocent. ipse, & Bellamera ibi numero quinto fateri plane videntur, ea que tractantur, & ita traduntur in *cap. cum super de re iudic. de scientia, & ignorantia nequaquam aptari nec conuenire posse illi quæstioni, que in d. cap. super eo. à summo Pontifice definitur,***

Quod si ex aduerso dixeris, in specie proposita in *d. cap. super eo.* institutionem factam à delegato, sciente, & non contradicente Episcopo, ad quem iure illa pertinebat, validam omnino esse: quemadmodum notant Innoc. Panorm. Imola,

col. 2. Dec. colum. 4. Felin. col. vlt. in *d. cap. super eo.* Cesar Lambertinus de iure patron. 3. par. 2. lib. quæst. 2. art. 2. numer. 17. argumento sumpto ex *cap. si seruis. 54. distinct. vbi* probatur valere ordinationem serui, vt etiam is liber sit & ingenuus, si facta fuerit sciente domino & non reclamante, quasi in fauorem diuini cultus taciturnitas illa haberi debeat pro conuentu. At idem tendit elegans Panorm. opinio in disputatione incipiente Augerio 2. dubio. vbi asserit institutionem factam ab Episcopo patrono non præsentante tamen, & tacente, validam esse, nec posse rescindi ex eo quod fuerit facta patrono non præsentante: contra *cap. de certum. 16. g. 7. cap. illud. de iure patron. & idem* erit ubi Episcopus beneficium contulerit patrono sciente, & non reclamante statim, etiam si absens fuerit tempore collationis & institutionis: quod late probat Cesar Lambertinus in *d. art. 2. n. 20.* Hoc ipsum non admodum refragatur: etenim etiam si vera sit præscripta interpretatio Innocentij, & aliorum de delegatis per sententiam pronunciatam, præsentationem ad actorem, vel reum pertinere, & in illis, etiam ab eo fieri, vt ipse institueret quæuis Episcopus notitiam habuisset reum sententiæ, nec ab intra decem dies appellasset: dubio procul posset postea tempore collationis, & institutionis delegato refragari, & eius institutioni contradicere: imo fatetur Decius in *d. cap. super eo. numer. 8.* posse appellare Episcopum intra decem dies à tempore ipsius collationis, cui non videtur consentire, licet istum taceat.

Ceterum, Doctor candide, etiam si responsio hæc sufficiens esset, vt probaremus in *d. cap. super eo.* sententiam à iudice delegato latam minime præiudicium facere alteri etiam scienti: nihilominus libere proferam, quæ ipse mecum excogitauit ad ea maturius intelligenda, quæ Panormitanus, Imola, & alij commenti sunt. Nam eorum sententia tam falsa est, quam à mente, vero sensu, & iudicio Innocentij, quem eius auctorem laudauerunt, prorsus aliena. horum vltimum deduxit eleganter Agidius Bellamera in *d. cap. si super eo. n. 5.* qui existimat, Innocentium non hoc de iuribus quod posteriores ex eo adnotarunt. verba Innocentij hæc sunt: Sed quid, si non appellat ordinarius? teneat quod fit à delegato. imputet enim sibi, quod sciuerit, & non contradixit, cum distinctione tamen, vt notatur de re iudic. *cap. cum super.* Contra supra de rescript. *cap. ex parte decani.* secundum nos non habent locum istæ obiectiones. Hactenus Innocentius, qui hoc voluit, quod istæ obiectiones de negligentia appellandi ab institutione à delegato facta, & quæ nulla erat, non habent locum in hac controuersia: quia huic delegato nec fuit commissio in iudicio, nec cognitio ipsius causæ ad institutionem pertinentis, & ideo etiam si Episcopus sciret delegatum fecisse institutionem, nec contradicere, non ex hoc consentiret iudicio institutioni quæ nulla fuerit: nempe ab eo facta, qui nullam habuit potestatem instituendi. Atque ita Ioannes Lignianus, Agidius n. 5. & Card. in *d. cap. super eo.* expressim tenent in eo casu institutionem factam à iudice delegato, nullam esse, nec præiudicare Episcopo, etiam scienti, & non contradicenti, quominus possit ipse postea contradicere, & petere rescissionem eiusdem, vel ea non obstante instituere: ipse etenim Romanus Pontifex in *d. cap. super eo.* fatetur, solum illi delegato commissam esse causam, & controuersiam de iure præsentandi: non autem de iure instituendi, nec potest ille delegatus de eo iure tractare, si de institutione, & potestate instituendi esset inter duos orta contentio: cum causa ista non sit illi commissio. Quæ ratione aliquot à Doctoribus in *d. c. super eo.* etiam ex ipso Innoc. notant, quæ si exacta diligentia fuerint examinata, non ita certa, & vera censentur, vt ipsimet auctores fuere opinati, siquidem Innoc. fatetur per illam commissionem quæ facta fuit inter duos litigantes, Rom. Pontificem nullam gratiam delegato fecisse: sed tantum eidem commississe, vt de iure eam controuersiam inter litigantes de finiret; vnde nullam illi iudici dedit potestatem.

statem instituendi, nec conferendi beneficium ac sacerdotium illud, de cuius presentatione tractabatur.

Deinde constat in his, que sunt grauis preiudicij, scientiam, & taciturnitatem non sufficere ad consensum l. sihusfamilias. §. inuitus. ff. de procur. l. scilicet. §. non videtur. ff. quib. mod. pignus vel hypoth. solua. Etiam si qui tacet sit presens, vt inibi probatur, & est communis omnium opinio, de qua modo non vacat longius disputare: nam tradidit latissime gl. Abb. & Fel. in c. nome de presumpcio. Bart. & Iaf. nu. 68. in l. que dotis. ff. soluto matri. gl. in c. si qui tacet. de reg. iur. & in l. qui vas. §. veteris. ff. de iuris. Dec. in c. cum m. num. 23. de constit. Bal. Imo. Alex. & Ripa. col. 1. in l. 2. §. voluntatem. ff. soluto matri. & pleriq. alij.

