

De contractibus ab incarcerationis celebratis.

**V**i in carcerem aliquem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est, inquit text. in l. qui in carcerem, digest. quod met. caus. Itaque probat text. hic clare, quod contractus siue promissio facta ab incarcerato ad commodum & fauorem carcerantis cum ad hoc, nihil valet. Hoc tamen intelligit gloss. ibi, verum esse, quando fit in fauorem detinentis vel eius participis, secus si contractus fiat cum alio tertio, quia tunc bene valet, per text. in l. metum, §. sed licet, digest. eod. vbi probatur, quod licet accipere pecuniam vel eius promissionem ab eo, qui detinetur ab hostibus vel latronibus, ut detentus ab illa vi liberetur. Quod etiam probat expresse l. 48. tit. 14. part. 5. vbi limitat, si accipiens pretium esset socius hostium vel latronum capientium illum, & eorum auxiliator, vel si consilium prestitit, ut is caperetur, quia tunc ab accipienti reperti possent solutam: & supradictum intellectum gloss. sequitur Bart. ibi.

Sed hoc de tertio debet intelligi, ut vides, iuxta text. supradictum allegatum per gl. & Bar. d. l. Regiam, quando carcerato ex tali contractu resultat liberatio aliqua, vel alia evidens utilitas: aliter enim daretur, & aperiretur via fraudibus, quia semper supponeretur tertia persona à detradente: Ita aduertit additio Bart. vbi supra allegans ad hoc Communem. conf. 68. incip. in presentia questione, in penult. col. in vers. quod ergo dicant gloss. & Dd.

Addo tamen ego, quod si tertia persona non sit suspecta, nec possit probati suppositam esse à detradente, imò consistat in sua propria causa contrahere, id poterit iure licito facere cum carcerato ab alio, & carceratus poterit ei obligari, & cum eo contrahere, dum tamen contractus alias sit licitus & obligatorius, quia hic cum in carcerem non detrusit, nec est detradentis particeps, nec ad eius commodum contrahit, sed proprium & ex alia causa, vnde nulla ratio vel lex est, quae hoc impediat: quod tenet Hippol. in sua part. crim. §. nringam, num. 22.

Et probatur præterea ex singulari doctrina Innoc. in e. cum locum de sponsal. n. 2. vbi dicit, quod si quis incarcerat alium, ut ab eo pecuniam extorqueret, si idem vim & vincula patiens consentiat in matrimonium vel alium contractum, tenet talis contractus. Nam & agere potest per procuratorem, & per consequens procuratorem constituere & vti capere, vbi l. Papianum, ff. de minorib. & in l. ai prator, ff. ex quib. causis mai. Quibus verbis innuit Innoc. non tantum id procedere in aduersa persona, sed etiam in ipso detradente, ob aliam tamen causam quam contractus celebrati postea ab incarceratione, quod est notabile pro huius legis intellectu, & probatur ex ea ibi, ut aliquid ei extorqueret, in iusto vers. seg. ibi, quicquid ob hanc causam: vbi manifestissime probatur, illud annullari, quod factum est ob causam ob qua facta fuit detrusio. Et tenet expresse per illu text. Mart. de Affl. decis. Neap. 246. n. 4. & dictum Innoc. sequitur Abb. in d. cum locum, n. 9. vbi per nostram le-

gem dicit, quod vbi metus infertur super eo, super quo detinetur, non valet: sed si metus sunt diuersi, bene valet, puta quia est carceratus pro debito, potest contrahere matrimonium, ex quo non fuit reclusus, ut contraheret matrimonium. Et sic matrimonium contractum etiam in carcere valet & tenet, dummodo non sit ibi reclusus, ut matrimonium contrahat. Vnde idem erit per supra, dicta si quis fuerit incarceratus ad instantiam alterius vel ex officio iudicis pro delicto ab eo commisso, & sic iuste sit capus, nam poterit in carcere contrahere matrimonium, cum detrusio ob id non fuerit facta, & probatur etiam ex infra dicen dis ex Couar.

Ex t. supradictis Præp. in d. cap. cum locum, num. 5 12. ponit verissimam meo iudicio & communem resolutionem in hoc de matrimonio contracto per incarcerationem, quod incarcerationis ad contrahit matrimonium cum alio, quam qui cum habet incarcerationem, & tenet matrimonium sicut alij contractus incarcerationis, vbi arg. l. 1. & 2. C. si quis alij, test. prohib. & in l. metum, §. sed licet, ff. quod met. caus. & l. Papianum ex sul. ff. de minor. Et ideo vel per ipsum contrahit vel per nuntium, vel etiam procuratorem constituit, cum per incarcerationem istam non impediatur dictis iuribus. Aut matrimonium contrahitur cum illo vel illa, qui incarcerationem tenet: & tunc aut iuste tenet incarcerationem, & valet matrimonium, sicut & alij contractus, ut in l. si mulier, in prin. ff. quod met. caus. aut iniuste, & tunc si est incarcerationis ad hunc finem, ut matrimonium contrahat, non valet matrimonium, cum non sit consensus liber, in d. cum locum. Aut est incarcerationis ob aliud, & valet matrimonium, per notata in hoc l. qui in carcerem, & in l. qui à latronibus, ff. de testam. Quæ quidem resolutio fundatur & probatur ex omnibus supradictis, & quæ infra dicentur circa intellectu d. l. qui in carcerem.

Secundo, t. d. l. qui in carcerem, in illis verbis, 6 Nullius momenti, est intelligenda, quod contractus factus in casa ipsius sit nullus ipso iure: nam hoc manifeste dicitur & significant verba suprad. quia verba illa, Nullius momenti, implicant idem, quod nullius vigoris, ut in e. ordin. in fin. vbi hoc notat Archidia. de offic. ordin. & in expresso ita d. l. qui in carcerem, intelligit Cardinal. consil. 147. colum. 1. & Roland. à Valle alios allegans consil. 2. num. 83. lib. 1. Et quod contractus factus à carcerato regulariter non valet, tenent Doctores communiter in locis allegatis per Hippol. in præf. crimin. §. attingam, num. 22. sed debet intelligi in casu d. l. qui in carcerem, iuxta supradicta.

Tertio, t. hanc l. qui in carcerem, intelligit Bart. 7 in proprio loco cum Iacob. Artet. & Iacob. Butric. in detinente aliquem in carceribus iniuste, secus si iuste fecit eum incarcerationi, arg. l. si mulier, in prin. ff. de eo quod met. caus. vbi prætor non rescindit metum, quem quis sibi intulit, quia creditor nihil eo casu iniustum fecit. Vnde infert Bart. quod si fecerit debitorem tuum carcerari, & ibi in carceribus soluit vel vendidit, valet. Tenet idem Bart. in l. qui neque, §. solutum, ff. de verb. sign. vbi dicit, quod si debitor est incarcerationis, valet instrumentum existentis in carcere: tenet etiam Hippol. vbi supra, & idem Bart. in l. qui à latronibus, num. 2. digest. de testam. & Auiles in cap. 1. prætor, in glof. à sua parte, num. 19. Et quod detineus aliquem iniuste in carcere, non possit cum ipso contrahere, tenet Ioan. de Imol. in d. l. qui à latronibus.

