facta fuit prima venditio iurata? In qua quæstione breuiter inuenio Couar. *de pact. in 6.prima parte relect.§.4.n.2.fol.29.* Imol. & aliis relatis tenentem, secundum emptorem, cui tradita fuit possessio, præferri & potiorem esse in hoc casu, & in eo adhuc procedere dispositionem dict.l. *quoties*, quia natura contractus emptionis & venditionis est, vt ante traditionem dominium minime censeatur translatum, donec perfecta traditio fiat: item, ea est natura huius actus promissi, vt ante traditionem nullam perfectionem habeat, quæ irreuocabilis sit. Et eadem ratio est in capit. *sicut ex literis, de sponsal.* vbi probatur, quod si quis etiam cum iuramento promiserit Sempronianm in vxorem ductutum, & demum accipiat in vxorem Mæuiam, hoc matrimonium cum Mæuia dissoluit omnino sponsalia prima iurata, licet contrahens sit periurus: quem text. ad hoc allegat idem Couar. *vbi supr. in 2. part. §.2. num.4. colum. antepenult. illius numeri fol.76.* cuius text. argumento hæc opinio in nostris terminis probatur. Eandem etiam opinionem in nostris terminis tenet cum Imol. Anton. Gomez *vbi supr. colum.5. illius numeri, versic. septimo principaliter extende*, vbi addit aliam rationem, quia licet iuramentum appositum in contractu præcise obliget iurantem ad factum, iuxta gl. communiter approbatam *in l. si pecuniam, verb. necesse habeas, ff. de cond. ob causs.* illud tamen est verum & procedit, quando ille, qui iurauit, habet facultatem rei tradendæ, secus vero si tem alteri alienauit & tradidit, quia per iuramentum non impeditur venditor vel donator rem alienare & dominium transferre. Hanc etiam opinionem testatur communem Ioan. Baptist. *in suo arario commun. opin. litera I. n.211.* ex Ias. *in d. l. quoties, n.36.* vbi Ias. hoc tenet, sed non dicit communem: tenet etiam Ioan. de Sylua, *in tractatu de benef. 3. part. quæst. 4. nu. 16. volum. 15. tract. diuers.* Doct. *fol.53.* vbi ad hoc allegat Innoc. Ioan. Andr. & Abb. *in cap. dilecto de prabend.* dicentes, quod peccat ita iurans vendendo, quia non seruat iuramentum Deo; & tamen venditio valet contra iuramentum, licet vendens sit periurus, testatur communem, loquens etiam in donatione Loazes *in allegat. iuris pro Marchion. Valez. in respons. ad 5 & 6. fundam. num.145.* Hanc etiam opinionem sequitur alios allegans Ant. Gabriel. *vbi suprà num. 3. & 4.* Roland. à Valle *consi.6. num.24. lib.1. & consi.62. num.4. lib.2. & in d. consi.6. d. num.24. & seqq. præcipue num.25. & 26.* plures allegans, tradit communem opinion. esse, quod pactum de non alienando cum iuramento non impedit translationem dominij, licet alienans sit periurus, Itaque ex *supra* d. auctore & eius communi opinione colligitur, non tantum procedere hanc opinionem, de qua agimus, quando prima venditio fuit iurata simpliciter de non contraueniendo, sed etiam si latius iuramentum sit, scilicet, de non alienando eandem rem aliter, nam adhuc si alienetur & tradatur secundo, valebit hæc secunda alienatio: hanc etiam opinion. ex eodem Imol. tradit expresse Thomas Ferrarius *vbi sup. d. cautela 48. num.2.*

5 Vbi † ponit primam cautelam, quod venditor constituat se possidere nomine prioris venditoris: nam constitutum habet istam vim, quod primus emptor præferatur secundo: & hoc intellige etiam absq; iuramento, & etiamsi res tradatur secundo, & allegat *ibi* Doctores hoc tenentes, & illud probat: eandem cautelam eum & alios allegans tenet Bernard. Diaz de Lug. *in reg. 219.* vbi refert aliquas limitationes huius opinionis remissiue, sequitur etiam plures allegans Anton. Gomez. *in l.45. Taur. num.92.*

Vbi † *nu.93.* late agit, quid iuris sit, si venditio 6
fiat sub conditione primo cum clausula constituti, & antequam adimpleatur conditio, vendatur secundo pure, & fiat ei traditio primi, an præferatur primus ratione constituti? De qua quæstione vltima, est etiam videndus omnino Tellus Fernand. *in l.17. Taur. nu.25. & seqq.* Eandem primam cautelam plurimos referens sequitur Anton. Gabriel. *vbi supr. nu.18.* vbi *numeris seqq.* aliquibus modis eam limitat.

Secunda † cautela Thomæ Ferra. *vbi supra* est, 7
quod apponatur pactum de non alienando cum hypotheca speciali in fauorem primi emptoris: tunc enim licet alienet secundo & ei traditio sit, nihil valebit, & præfertur primus, secundum ipsum *ibi, nu.4.* alios referentem, & Ant. Gom. *d.c.2. de empt. & vendit. nu.20. versi. quarto principaliter*, & tradit idem Ant. Gom. *in tit. de locat num.9. ad fin.* vbi se refert in d. primo loco, dixi de hoc vltimo ipse latius *in mea repet. l. nemo potest. num.40. & 41. ff. de legat. 1.*

Vltimo, † pro complemento huius capit. non 8
omittam vnum, quod licet vulgate sit apud Doctores, est tamen vtilissimum in practica, ad quod multi non aduertunt. Sed per id aduocati primi emptoris bene aduertentes poterunt excludere dict. *l. quoties*, & facere ferri sententiam pro sua parte, scilicet, quando secundus emptor, cui tradita est possessio, sciret rem illam primo esse venditam alij, & contrahentes secundum contractum, & traditionem ipsius celebrarunt dolo, vt res nó peruenirет ad primum emptorem. Ita probat text. *in dict. l. quoties*, ibi, *iure distrahitur*, iuncta gl. *verb. iure*, quæ hoc exponit, id est non dolo, hoc est, bona fide vel sine dolo, & ita gloss. illa iuncta text. hoc expresse sentit & tenet, sed expressius Thom. Ferrar. *dict. cautela 48. num. 4. ad fi.* cum Bald. & aliis quos refert, dicens, quod erit cautela contra d. l. *quoties*, vt coneris probare, quod ipse secundus emptor sciebat, venditionem esse factam, supple tempore secundæ venditionis: quia dato, quod postea in ipsum per tradtionem fuerit translatum dominum, tamen propter fraudem suam, qua vsus est emendo emptor ipsam rem ab eo reuocare per actionem prætoriam competentem ad reuocandum alienationem in fraudem factam, & dicit hanc esse elegantem decisionem & menti tenendam, quam etiam opinionem sequitur alios allegans Palatius Rub. *in repet. rubr. de donat. inter virum & vxor. §. 81. num. 11. pag.134.* item & Greg. Lopez. *in d. l.50. in* gloss. magna, ad medium, & Couar. *d. lib.2. variar. cap.19. num.8.* & Roland à Valle *consi.9. num.27. lib.1.* Et plures allegans hanc testatur esse communem opinion. & ab ea non esse recedendum in iudicando & consulendo, Anton. Gomez. *dicto capit. de emptione & vendit. num. 20. versic. secundo principaliter*, licet dicat in puncto iuris non videri veram per fundamenta, de quibus *ibi* per eum, quibus ipse postea satisfacit. Communem sequitur plures referens Anton. Gabriei *vbi supra, numero 30.*

SVMMA

SVMMARIVM.

1 *Emphyteuta ecclesiæ biennio cessans soluere pensionem, priuati vero triennio, cadit ab emphyteusi, nisi moram statim purget.*
2 *Dominus emphyteusis, an hoc casu possit propria auctoritate expellere emphyteutam?*
3 *Dominus emphyteusis, qui petiit in iudicio commissum, non poterit postea propria auctoritate expellere emphyteutam propter canonem non solutum, nisi quando id petiit in iudicio, protestatus fuerit sibi reseruari potestatem intrandi rem propria auctoritate.*
4 *Cautela vt emphyteuta nó possit moram purgare.*
5 *Si dominus emphyteusis, elapso biennio vel triennio cessationis, &c. ante decem dies postea elapsos concesserit rem in emphyteusin alteri, vel alio modo eam alienauerit, an emphyteuta possit moram purgare?*
6 *Pœna commissi non habet locum in hærede acceptoris non soluente pensionem tempore debito propter ignorantiam.*
7 *Emphyteuta ecclesiæ, qui iurauit soluere pensionem, si non soluat, an cadat à iure suo & possit expelli non expectato biennio, & num. 8. ponitur quædam limitatio.*
9 *Censuarius quantocunque tempore non soluerit censum, non cadit in commissum, sed censum decursum totius temporis tenetur restituere.*
10 *Conditio caducitatis in commissum apposita in contractu census iure Regio seruanda est, licet pœna magna sit & excedat dimidiam: vbi agitur de intellectu l. 1. tit. 15. lib. 5. nou. recop. reg.*
11 *Pœna commissi an sit æqua vel iniqua?*
12 *Quæ differentia sit inter contractum census & emphyteusis remissiue?*

CAPVT XXXI.

De emphyteuta Ecclesiæ vel priuati pensionem debito tempore non soluente.

1 EMPHYTEVTA † Ecclesiæ si biennio cessauerit soluere pensionem census emphyteutici, cadit ab emphyteusi & potest ab ea expelli, nisi celeri satisfatione post modum sibi consulere studuisset, text. *in c. potuit, de loca. & conduct. in vers. emphyteuta, text. in auth. qui rem, C. de sacros. eccles.* Emphyteuta vero priuati si per triennium cessauerit soluere pensionem, priuatur & cadit ab emphyteusi & non ante. Ita probat text. *in l. 2. vers. sin autem. C. de iure emphyt.* & vtrumque probat text. *in l. 28. in vers. E aun dezimos, tit. 8. part. 5.*

2 Vbi dicit, † *Que dende en adelante los señores della, sin mandado dil juez la puedan tomar.* Et ibi Gregor. Lop. *in gl. juez*, inquit, idem esse de iure communi, secundum communem opin. gl. & aliorum *in d. l. 2.* vbi limitat aliquibus modis, & tandem concludit, tutius esse tenere opin. Specul. & Bal. tenentium, quod quando emphyteuta negaret se non soluisse, seu diceret tempus solutionis nondum elapsum, tunc, quia per negationem res efficitur dubia, non liceat domino expellere emphyteutam propria auctoritate, de iure communi est verior & communis opinio, quod in resolutione emphytensis non requiratur auctoritas iudicis, sed quod fiat ipso iure propter pensionem debito tempore non solutam, secund. Abb. *consil. 67. in princ. 2. par. consil.* vbi *num. 2.* hoc ipse intelligit verum, volente & declarante domino, quod resoluatur emphyteusis, vt *infr.* statim dicemus. Eandem opin. concludit de iure veriorem & communem esse, plures allegans & dicens non esse ab ea recedendum in iudicando & consulendo contra alios Dd. tenentes requiri sententiam iudicis, Dec. *consil. 146. n. 4.* & plurib. aliis *seqq.* vbi tenet, requiri declarationem domini.

Et † quod si primo petiit hoc in iudicio, non 3
possit postea propria auctoritate expellere conductorem, nisi quando id petiit, coram iudice protestatus est sibi reseruari potestatem intrandi rem emphyteuticam propria auctoritate. Nam *ibi* probat valere hanc protestationem reseruationis, quem refert & sequitur Greg. Lop. *vbi suprà.* Et opinio suprad. quod non requiratur sententia iudicis sed sufficiat declaratio domini, testatur communem & ab ea non esse recedendum in practica, Iulius Clar. *lib. 4. recept. sent §. emphyteusis, q.9.* Ego semper video, vt hoc commissum petatur in iudicio via ordinaria, & non capiatur emphyteusis propria auctoritate, licet iure communi & Regio possit, vt *supr.* dictum est.

Illud † tamen est aduertendum pro cautela ad 4
hoc, vt emphyteuta post biennium vel triennium lapsum nunquam possit moram purgare, scilicet, quod statim lapso termino dominus dicat & declaret, se velle, vt cadat in commissum propter cessationem solutionis pensionis per illud tempus legale vel canonis, nam statim lex facit exequutionem, vt probat *d. l.* 2. secund. Ias. *ibi. q.29.* & eundem *in l. si insulam, num. 16. ff. de verb. oblig.* vbi hoc intelligit, etiamsi dominus declaret absente emphyteuta, expresse ponit Cæpol. *cautel. 135. incip. hanc cautelam ad hæc iura tu scis*, & Rom. *consi.103.* Alexan. *consi.106. num.4. volum.4.* Dec. *vbi suprà, num. 4.* & Catel. Cotta *in memorabilib. iur. verb. emphyteuta non soluendo*, quæ cautela procedit etiam domino faciente tacitam declarationem, secund. Abb. *d. consi.67.* per totum, & Dec. *d. cons. 146. n. 4. & seq. idem in auth. qui rem, num. 6. C. de sacros. eccles.* Matt. de Afflict. *decis. Neap. 174.* per tot. Quod hodie non videtur posse procedere attenta d. l. Regia partitæ, nisi post decem dies à d. termino lapsos, nam intra decem dies post dictos terminos potest emphyteuta ecclesiæ & priuati soluere & purgare moram & soluendo euitare commissum, vt expresse decidit l. illa Regia, qua attenta, videtur quidem dicendum, quod declaratio suprad. domini nihil operatur, nisi post dictos decem dies fiat: & ita inuenio, quod tenet & declarat Couar. *lib. 2. var. c. 17. n. 4. col. 3.* illius *num.* & Greg. Lop. *in d. l. 28. in gl. diez dias.*

Vbi † etiam dicit, quod si dominus elapso 5
biennio vel triennio ante hos decem dies concessisset alteri rem istam in emphyteusin, vel aliter eam in alterum alienauerit, videri, quod non possit hoc casu emphyteuta morã purgare, ex eo, quod res non est integra, præsertim si dominus iam esset alteri obligatus de euictione, pro quo allegat Rom. *vbi suprà, & l. & si post tres, ff. si quis caut.* & quia purgatio moræ nó admittitur nisi re integra. Cuius in hoc opin. mihi placet eius fundamentis & rationib. quib. nó obstat *d. l. 28.* & quę modo ex ea diximus limitãdo supr. d. cautelã, quia procedũt quando res est integra, sc. emphyt. non

alienata, limitatio vero Greg. quando non est res integra.