Huic rationi & alia poterit accedere. Hec enim institutio nulla est, quia fit vt omnes fateantur, ab eo qui non habet potestatem instituendi: ergo non est necessaria appellatio, nec videtur huic institutioni nullam consentire, qui ex ea patitur preiudicium, quamuis non appellet. l. 1. c. quando pro uoc. non est neces. vbi gloss. l. 1. c. si a non comper. iudic. l. 4. §. condemnatio. ff. de re iudic. Clem. pastoralis. & Clem. 1. eod. tit. notatur in l. si ex presumpcio. ff. de appellat. & in c. in primis. 2. quæst. 1. & in cap. 1. de re iudic. Quamobrem libenter à Decio ipse quæsierim, vnde dedit in hac questione, e, valere institutionem Episcopi sciente, & non appellante. Nam si ex eo deducitur, quod taciturnitas habeatur pro consensu, nullibi cautum extat, quod decem dies, & sic tempus iure datum ad appellandum, itidem denatur ad contradicendum: imo tenetur quis boni viri arbitrio statim post scientiam, cum primum poterit contradicere, ne videatur ex scientia, simul & patientia consensum tacitum, & a lege presumpsum præstitisse, sicut quocies quis ob presentiam, & taciturnitatem presumpitur consensisse actum, non poterit regulariter intra decem dies contradicere ad effectum: quod consensus ille tacitus, & presumpsum irritus maneat, & in dissensum potius accipiat. At si Decius dixerit, ex eo deduci institutionem prædictam validam esse non appellante Episcopo: atque inde adsumi consensum tacitum in sententiam iudicis delegati. c. quoad de consultationem. de re iudic. tunc virget aduersus hanc rationem, huius sententiæ defectus: quia nulla est, & ideo ex omissione appellationis non consequitur tacitum consensum illius, cui præiudicatur.

Quarto, contra Panor. & Imol. & sequaces adducitur iure optimo argumentatio quædam. Nam vel Episcopus post factam à delegato institutionem habuit eius notitiam, vel paulo antequam ea fieret, aut eo tempore, quo facta est sciuit, delegatum velle instituire, eumque institutionis actum exequi. Priori casu, satis obtentum est, etiam si posset quis actum impedire non videri consensisse, quamuis taceat, & non contradixerit: notant expressim Bartol. in l. qui enim. §. 1. ff. rem rat. haberi. l. procurator. in fine. ff. eod. tit. Felin. in d. cap. nome de presumpcio. numer. 12. & sequenti. post Panor. ibi numer. 4. ergo Episcopus non videtur consensisse in ipsam institutionem ex taciturnitate. Nec item in posteriori casu: non enim tenetur, qui scit, etiam si possit actum impedire, accedere ad agentes, & contradicere, ac impedire illum: cum possit eam contradictionem in tempus sibi vtilius, & oportunius lege non refragante differre, seclusa fraude, quæ ex qualitate actus temporis, loci, ac personarum presumi arbitrio boni, ac discreti viri poterit, præsertim vbi ea taciturnitas tendit in alterius captionem. quod mihi videtur posse deduci ex traditis à Panor. in d. cap. nome de presumpcio. numer. 12. & 13. Decio in d. cap. cum. de constit. n. 23. & iuris ciuilibus decisione in l. 2. c. si res aliena pign. data sit. §. l. 9. lit. 13. par. 3. constat igitur, non posse recte consensum Episcopi scientis in hac specie constitui: cum nulla vñs fuerit fraude qui contradictionem in aliud tempus optimo forsitan consilio differt.

Huic vero conclusioni, quæ probauimus secuti Lignianum, Cardin. & Bellamerà, non oherunt in contrarium adducta. Primum etenim parum virget text. in d. cap. si seruus. §. 4. d. huius. quia duo in ea specie contingunt, & considerantur, quæ minime nostræ questionis conueniunt: vnum equidem est propter libertatis fauorem, quæ inducit, vt seruus pignori datus, sciente creditore & tacente manumissus, non possit postea per ipsum creditorem iure pignoris peti, cum censetur ex scientia & patientia ius pignoris remississe. l. 1. c. de remiss. pign. Alterum à fauore religionis constat: eius enim gratia qui tacet, ac sciens non repugnat, consentire videtur. aut si seruus. c. de Episc. & Cleric.

notat vtrumque Iafon in d. l. que dotis. ff. soluto matri. nam §. 4. cui etiam ad stipulatur status ille maxime dignitatis, quem saceris initiatus proficitur, & cui seruilis conditio potissime indecens est, & contraria. In hac vero specie nihil est, quod fauori tribui possit: imo potius odio haberi debet hic actus, qui tot canonibus deferentibus ius instituendi Episcopis aduersatur. cap. quamuis. in princip. & ibi Ioan. Andr. Domi. & alii de proband. in 6. gloss. in clem. 2. de offi. ordin. Abb. in cap. vltim. de confirm. vltim. item Abb. in cap. si quis contra clericum. de foro comper. colum. 3. gloss. item in cap. 1. in verbo, processus. de rescript. lib. 6. Nam ita facile consilium esse poterat ordinati omni ecclesie si presentatus à patrono institueretur ab Episcopo, sicuti si ab ipso iudice delegato institueretur: & fortassis facilius & dubio procul multo melius.

Quod vero traditur ex Panor. in dicta disputatione Augerio. licet non omnino placeat Felino in cap. cum Berthold. de re iud. n. 12. & multis rationibus dubium sit: tamen admitti poterit, vt ipse Panor. scribit, quocies institutio facta est presente, ac tacente patrono.