Dicens,

Dicens, quod quando quis detinetur in carcere priuato, non potest contrahere ad utilitatem detinentis vel participis per d. l. qui in carcerem, & per d. l. metum, §. sed licet. Sed si detinetur in carcere publico, & ipse incarcerationis est iniuste incarcerationis respectu ordinis omitti, & sic non rite fuit carceratus, ut quia forte erat verus debitor, non tamen erat casus, in quo de iure potuisset capi personaliter & carcerari, sed propter potentiam creditoris de facto fuit captus, & carceratus in vinculis publicis: & tunc dicendum est, prout dictum est, quando detinetur in carcere priuato, & multo fortius idem dicendum est, si nec rite nec recte fuit detentus in carceribus publicis propter potentiam assentis se creditorem, quam doctrinam, & distinctionem refert & sequitur Matth. de Affl. decis. Neap. 149. num. 1. & 2. vbi refert Bald. iudem tenentem, & tandem concludit ex supradictis, quod contractus factus ad utilitatem carcerantis cum iniuste carcerato, non valet per d. l. qui in carcerem, & ibi Angel. Er probatur hæc tertia intelligentia ad dict. l. qui in carcerem, per plures doctrinas & determinaciones Doctorem, quas refert & cumulat in fauorem iniuste incarcerationis Auendam, respons. 1. num. 3. vbi sequitur supradicta. Hunc etiam tertium intellectum ad dict. l. qui in carcerem, sequitur Roland. à Valle consil. 2. num. 47. & pluribus, seq. lib. 1. vbi plures Dd. iudem tenentes refert & ponit rationem.

Et t. num. 61. & seq. late probat idem esse, si patet postquam liberatus est à carcere, remanente filio in ea, promittat in fauorem detinentis ipsum iniuste pro filio liberando, & numer. 67. refert Cardin. d. consil. 137. concludentem, quod promissio facta à Rege Cypri incarceratione & postea liberato, dimisso tamen eius filio in carceribus non confirmatur: quamvis Rex postea existens in libertate in Regno suo ratificauerit & approbauerit dictam promissionem factam in carceribus, quia suberat causa timoris propter filium primogenitum, qui erat detentus in carcere, in loco, in quo erat pater: quia nihil refert, in se quis veritus sit, an in liberis, cum pro affectu magis parentes in liberis terreantur, ut in l. isti quidem, in fin. ff. quod met. caus. & nullus amor reperitur, qui vincat paternum, ut in l. fin. in prin. C. de curat. furios. qui etiam affectus dicitur naturalis stimulus, ut in l. amicissimos, in fin. ff. de excusat. int. Adde Hippol. ad idem in l. inaudium filium, num. 3. ff. ad leg. Cornel. de sicar. Hunc etiam intellectum ad d. l. qui in carcerem, quod procedat in iniuste incarceratione, sequitur Couar. in 4. de sponsal. 2. part. cap. 3. §. 4. num. 3. per text. in clem. 2. de penis, & alios Dd. quos refert, vbi eam ampliat quotiescunque detrusio in carcerem, licet sit iusta, fuit tamen illata ad illum actum contrahendi.

Vnde t. si quis (inquit ipse) homicidæ aut proditoris, nullo prædicto timore penæ comminetur cum ad iudicem delaturam, nisi cum Titia matrimonium contraxerit, inito contractu, nullum erit matrimonium, quia est iniuste poterat is ad iudicem deferri propter delictum à se commissum, tamen quia metus ille iuste delationis ad illum contractum agendum illatus est, nullum timorem habentis, ipse contractus est nullus, quia contrahens nullum metum sibi ipsi intulerit, sed metus ab alio fuit ei illatus.

Quo fit, ut diuersum existimet Couar. quando captus iuste à iudice, qui poterat eum occidere,

iudici dixerit: Ducam uxorem filiam tuam, si me dimiseris impunitum: quia erit matrimonium validum. Imò si iudex capto iuste, & mortem timentum immunitatem offerat, si matrimonium cum ipsius filia contraxerit, alioquin mortem ei iuste inferendam comminetur, erit matrimonium, quia metus non infertur ad contractum, sed auferitur potius. Quod Syluester sentit in sua sum. verb. metus quasi. 6. ita Couar. pro qua opinione facit doctrina Innocent. & Abb. in d. cap. cum locum, supra relatam num. 4. cum iis quæ ibi diximus.

Admonet tamen Bar. in d. l. qui in carcerem, 10 quod consuetudo quæ habet, ut carceratus extrahatur à carcere, quando facit aliquem contractum, nihil valet: quia donec habeat eundem, adeo quod non potest rite, quo vult, dicitur esse in carcere, ut in l. qui neque, ff. de verborum significationibus quam opinionem sequitur Abb. & Felin. & eos referens bene probat Hippol. vbi supra num. 24. & seq. Angel. in tract. malefic. in part. qui iudex dicitur Cainum, num. 14. per text. in l. succurritur, ff. ex quibus causis mai. Dec. consil. 219. num. 5. Paul. de Casto in d. l. qui à latronibus, in prin. num. 3. Sed hoc ipse intelligo, quotiescunque non valet contractus gestus per carceratum, licet vbi potest contrahere, quia si in carcere hoc potest facere, à fortiori poterit extra, licet habeat custodem.

Quarto, t. d. l. qui in carcerem, intelligitur nedum respectu carcerati, sed etiam respectu ipsius fideiussoris: quia cum principalis obligatio non valet, nec etiam accessoria fideiussoris tenebit. Ita in terminis tenet Matth. de Affl. decis. Neap. 149. in prin. vbi inquit, fuisse vocatum per consilium Neapolitanum, quod talis obligatio cum fideiussoribus non valet, per text. in d. l. metum, §. sed licet, ff. quod met. caus. vbi promissio facta illi, qui metum intulit, non valet: adde d. l. 48. tit. 14. part. 5.

Et t. idem Matth. de Affl. ibid. num. 3. & 4. agit, an fideiussor, qui soluit ex isto contractu nullo, possit repetere à principali, quod pro eo soluit, non opponendo dictam exceptionem, scilicet quod obligatio erat nulla. Et concludit, quod si exceptio hæc etiam foret opposita, non fuisset admissa, ut contingeret apud Gallos poterit repetere, quia non habet ei imputari, quod non opposuerit, quandoquidem etiam fuisset opposita, non admitteretur. Pro quo ibi allegat aliquos Dd. & gl. in d. §. sed licet, in verb. opere, quæ dicit, quod si habes bonum propter me, equum est, ut habeam propter te. Et hoc procederet, inquit ipse, quando fideiussor coacte soluisset, quia si sponte soluisset sine aliqua coactione, tunc remittit se ad tradita per eum decis. statim sequenti, quæ est 150. qui est videndus.

Quinto, t. ex supradictis infertur, quod consensus præstitus iniuste sententiæ ab eo, qui iniuste detinetur in carcere, non valet, nec excludit condemnatum à syndicato contra iudicem, ut tenet & latissime probat Auendam, d. respons. 11. num. 3. & 4. Nam si carcer esset iustus, valet & tenet consensus, & non habet consentiens regressum contra iudicem in syndicato, ut cum Abb. Bald. & alijs tradit Auiles vbi supra, cap. 1. prætor, in glof. à sua parte, num. 19. fol. 43.

