

sunt impediri. Unde solùm de contractu celebrato ab usurario ex pecunia fenebrì, & quo alienat usuras ex antecedenti contractu acquisitus potest esse dubium: De quo certum apud omnes est, quod stando sententiæ (de qua in tractatu de mutuo, & usuris, Deo auspice, ex professo disceptatio nobis erit) propugnanti, usurarum dominium acquiri ipsâ commixtione cum pecunia aliunde habita ab usurario, ex leg. *Quoties, ff. de Solutioibus*, & aliis juribus, tunc si usurarius ex tali pecunia jam permixta contrahat, valide contrahit. Ast si usurarum dominium non sit penes ipsum, tunc quomodocumque circa illas contrahat, contrahet sanè de re aliena, eodemmodo ac fur de re furtiva, simoniacus de pretio acquisito pro re sacra, depositarius de re apud ipsum deposita, & sic de aliis: qui omnes contractus, cum sint de re aliena, utrùm valeant, an irriti sint? dicendum erit, ex his quæ Disputatione sequenti dixerimus circa contractus de re aliena.

256 Septimo: Communiter inter impeditos ad contrahendum referentur Beneficiati, & Rectores Ecclesiæ. De quibus certum est posse valide, & licite contrahere de rebus patrimonialibus, quas possunt; in quos voluerint, usus expendere. Insuper certum est, posse quoslibetq; contractus celebra-

re de parte illa proventuum Ecclesiasticorum, quæ ad congruam sui sustentationem necessaria computabitur, cum de illa (nisi Religiosus sic) pleno dominio gaudeant: unde dubium totum devolvitur ad illam proventuum partem, quæ necessaria non est ad congruam sui sustentationem. De qua communissima sententia, quam solide, ac eruditè versat Card. de Lugo, tuetur posse valide, non tamen licite contrahere. Ratio igitur pro valore talium contractuum est. 1.

Quia Beneficiatus est verus dominus talium proventuum, & aliunde est capax transferendi illorum dominium. 2. Quia nullibi invenitur irritatio horum contractuum. 3. Quia si tales contractus essent, aut ipso jure nulli, aut per Judicem irritandi, cum passim hiant, saltem aliquando aliquis Judex Ecclesiasticus illos rescinderet, quod nunquam executum experimur, aut legimus. Quod verò illicitè à Beneficiatis similes proventus in usus non pios distraherent, communis est Theologorum sententia, ad eum præcatus Card. de Lugo demonstrat, obligationem expendendi ea bona in usus pios non solùm esse de jure humano, sed etiam de Divino, & Naturali: Hoc autem ex professo disquirere, definireque utpote à nostro instituto alienam, consulto præmittimus

DIS-

DISPUTATIO V.

DE CONTRACTUUM MATERIA.

MAteria proxima contractuum, sive præcipuum objectum, circa quod versatur contrahentium consensus est translatio juris, seu domini, unde materia remota erunt res ipsæ, quæ in contractum deduci possunt, & quarum, aut dominium, aut ususfructus, aut possessionem paciscentes ipsi acquirere pertentant: igitur de aliquibus rebus sub Judice, dubioque est, an possint esse materia contractus validi: de quibus singillatim disputandum erit; ita tamen, ut ab illis, qui ferè nullam à jure difficultatem hauriunt, brevi expediamur, ut tempus, atque opera pro difficilioribus, disputationeque dignis supersit.

SECTIO I.

UTRUM RES IMPOSSIBILIS, propria, non existens, & inestimabilis possit esse materia contractus?

DICO statim primò: Res impossibilis, sive metaphysicè, sive physicè talis, nullo modo potest esse materia contractus: Res verò solùm moraliter impossibilis, ita materia contractus esse potest, ut con-

tractus teneatur vincere quantum est in se impossibilitatem moralem. Prima pars, quæ indubitata est apud omnes, probatur primò, ex Regula *Ad impossibile, de Reg. jur. in 6. Sed impossibile nemo tenetur.* Et leg. *Impossibilium, ff. de Reg. jur. Impossibilium nulla est obligatio.* Et leg. *Verum 31. ff. eod. Quod impossibile est, nec pactio, nec stipulatio potest comprehendendi.* Ex quibus sic à posteriori probatur conclusio: Quoties ex pacto nulla obligatio oritur, contractus est nullus; sed

N n 2

ex

ex pacto de re impossibili nulla oritur obligatio: ergo contractus de tali re est nullus. Probatur secundo à priori: Pactum, quod nequit esse translativum juris, nec contractus potest esse; hac enim essentia contractus est; sed pactum de re impossibili juris translativum nequit esse: ergo nec contractus. Probatur minor: circa id quod in nostra potestate neque est, neque esse potest, nec dominium, nec jus potest dari: atqui res impossibilis usque est, nec potest in nostra potestate esse: ergo, &c. Tandem probatur: vel contrahentes sciunt, animadvertuntque rem esse impossibilem, & sic nequeunt illam efficaciter velle, sed solum joculari, cum voluntas nequeat efficaciter ferri in impossibile cognitum, ut tale, vel putant esse possibilem; & tunc cum detur error in substantia, contractum prorsus reddet irritum.

