



**Tractatvs De Præventionē Ivdiciali [!], Sev De
Contentione Ivrisdictionvm**

Tonduti, Pierre François de

Lvgdvni, M.DC.LXXIII.

Capvt XXX. An & quomodo præuentio, cesset pereunte instantia. ...

[urn:nbn:de:hbz:466:1-98370](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-98370)

CAPVT XXX.

ARGVMENTVM.

An & quomodo præuentio, cesset pereunte instantia. Et vtrum instantia transeat ad Clericum hæredem laici. Et quis sit effectus transitus instantiæ, vel peremptionis ipsius. Quid sit Causa, Lis, & Instantia. Et quid renunciare Instantiæ, sed non Liti, ad explicationem eorum quæ suprà c. 6. dicta fuere, An & quando instantia transeat ad singularem successorem necessarium, vel voluntarium. Et quis dicatur successor necessarius. An & quando instantia transeat à Patre ad Filios; à Testatore ad fideicommissarium vniuersalem; ab hærede grauato ad substitutū. Vtrum ad Successorem Maioratus. Vtrum ad Successorem Ecclesiæ. De tractatu consanguinitatis, vtrum istius instantia transeat ad hæredes extraneos. Vtrum à Cedente ad Cessionarium; à Resignante in Resignarium; à Proprietario ad Vsfutuarium, ab Vsfutuuario ad Proprietarium; à Testatore ad Legatarium; à Laico in Clericum, vel à Clerico in Laicum; à delinquente ad Fiscum. De modo procedendi contra delinquentes contumaces, tam de iure communi, quam ex Statuto Auenionen. De annotatione bonorum, & expensis quæ pro ipsa fiunt contra contumaces. Expenditur quæstio controuersa, vtrum Graffarius Civilis qui præuenit causam discussionis, repellatur à Notario Criminali in casum annotationis vel confiscationis, & super hac quæstione affertur decisio *Rote Auenionensis*. Quomodo præuentio Creditorum in iudicio generalis discussionis nocere possit Domino Directo agenti super re emphyteutica, Vbi nota num. 96. *veteris edit.* addendam esse dictionem *non*, & legendum hoc modo, *cum actio Domini directi non sit realis*. De instantia in actione reali. Et quid dicendum sit de eo qui habet pro se clausulam Constituti. Quæ requirantur ad hoc vt instantia transeat ad hæredem, vel alium successorem.

SVMMARIVM.

- 1 Præuentio nihil operatur in præiudicium tertij habentis ius separatum.
- 2 Laicus obligatus ad curias Montispeffulani, an transmittat instantiam ad suum hæredem Clericum, ita vt præuentio officiat hæredem.
- 3 Ad quem transit instantia, ad eundem transeunt actio nec opus est nouo processu.

- 4 Successor reassumens causam sui auctoris facit acta sua.
- 5 Definitio instantia proposita à Socino rejicitur.
- 6 Vera instantia descriptio proponitur.
- 7 Quis sit terminus instantiam in ciuilibus quæ in criminalibus de iure civili.
- 8 Instantia de iure Canonico est perpetua.
- 9 In executiuis quando dicatur incipere instantia.
- 10 Finita instantia expirant mandata procuratoria.
- 11 Procurator tenetur appellare. An autem teneatur prosequi appellationem? explicatur.
- 12 Fideiusor simpliciter datur non tenetur in alia instantia.
- 13 Quid contineatur appellatione causæ.
- 14 Litis nomine quid comprehendatur.
- 15 Quid sit renuntiare liti & non causæ.
- 16 Litis nomen significat omnem actionem tam realem quam personalem.
- 17 Quomodo intelligenda sit hæc clausula, Renuntio instantiæ, sed non liti ad explicationem eorum quæ suprà cap. 6. dicta sunt.
- 18 Instantia propriè sumpta transit ad hæredes.
- 19 Hæres de nouo citari debet quando ad eum transit instantia, & omnia acta præcedentis iudicij vno verborepetenda.
- 20 Contra hæredem proceditur executiue ex statuto Auenionensi sine noua citatione.
- 21 Contra hæredem quomodo procedi possit in practica de iure communi quando ad eum transit instantia.
- 22 Cautela reproductionis omnium actorum quam sit utilis explicatur.
- 23 Instantia regulariter non transit ad singularem successorem.
- 24 Instantia transit ad singularem successorem necessarium non ad voluntarium.
- 25 Successor necessarius dicitur qui succedit in re indiuia.
- 26 Intellectus l. in iudicio, ff. famil. herciscum.
- 27 In iudicio diuisorio potest index aliquas res omittere, sed non personas.
- 28 Successor necessarius dicitur is in quem actio consolidata fuit.
- 29 Instantia cepta per patrem transit ad filium in emphyteuticis.
- 30 Instantia cepta contra testatorem transit in fideicommissarium vniuersalem.
- 31 Instantia cepta contra hæredem grauatum non transit ad fideicommissarium sine cessione.
- 32 Instantia transit ad fideicommissarium, & ad quemlibet successorem in actione reali.
- 33 Explicatur Fufarius, de substitutionibus, quæstion. 620.
- 34 Instantia transit ad successorem maioratus quando nomine dignitatis actum fuit.
- 35 Clericus agens nomine Ecclesiæ transmittit instantiam ad successorem, nec est opus nouo processu.
- 36 Quæ sit differentia inter successorem fideicommissi & maioratus.
- 37 Instantia retractus consanguinitatis transit ad hæredes etiam extraneos.
- 38 In iudiciis oriuntur quasi contractus qui faciunt, vt instantia transeat ad hæredes.
- 39 Instantia cedi potest singulari successor.

- 40 Cessio facta cum iuramento operatur transmissionem instantia.
- 41 Cessio instantia fieri potest etiam in feudalibus.
- 42 Cessio non operatur translationem instantia nisi verba sint valde ampla vel specifica.
- 43 Instantia litis transit a resignante in resignarium.
- 44 Instantia super nobilitate transit a patre in filium quamvis non sit heres patris.
- 45 Instantia transit ad alium quando oriur ex iure quod erat antiquius lite proposita.
- 46 Si actio dotis consolidetur in persona filia, ad eam transibit instantia litis a patre inchoata.
- 47 Instantia cepta cum proprietario transit ad usufructuarium in iis qua respiciunt curam, custodiam & conservationem bonorum.
- 48 Instantia cepta per usufructuarium transit ad proprietarium si sit ad utilitatem proprietarii, & non alias.
- 49 Instantia non transit ad legatarium.
- 50 Verum instantia transit a Clerico in laicum, vel a laico in Clericum.
- 51 Praeventio non est locus quando mutata est conditio personarum.
- 52 Quid in terris Ecclesie immediate subditis in hac questione observetur.
- 53 Quod verior sit in puncto iuris sententia & magis communiter recepta instantiam transire ad heredem Clericum.
- 54 Si instantia secundum plurimorum sententiam transcat a laico in Clericum, tamen pro executione adendum est Index Ecclesiasticus.
- 55 Verius est instantiam transire ad Clericum, & causam coram iudice laico praeventiam, coram eodem tractandam esse, si est contra quem praeventum est post litem contestatam fiat Clericum.
- 56 Praeventio non datur contra fiscum.
- 57 Post confiscationem & incorporationem bonorum ex delicto vel ex contumacia, noua lis contra fiscum instituenda est.
- 58 De modo procedendi contra contumaces ex dispositione iuris communis.
- 59 Contumaces habentur pro confessis, in Italia & Gallia.
- 60 Intellige in Gallia, vt locum habeat, praecedentibus legitimis probationibus, & non ex sola contumacia.
- 61 Contra absentem, non proceditur de iure communi ad aliquam penam ultra relegationem, & qua sit praxis procedendi contra contumaces.
- 62 Absens de iure communi non habetur pro confessio quoad crimen, sed tantum quoad bona, si per annum persistit in contumacia.
- 63 Aduersus fiscum, praescribitur intra viginti annos, a die annotationis bonorum.
- 64 Quomodo procedatur contra contumaces, ex statuto Comitatus Venetissimi.
- 65 Executio in effigiem non debet praticari in ciuitate Auenionensi, nec in Comitatu Venetissimo.
- 66 Statutum Auenionense dat formam procedendi contra contumaces a qua non est recedendum.
- 67 Immo debet priuari suo beneficio ex sola contumacia simplici.
- 68 Notarius criminalis scribere debet in causis concernentibus bona incorporata propter delictum, vel contumaciam.
- 69 Fiscus non representat delinquentem, quamvis sit illius successor universalis.
- 70 Quando alicuius bona confiscantur, illius persona in totum inhabilitatur.
- 71 Fiscus succedens priuato videtur iure priuati.
- 72 Futura qua habent connexionem cum praeteritis per Sanlegerius de Praeuent. Iudic. Par. I.