Sexto, t. confessio etiam facta in carcere iniuste, non valet, nec ex ea potest sequi condemnatio aduersus consententem, nisi perseueret, ut tenet gl. in d. l. qui in carcerem, argument. l. 1. §. Diuus Senevius paragr. questionem, ff. de quasi. Pondera quod text.

text. in d. §. *Dinus*, loquitur in confessione extra torturam, quia alias non haberet dubium vel esset superfluous. Nec obstat, quod subest, *tit. de quaest. quibus*, quia respondetur satis esse tormentum capi absque informatione & detineri. Et ideo merito glossa supradicta adduxit illum textum ad quod supradictum est. Sequitur etiam alios allegans Auendan. *vbi supra*, num. 3. in princ. & num. 4. etiam in princ. quia iniuste incarceratus non videtur sponte consiteri vel assentire, vt probat Ancharan. *consil. 24. incip. vbi inquisitione*, Bald. in *cap. fin. num. 13. de appellat. Sylua Nuptial. in 1. conclus. num. 64. volum. 6. tract. diuersor. Dd. fol. 19.* Nec obstat, quod Iulius Clarus in *sua pract. crimin. §. fin. quast. 55. versic. item possit*, referat tenentes & dicentes esse communem opinionem, quod quando confessio est a reo sponte facta, etiam si facta sit ex processu nullo, adhuc potest reus ex illa condemnari: & refert Augustin. & Augustin. de Arimin. dicentes, quod tortor est via hoc casu, quod reus absoluitur ab obseruatione iudicij, & de nouo procedatur, & ille auctor credit, quod iudex, qui ita faceret, non erraret: sed quod cum hæc communis opinio iam sit canonizata in iudiciis & in scholis, possit iudex in iudicando illam intrinsece sequi, absque eo quod timeret sibi inferri molestiam in syndicato, quia illa communis opinio loquitur in nostro casu, quando carceratus est iniuste, quia tunc non potest dici spontanea confessio, sed quando alia ratione processus est nullus, unde merito quod in nostro casu confessio non valeat.

15 Pro quo facit, quia si reus accusatus vel inquisitus est positus in tortura, non præcedentibus legitimis iudiciis & in tortura confessus est delictum, etiam si postea perferret & ratificet confessionem post diem naturalem, non potest adhuc ex prædicta confessione ratificata sequi condemnationem distinctiua, quia cum tortura fuerit iniuste & illegitime adhibita, quicquid ex ea sequitur, debet annullari. Ita tenet gloss. iuncto text. in *l. penult. ff. de quast. & ibi Bart. & Dd.* hanc opinionem restant veram & communem, plures allegans Ant. Gomez. 3. tom. cap. de tortura reorum, num. 4. & 25. Ultra quem sequitur Hippolyt. in *l. 1. §. Dinus Severus*, num. 10. ff. de quaest. quibus, quod limitat Angel. in *tractat. malefic. in verb. fama publica*, num. 36. si reus sponte & absque tortura confessus esset: Intellige tamen, si iuste detinetur per supradicta: Est communis secundum Iulium Clarum *vbi supra*, versic. si vero. Er opinio communem supra proxime dictam sequitur etiam plures allegans Thom. Grammatic. *consil. 37. num. 8. & 9.* vbi loquitur, etiam si in ea millies se ratificauerit, quia quousque personaliter detinetur, idem metus inesse videtur. Ex qua ratione idem erit in confessione facta hoc casu post tormentum, etiam ex intervallo sine iudiciis legitimis, vt bene probat Hippolyt. in *practic. crimin. §. expedita*, num. 13. 16. & seq. & in *l. 1. in princ. num. 57. & sequentibus. ff. de quaest. quibus*, post Bald. in *d. cap. fin. num. 13. de appellat. iudic.* addit Gregor. Lopez. in *l. 2. in gloss. presumptions. opeobas. versic. limita tamen hoc in 30. part. 2.* quod in casu supradictæ communis opinionis confessio non est efficax ad condemnandum, etiam si de tortura non cõstet in processu: si tamen constat, quod erat captus in carcere, ratio poterit esse, quia caret dicitur species torturæ, secundum Bald. quem refert & sequitur Hippolyt. in *d. l. in princ. num. 58.*

Septimo adde, quod carceratus potest optimo iure facere testamentum, vt tenet gl. in *d. l. qui in carcerem*, per text. in *d. l. qui a latronibus*, ff. de testam. quod tamen ibi Bart. num. 2. intelligit, præterquam in commodum carcerantis, sicut in contractu. Et idem Bar. in *d. l. qui in carcerem*, nu. 2. per tit. si quis aliquem legari prohibuerit. Sequitur Paul. de Cast. in *d. l. qui a latronibus*, in princ. num. 3. dicens, quod secundum Dd. non est faciendi differentia inter contractum & testamentum, sed ad cuius utilitatem contrahit vel testatur. Nam si ad utilitatem illius, qui retinet ipsum captum, non valet in effectu, tanquam factum per metum, vt in *d. l. qui in carcerem*, secus si ad utilitatem tertij, & hoc si illicite detinebatur in carceribus, si autem licite etiam cum eo ad cuius instantiam detinetur, potest contrahere, & non dicitur factus contractus per metum, postquam sit iure permitte. Adde ipse, quod etiam valebit hoc casu testamentum, etiam in fauorem detinentis factum, scilicet quando iuste detinebatur, vt constat ex æquiparatione Pauli *vbi supra*, præcipue cum non ob hoc ipsam incarcerationem fuerit: quo casu valet actus ab incarceratione factus in fauorem incarcerationis ipsum vt supra dictum est.

Sed quod d. l. qui in carcerem, limitat Bald. in rub. C. de rescin. vend. n. 4. si contractus sit ipsi vilis carcerato, puta tendens ad ipsius liberationem, & non redundaret expresse vel tacite in utilitatem indubitæ carcerantium, per d. §. sed licet, & Lnam & Seruius, ff. de neg. gest. de quo iam supra dictum est. Et supradicta seruiunt pro limitatione d. l. qui in carcerem, quam etiam tenet Hippolyt. *vbi supra*, nu. 23. Limitatur secundo, si contractus carcerati sit iustus, vt alios allegans tradit Hippolyt. in *d. §. attingam*, n. 23.

Superest tunc examinanda questio illa, an 18 contractus, celebratus ab incarceratione iniuste in fauorem detinentis cum ob id, quo casu est nullus, vt supra visum est, firmetur iuramento?

Que tunc quaestio videtur dependere ab altera, 19 que habet, an contractus metu factus iuramento firmetur, ita quod sit necessaria absolutio à iuramento vel contractus sit nullus, nec sit seruandum iuramentum, etiam non petita absolutio, cum huiusmodi contractus ab incarceratione iniuste factus, non valeat propter metum, scilicet carceris iniusti. In quo habemus text. solemnem in cap. si vero, de iur. iur. vbi probatur, quod si iuramentum per metum extortum seruati potest sine interitu salutis æternæ seruandum est, nisi prius impetretur absolutio, quam facilliter hoc casu solet Ecclesia concedere. Et inquit gloss. *ibi in verb. proprium iuramentum*, quod quicquid teneat, communior est opinio & verior, quod iuramentum metu extortum est obligatorum, quia voluntarium, vt in cap. merito, 15. quast. 1. dommodo sit tale iuramentum, quod possit seruari sine interitu salutis æternæ, vt in d. c. si vero, cum similib. Secundum que videtur valere huiusmodi contractus, de quo nos modo agimus iuramento præstito ab incarceratione, licet impetrata absolutio à iuramento non valeat.