2. Caterum, cum possit evenire, ut res quæ in contractam vocatur, partim sit possibilis, impossibilis partim, tunc distinctioe utendum est: Nam si contrahentes probe cognoverunt impossibilitatem unius partis; tunc contractus, quia parte respicit possibile tenet: quæ cum contrahentes cognovissent impossibilitatem illam, & tamen contraxerunt, signum est

dens est, illos voluisse se obligare, in quantum possent; & cui possent obligari circa partem possibilem, circa illam valet contractus. Alii à impossibilitatem partialem nescierunt, tunc etiam subdistinctione respondendum est: Vel etenim in totum objectum indivisibiliter, & ex æquo illorum consensus fertur, & tunc contractus est omnino nullus: argumento textus in leg. *Si duos 44. ff. de Contrahend. empt.* ubi Marcianus decidit: *Si quis duos servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante traditionem mortuus est, nec in vivo constat emptio.* Si verò voluntas contrahentium non feratur indivisibiliter in chymeram constatam ex possibili, & impossibili, tunc cum consensus habeat objectum verè possibile, quoad illam partem effectum sortietur.

3. Secunda verò pars nempè contrahentem de re impossibili moraliter, obligatum manere ad procurandam, quantum est in se, victoriam difficultatis: probatur, & simul explicatur. Qui spondet matrimonium sanguineæ in tertio, vel quarto gradu, inquit contractum moraliter impossibilem ratione circumstantiæ impedimenti sanguinitatis: atqui iste solum tenetur ad procurandam, quantum

tum est in se, dispensationem, quæ obtenta, matrimonium redditur moraliter possibile: ergo contractus de re moraliter impossibili, &c. Minor ex eo constat: quia, qui sciens impedimentum, matrimonium promissit, obligatur ad ponendum medium necessario requisitum ad finem: atqui procuratio dispensationis in tali casu est medium necessarium: ergo tenetur ad illius impetrationem.

4. Dices contra hanc conclusionem: Ubi datur duorum in idem placitum, & consensus datur contractus; sed dum utraque contrahentium voluntas convenit in objectum impossibile, datur duorum in idem placitum, & consensus: ergo, & contractus. Secundo: Conditiones impossibiles contractum non annullant, ut fere communis Interpretum sententia ad *cap. finale de Condit. appofit.* ergo impossibilitas contractui non obest. Respondeo ad primum distinguendo majorem: Ubi datur consensus, & placitum efficax, & rationale datur contractus, concedo: consensus inefficax, & qui potius est velocitas; & nullo modo translativus juris, nego: & mutatis terminis distincta minori, nego consequentiam. Consensus circa impossibile, nec potest esse rationalis, nec efficax, nec ju-

ris translativus, qualis debet esse ad constituendum contractum. Ad secundum, de quo postea dum de contractu conditionalis sit dissertatio, respondeo, quod objectum possibile subiectum contractui subconditione impossibili, constatur ex possibili, & impossibili, valetque quoad primum, non verò quoad secundum: quia præsumit jus, contrahentes non velle serio, & efficaciter conditionem impossibilem. Dices secundo contra secundam partem de objecto moraliter impossibili matrimonium B. Virginis fuit circa rem moraliter impossibilem; nam cum emisisset votum castitatis, traditio corporis erat moraliter impossibilis: atqui fuit verum, validumque matrimonium, ut latè propugnativus tractatu de B. Virgine: quin ne cogitaverit quidem B. Virgo de dispensatione: ergo contractus de re moraliter impossibili statim valet. Respondeo, ex hiis que inibi latè, & per otium diximus, actualem corporum traditionem non esse obiectum essentielle matrimonialis contractus; sed dominium radiale, & jus quæsitum, cui ex communi consensu cedere possunt contrahentes.

5. Dico secundo: Ut res sit materia contractus debet esse aliquo modo existens, nempè

saltem in spe; unde res que nec exiit, nec speratur existere, nequit esse materia contractus. Ita communiter Juridice illustrantque Anton. Gomez tom. 2. *Variar. cap. 2. num. 7. & tom. 1. cap. 12. num. 24.* Ceballos *Commun. contra comun. quest. 536.* Carleval de *Judicis, tom. 2. disput. 8. sect. 5. num. 55.* Gutier. de *Gabellis, quest. 8. numer. 10.* noiter Molina tom. 2. de *Justit. disput. 340. num. 11.* & plures apud ipsos. Probatum conclusio: Fructus nondum collecti, sed pendentes, partus ancillarum, & pecunia nondum existunt in rerum natura: sed tamen, quia speratur prudenter, excitaros esse, possunt in contractum deduci, ex leg. *Nec emptio 8. in principio, ff. de Contrahend. emptio;* ubi Pomponius: *Et tamen fructus, & partus futuri recte censentur,* ex leg. *Si in emptione 34. ff. eodem: Quamvis dixerimus, futurus res emi possi, idemque ex aliis iuribus constat: ergo, &c.*

6 Secundo constat: Quia res, que non est actu, sed speratur esse, potest donari, leg. *Spens. Cod. de Donat.* insuper potest per stipulationem, & per quocumque aliam contractum alienari, leg. *Inter stipulantes, §. Saram. vers. Pro quo, ff. de Verbor. obligat. leg. Interdum,*

ff. eod. tit. præterea potest pignori subijci, leg. *Que nondum, ff. de Dign. item potest legari, leg. Quod in rerum, ff. de Legat. 1. leg. 1. ff. de Condit. & demonstrat. §. Quoque, Instit. de Legat. Uterius, potest institui hæres, ut posthumus, leg. 1. ff. de Hæred. instit. & concordantibus: deinde potest substitui, leg. *Substitui libertum, ff. de Vulg. & pupilli, §. Non solum, vers. fin. Instit. de Pupill. substit.* ergo res, que speratur excitaro, potest esse materia conjunctis contractus, & ultimæ voluntatis.*