6 Sed † commissum hoc non habebit locum in hærede acceptoris, qui debuit soluere, & non soluit d.tempore, ignorans pensionem vel censum, cum is, qui in ius succedit alterius iustam habeat ignorantiæ caussam, competit igitur ei restitutio in integrum aduersus ignorantiam supradict. *iuxta l.1.in fin.ff. ex quibus caus.mai.* & in expresso de æquitate, ita tenet gl. *in d. l.2. gl.fi.ad fi.* quæ est communiter approbata, secundum Ias. *ibi, n.*184. dicit etiam communem alios allegans Arius Pinel. *in auth. nisi tricennale, n.*60.*C.de bon. mat.* Et hunc casum iam habui in practica, & informaui iudicem, quod erat successor acceptoris census, & ignorauit iuste censum illum & emphyteusin,& propterea liberandum esse à petitis, quæ multum placuit d.iudici, & secundum eam protulit sententiam in fauorem patrui mei,in qua eum absoluit à petitione caducitatis in commissum & condemnauit eum,vt solueret plures pensiones decursas vsque in diem sententiæ. Quæ caussa fuit producta ad leg.Cancellar. Vallisoleti in gradu appellationis per aduersam partem, sc. actorem, & audiui pro certo confirmatam fuisse illic præd.sententiam.Sed est aduertendum,quod aduocatus rei conuenti in hoc casu alleget & iuret igorantiam,si vera est, & petat præd. restitut. & eam iuret,vt nihil deficiat in allegatione,consulatque præterea aduocatus parti suæ, vt deinde suo tempore quotannis offerat & requirat in iudicio actorem cum solutione census & in defectum, quod ipse accipere recuset propter litem, petat à iudice, vt pensiones decursas, quas offert deponat apud virum bonum, & cum hoc protestetur se facere id, ad quod tenetur, & ita secure res fiet.

7 Illud † tamen in proposito est aduertendum, quod si emphyteuta Ecclesiæ iurauit soluere pensionem,si nõ soluat,cadit à iure suo, & potest statim expelli ab emphyteusi, biennio non exspectato, nec potest moram purgare. Pro quo facit bon.tex. *in l.si quis maior,C.de transact.*vbi probatur, quod is qui contractum vel conuentionem seruare iurauit,si non seruat, carere debet commodo ipsius contractus vel conuentionis: ergo ita in proposito dicendum est: & hoc propter virtutem & robur iuramenti, quod facit iurantem præcise teneri adimplere promissa. Ita n.primus omnium voluit Bal.*in c.querelam, n.5. de iureiur.* vbi inquit:*Vltimo conclude,quod vbi est iuramẽtum, non subintelligitur illa clausula, Si intra biennium non soluerit:* sequitur alios allegans Gomez. *in §. item si quis postulante, num.*8. *de act.* vbi refert Ias. *in l.2. in 9. quæst. C. de iure emphyteut.* tenentem contrarium: quam etiam opinionem Bald. tenet expresse allegans Gozad. *cons.*57. *col. penult. in fin.*Rol.à Valle *cons.*8.*n.*41. Hanc etiam opinionem alios allegans testatur communem ex testimonio Gozad. *vbi supra*, Couar. *de pact. in 6. in 1. part. relect.* §. 4.*num.*5. vbi refert Cassiad. *decis.*2. *de iureiur.* dicentem hanc opinionem vt communem seruari in prætorio Rotæ. Ipse tamen Couar. *ibi* inquit contrariam sententiam videri profecto veriorem & existimat opinionem Bal. *vbi supra*, non esse veram, & allegat eam improbantes Carol. Molin. Alex. & Curt. Iun. duobus fundamentis. Primo, quia natura & proprietas huius contractus emphyteusis est, non amitti emphyteusin ob non solutam pensionem intra biennium, sed post, *vt in iuribus supra allegatis.* Ergo secundum hanc naturam debet intelligi & regulari iuramentum, quod superadditur ipsi contractui, iuxta text. *in l. fin. C.de non num. pec. cum simil.* Secundo ex text. *in d. c. querelam,* vbi adfuit iuramentum de soluenda pensione emphyteusis, & tamen non fuit actum ad priuationem rei, nisi post biennium à cessatione solutionis pensionis. Contra communem etiam primo fundamento supradicto tenet Iul. Clar. *lib.*4. *recept. sentent.* §. *emphyteusis, quæst.*8. *vers. & hoc quidem,* dicens, quod prædicto fundamento per tenentes communem opinionem non accommodatur iudicio suo aliquod concludens responsum, & quod si casus contingeret, de facili inclinaret in contrariam sententiam, quæ æquior est. Sed his non obstantibus communem opinionem aduersus Couarruu. & Alciat. sequitur propter religionem iuramenti Dominus Ant. de Padil. *in d. l.si quis maior, numer.*45. *C. de transact.* vbi refert plures Doct. communem opinionem tenentes & dicentes eam esse communem: quam etiam ipse tenendam dico in iudicando & consulendo. Non obstat primum fundamentum contratiæ partis, quia ei satisfacit duobus modis Roland. à Valle *vbi supra num.*41.& 42. Secundum etiam fundamentum non obstat, quia *in dict.cap.querelam,* nihil contra communem probatur: nam *ibi* casus ita contigit, non tamen ideo negat text. quin ante biennium,si cesset in solutione,possit agi. Et opinionem Baldi *in dict. cap. querelam,* vltra supradictos sequitur & optime fundat Ant.Corset. *in rub. de iureiur. num.*34.& 35.*vol.5. tract.diuers.* Dd. *fol.*15. & sequitur nouissime eum Rip. quem citat *in c.2.num.*20.*de rescript,* Ioseph.Ludou.*decis. Peruf.*22. *nu.*14. Et quod vbi est appositum iuramentum confirmatorium contractus,cum clausula contractus resoluiua, non habeat locum purgatio moræ, late probat cum aliis *decis. Peruf.* 90.*per tot.in 2. part.*de quibus nos late agemus infra *in 3.par.c.*17.*per tot.*

8 Vno † tamen casu limitarem ipse communem opinionem supradictam, scilicet quando partes in contractu emphyteutico apposuerunt conditionem expressam, quod si emphyteuta non soluerit intra dictum tempus, cadat res emphyteutica in commissum. Nam tunc etiamsi reus obligauerit se cum iuramento, non cadet res in commissum, nisi post lapsum illius temporis cessationis solutionis,quia partes ita voluerunt & exprimi fecerunt, conformantes se cum iure communi,& hoc casu proprie dicemus iuramentum sortiri naturam contractus expressam.

9 Vltimo † pro complemento huius cap. est aduertendum, quod extra caussam emphyteusis, censuarius quantocunque tempore steterit, quod censum non soluerit, non perdet propter hoc res censuales, sed censum totius temporis tenetur restituere. Ita tenet gl. *in cap. constitutus, in verb. iuxta ratam, in vers. vnde quantocunque, &c. de relig. domibus* & *ibi* Dd. sequitur etiam Ias. *in l.fin.num.*48. *C.de iur.emph.& in l.2.num.*41. *C.eod. dicit communem* Ant.Gom.*in l.*68.*Tauri,num.*3.sequitur & dicit communem Padil. alios allegans *in l.3.num.*12.*C.de seruit.& aq.*& illam gl.refert & sequitur F.Domin.de Sot.*lib.6.de iust. & iur. qu.*5. *art.*1. *pag.*551.*col.*1. vbi aduertit gl.illam loqui in censu reseruatiuo,qui non est vsq; adeo in vsu,sed frequentior hodie censu est consignatiuus, quas duas

duas species *ibi* declarat,licet Bal. *cons.*177.*vol.*3. contrariam opinionem gl. receptiorem contra Bal. esse affirmat Io. Orof. *in l.iuris gent.* §. *quinimo, num.*48.*ff.de pact.*Quas duas communes opin. contrarias refert Couar.*lib.*3.*var.c.*7.*col.*2.*ad fi. & col.*3 *in prin.illius.* & Mexia *in l.Regia Tolet. de los terminos,in 1.fundam.* 2. *part. n.*37. *fol.*47. vbi *& in n. seqq.* optime probat differentiam hoc casu inter contractum census simplicis & census emphyteusis.

10 Hodie † tamen *d.l.*68.*Tauri*,quæ est,*l.*1.*tit.*15. *lib.*5.*noue reco.Regia*, expresse cautum est, quod si in contractu census apponatur conditio caducitatis in commissum, si non soluatur pensio intra certum tempus, seruetur huiusmodi conditio, cuius verba sunt hæc: *Si alguno pusiere sobre su hered.id algun censo con condicion que sino pagare à ciertos plaços, que caya la heredad en comisso, que se guarde el contrato y se iuzgue por el, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.* Quæ lex expresse loquitur in censu consignatiuo, qui hodie frequentior more est,de quo loquuntur extrauagantes *de empt. & vendit. Callist.& Martini*, vt constat ex eius litera, *ibi: Si alguno pusiere sobre su heredad*, & ibi: *que sino pagare, &c.* Quia verba hæc vltimo relata referuntur ad dominium hæreditatis constituentem censum super ea: Itaque loquitur in constituente censum super sua hæreditate, tertio quotannis soluendum, remanente hæreditate censuaria apud ipsummet dominum constituentem censum, & nihilominus dicit *l.Regia*, quod seruetur suprad. conditio caducitatis: & Ita est tenendum,quod *d.l.Regia*, loquatur etiam in hoc casu, vt sentit & tenet Ant. Gom. *ibi,col.*3.*vers.vel aliter & in 4.col.vers.secundo infero*, quicquid contra eum & alios Commentatores illius legis teneat Mexia *vbi supra, n.*38. *& iterum num.*43. *& seqq.* Quæ quidem lex rigidissima est, vt propter non solutionem redditum parui census duorum vel trium annorum amittat dominus proprietatem hæreditatis suæ multo plus valentem, præcipue cum lex illa non permittat allegari enormem læsionem vltra dimidiam,vt late tradit Matth.de Afflict. *ac si legem illam vidisset, decis. Neap.*80. *per tot.* vbi tandem concludit fuisse iudicatum in consilio Neap. vt propter redditum non solutum in casu, quo sit conditio & pœna commissi, tantum incidat res in commissum pro valore proprietatis census, qui est impositus super illa re & non tota res: quæ profecto decisio æquissima est, esset que tenenda, nisi haberemus expressam legem Regiam supradictam præcipientem contrarium: quid dicendum? Inuenio,quod Couar,*vbi supra* allegans præfatam legem, inquit hæc verba: *Præxis tamen & forensis vsus apud suprema Regis tribunalia eam legem contractus, esti omnino expressa sit, tantum admittit & probat, vbi census perpetuus constituitur absque redimendi pacto, & res super quæ constituitur est, ipsius erat, qui pensionem annuam sibi soluendam fore cauerit: alioqui benigno quodam iure nunquam obtinet, is qui rem iure & ratione commissi reddi sibi postulat*, & ad hoc allegat Matth.de Afflict.*vbi supra* Et inquit preterea Conar.quod pœna commissi est odiosa, rigoremque habet, à quo æquissime fugitur: & idem quod Couar. asserit etiam in terminis Ioan.Orosc. *vbi supr.n.*49. dicens, quod ita admittit vtriusque auditorij benigna interpretatio (fuit enim ipse de Pinciano prætorio.) Hanc praxin probat me tacito nouissimus Olanus *in sua concordia iuris, lit. A.num.*97.*fol.*23. & ante eum Aluar.Valas. *de iur. emphyt.q.*1.*n.*31. Itaque secundum hos Dd. Hispanos lex illa,licet expresse loquatur in censu, in illo non practicatur, sed tantum in emphyteusi perpetua.Et addit Orosc. bonam rationem,quasi res tunc faciliter ad suam naturam reuertatur, *vt in l.si vnus*, §. *pactus ne peteret, ad fin. ff. de pact.* quod non contingit in censu.Et hanc etiam practicam ipse accepi esse verissimam ac vsitatam in Pinciano prætorio, ac per consequens erit seruanda in ciuitatibus & vtilis iurisdictionis illius prætorij & curiæ Regiæ, vt tradit idem Oroscius *in l.de quibus, num.*25. *ff. de legib.* Et licet Couar. dicat hoc solum praxin & vsum forensem admittere, vbi census perpetuus constitutus est absque redimendi pacto, &c. idem tamen est, & procedit quoque l. illa in censu emphyteutico, etiam si perpetuus sit & redimibilis, vt eadem ratione bene probat Mexia *vbi supr.n.*36.

11 Et † an pœna commissi sit iniqua vel licita, vltra Mexiam *vbi supr.*est videndus Dom. de Sot. *lib.6.de iust. & iur.q.*5.*art.*2.*pag.*556.*col.*2. *ad fi.*vbi dicit: *Item quod qui in vno vel duobus annis non soluerit, eisdem obligatis possessionibus spolietur: non est prorsus genere suo iniquum, quoniam potest id quidem in pœnam imponi,*& est *l.Taur.*68.approbatum:Attamen vt pœna sit iusta, debet esse moderamine ad culpæ quantitatẽ temperata. Et quod hæc pœna commissi emptioni census contra venditorem posita sit iniqua & iniusta, nec exsequutioni tradenda, saltem in foro conscientiæ, quicquid sit de foro exteriori, probat atque resoluit Medina *in suo C.de rest.tux. de censu redimibil. fol.* 181. *col.*2. 3. & 4. quam etiam conuentionem commissi improbat Paulus de Palat. *in adnotat.ad summam Caiet. fol.*131. & late Aluar. Valascus *de iur.emphyt.q.*31. *n.*12. dicens, quod senatus illius Regni, nempe Portugal. aliquando ita iudicauit. Idem voluit Nauar. *in Manual. c.*23. *n.*68. *in fin.* licet non loquatur specifice in pœna commissi, sed generaliter in pœna, quæ debetur ad satisfactionem eius, quod interest. Nam incurrens in eam,tenetur in conscientia ad solutionem totius pœnæ,vel ad minus pro ea parte quantum sumat interesse verum illius,cui debetur.Idem probauit de iure canonico D.Francisc. Sarmient.*lib.*3.*select. interpret. c.*6. *n.*10. & 11. nempe nullo modo pœnam esse exigendam,nec in ea iudicem condemnare debere,si appareat manifeste, nihil interesse partis: quod si ex natura rei verisimile sit damnum stipulatorem passum esse, licet non ita exacte probetur pœnam conuentionalem etiam iure canonico exigi posse, ne facile conuentione excludantur,neue locus calumniosis hominibus detur,vt *ibi* latius deducit. Idem tamen Nauar. *nouissime in c.*28.*in addit.ad d. c.*23. *d. n.*68. quærit in specie, an pœna commissi possit per creditorem haberi cum bona conscientia, & respondet, quod sic, per dicta *in d. cap.*23. *num.*66. *& seqq.* quando pœna commissi iuste fuit adiecta. quia si perpetam adiceretur pœna commissi, vt contingit in pluribus contractibus modernorum censuum cum pacto de redimendo, vt amittantur fundi, super quibus census imponitur, si intra certum tempus census non soluatur, non posset haberi pœna hæc cum bona conscientia. Quare inquit Nauar.*ibi*,denuo factam fuisse l.Nauarræ, vt pœna commissi tantum intelligatur ad effectum fundum censuarium vendendi, & ex pretio exigere