Sed pro contraria parte, imo quod sit nullum huiusmodi iuramentum, sicut contractus ipse, facit primo, quia plures Dd. tenent contrarium eius, quod supra proxime dictum est, imo quod iuramentum super contractu metu factu sit nullum, & non obliget. Secundo facit alia communis opinio tenentium, quod quando contractus est nullus ipso iure propter metum, tunc iuramentum

tum non confirmat eum, nec est seruandum, ab solutione ab eo etiam minime petita, secundum ea que pro & contra in primo & secundo dictis latissime tradunt Dd. quos allegauit in mea repetit. cap. quomodo pactum, in verb. si raien iuramento non vi, & c. de pact. in 6. qui sunt videndi, & quia ibi eos concessi, hic iterum non repetam. Ex quibus apparebit rem hanc esse satis dubiam. Sed in casu d. l. qui in carcerem, contractus est nullus, vt ex ea patet & supra dictum est. Igitur, & c. Quid dicendum? Inuenio, quod in tertius nostræ l. qui in carcerem, Rolan. à Vallè d. consil. 2. n. 79. & seq. præcipue n. 82. lib. 1. & supradictis tenet, quod iuramentum hoc casu non validet contractum, & refert ex Marfillo consil. 33. col. 7. vol. 2. quod cum instrumentum dotis factum à carcerato fuerit, & sic nullum ipso iure, vt per Bart. in *l. si mulier*, §. si dos, ff. quod iur. iur. non est dicendum, quod tale instrumentum valdeatur iuramento, cum tale iuramentum non habeat aliquid validum supra quo possit stare. Et refert etiam hanc opinionem sentire Felin. in d. c. si vero, in fin. Adhuc tamen verior aut saltem in animæ iudicio securior opinio videtur prima supradicta, vt petatur absolutio ab hoc iuramento, ex eo quod possit seruari absque interitu salutis æternæ iuxta text. in d. c. si vero.

20 Præcipue tunc attendenda doctrina Beati Thomæ 2. 2. quast. 89. art. 3. in resp. ad 3. argum. quam latissime differit Soto de iust. & iur. lib. 8. quast. 1. art. 7. per tot. fol. 704. & seq. vbi sanctus Thomas dicit, quod ex iuramento exacto per metum duplex oritur obligatio: una qua obligatur iurans homini, & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille, qui intulit metum hoc meretur, vt ei promissum non seruatur, per d. l. qui in carcerem: alia autem est obligatio, qua quis obligatur Deo, vt implet, quod per eius nomen promissit, & talis obligatio non tollitur in foro conscientie. Et subdit Cardin. d. xv. c. 1. §. 7. vol. 2. quod gloss. d. cap. si vero, & gloss. in d. c. verum, de iur. iur. procedunt in foro penitentiali, non in iudiciali: quod ipse intelligit, quando iurans habuit animum se obligandi. Nam tunc verum est, quod licet contractus sit metu factus, teneatur tamen in foro conscientie seruari iuramentum illud, nisi impetret absolutio nem ab eo, & contraveniendo absque absolutio nem peccat mortaliter: secus vero erit, si non intendit se obligare ex illo iuramento metu præstito, de quo statuit dicto suo, vt in e. significasti, el. 1. de homic. vt declarat idem sanctus Thomas, & cum & alios referens Felin. in d. c. si vero, n. 8. vbi concludit, quod quando sumus in dubio, an iurans voluit se obligare vel non, tenetur seruire iuramentum, nisi impetretur absolutio ab eo. Et hæc prima opinio coadiuuatur ex generalitate d. c. si vero, vbi loquitur in actu factu grauissimo metu, & iuramento super eo adiecto, & nihilominus inquit non esse tutum quemlibet contra iuramentum suum venire, nisi tale sit, quod seruatum verget in interitum salutis æternæ. Et inquit Summus Pontifex: Nec nos alicui dare materiam volumus veniendi contra iuramentum proprium, ne auctores perituri videamur. Que ratio adeo generalis est, vt in quocunque iuramento etiam super actu alias propter metum nullo interposito locum habeat & mistet. Præterea metus carceris, licet sit iustus ad annullandum contractum, non tamen ita grauissimus est, quin tollatur queat: quod non est in aliis meribus gra-

tissimis cadentibus in constantes viros, scilicet mortis vel membri abscissionis vel bonorum omnium, vel maioris partis amissionis. Et ideo licet metus iniusti carceris sufficiens sit ad annullandum contractum, non tamen esse debet ad tollendum vires iuramenti, præcipue attentio iure Canonico, cui est standum in hac materia iuramentorum, vt pote concernenti peccatum.

Nec t obstat, si dicatur, quod fortior est metus carceris iniusti, quam alius quocunque qui extra carcerem inferatur, quandoquidem ille annullat omnino actum, vt supra est dictum, hic vero non, sed valet actus metu factus regulariter, licet rescindi possit & debeat, vt in toto tit. quod met. can. quia respondetur, quod in casu d. l. qui in carcerem, ultra metum illatum capto per incarcerationem, adest dolus quidam pessimus & calliditas illius, qui iniuste aliquem incarcerationi fecit, vt ab eo sic incarceratione extorqueat quod vult. Vnde in odium illius, quia pessimum genus extortionis hoc est, merito statutum est, vt contractus sit nullus ipso iure. At vero in metu alio modo illato extra carcerem, licet iniquum fecerit inferens metum, & ob id illo metu promittens possit petere, vt rescindatur contractus metu celebratus, non tamen datur tanta calliditas, nec leges sic metum inferentes tanto odio habent nec profanantur, sicut illum qui iniuste fecit incarcerationi aliquem, vt ab eo aliquid extorqueret. Cuius ratio est, quia faciens incarcerationi aliquem iniuste ad dictum effectum, maius delictum committit, quia sub prætextu iustitiæ falso asseruerat ipsum iudicem, qui ius & iustitiam reddere & ministrare tenetur, instrumentum iniquitatis suæ constituit, quo mediante facit incarcerationi iniuste illum à quo vult aliquid extorquere, & ita magis offendit iudicem hic, quam alio modo inducens metum. Vnde licet respectu ipsius contractus sit nullus, respectu tamen Dei iuramentum incarcerationi omnino obligare debet ipsum iuramentum, quousque sibi concedatur absolutio ab eo.