7 Quod adeo verum est, ut non solum possit in commercium, conventionemque deduci res, que speratur, excitura, sed etiam ipsa spes rei unde potest quis pacisci, & vendere aleam, & spem captus piscium, avium, vel similitium, ut decidit Pomponius in præallegata leg. *Nec emptio 8. §. 1. ff. de Contrahend. emptio;* ibi: *Et tamen aliquando sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur, quod sit, cum captus piscium, vel avium, vel similitium emitur.*

8 Cæterum notandum diligenter est, diversum profecto esse contractum, diversosque effectus parere, dum res in spe emitur, v. g. foetus pecorum, ac dum emitur spes rei, v. g. alea, vel

vel captura piscium: nam dum res in spe emitur, contractus est tacite conditionatus, habet etenim conditionem hanc imbitam: *Si factus, aut fructus nascatur:* subindeque, si non nascantur, nulla est venditio, ut habetur in principio dictæ legis *Nec emptio:* alii dum ipsa spes rei emitur, etiam si nihil captum fuerit, aut nullus fructus collectus, aut natus fuerit, tunc venditio tenet: quia absolute, & sine ulla conditione à principio incitus fuit contractus: quod innuit præcitatus Jure-Consultus Pomponius in dicto §. 1. leg. *Nec emptio,* sequitur enim: *Emptio enim contrahitur, etiam si nihil incidit, quia spes emptio est.*

9 Nec doctrinæ hucusque jactæ obest decisio leg. 17. tit. 1. lib. 5. *Novæ Collect. in qua videtur, prohiberi tantquam illicitam emptionem fructuum antequam colligantur:* Nam, ut optime notat Ayllon in *Addit. ad Gomez ad cap. 20. de Emption. & vendit.* textus ille intelligi debet quando fructus pendentes, & in spe vilioris pretio emuntur, quam solent æstimari tempore, quo jam maturefcent, & ita etiam tradidit Gutierrez ubi *suprà de Gabellis, quest. 8. num. 1.*

10 Dico tertio: Res propria, eâ ratione qua est pro-

pria, nequit esse materia contractus: ita communiter quibus allegatis adhaerent PP. Gibalinus 4. de *Negotiatione, capit. 4. artic. 4.* & Oriate *hic disput. 5. sect. 5.* Probatum primò, ex notissima regula, *quod meum de Reg. juris: Quod meum est, amplius meum esse non potest, & ex §. Item nemo rem suam, Instit. de Inutil. stipulat. ibi: Item rem suam futuram in eum casum quo sua sit, utiliter stipulatur, & ex leg. *Sua rei 16. ff. de Contrahenda empt.* ubi Pomponius: *Sua rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi, sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero; quia nulla obligatio fuit, idem habetur leg. Scire debemus, §. 1. & leg. Nemo rem tuam 82. ff. de Verb. obligat. & leg. Si in emptione §. Rei sue, ff. de Contrahend. empt. & pluribus aliis.* Ratione constat conclusio: Quia per contractum acquiritur, aut dominium, aut aliud jus in rem, quæ contractui subditur: atqui quod habetur, acquiri denuò non potest, eâ ratione qua jam habetur: ergo nequit esse validus contractus rei propriæ eâ ratione, qua propria est.*

11 Dixi: *Ea ratione qua propria est,* quia res, que propria est quoad dominium directum, v. g. & non quoad utile, & usufructum; bene potest esse

eſſe materia contractus, in quo de uſufructu agatur, ut dicitur leg. *Uam qui* 56. §. *Qui proprietatem, ff. de Verb. obligat.* ibi: *Qui proprietatem ſine uſufructu habet, rectè uſufructum ſibi dari ſtipulatur, id enim in obligationem dedit, quod non habet, ſed habere poteſt.* Inſuper ex aduerſo, qui uſufructum habet, & non dominium, rectè ſtipulabitur de dominio: ut dicitur leg. jam citata *Sua rei* 16. ff. de *Contrab. empt.* ubi addit Pomponius: *Nec tamen emptioni obſtat, ſi in ea re uſufructus donatac ementis ſit:* ſimiliter, qui ſuz rei poſſeſſionem non habet, poteſt de poſſeſſione validè conuenire, leg. dicta *Si in emptione* 34. ff. de *Contrabend. empt.* ibi: *Rei ſue emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut poſſeſſionem emat, quam forte venditor habuit.* Ulteriùs, poteſt quis rectè ſtipulari, quod res ſua ſibi reſtituatur, aut pretium rei ſuz: ut acutè notat Ulpianus leg. allegata *Nemo rem ſuam* 82. ff. de *Verb. obligat.* ubi ait: *Nemo rem ſuam uſuliter ſtipulatur, ſed pretium rei ſue non inutiliter; ſanè rem meam mihi reſtitui, rectè ſtipulari videtur.* Et ratio pro omnibus hiſ, & aliis paribus, eſt, quia tunc quis dedit in ſtipulationem, id, quod ſuum non eſt, ea ratione, aut titulo, quo non aſſivum.