redditus decursos cum principali, quod fuit datum initio pro censu, & residuum reddatur Domino fundi, (*idem refert Olanus vbi suprà numero* 96.) certè iustissima lex est, meo iudicio, supradict. Sed nos in his Regnis Castellæ & Legionis, eam non habemus, sed contrariam, scilicet *d.l.*68.*Taur.*quæ hodie, vt *suprà* dictum est, ponitur in noua recopilatione legum huius Regni, & seruari præcipitur: Sed, vt ex supradictis Dd. colligo, pœna commissi non potest exigi cum bona conscientia in huiusmodi censibus constitutis cum pacto de retrouendendo super fundis constituentis censum, nisi pro ea tantum parte, quæ verè tangit interesse creditoris propter non solutum censum. Itaque in conscientia debitor tantum tenebitur soluere census decursos, non verò amplius, nec vltra creditor poterit seeure recipere. Ex quibus etiam colligitur, licitam esse commissi pœnam in emphyteusi perpetua, quæ constituitur super re creditoris modo supradicto, & sic in casu, quo secundum practicam hodiernam diximus *suprà*, posse exigi pœnam commissi in iudicio, & non in eo casu, quo exigi non posset, secundum supradict. practicam benigniorem. Iustitiæ igitur forum & conscientiæ in hoc pari passu ambulant. Laudemium autem & quinquagesima hodie non debetur, nec potest peti ratione venditionis rei, super qua est constitutus census quotannis redimibilis, vt cauetur in motu proprio D. N. Sanctissim. Pij V. anno 1569. 14. Calend. Februar. concesso: quod etiam ante tenuit Dominicus à Soto, *vbi suprà col.* 2. præterquam in emphyteusi: quod si in censuario iure Regni permittitur, inquit Soto, nihil obloqui audeo, sed *dict. l. Regia* in emphyteusi perpetua tantum intelligitur & practicatur, vt *suprà* est dictum, & in d. motu proprio cauetur pacta commissi vel pœnæ nulla esse in censibus redimibilibus de nouo ex tunc creandis, non autem loquitur de emphyteuticis censibus.

12 Quæ † autem differentia sit inter contractus census & emphyteusis, & quomodo dignoscatur vnus ab alio, videndi sunt omnino Dd. *in d.l.*68. *Taur.* præcipuè Anton. Gomez. ibi & Couar. *vbi suprà*, & Euerard. *in centu. legal.cap.*13. *de emphyt. ad cens.* & Gregorius Lopez *in l.*28. *tit.*8.*part.*5. *in gloss. à censo*, & cum his me expedio ab hoc cap.

SVMMARIVM.

1 *Prodigus cui bonis interdictum est, non potest contrahere, nec testari, nec codicillari, & requisita ad hoc ponuntur.*

2 *Non sufficit, quod iudex prouideat curatorem prodigo, nisi ei interdicat alienationem, nec quod aliquis pronuntietur prodigus à iudice, & fiat preconium quod cum illo minime contrahatur, nisi ei datus fuerit curator, & interdicta sit ei bonorum administratio.*

3 *Notorius prodigus, non dato sibi curatore, nec interdicta administratione bonorum, an possit contrahere & cætera facere.*

4 *Prodigo aduersus contractum gestum cum auctoritate sui curatoris datur in integrum restitutio, si in eo lædatur, sicut datur minori.*

5 *Bona curatoris furiosi & prodigi, sunt tacitè hypothecata pro cura & administratione.*

6 *Contractus prodigi, cui bonis interdictum est per iudicem, an firmetur iuramento ipsius prodigi?*

CAPVT XXXII.

De prodigo, cui bonis interdictum est.

1 PRODIGVS, † cui bonis interdictum est, non potest contrahere, nec quasi contrahere, nec testari, nec codicillari, *text. est capitalis & expressus in l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. & in l.* 1. *& per totum, Codice & digest. de curat. furios. & prodig.* text. *in l. is cui lege, ff. de test. in* §. *item prodigus, Instit. quibus non est permiss. fac. testa. l.* 5. *tit.* 11. *par.* 5. Ex l.Regia probatur, duo requiri copulatiuè ad hoc, vt prodigus contrahere non possit, nec cætera facere, scilicet, quod ei detur curator à iudice, quia prodigus: item, quod per ipsum iudicem sibi bonis interdicatur: & addit Anton. Gomez. *2.tom.c.de restit.min.n.*31. aduertendum in practica circa hoc, qua requiritur caussæ cognitio de dilapidatione, item quod detur sibi curator, itè quod iudex interdicat ei bonorum suorum administrationem, item quod faciat publicè præconizare, vt nullus de cætero cum eo contrahat, per iura *suprà* allegata.

2 Ex † quo primo infertur, non posse procedere, quod Bart. existimauit, *in dict. leg. is cui bonis, numero* 3. *&* 4. dicens, quod dando iudex curatorem prodigo, videatur ei interdicere: Nam lege Regia suprad. videmus requiri vtrumque. Et ita contra Bart. aduertit Gregorius Lopez *ibid. in gl. defendiendo*, dicens, quod de iure communi opin. Bart. videtur communior, de quo iure communi videndus est Rebuff. 1.*tom.commen.tit.de sententiis pronis. art.*3. *gloss.*4. *num.*3. *& seq.* Secundo infertur, bene dixisse Bart. *vbi suprà* non sufficere, quod iudex sua sententia pronuntiet aliquem prodigum esse, vel faciat præconizare, quod nullus contrahat cum tali, nisi curatorem ei dederit, & interdicat ei administrationem bonorum: quia secundum eum hæc diuersa sunt, & requiritur caussæ cognitio, & secundum nos vtrumque requiritur, & curatoris datio & interdictio bonorum, vt *suprà* est dictum, licèt Rebuff. *vbi suprà numero* 4. contra Bart. in hoc dicat Doctores communiter tenere, imo, quod sufficiat, vt per ciuitatem proclametur, vt nullus contrahat cum tali, mediante sententia lata cum caussæ cognitione.

3 Tertiò † infertur, quòd si quis notoriè prodigus sit, quia immoderatè expendit patrimonium, si tamen non est facta sibi interdictio per iudicem & curator datus, poterit contrahere & cætera facere: ita tenet gloss. *in d.l. is cui bonis, & ibi* Bart. *num.* 4. *& ibi* Arec. *&* Alex. *num.* 7. *&* Ias. *col.*5. *num.*9. Claud. & Rip. *n.*5. Zas. 16. Cuman. *num.* 4. Imol. *num.* 3. Paul. 4. dicunt communem hanc primam opinio. latè de ea agentes: testatur communem plures referens dicentes Canonistas ita tenere & ab ea in iudicando & consulendo non esse recedendum, Sebast. Vantius *de nullit. proces. in tit. de nullit. sentent. ex inhabilit. seu defect. mand. n.*23. vbi etiam agit, an interdictio & curatoris deputatio ei facta, qui in effectu non esset prodigus neque furiosus, valeat: dicit etiam communem Paul. de Monte Pico *in l. post contractum, num.*9. *ff. de donat.* & Cuman. *n.*3. Aretin. 2. *in d.l. is cui lege, ff. de testam.* & Stephan. Aufrerius *decis. Tholos.*362. & dicit eam communem Boër. *decis.*23. *num.*37. & in consuetud. Bituricens. *paragr.* 8. *in fin.* & Greg. Lop. *vbi suprà*, sequitur etiam Ant. Gomez. *vbi supr.* Et pro hac opinione Bart. allegat *l. Iulianus, digestis de curat. furio.* qua inductione idem etiam probat text. *in d. l. is cui bonis.* Secundo pro hac opinione vltra Bart. allegatur *l. tres tutores, vers. fin.* ibi, *nam aperte prodigo, ff. de administrat. tut.* Tertio *l. sed etsi lege,* §. *consuluit, ff. de petit. hæred.* vbi licet cuilibet abuti re sua. Præterea dum probat ille text. non competere petitionem hæreditatis pro rebus dilapidatis: ergo voluit ibi alienatio facta per eum, qui dilapidauit. Quarto, *l. non debet, ff. de dol.* Quinto text. *in c. veritatis, de dolo & contumac.*

Contrariam tamen opinio. imo, quod notorius prodigus ante interdictionem non possit alienare, tenet gl. *in d. l. is cui lege, digest. de testamen.* pro qua opinione Bart. *vbi suprà*, allegat duo fundamenta & eis respondet, quibus etiam respondet Rip. *vbi suprà*, qui *num.* 7. testatur istam esse veriorem & æquiorem. Et ita nouissimi communiter concludunt, secundum Ant. Niscelum *in concord. glossarum, concord.* 70. *volum.* 1. *tractatu diuers.* doctor. *fol.* 231. & Hieron. Butigel. *in d. l. is cui bonis, num.*14. & Felin. *in c. sciscitarnus, num.*1. *de rescrip.* & secundum hanc opin. fuisse aliquando in re ardua iudicatum accepi ab eximio quodam Doctore Magistro meo Salmanticæ cum legeret *d. l. is cui bonis*, me audiente. Sed his non obstantibus, prima opinio est verior, communior & tenenda, & gl. *d. l. is cui lege, ff. de testa.* non seruatur secund. Aufrer. *vbi supra.* Quæ opinio prima limitatur, quando contrahens cum notorio prodigo, sciebat prodigum pecunias in certum malum vsum consumpturum, iuxta text. *in l. si quis cum sciret, dig. pro empt. in vers. quomodo*, ibi: *Nisi forte, &c.* Ita tenet & intelligit illum text. Bartol. *in d. l. is cui bonis, num.*4. & est communis secundum Ias. *num.*10. & Steph. Aufr. *vbi supr.* Cuman. tamen *in d.l. si quis cum sciret*, dicens, ab hoc communi intellectu non esse recedendum, tenet contrarium, assignans intellectum ad text. ibi, *vt potius probet contrarium*, intelligendo, quod ibi dictio, *Nisi*, non ponitur exceptiue sed ironice: quod probat ex dictione, *&*, quæ *ibi* simul adiungitur: per quas dictiones ironiam Consulti facere solent, vt probatur *in l. Labeo, in fin.* ibi, *Nisi & eos, digest. de supellect. legat.* Præterea facit, quia secundum omnem intellectum est superfluum verbum, *Non vsucapiet*, positum in fine illius text. quod secus est secundum prædictum intellectum. Hic intellectus Cumani subtilis est, sed teneo communem, licet aliquo modo diuinet ille text. cui alium intellectum assignat Anton. Gomez. *vbi suprà.*

Secundo modo communis opinio prima supradict. limitatur, quando notorius prodigus ante interdictionem faceret donationem omnium bonorum suorum: ita tenet alios referens Ripa *in d. l. is cui bonis, num.* 13. licet Alex. ibi teneat contrarium. Quod etiam intellige, quando faceret donationem maioris partis bonorum suorum, *argumen. l. omnes,* §. Lucius, *ff. quæ in fraud. cred.* Item & quando aliquam rem donaret omnibus meliorem, *l. summa cum ratione, ff. de pecul.* ita Ripa *vbi supra, num.*14. Et ita intelligenda est hæc materia. Tertio, communis opinio supradicta declaratur, quod licet notoria prodigalitas non operetur interdictionem, inducit tamen malam fidem, adeo quod emens ab illo notorio prodigo, non potest præscribere propter malam fidem, *iuxta c. vigilanti, & c. fi. de præscrip.* ita Rebuff. *vbi suprà, num.* 2.

4 Vlterius † est aduertendum in hac materia, quod si prodigus, cui est datus curator & bonis interdictum, lædatur in contractu gesto cum auctoritate sui curatoris, comperit ei beneficium restitutionis, sicut minori, arg. gl. *in l.* 2.*verb. ad agnatos, C. de curat. fur.* quæ loquitur relata ad text. in furioso, sed ex verbis rubricæ illius tituli colligitur, idem esse in prodigo. Ex qua gl. dixit Alex. *in l. si curatorem habens, num.* 4. *C. de in integ. rest. min.* esse communem opin. quod sicut minori, ita furioso & prodigo competit in integrum restitutio. Et ad hoc illam gl. dicit ordinariam Paul. de Castr. *in l. tutor pupilli,* §. *prodigus, ff. de iureiur.* & ibi Ias. *num.* 1. plures allegans, dicit vnicam, plures etiam allegans, & eam sequutus Ant. Gom. *ca. de restit. min. num.* 30. Et hanc opinionem sequitur etiam Greg. Lopez. *in d. l.* 5. *tit.* 11. *partit.* 5. *in gl. defendido, ad fin.* vbi an competat restitutio pro gestis ante interdictionem, quod affirmatiue tradit alios allegans, dicens se vidisse *in praxi* Rebuff. *vbi supr. num.* 7.

Et † ita etiam bona curatoris furiosi & prodigi sunt tacite hypothecata pro cura & administratione, vt tradit argumento d. gl. Gregor. Lopez. *in l.*23. *titul.*13. *partit.*5. *in gl. magna, vers. sed quid de bonis?*

5 Est tamen † elegans dubitatio in proposito, *an contractus prodigi, cui bonis per iudicem interdictum est, firmetur iuramento ipsius prodigi?* In quo primo videtur dicendum, quod firmatur, sicut in adulto dispositum exstat, *vt in auth. sacramenta puberum, cum simil. C. si aduers. vendit.* Et quia omne iuramentum, quod non vergat in dispendium salutis æternæ, est seruandum, *vt in c. quamuis pactum, de pact. in* 6. *& in c. cum contingat, de iureiur.* Secundo, quia prodigus delinquendo obligatur & punitur, argumento eorum quæ notantur *in l. si quis in tantam, C. vnde vi.* Et ita hanc opinionem tenent nonnulli Dd. relati per *infra* allegandos.