Nec t etiam obest contra hanc meam opinionem 22 nem text. in cap. de eo qui duxit in matrimonium, quousque polluit per adulterium, vbi probatur, quod matrimonium vi contractum non firmatur iuramento, nec iurans tenetur id seruire, licet potenter seruati absque interitu salutis æternæ. Nam respectu pòdeo, hoc ideo esse, quia matrimonium suapte natura debent esse libera ab omni coactione vt in cap. cum locum, & in cap. præterea, & in cap. requisit. & in cap. Gemma, de sponsalib. Ideo si alter hat vi vel metu etiam iuramentum interueniat, erit nullum, quia iuramentum sortitur naturam contractus, super quo interponitur, vt in *l. fin. C. de non numer. pecun.* Et in terminis matrimonij vi vel metu contracti cum iuramento hanc rationem assignat gloss. in *dist. cap. 1. verb. tanta vis*, quam sequitur Card. ibi, & plures Dd. quos refert D. Couar. de sponsalib. 2. par. cap. 3. §. 5. num. 2. quam communem sequitur etiam Soto in 4. dist. in 29. quast. 1. artic. 3. Et hæc opinio approbatur in *l. fin. ad fin. tit. 1. par. 3.* vbi Gregor. Lopez. in gloss. in *orden*, hoc notat, dicens, quod vbiunque requiritur consensus libet, vt in matrimonio & aliis spiritualibus & in electione non sufficit consensus, nisi adit qualitas libertatis: tenet etiam gloss. in cap. 2. quod met. can. & in cap. inter cetera, 2. quast. 4. gloss. 2. At vero in aliis contractibus non ita habet consensus requiritur, nam voluntas coacta volun-

voluntas est, in qua inuenitur consensus, ex quo contractus valet, *vt in l. si pater cogente, ff. de ritu nupt. l. si priuatus, ff. qui & a quibus, & in l. si mulier, ff. si metui, ff. quod met. caus.* Præterea ¶ in fauorem 23 *hæc mei, ff. quod met. caus.* Præterea ¶ in fauorem huius meæ opinionis facit, quia etiam in his casibus, ubi requiritur liber consensus, & aliter interueniens non firmatur iuramento, requiritur absolutio iuramenti, *per d. cap. inter cetera, secundum communem opinionem, quam refert D. Couar. vbi supra, licet referat plures tenentes contrarium, & dicit eam esse receptiorem apud iudicem Regij pratorij idem resoluunt nouissime insignis D. Molina Regius Consiliarius lib. 2. de Hispan. primog. c. 3. nu. 13. fol. 218.*

24 Non ¶ obstat etiam contra hanc meam opinionem glossa in *elem. pastoralis, verb. per uolentiam, de sententia & re iudic. quæ tenet, quod si in carceratus ad poenam vel periculum mortis, relaxatur iuramento suo de redeundo ad carcerem certa die, si mors erat iniuncta, hoc est, iniusta, redire non tenetur, alias secus. Quam glossam esse communiter approbatam plures allegans testatur D. Couar. lib. 1. variar. resol. cap. 2. num. 7. ultra quem sequitur eandem opinionem Ripa in l. admonendi, num. 171. ff. de iur. iuran. & Sylua nupt. lib. 3. num. 44. vol. 4. tract. fol. 39. col. fin. & plurimos referens testatur communem Petrus Duen. regul. 393. limit. 4.*

25 Vbi ¶ quoque tenet, quod iniuste detentus potest effractis carceribus fugere sine metu poenæ ordinariæ mortis: sequitur etiam Avend. 2. part. 27. prator. num. 17. ad fin. Non obstat, inquam, hæc communis opinio, quia casus huius communis opinionis est multum diuersus à nostro, quia ex obseruantia huius iuramenti, quod quis facit de redeundo certa die ad carcerem, ubi iniuste detinetur, resultat grane peccatum, & ideo peccat hic iurans grauius, si rediret. Nam captus à iudice timens iniquam damnationem corporalem fugere tenetur, vt bene probat & tenet in terminis cum Theologis, quos refert Couar. d. cap. 2. num. 7. Et ideo non tenetur iurans seruare illud iuramentum, quia illud seruatum vergit in dispendium salutis æternæ, hoc est, quia peccaret grauius illud seruando, & ideo non est seruandum, *in d. cap. si vero, cum similibus.* Et ita ¶

26 supradictis omnibus recte pensatis & consideratis, mihi, qui maximus iuramentorum licitorum obseruator sum, hæc opinio postrema verior videtur, scilicet vt iuramentum in casu d. l. qui in carcerem, sit obligatorium, saltem quoad Deum, & quod non possit cum bona conscientia & absque peccato iurans venire contra suum iuramentum hoc casu, nisi prius impetrauerit relaxationem ab eo: neque contradicit Rol. à Vall. vbi supra, sed tantum dicit, quod non valdet contractum ab iniuste incarcerato celebratum.

27 Adde, quod si promittens cum iuramento per metum soluit, non videtur approbare contractum, sed vt periurium euiet, præsumitur soluisse: & ideo poterit reperere, secundum communem opinionem late traditam per D. Anton. de Padilla in l. interpositas, num. 25. Cod. de transact.

28 Vltimo ¶ pro complemento huius capituli addendum duxi casum singularem, l. medicus, ff. de iur. & extraord. cog. cuius verba sunt hæc: *medicus, cui curandus suos oculos, qui eis laborabat, commiserat periculum amittendarum eorum per aduersa medicamenta inferendo compulsi, vt ei*

*possiones suas contra bonam fidem ager venderet: iniuste factum præses pronuncia coereat, remque restituat iubeat.* Ex quo text. constat, quod contractus ægri factus cum medico, qui cum malitiose perperam curauit, vt prædictum contractum faceret, non valet.

Sed ¶ text. ille generaliter debet intelligi, 29 etiam si non interuenisset malitia medici, neque mala curatio, quia adhuc non valet contractus gestus inter medicum & ægrotum, quod videntur tenere Bart. & Alber. *ibid.* dum generaliter intelligunt text. illum & idem Bart. in l. Archiatri, C. de profess. & medicis, lib. 1. o. Et licet contrarium sentiant Bald. in l. interpositas, C. de transact. & alij, prior tamen opinio verior & receptior est: vt testatur plures referens Arias Pinel. in repet. l. 2. C. de res. in vendit. 2. part. cap. 2. num. 32. & 33. vbi refert & reprobat contrarium tenentes, argumento clientuli & aduocati, inter quos durante lite conuentio non admittitur, *vt in l. qui quis, §. præterea, C. de postul. Et quod text. in d. l. medicus, licet loquatur, quando medicus computat, idem tamen sit, quando æget proprio motu & spontanea promitteret durante infirmitate, cum Hippol. tradit Petr. Rebuff. in comment. ad Reg. consilij. Gallic. pag. 161. quia semper promittente coactus infirmitate præsumitur: Idem tenet Ripa in tract. de remed. prescri. contra pestem, num. 84. vbi refert ex Abb. in cap. quia pefsem, num. 84. post Innocent. *ibid.* de immuni. Eccles. quod medicus non solum in foro animæ tenetur restituere omne id, quod ultra debitum accepit, sed etiam tenetur in foro fori, per dist. l. medicum, quia omne datum medico ultra debitum, præsumitur datum propter sanitatem recuperandam, & propter evitandum periculum mortis. Ex quibus bene sequitur, inquit Rip. num. 86. quod promissio facta medico per infirmum non est obligatoria, tanquam præsumatur periculosa, & sic non licet medico pendente infirmitate pacisci cum infirmo super salario, vt est text. in d. l. Archiatri.*

Si ¶ tamen infirmus dum curatur, promittat 30 medico vel chirurgo certam pecuniam quantitatem pro curatione, valet & tenet promissio, vt tradit Matth. de Afflic. decis. Neapolit. 123. vbi respondet dist. leg. medicus, scilicet quod procedit in medico administrante mala medicamenta, & respondet etiam text. in dist. l. Archiatri, scilicet quod procedit in medico salariato de publico: quas solutiones reprobat Pinel. vbi supra, quia sunt contra prædicta iura, præcipue contra d. l. Archiatri, in illis verbis: *Quos etiam passimur accipere, que sani offerunt, non que periclitantes pro salute promittunt, nam diuina secundum ipsam intellectum Matthæi, & sic videtur tenere contra eum Pinel. vbi supra, dicens: quod ita suadet ratio publicæ utilitatis, ne alias fiant iniquæ extorsiones, quod lex abhorret, vt in l. si per impressionem, C. quod metus causa.*

Inquit ¶ tamen se non negare posse, medicum 31 ab ægrotò donata licite accipere, neque eum astringit, vt gratis curet, iuxta tradita per Dd. quos ibi refert.