12 Dico quartò: Res inæſtimabilis non poteſt eſſe materia contractus: ita DD. omnes, cujus ratio in promptu eſt: nam ea, quæ in contractum deduci poſſunt, debent eſſe materia juſtitiz commutativæ, in qua ſervatur æqualitas inter acceptum, & datum, vel debet eſſe res, in qua dominium habeat, ipſe qui vel promittit, vel donat rem: cum ergo reſpectu rei inæſtimabilis, nihil poſſit inveniri, quod ejus æſtimationem æquet, & cum qua æqualitas ſervari poſſit, & aliundè dominium rei inæſtimabilis, & ſuperioris ordinis apud mortalem nullum ſit, idèd rei inæſtimabilis nullus celebrari contractus poteſt. Atque hinc eſt, quod contractus omnibus ſymoniacus eſt attentatus, & omni jure nullus, quia res ſpiritualis ſupernaturalis nullo pretio æſtimari valet: nec de illa poteſt homo dominium habere. Alſi ſi res aliquæ ſpirituales ordinem ſupernaturalem non attingant, poſſunt pretio æſtimari, & eſſe materia contractus validi, talis eſt injuriarum reſiſio, anxietas, & aſſiſtio animæ: imò de aliquibus actionibus animæ validè poteſt contrahi, nimirum, in abdicatione alicujus actione, ad quam habet jus, ut venit in Profeſſione Religioſa, quæ do-

donationem abſolutam ſui ipſius continet, in votis, & ſic de aliis, cæterum qualiter iſti ſint veri contractus, atque etiam pactum Chriſti Domini cum Patre de animarum redemptione, non hujus loci, ſed ad tractatum de Religione, & Incarnatione ſpectat.

SECTIO II.

QUALITER RES INCERTA
poſſit eſſe materia contractus?

13 **Q**UESTIO hæc, etſi opinionum varietatem in illius enodatione inter juris Interpretes non patitur, nec illam implexam reddant diſidentes inter ſe juris ſanctiones, quod aliis evenire ſolet, diſficilem tamen, ſubſecuramque illam efficit multiplex modus, quo poteſt incertitudo in contractum incidere: atque etiam in ultimis voluntatibus; & quoniam eadem ſerè diſſicultas eſt, circa contractus inter vivos, ac circa decendentium ultimas diſpoſitiones, idemque pæne in utriſque ſtatutum ſit à jure, idèd in præſenti, de incertitudine, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus nobis diſſertatio erit, de qua abundè, ac ſolidè

pertractant Anton. Gomez tom. 1. *Variar. cap. 12. num. 45. & coſpiouſus tom. 2. cap. 11. à num. 7. & Hypopolitus de Marſilis in Rubric. Cod. de Probat. à num. 373.* ego verò, ut claritate, & diſtinctione procedamus.

14 Præmitto primò, quadrupliciter poſſe reperiri incertitudinem in humanis diſpoſitionibus. Primò ex verbis, ſeu forma diſpoſitionis, ita ut contrahens, aut teſtator non exprimat, quid faciendum ſit. Secundò ex parte illius, qui executus eſt rem: ſivè in verbo *executivo*, ut loquantur Juſtiſ; ut ſi contrahens hinc: *Promitto, quod dabuntur decem.* Tertio, ex parte perſonæ cui res danda, aut ſolvenda ſit; ut ſiquis dicat: *Promitto dare decem*, quin exprimat, cui daturus eſt. Quarto, ex parte rei promiſſæ; ut ſi dicat: *Promitto dare: lego ſervum, aut fundum*, quin exprimat ullam determinatam. Quintò, ex parte futuri eventus, ut *Promitto, aut lego decem Titio, ſi duxerit conſobrinam meam.*

15 Præmitto ſecundò incipiendo ab hoc ultimo: Quòd incertitudo, quæ venit certiſſimè ex aliquo futuro eventu, aut vicia, aut contractum, aut ultimam diſpoſitionem: ita Doctores omnes, dediticque apertè Juriconſultus Marcellus in

leg. Uter ex fratribus 23. ff. de Condit. Instit. Constat *isidem*, ex §. Incertis, Instit. de legat. leg. 2. §. Siquis ita, ff. de Honor. poss. l. secunda. Tab. leg. Siquis ita scripserit, ff. de Reb. dub. & plurimis aliis concordantibus. Unde siquis ita, aut promittat, aut instituat: Promitto decem, aut instituo te heredem, si ducas filiam, aut si Navis ad Portum appulerit, expectandus est eventus, ut valeat, aut corruat dispositio.

16 Præmitto tertio: Quòd incertitudo circa personam, quæ solutura est, seu quod idem est, incertitudo in verbo *executivo tantum*, dummodo cætera certa sint, non vitiat obligationem, ut siquis dicat: Promitto tibi, quòd dabuntur centum, quin exprimat, quis daturus sit: colligitur ex leg. fin. §. fin. ff. de Rebus dubiis, & si certum, &c. cujus ratio est, quia ex circumstantiis evidenter colligitur, quòd vel ipse promissor solvet, vel subrogabit alium idoneum, qui nomine ipsius solvat: Neque obstat, quod in simili promissione videatur stipulari factum alienum, quæ stipulatio non valet, ut certum est: non inquam obstat, quia ut optimè notat Gomez ubi supra num. 7. *conclusionione* 3. illud intelligitur, quando promissio circa factum

alienum fit, nominando, & exprimitendo personam determinatam; non autem quando indiscriminatum fit promissio: quia tunc censetur nominatus, vel ipse promissor, vel alius, qui sit iuridice eadem persona cum promittente, ut servus, filius, aut hæres.

17 Præmitto quarto: Quòd incertitudo circa personam, in cujus favorem fit dispositio, aut contractus, non vitiat illum, dummodo promissio fiat per stipulationem, & in præsentia stipulantis, ut, siquis coram stipulante dicat: Promitto dare, aut legare decem: ita tenent Interpretes in Authent. Si quando, Cod. de Constituta pecun. constatque tum ex leg. Stipulatio ista habere licere 38. §. Sicut, ff. de Verbor. obligat. ubi Ulpianus ait: Et nihil intererit, utrum ita stipuler, habere licere, an mihi habere licere, tum ex §. Sive autem, Instit. de Stipulat. serv. & aliis. Constat præterea à ratione: Quia quicumque stipulatur, videtur velle sibi acquirere, ut experientia commostrar, habeturque leg. Si pactam, ff. de Probat.