- successorem debent expediri.
- 73 Fiscus succedens est loco heredis.
- 74 Licet fiscus sit loco heredis tamen proprie non est heres quando succedit in vim publicationis bonorum.
- 75 Si fiscus succedat tanquam heres secundum aliquorum sententiam ad eum transit instantia.
- 76 Contrarium verius esse ostenditur.
- 77 Quando fiscus succedit alicui, nulla consideranda est praeventio, sed noua lis instituenda est, coram officialibus criminalibus, & mandata facta in praecedenti instantia expirant propter priuilegium fiscali.
- 78 Fiscus secundum aliquos succedit in instantia quando succedit actoris non quando succedit reo, & ratio differentia asseritur.
- 79 Contrarium tamen verius est, nempe praeventionem non posse opponi fisco, siue succedat actori siue reo.
- 80 Sola annotatio bonorum, non impedit praeventionem contra fiscum.
- 81 Expensa descriptionis, qua fit propter contumaciam non debet solui de bonis descriptis & amotatis.
- 82 Fiscus nullum habet ius considerabile in bonis delinquentis ante condemnationem.
- 83 Graffarius civilis scribere debet quando reus non est contumax in discussione per eum praeventa.
- 84 Fiscus videtur iure priuati in casibus in quibus non est specialiter priuilegiatus.
- 85 Creditores anteriores preferuntur fisco in penalibus & n. 91.
- 86 Qui prior est tempore preferendus est, etiam in iudicialibus.
- 87 Statutum generaliter loquens comprehendit fiscum in casibus in quibus non est specialiter priuilegiatus.
- 88 Statutum Auenionense, de Tabellionibus lib. 1. Rubric. 20. art. 18. explicatur.
- 89 Notarius qui praeventi regulariter preferendus est.
- 90 Causa criminalis mixta, regulari debet ad instar civilis.
- 92 Iura fiscali locum habent in bonis incorporatis, non autem incorporandis.
- 93 Fiscum non debere litigare spoliatum, an sit verum, & quomodo procedat.
- 94 Fiscus non potest aliquem de sua possessione dimouere quando adest legitimus contradictor.
- 95 Quando confiscatio fit ipso iure, dominium transit in fiscum sed non possessio, nisi post sententiam declaratoriam.
- 96 Instantia discussionis generalis quando afficiat Dominum directum.
- 97 Colonus in iudicio discussionis videtur iure Domini directi.
- 98 Dominus directus in discussione preferendus est omnibus creditoribus etiam pro areragiis laudimiorum.
- 99 Praeventio creditorum non operatur contra Dominum directum agentem ad Commisum.
- 100 Agens actione rei vendicationis non ligatur instantia discussionis.
- 101 Qui habet clausulam Constitui tenetur comparere in iudicio discussionis.



NECESSARIA est in hoc praeventio-
num tractatu discussio regulæ illius
generalis, quod praeventio non opera-
tur quando persona praeventa non est
eadem cum illa quæ iudicium propo-
nere vult, quam tradit Rot. dec. 5. de for. competens in
antiquis, alias 551. vbi ponit casum quod de laico
qui erat obligatus Auenione in certa quantitate
pecuniae ad Curiam sigilli Montispefulani, quæ
M obli

- obligatio habet vim rei iudicatae, & mādatur executioni sine aliqua causae cognitione, mortuo debitore successit Clericus haeres, contra quem creditor clamorem dicti sigilli exposuit; disputat ibi Rota utrum praeventio contra defunctum operetur suum effectum aduersus Clericum haereditatem super quo licet nihil certi concludere videatur, tamen proponit illam regulam, quod quando sunt diuersae personae, praeventio cōtra vnam nihil operatur contra aliam, quam decisionem ad id allegauit Dec. in cap. quia, l. 1. de foro competentis, num. 11. Felin. dicto cap. quia, numero 3. Suid. consil. 222. num. 8. & 9. & numero 18. versic. minus repugnat. Et ideo videndum est, utrum instantia liti mota contra vnum transeat ad alium, & effectum praeventionis producat contra ipsum, & si enim instantia ad aliquem transeat, ad eum etiam transeunt omnia acta, & proceditur ex iisdem actis, & causa in eodem statu manente, Lancellos. de autent. c. 20. limit. 24. num. 28. Rot. decis. 1. alias, 3. Nota quod successor, ut lite pendente, in Antiquis, Felin. in dicto cap. quia G. 11. num. 5. versic. ult. Burat. decis. 278. numero 6. & Et ideo successor reassumens eandem causam facit sua omnia acta in illa causa facta, Burat. ibid. num. 9.
- Pro cuius questionis intelligentia supponendum est in primis quid sit instantia, quid lis, & quid causa, quod etiam faciet ad intelligentiam terminorum de quibus supra actum fuit, cap. 6. de Renuntiatione liti. & Et omnia definitione proposita per Socin. in cap. venerabilis de Iudiciis, vbi num. 3. dicit instantiam esse temporis metam iudicariae liti oppositam, cum haec sit potius descriptio effectus instantiae, quam ipsius instantiae, dicendum est; & instantiam proprie describitur sit exercitatio iudicii a liti contestatione incipiens, & usque ad sententiam (sive feratur) perdurans, quam definitionem affert Hering. in tract. de fideiussoribus, cap. 20. §. 20. num. 2. dixi, si ea feratur.
- Quia si nulla sequeretur sententia in iudicio, instantia triennio de iure civili finiretur, l. properandum, in principio, C. de iudiciis, quod procedit in causis civilibus: nam in criminalibus instantia biennio terminatur, l. fin. Cod. ut intra certum tempus crimin. quae. term. & sed tamen de iure Canonico instantia est perpetua, cap. penult. de iudic. & in executiui autem instantia incipit a primo actu qui fit post executionem, Afflict. decis. 346. n. 5. Amendol. ad Vinc. de Franch. decis. 250. n. 2.
- Huius instantiae effectus est, quod regulariter finita instantia expirant etiam mandata procuratoria, veluti in iudicio appellationis, l. inuitus, 17. & ibi DD. Cod. de procuratoribus. & Vbi communiter concluditur, quod procurator teneatur quidem appellare non tamen prosequi appellationem, nisi etiam ad id fuerit constitutus, & mandatum specialiter factum.
- Similiter fideiussor simpliciter datus non censetur obligatus in alia instantia, sed in ea tantum in qua datus fuit, l. cum quid, & ibi Bart. ff. iudicatum solui, Hering. d. c. 20. §. 20. n. 4. & seqq.
- Causa accipitur pro ipso iure deducto in iudiciis, ut est text. in dicta leg. properandum, in principio, ibi, ita quod omnes lites super pecuniariis causis. textus & gloss. in l. 1. ff. solui. matrim. & probatur ex doctrina Bart. in l. causas, C. de transactionibus. & in l. qui Roma, §. Callimachus, ff. de verbor. obligat.
- Lis dupliciter accipi potest, quandoque proprie, quandoque improprie: improprie accipitur pro Instantia, ut in dicta l. properandum, in princ. & melius, ibid. in §. final. & ibi gloss. in verb. nihilominus. Et in hoc sensu intelligenda est & clausula, quā Pragmatici no-

stri uti consueverunt, dum dicunt, Renunciari liti, sed non causa: nam in hoc loquendi genere, liti nomen improprie capitur pro ipsa instantia.