Sed his non obstantibus, contraria sententia est verior, tenenda & communis, imo, quod contractus prodigi non firmetur iuramento, quam tenet Bart. *in d.l. is cui bonis, num.*7. *ff. de verb. oblig. duob. fundamentis.* Primo, quia ad validitatem & substantiam iuramenti requiruntur in eo tres comites, nempe iustitia, veritas, discretio, hoc est, iudicium, *vt in c. & si Christus, de iureiur. glos. in auth. quod eis, verb. pœna, C. de nupt.* sed prodigus non dicitur habere discretionem nec iudicium, quia ideo ei bonis interdictum est à iudice, ergo iuramento non obligatur. Secundum fundamentum Bart. est, venire contra præceptum superioris, est peccatum mortale, quia qui non obedierit Principi, morte moriatur, *vt in c.* 2. *de maior. & obed.* Prodigus ergo, qui iurat super contractu prohibito, iurat obseruare quod est peccatum mortale, quia iurat contra præceptum & interdictionem iudicis sibi factam, & ideo ad eius obseruantiam non tenetur, *vt in d. auth. quod eis, & in regula, non est obligatorium, de reg. iuris in* 6. *& in d. c. quamuis pactum, & in d. c. cum contingat*, quia iam iuramentum vergit in dispendium salutis æternæ, cum obseruantia illius contractus sit peccatum

mortale. Tertiò pro hac opinione facit, quia contrahens cum huiusmodi prodigo cui bonis interdictum est, certè in mala fide quasi constituitur, ex eo, quod contraxerit cum eo, qui ob defectum iudicij & discretionis contrahere prohibetur: & cum non careat præsumpta fraude is, qui cum prodigo contrahit, *vt in d.l.si quis cum sciret, ff.de vsucap. pro empt.* videtur iuramentum ab eo præstitum dolo extortum fuisse, & ideo non firmat contractum, *vt in d.cap.cum contingat, & d.c.quamuis pactum, cum similibus*, & contractus à lege prohibitus ratione fraudis præsumptæ non confirmatur iuramento, iuxta gloss. communiter approbatam, vt alibi diximus *in l. 3. C. plus valer. quod agitur, &c.* Quibus fundamentis merito hæc opinio apud plures & grauiores auctores obtinuit, & ita inuenio, quod eam sequuntur plures allegati per Anton. Gom. *in d.cap.de resti. min. num. 32.* vbi eam probat & est communis opinio, vt alios allegans tradit Gregor. Lopez *in d.l.5. tit.11. part.5. in gloss. no valdria.* Et hanc opinionem cæteris præstantius sequitur, probat & communem dicit plures allegans Couar. *in d.c.quamuis pactum de pact. in 6.2 part. relect. §.4. num.8.* eandem quoque opin. communem dicit plures referens, sed non hos, præter Anton. Gomez. Dominus Anto. de Padilla *in l.2. n.36. C. de rescind. vendit.* communem etiam testatur Menchac. *de success. creat. §.28. n. 59.* licèt *n. præced.* aliqua dicat circa articulum hunc, de quibus non videtur curandum: & ita est tenendum.

Non obstat textus *in d.authent. Sacramenta puberum*, quia loquitur in adultis iurantibus: qui licet aliquam intellectus imbecillitatem habeant, negari non potest, quin eo non careant sicut prodigus, qui nullam habet discretionem nec iudicium, ac proinde iuramentum in prodigo deficit in substantia sua, sicut in furioso, cui æquiparatur prodigus cui bonis interdictum est, *vt in d.l.ie cui bonis, & in l.1. C. de curat. furios. & in l. Fulcinius, §. adeo, ff. ex quibus caus. in possess. eatur, cum similibus.* Non etiam obest text. ille alia ratione supradicta, quia prodigo iurante ad instantiam alterius, præsumitur fraus in contrahente secum & mala fides, ac per consequens contractus prodigi iuramento non confirmatur, vt dixi in terminis *d. auth. Sacramenta puberum.* Nec etiam obsunt *d.c. quamuis pactum, & d.c.cum contingat.* quia, vt *suprà* dictum est, iuramentum hoc non potest seruari absque interitu salutis æternæ, & dolo extortum præterea præsumitur, ac proinde non est obligatorium nec seruandum, vt in eisdemmet capitibus probatur. Non obest etiam, quod prodigus delinquendo obligetur, quia punitio delicti pertinet principaliter ad Rempublicam, & ei expedit propter quietem & pacem, ne delicta remaneant impunita, & ex eo aliis detur occasio delinquendi, non tamen sic expedit Reipublicæ, tales contractus à prodigo celebratos iuramento firmari. Imò oppositum expedit & est Reipublicæ vtilius & consultius, quia ex eo euitantur infinita mala & peccata, cum etiam expediat Reipublicæ, ne re sua quis male vtatur, *vt in §. sed & maior asperitas dominorum, Instit. de his, qui sunt sui vel alieni iur.*

SVMMARIVM.

1 *Pactum legis commissoriæ est reprobatum in pignoribus, in contractu verò emptionis & venditionis permissum, & rationes differentiæ assignantur.*

2 *Pactum legis commissoriæ in pignoribus an firmetur iuramento?*

3 *Iuramentum adiectum in pignoribus pacto legis commissoriæ, an efficiat actum valere meliori modo quo possit?*

4 *Pactum legis commissoriæ adiectum in pignoribus in hunc modum, quod si pecunia non soluatur intra certum terminum, pignus sit venditum creditori vel datum in solutum pro iusto pretio, bene valet & tenet.*

5 *Iuramentum appositum pacto legis commissoriæ in pignoribus, non valet nec est seruandum, quotiescunque præcessit primum iuramentum de non apponendo pactum legis commissoriæ in pignoribus.*

CAPVT XXXIII.

De pacto legis commissoriæ.

PACTVM † legis commissoriæ est reprobatum in pignoribus, 1
vt in l.1. & 3. C. de pact. pigno. & d. l. commissoria in pign. rescind. idem probat *l.41. in 2. part. tit.5. & in l. 12. tit.13. part.5.* licèt secus sit in contractu emptionis & venditionis, *vt in l. 1. & per totum, ff. de leg. commiss. & in l. commissoria, C. de pact. inter empt. & vendit. & in l.38. tit.5. part.5.* Ex quibus iuribus constat, tunc dici pactum leg. commissoriæ in pignoribus, quotiescunque apponitur pactum in pignoribus, quod si pignus non liberetur, vel si debitor non soluat tali termino, res pignorata sit creditoris: & in venditionibus hoc modo, quod si pretium solutum sit infra talem terminum, res sit inempta. Ratio autem differentiæ inter pignus & venditionem hoc casu colligitur duplex ex Ioan. Andr. & Abb. *in c. significante, num.7. de pignor.* Primò, quia communiter venditio solet fieri pro iusto pretio, & licet aliquando aliud contingat, tamen istud est raro, & iura adaptantur ad ea, quæ frequenter contingunt, *l. nam ad ea, ff. de legibus.* Vnde etiamsi tale pactum valeat in contractu emptionis & venditionis, non resultat aliqua deceptio, sed è conuerso pignus magis frequenter solet pignorari pro multo minori quantitate quam valeat, & ideò si tale pactum in pignoribus valeret, debitores multum deciperentur. Secunda ratio est, quia tale pactum videtur quodammodo fouere vsuram, cum tendat ad effectum, vt creditor aliquid vltra sortem consequatur: & quia vsuræ sunt prohibitæ, ideo non valet. Has rationes refert & sequitur Anton. de Fano *de pignoribus in 4. part. principal. in princip. num.2.* vbi *numeris seqq.* latè ampliat & limitat primam conclusionem supra proximè positam, scilicet, quod pactum legis commissoriæ sit reprobatum in pignoribus, ad quem est recurrendum in materia quoties opus fuerit, quia benè eam legit & Gregorius Lopez etiam *in d. l.41.* & supradictam primam rationem refert etiam Tiraquel. *de vtroque retract. tit.2. §. ad finem titul. n.122. fol.347.* vbi refert aliam & supradictam secundam rationem. Quia si hoc pactum valeret in pignore, vix aut nunquam aliter creditores mutuarent, quam cum hoc pacto spe consequendi lucri eius, quod pluris est: quod profecto contineret speciem vsuræ, quæ omninò cessant in venditione, &

& *in d.l 41.* alia ratio opponitur, quæ est huiusmodi; *E por esta razon no tenemos por bien, que vala tal pleyto, porque los que emprestan dineros a otros sobre peños, no lo querrian fazer de otra guisa. E los homes quando estuuiessen muy euita los con muy gran mengua que ouiessen, farian tal pleyto como este magner entendiessen que seria a su damno.* Quæ ratio in effectu consonat cum secunda ratione *supr.* relata, declarata vt per Tiraq. *vbi suprà* & refertur etiam *in d.l.12. & de supr. d.1. concl.* videndus est latissimè Cou. *lib.3. var. resol. cap.2. n.7. & 8.* vbi *col. 4. illius num. in princ.* refert secundam rationem supradictam dicens; *Quod eam leges & earum interpretes passim obseruant*, & ipse Couar. post Greg. Lopez. latissime inter alia agit, an istud pactum possit fieri cum fideiussore, & agit de intellectu *l. fin. ff. de contrah. empt.* Et ad secundam limitationem dictæ primæ conclusionis, quam tradit Ant. de Fano *vbi suprà, num.2.* scilicet quando pactum fuit conceptum, quod pignus esset venditum creditori vel datum in solutum pro iusto pretio videndus est etiam Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 368. n.1. & 2.*

Et circa secundam conclusionem supradictam, quod pactum legis commissoriæ licitum sit in contractu emptionis, & venditionis videndus est omnino Ant. Gom. *in 2. tom. c.2. de empt. & vendit. n.30. & seq.* vbi plurima vtilia in practica ex hoc infert, & Greg. Lop. *in d.l.38 in gl. que se a des fecha*, & Ioan. Orosc. *in l. ab emptione, num.34. & seq. ff. de pact.* vbi latè id præcipue agunt, an pactum legis commissoriæ habeat etiam locum in aliis pactis resolutiuis, aliis verbis conceptis quàm in dicto pacto legis commissoriæ continetur: sed omitto hæc conscendens ad meam quæstionem iuramenti in hac materia.

2 Est igitur quæstio in proposito, † *an pactum legis commissoriæ in pignorib. firmetur iuramento?* In quo videtur dicendum, quod sic, per text. qui communiter ad hoc solet allegari, *in c. significante de pignor.* ad quem est aduertendum, quia prima facie videtur probare totum contrarium, dum text. ille *ad fin.* inquit, *Pacto tali vel iuramento nequaquam obstantibus.* Sed debet induci text. ille, vt probet opinionem supradictam à contrario sensu, dum in text. illo dicitur; *Mandamus quatenus si ita est, scilicet quod debitor facit quantum in eo fuit, vt iuramentum adimpleret, quia misit creditori pecuniam numeratam per nuntium fidelem, qui tamen infideliter agens, sicut ei iniunctum fuerat, non persoluit*, vt in illo text. dicitur. Ergo ideo ibi non valet pactum supradictum nec iuramentum super eo appositum, quia debitor, quantum in se fuit, iuramenti debitum adimpleuit, & ideo merito *ibi* Summus Pontifex mandat, quod si ita est, creditor sit contentus sua sorte non obstante tali pacto & iuramento. Ergo à contrario sensu, si debitor ille non adimpleuisset debitum iuramenti, quantum in se fuisset, sed omitteret solutionem in termino contento in prædicto iuramento faciendam, bene sequitur, quod debeat seruari pactum illud vel saltem iuramentum, vt hoc modo manifestissime colligitur ex illo text. quod argumentum à contrario sensu fortissimum est in iure, *vt in l.1. ff. de officio eius, cui mand. est iurisdict. in versic. huius rei fortissimum argumentum est.* Et hac inductione vtitur ad illum text. gloss. *ibi, in verb. si est ita*, & gloss. etiam, licet non ita clare, *in cap. cum contingat, verb. debent, ad fin. de iureiuran.* & per illum text. ita tenet hanc conclusionem Ant. Gomez. *in l.22. Tauri, num.6. ad fin.* referens se circa illius text. intellectum ad Abb. & Dd. *ibid. & in d.c. cum contingat.* Sed aduerte, quod hæc conclusio sumpta à contrario sensu *ex d.c. significante*, debet intelligi, quod iuramentum hoc casu sit seruandum, non tamen firmat ipsum pactum secundum Innocent, & alios Dd. *ibi*: quod etiam tenet Bartol. *in l. si quis pro eo, n.10. ff. de fideiuss.* vbi inquit, hoc esse magni effectus propter multa. Primo, quia statim quod iurans obseruauit iuramentum suũ, est absolutus ab illo, & apud creditorem remanebit res sine caussa & ideo poterit ille, qui iurauit, vt liberetur vel absoluatur à iuramento, si remaneret obligatus, vel potetit agere aduersus creditorem condictione sine causa, sicut contingit in casu *cap. debitores, de iureiur.* quod sequitur alios allegans Ant. de Fano *vbi supra, num.3. & 4.* & Greg. Lopez *in d.l.41. gl. pen. ad fin.* sequitur etiam plures referens Couar. *de pact. in 6.2. part. §.3. num.3. fol.84.* qui apertius loquitur quàm Bart. licet omnes idem dicant, scilicet quod pactum legis commissoriæ in pignoribus minimè cõfirmatur iuramento, cum id reprobatum sit in odiũ creditoris, eo quod vsuræ vitium habeat, vt *supra* dictum est, sed tamen iuramentum hoc erit seruandum, donec vel remittatur à creditore vel detur absolutio ab Episcopo vel eius Vicario, vt contingit *in d. c. debitores.* Et hanc testatur communem opinionem plurimos referens, & alias opiniones Mench. *de success. creat. §.28. nu.47. & seq.* qui varie loquitur: & hoc modo procedunt & intelliguntur, quæ tradit Tiraq. *vbi suprà nu.119. & 120.* Nam primo refert plures Dd. tenentes, quod pactum legis commissoriæ non firmetur iuramento: postea refert plures contrarium tenentes: quia vera & communis resolutio est, quod pactum ipsum non firmatur iuramento, sed iuramentum est seruandum, nisi relaxetur à parte vel impetretur absolutio iudicialis ab eo, & eo seruato potest agi conditione sine caussa, vt *suprà* est dictum, sicut contingit *in c.1. & in c. debitores, de iureiur.* quia pactum hoc in pignore sapit vsuram, vt *suprà* dictum est. Et ita intelligenda est hæc materia. Imo iuramentum appositum in contractibus suspectis eos reddit suspectiores, præcipue vbi adest pactum de retrouendendo, glos. & alij relati per Tiraq. *de vtroque retract. in præfat. de retract. conuent. n.16. fol.274.*

Subdit † tamen Couarr. *vbi suprà*, fortassis iuramentum appositum in pignoribus pacto legis 3
commissoriæ cum effectum habiturum, vt res pignori data maneat post redemptionis tempus penes creditorem vendita, non quidem pretio mutuæ pecuniæ, sed iusto arbitrio boni viri definiendo, vt creditor possit rem ipsam retinere, adiiciens eam pecuniam, quæ iuxta boni viri arbitrium deficiat quoad iustam ipsius rei æstimationem: quod ipse colligit ex his, quæ Ant. Rubeus scripsit *consil.134. ad fin.* Quæ opinio mihi vera videtur de iure, cum sciam hanc potissimum inter alias habere iuramentum virtutem, vt faciat valere actum meliori modo, quo possit, *vt in l. cum pater, §. filius matrem, ff. de legat.2.* quia pactum legis commissoriæ, licet simpliciter sit reprobatum in pignoribus, vt *suprà* dictum est.