18 His præmissis, dico primo: Quoties forma dispositionis incerta, & dubia est, eo quòd dispositionem non exprimat, vitiat contractus, & ul-

ti-

tima dispositio: est communis, habeturque in Authent. Si quando, vel. Sin autem, Cod. de Constit. pecun. ibi: Sin autem dixerit, satis fiet, & verbo impersonaliter prolata; non tenetur. Ratione etiam constat: Quia cum obligatio ortum trahat ex arbitrio, & voluntate disponentis, non est præsumendum, velle se obligare, nisi id aperte, satisque demonstrat. Unde in leg. Regia 3. Ordin. tit. 8. lib. 3. injungitur, quòd censeri debet obligatus, dummodo quacumque viâ constet, illum velle se obligare: ex quo à contractu inferitur: Quòd si non constet, ut in casu nostræ conclusionis non constat, velle se obligare, nequiquam obligatus manebit.

19 Dico secundo: Incertitudo dispositionis ex parte illius, qui adimplere debeat talem dispositionem, si fiat per viam ultimæ voluntatis, non illam vitiat: bene verò si fiat per contractum inter vivos: unde siquis ita in suo testamento dicat: Soloantur Titio centum, manumittatur servus, &c. tenet talis dispositio: secus est in contractibus, in quibus impersonalitas, & incertitudo in verbo dispositivo ex parte creditoris obligationem vitiat: ita Bald. in dict. Authent. Si quando, col. 2. Alexand. in leg. fin.

§. fin. ff. Si certum petat. Decius, Jason, Gomez, Gutierrez, de Jurament. confirmat. 1. part. cap. 64. & communiter. Probatur prima pars de ultimis voluntatibus, ex leg. Si servus legatus 108. §. Nam cum in testamento ita scribitur 14. ff. de legat. 1. ubi Africanus: Cum in testamento ita scribitur, rogo te Titi, ut acceptis centum, illum servum manumittas, vel Sempronio quid præstes, parum aperte scribit, verum aquè intelligendum est, hæredis fidei commissum, ut pecuniam Titius præstet; consonat etiam lex Titius hæres, ff. de legat. 3. & lex fin. Cod. ad Trebel. Et ratio est, quia prædenter judicator, testatorem gravare heredem, ut rem promissam solvat, Secunda pars de contractibus constat ex dictis prima conclusionè, & Authent. Ut cum de appellat. cognosce. §. Ad hoc, col. 3. & dict. Authent. Si quando.

20 Dico tertio: Incertitudo ex parte illius, in cujus favorem dispositio fit, dispositionem vitiat; ut si promittas, vel leges, quin exprimas personam, vel si nomines Titium, v. g. cum dentur plures eo nomine insigniti, nec aliunde constet, cui ex Titius leges, aut promittas, tum promissio, & legatum evanescent. Est etiam communis, habeturque leg. Quo-

O 0 2 titis,

ties, §. Siquis nomen, ff. de Hæred. instit. leg. Paulus, leg. Si fuerit, leg. Siquis de pluri- bus, ff. de Reb. dubiis, leg. Hæres palam, ff. de Testament. & pluribus aliis. Ratio autem est: quia cum non constet, cui solvenda sit res in promissione, aut in legatum deducta, necesse est, quod contra dispositio.

21 Dices: Dum certo constat, rem aliquam esse alienam, dubium tamen est, cujus sit ex duobus, aut tribus creditoribus, debet dividi inter illos, quia quilibet habet jus saltem dubium ad illam, & sic dividenda res est pro rata dubii, ut fert communis sententia: ergo similiter dum res, aut promissa, aut legata est alicui ex illis, qui Titius appellatur, inter eos dividenda est res promissa, aut legata, nego consequentiam: dispar ratio fiat in eo, quod res, aut legatum, aut hæreditas nulli omnino debetur, nam debitum contrahendum erat ex dispositione testatoris; ex illa autem nullum debitum confurgit: quia illius animus constat, fuisse, ut uni solum res deferretur, & cum hoc exequi non possit, nullum omnino debitum datur. At in casu paritatis certum est rem deberi, & dubium solum cui debeatur, idè debet pro rata dubii partiri.

22 Conclusio hæc limitanda est, in casu, quo testator gravet legatarium, aut fiduciarium, ut aliquid det, quin exprimat cui debeat dare; tunc etenim non corrumpit dispositio, nam res debet dari hæredi ipsius testatoris gravantis, ut habetur leg. Qui pecuniam, ff. de Statu liber. ubi dicitur: *Qui pecuniam dare jussus est, nisi adjectum sit, cui det, debet hæredibus dare pro partibus hæreditatis*, atque etiam leg. Labeo, vers. Veluti, & leg. Ita liber, ff. eod. tit.

23 Ulterius limitanda est conclusio cum communi apud Mostazo de Causis piii, ut non procedat, dum dispositio est incerta in favorem pauperum; ut expresse habetur leg. Id quod pauperibus, Cod. de Episcop. & Cler. ibi: *Id quod pauperibus testamento, vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum, evanescat, sed omnibus modis ratum, firmumque consistat*. Quod si testator non expresse, qualiter facienda sit distributio, fieri debet inter pauperes illius loci ubi mortuus est: ut deciditur in Authent. de Ecclesiast. §. Siquis autem, collat. 9. & leg. Regia 20. tit. 3. part. 6. circa quod consulendus est pro praxi præcitat. Mostazo.

