



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

Tonduti, Pierre François de

Lvgdvni, M.DC.LXXIII.

Capvt LVI. De Præuentione facta per executionem instrumenti nulliter
cancellati, videlicet ab eo qui cancellandi facultatem non habebat. ...

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

SI Dominus directus agat contra emphyteutam ad commissum, seu caducitatem, & moueatur controuersia super directo eius Dominio, veluti quod possessor, prædium liberum esse dicat, vel tertius quidam dominium directum ad se, & non ad actorem pertinere prætendat; certum est, quæstionem illam, vtrum prædium illud sit de eius Dominio directo, esse præiudicalem ad quæstionem caducitatis; ideoque Iudicem nihil decernere posse, nisi prius liquidatum fuerit vtrum prædium aut res illa sit sub eius Dominio directo, & res sit emphyteuticaria, Bald. *consl. 177.* Ad euidentiam est præmittendum, *n. 2. vers. Et hoc verum volum. 3.*

Vnde sequitur, duobus de Dominio directo cuiusdam rei contententibus, quod quilibet ad se spectare contendit, quod interim emphyteuta, à lite eximendus est, & quæstio inter dictos duos prætendentes Dominium directum, tanquam præiudicialis prius terminanda est. Boër. *dec. 106.*

Quod adeo verum est, vt ne quidem audiatur Dominus directus præueniens, si petat emphyteutam compelli ad sibi soluendum, datâ fideiussione idonea de ipsum releuando, & indemnem seruando, seu de restituendo illi cui Dominium fuerit adiudicatum: Codex Fabrian. *libro 4. tit. 42. de iure Emphyteut. definit. 26.* Poterit tamen emphyteuta cogi ad deponendum, si constet illum aliquid debere, ad hoc vt postea depositum relaxetur illi, cui de iure solui debet, vt dicit Boër. *d. decif. 106.*

Sed an hoc casu, præuentio facta per vnum ex Dominis directis emphyteutam poterit impedire, quin alius prætendens se Dominum, causam suam separatim prosequatur.

In hac quæstione Sola in *consluit. Sabaud. in tit. de iure emphyteutico, Decret. Rempubliam, in gloss. 1. 3. partis, numero 2. pagin. 60.* simpliciter dixit, quod comparente Domino & defendente Dominium directum ad se pertinere, locus est remissioni causæ ad Iudicem comparentis, & ad hoc allegat Cagnol. in *l. venditor. 49. ff. de iudic. num. 19.* Verum hoc non ita simpliciter procedit, sed casus distinguendi sunt.

In primis enim videndum est, vtrum iste secundus Dominus directus superueniens, vocatus fuerit per emphyteutam in euictionarium? & hoc casu verius est Dominum istum directum vocatum in euictionem, teneri causam prosequi coram illo Iudice, coram quo causa est præuenta: per text. in *dist. l. venditor.* & ex notatis per Nos *p. 1. huius tractatus, c. 20. num. 19.* vbi ex veriori sententia probauimus teneri euictionarium sequi forum illius, ad cuius instantiam vocatur ad euictionem; quia debet haberi respectus ad personam rei qui principaliter conueniunt, *leg. 1. ibi ob actoris personam, Cod. vbi in rem actio.*

Quod tamen moderatione indiget in casu specialiter Clerici in euictionem vocati, de quo nos egimus *hac secunda parte, c. 12. n. 33.* Debet etiam considerari, quod quando agitur de emphytheusi Ecclesiastica, Iudex laicus non potest de ea cognoscere, cum sit omnino incompetens, vt monuimus, *hac 2. parte cap. 12. num. 42.* Et tractat Barbos. *de iure Eccles. vniuers.* De Clerico euictionario, *lib. 1. cap. 39. §. 2. numero 118.* Sed omiſsa quæstione Clerici loquendo generaliter, si Dominus directus qui non habet plenum Dominium, id est, vtile cum directo coniunctum, sed solum directum, vocetur in euictionem, tenetur subire forum rei, & comparere in Iudicio contra reum principalem præuentionis, iuxta distinctionem Bartoli, in *l. 2. C. vbi in rem actio. n. 6.* nempe quod si

emphyteuta ratione sui Dominij vtilis conueniatur, non debet Dominus directus vocari: sed si ratione Dominij directi, videlicet quia alius prætendit illud ad se spectare, tunc debet nominare Dominum, vtilitatem defendat, & ipse liberatur ab illo Iudicio respectu illius dominij, quatenus iudicium non repugnat iuri ipsius emphyteutæ, vt *ibidem* Bartolus declarat.