Proprie vero lis accipitur, quando non solum 16 comprehendit instantiam, sed etiam totum iudicium & causam: probatur per textum in l. liti nomen 36. ff. de verb. sign. vbi dicitur liti nomen actionem significare, siue in rem, siue in personam sit, & ex Gl. in c. 1. de procuratoribus, in 6. quam ibi sequuntur communiter DD. & ex gloss. in dicta l. properandum, Cod. de iudiciis, & in hoc sensu superius, d. cap. 6. 17 tractatum fuit de renunciantie instantiae, sed non liti: quae verba, si improprie loquamur, aequivalent renunciationi liti, sed non causa.

Quibus sic praesuppositis, concludendum est in 18 primis, instantiam proprie sumptam, de qua in posterum loquimur, regulariter transire ad haeredes, ut tenent communiter DD. in dicto cap. quia G. 11. de iudiciis, & in l. si cum hominem, 34. ff. de fideiussoribus, l. si petitor, 31. ff. de iudiciis, l. filius 21. versic. multo magis, ff. de inofficioso testamento. quod procedit etiam si lis aduersus defunctum tanquam reum incepra fuerit, l. 1. C. si pendente appellatione mors interueniat, l. 2. §. si, ff. de praetor. stipulat. leg. seruus, 14. ff. de infamibus Mynsinger. centur. 1. obserua. 85. n. 3. vbi dicit instantiam liti non finitae transferri in haereditatem, aduersus quem non instituitur nouus processus; & sed ta- 19 men haeres de nouo debet citari, & ita procedi, ut vno verbo omnia acta & actitata praecedentis iudicii repetantur, ita quod non instituitur nouus processus cum haerede.

Quod apud nos obseruandum non est in causis 20 exequutiui, quia datur executio directe contra haereditatem quoad defuncti, necnon quoad bona ipsius haereditas, nisi haeres haereditatem adierit cum beneficio inuentarii. Quod procedit etiam si tempore exequutionis non fuerit probatum, illum, contra quem petita fuit executio; esse haereditem debitoris, dummodo postea probetur: ita enim cauetur statuto Auenionensi lib. 2. rub. 17. art. 2. Sufficit enim media exequutionis probare post factam exequutionem, si illa defectu mediatorum impugnetur, ut in dict. stat. rub. 17. art. 1.

Sed de iure communi, instantia licet transeat ad 21 haereditatem, non tamen transit ipso iure, sed opus est ut citetur ad hoc, ut in eum transferatur instantia, per text. in l. editum ff. de iudic. & in l. orationis ff. de feriis, & ideo mortuo reo, actor curare debet, ut illius haereditas citentur ad videndum iudicium in eos transferri, quia citatione facta, iudex postea interponit decretum, quod iudicium in ipsos transferatur, & cum ipsis ad ulteriora in causa procedatur: quia instantia translata, & repetitis eodem contextu omnibus actis, & actitatis, tunc instantia continuari & iudicari poterit contra haereditatem. & Et propterea pruden- 22 tes causarum Patroni uti solent hac cautela, Ego reproduco citra binam insertionem omnia acta, actitata, & merita huius causae in passibus & locis, &c. & peto ius dici, &c. quod probatur per text. in leg. Lucius, §. rogatus, cum ibi notatis per Bart. ff. ad Treb. & in l. fin. ff. ad exhibendum, Bald. in l. si eos, C. de fideiussoribus, Angel. & Imol. in l. penalis in principio, ff. ad legem falcid. per quae iura ita tenet Marta consil. 83. n. 7. 8. & 9.

Ad hoc autem ut instantia transeat ad haereditatem qui est successor vniuersalis, non est necessarium quod lis fuerit contestata cum defuncto, sed sufficit d. fundum fuisse citatum ad causam ante mortem: ut probatur per text. in l. si defunctus 15. in principio, ff. de precur. Barbof. in l. si constante 25. §. fin. num.

- num. 21. circa fin. & num. 28. circa med. ff. solut. matrim. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 21. num. 6. Quod in hærede quidem successore vniuersali procedit: nam dum agitur de successore particulari, vt ad eum transeat instantia, requiritur litem cum defuncto fuisse contestatam: vt aduertit Couar. *practic. quest. cap. 8. n. 3. in fin.* Barbof. in l. hæres absens, in princip. num. 25. & num. 143.
- 23 Secunda conclusio. Instantia cœpta contra aliquem, non transit ad eius successorem singularem. Cost. de facti sciencia. centur. 2. dist. 74. num. 4. Peregrin. de fideicommissis. artic. 53. numero 24. Practic. Papiens. in tit. de forma exequut. semet. in principio. num. 20.
- 24 Quod procedit in singulari successore voluntario in quem non transfertur instantia: l. 2. §. non solum, ff. de hæred. vel actione vendit. & l. si pignoria, ff. familia erciscunde, secus est in successore necessario: l. in hoc iudicio. Eodem tit. Hæc distinctio est Bartoli in d. l. si eum hominem 24. ff. de fideiusoribus, quam sequitur Giurb. *decis. 107. n. 2.*
- 25 Necessitas autem variè in hac materia considerari potest. Primo respectu rei, quando res litigiosa facta, inuito actore transfertur in alium qui tamen ab eo causam habeat, vt in l. in hoc iudicio, ff. familia erciscunde, vbi tam instantia quam sententia censentur esse indiuidua in iudicio familie erciscunde, ita vt iudex non possit iudicare quoad vnum, quin simul etiam iudicet quoad alios: propter indiuiduitatem negotij: & que lex propriè de personalibus præstationibus intelligenda est, vt ostendit toties ibidem inculcata personarum mentio, teste Cuiacio: veluti si quatuor sint hæredes, qui inter se agant iudicio familie herciscunde, & primus quidem expensas necessarias in vtilitatem hæreditatis factas repetat, non potest iudex contra secundum & tertium procedere, aut sententiam ferre, nisi quartus etiam citetur & condemnetur, & sic instantia afficit omnes cohæredes, cum sit indiuidua, & non possit pro parte valere & pro parte non valere, in capitibus connextis & indiuiduis, secus est in separatis. Et ideo ratione indiuiduitatis, instantia transit in successorem necessarium: & licet iudex possit aliquas res in iudicio diuisorio dimittere indiuiduas, tamen quoad personas, non potest iudex aliquas omittere, & quoad alias iudicare, atque ita responderetur ad leg. si filius, §. familia, ff. familia herciscunde, vt aduertit Bart. in dicta leg. in hoc iudicio, quidquid aliter illam legem explicet Fulgos. Cuius interpretatio non est conformis menti Bartoli, nec aliorum Doctorum.
- 26 Secundum exemplum necessarij successoris est in eo, in quæ consolidata fuit actio, quæ communis illi erat cum auctore. Nam tunc ex necessitate iuris, & ex causa præcedenti succedit, & ad eum transit instantia quæ cum eo integrè continuanda est, vt refert Peregr. de fideicom. artic. 53. n. 24.
- 27 Regula enim generalis est quod vbi ex necessitate iuris res vel actio ad aliquem transit, ad eum etiam transit lis super eadem re, vel actione intentata. Veluti si pater emphyteusim acceperit pro se & filiis suis, certum est quod instantia cœpta per patrem in illare emphyteutica, transit ad liberos, vt dicit Decius in dict. cap. quia G. i. de iudicis, quia illa res ex necessitate iuris deuenire debet ad liberos, l. vnum ex filiis, §. i. ff. de Legat. 2. Cuius in dicta leg. si eum hominem, §. ff. de fideiusoribus.
- 28 Tertia conclusio. Lis & instantia in cœpta cum testatore transit in fideicommissarium, ita vt teneatur subire iudicium in statu in quo reperitur coram eodem iudice eodémque Notario qui prauenerunt, Santegerij de Præuen. Iudic. Pars I.

abque eo quod de nouo lis contestari debeat, Bart. in d. l. si eum hominem, §. 4. versic. Respondeo, & ibidem alij DD. quia fideicommissarius vniuersalis succedit in iuribus hæreditariis actiuis & passiuis, & ideo ad illum transit instantia cum testatore cœpta tam actiue, quam passiuè.