24 Dico quartò, circa in-

cer-

certitudinem rei: Incertitudo rei, quæ numero, pondere, & mensurâ consistit, viciat dispositionem in contractibus, & ultimis voluntatibus, nisi ita fiat dispositio, ut aliunde constet in qua quantitate fiat dispositio. Conclusio est expressa pluribus legibus. Primò in leg. Ita stipulatus 115. ff. de Verb. oblig. in princip. ubi Papinianus inquit: *Ita stipulatus sum, fecisti in certo loco, si non steteris, quinquaginta aureos dare spondes: Si dies in stipulatione per errorem omis- sui fuerit, cum id ageretur, ut certo die steteret, imperfecta erit stipulatio, nec secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensura, stipulatus essem*. Secundò constat ex leg. Ubi autem non apparet 75. ff. eod. tit. ubi Ulpianus ait: *Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est*. Tertio ex leg. Triticum dare oportet 49. ff. eod. tit. ubi Marcellus decidit: *Triticum dare oportet, stipulatus est aliquis, facti questio est, non juris, igitur si de aliquo tritico cogitaverit certi generis, certa quantitatis, id habebitur pro expresso, alioqui, si cum destinare genus, & modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium*. Qua lege probata etiam manet

secunda pars nostræ conclusio- nis, nempe, nisi aliud ex circumstantiis constiterit. Quod habetur leg. 3. ff. de Tritico, vino, & oleo legato. Hoc ipsum probatur ex leg. Si sit legatum, §. 1. ff. de Legatis 1. & aliis pluri- bus.

25 Sed oppones contra hanc conclusionem, leg. Quidam hæredem 7. ff. de Tritico, vino, & oleo legato, ubi Sabolenus ait: *Quidam hæredem damnaverat, dari uxori sue vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, balsamenta*. Trebatius agebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum hæres mulieri dari voluisset; quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur; Offilius, Castellius, Tubero omne quantum paterfamilias reliquisset legatum putant. Labeo id probat: idque eorum est. Ex qua sic arguitur: In specie hujus legis legatæ fuerant res, quæ numero, pondere, & mensurâ continetur, quin certa esset quantitas, pondus, aut mensura, sed tamen valet legatum: ergo incertitudo rei, quæ numero, pondere, & mensurâ consistit, legatum non viciat.

26 Variè à Doctoribus difficillimo huic textui occurrunt, ceterùm relicti plurimorum solutionibus, respondeo cum Anton. Gomez ubi supra cap. 11. num. 11. & Gregor.

Lo-

Lopez in leg. 23. tit. 9. part. 6. glossa 2. idem à Saboleno decidit legatum illud non evanescere, sed deberi omne, quod inventum fuerit in patrimonio patrisfamilias ex generibus illis: quia ex amore mariti in uxorem, & ex circumstantiis aperte colligebatur, eum voluisse, ut uxor lucraretur totum, quod in suis bonis habebat. Quod roboratur ex eo, quòd in dispositione usus fuerit verbo incircumscripito, & indefinito, quod in phrasi juris universalis æquipollet, ex cap. Solita de major. & obedient. cap. Quia circa de privileg. cap. Et circa de elect. in 6. leg. Si servitus 22. ff. de Servit. urban. pradior.

27 Dico quintò: Dispositio de re, universaliter sumpta, si ad determinatum genus non descendit, est nulla: ut si promittas, aut leges, aliquam rem, aliquod animal, &c. Probatur ex leg. Ubi non apparet 75. ff. de Verb. obligat. in qua post verba in prima probatione præcedentis conclusionis apposita, ait Iurisconsultus: Ergo si qui fundum, sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum, frumentumve sine qualitate, danti sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. Ansuper de leg. Cum post divortium, §. Gener. ff. de Jure dot. & leg. Le-

gato generaliter, ff. de Legat. 1. & §. Generaliter, Instit. de Legat. tenentque omnes Interpretes in dictam leg. Legato.

28 Dico sexto: Promissio, aut testamentaria dispositio ad causas profanas de re, indeterminatè sumptà, quæ necquæ à naturâ, neque ex hominum factò habet terminos fixos, nulla est, imò et si terminos ex hominum factò habeat, si tamen fixi non sunt, & stabiles, sed varietatem recipiunt, talis dispositio nulla est. Ita ferè omnes Juristæ, quos allegatos sequuntur Gomez ubi supra conclus. 12. & 13. Gregor. Lopez leg. 28. tit. 9. part. 6. gloss. 11. & 13. Probatur ex præallegatis iuris in leg. Ita stipulatus, verfi. Dari non adjectò nomine, leg. Ubi autem non apparet, ff. de Verb. obligat. leg. Cum post. §. Gener. ff. de Jure dot. Unde qui promitteret fundum rusticum, nullà aliâ demonstratione factâ, nullà esset promissio, cum factis fieri posset promissioni unico palmo terræ, ut ait leg. Ita stipulatus. Nisi fortè in tuis bonis haberes fundos suis signis, & confinibus separatos, quia tunc prudenter conjectandum esset, te velle aliquem ex illis donare: ut colligitur ex leg. Si domus, ff. de Legat. 1. & ibi notant Doctores.