Et generale est quod si emphyteuta principaliter conueniatur, causa tractari debet coram Iudice qui aduersus illum causam præuenit, *Surd. consilio 396. numero 36. versic. Aliquando: Gamma, decif. Lusitan. 333. numero 3. in fine ibi.* Nota tamen quoad effectum declinandi iudicium.

Si vero secundus iste Dominus directus non compareat vti vocatus ad causæ defensionem, sed vti tertius, pro suo interesse; obseruanda erunt quæ nos diximus, dum de Tertio comparentibus tractauimus *hac 2. p. cap. 12.* vbi tota hæc materia declaratur, & ostendimus *ibidem*, quando Dominus directus comparet in consequentiam nominationis, posse petere causæ remissionem ad suos Iudices competentes. Quando vero comparet tanquam author laudatur, seu euictionarius, tenetur causam prosequi coram Iudice qui præuenit aduersus possessorem rei emphyteuticæ.

CAPVT LVJ

ARGVMENTVM.

De Præuentione facta per executionem instrumenti nulliter cancellati, videlicet ab eo qui cancellandi facultatem non habebat. Et de ea quæ facta fuit pro restitutione sortis principalis redditus annui loco damnorum, & interesse. Et quibus in casibus executio huiusmodi sustineri possit, ad producendum effectum præuentionis. Quæstionem nullitatis non obstat præuentioni si requiratur altior in indagatio. In quibus casibus locus sit repetitioni sortis principalis annui redditus, & pendente iudicio super huiusmodi sortis restitutione, vtrum interim fructus currant.

SVMMARIVM.

- 1 Statutum dans executionem instrumentis, locum non habet in illis quæ sunt cancellata.
- 2 Cancellatio instrumenti, facta à non habente potestatem, non impedit illius viam executionem.
- 3 Mater si nomine filiorum cancellauerit instrumentum cum non esset administratrix, non nocet filiis quominus viâ executionis cogere possint obligatum.
- 4 Cancellatione facta ab eo qui potestatem non habebat, instrumentum eandem vim habet quam haberet si non esset cancellatum.
- 5 Ampliatur, vt locum habeat, quamvis cancellatio Magistratus auctoritate, indebitè facta fuisset.
- 6 Quando instrumentum est cancellatum, regulariter agendum est via ordinaria, & non executina.
- 7 Sortis annui redditus improprie dicitur debita, quia non debetur, vt exigi non possit.

- 8 Executio pro summa partim debita, & partim indebita nulla est.
- 9 Executio non est nulla, si erratum fuit in estimatione, sed si erratur in quantitate summa pro qua fit executio.
- 10 Multi recensentur casus in quibus fors annui redditus peti potest loco damnorum & interesse.
Et multa notabilia circa hanc petitionem sortis proponuntur, & virum interim pendente hoc iudicio fructus census anni currant.
- 11 Quando fors annui redditus petitur loco damnorum & interesse, ob pacta non seruata, aut alia de causa, verum debeat precedere interpellatio debitoris.
- 12 Ob alienationem hypothecarum specialium super quibus annuus redditus impositus est, nisi aliud interueniat, non potest exigi fors annui redditus.
- 13 Si bona super quibus census imponitur non sunt in totum libera, sufficit quod talia sunt, usque ad concurrentiam valoris redditus.
- 14 Si in contractu redditus annui adsit pactum de non alienando, locus est repetitioni sortis propter conventionem pacti, loco damnorum & interesse.
- 15 Quæstio nullitatis requirens altiore indaginem, non obstat præuentioni.
- 16 Exceptio nullitatis non retardat expeditionem causæ summarie, quando requirit altiore indaginem.
- 17 Exceptiones non requirentes altiore indaginem, quando admittuntur, tamen de illis plenè constare debet.