Cœpta vero instantia cum hærede grauato, non ita simpliciter transit in fideicommissarium, quia hic non succedit hæredi grauato, sed testatori, & ideo vt succedat in instantia, necesse est, vt per eum actiones cedantur ipsi fideicommissario, vt dicit Peregr. d. artic. 53. num. 19. & probatur in leg. cum hæreditas 36. ff. ad Trebell. in illis verbis, & tamen hæres iudiciis quibus commentus est, aut stipulationibus quibus necesse habuit promittere, obstrictus manebit, & in l. si patronus, & melius in leg. Lucius 78. §. rogatus, ff. ad Trebell. Tusc. in verbo Instantia, concl. 210. n. 3. Noal. de transmissionib. cas. 55. n. 3.

Si tamen ageretur actione reali, transiret instantia ad fideicommissarium, vt dicit Peregrin. loco citato, num. 19. & in genere de actione reali. Amendo la *decis. 250. num. 18. ad Vincent. de Franch. Burat. decis. 337. num. 4.* licet Peregrin. de fideicommiss. artic. 53. num. 25. in fine, cogitandum relinquar, & atque ita ex ultimo intelligenda esse tradita per Fufar. de substitutionib. qu. 620. & Intrigliol. de substitutionib. centur. 3. q. 73. n. 129. & 130. Molina vero lib. 4. c. 8. n. 6. loquitur in maioratibus & primogenituris Hispanorum, qui casus specialis est. Nam cum maioratus sit dignitas, instantia cœpta nomine dignitatis, transire debet ad successorem eiusdem dignitatis. Aliud est si possessor maioratus proprio & priuato nomine ageret; tunc enim Instantia non transiret ad successorem: veluti si quis peteret aliquid sibi adiudicari, non maioratus, aut primogenituræ, vel fideicommissi nomine, sed proprio. Alioquin si nomine fideicommissi peteret, transiret instantia ad successorem, atque ita intelligendus est Fufar. in tract. de subit. d. q. 620. & concordandus cum Peregrin. d. c. 53. n. 18. & cum aliis fusè allegatis, d. q. 620. propterea sic concordari debere ostendit Peguerra *decis. 28. numer. 4. versic. 2. limitatur*, & Cabed. *decis. Luffit. 198. num. 4.*

Idque exemplo Clerici, aut alterius in dignitate constituti, qui si nomine Eccl. sue egerit, transmittit ad successorem in Ecclesia, vel Dignitate instantiam inchoatam, Burat. *decis. 278. num. 6. & sequentibus*, ita vt in iisdem actis, & causa in eodem statu manente, successor agat vel conueniatur, Burat. *dict. decis. 278. numer. 5. & 6.* Gratian. *discept. forens. cap. 736 num. 18* idem, Burat. *decis. 337. num. 7.* Peregr. d. artic. 53. num. 28. Noal. de transmissionibus, dicto cas. 55. num. 9.

Differentiam autem inter successorem ex maioratu, & eum qui succedit ex fideicommissio, explicat egregiè Castill. *controuersiar. iur. lib. 2. c. 9. num. 11. & seqq.* quia in fideicommissarium vniuersalem licet hæreditas inuito hærede grauato transire debeat, tamen restitutio quæ fit fideicommissario vniuersali, fit iudicio personalij, ideo non potest fideicommissarius aliquas mouere actiones, nisi facta sibi restitutione per hæredem; Sed in maioratu dominium & possessio transfertur ipso iure, & per consequens instantia, vt ibi copiosè Castill.

Quarta conclusio. Quando ex statuto, vel consuetudine ius retractus consanguinitatis quem Galli vocant. *Lignager*, competit proximiori agnato, qui facto deposito vocatis vocandis, intentauit iudicium retractus, si ille proximior pendente lite moriatur, verius est ius illud retrahendi, & instantia super

super retractu inchoatam transmitti ad hæredes etiam extraneos. Quod inferuire potest ad interpretationem statuti provincialis concedentis ius retractus proximioribus.

Ratio est, quia ut supra dictum est in 1. conclusione, instantia quælibet iudicialis transit ad hæredes vniuersales actiue & passiuè, ex traditis in d. l. *si cum hominem*, ff. de fideiusso. *†* Quia cæpto iudicio in vim iudicialis instantiæ, oritur quidam quasi contractus inter collitigantes, l. 3. §. *idem scribitur*, ff. de pecul. & ideo propter talem quasi contractum, instantia efficitur transmissibilis: ad tradita in l. *si sic*, ff. de verb. oblig. l. *veteres*, Cod. de contrahenda stipulatione, atque ita in fauorem transmissionis instantiæ retractus gentilitij iudicatum fuisse testatur Peregrin. decif. 22. num. 3.

39 Quinta Conclusio. Quamuis regulariter instantia non transeat in singularem successorem, tamen aliud dicendum est quando illis cessio specificè facta fuit, d. l. *cum hereditas* 36. ff. ad Trebell. l. *in causa*, §. *finali*, & ibi DD. ff. de procurat. & in dicta leg. *si cum hominem*, ff. de fideiusso. eademque ratione si hæres cessionarium hereditatis posuerit in locum suum cedendo ipsi omnia iura & actiones suas, maxime cum clausula *quomodocumque competentia*, & aut etiam si cessio facta fuerit cum iuramento quod habet vim specificæ expressionis, tunc instantia transit in cessionarium siue sit vniuersalis, siue singularis, Noal. dict. cas. §. *n. 15*. Giurb. decif. 107. num. 3. *vsque ad finem*.

41 Quæ adeo vera sunt, ut etiam in feudis possit cessionarius uti iuribus sibi cessis super feudo, & prosequi instantiam inchoatam à cedente, obtento assensu Domini feudi, ut fuit decisum apud Vincent. de Franch. decif. 593. per totam.

42 Dixi, quando cessio specificè facta fuit, nam alioquin cessio non operaretur translationem instantiæ in cessionarium, nisi verba cessionis essent valde ampla, Giurb. decif. 84. numero 12. Mar. Mut. decif. 14. num. 9. & sequentibus, & ita intelligo Georgium allegat. 33. numero 26. vbi loquitur de donatario iurium & actionum.

43 Sexta Conclusio. Instantia litis transit à resignante in resignatarium beneficij, in eo statu in quo reperitur, & ideo resignatarius non potest mutare iudicem, vel notarium in causa quæ fuerat intentata contra resignantem, sed causam prosequi tenetur in statu in quo reperitur. Paris. de resign. libro 1. quæst. 16. num. 10. & 14.

44 Septima Conclusio. Instantia litis super nobilitate intentata contra patrem transit in filium, etiam si non sit hæres patris, Menoch. conf. 904. numer. 70. per text. in leg. *si operarium iudicio* 29. ff. de operis libertorum, vbi dicitur quod si operarium iudicio actum fuerit cum liberto, & Patronus decesserit, translatio instantiæ non fit in heredem, sed in filium, quamuis patris hæres non existat. Quia illæ operæ, super quibus litigabatur, ex dispositione & necessitate iuris transibant in filium, vnde & instantia ad eum transire debebat. Idem de Nobilitate dicendum est & de aliis similibus iuribus, quæ ad filium tanquam filium deferuntur, quia & pertinent ad filium ex causa quæ præcedebat ipsam instantiam, & habebat originem ante causam cæptam, quod maxime in iure consideratur, ut colligitur ex l. *alienationes* 14. ff.

46 familia hereticunda. Similiter & si actio dotis competens patri per eum intentata fuerit, instantia illius litis deuoluitur ad filiam, quamuis non sit hæres patris, idque duplici ratione. Prima, quia filia ex necessitate iuris consequitur illam actionem. Secunda,

quia illam consequitur ex causa quæ erat antiquior, & præcedebat iudicium inchoatum per patrem, ut dicit Bartol. in d. l. *si cum hominem*, ad finem, ff. de fideiusso. quem sequitur Barbof. in d. l. *si constante* 25. §. *finali*, n. 23. ff. solut. matrimonio.

Octaua Conclusio. Instantia cæpta cum testatore 47 proprietario transit in usufructuarium actiue, sed non passiuè; quia usufructuarius habet exercitium actionum pro conseruatione, custodia & cura bonorum in quibus habet vsumfructum, non autem in reliquis, per text. in l. 1. §. *usufructuarius*, ff. de non. oper. nuntiat. Si enim in reliquis à testatore ad usufructuarium transiret instantia, sequeretur quod ipse posset præiudicare proprietario litigando, quod non est dicendum: & similiter & si lis fuerit cæpta per usufructuarium ad vtilitatem proprietatis, transibit instantia ad proprietarium, alias non transibit. Ut bene explicat Hodiern. ad Surd. decif. 193. num. 59. in fin. num. 62. & 63.