Si † tamen concipiatur in hunc modum, quod 4
si pecunia intra talem terminum non soluatur, pignus esset venditum creditori vel datum in solutum pro iusto pretio bene valet & tenet, *vt est tex. in l. si fundus, in fin. ff. de pign. expressa l.41.*

in 1.part.tit.5.par.5.& in l.12. tit.13. par.5. & tradit Ant.de Fano *vbi suprà,d.n.6.* & Matth. de Afflict.etiam *vbi suprà, n.1.& 2.* & est communis secund.Couar.*d.n.8.& d.lib.3. var.cap.2.* vbi vltra Gteg.*in d.l.12.* agit de concordia & intellectu dictarum legum Regiarum in quodam verbo, in quo videbantur esse contrariæ, sed non sunt, vt ipsamet lege declaratur. Ergo iuramentum impositum super pacto legis commissoriæ reprobato in pignoribus, licet non possit firmare pactum illud,vt valeat iure directo', hoc est, vt pignus sit & efficiatur creditoris pro illa pecunia mutuata, non soluta intra terminum constitutum, quia hoc sapit vsuram, faciet tamen valere pactum illud meliori modo,quo potest, scilicet supradicto,vt actus potius valeat,quam pereat:Et ita existimo tenendum, licet vix obtineri posset in practica secundum hanc opinionem: sed non video cur non sit admittenda, cum sit iuridica & æqua, & non contradicat communi opinioni *suprà* traditæ circa intellectum *d.c.significante.*

5 Sed † inuenio quod Menchac. *de success. creat.* §.18. *num.*159. limitat vno modo supradictum intellectum *d.c.significante*, vt non procedat,quotiescunque debitor iurasset primo non apponere pactum dictæ legis commissoriæ in pignoribus, quia hoc iuramentum primum,est iuri conforme: vnde si postea apponat prædictum pactum & iuret, non valebit secundum iuramentum: quæ opinio comprobatur per ipsum ex his, quæ *suprà* diximus, *c.1. ad fin.* circa intellectum gl.*c.licet mulieres,de iureiur. in 6.*

SVMMARIVM.

1 *Pactum nudum an firmetur iuramento, ita vt ex eo iure ciuili actio oriatur? late discutitur.*

2 *Pactum nudum de iure Canonico firmatur iuramento, ita vt ex eo actio efficax ad agendum & exceptio oriatur, & ex ipso iuramento tantum oritur etiam actio.*

3 *Quotiescunque verba legis vel canonis referuntur ad iudicem, tunc non oritur actio nec obligatio, sed officium iudicis.*

4 *Conuentio facta hoc modo, promitto tibi per stipulationem & cum iuramento centum, sequuta acceptatione erit pactum vestitum ratione iuramenti.*

5 *Stipulatio non solemniter facta adiecto iuramento, valet meliori modo quo potest.*

6 *Hodie de iure Regio absque dubio ex pacto nudo iurato oritur actio.*

7 *Iudex secularis an possit compellere ad obseruantiam iuramenti, præcipue de mandato iudicis ecclesiastici.*

CAPVT XXXIV.

De pacto nudo iurato an producat actionem.

1 ACTVM † nudum de iure ciuili non producit actionem, *vt in l. iuris gentium,§. sed cum nulla,vers. igitur nuda, ff. de pact. cum simil.* Sed an pactum hoc firmetur & vestiatur iuramento,dubium est? In quo gl. *in l.1.verb.imposita,ff. de oper. lib.* tenet, speciale *ibi* esse quod pactum nudum firmetur iuramento: ergo in contrarium est ius commune: idem etiam tenet alia gloss. *in l. vt iurisiurandi in verb.siue post tempus, ad med. ff. de oper. libert.* quam etiam opinionem tenet Bart. *in d. l. iuris gentium, §.quinimo,n.16.*& idem Bart.*in l.iusiurandum quod ex conuentione, in princ. n.2. ff. de iureiur.* vbi Ias. *n.7.* hanc testatur esse veram & communem opinionem,& hanc opinionem testatur esse magis communem Ioan.Orosc. *in d.§.igitur nuda, num.5.* vbi plures Dd.allegat: & vtrumque testatur magis communiter receptum videri, plures allegans Menchac. *de success. creat.* §. 28.*n.3.* hanc etiam testatur communem Couar. *in cap. Rainaldus,§.3.num.10. versic. quarto iuramenti religio, de testament.* vbi refert,plures Dd.tenentes,quod iure ciuili quoque producat actionem pactum nudum cum iuramento, dicens hanc esse veriorem, & supradictam primam opinionem constat etiam esse communem ex eodem Couar. *de pact. in 6. 2.part. relect.* §.4. *n.15. versic.5. & præcipue fol.*98. vbi plurimos allegans refert contrariam opinionem, imo quod pactum nudum iuramento firmatum iure etiam ciuili actionem producat: & eam sequitur ex duabus receptis sententiis. Prima quæ habet, quod iuramentum habet vim duplicis consensus. Secunda, quia pactum nudum geminatum producit actionem, *iuxta l. fin. C. ad legem Falcid.* Et ad hanc secundam sententiam affirmatiuam allegat Bart. expresse tenentem eam *in leg.si qui pro eo,numer.12. ff. de fideiussor.* corrigens eius literam, dum dicit: *Item in pacto nudo, puto quod de iure Canonico per tale iuramentum talis conuentio validatur: sicut pœnalis stipulatio super ea apposita valet, vt in d. paragr. alteri*, &c. quod legendum est hoc modo: *Item pacto nudo quod de iure Canonico validum est, puto quod per tale iuramentum talis conuentio validatur.* Et corruptam esse Bart. literam existimat etiam Orosc. *vbi supra*, allegans eum pro hac secunda opinione, & dicit eam esse communem ex testimonio Alciat, qua litera Bar. sic correcta & emendata, & aliis rationibus existimant quidem Couar. *vbi supra*, Bart.tenere secundam opinionem affirmatiuam contra primam communem, scilicet quod pactum nudum etiam de iure ciuili producat actionem, quando est iuratum,& cum hac opinione ipse remanet,Orosc. tamen *vbi supra nu.6.& 7.* nititur concordare has opiniones,dicens, quod licet verum sit,iuramentum habere vim duplicis consensus,item & quod pactum nudum geminatum producat actionem de iure ciuili, secũdum approbatissimam opinionem, tamen id procedere inquit, quotiescunque pacta nuda non in continenti, sed cum ex interuallo fiunt, secundum quæ idem in iuramento esse credit, vt pactum quidem vestiat,si ex interuallo, non si in continenti iuretur: quo sensu opiniones supra scriptæ secundum ipsum componi possunt. Ego video vtramque opinionem communem esse, & plurimum Doctorum numero sequutam esse: concordia non placet, quia diuinat ad mentem Doctorum de hac re agentium: literam Bart. *in d. l.si quis pro eo, num.* 12. video esse expressam, vt loquatur de iure Canonico, quod illo iure iuramento adiecto pacto nudo talis conuentio validetur. Et cum ita sit expressa litera illa, non videtur posse pati intellectum supradictum,vt loquatur etiam Bart.de iure ciuili, præcipue cum idem Bart.in aliis supra allegatis de iure ciuili teneat primam opinionem: vnde non est præsumendum Bart. sibi ipsi contradi

tradixisse in hoc, cum eius litera non sit contraria. Posset quidem melius pro hac secũda opinione allegari gloss.*in d. l.iuris gentium,§.quinimo, in gloss.magna,prope fin.*ibi,*item secundum quosdam vestitur iureiurando, vt infr.de oper.libert.l.vt iurisiurandi*, licet in illa lege speciale sit, vt pactum nudum vestiatur iuramento, vt idem Accurs. *ibi* & *in d.l.1. C. de oper libert.* existimauit: Quid tenendum? Mihi adhuc verior videtur hæc secunda opinio affirmatiua propter religionem iuramenti, quod etiam iure ciuili confirmat actum alias nullum, *vt in auth. sacramenta puberum, C. si aduers.vendit.* præcipue hodie,quod ex solo pacto nudo oritur actio & obligatio iure Regio, *per l.3.tit.8.lib.3.ordin.quæ hodie est l.2.tit.16.lib.5. nouæ recopil. Regiæ.* Ergo ex iuramento orietur actio. Et hæc de iure ciuili.

2 De † iure autem Canonico videtur esse indubitatum,quod pactum nudum firmetur iuramento,& ex eo oriatur actio efficax ad agendum, attento *c.1. de pact.* quo probatur, ex pacto nudo oriri actionem iure canonico iuxta magis communem sententiam Doctorum,quam refert Ioan. Orosc. *in d.§. igitur nuda num.11.& 12.* vbi miratur Æmilium Ferretum, qui contrarium asserit: Ergo à fortiori oritur, si pactum nudum firmatum sit iuramento.Imo ex ipso tantum iuramento oriri iure Canonico actionem & obligationem probatur. Primo,quia iure Canonico etiam in foro ciuili seruando iuramentum, quod potest seruari absque interitu salutis æternæ, & non vergit in detrimentum tertii, si modo vi, metu vel dolo præstitum non sit, seruandum est omnino, *vt in d. cap.* quamuis pactum,& *in cap. cum contingat, de iureiuran. & in cap. licet mulieres, eodem tit.in 6.*quia cum iuramentum seruare præcipiant iura illa, videntur ad id actionem & exceptionem concessisse,iuxta textum *in l. statuas, ff. de adquirend.rerum domin.& in glos. verbo,custodiantur*, & *ibi* Doctores *in d. authentic. sacramenta puberum.* Secundo pro hac opinione allego textum *in cap fin.de foro comp.lib.6.* vbi ratione iuramenti laicus efficitur de foro Ecclesiastico pro obseruantia ipsius: ergo ex iuramento oritur actio, quia nemo sine actione experitur, *leg. quaties,§.item si temporali,digest. de administrat. tutorum,l.vbi pactum,*& *ibi* gloss.& Doctores communiter,*C.de transactio.* Tertio,pro hac opinione allego textum *in cap.non est obligatorium, de regulis iuris, in 6.* à contrario sensu: quia si iuramentum contra bonos mores non est obligatorium, ergo iuramentum licitum, & secundum bonos mores est obligatorium. Et ita merito hanc opinionem videtur tenuisse gloss.*in capitulo quoties cordis oculus,in verb.*per te,*ibi* maxime si interuenit *sacramentum 1. quæstion.* 7. & expresse tenet hanc opinionem Bartol.*in dict. l.si quis pro eo,numero quarto,& duodecimo,digest. de fideiuss.* & est magis communis opinio secundum Alciat. *in dict. capit. cum contingat,nume.*100.Et hanc opinionem plurimos Doctores referens,qui eam sequuntur, & dicunt communem,testatur esse communem eam sequutus dom. Anton. de Padilla *in l.si quis maior,num.* 74.*C.de transact.* Et hæc est communis opinio, à qua non est recedendum in iudicando & consulendo,vt plures allegans,& bene probans testatur Ioan. de Selua *in tractatu de iureiurando, 3. part. principali in principio, num. 1. & pluribus sequentib. volum. 5. tractat. folio 4. & sequentibus,*vbi limitat 24. modis, dicit communem plures allegans, & late distinguens Corset.*in rubric.de iureiur.numer. 66.& sequent.volum.5.folio* 18.Innocent. tamen in tribus locis allegatis per Doctores *vbi suprà* tenet contrarium,scilicet,ex iure canonico non oriri actionem ex iuramento promissorio, sed vel per Euangelicam denuntiationem, vel per iudicis officium existimat iurantem esse ad iuramenti obseruationem compellendum. Quæ opinio, inquit Antonius de Padilla *vbi supra*, paucis quibusdam placuit, cum prior, quam retuli, à frequentioribus libentissimè recepta sit. Sed inuenio,quod hanc opinionem Innocent.testatur veriorem,& communem eam sequutus Ias.*in dict.l. iusiurandum quod ex conuentione, num. 9. digest. de iureiurand.* quam etiam sequitur Alciat. *in dict. capitulo,cum cõtingat,numer.*113.quæ opinio duplex habetur & refertur à Doctoribus fundamentum. Primum,quia quotiescunque ius Canonicum expresse non contradicit iuri ciuili, seruamus dispositionem iuris ciuilis, etiam in foro ecclesiastico,*vt in cap.1.& 2. de noui oper. nuntiat.* & *ibi* Doct.& alibi etiam.Quod quidem fundamentum in proposito minimè conuenit, neque astringit pro hac secunda opin. quia de iure canonico expresse habemus decisum hoc casu per text.*in c.1. de pact.*iuxta communem eius intellectum, vt pactum nudum etiam absque iuramento producat actionem.

Secundum † fundamentum huius opinionis 3
est,quia quotiescunque verba legis, vel canonis referuntur ad iudicem,non oritur actio,vel obligatio,sed solum officium iudicis,iuxta gloss. *in l. si soror, verbo restitui, C. de collatio. ibi, item ex eo*, quam vt alios omittam,testatur communiter approbatam idem Antonius de Padilla *in l. 2. num.* 45. *C. de rescindend. vendit.* Sed iura canonica, quando disponunt iuramentum seruari, referunt verba ad iudicem: Ergo oritur solum officium iudicis,& non actio. Quod etiam fundamentum corruit ex eo, quod diximus in secundò fundamento primæ opinionis communis, scilicet, quod quando iura dicunt iuramentum esse seruandum, videntur ad id actionem & exceptionem concedere,iuxta *dict.l.statuas,digest. de adquirend.rerum dom.* Et ita teneo verissimam esse, & magis communem opinionem tenendamque, quod de iure canonico ex iuramento promissorio oriatur actio efficax ad agendum, & non tantum per officium iudicis, & denuntiationem Euangelicam seruandum esse dictum iuramentum, sicut secunda opinio existimabat. Itaque vtraque opinio habet,vt iuramentum iure Canonico attento omnimodo sit seruandum,& in hoc nullum est dubium, neque contrarietas doctorum,sed eorum differentia in hoc stat,an ex iramento promissorio oriatur actio & exceptio ad illud obseruandum, quod habet verior & communior opinio:an vero tantum sit seruandum per officium iudicis vel denuntiationem Euangelicam, taliter, quod ex iuramento actio non oriatur, quod habet secunda opinio supradicta. Sed vt dixi,prima tanquam verior,& communior tenenda est, tam in puncto iuris, quam in iudicando & consulendo. Et postquam hæc scripseram, inueni articulum hunc bene examinantem Couar. *de pact. in 6. 1.part. paragr.2.num.3.& seq. fol.* 16. vbi latissimè refert supradictas duas communes opiniones contrarias, & videtur tenere primam, & refert de iure ciuili esse communem opinionem, quod ex iuramento promissorio, neque

neque actio neque obligatio nascatur, per text. *in d. l. se quis pro eo*, quem text. optime *ibi, num.* 5. intelligit, ne illud probet videndus est omnino, refert etiam casiem communes Menchac. *paragr.* 28. *num.* 3. vbi *d. l. si quis pro eo*, eodem modo intelligit.