CASSUS iste mihi nuper decidendus commissus fuit. Creditor annui redditus bona sui debitoris de pignore capi curauerat, tam pro consequenda solutione reliquorum annui illius redditus, quam pro restitutione sortis principalis. Post istam pignorationem superuenerunt alij creditores eiusdem debitoris, qui de mandato alterius Iudicis, & apud acta alterius notarii in vim suorum instrumentorum processerunt ad alias executiones, formatæque fuit magnus concursus creditorum. Dubitatum fuit de præuentione. Isti siquidem creditores, quamvis in executione posteriores, opponebant de notoria nullitate ex duplici capite aduersus primam executionem, propter quam non erat locus præuentioni. Primo, quia illa executio facta fuerat vigore instrumenti cancellati. Secundo, quia indebitè pro restitutione sortis redditus annui.

Quod attinet ad primum caput, certum est executionem factam vigore instrumenti cancellati, regulariter nullam & inuolidam esse: Bart. in l. 1. §. fin. ff. de his que in testam. delentur, Castrenf. in l. notram, n. §. C. de testam. DD. in l. fin. C. de edict. diui. Hadriani toll. si nulla, ergo non producit fundamentum præuentionis, ut sæpe dictum est; ex Mascard. de probat. conclus. 1232, & aliis.

Sed fuit replicatum cancellationem non obstat executioni, quia facta fuerat à non habente potestatem, & propterea non poterat nocere creditori, nec impedire viam executiuam instrumenti: Surd. consil. 16. num. 17. & Mater siquidem nomine filij, cuius tamen non erat administratrix, illud instrumentum cancellauerat, ideo non nocebat filio, nec executioni contractus obligatione Camerali vallati: Gratian. discipul. for. cap. 336. num. 33. & Vnde succedit generalis regula, cancellationem instrumenti factam ab eo, qui non habebat cancellandi facultatem, perinde haberi ac si facta non fuisset, & instrumentum pro perfectò & sano reputari, idem Gratian. discipul. for. Sanlegerij de Præuentione Iudic. Pars 1. l.

593. n. 16. & decis. 699. n. 1. ubi quod instrumentum inandari debet executioni quasi non esset cancellatum: Grassi. de except. 13. num. 33.

Quod extenditur ut locum habeat, quando indebita illa cancellatio facta fuisset auctoritate Magistratus: Asinius. de executionibus, l. cap. 39. num. 6.

Prodebet itaque huiusmodi executio præuentionis effectum, cum de nullitate impugnari non possit, & si enim cancellatio facta fuisset à persona legitima & habente facultatem cancellandi, quamvis allegaretur illam factam fuisse indebitè, & per errorem, cum talis exceptio erroris requireret altiore indaginem, non daretur via executiua ex instrumento sic cancellato, sed agendum esset via ordinaria, ut notat Bart. in d. l. 1. §. fin. & Castrenf. in dist. 1. notram, & post eos Surd. d. consil. 16. num. 1. Cum autem in casu proposito notoriè constaret illam cancellationem factam à matre nomine filij absque matris legitima potestate, fuit quoad primum hoc caput conclusum, nihil obstat præuentioni factæ in vim huius instrumenti quantumvis cancellari, stante euidenti nullitate cancellationis. Sed maior difficultas quoad secundum fundamentum creditorum aduersus præuentionem opponentium, non potuisset agi executiue pro restitutione sortis annui redditus, & sic constare de euidenti nullitate executionis, quo casu non datur ex illa præuentione. Vnde ego iudicaui ex illa executione non dari locum præuentioni, & causam adiudicaui illi Notario, apud quem posteriores executiones factæ fuerant, excluso eo quæ præuenerat, sed nulliter nullitate notoriè. Nam quamvis verum sit, in certis quibusdam casibus procedi posse via executiua pro sortis annui redditus restitutione, ut mox ostendimus, tamen in casu proposito pignorationes, substationes & liberationes bonorum debitoris continebant indubitabilem nullitatem, & cum factæ essent pro summis partim debitis & partim indebitis, videlicet pro reliquis, seu residuis solutionibus annui redditus, quæ nos Arreragia nuncupamus, & pro sorte principali illius redditus indebita. Non quod indebita propriè dicatur, sed impropriè, cum ita debita sit, ut tamen exigi non possit, aut executio fieri pro illius consequutione: Vincent. de Franch. dec. 254. num. 9. Post Ruyn. consil. 193. visâ cessione num. 4. versic. nota obstat etiam texus, volum. 1. Consil. in tract. de censibus, quest. 70. num. 2. Roderic. de ann. redditib. lib. 1. q. 4. n. 13. per text. in extraneis Regimini, de empt. & vend. in communib.