Nona Conclusio. Instantia cæpta cum defuncto 49 non transit ad Legatarium, cum ipse sit singularis successor, ad quem non transit instantia, nisi quando succedit ex necessitate. Ut superius ostensum fuit, Hodiern. ad Surd. decif. 110. n. 22. & 23.

Decima Conclusio. Vtrum instantia cæpta contra Clericum continuari debeat contra heredem laicum, coram iudice Ecclesiastico; & è contra si causa fuerit cæpta contra laicum, cui successerit Clericus, vtrum continuari debeat coram iudice laico? magna est controuersia, multis æstimantibus Clericum heredem laici conueniendum esse coram iudice Ecclesiastico. Quia Clericus exemptus est à seculari iurisdictione, adeo ut non possit etiam volens se submittere foro seculari, si diligenti 12. & c. significasti 18. de foro competenti, & cum mutata fuerit conditio personæ, non est querendum de causæ præuentione. Quæ præuentione locum non habet quando personæ sunt diuersæ, & per alias rationes quas copiosè tradit Surd. consil. 221. per tot. qui tandem concludit in contrarium, nempe ex conditione hæredis non mutari naturam causæ & instantiæ iam inchoatæ: quod etiam verius esse censuit Gratian. discept. forens. cap. 16. vbi fuscè in vtramque partem hanc questionem examinat.

Verum si negotium tractetur in his partibus, difficile erit obtinere continuationem instantiæ aduersus heredem Clericum, sed ipse coram iudice Ecclesiastico conueniendus erit, etiam si lis contra defunctum laicum autorem fuisset inchoata: ex traditis per Seraphinum decif. 957. numero 5. & Gratian. d. c. 16. n. 14. & Sed Diana p. 1. tract. 2. resol. 24. 53 in illam inclinat sententiam quam dicit communiter receptam esse, ut instantia transeat ad heredem, siue à laico ad Clericum, siue à Clerico ad laicum, & Carol. de Grass. de effectibus Clericatus. effect. 1. n. 1241. quam opinionem in puncto iuris veriorē esse existimo, ex rationibus fuscè deductis per Surd. d. consil. 222. & per August. Barbof. de iur. Ecclesiastic. vniu. lib. 1. c. 39. §. 2. num. 102. & seqq. qui plurimos hinc inde Doctores allegat, & vtriusque sententiæ fundamenta refert, præsertim quando lis fuit contestata contra defunctum laicum, tunc enim successor Clericus non potest ex persona sua mutare forum, sed instantia debet ad eum transire, ex traditis per Hodiern. ad Surd. decif. 110. n. 18. & ita tamen ut pro 54 exequutione adeundus sit iudex Ecclesiasticus, ut voluit Hodiern. loc. citat. n. 19. Eademque ratione 55 verius est, si Clericus post litem motam quis factus fuerit ipsum teneri litē prosequi, coram eodem iudice laico, ut diximus sup. c. 9. n. 14. ut tradidit plurimi citati

citati per Antonium de Marinis *quotidianar. resolut.* c. 4. numero 3. & sequentibus, licet ipse post *Genesim*, contrarium existimat, & ita iudicatum refertur. num. 8. & pro eadem nostra sententia, quam equiorem existimat quando lis fuit contestata cum defuncto, tenet *Mynsing. cent. 3. observat. 45. num. 2. vers. si tamen lit.* Sed ut dictum est post Gratianum, dicto cap. 16. num. 34. difficile erit in his partibus contra Clericum heredem laici obtinere & ideo cautius erit hoc casu novam litem inchoare contra Clericum heredem laici: quod tamen mihi valde durum videtur, quidquid dicat Ant. de Marin. loco citat. & Nouar. *questio. forens. parte 1. quest. 84. n. 33.* meliores quippe & validiores sunt rationes allatæ, à Barbofa, pro nostra sententia, d. lib. 1. *Iuris Ecclesiastici. cap. 39. num. 102. & sequentibus.* quia hic transcribere superfluum existimavi; sed tamen vide Galles. & ibi Zach. *quest. 8. de oblig. cameral. Mich. Ferro. quest. moral. 22. n. 3. p. 1.*

56 Vndecima Conclusio. Vnum ex Fisci privilegiis illud est, ut contra fiscum nulla detur præventio, quam vis succedat personæ privatz: ut dicit Martin. *Laud. in tract. de fisco. 91.* Quod quia ampliorem explicationem requirit, varij casus distinguendi sunt.

57 Primus casus est, quando lata fuit sententia condemnatoria delinquentis, cum confiscatione bonorum ipsius, aut alia ratione bona alicuius privati fisco adiudicata & incorporata sunt, aut etiam si contumax legitimè citatus intra annum non comparuerit, eaque de causa bona ipsius fisco adiudicata & incorporata fuerint iuxta dispositionem Statuti Avenionensis, & quæ in hoc conformis est dispositioni iuris communis, iuxta Glossam in l. 1. in verbo *requirendum. ff. de requirend. reis.* & textum in l. 1. c. 2. eodem tit. & gloss. in cap. quoniam frequenter. §. porro in verb. canon. definitum, in fine, ex. vi. lit. pendens, tunc ad fiscum non transit instantia, sed nova lis est instituenda.

Pro cuius rei intelligentia supponendum est, quod in iudiciis criminalibus longe aliter ex iuris communis dispositione contra absentes & contumaces proceditur, quam vel particulares consuetudines, aut diuersarum provinciarum vel locorum statuta ferant, & in Italia quippe, & locis Regi Gallie subditis, contumaces habentur pro confessis, & ideo contra ipsos ad sententiam capitalem proceditur quamvis minimè comparuerint: ut notat Imbert. in 60 *praxi Gallie. lib. 3. cap. 3. n. 7.* & præcedentibus tamen legitimis probationibus & non ex sola contumacia, Theveneau. *ad ordinat. Reg. lib. 5. tit. 7.* in verb. *attains & convaincu.*

61 Sed de iure communi contra absentem, & contumacem non proceditur ad aliquam penam ultra relegationem. l. absentem. §. adversus contumacem, ff. de penis. Et accusatus si post trinam citationem minimè comparuerit, proceditur ad annotationem seu descriptionem bonorum ipsius: si vero postea per annum in contumacia perseveret, bona fisco incorporantur, nec amplius auditur contumax quoad bona sua, nisi impetraverit gratiam à Principe, aut eius Vicario ad id potestatem habente: & quia quoad bona dumtaxat habetur pro confesso, sed quoad ipsum crimen perpetuo auditur, non solum intra annum, sed etiam elapso anno, per textum, & glossas superius allegatas. & si tamen fiscus per viginti annos à die annotationis publicè notificatæ nihil petierit, & bona contumacis non occupaverit, præscriptionis exceptione remouebitur, leg. 2. 3. & 4. ff. de requirendis 64 *reus.* Ex Statutis vero Comitatus, art. 118. contra absentes contumaces procedi mandatur eo modo

quo hætenus procedi consuevit: nunquam autem aduersus absentes ex quacunque causa ad mortis sententiam processum fuit, & eaque de causa nomine totius Vniuersitatis Nobilium & feudatiorum dictæ patriæ Comitatus dicebam alias, non debere procedi ad executionem in effigie cuiusdam nobilis adolescentis, quantumvis contumacis, quia talis exequutio erat contra iuris regulas, ex dicta leg. absentem. §. adversus contumacem, ff. de penis, & ab ævo nunquam visa, audita, aut practicata fuerat in his partibus.

Quibus non absimile est dictum statutum Aven. 66 libro 3. Rubr. 2. de modo procedendi contra iniquos absentes, quo cauetur ut factis debitis citationibus procedatur ad bonorum annotationem, & reus expectetur per annum, quo elapso procedatur ad confiscationem, nec statutum viterius proceditur.