Addo ego, ¶ quod hoc casu si promissor recla- 32 met contra suam promissionem, debet taxari curatio per iudicem adhibitæ peritis in arte, qui ex relatione infirmitatis, & eius qualitatibus & temporis, quo durauit, moderatum salarium statuet, licet

licet infirmus, dum esset in infirmitate plus promiserit, & hoc æquitati & rationi congruum esse videtur. Et probatur præterea argumento clientuli & aduocati, quod iam supra fecimus: nam in aduocato hoc expresse statutum est per leg. Regiam, 20. titul. 16. libro 2. noua recopil. Regia. Igitur idem à fortiori dicendum venit inter medicum & infirmum, & ita vidi practitari. Et ita in terminis inuenio tenere Rebuff. vbi supra, numero 30. dicentem hoc vidisse iudicari in chirurgo, cui tactus peste, si euaderet, promissit ducentos aureos, fuit enim ad triginta aureos condemnatus tantum reus arecto Senatus Parisiens. & sic illa promissio pestiferi vel alia, debet ad arbitrium boni viri reduci inspecta contagione & operis, quibus caruit chirurgus, & si excederet in modico non annullaretur, & sic inquit intelligi debet, quod scribit Matth. de Afflic. decis. Neapolitan. 123. Idem dicit vidisse seruari in quadrigario, qui tempore necessitatis fecerat sibi obligari quandam ad sex viginti libras, vt defert res Aureliam tempore aduentus Imperatoris Caroli V. res tunc esset tutius sine conuentione pretij eius res tradere defendendas, & postea arbitrio boni viri soluere eis: ita Rebuff.

SUMMARY M.

- 1 Nemo compellitur stare in communiōe vel societate, sed poterit vnus ex istis, qui rem communem habet cum alijs, petere diuisionem.
- 2 Pactum quo conuenitur ne omnino diuisio fiat, non valet & eius ratio.
- 3 Pactum de stando in communiōe, & de non recedendo intra certum terminum valet & seruandum est, & idem in præcepto testatoris.
- 4 Præceptum huiusmodi testatoris factum in fauorem hæredum eorum cum iuramento, potest ab eis remitti, si sunt maiores & possunt diuidere.
- 5 Populi habentes terminos communes à tempore immemorabili, an compellantur stare in communiōe?
- 6 Pluribus dominis habentibus defensionem communem, an vnus eorum possit petere diuisionem?
- 7 Societas & communis contracta ad tempus, pluribus causis potest solui ad petitionem vnius altero socio iniuro.
- 8 Societas intempestiue discedens à societate iniuriosis socijs, tenetur eis soluere damnum, & non interesse, quia ob hanc causam socijs subsistantur, nisi aliud conuenit.
- 9 Præscribi an possit triginta annis iuri petendi diuisionem.
- 10 Altruus non potest prouocare ad diuisionem fundi dotalis inatimam cum alio communi, licet prouocari possit.
- 11 Ecclesia an possit prouocare ad diuisionem?
- 12 Altruus an possit prouocare ad diuisionem? & num. seq.
- 13 Minores possunt inter se diuidere prædia communia quoad culturam & redditus, licet non quoad proprietatem.
- 14 Pacto iurato an effici possit, vt perpetuo staret in communiōe?
- 15 Vicarius constitutus ad certum tempus cum iuramento non reuocandi cum ante tempus,

- an possit antea reuocari? & num. 19.
- 16 Ea que principaliter prohibentur ob publicam utilitatem non firmantur iuramento.
  - 17 Ius mihi quesitum ex aliquo contractu vel pacto, non potest à me auferri absque mea voluntate.
  - 18 Iuramentum de non reuocando procuratorem si sit aduersario præstitum, & per notarium acceptatum nomine omnium quorum interest, an possit reuocari procurator hoc casu, præcipue in causa matrimoniali, & num. 18.
  - 19 Societas vel communiō in perpetuum inita valet, si per contrahentes intelligatur hoc quousque alter illorum viuat, & sic per totum tempus vita sue & non amplius.

CAPVT LVIII.

De pacto standi in communiōe perpetuo vel ad tempus.

**N**emo ¶ compellitur stare in 1 communiōe vel societate. Poterit itaque vnus ex istis, qui rem communem habet cum alio vel pluribus, petere diuisionem, text. est in leg. fin. Codice commun. diuid. l. 1. titul. 10. part. 5. Communiō enim etiam inter fratres solet patere discordiam, vt in leg. cum pater, §. dulcissimis, ff. de legat. 2. c. ex tenore, de sent. excommuni.

Imo ¶ pactum, quo conuenitur, ne omnino di- 2 uisio fiat, non valet, vt in leg. in hoc iudicio, paragr. si conueniat, in 1. respons. ff. commun. diuid. cuius text. ea est ratio, quia per huiusmodi societatem siue communiōem perpetuo duraturam admittit libera facultas testandi in rebus in societate positis, vt in leg. cum duobus, §. idem respondet, digest. pro soc. & ibi gloss. & in leg. nulla, eod. titulo, ita dicit alios allegans Palat. Rubi us in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 4. numero 4. Vnde est, vt licet non valet pactum huiusmodi de stando perpetuo in communiōe, ita etiam nec præceptum testatoris super hoc emanans. Non igitur poterit testator præcipere, vt hæredes sint in perpetua communiōe: Ita plures allegans & bene probans, & defendens à fundamento Alexan. tenentis contrarium tenet Menchac. de success. creat. §. 7. num. 1. vbi in fin. illius num. hanc opinionem appellat veriosem & communem, ultra quem dicit etiam communem Curt. Junior consil. 112. num. 11. Et ita est tenendum, quamuis gloss. dist. leg. fin. teneat contrarium.

Si ¶ autem pactum fiat de stando in communiōe, & de non recedendo intra certum terminum vel tempus, valet huiusmodi pactum & seruandum est, vt in dist. paragr. si conueniat, in 2. respons. vbi loquitur, quando tempus illud prodest qualitati rei. Et ita etiam valet præceptum testatoris iubentis hæredi, vt ad certum tempus petere in societate, secundum Bald. in l. 4. in princip. in 2. notab. digest. de condit. insti. per text. ibi, sequitur cum Otrad. & Ioan. Andr. Spec. Palat. Rubi. vbi supra, n. 6. ad fin. & Greg. Lop. in l. 10. in gl. in versic. 2. limit. iii. id. part. 5. vbi refert Bald. vbi supra, & Dec. cons. 441. col. 1. idem tenentem, hanc testatur communem Curt. Jun. consil. 115. n. 1. & 2. Et hæc est veta & communis opinio, secundum Menchac. vbi supra, num. 3. Et hoc casu potest saluari opinio gloss. in d. l. fin. gl. 1. in fin. dum limitat illam

illam legem, si testator prohibuerit, scilicet ad tempus, alias fecus, ut supra dictum est.