Primo, quia patronus, qui facillime ob presentiam potuit dissentire, & impedire actum illum institutionis, videatur consentire, ne alioqui præsumamus tacuisse fraude, & dolo, vt illuderet Episcopo instituenti, iuxta eam rationem quam paulo ante deduximus ex l. 2. c. si alie. pign. data sit.

Secundo hoc probatur ex eo, quod collatio beneficij facta presente & tacente illo, qui ius habet in beneficio, vel potuit illum impedire, valet omnino secundum Tancred. Archid. & Prapol. in cap. si seruus. §. 4. dist. in c. Imola, Abbas, & Doctores in cap. ex ore. de his que sunt à maiori parte. cap. quorum opinio verior est, & frequentiori authorum consensu recepta, vt asseuerat eam secutus Paul. Paris. in consil. 76. num. 14. quæ de re latius tractauit Fel. in d. cap. cum Berthold. & Lambert. in d. q. 2. art. 2.

Tertio, quia qui potest actum impedire, si presens sit, & taceat, consentire videtur, l. fideiussor. §. pater ff. de pignor. not. Bartol. & omnes in d. l. que dotis. præ cateris Iaf. ibi. num. 76. Abb. & Felin. in d. cap. nome. notatur in l. Caius. ff. de pign. actio. tradit Alex. in consil. l. lib. 3. num. 7. Quod si institutio facta sit patrono absente, sciente tamen nec contradicente, non valet ea collatio beneficij, imo poterit patronus eidem contradicere, ac presentare ministrum ad Ecclesiæ ministerium intra quatuor vel sex menses à iure sibi datos: quemadmodum Card. respondet in clem. primum. de supplen. ne leg. prælat. numer. 11. cuius opinio, quidquid Casar Lambertinus scripserit, potius placeat, & probatur ex his, quæ de tacito consensu, ac presumpcio modo tradidimus ad intellectum cap. super eo. quo factum est vt possimus hinc colligere, quod inibi non tractatur de sententia, quæ alteri nocet scienti, vel ignoranti: atque ideo conclusio ex eo adnotata de effectu clausule: appellatione remota, non omnino constat eius autoritate, quo ad tertium, cui sententia nocet ex natura causæ scienti vel ignoranti, aut ratione scientiæ iuxta distinctionem l. saepe. de re iudicata. & tamen fateatur clausulam, appellatione remota minime obtinere vim & effectum quo ad tertium, cui sententia inter alios lata non nocet, ratione scientiæ. Item nec quo ad illum, cui sententia nocet etiam scienti secundum distinctionem l. saepe. nisi dixerit quispiam, etiam huic nocere clausulam istam: vbi ipse sciuerit, iudicem de causa cognoscentem, appellatione remota iudicaturum: ex his, quæ in vltima huius capituli parte traduntur. Sed nec illis nocet appellationis priuatio, quibus sententia ex natura causæ, & propria vi nocet etiam ignorantibus: quocies condemnatus, & victus per sententiam curauit aut causam præbuit, quod clausula illa: appellatione remota: commissioni, & delegationi causæ adiceretur. Alioqui fortassis hæc clausula, etiam noceret his quibus ex natura causæ, iure ipso, etiam ignorantibus nocet sententia, quod suaderi poterit multis rationibus, quæ deduci possunt ex his quæ hoc in capite, & precedentibus explicuimus. Potissimum id mihi satis applaudit, nocere clausulam istam venditori, qui velit appellare à sententia contra emptorem latam, vt effugiat euictionis periculum. Sic etenim questionem istam definire constituimus æquo animo latari: si quisquam certius aliquid iureque probabitur hac in re excogitauerit.

Quinto, admodum huic tractatui conuenient examinare, an scientia inter alios lata præiudicet omnino illi, qui post