Eadem ratione cum alias processum fuisset ob 67 solam contumaciam contra quendam pium Sacerdotem Ecclesiæ cuiusdam collegiæ præsentis civitatis Avenionis, ad sententiam declaratoriam privationis sui beneficii, ipsæque appellasset, & ad Urbem recursum habuisset, talis sententia tanquam nulla, fuit reuocata; ipsæque in sui beneficii possessione restitutus, quod adhuc hodie pacifice possidet & probe exercet.

Quibus ita pro intelligentia primi casus examinandi constitutis, concludendum est, quod si reo contumace existente, & in contumacia per annum perseverante, bona illius fisco applicentur, instantia non transit ad fiscum, si aliqua lis contra delinquentem vel contumacem mora fuisset scribente notario, vel coram iudice causæ civilis, tota illa causa, etiam si esset generalis discussionis & concursus creditorum, tractanda est scribente notario causæ criminalis, & coram iudice eiusdem causæ criminalis, interveniente Domino Aduocato fisci, totaque causa de nouo inchoanda est, cum bona iam sint incorporata fisco, cuius hoc est privilegium, ut hoc casu nulla detur præventio contra ipsum, & instantia ad ipsum non transeat, ut bene explicat Peregr. de iur. fisci. lib. 7. tit. 1. numero 11. & lib. 5. tit. 1. numero 65. Martin. *Laudens. in d. tractat. de fisco. quest. 91.* fuisse Barbof. in l. si constante 25. §. final. à numero 15. usque ad 22. & numero 27. necnon num. 36. versic. inferius 3. & tradit Bartol. in d. l. si cum hominem. num. 1. ff. de fideiusorib. Abbas in d. cap. quia 11. in fine de iudiciis. Caltrens. in l. tam in contrahib. n. 1. ff. eod. tit.

Ratio est, quia quando fiscus succedit in dote mulieris publicata seu confiscata, de qua in d. §. fin. aut aliter succedit alicui ex confiscatione, non representat personam delinquentis, licet sit illius successor vniuersalis, Gloss. in l. novatio in verb. ad heredem, ff. de novationibus. Petrus Barbof. in l. hæres absens 19. in princ. n. 136. & 142.

Alia afferri potest ratio, quia quando bona delinquentis confiscantur, illius persona inhabilitatur, & perinde est ac si delinquens non esset in rerum natura, quam rationem affert Imol. in d. l. si cum hominem. n. 3. ff. de fideiusorib.

Neque obstat si dicatur quod fiscus succedens priuato debet uti iure priuati in iis quæ gesta fuerunt ante illius successionem, leg. fiscus ff. de iure fisci. & Idemque dicendum videtur de futuris quæ necessariam habent connexionem cum antea gestis, per text. in l. cum actum ff. de negotiis gestis, præsertim cum instantia transeat ad heredes, ut supra ostensum fuit in prima conclusione, & fiscus autem est loco heredis, l. tutoris C. ad leg. Iuliam de vi publica, l. non imelligitur §. si cum ex causa ff. de iure fisci.

M 3

Respon

- 74 Responderetur enim quod licet fiscus habeatur loco hæredis, tamen propriè non est hæres quando succedit ex causa publicationis bonorum, & ideo causa de nouo inchoada est, & primus processus est inutilis, iuxta tradita per Barbof. in d. l. si constante 25. §. fin. num. 26. ff. solut. matrim.
- 75 Sed si fiscus succederet tanquam hæres, tunc ad eum transiret instantia cum repræsentet hoc casu personam defuncti. Alexand. in d. l. si constante, §. fin. n. 4. Barbof. in d. l. hæres absens 19. in principio, n. 139. ff. de iudiciis.
- 76 Sed tamen verius est, instantiam ad fiscum non transire, quamuis succedat titulo vniuersali hæreditario, propter rationem allatam à Bart. & aliis, quavis eam improbet Barbof. in dicto §. finali, l. si constante, quia videlicet fiscus habet suos Iudices speciales, & ideo non transit in fiscum instantia actiue nec passiue, siue succedat ex confiscatione, siue ex titulo hæreditario; sed penitus, fisco succedente, primum iudicium expirat, & de nouo inchoandum est, seu potius totus processus remittendus est ad Officiales causæ criminalis: cum de iure fiscus suos habeat Iudices speciales, & ideo præuentio iurisdictionis non præiudicat fisco successori, siue succedat personæ siue bonis, & omnia mandata facta per authorem fisci in illa præcedenti instantia expirant, Peregr. de iur. fisci, lib. 7. tit. 1. n. 11. & de fideicommissis art. 53. n. 23. Fofar. de subst. q. 621. n. 3. Licet alios in contrarium referat n. 2. Sed opinio Peregrini verior est, & contra eam difficile esset in iudiciis obtinere, propter fauores & priuilegia fisci.
- 78 Prædictam conclusionem limitat Barbof. in d. leg. hæres absens in principio, num. 142. Ut locum habeat quando fiscus succedit auctori, vt sunt termini illius textus in dicto §. finali, nam si succedat reo, existimat instantiam transire ad fiscum, iuxta regulam l. tam in contractibus, ff. de iudic. Rationem differentie affert Imola in d. l. cum hominem, num. 3. ff. de fideiussoribus, quia quando fiscus succedit auctori, nullum infertur reo damnum si ad fiscum non transeat instantia; sed hoc reo potius est utile, cum reorum sit fugere iudicium: si vero fiscus succedat reo, tunc quia actor cogeretur nouum processum facere, & nouis expensis fatigaretur, instantia ad fiscum transire debet.
- 79 Sed indistinctè siue fiscus reo siue auctori succedat, instantiam ad eum non transire censuit Alex. in d. l. si constante, §. fin. num. 4. versic. Alia fuit solutio, & vers. Sed hæc solutio. Barbof. in d. l. si constante, §. fin. num. 26. cuius sententiæ adhæreo, non illa ratione quam affert Barbof. sed illa quam affert Peregrin. in locis superius allatis, quia videlicet fiscus habet suos iudices speciales, coram quibus agendo, vel defendendo priuatiue conueniri debet. Idem Peregr. de iur. fisci, lib. 5. tit. 1. num. 65. hanc eandem sententiam sequitur Carleual. disput. iur. tom. 1. disp. 2. q. 5. num. 316.
- 80 Secundus casus, quando bona fuerunt tantum descripta, & annodata propter solam Rei contumaciam, tunc enim fiscus nullum habet priuilegium causas auocandi ad suos iudices, quia hoc casu contumax remanet possessor & Dominus, nec possessio aut dominium transferuntur ad fiscum, & propterea cessat priuilegium fisci quoad præuentionem. Peregrin. de iur. fisci, lib. 5. tit. 1. num. 196. versic. Et in eo casu: post Bart. in l. fin. C. de bonis vacantibus, lib. 10. & in l. defensionis facultas, Cod. de iur. fisci, idem Bart. in l. post contractum, colum. vlt. ff. de donat. & in l. final. ff. de requirendis rebus, Paul. de Montepico in d. l. post contractum, ff. de donationibus, num. 96. ubi dicit hanc descriptionem, seu inuentarium ad hoc fieri, vt postea sciatur in quo consistant bona delinquentis, licet in puncto iuris existimet ne quidem ad inuentarium & descriptionem procedi debere, ad inuentarium illam fieri testatur, adeo vt nequidem expensæ factæ per curiores, seu seruientes Curie in confessione talis inuentarij, ipsis debeantur, per text. in dicta l. defensionis facultas, ubi dicitur possessorem bonorum inquietari non debere. Quia verbum inquietare, omnem molestiam abdicat l. 2. C. de Carbonario edito, l. fin. C. de iure deliberandi, & sic possessor bonorum durante anno ab omni molestia quietus remanere debet, & fiscus non debet permittere ea quæ sunt contra honestatem & æquitatem, qualis est distractio bonorum contumacis & expensis Officialium, vt dicit Ioann. Annibal. in dicta l. post contractum, numero 336. usque ad 340. ubi dicit practica contrariam, esse malam practica & contrariam honestati & æquitati, & stilus omnis in contrarium, non dicitur stilus vel consuetudo, sed abusus & corruptela contra bonos mores, vt dicit Farinac. de Inquisit. quest. 111. num. 88. semper enim durante anno contumax debet remanere in possessione suorum bonorum, Guazzin. de confiscat. bonor. conclus. 4. num. 8. Vnde cum bona non transeant in fiscum, non potest illi competere priuilegium auocationis causæ ad suos iudices, & quia fiscus nullum habet ius considerabile in bonis delinquentis ante condemnationem, Barbof. in d. l. hæres absens 19. §. proinde, in articulo de foro delicti, num. 178. post Bart. in d. l. post contractum, n. 16. & ibi Paul. de Montepico num. 13. & 87. volum. 5. Repet.
- Tertius casus, est quando agitur de delicto, ex quo non venit imponenda poena confiscationis, & reus non est contumax. Veluti si agatur de furto, aut alio simili delicto, ex quo oritur poena pecuniaria, aut alia citra confiscationem: & hoc casu verissimum est, fisco nullum competere priuilegium, sed causam coram iudice & Notario ciuili inchoatam, coram eodem continuari debere. Quod quia fuit verè & prudenter decusum per Rotam Auenionensem die 12. Nouembris 140. ideo tenorem illius decisionis hic inferendum duxi.