4 Ex † qua prima veriori & magis communi opinione infertur veram esse opinionem Abbatis *in d. cap. cum contingat, num.* 27. *de iureiurand.* existimantis, quod si dixi: *Promitto tibi per stipulationem, & ita iuro me daturum centum, & tu accepias, quod pactum erit vestitum ratione iuramenti, quamuis stipulatio supradicta sit nulla ex defectu formæ, quia non præcessit interrogatio, nam cum de iure Canonico secundum magis communem sententiam ex solo iuramento oriatur actio & obligatio à fortiori in hoc casu orietur, cum præcesserit pactum nudum, & postea subsequatur iuramentum. Itaque erit pactum vestitum iuramento.* Et ita est tenendum, quamuis Alexander *consil.* 112. *lib.* 1. existimet in hoc casu esse conuentionem hanc pactum nudum tantum, cuius opinio potest procedere de iure ciuili, quo attento ex iuramento promissorio non oritur aliqua actio secundum communem opinionem *suprà* relatam, & satis est iuramentum operari in supradicto casu, vt stipulatio nulla teneat in vim pacti absque eo, quod etiam illud vestiat. Sed attento iure Canonico verior est opinio Abbatis, & ita intelligit materiam hanc Alciati *in d. cap. cum contingat, d. num.* 100. *in princ.*

5 Pro † quo facit doctrina Bartoli *in d. l. si quis pro eo, num.* 14. dicentis, quod quando actus prohibetur ratione defectus solemnitatis formalis, vt in stipulatione, in qua debent esse verba ex vtraque parte, si ex altera parte non respondeatur, non valet, etiamsi interueniat iuramentum ad hoc, vt sit stipulatio, prout agebatur, quia forma defecit, quæ dat esse rei, *vt in l. Iulianus, paragr. item si quis, digest. ad exhibendum*, valebit tamen omni modo, quo melius potest. Quam doctrinam testatur communem plures allegans Couarr. *de pact. in* 6. 2. *part. paragr.* 6. *num.* 2. *ad fin.* licet ibi dicat Bart. existimare, & asseuerare, quod valebit tunc in vim pacti nudi; hoc tamen non dicit Bartolus, sed quod valebit meliori modo quo potest: dicit etiam communem Menchac. *paragr.* 2. *& num* 5. & idem *paragr.* 29. *num.* 2. & 3. vbi videtur sequi opinionem Alexandri *dict. consil.* 12. contra Couarruuiam.

6 De iure † autem nostro Regio, quo attento ex pacto nudo oritur actio efficax ad agendum, sicut ex stipulatione, *vt in d. l.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *ordinament.* non est dubium, quin ex huiusmodi pacto nudo iuramento firmato oriatur actio, imo à fortiori id procedit, quæ est verissima sententia, quam tenuit in terminis nostris Anton. de Padilla *in d. l. si quis maior, num.* 75.

7 Vltimo ✠ adde, quod iudex secularis non potest compellere ad obseruantiam iuramenti, ex quo tantum de iure Canonico oritur actio, vt teneat alios allegans Alexandr. *consil.* 151. *num.* 8. *lib.* 7. de quo ego dubito per supradicta *in hoc cap.* præcipue attenta dicta lege Regia. De mandato tamen iudicis ecclesiastici bene potest, imo tenetur, vt dixi *infra, in* 3. *part. cap.* 12.

SVMMARIVM.

1 *In contractibus innominatis habet locum pœnitentia re integra, & etiam de iure Canonico; & quid de iure Regio?*

2 *Iuramentum in contractibus innominatis an impediat pœnitentiam? & num. seqq.*

3 *Oblatio implementi facta ab vna parte, an tollat facultatem pœnitendi alteri in contractibus innominatis?*

4 *Pars in cuius fauorem præstitum est iuramentum, potest illud remittere.*

5 *Sponsalia de futuro iurata mutuo consensu partium dissoluuntur.*

6 *In contractibus innominatis ille, qui adimpleuit ex parte sua, non potest pœnitere, & sic repetere inuita altera parte.*

CAPVT XXXV.

Pœnitentia quando locum habeat in contractibus innominatis.

1 IN contractibus † innominatis habet locum pœnitentia re integra, text. *in l. si pecuniam, in princ. digest. de condict. causf. data, & in l.* 3. & per totum, *C. eodem tit. & in l. ex placito C. de rerum permut. & in l.* 3. *tit.* 6. *part.* 5. vbi bene hoc declaratur, & procedit etiam de iure Canonico, vt plures allegans testatur se non dubitare esse communem opinionem Dominus Anton. de Padilla *in l. naturalis, §. & si quidem, num.* 18. *ff. de præscript. verb.* vbi *num.* 19. concludit cum Gregor. Lopez. & Menchac. hoc procedere etiam iure Regio attento contra Didac. Perez. *in l.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *ordin. col.* 1049. *& seq.* & Anton. Gomez. per eum relatum, qui existimant iure Regio, attenta *d. l.* 3. non esse locum pœnitentiæ in contractibus innominatis, nisi eo casu, quo altera pars nollet seu differret adimplere, quo casu licita erit pœnitentia ex defectu causfæ ac fidei non seruatæ secundum ipsos vltimo loco allegatos, qui optime fundant & probant hanc opinionem negatiuam, & idem Gregor. Lopez. hanc opinionem tenet *in d. l.* 3. *tit.* 6. *part.* 5. *in gloss. qualquiera de las partes, & in gloss. seq.* & idem Menchac. *sibi contrarium*, §. 21. *num.* 43. Et hanc vltimam opinionem negatiuam probo, quæ mihi verior & melius fundata videtur, vt per Anton. Gomez. allegatum per Didac. Perez. *vbi suprà, scilicet in* 2. *tom. variar. cap.* 8. *num.* 4. quam opinionem tenet etiam idem Anton. Gomez. *in l.* 40. *Tauri, num.* 32. *ad fin.* Et nouissimè post huius operis primam editionem hanc probauit, & sequutus est appellans eam receptiorem, Matienco *in l.* 2. *gloss.* 2. *num.* 6. *&* 7. quia *à num.* 4. incipit agere quæstionem *tit.* 16. *lib.* 5. *noua collect. Regia*, & postremo Ioan. Gratian. (me tamen tacito) *in reg.* 102. *num.* 9. & post tertiam editionem D. Azeued. *in l.* 1. *num.* 6. *tit.* 21. *lib.* 4. *noua collect. Regia.*

2 Sed † si contractus innominatus iuratus sit per aliquem ex contrahentibus, statim orietur actio ex illo ad compellendum partem iurantem, vt adimpleat ex sua parte: Ita tenet Corn. *in auth. sacramenta puberum, C. si aduers. vend.* cuius opinionem veriorem esse existimat Menchac. *de success. creat.* § 29. *num.* 21. contra Alciat. *in c. cum contingat, ad fin. de iureiur. est in magna impressione, num.* 114. vbi dubitat de hac opinione. Quia aut ille qui vult agere, nondum impleuit, & iuramentum non debet operari, vt sibi detur actio, ex quo talis con

contractus tacitam habet conditionem, si ex parte tua adimpleueris, *vt in c.* 3. *de iureiur. cum similib.* aut iam impleuit ex parte sua, & tunc etiam absque iuramento posset agere, vt probatur in iurib. *in princ. huius cap. allegatis*. Sed salua pace Domini Andreæ Alciati potest responderi suæ distinctioni & argumento, quod ille, qui vult agere, offerens ex parte sua implementum, licèt realiter non impleuerit, poterit compellere aduersarium, qui iurauit, vt adimpleat ex parte sua, & iurans non poterit pœnitere etiam postquam adimpleuerit, & hoc propter iuramentum, vt tradit Alciat. *vbi suprà, num.* 115. quam opinionem tenet etiam cum Corn. & Mench. *vbi suprà*, eos referens Dominus Ant. de Padil. *in d.* §. *& siquidem, num.* 20.

3 Quæ † tamen oblatio alias si iuramentum non interuenisset, non sufficeret, vt auferat alteri contrahenti facultatem pœnitendi, quæ in his contractibus innominatis à iure conceditur, quia hæc facultas non tollitur, nisi reali implemento, iuxta gl. *in l. iuris gentium, in princ. verbo, facias, ibi item quid, ff. de pact.* vbi eam sequuntur Bart. & alij Dd. quam gloss. ordinariam pro hac opinione appellat Paul. de Cast. *in l. si pacto quo pœnam, num.* 3. *C. de pact.* vbi Alex. *num.* 5. Ias. 11. illam reputant notabilem, & eam probant ibi Dec. Curt. Iun. & Alciat. & dicit notabilem idem Ias. *in l. sine apud acta, num* 12. *C. de transact.* & est comm. unis secundum Iason. *in d. d. iuris gentium, in princ. num.* 11. vbi Curt. Iun. *num.* 61. *& seqq.* eam sequitur tripliciter limitans: sequitur etiam ibi Ioannes Orosc. *num.* 16. hanc opinionem plures Dd. referens testatur communem eam sequutus Dominus Anton. de Padilla, *vbi suprà, num.* 21. vbi limitat cum aliis, quos refert respectu pœnæ, quia, vt ea exigi possit, sufficit hæc oblatio sine implemento. Et ita est tenendum, quamuis contrarium senserit gloss. *in l. si rem, § si quis sponsionis, verbo, victori, in fin. ff. de præscript. verb.* cum qua transeunt, *ibi*, Odofred. Bald. & Fulgos. & ibi eam approbat Bart. & ordinariam appellat Ias. *in l. in exequutione, § fin. num.* 3. *ff. de verbor. obligat.* Sed prima opinio communis est tenenda, quia secunda contraria non loquitur in hoc casu, sed in alio multum diuerso, vt ex glossa illa & sequacibus apparet. Et generale quidem est, vt sola oblatio verbalis non sufficiat, nisi in quibusdam casibus exceptuatis, vt concludit cum regula & fallentiis, Anton. de Fano *de pignor. in* 2. *part.* 3. *memb.* 5. *part. princ. num.* 1. *& seq. fol.* 134. Et in terminis contractus innominati idem Ant. *in* 3. *part. statim seqq d.* 3. *memb.* 5. *part. num.* 10. *fol.* 142. & generaliter tradit optime Roland. à Valle *consil.* 53. *num.* 34. *& seq. lib.* 1. & Boër. *decis.* 124. *num.* 22. *& seqq.* Itaque secundum hoc operabitur iuramentum appositum super contractu innominato, vt altera pars, quæ vult adimplere & stare contractui, possit offerendo implementum agere ac compellere eum, qui iurauit, vt adimpleat, licèt reuera non sit sequutum implementum ex parte agentis, & non poterit iurans pœnitere, quamuis possit, si non iurasset non sequuto implemento, & tenetur inuitus accipere implementum oblatum ab altera parte & ex sua adimplere: & ita saluatur & approbatur opinio Corn. *vbi suprà*, quæ etiam confirmatur ex omnibus, quæ dicta sunt in capitibus superioribus de virtute & vitibus iuramenti ad confirmandum actum alias nullum, præcipuè iure Canonico attento: secundum quod, cui etiam in foro ciuili est standum, iuramentum omnino seruati debet, quod potest seruari absque interitu salutis æternæ, non tendit in alterius præiudicium. Quamuis Alciat. *vbi suprà*, & non bene meo iudicio existimet, quod si ille, qui recepit iuramentum, non adimpleuisset ex sua parte iuramentum non operaretur, ex quo deficeret consensus, iuxta *l. fin. cum simil. C. de non num. pecun.* quia teneo cum Corn. & sequacibus *vbi supra*, quod iuramentum hoc casu cum oblatione implementi ex parte recipientis iuramentum sufficiat ad hoc, vt ille, qui iurauit, non possit pœnitere per supradicta. Et Cornei opinionem late probat Mench. *lib.* 3. *controu. vsufreq. c.* 59. *num.* 29. & quod propter iuramentum non habeat locum pœnitentia in contractibus innominatis, tenet etiam Rip. *in c.* 1. *num.* 59. *de iudic.* vbi ad hoc allegat gl. quam dicit esse communiter approbatam, *in l. pecuniam, digest. de cond. caus. dat.* de qua *infra* videbimus alio cap. ex qua gl. idem etiam alios allegans tenet Ias. *in d. l. si pecuniam, num.* 2. *col.* 2. *& num.* 25. quando vtraque pars iurauit: eandem gl. ad hoc testatur communiter approbatam Couar. *in rubric. de testam.* 2. *part. num.* 9. *col.* 2. & vltra eum Anton. Corset. *in rubric. de iureiurand. num.* 29. *volum.* 5. *tract. fol.* 15. (Et Anton. Gabriel. *lib.* 2. *commun. opin. conclus.* 9. *de iureiurand. pag.* 121. *col.* 1.) Nec etiam tunc obstat *d. l. fin.* quia imo eius dispositio cessat hoc casu, cum agens offerat implementum, ac per consequens adsit consensus, & ille qui iurauit, non reperitur deceptus, sicut reperitur in casu *d. l. fin.* quandoquidem sibi offertur implementum contractus. Addit Alciat *vbi supra, in fin. cap.* quod si alter contrahentium, qui non adimpleuit, adhuc solum iurasset, ille qui adimpleuit, poterit pœnitere & reperendo censebitur remittere iuramentum, prout in sui fauorem est præstitum per iura, quæ ipse ibi allegat.

4 Pro † qua sententia facit, quia pars in cuius fauorem iuratum est, potest remittere iuramentum, *vt in cap.* 1. *de iureiur. & in c.* 2. *de sponsal.* vbi Dd. communiter probant, sponsalia de futuro iurata mutuo consensu partium tolli ac dissolui, vt tradit Couar. *in.* 4. *de sponsalib.* 1. *part. cap.* 5. *in princ. num.* 1. & idem *de pact. in* 6. 1. *part.* §. 3. *nu.* 1.

Nisi ille, qui iurauit, incidit iam in periurium, quia tunc pars remittere non potest iuramentum, vt tradit Matth. de Afflict. *decis. Neapol.* 36. *num.* 2. est communis opinio secundum Roland. à Valle *consil.* 34. *num* 3. *lib.* 1. vbi *num.* 2. dicit etiam esse communem, quod quãdo quis incidit in periurium, non potest peti absolutio à iuramento, imo si petatur, non debet concedi: & inquit *num.* 4. quod si de facto concedatur, erit iniusta secundum communem opinionem, quam *ibi* refert, imo secundum ipsum *n.* 10. *&* 11. plures allegãtem, iudex secularis potest hoc casu de nullitate dictæ absolutionis cognoscere. Imo si pars nimium se attactasset ad finem termini solutionis ad petendam absolutionem à iuramento, ad effectum impediendi solutionem faciendam in termino, non potest impetrare dictam absolutionem, & perinde est ac si post terminum solutionis impetrasset, & sic postquam incidisset in periurium, secundum Ioan. And. Ant. de But. & Abb. & eos referentem Matth. de Afflict. *decis. Neapol.* 31. *num.* 1. *&* 2.