litē exceptam rem emerit, de qua quæstio erat. Cui controuersus & altera præmittitur, hinc res litigiosa, & litigiosi vitio affecta ex eo, quod in iudicio interit petita. Conuenient enim omnes rem effici litigiosam per solam citationem, quoties ea petitur actione reali, agiturque de dominio, aut quali dominio, directo, vel vtili, quod manifestum est *auth. litigiosa. C. de litigios. nec in hoc vlla est contentio inter iuris vtriusque interpretes: tamen olim iure Codicis necessaria fuerit litis contestatio ad vitium litigiosi. l. 2. C. eod. tit. denique nunc in variis itum est sententias super eo, an res efficiatur litigiosa, quoties petitur actione personali, & ad rem ipsa actio personalis proponitur? Quibusdam enim placuit, rem nusquam effici litigiosam etiam litis contestatione, si ad eam actum sit actione personali: vt actione ex empto, quæ ad rem emptam contra venditorem in iudicium adducitur. Huius opinionis auctores sunt Petrus à Bella Pertica, Iacobus Butrigarius, & Faber in *d. auth. litigiosa. Bartol. in l. 1. Cynus, Alberic. Bald. & Ang. in l. 2. C. de litigios. Innocen. & Ioann. Andr. capit. cum M. de constit. Idem Ioan. Andr. Abb. n. 7. & Henric. optime col. 3. in cap. eccles. vt lite pendens. Ferras in præd. tit. de forma libelli in actione reali. n. 81. Specul. tit. de appellat. §. nouissime. in versic. verum generaliter est. Matthæus de Afflict. in constit. Neapolit. rubr. 14. vers. & si lite pendente. Bald. in l. 1. C. communi diuid. n. 6. Vitalis in tracta. clausularum, tit. appellat. pendens. col. 2. Parisius in cap. dilectæ. n. 11. & seq. de exceptionib. Rom. in conf. 270. qui asserit, hanc opinionem communem esse, idem Roman in l. quamquam. §. 1. n. 5. ff. de aqu. plu. ar. tend. scribit, eandem in consulendo maximam habere auctoritatem. Cui suffragatur text. in *d. auth. litigiosa. & in auth. de litigios. in princ. collat. 8. vbi statutum est, tunc dici rem litigiosam, cum de eius dominio causa tractatur, ideo, si personalis actio proposita fuerit ad rem, non erit res litigiosa: siquidem de dominio rei eo iudicio minime disputatur. Huic auctoritati accedit & alia ex eadem constitutione de litigiosis. §. ad hoc autem. inibi etenim respondit Imperator, rem non dici litigiosam, quoties ad eam actum sit actione hypothecaria. Prior tamen ratio tollitur, si obseruemus diligenter Nouellam constitutionem in hoc à veteri iure discessisse, quo ad vitium litigiosi in ipsa re constituendum exigat tantum citationem ex actione reali: cum olim esset necessaria contestatio litis. Ergo noua constitutio in actione reali tantum in hoc veterem abrogat, quod citatio sufficiat, veteri lege requirente contestationem litis: atque ideo in actione personali nihil noui statuit Iustinian. Cæsar: & ea ratione ab antiquis legibus petenda erit huiusce quæstionis definitio; posterior vero auctoritas maxima ratione refellitur: quia in actione hypothecaria vitium litigiosi non est necessarium, nec quidquam nocet actori qui pecuniam debitam exigere poterit ab eo, qui lite mota & pendente rem emerit, quæ in eum cum hoc onere aris alieni transfertur, secundum omnes contrariæ opinionis auctores, qui ita respondere conantur nouellæ constitutioni. Sed si possit plurimum interesse ipsi creditori agenti hypothecaria, quod res efficiatur litigiosa propter plures, & maximi momenti effectus: nihilominus voluit Iustinianus, non constitui vitium hoc, nec contrahi quo ad rem hypothecæ obnoxiam, quia res ipsa transit cum onere in quemcumque possessorem. Nec refert quo ad vitium litigiosi, quod sit hypothecæ specialis, vel generalis: imo multo magis libera est hypothecæ generalis à vitio isto quam specialis, quod ipse Iustinianus fateretur in *d. §. ab hoc autem. vers. ex quo iam claret. qui ita legendus est, ex quo iam claret, quod generales hypothecæ multo minus litigiosi vocabulo volumus contineri: sic etenim legitur ex codice Græco Nouellarum, & ex Latina Haloandri interpretatione, vt obiter mirer, cur vulgo absque vlla ratione, & contra mentem legislatoris legatur: Multo magis litigiosi vocabulo volumus contineri. Est ergo ratio altera quæ vitium istud excludit à re hypothecæ titulo obligata: quia hypothecaria actione non agitur de dominio, nec ad dominium rei obtinendum, sed in effectu actio tendit ad debitam pecuniam consequendam. Vnde vbi actio personalis deduceretur in iudicium ad dominium rei obtinendum: nempe actione ex empto, profecto per litis contestationem res ipsa litigiosa efficiatur auctoritate *l. 2. C. de litigios. quæ in hoc nullo modo nouella constitutione abrogatur: qua ratione, quoties actione personali petitur dominium rei, vel directum, vel vtile, secuta litis contestatio ne res ipsa effi-*****

citur litigiosa. secundum gl. in l. quamquam. §. 1. in verb. iudicium. ff. de aqu. plu. ar. ten. & ibi Bart. Cuman. Imol. Roma. & Barb. in *ad. ad. Bart. idem Bart. & Alex. in sebolis. in §. vlt. ff. de litig. Ang. in *auth. de litigios. col. 2. Imol. Deci. & Ripa super gl. vlt. in cap. cum M. in mouer. Petr. Iac. in practica, tit. de litigios. Optime igitur tradit & probat Iason in conf. 43. lib. 1. idem Imol. & Fel. col. vlt. in *d. lecta. de exceptio. & rursus ipse Imola in c. ecclesia in 1. vt lite pend. 2. col. quorum sententia mihi potius applaudit, quippe quæ & verior sit, vtiliorque ac conducibilior praxi, & iudiciorum auctoritati propter effugiendas, ac vitandas litigiosas calumnias. Sed & ipse Ias. in *d. conf. 43. col. vlt. scribit, temerarium esse, ab hac vlt. opinione in iudicis discedere.****

His vtriusque præmissis est adnotandum sententiam latam inter alios, nocere omnino, & exequendam esse aduersus illum qui rem litigiosam, eoque vitio affectam emerit, quod probatur ex ratione *l. vlt. de litigios. Bart. in l. 1. §. vlt. ff. de litig. idem Bart. & Sal. in d. l. vlt. Paulus Cast. in d. l. quamquam. §. 1. Bald. in l. 1. C. commun. diuidendo. expresse Bart. in l. 3. C. de pign. n. 23. Rodericus Zuarez in repet. l. post rem. ff. de re iudic. post octauam ampliationem legis Regia. col. 5. Matth. de Afflict. in constitut. Neap. lib. 2. rub. 41. n. 10. quorum sententiam veram esse censet Angelus in *d. auth. de litigios. col. 2. vbi emptor sciuit tempore venditionis rem illam litigiosam esse, vel super ea tractari litem in iudicio. Alioqui vbi is bona fide ignorans emisit rem, non est contra ipsum sententia exequenda. Ego sane non probabo hanc Angeli opinionem, quoties veres res litigiosas efficitur: cum hæc transeat, ac transmittatur cum litigiosi vitio in quemcumque tertium possessorem, etiam ignorantem: tamen propter ignorantiam is non fit aliqua pena muldanda. *l. vlt. C. de litigios. quæ probatur, re litigiosam quoad penam vendentis, vel transferentis, & quoad ipsum vitium ipsius rei transmitti, etiam in ignorantem. Igitur li propter vitium litigiosæ rei sententia mandari potest executioni contra tertium possessorem, nihil refert an fuit is ignorans tempore emptionis. Hoc ipsum probatur, quia vbi res efficitur litigiosa, non potest eius status mutari in præiudicium agentis quo ad iudicij ordinem, & examinationem causæ, nec potest litis cursus impediri, duriorque fieri actoris conditio. *l. vlt. ff. de litigios. l. 2. C. eod. tit. textus optimus in d. l. quamquam. §. 1.****