4 Inquit tamen Oldrad. *consil. 241. incip. factum tale est*, quod si huiusmodi præceptum esset factum in fauorem hæredum, etiam cum iuramentum ab eis posset remitti si essent maiores, & poterunt diuidere iuxta notatam in cap. 2. de sponsalibus cum similibus, quatenus ibi probatur posse partem remittere iuramentum in sui fauorem præstitum. Quam opinionem sequitur Gregor. Lopez, *ubi supra*, quod addens minores non possent contravenire, secundum Bar. in *leg. filium familias, §. diuisi col. 1. ff. de legat. 1.* Hanc etiam opinionem Oldrad. sequitur Palacius Rub. *ubi supra*, dicens, quod nepos bene potest patruum in hoc casu prouocare ad diuisionem, quia iuramentum filij non ligat nepotem etiam hæredem, ut in cap. *veritas, de iurand. & in cap. fin. de sepult.* & utrumque sequitur Iaf. in *leg. si non sortem, §. si centum, num. 8. digestis de condit. indebit.* Hanc etiam sequitur & probat, alios allegans Menchac. *ubi supra, numero 4.* dicens, videri hanc communiorum opinionem, quam etiam sequitur Dec. in *leg. cum proponas, num. 4. Codice de part. vbi allegat pro hoc bona iura, præcipue leg. Titio centum, in princ. digest. de cond. & demonstr. & sequitur limitationem Greg. Lop. *ubi supra*, cum Bart. in d. §. diuisi, & aliis quos refert.*

5 Vltreus tamen ex supradictis infert eleganter cum aliis pluribus, quos refert Auend. *cap. 4. prator, numero 20. & 21. fol. 47. col. 2. libro 1.* quod si aliqui populi habent aliquos terminos communes, non compellentur stare in communione, sed poterit quilibet diuisionem. Quia termini commodam diuisionem patiuntur, adeo quod inter populos non valet perpetua communio & conuentio communio, nec ex tempore immemoriali præscribitur, quin fiat diuisio: & ibi limitat, quando interuenisset Regia licentia, vel si communio sit particularis & non omnium terminorum, vel si iam lata sit sententia de communione perpetua.

6 Ex quo infero ego idem esse in priuatis habentibus defensas, vulgo dictas, *debeas* communes. Nam contingit & est vltimissimum, quod plures hæredes, hoc est, domini, habeant pro indiuiso defensas herbarum & montium, & locant simul eas, & vnusquisque consequitur pretium suæ partis pro rata. Nam non obstante, quod ipsi domini & eorum prædecessores à tempore immemoriali sint in communione poterunt ab ea discedere, & vnusquisque eorum alterum ad diuisionem prouocare per supradicta, & præcipue per tradita per Auendan. *ubi supra*, quod ipse sano modo intelligerem, scilicet quando huiusmodi diuisio commode fieri posset sine præiudicio cæterorum hæredum siue dominorum, & sic quando pars respectu partis tantam vilitatem affert, sicut totum respectu totius, iuxta tradita per Dd. in l. 4. §. Caio, & in *leg. in exequutione, digestis de verb. obligat.* Secus vero si damnum vel incommodum sequeretur ex diuisione cæteris sociis impugnantibus & contradicentibus eam, ut puta quia heret diuisio plurium partium, ita quod essent aliquæ partes ita minime, quod amitteretur vltus fructus earum, si diuisio fieret, quia nemo eas conducere propter paruitatem vel multo minori pretio quam valeret, si diuisio non fieret vel si defensas, quæ petitur diuidi, habet aliquam sui partem

cæteris partibus meliorem, hoc est, melioris partus, vel aquæ, vel deteriorum, in qua parte non ita commode posset omnibus dominis assignari, quod sibi conuenit, & suum est respectu partis, quam in toto fundo habet, vel ob alias causas & rationes, quæ contingere possent esse incommoda diuisio. Præcipue cum prædictæ defensas sint ab antiquo destinatae ad vnum indiuiduum totius respectu dominorum earum, & diuisio esset damnosa eisdem. In hac ciuitate Placentiæ licet sint plures defensas huiusmodi minorum pro indiuiso eas possidentium vnusquisque pro certa parte, nunquam vidi, quod peteretur diuisio. Scio tamen certo in alia ciuitate propinqua fuisse petitam ab vno ex duobus dominis eiusdem defensas, & quia poterat commode diuidi, prouocans enim ad diuisionem erat dominus dimidiæ defensas, per exsequutoriam Regalem fuit diuisa in duas partes per agrimensores, & iudicium fortis fuit missum inter dominos illarum partium: & vnusquisque habet nunc, & possidet suam dimidiam partem diuisam & separatam, & ea vitur & fruitur absque communione. Audiuimus etiam in alia ciuitate idem factum fuisse per aliam exsequutoriam Regalem inter plures dominos eiusdem defensas, quæ commode diuidi poterat. In domibus autem communibus læpissime vidi in practica hoc fieri & iustum fuisse per sententias exsequutorias, quando diuisio commode fieri poterat.

Societas tamen & communitas contractata ad tempus sicut valet & potest contrahi, pluribus de causis potest solui ad petitionem vnus altero socio inuito, quæ ponuntur in l. 14. tit. 10. *part. 5. & ibi Greg. Lop.*

Sed si socius absque iusta causa discedat à societate ante tempus conuentum tacite vel expresse, in quo debet durare societas vel communitas, inuitis aliis sociis, tenetur eis solvere damna & interesse, quæ ob eam causam socios subsequantur, præterquam si tempore societatis ineunda conuentum fuisset, vt quicumque ex sociis veller à societate discedere, id facere posset, quotiescunque vellent ante tempus supra dictum vel post. Ita probat *di. l. 11. in 2. part. titulo 10. part. 5.* vbi Greg. Lopez in *gloss. a los otros*, inquit, quod debet considerari hoc casu, quod socius renuntians (supple intemptiue non apposita supradictæ conuentione) id faciat in damnum totius societatis, & quod societati inferat quod non intemptiue renuntietur per vnum ex sociis, quia si societati expedire teneret renuntiaatio intemptiua, licet interstet vnus ex sociis eam non dissolui, ut in *leg. actioe, §. diximus, vers. Labeo autem, digest. pro soc.* Quod est notandum, quia læpe potest contingere in practica.

Vltreus tamen ex supradictis omnibus infertur non bene dixisse gloss. in *leg. fin. Codice commun. diuid. ibi, item ratione temporis dum tenet, quod di. leg. fin.* fallit ratione temporis triginta annorum per text. in l. 5. §. ad hæc, *ff. de annal. except.* vbi probari videtur opinio gloss. illius. Nam text. ille expresse probat, quod actio familia hereditum, & communi diuidendo, nec finium regundorum, neque pro socio, & alia adiones ibi relatæ durant plusquam triginta annis: eandem opinio tenet iterum gloss. in d. §. ad hæc, in *verb. communi diuidendo, ad fin.* & eam sequuntur plures alia glossæ & Doctores, relati per Iaf. in §. *quadam, n. 19. Insistunt.*