5 Verum † tamen est, quod ille, qui adimpleuit, non poterit repetere & sic penitere inuita altera parte: cuius quæsitum est irreuocabiliter ex illo implemento itaque impediet repetitionem altera

tera pars offerendo implementum suum, quia in hoc casu cessat pœnitentia, cum res non sit integra, vt in iuribus *supr.* allegatis, precipue ratione æqualitatis seruandę inter ipsos. Quia sicut ratione iuramenti pars non potest pœnitete in proposito, & tenetur adimplere oblato implemento ab altera parte, vt supra dictum est, ita etiam ille, qui non iurauit, si adimpleuit iam ex parte sua, non potetit repetere & sic pœnitere inuito illo, qui iurauit adimplere ex sua & offerente implementum: quia idem operatur in proposito respectu irreuocabilitatis contractus innominati iuramentum, quod implementum. Nam sicut ille, qui impleuit, non potest pœnitere altera parte inuita, ita etiam nec ille, qui iurauit, vt supra visum & probatum est, & ita est intelligenda hæc materia.

SVMMARIVM.

1 *Stipulatio alteri per alterum facta non valet de iure communi & ratio huius ponitur: excipiuntur seruus, filius, iudex & notarius, qui possunt domino, patri & aliis respectiue stipulari.*

2 *Sacerdos tanquam persona publica an possit alteri stipulari?*

3 *Iure Canonico & Regio esse ordinarium, vt possit quis alteri stipulari.*

4 *Iuramentum confirmat stipulationem alteri per alterum factum.*

5 *Lex non resistit nec assistit stipulationi alteri per alterum facta.*

6 *Contractus si nullus sit vel à lege reprobatus, pœnæ adiectio nihil valet.*

7 *Intellectus §. alteri, Instit. de inut. stip. cum simil.*

8 *Cautela ad hoc, vt etiamsi principalis contractus non valeat, pœnæ adiectio teneat, præcipue adiecto iuramento.*

9 *Pœna adiecta dationi quantitatis, an censeatur adiecta in fraudem vsurarum, plures opiniones referuntur, & quid de iure Regio?*

10 *De stylo curiarum non sit condemnatio pœnæ conuentionalis, nisi quatenus interest & non vltra, & referuntur aliqui casus practicati.*

11 *Iuramentum operatur, vt pœna conuentionalis possit exigi vltra interesse, & quomodo hoc intelligatur.*

12 *Pœna apposita in compromisso vel fideiussione iudiciali, quomodo exsequatur,*

CAPVT XXXVI.

De stipulatione alteri per alterum facta, adiecta pœna.

1 STIPVLATIO † alteri per alterum facta non valet: *text. est in l. stipulatio ista habere licere, §. alteri, ff. de verborum obligat.* Vbi limitat, præterquam si seruus domino vel filius patri stipuletur: quia stipulationes inuentæ sunt ad hoc, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest: sed quotiescũque quis alij stipulatur, stipulanti nihil interest, igitur. Vnde consuluit Consultus *ibi*? *quod si quis velit alteri stipulari, adiiciat pœnam, qua adiecta, si stipulatio non seruetur, committitur pœna etiam ei, cuius nihil interest*: Idem etiam probat text. *in §. alteri, Instit. de inutil. stipul. cum similib. l. 38. tit. 11. part. 5. & in l. 7. eod. tit.* vbi assignatur aliquæ limitationes ad hanc regulam: alias etiam limitationes ponit ad eam Anto. Gomez. *2. tom. cap. 11. num. 18. per tot.* & ante eum posuit plures limitationes gloss. *in §. si quis alij, Instit. de inutil. stipul. verbo, nihil agit.* Et in prædictis locis excipiuntur iudex & notarius, qui possunt alteri stipulari: de quibus videndus est etiam Rol. à Valle *cons. 19. per tot.* præcipue *nu. 16. & 28. lib. 1.*

Sed † an sacerdos tanquam persona publica possit alteri stipulari, dubium est. In quo tenenda est distincto Bart. *in l. 1. §. 1. num. 7. ff. de iustit. & iur.* qui tenet, quod aut sacerdos stipulatur in casu ad eũ pertinente, vt si vsuras quis promittat restituere sacerdoti nomine omnium quorum interest, & tunc valet stipulatio, *vt c. quanquam, de vsur. in 6.* aut stipulatur in casu non pertinente ad eum & non valet, *per iura, quæ* ibi *allegat*: quam resolutionem testatur communem additio Bart. *ibi litera I. ex testimonio Decij*, & innuit esse communem plures allegans Orosc. *ibi num. 14.* vbi alia exempla ponit, scilicet cum stipulatur Ecclesiæ suæ & generaliter in restitutione male ablatorum potest stipulari. 2

Sed † & iure Canonico & Regio esse iam hoc ordinarium, vt possit quis alteri stipulari etiam absenti, & quod ei acquiratur actio, diximus *in repet. l. vnic. C. quan. non pet. par. &c. n. 33. 34. & 35.* & ideo hic non repetam: tantum addo de iure Regio idem tenentem Anto. Gomez. *vbi supra, col. 3. d. nu. 18.* & de iure Canonico & Regio vltra *ibi* dicta videndus est etiam latissime Couar. *de pact. in. 62. part. §. 4. per tot.* præcipue *num. 2. 4. & 9.* vbi concludit, quod cum primum ille tertius absens cui stipulatur, agnouerit stipulationem, & ratam habuerit, iam incipit consentire, & sic erit pactum validum de iure Canonico & Regio. Et ita est tenendum, quamuis Mencha. *de succes. creat. §. 30. num. 54.* dicat suspectum & contrarium teneat non bene meo iudicio. 3

Sed † est casus in quo de iure communi regulariter valet stipulatio alteri per alterum facta, scilicet quoties promitens iurauit hanc suam promissionẽ, nam tunc iuramẽtum confirmat prædictam stipulationem de iure etiam communi alias nullam, & promittens tenetur adimplere: Ita tenet glos. *in cap. quoties cordis oculus, 1. quæst. 7. verb. & per te, ad finem*, ibi, *maxime si interuenit sacramentum*, quam opinionem tenet Bart. *in l. si quis pro eo, num. 12. ff. de fideiuss.* & tam gloss. quam Bart. loquuntur de iure Canonico. Quia cum pœnalis stipulatio hoc casu valeat, *vt in iurib. in princ. huius cap. allegatis*, valebit etiam cum iuramento. Pro qua opinione facit etiam, quia vbi agimus de obseruando iuramento, non attendimus, an interfit quicquam ipsi cui iuratum est, *vt in c. debitores de iureiur.* Et ita hæc opinio Bart. communis est, secund. Alciat. *in d. c. cum contingat, num. 109. & seq.* vbi bene declarat & ideo videndus est: est etiam communis, vt pluribus Dd. allegatis testatur Couar. *de pact. in 6. 2. part. §. 4. num. 11. fol. 94.* vbi ipse eam sequitur aduersus nonnullos tenentes contrarium, & intelligit, quod sequuta acceptatione absentis cedenda sit ei actio per stipulantem (de quo vltimo, sc. de cessione an sit necessaria, dicam late *infra, hac eadem parte, cap. 67.*) Hanc eandem etiam opinionem testatur communem, eam defendens à fundamentis tenentium contrarium Mench.

Mench. *de succes. creat. paragr. 30. n. 37.* vbi inquit, quod hæc stipulatio iurata valet de iure Canonico; vt constat ex gloss. & Bart. *vbi supr.* & dubitat, an etiam valeat de iure ciuili, quia Dd. communiter per eum relati simpliciter tenent valere prædictam stipulationem iuratam: & inquit ita intelligendos esse, licet ignoret, an ita senserint: sed si eorum sensus alius esset, non esset verus secundum ipsum. Ego existimo etiam de iure ciuili validam esse huiusmodi stipulationem iuratam alteri per alterum factam.

5 Quia † lex huic obligationi non assistit nec resistit, vt tenet Bart. *in d. l. si quis pro eo, num. 11.* & est communis opinio & bene fundata per Couar. *vbi supra, num. 3. & seq.* Ergo bene confirmatur iuramento etiam de iure ciuili, arg. *l. non dubium, C. de legibus* à contrario sensu præcipue, quia etiamsi lex resisteret, adhuc idem dicendum foret. Nam videbimus, quod lex resistit alienationi rerum immobilium minorum absque decreto & auctoritate præsidis, *vt per totum, C. & digestis de rebus eorum, &c.* Et tamen si huic alienationi & contractui facto absque prædicta solemnitate superadditum sit iuramentum bene confirmatur etiam iure ciuili, *vt in authent. sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* Igitur ita etiam dicendum est in nostro casu. Illud tamen verissimum esse scio, quod siue iure ciuili confirmetur hæc stipulatio iurata alteri per alterum facta, siue non, sed tantum Canonico, illa seruanda est etiam in foro ciuili, quia in materia iuramenti, tanquam concernenti peccatum, standum est iuri Canonico, *vt in cap. fin. de præscript. cum similibus, text. in dict. cap. cum contingat, & in d. cap. quamuis pactum, & in cap. licet mulieres, de iureiur. lib. 6.* Vltimo aduerto, quod gloss. *d. cap. quoties cordis oculus*, loquitur, quando verba obligationis diriguntur in præsentem stipulantem: exsequutiua vero in absentem. Verum interueniente dicto iuramento, existimo idem esse, etiamsi verba obligationis conferantur in absentem cui stipulatur, quia tunc etiam promissio firmabitur iuramento, vel saltem seruandum erit ipsum iuramentum, cum Deus Opt. Max. in eo offeratur in testem, qui est summa religio.

6 Sed † pro complemento huius capitis restat hic agere de veritate gloss. *in l. si patronus, verbo*, Fabiana, *digest. si quid in fraud. patr.* quæ habet, quod vbi contractus nullus est & à lege reprobatus, pœnæ adiectio tanquam accessoria, nihil valet, iuxta *reg. iur. accessorium, de reg. iur. in 6. & in l. cum principalis, digest. eod.* Nam contra hanc gloss. videtur esse text. expressus *in d. paragr. alteri, cum similibus* vbi contractus nullus est, & tamen valet pœnæ adiectio: quid dicendum? Breuiter gloss. illa est vera & tenenda, & eam sequuntur Dd. variis in locis, & est communis, vt dixi *in mea repetit. l. nemo potest, num 400. digest. de legat. 1.* & vltra ibi dicta opinio illius gloss. dicit approbatam per omnes Ias. *in l. certi condictio, §. si nummos, 6. col. num. 36. digest. si cert. pet.* & eam sequitur Roder. Suarez. *in l. quoniam in prioribus, ampliat. 7. C. de inoffic. testam.* & Anton. Gomez. *in l. 17. Tauri, num. 15. & in l. 45. num. 30.* Et hæc opinio est communis secundum Couar. *vbi supra, num. 4.* est etiam bona gloss. *fin. in cap. significantibus, de offic. deleg.* & Tiraq. *de consult. posses. 3. part. limit. 7. num. 28.* vbi cum Bald. *in l. 1. col. 4. n. 4. vers. quæro vtrum iuramentum, C. de inoffic. donat.* & cum aliis tenet, quod etiam iuramentum hoc casu non valeat, & gloss. *d. l. si patronus*, plurimos allegans testatur communiter approbatam Mexia *in l. Regia Toleti de los terminos, in 7. fundam. 2. part. num. 13.* vbi *num. 14.* refert & sequitur illud dictum Bald. de iuramento *suprà* relatum. Et pro hac opinione vltra text. optimum *in l. quod de bonis, paragr. 1. digest. ad legem Falcid. facit bona l. 56. in princip. tit. 5. part. 5.* Et hac communi opinione retenta, non obest ei text. *in d. §. alteri, cum similib.* quia, vt *suprà* dictum est, *ibi* lex non resistit nec assistit, ideo valet pœna. Gloss. vero *in d. l. si patronus*, & communis opinio cum ea loquitur & procedit, quotiescunque lex resistit actui, quia tunc nec actus, nec pœna contra legis præceptum valent: pro quo intellectu allego optimam l. Regiam, 38. *tit. 11. part. 5.* cuius verba sunt hæc; *Poniendo pena algunos homes entre si, sobre promission que fiziessen, maguer la promission no sea valedera, vale la pena, y sera tenudo de la pechar el que la fizo, fueras ende si la promisiõ fue fecha sobre cosa que fuesse fecha contra ley, o contra buenas costumbres, &c.*

Secundo † modo respondeo *ad d. paragr. alteri*, ideo *ibi* annullata stipulatione valere pœnæ adiectionem, quia principalis stipulatio defecit ab initio, solum ea ratione, quia non interest: At pœna ideo tunc valet, quia in ea non exigitur quod interfit: Ita probat expresse text. *in d. paragr. alteri.* Vnde deficiente alias hac ratione, & militante eadem ratione prohibitionis in principali, quæ in pœna, merito quod nec principale nec pœna teneat, iuxta gl *suprà* d. communiter approbat. Et præterquam quod hic intellectus constat ex ipsomet tex. illum inuenio assignare Bart. *in l. ita stipulatus, la magna, num. 12. de verbor. obligat.* quem sequitur *ibi* Ripa *num. 36.* & est communis intellectus *ad d. §. alteri*, secundum Marian. Socin. *ibi num. 143.* secundum quem ille text. mirabiliter limitatur, quando vltra defectum interesse incertitudo etiam versaretur, vt statim dicit Bart. *in d. num. 12.* per text. *ibi.* 7

Nec † obstat supradictis ampliatio ad dictam gloss. *l. si patronus, verbo, Fabiana*, quam *suprà* adduximus ex Bald. *in d. l. 1. num. 4. C. de inoffic. donat.* vt procederet etiam interueniente iuramento, quia illud recte procedit in casu Bald. scilicet, quando iuramentum adiicitur in præiudicium legitimæ filij vel fraudem alterius tertii, *vt in casu l. si vnquam, C. de reuocan. donat. & in aliis casibus*, in quibus iuramentum in præiudicium tertij non valet, vt dixi *suprà, cap. 9. num. 10.* nec confirmat actum vbi fraus interuenit, iuxta gloss. communiter approbatam *in l. 3. C. plus vale. quod agitur*, &c. At nos hic in casu scilicet *d. §. alteri*, non agimus de præiudicio vel fraude alterius tertii. 8

Vltimo † circa intellectum gloss. *d. l. si patronus, verbo*, Fabiana, communiter approbat est addenda optima cautela ad hoc, quod licet principale non teneat, pœna tamen valeat, etiamsi resistat contractui, scil. quod contrahens promittat cum pœna non allegare nullitatem actus illius, quia tunc si alleget, bene incidit in pœnam, & præcipuè erit hæc promissio seruanda, vbi ei adiectum est iuramentum, vt bene probat & fundat alios allegans Alex. *consil. 32. num. 4. & seq. lib. 2.* Quod est intelligendum, quando ex tali pacto, quo promittitur nullitatem non allegari, oritur consensus, secus alias, vt quia simulatio vel fraus 9

intercedat, vt dixi *in repetit. l. nemo potest. n.*378. *ff. de legat.*1. Item est intelligendum, quando dictum iuramentum non vergit in præiudicium tertij, secus si vergat, vt modo dicebamus ex Bald. *in d.l. 1 num.*4. *C. de inoffic. donat.*

10 Vltimo est † aduertendum, quod licet de iure communi essent opiniones super illo articulo, an pœna adiecta dationi quantitatis, præsumatur adiecta in fraudem vsurarum, ita vt exigi non possit, quia gloss. *in l. Iulian. lib.*15. §. *ibidem Papinianus, verb. excedit*, ibi, *vnde dic æquius, ff. de action. empt.* tenet, quod semper præsumatur fraus ex quantitate pecuniæ, quæ excedit legitimum modum vsurarum, similis gloss. *in leg. cum allegas, C. de vsur. & in l. sed & si quis,* §. *fin. gloss. fin. ff. si quis cautio.* Quam opinionem tenet Abb. contra Innocent. *in cap. suam, de pœn.* qui testatur esse communem Imol. *in l. cum seruus, ff. de condit. & demonst.* & idem *in c. dilecti, num.*14. *de arbitris*, & hanc testatur communem Ant. de Prato Veteri, *inter consilia Alexandr. cons.*49. *num.*19. *volum.* 4. & dicit communem Alexandr. *cons.*50. *num.*4. & testatur eam esse communiorem plures allegans Gregor. Lopez *in l. fin. in gloss. vsura, tit.*11. *part.*5.