Sed & generaliter, etiam vbi res litigiosa non efficitur per citationem, nec per contestationem, si tamen ea per reuocatum alienetur lite pendente, poterit executioni mandari sententia lata cum alienante contra ipsum in quem translata fuerit, si ipse sciuit tempore translationis litem ea super re pendere, vel super re alieno exigendo, & assoluendo ex bonis alienantis,

Quasi ea alienatione propter motam litem & scientiâ ipsiusmet emptoris omnino præsumatur facta in fraudem sententiarum, & eius executionis, nec sit necessaria tunc actio reuocatoria ex tit. *de his, qui in fraudem creditorum. Probat hanc conclusionem text. in l. chirographis. §. vlt. ff. de administrat. tutor. cuius auctoritate veram esse contendunt Bald. in l. ab maiorum. C. ne vxor pro marito. idem Bald. in l. certa forma. C. vt in poss. lega. & idem rursus in l. executionem. C. de executio. rei iud. n. 26. Pau. de Cast. Vincent. Herculan. n. 43. Ias. n. 10. Zasius col. 3. in l. à dno Pio. §. super reb. ff. de re iud. & licet Bart. in l. 3. C. de pign. n. 23. omnino huic opinioni aduersetur, ea tamen maximam auctoritatem habet, vt tandem admittenda sit propter vtriusque vendentis, & ementis dolum in præiudicium iudicialis auctoritatis commissum.*

Imo ex hac opinione non incongrue constat, & traditur conciliatio inter vtriusque iuris auctores, & interpretes, dum ex his quidam censent, sententiam latam contra debitorem posse mandari executioni aduersus illum, in quem dolo, & fraude res aliqua ipsius debitoris translata fuerit etiam absque reuocatoria cognitione, & sententiâ. Quod tenet Cynus in l. 1. §. 9. C. de alienat. iud. mut. cons. fact. quæ admodum Bart. & omnes existimant. Sed contrarium placuit Bart. in *d. §. super reb. ad finem. & ibi Alex. idem tenet Bart. in d. l. 3. C. de pign. n. 23. idem in l. si quis nullam. §. iudex. q. pen. ff. de damn. infect. & profecto hæc est sententia, quæ magis iure probatur, & frequentiori Doctorum suffragio recipitur, vt tandem prius oporteat agi reuocatoria ex tit. *de his, qui in fraudem creditorum, & reuocata ipsa alienatione, tunc fiet executio in ea re quæ per fraudem fuit alienata. §. idem. si quis in fraudem. Institut. de actionibus. leg. 1. §. necessario. vbi Bart. si veniens nom. mulier in posse. Quibus in locis probatur, necessario esse prius**

prius præmittendam; ac tractandam ipsam alienationis reuocationem. Hoc etenim verum est, vbi alienatio fuit facta nondum mota lite, & sic in fraudem creditorum: quod si ea facta fuerit pendente lite, & sic in fraudem iudicialis autoritatis, poterit tunc admitti opinio, quæ Cyno ab omnibus tribuitur: nec erit necessaria reuocatio alienationis, vt possit fieri executio contra tertium possessorem, qui rem ipsam emit pendente lite, & sciens, litem pendere: quem admodum Bal. paulo ante citatus non semel definiuit. Erit igitur satis in hac specie, quod petatur executio probata rei alienatione & scientia ipsius emptoris: & tamen quidquid Paulus ac Vincentius Hercul. senserint, ad hunc effectum, vt recta via fiat executio contra tertium possessorem, ipse opinor fore necessarium, quoties actione personali agitur ad solutionem æris alieni, quod probetur scientia litis pendentis, & inopia debitoris: id est, quod emptor sciuerit, debitorem non habere aliud in bonis, vnde possit creditori satis facere, si fuerit condemnatus: nam ex hoc, quod alienatio fit à debitor: pendente lite, non potest colligi fraus contra executionem futuram, cum ea fieri possit in aliis rebus quas ipse possidet. Nec item sufficeret scientia inopia debitoris, si emptor ignoraret litem pendere: cum ex hoc tantum deducatur fraus contra creditorem, non tamē contra iudicem, nec in præiudicium autoritatis iudicialis, aut executionis, quod verum esse opinor, etiam si Paul. Castr. & Vincentius num. 46. senserint, satis esse probari scientiam quod debitor aliam rem in bonis non haberet, vnde possit creditori satis facere, quamuis non probetur scientia litis pendentis.

Sed si actione personali actum sit ad rem aliquam petendam, & eius traditionem, quamuis iuxta receptiorem sententiam non efficiatur res ipsa litigiosa, quod modo disputabamus, nihilominus alienatio facta lite pendente, data litis scientia ipsius tertij possessoris, vt facta in fraudem iudicis, & executionis iudicialis, non impedit reuocata eadē alienatione absque nouo iudicio executionem fieri contra ipsum tertium possessorem, ex his, quæ modo tradidimus secuti Balb. in d. l. leg. ob maritorum.