Poterat quidem sustineri executio quoad census decursum seu arreragia, sed quia facta fuerat simul pro restitutione sortis principalis, subsistere non poterat, quia in indiuiduis (qualis est executio) vtile per inutile vitatur, leg. si non sortem, §. si centum, & ibi DD. ff. de condition. indebit. Surd. decisio. 45. numero 3. & Præsertim quando (provt in casu isto) non fuit erratum in estimatione rei, sed potius in quantitate quæ indebitè fuit petita: Gratian. discipul. forens. 152. numero 33. Surd. de aliment. iur. 9. quest. 32. numero 80. 81. & sequentibus.

Neque obstat dari multos casus, in quibus loco damnorum & interesse locus est repetitioni sortis innui redditus: Lud. dec. 88. n. 3. & ibi Addent. n. 10. Grat. discipul. for. 301. num. 6. veluti si pacta non seruentur, aut cautiones (provt promissum est) non præstentur, Rota post consil. Farin. dec. 153. ubi etiam additur, quod illa sortis repetitio fieri potest via executiua: Gratian. dista discipul. 301. n. 6. Rota diuers. dec. 741. numero 1. p. 1. Seraph. decis. 21. numero 19. Idem si venditor

venditor census, res alienas, dolose censui supposuerit. Roderic. de annuis reddit. libro 2. quæst. 1. n. 6. versic. Adde alium. Et generale est, ut deur actio ad interesse propter dolum venditoris: Gomel. lib. 2. var. resolut. capite 2. numero 39. versicul. Aduertendum tamen. Idem si bona censui supposita reperiantur fideicommissio obnoxia: Farinac. post consilia, decis. 250. Marefcot. lib. 2. var. resolut. cap. 61. Gratian. dec. March. 13. Idem de materia discept. 175. Et idem obtinet in multis aliis casibus relatis per Censum, in tract. de censibus, q. 106 per totam.

Hec tamen intelligenda sunt nonnullis adhibitis præcautionibus. Primo quidem quod si census fuerit impositus super bonis pro parte liberis, & pro parte fideicommissio obnoxia, sustinetur quoad partem liberam quæ non est alienari prohibita, Marefcot. lib. 1. var. resolut. cap. 72. Idemque dicendum est si res censui supposita, licet reperiatur aliis hypothecata specialiter, sufficiens tamen est ad vtriusque debiti solutionem. Rota apud Farinac. decis. 126. post eius consilia. Addent. ad Ludouic. decis. 225. num. 16. & Ludouic. decis. 256. num. 1. Duard. de censib. §. 1. quæst. 5. num. 15. Secundò quod licet emptor census annui intenterit iudicium restitutionis fortis, semper tamen ad eius fauorem currit interesse, donec illi restituta fuerit fors annui redditus per actum retrosumilem: & ideo hoc casu executio pro pensionibus decursis, & decurrendis, vsque ad effectualem fortis restitutionem facta, erit valida, & producet effectum præuentionis: quidquid resolverit in contrarium Rot. coram Pamphilio, dec. 139. post consilia Farinac. & apud Paris. decis. 212. Gratian. discept. forens. 301. num. 7. Quia eadem Rota recessit ab illa opinione, ut apud Marefcotum lib. 2. cap. 61. num. 8. & 9. Marius Muta decis. 98. Videatur Duard. de censib. §. 1. quæst. 5. num. 13. vbi dicit hoc casu fructus census deberi, non tanquam fructus, sed tanquam interesse, ad eandem rationem ad quam fructus census ante petitionem debebantur: & Rota dec. 278. n. 10. p. 5. recentior. vbi explicat dictam decisionem coram Pamphilio factam.

¹¹ Et quamvis, in dicta decis. 152. num. 1. post consilia Farinac. videatur requiri ad validitatem executionis factarum pro restitutione fortis annui redditus, ut præcedat debitoris interpellatio, antequam procedatur ad executionem ut adimpleat pacta & promissiones, tamen hoc non habet locum, & recta via potest fieri executio pro restitutione fortis loco damnorum & interesse in casibus, in quibus datur repetitioni locus in vim obligationis Cameralis, Rota decis. 197. num. 4. post tract. Censu de censibus & dict. dec. 741. num. 1. part. 1. diuers. Verum quia in casu proposito non versabamur in aliquo ex illis casibus, in quibus locus repetitioni fortis esse posset, ideo semper remanebat notoria nullitas executionis ob petitam indebitè sortem annui redditus, quæ repetibilis non erat.