29 Similiter, si promittas, aut

aut leges Navim, Domum, aut aliud ædificium, quin exprimas modum, locum, & alia ubi, & qualiter confici debeant, dispositio est irrita, ut habetur leg. Qui insulam 95. ff. de Verb. obligat. ubi Marcellus: Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si & ibi insulam fieri interest ejus: idem habetur leg. Ita stipulatus, leg. Qui in solidum, ff. eod. leg. 2. §. 5. & leg. 106. ff. de eo quod certo loco, &c. & aliis pluribus. Quod intelligendum est, de promissione, vel legato, quo promissor, aut testator juberet, rem faciendam, aut ædificandam, de hoc enim prædicta jura loquuntur. Non verò dum quis leget, aut promittat domum, aut navem indeterminatè, dummodo habeat in suo patrimonio domos, aut naves; tunc liquidum valet, & exequi debet promissio, aut legatum; si verò nullam domum haberet, aut navem, dispositio evanesceret, ut bene Gomez ubi supra conclus. 14. habeturque leg. Si domus, ff. de Legat. 1. & leg. 23. tit. 9. part. 6.

30 Dixi in conclusione ad causas profanas: quia si dispositio, aut inter vivos, aut causâ mortis esset ad causas pias, quæcumque illæ fuerint, tenet

dispositio; unde qui in favorcm causæ piæ domum ædificare juberet, licet locum, aut formam non expresserit, Judicis tamen arbitrio ædificium confutendum erit, inspectis facultate, & qualitate defuncti, & Ecclesiæ, aut causæ piæ commodo, & constat ex leg. Qui dam in testamento, ff. de Legat. 2. leg. Cum post. ff. de Jurdot. leg. Si cui, ff. de Annui. legat. leg. penult. ff. de Alimentis & cibariis. legat. tenentque Gomez ubi supra conclus. 15. Gregor. Lopez gloss. 6. ex multis comprobatur Guicci. 1. part. de Jurament. cap. 64. à num. 7.

31 Dico septimò: Si res promissa, aut legata certa est in genere, licet sit incerta in specie, vel, ut dialectici loquuntur, in individuo, dispositio circa illam non vitatur: Ita prælaudati Doctores, unde qui promittit, aut legat, servum, bovem, equum, aut quid simile, manet obligatus. Constatque expressè ex leg. Legato generaliter, leg. Si servus legatus, §. Cum homo, ff. de Legat. 1. leg. Hæredes ejus, §. In certo nomine, ff. Familia heresunde, §. Generaliter, Instit. de Legat. leg. Regia 23. tit. 9. part. 6. cujus ratio est: quia tunc res non est omninò dubia, cum res ejusdem generis una censerî possit, moraliter alia. Ubi no-

notandum est primò: Quod si testator servum leger, & unicum habeat, tunc hæres faciet satis voluntati defuncti, si, vel illum legatario, vel alium similem dederit, & ita expresse decidit citata lex Regia, & merito sane, quia posset evenire, ut alienatio servi illius in grave præjudicium hæredis cederet; ut bene Gregor. Lopez ibi.

32 Notandum est secundò: Quod si promissor, aut testator plures servos habeat, tunc si indeterminatè de servo fuit dispositio, electio alicujus determinatè est penes promissarium, aut legatarium: Quia nimirum in rebus animatis, ut plurimum electio est apud legatarium, ne legatum, aut novissimum, aut inutile ipsi fiat. Ex adverso autem evenit in rebus inanimatis, quæ nullum nomenclum possunt legatario asserere, quod sit hæc res præ alia omnino simili, & æquali: in hoc autem casu, quando electio est penes heredem, non tenetur dare rem optimam, nec integram est illi dare infimam, sed mediocrem, ex leg. *Qui lancem*, ff. de Aur. & argent. legato.

33 Notandum est tertio cum Gregor. Lopez gloss. 3. in dist. leg. 23. Regni, contra Anton. Gomez ubi supra num. 50.

Quod si pereunt omnes res illius generis, de quibus indeterminatè disposuit testator, aut promissor in favorem alicujus, tunc perit obligatio. Ratio est, quia dum res in genere promittitur, vel legatur, merito iudicatur promissam esse rem, quæ in bonis promittentis, aut legantis est: eodem modo, ac si specificè fuisset demonstrata, ex leg. 1. ff. de Liber. & posthum. leg. *Eundem qui legatus*, ff. de Eundo instruct. & aliis.

34 Dico octavo: Si pater, vel mater in testamento, vel contractu inter vivos melioraret aliquem ex filiis, quin eximat in qua quantitate, an in tertio, an in quinto, an in utroque simul: tunc ista melioratio tenet in tertio, & quinto: ita Anton. Gomez ubi supra numer. 11. cui suffragatur P. Palao disput. 1. de Jusit. commutat. punct. 12. num. 9. Probatur conclusio primò, ex leg. 3. & leg. fin. ff. de Penus legat. Ubi dicitur: Quod si testator legavit alicui simpliciter, & genericè penum, censeretur debet, quod legavit omnia illa, quæ comprehendendi possunt sub illo verbo: ergo multo magis dum parens meliorat filium, cujus prædilectionem evidentissimè demonstrat in tali melioratione, censendum est, voluisse illum meliorare in omni illo, quod

nōmine inclinationis potest intelligi: atqui nomine meliorationis intelligi potest melioratio in tertio, & quinto. dum hæc fit inter liberos inspecto jure nostro Regio: ergo hæc intelligenda venit.