Hinc etenim deducitur congrua, ni fallor, interpretatio ad textum in a. ubi de litigiosis. §. ab hoc autem. Nam si creditor aduersus debitorem agat, non impeditur debitor lite mota etiam rem speciali obnoxiam hypothecæ alienare, vt inibi decium extat, nec adest huic rei vitium litigiosum, quamuis actum fuerit hypothecaria ad eandem rem, & tamen si debitor non habens alias res, vnde creditori satisfaciat, rem istam alienauerit lite mota in eum, qui sciuerit, litem ex de re tractari, & inopiam debitoris: profecto sententia lata contra debitorem mandabitur executioni contra tertium possessorem: quia hæc alienatio facta est in fraudem creditoris, simul & iudicis, atque ideo Baldi opinio in hac specie admittenda est cum probetur omnino inopia debitoris, nec oberit tex. in d. §. ab hoc autem, quia in eo casu non fit alienatio in fraudem: præsertim vbi ex pretio rei alienatae soluitur æs alienum, vt inquit ibi Iustinianus, qui non facta solutione ista respondet saluam superesse creditori actionem hypothecariam. Quod si non possit fieri executio contra tertium possessorem, in quem per fraudē fuit translata res ipsa hypothecæ obnoxia, oportet iterum creditorem agere nouo iudicio & actione hypothecaria, ac præmittere debitoris excussionem: ex quo deterior fieret eius conditio per alienationem lite pendente factam, cum re non alienata, fieret directo executio in ipsa re petita, vel possessa tempore alienationis ab ipso debitore. Igitur fraus fit in hoc, & idcirco congruum est ita Iustinianus, responsum interpretari, vt nulla calumnia sit in perniciem litigantium bona fide admittenda.

Maior, ac iniquior fraus fit, vbi pendente lite super actione hypothecaria contra tertium possessorem, ipse reus inops nec habens rem aliam in bonis, quæ possit sufficere ad iudicata rei executionem, si vt possessor, qui dolo desijt possidere condemnatus fuerit, rem ipsam transfulerit in eum, qui scit, litem motam esse, & inopiam ipsius rei conuenti. Etenim si non potest directo fieri executio contra istum nunc possidentem absque nouo libello, & absque nouo litis examine, dubio procul ex fraude communi tam alienatis quam eius, in quem fit alienatio, deficit rei iudicata autoritas, quæ in hoc potissimum fallitur, quod inanis est: & ideo iterum sunt omnia, repetenda contra istum tertium

possessorem, quæ ratione equissimum est, posse sententiam executioni mandari aduersus tertium possessorem directe: cum & in hac specie maxime obtineat ratio Baldi in d. l. leg. ob maritorum, & aliorum, qui eum secuti fuere.

Illud vero libenter addiderim, posse tertium possessorem, in quem translata est res litigiosa, vel pendente lite appellare à sententia illa, quæ directe præiudicat eidem quo ad executionem, modo appellet intra decem dies, priusquam sententia transeat in rem iudicatam aduersum illum, qui fuit condemnatus. Non enim vitium litigiosum, nec fraus litis pendentis causa deducta, ac præsumpta priuat tertium possessorem iure appellandi à sententia: intra tamen illud tempus, quo potuisset ipse condemnatus appellare, & quo nondum sententia in rem iudicatam tranferret contra condemnatum ipsum. Quemadmodum & de venditore diximus.

Hactenus ergo de sententia inter alios lata, quæ aliis nocet ex propria vi, & natura causæ, vel ex vitio, aut fraude propter litem pendentem, aut ratione cuiusdam præiudicij euictionis causa imminens. Nunc vero agendum erit de sententia inter alios lata, quæ nocet aliis ratione scientiæ iuxta distinctionem Iuriconsulti in d. l. l. sepe. Etenim vbi condemnatus appellare potuit, & appellare omisit, tertius iure appellare poterit intra decem dies à tempore, quo sciuerit sententiam latam. Quod probatur ex his, quæ statim dicemus, & quæ diximus in hoc capite de his, quibus sententia inter alios lata nocet ex natura causæ: sententia Angelus Pertusinus, & Angel. Aretin. in l. ab executeore. §. vltim. colum. vlt. ff. de appellatio. Quid autem, vbi condemnatus appellare non potest, quia tertio appellare non licet: an possit tunc tertius, cui ratione scientiæ nocet sententia, appellare? & sane si tertius hic in prima instantia, vel in secunda, vel in vltima, prius tamen quam sit in causa conclusum, sciuerit litem cum alio tractari, non poterit appellare ab illa sententia, quæ iure tranferret in rem iudicatam ex eo, quod tertia non potest admitti appellatio: alioqui si tertius ignorauerit litē tractari vsque ad causæ conclusionē in vltima instantia, cum eo tempore non potuerit ius proprium ad defensionem in iudicium adducere, poterit appellare, quamuis condemnatus non potuerit tertio appellare. Sic denique ex Innocent. ibidem adnotatur Panorm. num. 26. Felin. post alios, num. 10. in cap. cum super de re iudicat. Bart. Imol. & Angel. Aretin. in l. a sententia. col. vlt. ff. de appella. atque ita erit accipiendum quod Communis Consensu receptum est, nempe regulam illam, quæ non licet tertio prouocare, procedere, ac obtinere quo ad condemnatum, non tamen quo ad tertium, qui condemnatus non est secundum eosdem, & Deci. in cap. sua. col. 2. de appellat. ipse vero Innocent. Panorm. Deci. Bart. & Imol. illud tantum exigunt, vt tertius appellare non possit à tertia sententia, quod sciuerit is causam tractari ante illam vltimam sententiam Ang. Aretin. addit, esse necessariam scientiam istam ante conclusionem causæ. Scribit tamen Bart. in d. l. l. sepe. §. 8. quæst. damnum illud, & præiudicium, quod ratione scientiæ sententia inter alios lata infert alijs, omnino tolli, & vitari, si quis accesserit ad iudicium, & fuerit protestatus, se minime consentire in illius causæ examinatione & quod nulli sibi paretur præiudicium. Eandem opinionem probant Angelus Cuma Imola & Alexand. ibi numer. 109. Anton. colum. vltim. Abb. in cap. penultim. de re iudicat. numer. 8. vbi Imola & Felinus numer. 15. item tenuerunt Imo sufficit protestatio extrajudicialis: si tunc responderunt Angel. Imola, & Alexand. in d. l. sepe. & item Imol. & Felin. in d. l. cap. penultim. asserit tamen Imola, quem Alexand. & Felin. sequuntur, hanc protestationem debere notam fieri iudici, vel parti aduersæ, quoties his constat scientia protestantis. His non temere præmissis, mihi iure certius videtur, in hac quaestione, quam tractamus, satis esse, quod ante sententiam vltimam, & tempore, quo potuit tertius hac protestatione sibi præcauere, & consulere, sciuerit, causam tractari in alio, & hactenus tractatam fuisse, etiam si sit iam conclusum, quod videntur Innocent. Barto. & alij apertissime sentire.