IN CAUSA PRÆVENTIONIS
Magistri D. Graffarij.

CVRIARVM PALATII;

CONTRA MAGISTRVM

B. VICEGRAFFARIVM CRIMINALEM
huiusce Ciuitatis.



ONTESTATA fuit hæc præuentio coram Illustriss. Domino Prolegato, quia eius decisio erat exemplaris & præiudicialis variis casibus, fuitque disputatum, an criminale iudicium de furto intentatum ab vno ex creditoribus Antonetæ, contra eandem, longè post ceptum & contestatum iudicium discussionis generalis bonorum dictæ Antonetæ, scribente eodem Magistro D. traheret omnes creditores totamque discussionem ad causam criminalem pro interesse fisci Illustriss. commisit decisionem illius articuli D. Auditori generali Præsidi Rotæ, vnde proposito

posteo dubio in Rota sub die 22. Nouembris 1640. & auditis informantibus pro interesse vtriusque Graffarij & partium, tam ex scripto quam verbis, monito etiam D. Aduocato fiscali.

Rota censuit esse procedendum ad vltiora in causa dicti concursus coram D. Auditore generali, scribente eodem magistro D. etiam quoad interesse, & respectu dicti creditoris, stante praeuentione causae discussionis generalis ciuilitate ceptae in illo tribunali, in quo proinde fiscus comparere debeat oppositiue.

84 Motiua Dominorum fuerunt haec, & Primo quia fiscus semper vitur iure priuati, nisi in materia subiecta reperiatur specialiter priuilegiatus, gloss. singularis in litem veniunt, §. in priuatorum, ff. de peti. heredit. quam regulam confirmat Peregr. de iur. fisci lib. 6. tit. 1. n. 1. Farinac. conf. 183. n. 5.

Nullibi autem legitur, quod fiscus habeat priuilegium auocandi causas ciuiles penes Notarium criminalem, quando ciuilis fuit praeventa ab iis qui non sunt participes delicti, in casibus in quibus non cadit confiscatio, vel incorporatio bonorum, nec debent priuilegia fisci multiplicari, & in dubio dicendum est, fiscum non esse priuilegiatum, l. non puto, ff. de iur. fisci, quam sic expendit post alios plures, Marius Giurb. conf. 67. sub n. 16.

85 Maxime quando fiscus tractat de iure querendo, non vero de iure querito, nec certat de causa onerosa, sed de lucratua, imo etiam de penali, & in qua creditores habent praelationem aduersus fiscum, leg. vn. & ibi, Bart. C. penes fiscales credit. preferri, lib. 10. tit. 7. D. bon. mem. Hieron. à Laurentiis in sua repetit. ad §. Cornelio Felici. l. Statius Florus, ff. de iur. fisci, in verbo si ante panam, n. 1. & seqq.

86 Et regula (qui prior est in tempore) non tantum militat in conuentionalibus, sed etiam in iudicialibus, l. 10. ff. de distract. pign. l. si ex iure, vbi Bart. ff. qui prior. Rota coram Durano in impress. decis. 364. num. 43. part. 2. ita quod praueuens in causa trahe- re debeat aliorum instantias vigore prioris & anterioris decreti.

Cum ergo fiscus nullum habeat priuilegium in hac materia, & casu proposito, standum est dictae praueuentioni, & regule l. vbi caput, ff. de iudiciis.

Secundo seruanda est regula nostri statuti quae datur in discussionibus sub rubr. 34. de cess. & discuss. bonorum, art. 5. lib. 2. Scilicet quod quoties agitur de concursu creditorum, ille Notarius scribere debeat qui praueuit in executione, & alij praetendentes interesse super bonis debent venire oppositiue.

87 Quod quidem Statutum vti generaliter loquens comprehendit etiam fiscum, Boss. in tit. de Fisco & priuileg. eius n. 75. & sequent. ita quod fiscus comparens in similibus iudiciis executiuis ligetur legibus, & statutis concernentibus ordinem illius iudicii, Mangil. de subhastat. c. 137. n. 10. quando fiscus non est specialiter priuilegiatus, prout in casu proposito in quo non agitur de bonis fisco incorporatis Mangil. ibid. n. 11.

88 Quibus non obstat statutum de Tabellionibus, sub rubr. 20. art. 18. lib. 1. vbi dicitur quod soli notarij criminales debeant scribere in causis criminalibus, vel ciuilibus descendentes ex crimine, vel etiam ciuilibus vbi de iure Camerae agitur.

Etenim statutum illud non applicatur casui nostro, scilicet data praueuentione iudicii ciuilis in materia concursus, nulla existente confiscatione & incorporatione bonorum delinquentis: tunc enim propter illam praueuentionem & contestationem in iudicio prauecto factam, res non est integra; quo

casu non est licitum mutare & Notarium, instituendo nouum iudicium cessante priuilegio, vt post Dec. voluit Ant. Sol. in Decret. Pedem. tit. de actuariis, gloss. 1. n. 2. & magis distincte Cost. de re integrandis, l. 4. n. 23. vbi quod Notarius semel electus mutari non potest si res non est integra, & ait rem non esse integram quando negotium est inchoatum.

Et in casu isto illa mutatio cederet in graue prauiudicium aliorum creditorum, qui tamen non debent praegravari odio, & culpa debitoris, ex vulgata regula cap. nemo debet. De reg. iur. in 6. l. sancimus Cod. de pan. Sic enim praegravantur alij creditores, quia cogentur defendere non tantum suum interesse ciuile, sed etiam quaestionem criminalem intentatam à fisco, & sic defendere iura propria contra potentiores.

Quinimo licet causa huius furti proponatur criminaliter, tamen cum non sit mere criminalis, id est, ad solam publicam vindictam, sed mixta, & poena quadrupli, aut alia pecuniaria sit partim applicanda accusatori pro refectione interesse passi, causa illa debet regulari ad formam ciuiliem, vt docet Berous conf. 22. n. 32. & 33. vol. 5.

Nec etiam causa praueuta potest dici descendere à delicto cum sit mere ciuilis, & descendens à contractu, etiam respectu creditoris, cuius factum, gestum cum debitrice, inceptum à locatione operarum, & superueniens delictum, est separabile à causa concursus: nam conditio furtiua, tanquam rei persequutoria, potest separari ab accusatione furti, & à criminali iudicio, ac separatim tractari, iuxta §. ex maleficio, Institui. de action. vbi gloss. & communiter DD. l. fin. ff. de furt. cum aliis cumularis per Farinac. in tract. de furt. q. 165. n. 24.

Ita tamen vt actio criminalis nihil derogat iuribus creditorum, quorum causa potior est, vt supra probauimus, Guazzin. de confiscat. bonorum, concl. 22. n. 15. nec potest illius praetextu induci superflatoria in iudicio ciuili praueuentione: quia siue illa debetrix conuincatur de furto, siue non semper debet satisfieri creditoribus, Guazz. vbi supra, tum quia illud iudicium criminale fuit intentatum diu post ciuile, nec absorbet interesse ciuile; & consequenter non suspendit, ad tradita per Farinac. conf. 137. n. 227. & 29. post Capic. decis. 25. n. 1.