¹² Neque reddebatur valida executio sub eo prætextu quod debitor hypothecas alienauerat, & ad alium possessorem transtulerat: quia alienatio illa nullum affert creditori census præiudicium, cuius hypothecæ non alterantur, nec actiones tolluntur per alienationem bonorum debitoris immo saluæ semper manent, quia ad quemcumque res transeat, transit cum onere suæ hypothecæ. Idque maximè procedit, si debitori alia bona sufficientia remaneant pro solutione & securitate census: Rota, decis. 126. per totam, post consilia Farinac. Ludouic. decis. 256. num. 1. Addent. ad eundem decis. 255. num. 16. † vbi dicitur quod census sustinetur in parte bonorum liberà, si

illa bona sunt sufficientia pro solutione, & securitate census: Cens. q. 42. n. 22. & 23. Duard. de censibus §. 1. q. 5. num. 15. & sequentibus. Remanet enim venditori census libera facultas de bonis liberis censui suppositis disponendi, Duard. §. 5. de redemption. & extinct. censu, quæst. 46. num. 3. & §. 4. quæstion. 3. numer. 11.

Intellige & limita supradicta omnia, nisi in contractu census appositum esset pactum de non alienando: nam nunc alienatione sequuta, locus esset restitutioni fortis loco damnorum, & interesse ob pacta non seruata: ut tradunt DD. omnes mox citati.

Et ex his fuit iudicatum, per illam executionem nulliter factam, non fuisse validam præuentionem illius notarij, qui scribebat in causa executionis.

Verum quidem est, quod si nullitas illa non fuisset euident, sed exegisset altiore indaginem, reicienda fuisset ad negotium principale, ut diximus p. 1. c. 2. n. 5. in fine.

Quando enim exceptio requirit altiore indaginem, nullitas opposita non impedit, aut retardat executionem in istis incidentibus quæ celeritatem desiderant, ne ex litibus lites oriantur: ad notata per Rotam post Zach. de oblig. Camer. decis. 27. numero 2. & per Zach. quæst. 3. num. 2. & 8. vbi explicat quando exceptio nullitatis altiore requirit indaginem.

Est tamen verum, quod licet exceptiones tales sint quæ altiore non requirant indaginem, debet nihilominus de illis conitare per probationes concludentes, Angel. de acquirend. possess. quæst. 2. numero 26.

Et ratio præmissorum est, quia si propter nullitates, altiore indaginem, & Iudiciariam telam exigentes, causa à Iudice, aut Notario præueniente auferretur, semper excogitarentur nullitates, ut e ratione Iudiciorum ordo turbaretur, & causa ad aliud tribunal traheretur indebitè. Oportet ergo nullitates esse euidentes & nullam telam Iudiciariam requirentes, ut præuentioni obitare possint, ad instar Iudicis de cuius competentia dubitatur, quia cognitio quæ fit ad fundandam illius iurisdictionem est summaria, per text. in c. 5. Clericus laicum, de foro comp. Gloss. in c. 1. in verb. conseruatores, de offic. deleg. in 6. & per alia iura quæ copiosius allegat Barbof. in leg. si quis ex aliena §. ff. de iudic. num. 132. vbi quod quando agitur de qualitate fundante iurisdictionem, de ea prius quidem cognosci debet, sed cognitio summaria est, & ut dicit Gl. in d. verb. conseruatores, Iudex attendit solum vtrum negatio excludens iurisdictionem Conseruatoris, sit probabilis, nec ne: alias dicit, quod esset facile in omni casu deludere auctoritatem Conseruatoris. Quam cognitionem esse summariam dicit Barbof. loco citato, n. 144. & nos alio loco diximus.

CAPVT LVII.

ARGVMENTVM.

De executione facta in ciuitate Lugdunensi contra debitorem ibi repperum, qui tamen fuerat inhibitus auctoritate Iudicis Auenionensis, & sequestrum factum in manibus ipsius cum inhibitionibus