Hinc apertissime deducitur interpretatio vera clementinæ constitutionis prima de re iudic. quæ decium extat tres sententias conformes tradendas fore omnino executioni, non obstante nullitatis exceptione in contrariam obiecta, quæ facta executione nihilominus examinatur. Est etenim ea decimo admittenda quo ad condemnatum, non tamen quo

ad tertium, qui ratione proprii præiudicij, aduersus ipsam sententiam vltimam nullitatem allegat, vel se opponit executioni ad eam impediendam: sic sane visum est Ioanni Andre. ibi in gloss. in verbo, contra se quem sequuntur Cardin. quæst. 4. Bonifac. colom. 7. & alij ibidem Felin. in cap. veniens. in 2. de testi. numer. 11. Alex. & Iaso. colom. vltim. in l. a. dno Pio. §. super rebus ff. de re iudic. idem Felin. in cap. cum super. de re iudic. numer. 18. Roma. in singul. 287. Rota in antiquis 241. & Deci. in cap. sua. num. 10. de appell. quorum Opinio Communis est, vt fatetur eam sequutus Felin. in cap. qualiter. in primo. de accusatomb. numer. 31. & constat ex traditis per Sebastianum Vantium de nullitatibus. titul. quæ postit dicere de nullitate. tamen si contrariam sententiam veniorem esse censeant Gulielmus, & Barba in dictam Clement. 1. vbi Zenzelinus & Imol. hanc opinionem vltimam sequuntur, vbi tertius certior fuit de omnibus tribus sententijs: primam vero, vbi nullam cognitionem, nec scientiam habuit duarum sententiarum: quæ ante tertiam late fuerunt.

Ego vero absque vlla distinctione opinor veram esse communem opinionem, quoties sententiæ nec ex natura causæ, nec ratione scientiæ tertio nocent: etiam scienti. Etenim tunc nec est necessaria ab his sententijs appellatio, nec nullitatis exceptio: sed tantum oportet quod tertius vtatur regulâ iuris ex qua res, inter alios acta, alijs non nocet. Nec potest hoc esse alicui controuersum. At si tertia sententia ita nocet tertio, quod ab eo nequit appellare, quia tertia est, nec licet ei tertio prouocare: profecto non poterit impediri ab ipso tertio huius sententiæ executio propter nullitatis obiectionem. Hæc etenim conclusio palam probatur ex ratione ipsius Clementiæ substitutionis, quæ ex hoc constat, quod tertia sententia non possit quoad executionis effectum impediri ratione nullitatis ab eo propositæ, cui sententia ipsa vt tertia nocet, & cui ea ex causa appellatio iure interdicitur. Igitur qui iuxta proximè traditam resolutionem non poterit vt tertius, tertio prouocare nec poterit executionem sententiæ impedire nullitatis causa. Verum si tertius appellare potuisset a sententiâ, quæ illi nocet, & id facere prætermiserit, aut neglexit, dubio procul impediet executionem sententiæ nullitatis exceptione. Ex quibus constat, opinionem Imolæ, & Zenzelini non satis iure probari, nisi secundum ea, quæ in proxima quæstione tradidimus: sic denique apparet, quoniam pacto communis opinio defendi possit: & tandem hæc sunt obseruanda quo ad intellectum Regiarum quarundam legum, quæ de sententiarum executionibus eandem fere rationem habere videntur, quam Romanus Pontifex in dict. Clement. 1. non admodum obscure insinuauit de quibus alias longius tractabimus.

CAPVT XVI.

De tertio, qui vult executionem sententiæ inter alios late impedire.

SYMMARIA.

- 1 Tertius, qui executionem sententiæ impedire vult, docere debet intra breue tempus eam contradiendi.
- 2 Non est admittenda contradiçtio illius, qui se opponit executioni ad eam impediendam, quoties calumnia præsumitur ipsius opponenti.
- 3 Intellectus l. is, a quo. ff. de rei vendicatio.
- 4 Intellectus l. is, a quo. ff. de rei vendicatio. & eorum qua Barr. ibi scripsit.
- 5 Tertius seipsum opponenti executioni, an sit admittendus ad iudicium qui acquisitionem, vel iniuriam alterius sententiam exequitur.