Institutione de actione vbi allegat Fabrum dicentem hanc tenere omnes Doctores. & ipse Iaf. *ibi numer. 32.* testatur, quod hæc est sustentabilior opinio per *di. paragr. ad hæc* in disputando. Sed contrariam opinionem, imo quod licet ei, qui non possidet, præscribitur hæc actio, ut in *d. paragr. ad hæc*, tamen si ambo possident, qui habent rem communem non possit præscribi, quin diuisio peti, & fieri debeat, tenet Bart. in d. l. si. & idem in *di. paragr. ad hæc*, vbi testatur hanc esse communem opinionem. Et hanc dicit magis communem opin. plures Doctores allegans Iaf. *ubi supra, num. 31. & 38.* vbi illam sequitur, & ibi Gomez. *n. 25.* eam sequitur etiam Iaf. in l. si non sortem, §. si centum, *num. 5. ff. de conditione indebiti*, dicens, quod etiam per centum annos non præscribitur. Pro qua opinione facit, l. 5. tit. 13. lib. 3. *ordin. que hodie est l. 5. tit. 15. libr. 4. nou. recopilation. Regie.* Non obstat *di. l. 1. §. ad hæc*, quia loquitur & procedit prout ex eius litera & contextura constat, quoties vnus tantum possidet, & alius, qui habet communem, non possidet. Nam tunc actio illa personalis competens illi, qui non possidet, ad petendum dictam dimidietatem vel partem, quam habet in re communi, bene præscribitur triginta annis, & hoc est, quod probat & dicit *di. l. §. ad hæc*, non verò loquitur nec procedit in pluribus possidentibus rem communem, nam illis non currit præscriptio, quominus quilibet eorum quocunque tempore possit petere diuisionem, vt bene probat Iaf. in *di. §. quadam, num. 31. & sequen. qui n. 38.* hunc intellectum assignat ad d. §. ad hæc.

10 Supradicta tamen omnia limitanda sunt in marito, is enim non potest prouocare ad diuisionem fundi dotalis in matrimonium communis cum alio, licet prouocari possit, vt probat text. expressus in l. 2. *Cod. de fund. dotal.* per quem ita tenet gloss. in d. l. fin. quæ idem dicitur in ecclesia. Quod etiam tenet gloss. in d. l. 2. *verb. non possunt*, quod etiam remittit ad glo. in l. in *ubemus, verb. diuidere, C. de sacrosan. eccles.* quæ refert opiniones in hoc de ecclesia: & inter alias refert vnã Placentini & Abb. quod ecclesia possit prouocare priuatum ad diuisionem, quando sibi expedit, quam ibi sequuntur Doctores præcipue Bald. *num. 3. per l. fin. digest. de iur. dot. & leg. si cui bonis, digest. de nouat. in ratione sui, & ibi Paul. numer. 4.* Et inquit Bart. *ibi num. 7.* quod est menti tenenda illa gloss. & quod eam omnes tenent: & declarat tunc dici expedire ecclesiæ prouocare ad diuisionem, quando habet socium rixosum & contumeliosum. Quod in ecclesia secundum ipsum procedit sine dubio, nam eius impedimentum est perpetuum. Sed impedimentum minoris est vsque ad ætatem perfectam. In rixoso idem sequitur Bald. *di. num. 3.* dicens, quod tacite ad diuisionem prouocatur, qui inquietat, *l. si conuenietis, ff. pro soc.* sequitur etiam Paulus *ibi num. 4.* vbi idem tenent, quando diuisio esset facti, & non iuris, puta gratia commodiore cultura, ut in l. Caius, §. 1. *ff. de legat. 2.* Idem exemplum de rixoso ponit Salycet. super *di. gloss. num. 2.* vbi addit aliud, scilicet quando confosius fructus dilapidati, ita quod prædium ecclesiæ quodammodo reperitur inutile, & maxime quando ille est homo potens. Inquit præterea Salycet. quod Guillelm. de Cugn. quem communitur Doctores sequuntur dicit, quod cum quocunque & cuiuscunque conditionis potest diuidere, per text. illum, qui loquitur indistincte, vt acco-

nomus ecclesiæ possit diuidere prædia, licet in muliere & minore teneant distinctionem gloss. ea ratione, quia illi sunt in impedimento temporalis, ecclesia verò in perpetuo, & ideo ei conceditur propria & vera iuris diuisio, vt *ibi*, & quia communio perpetua est prohibita, quia solet parere discordiam, vt *sup.* est dictum. Quo fit vt hæc communis opinio, quæ habet, vt ecclesia indistincte possit prouocare ad diuisionem, sit verior & tenenda, in minore autem est tenendum quod statim dicam.

Vltreus & tertio tamen supradicta omnia limitanda sunt in minore, is enim ad diuisionem prouocare non potest, licet prouocari possit ad eam per maiorem, ut in l. penult. *C. de præd. & aliis reb. min. & in leg. 1. §. si communis, & in leg. si pupillorum, ff. de reb. eorum, notat gloss. in dicta leg. fin. & alibi sapissime, sed expresse hoc decidit per supra dicta iura.*

Hoc tamen intelligi debet, quando non est vtile minoribus: nam si sit vtile & eis expediat, bene poterunt minores prouocare ad diuisionem cum auctoritate tutorum, ita tenet Barro. in *di. l. in *ubemus, numer. 7.* & alij plures quos refert Gregor. Lop. in l. 2. tit. 15. *part. 6. gl. 1.* Et probatur hæc opinio ex iis, quæ supradicta sunt pro ecclesia, & eadem exempla, quæ ea supradicta fuerunt, in minoribus quoque possunt collocari. Et ita quod minor possit prouocare ad diuisionem socium rixosum, tradit cum aliis idem Gregor. Lopez. in l. 1. *titul. 10. part. 5. in gloss. in buona memoria, & tenet etiam Additio Roderic. Suar. in l. 2. for. titul. de los emplazamientos, versicul. nunc oportune, num. 20. fol. 387.**

Item tamen est addendum pro intellectu dictorum iurium: nam si sit vtile & eis expediat inter se diuidere prædia communia quoad culturam & redditus, licet non quoad proprietatem. Ita probat text. in *leg. Lucius, digest. fam. heredit. qui hoc modo debet intelligi, secundum gl. ibi, verb. partimonium, & Bal. etiam, qui dicit, quod si fuit æqualitas seruata, debet esse firma diuisio. Idem tenet Paul. de Cast. in d. *in *ubemus nulli, num. 4.* dicens, quod ita fuit determinatum, & Roder. Suar. in l. *quoniam in prioribus, in 11. limitat. ad l. Regiam in 2. dubio prin. num. 9. fol. 188. col. 2. C. de inoff. testam.***

Vltimo restat examinanda tamen nostra questio, *13 an cum iuramento pacto effici possit, ut perpetuo stetur in communione, & sic quod nunquam diuisio fiat?* In quo inuenio Alexandr. *consil. 18. incipient. vltis capituli, numer. 1. & sequen. libr. 2.* expresse tenentem, quod etiam dato quod interuenit iuramentum de non contraveniendo capitulis, quibus continetur, quod castra terræ & omnes status quorundam dominorum perpetuo ad se & hæredes suos debeant esse communia, & quod nunquam inter eos ad aliquam diuisionem dictorum bonorum communium procedi possit, &c. adhuc possit contraveniri: Primo per gloss. communiter approbatam in *cap. fin. de procurat. in 6.* quæ tenet, quod si confititio aliquem procuratorem meum, & iuro cum non renocare, potero non obstante iuramento eum reuocare & reuocatio valebit, licet sim peritius & propter id sit mihi iniungenda penitentia, de qua gl. memor sum dixisse supra cap. 1. *ad fin.* Secundo mouetur Alex. ex quadam magis communis opinione, quæ habet, quod si facio testamentum & promitto cum iuramento illud nunquam