Nec denique potest dici quod hic tractetur de iuribus Camerae, quia vt supra dictum est, iura Camerae intelliguntur de incorporatis & quaesitis, non vero de penis, & iuribus querendis; multo minus in casibus in quibus non venit confiscatio ex natura delicti, vt hic, Peregr. de iur. fisci, lib. 7. tit. 1. n. 2. & sequent. vbi bene distinguit, causam fiscalem procedere à contractu, vel quando agitur de bonis fisci, aut fisco applicandis scilicet ex causa ciuili, vt pro bonis vacantibus, pro delatis indigno, pro iure Albenagij; & similibus; criminalem autem, quando agitur ad poenam.

Quod vero opponitur, fiscum debere litigare cum plena manu & possessione seu salitum, proinde hic tractari de iuribus Camerae, habet varias responsiones. Prima quidem est, aliud esse iura Camerae, aliud poenam. Vt supra dicebamus.

Secunda obiectionem intelligendam esse de locis, in quibus militat talis consuetudo, prout in Gallia, secus vero de iure. Ita in puncto Mar. Giurb. conf. 67. n. 19. post Guid. Pap. Mare. Couar. Peregrin. & alios, & ait neminem ostensurum quod de iure fiscus hoc vtatur priuilegio, quod tamen Rota noluit discutere de praesenti, stante quod ille articulus sit extra materiam huius praueuentionis.

Denique

- 94 Denique consuetudo illa non militat quando adest contradictor, idem Giurb. *ibid.* num. 20. & 21. hic autem concurrunt multi creditores qui iam ante erant in lite.
- 95 Non est omitrendum quod etiam in casibus in quibus confiscatio ipso iure incurritur, solum dominium transit in fiscum, non autem possessio, idem Giurb. *ibid.* numero 18. & expectare debet fiscus declaratoriam: a fortiori quando confiscatio non venit ipso iure: & in casu isto res est extra difficultatem, quia pena furti non est pena confiscationis. Hac die 22. Nouembris 1640.

SVARES. P. P. TONDUTI. SALVADOR.
A LAVRENTIIS. SARPILLON. Rotæ
Auditores. *Extracta fuit hac decisio à suo originali.*

- 96 Duodecima Conclusio, Instantia discussionis bonorum generalis in qua concurrunt plurimi creditores, non afficit Dominum directum, si petat se mitti in possessionem prædij emphyteutici iure dominij directi ob non solum canonem annuum; sed eo casu dominium utile trahetur à dominio directo, iure consolidationis, ac veluti magnetica cuiusdam attractionis, quod potius est, & antiquius iure omnium creditorum. Aliud dicendum esset si Dominus directus ageret actione personali pro consequenda solutione dictorum canonum; tunc enim instantia discussionis illum afficeret, & in ea comparere teneretur Cod. Fab. lib. 7. tit. 1. 2. definit. 2. ubi tamen subdit licitum esse creditoribus offerre Domino directo canones debitos ad impediendam consolidationem. Et ratio præmissorum est, quia quando Dominus directus petit se immitti in possessionem fundi Emphyteutici iure consolidationis, non agit ad pignus, sed ad Dominij vtilis ad se deuoluti declarationem; certum est autem potior rem eius causam esse debere, qui rei sue dominium; quam qui alienæ pignus vindicat, *rot. titul. Cod. si alien. res Pign. data sit.* Verum si agatur contra alia bona non emphyteutica, quæ debitor canonis annui in fauorem Domini directi obligauit & hypothecauit, hoc casu cum actio Domini directi non sit realis, tenetur comparere in instantia discussionis, & iuxta ordinem suarum hypothecarum collocabitur, prout etiam determinat idem Faber in *Cod. lib. 4. tit. 42. definit. 5. 9.* ubi etiam dicit, quod licet ius prælationis colonus non competat; sed soli Domino directo, tamen colonus agens ex iure reali Domino competente; eodem iure quo Dominus censi debet, non tam in vim consolidationis, quam ex eo quod ius Domini directi, cui colonus innititur, est potius & antiquius super prædij emphyteutico, iuribus omnium aliorum creditorum.
- 98 Quod autem de reliquis annuorum canonum super re ipsa emphyteutica cum priuilegio prælationis consequendis dictum est, locum etiam habet dum agitur de consequendis laudemii actione reali, super ipsa re vendita petitis, pro quibus Dominus super ipsa re emphyteutica consequendis, cæteris omnibus potior est, secus esset si ageretur super pretio rei emphyteuticæ venditæ ad instantiam creditorum ipsius emphyteutæ, cum super illo pretio Dominus directus hypothecam non habeat, ut distinguit Thesaur. iun. lib. 4. quæst. forens. § 1. maxime num. 7.

Et licet magna sit controuersia, utrum pro laudemio detur hypotheca, quam tamen dari testantur Rot. Auen. Thesaur. Giurb. Grat. & plures alij quos re-

fert Hodiern. ad *Surd. decis. 31. num. 2.* tamen in omnem euentum certum esset competere Domino directo actionem personalem in rem scriptam, quæ sequitur quemcumque possessorem, sicut actio realis, ut fuit Hodiern. *d. decis. 31. n. 10. & multis sequentibus*, qui tandem num. 28. & seqq. residet in ea sententia, ut laudemium dicatur onus reale, & pro eo competat actio realis super re emphyteutica contra quemcumque possessorem.

Et ea de causa, cum quidam creditor exposuisset clamorem in curia Cabeoli contra possessorem castri de Cucurone, qui illud hypothecauerat & submiserat dictæ curiæ, & contra Dominum Directum egisset ad Commissum contra dictum Castrum, etiam si causa exequutua fuisset præuenta per pignorationem dicti Castri, causa verò declarationis Commissi fuisset posteriori loco intentata, iudicatum fuit in Curia Gratianopolitana causam Commissi posteriorem intentatam præualere debere, quia per eam resoluuntur omnes hypothecæ & iura creditorum, videre est apud Guid. Pap. *dec. 428.*

Decimatertia Conclusio. Qui agit actione reali nempè rei vindicatione, non autem hypothecaria, non cogitur in instantia discussionis comparere, quia bona aliena non veniunt in iudicio discussionis generalis, veluti si quis agat rei vindicatione pro consequendo deposito pecuniæ obsignatæ adhuc extantis, ut decisum fuisse testatur Faber in *suo Cod. lib. 4. tit. 25. Depositi, definit. 3.* quia prosecutio ista realis nihil commune habet cum personarum aliorum creditorum actionibus, quod & post Fabrum, notauit Franciscus Barrius de *successionibus lib. 11. de adit. & repudiat. tit. quæ sint iura confect. inuen. num. 24. fol. 93.* Idem dicendum est de iudicio rescissionis venditionis, quod à causa discussionis est separatum, Cod. Fab. lib. 4. tit. 11. definit. 3.

Decimaquarta Conclusio. Instantia discussionis generalis afficit creditorem habentem clausulam Constituti, qui tenetur in iudicio discussionis generalis comparere, si à creditoribus fuerit præuentus, & causa generalis prius inchoata, Cod. Fabrian. lib. 7. tit. 7. definit. 3. 4.

Quod si creditor constitutarius præuenerit in vim sui constituti ante captionem instantiam generalis discussionis, manet quidem processura in statu, sed dum proceditur ad distractionem pignoris instantibus creditoribus, cuiuslibet ipsorum iuxta hypothecarum ordinem satisfieri debet, Fab. lib. 7. tit. 32. definit. 11. & lib. 6. tit. 11. definit. 2. Quid autem statuendum sit in contractu venditionis, dicemus in cap. sequenti.

Alios casus in quibus instantia generalis discussionis non transit ad alium, exponit Barr. *d. n. 24.*

CAPVT XXXI.

ARGVMENTVM.

Tractatur specialiter de præuentione Creditorum emptoris, qui præuenerunt contra venditorem; & explicatur plurimi casus, in quibus venditor agens ad recuperationem pretij super re vendita, tenetur comparere in iudicio generalis discussionis, in quo fuit præuentus. Explicatur quæstio de venditore quando super re vendita

cæte