Agitur sapissime de sententijs iudicialibus exequendis cum in rem transferint iudicatâ, aduersus eos, qui expressim fuere condemnati: cui tamen executioni frequenter tertius aliquis obuiam ire conatur, eam impedire volens, & asseuerans, seipsum condemnatum non fuisse, nec victum, & præiudicium graue pati ex ipsius sententiæ executione. Idcirco par est, vt rem istam summam explicemus, illud præmittentes, quod vbi sententia nocet tertio quo ad plenum præiudicium ex natura causæ, vel ratione scientiæ, aut alio quouis pacto, nec possit tertius appellare: non est cur tractetur, an ipse possit executionem impedire: eum minime sit ad hoc admittendus: ex his, quæ latius scripta fuere in capitul. proximo & notatur in l. sepe. ff. de re iudicata. & in capitul. cum super. eodem titul. Iam enim est

sententia, etiam quo ad tertium, translata in rem iudicatam: atque ideo eius executio impediri non debet. Totâ igitur veritate controuersia in ea specie in qua sententia lata inter alios, alijs non præiudicat, nec iure nocet. Nam vbi præiudicat, vel nocet, tunc vel potest tertius appellare, & eo casu executio suspenditur: aut non potest appellare, & executio suspendi non debet. Quamobrem contingentiæ, quæ rei iudicatæ auctoritatem habet contra condemnationem, duobus casibus: primo inquam vbi sententia tertia nullo pacto iure nocet: secundo, quoties ea nocere iure potest, & nocet: potuit tamen tertius appellare, & appellauit, licet victus appellare non poterit, aut non appellauerit. In his tandem casibus vtunque sit, qui velit impedire sententiæ executionem, docere debet summam, & intra breue tempus, quod sibi damnum fiat ex illius sententiæ executione: alioquin non est admittendus: quem admodum probat text. elegans in cap. veniens. in 2. de testi. & ibi Panorm. & Felin. idem Felin. in cap. prator. ea. col. penult. de testi. cogit. probatur idem in l. a. dno Pio. §. super rebus ff. de re iud. & est Communis Opinio, ita tamen intelligenda, vt sufficiat semiplena probatio, nec sit necessaria probatio integra, secundum Innoc. & omnes in d. c. veniens. vbi Felin. nu. 13. hoc ex omnium traditione deducit. Idem Felinus in dict. c. curi super. nu. 16. de re iud. quo fit, vt quoties tertius a sententia inter alios lata velit appellare, & executionem impedire, non illi satis iustam appellandi causam exponere expressim in appellatione: sed oportet illam probare statim intra breue tempus, saltem summam, & semiplena probatione: quod sit tantum appellet, nec impedire conetur executionem, satis erit, causam in ipso appellationis libello proponere, quæ appellatorem ipsam iusti faciat.

Verum quoties præsumi possit calumnia tertij appellantis, & se opponentis executioni, tunc non est admittenda eius appellatio, nec oppositio, sicuti constat ex cap. suscitata. de integ. resit. gloss. Abb. Felin. & Deci. in cap. super eo. de offic. delega. in verbo. tenebit. Felin. in cap. vltim. colom. vltim. de calumniatori. Card. Felin. num. 10. in cap. veniens. in 2. nu. 10. de testi. Cardin. in Clement. 1. quæstio. 4. de re iudic. Abb. & alij in dict. cap. suscitata. Quorum est Communis Opinio. Scribit tamen Panorm. in dict. cap. super eo. hanc calumniæ præsumptionem tolli, si tertius offerat proprijs, ac grauis præiudicij probationem statim, & vt aiunt, & in continenti: tunc etenim probatio ista recipienda est, & interim ad breue illud tempus differenda executio: quia calumniæ præsumptio cessat. Hæc Panormitan. sententia probatur in cap. interposita. in principio. de appellat. idem repetit Panorm. in d. cap. suscitata. num. 7. text. optimus in cap. literas de resit. spoliat. versicu. prator. ea. l. si is a quo. in princip. ff. in possess. legat. Innocent. in cap. post electionem. de concess. præbend. idem Abb. & Deci. 2. colom. in dict. cap. interposita. Non me laet, quibusdam visum fuisse, quod præsumptio calumniæ non tollatur per obligationem probationis presentis, & statim faciendæ: auctoritate gloss. d. d. capite. suscitata. in verbo. sententiæ. vbi Imola. colom. 3. Anton. Corset. in singul. in verbo. exceptio. tamen gl. prædicta non omnino probat hoc, imo potius idem, quod Panorm. ex ea deduxit, vt constat in priori eius parte: qua quidem opinione, & si tentauerit post recedere, non tamen expedite, ac deliberate discessit. Sic denique licet opinio Panormitani dubia sit, dum is scribit, exceptionem quamlibet, quæ legitima sit, admittendam esse, si offeratur eius probatio statim, etiam si lege, vel statuto nulla sit: alioquin exceptio admittenda. Nam Alexand. hanc sententiam probat consil. 94. lib. 4. cui pro Panormitan. respondet Dec. in cap. ex parte in 2. colom. 4. de offic. delegat. nihilominus, vbi plena probatio, & integra offertur statim, & in continenti. ipse opinor, tolli ex hoc calumniæ suspensionem, quæ profecto sapissime tolli non poterit ex probatione semiplena: quod eleganter admonet Felin. in dict. cap. veniens. in 2. nu. 10. de testi. qua in rem multum erit tribuendum boni viri, ac discreti iudicis arbitrio, non tantum circa probationis qualitatem: sed & circa tempus ipsum, inter quod fieri debet. quemadmodum Panorm. in dict. c. veniens. docet. n. 11. post eum alij, præsertim Felin. n. 15.

Sed est tertius docere velit adhuc probationem integram, graue præiudicium sibi imminere, si sententiæ executioni tradatur, & ea ex causa eam impedire, admittendus non est: quoties is ante sententiam scuerit, causam, & litem tractari inter victorem & victum: sic etenim censent rem istam intelligendam fore Antonij Abb. & Felin. numer. 10. in dict. cap. super.