Rursus gl. *in l. pœna verb. potest. ff. de vsur.* tenet, hoc iudicandum esse ex qualitate facti & personarum, quia pœna adiecta dationi quantitatis, non præsumitur adiecta in fraudem vsurarum, nisi quando ille, pœnam stipuletur, sit solitus fœnerari. Similis gl. *in d.* §. *alteri, ver. quantitatis, & gl. fin. in l. vtrum ff. de petitio. hæred. & gloss. in c. illo vos, de pignor.*

Et in hoc articulo refert duodecim opiniones Doctor. Rebuffus *in repet. l. vnicæ, in gloss. proferuntur, num.*9. *& sequentib. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, &c.* vbi *num.*32. testatur esse magis communem opinionem Innocentij *in cap. sacro. de sentent. excommunicat.* tenentis, quod pœna conuentionalis etiam vltra quadruplum potest exigi, *& numeris sequentib.* pluribus modis ampliat & limitat eam, & *num* 40. agit, an in foro conscientiæ possit in totum exigi: quod etiam prius egerat ibidem super *dict. gloss. numer.*23. Et an inter mercatores, inter quos proceditur de bono & æquo, possit exigi pœna conuentionalis, vltra id quod interest, videndus est bene agens Benuenut. *in tract. de Mercatura*, 4. *part. principal. tit. de contract. mercat. num.*121. *& sequent. fol.*141. *& sequentib.* Licet enim hæc ita se habeant de iure communi, iure tamen Regio hodie expresse approbatur illa opinio, quæ habet, quod pœna adiecta donationi quantitatis in fauorem hominis soliti fœnerari, non potest exigi, si vero sit adiecta in fauorem illius, qui non sit solitus fœnerari, possit exigi. Ita disponit. *l. fi. tit.*11. *part.*5. *in vers. mai si la pena.* Et *ibi* Gregor. Lopez *in gl. vsura* notat illam l. dicens, *Habes hic expressum, quod pœna adiecta dationi quantitatis, non præsumitur facta in fraudem vsurarum, nisi qui pœnam stipulatus sit, solitus fuerit fœnerari*: & inquit, quod approbat lex illa opinionem Innocent. *in cap. suam, de pœnis. & gloss. in d. l. si pœnam, ff. de vsur. cum similib.* & tandem limitat illam legem aliquibus modis: cui etiam addere potes limitationes & declarationes Rebuffi *vbi supr.* quia sunt necessariæ.

10 Inuenio † tamen Petrum Nuñez de Auendañ. *in suo Dictio. verb. pœna conuentionalis*, dicentem ex Matth. de Afflict. *decis. Neapol.*135. quod de stylo curiarum non fit condemnatio pœnæ conuentionalis, nisi quatenus interest, & non vltra: quæ opinio mihi placet, & nos citans sequitur nouissime post huius operis tertiam editionem Doctor. Azeued. *in leg. quart. num.*57. *cum sequent. tit.*21. *lib.*4. *nou. collect. Regiæ*, vbi alios etiam allegat.

Vidi iam ego in practica versari quandam litem super exsequutione cuiusdam pœnæ conuentionalis adiectæ facto, scilicet, de non pascendo quandam defensam cum certo quodam genere pecorum, & quia contrauentum fuit, actum fuit ad pœnam conuentam, exsecutioque facta fuit, & exsequutatus opposuit se exsequutioni, allegauit & probauit nullum interesse, nec damnum caussatum fuisse locatori defensæ ex conditionis illius violatione: & consuetudine introductum esse, non exsequi similes pœnas, quotiescunque nihil interest. Idque vtrumque recte probatum fuit, vt ipse vidi, quia eram aduocatus actoris, & cum vidissem probationes rei, dixi meo clientulo, ne prosequeretur caussam illam, quia ei iustitia non fauebat attentis probationibus rei, & illum dereliqui, & postea fuit prolata sententia liberatoria in caussa illa, qua reus fuit liberatus absolutusque ab exsequutione, ea prius annullata & reuocata: & bene quidem meo iudicio, licet de rigore iuris adhuc esset condemnandus, præcipue in casu illo, quia pœna fuit adiecta facto & non dationi quantitatis, quo indistincte omnes tenent pœnam exigi posse, & probatur hodie *in d. l. fin. partitæ in princip.* Sed cum nullum damnum neque interesse actoris sequutum fuerit ex contrauentione, insuper & consuetudo probata fuerit, quod similes pœnæ nunquam exsequantur neque exigantur, iniquum profecto esset, si inberetur per iudices illas exsequi. Et ita videtur tenendum his duobus simul concurrentibus, scilicet, quod non sequatur vllum damnum nec præiudicium, vel interesse parti ex conuentione non seruata: item & quod probetur consuetudo non exigendi similes pœnas, quia consuetudo excusat à pœna, *vt in c. cum venerabilis, de consuetud. tradunt Doct. in l. de quibus ff. de legib.*

Sed habui etiam in practica dictam l. Regiam. Quidam officialis recepit adolescentem instruendum certo tempore in suo officio & alendum interim in sua domo, certo quodam salario ipsi officiali præstando, pro qua conuentione adimplenda vtraque pars se obligauit instrumento publico, in quo inter alias conditiones illa fuit adiecta, quod si officialis ille ante tempus discipulum domo expelleret, solueret puero tria millia dipondiorum nomine interesse & pœnæ conuentionalis. Successit, quod discipulus fuit de domo ante tempus per officialem sine caussa expulsus, itaque commissa fuit stipulatio pœnalis aduersus officialem: adolescens petiit exsequutionem prædicti instrumenti pro illa pœna aduersus magistrum, & produxit quandam protestationē per eum factam dicto magistro post expulsionem supradictam, vt eum reciperet in domum & aleret & instrueret iuxta formam conuentionis tandem in prima instantia fuit condēnatus Magister, quia probauit discipulum fuisse expulsum per officialem, & solere exsequi similes pœnas in casu supradicto, & sibi interesse versari ex adimplemento illius conuentionis, & per consequens damnum ex defectu adimplementi ipsius:

ipsius: & ego in secunda instantia patrocinium præstiti pro magistro condemnato, allegauique iustam caussam expulsionis, sed quia non fuit probata, confirmata fuit sententia primæ instantiæ.

Rursus & tertio habui etiam alia vice legem illam in praxi. Nam quidam creditor exterus petiit exsequutionem in hac ciuitate Placentiæ contra quendam clericum coram iudice ecclesiastico virtute cuiusdam obligationis publicæ & guarentigiæ pro certa quantitate pecuniæ in ipso contractu contenta, in quo etiam continebatur, quod si reus obligatus tempore statuto non solueret, teneretur etiam vltra sortem principalem soluere nuntio, qui ad exigendum veniret, quatuor argenteos pro vnaquaque die occupationis in exactione debiti, prout sæpissime solet apponi in obligationibus, aut altera maior vel minor quantitas salarij, creditor misit famulum suum equitem ad exigendum à prædicto clerico, & ego fui creditoris aduocatus & petij exsequutionem, tam pro debito principali, quam pro salario occupationis quatuor argenteorum pro vnaquaque die, iuxta formam conuentionis. Reus opposuit se exsequutioni, & allegauit dictum salarium non esse soluendum, quia erat pœna adiecta quantitati, ac per consequens præsumi vsurarium. Respondi, non esse pœnam, sed interesse, & præterea, quod licet esset pœna, poterat licite exigi, quia creditor non erat solitus fœnerari, iuxta dictam legem Regiam, præcipue cum certum & notorium esset expensas vnius hominis equitis, qui erat in hac ciuitate ad exigendum, prout constabat ex testimonio tabellionis, & ex protestatione facta debitori, antequam fieret, nec peteretur exsequutio, complere summam dictorum quatuor argenteorum, & plus singulis quoque diebus & informaui iudicem super hoc articulo, eique allegani & in scriptis dedi *dict. l. final. tit.*11. *part.*5. *vltra alia.* Et tandem protulit sententiam in fauorem meæ partis, qua vltra sortem principalem iussit solui, & fieri exsequutionem pro prædicto salario, vt petitum fuit iuxta formam contractus. Et pro parte debitoris fuit appellatum ab hac sententia ad iudicem Metropolitanum, vbi caussa iterum ventilata fuit & confirmata prima sententia, & data exsequutoria ipsius, quam ipse vidi & tenui in manibus, & petita fuit exsequutio virtute ipsius, & debitor soluit.

Et idem factum fuit in alia simili caussa, quam postea habui in practica, nam fuit appositum salarium vnius ducati pro quolibet die eorum, quibus creditor occuparetur in exactione debiti obligationis publica, qui quidem creditor erat forensis, & venit ad hanc ciuitatem ad exigendum debitum suum, petiitque exsequutionem virtute contractus publici obligationis, tam pro principali, quam pro salariis, & iudex moderauit salarium vnius ducati in sex argenteos pro vnoquoque die occupationis in exactione debiti, quibus iudici visum fuit egere creditorem pro expensis suæ personæ & equi, quia erat homo diues & honoratus. Et idem dicendum esse existimo in aliis similibus obligationibus, scilicet respectu dicti salarij, quando est honestum, & non excedit interesse secundum qualitatem personæ, quæ venerit ad exigendum debitum, & ita audio alibi practicari & est practica iuridica, vt constat ex supradictis, & ex traditis per D. Azeu. *in terminis, in l.* 1. *tit.*22. *lib.*4. *noua collect. Reg. num.*30.

Sed est † addendum optimum verbum in nostra materia de iuramento, quod licet pœnæ conuentionales non possint exigi vltra interesse, tamen si est appositum iuramentum, indistincte possunt peti vltra interesse: Ita refertur tenere Petrum Ancharan. *consil.*146. *incipienti apud antiquos & modernos*, prouetur per text. *in l. si quis maior, C. de transact.* vbi deierans tenetur ad pœnam & interesse. Et sic ista pœna imponitur à lege, & pœnæ legales sunt exigibiles etiam vltra interesse, *cap. statuimus, decima sexta quæst.*1. sequitur Marc. Anton. *in tract. de virtute & viribus iurament. num.*139. *volum.*5. *tract. at. diuersor. Doctor. fol.*25. *ad finem*, vbi temperat hoc procedere, dum tamen talis pœna non excedat quadruplum veræ sortis, secundum eundem Ancharan. & Roman. *in dict. l. stipulatio ista habere licere,* §. *alteri.* Et quod *supra* dictum est de iuramento, procedit non tantum quando pœna adiecta est in fauorem hominis non soliti fœnerari, quo casu exigi potest, *vt in dict. l. Regia probatur*, sed etiamsi apponatur in fauorem soliti fœnerari, quia hoc casu etiam exigi poterit, licet post solutionem possit à creditore repeti, iuxta text. *in cap. debitores, de iureiurand. cum similibus*, nisi absolutio à iuramento petatur ante lapsum terminum solutionis, quia tunc concedenda est prædicta absolutio respectu pœnæ vsurariæ, & ea obtenta non tenebitur debitor, etiamsi iurauerit prædictam pœnam vsuratiam soluere, argumento text. *in cap.*1. & quæ *ibi* notant Doctor. *de iureiurand.* Et licet is, qui ex conuentione vel lege pœnam exigit & extorquet, nullum peccatum committat, quando lex est iusta, vel pœna conuentionalis licite in contractum deducitur, vt alios allegans testatur apud omnes probatissimam opinionem Couarruuias *in* 4. *de sponsalibus secunda parte, capit.*6. *paragr.*8. *numer.*11. non tamen tenetur quis in foro conscientiæ pœnam etiam conuentionalem soluere, nisi ab alio petatur, secundum eundem Couarruu. *vbi suprà*, plures allegantem, qui sic dicit esse intelligendum Ancharan. *in regul. possessor. de regul. iur. in sexto*, dicentem, simpliciter pœnam conuentionalem in foro conscientiæ deberi. Nam debet intelligi, scilicet si petatur: Et ita ampliatur gloss. communiter approbata *in capit. fraternitatis*, 12. *quæstion. secund.*

11

De pœna autem † apposita in compromisso, vel in fideiussione iudiciali de aliquo præsentando intra certum terminum sub certa pœna applicata fisco, quod exsequatur, si promittens in eam incurrat, si pœna fideiussoris iudicialis supradicta petatur intra annum, postquam in eam incurrit, est *l.* 11. *tit.*16. *lib.*5. *& l.*3. *tit.*26. *lib.*8. *noua recopilatio. Regiæ.*

12

SVMMARIVM.

1 *Iurans soluere pecuniam sibi mutuatam potest opponere intra biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ, quod etiam procedit in dotis caussa.*

2 *Iuramentum regulatur secundum naturam contractus, super quo interponitur & ipsam sortitur.*

3 *Iuramentum assumit naturam actus primordialem, non vero accidentalem, & secundum*