35 Probatur secundò leg. *Si ita quis testamento* 51. ff. de Legat. 2. ubi Ulpianus, ex Juliani, & Papiniani sententia ait: *Siquis ita testamento suo cavisset, illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo, utique tunc, cum quantum capere potuerit, videtur ei relictum*: ergo cum filius meliorari possit per legem nostram municipalem in tertio, & quinto, dum simpliciter melioratur, melioratus debet, utique censeretur in tertio, & quinto. Probatur tertio: Quia verbum absolutè, & indefinite prolatam universali æquivalere, in phrasi juris, comprehenditque omne illud, quod sub illo genere continetur, ut ex jure probavimus, hæc eadem quest. conclusio 4. §. Variè à Doctoribus. Atqui verbum hoc *Meliorè* sub se continet respectu filiorum meliorationem in tertio, & quinto: ergo de hac intelligi debet absolutè prolata. Tandem, quia ut ritum est in tractatu de testamentis, constatque ex multis legibus: quoties dubium rationale est de valore ultimæ dispositionis, & cujusvis

alterius actus, etiam inter vivos, decidendum est pro valore actus, ut constat ex leg. *Quoties*, ff. de Rebus dubiis, & plurimis aliis, à nobis alibi datis: ergo cum in casu præfenti non sit certum, inutile esse illam meliorationem, sed valde dubium, ut evidens est, tum propter rationes, & textus nuper allegatos, tum propter auctoritatem Doctorum, qui illam propugnant, tenendum est, talem meliorationem valere, & quidem meliori modo, quo possit, nempe tam in tertio, quam in quinto.

36 Dices: Ad probandum talem meliorationem ad summum valere in solo quinto, leg. *Idem Julianus*, §. *Sejo*, ff. de Segat. 1. in qua continetur: quod si testator legat fundum Cornelianum, cum plures haberet ejusdem nominis, minimus videtur legatus. Ex quo deducitur, quòd semper tenendum est, testatorem semper velle gravare heredem minus, quam possit: quod etiam colligitur ex leg. *Nominis*, & leg. *Concubinam*, §. 1. ff. de Legat. 3. & ex aliis: quod etiam ad contractus trahi debet, ex leg. *Qui pluribus*, ff. de Verb. obligat. ergo filius simpliciter melioratus solum lucrari debet quintum bonorum, Respondeo negando consequentiam. Discrimen est: Quia in-

objectis legibus agitur de dispositione testatoris certa respectu rei, & quantitate, & solum incerta respectu qualitatibus, & respectu personarum extranearum, & in re de qua per leges non constat ad quos terminos extendi potest, quae omnia cessant in dispositione meliorationis filiorum.

37 Dices: Ad probandum talem meliorationem solum valere in tertio. Dispositio debet commensurari secundum qualitatem personae in cuius favorem fit, ex leg. *Plenum*, §. *Equitis*, ff. de *Usu*, & *habitatio*. leg. *Penult.* ff. de *Aliment.* & *cib. legat.* leg. *Stichus*, ff. de *Legat.* 3. leg. *Cum plures*, §. *fin.* ff. de *Administrat.* & *peric. tutor.* leg. *Stipulatio ista habere licere supra data*, ff. de *Verb. obligat.* & plurimis aliis: atqui melioratio in tertio bonorum propria est filiorum; cum juxta leges Regni solis filius competat: ergo dum indefinitè sit, de melioratione in tertio debet intelligi. Respondeo in praedictis legibus cum nullibi constet ex jure, quid potissimum intelligatur nomine rerum, de quibus erat dispositio, idèd injungitur in illos attendendam esse qualitatem personae. At melioratio in tertio, & quinto frequentior, & potissima est inter filios, & sic de illa debet intelli-

gi, quidquid generaliter dispositum fuerit de melioratione.

38 Ex hucusque dictis deducitur primò: Quod promissio salarii facta alicui absolute, non determinatà quantitate, tenet, tanquæ salarium determinandum est arbitrio Judicis, ut bonè tradit *Gutierrez. ubi supra cap. 64. num. 3.* colligiturque ex leg. 1. §. *In honorariis*, ff. de *Variis*, & *extraord. cognit.* & ex leg. *Regia 10. 11. 12. 20. tit. 16. lib. 5. Novae Collect.* Deducitur secundò: Quod dum alicui legantur alimenta, nec determinatè exprimitur quantitas pro annuis alimentis solvenda, tenet legatum, designandaque sunt alimenta per pensis qualitatibus Regionis, personae dantis, accipientis, & amoris legantis ad legatarium, ut tenent communiter Doctores, & colligitur ex variis juribus praefectim ex leg. *Cum alimenta*, ff. de *Aliment.* & *cib. legat.* leg. *Cum unus*, §. *fin.* ff. eod. tit. leg. *Jus alimentorum*, ff. *Ubi pupillus educari*, & c. & leg. *Regia 24. tit. 9. partit. 6.*



SECTIO III.

UTRUM RES ACTU

aliena possit esse materia contractus?

39 RES dupliciter potest esse aliena, vel *actu*, vel *in potentia*: res actu aliena illa est, circa quam nullum dominium, aut jus habet, qui illam possidet. Res aliena in potentia illa est; circa quam possidens, licet habeat verum dominium, tamen ad strictam illam habet uti alteri debitam, teneturque illam creditori reddere: in hac ergo Sectione solum de re actu aliena agemus: in sequenti verò de re alteri debita.

40 Instat per res actu aliena bifariam potest esse aliena, vel quia possidens eam furto subripuit, & tunc dicitur *furtiva*, de qua modo questio non exagitur; vel quia illam apud se habet deposito commodato, vel alio titulo; & de re in hoc sensu aliena, & quae absolute dicitur aliena, instituitur hii disertatio. Atque ita instituitur, ut non vertatur in dubium validitas contractus de re, quae aliquo modo est propria contrahentis, dum contrahitur de re sub ea ratione, sub qua est propria contrahentis; certum

enim est, posse functionarium, v. g. pacisci de usufructu; tunc siquidem cum non contrahat de dominio directo, sed de utili, quòd alienum non est, nullo modo de re aliena contrahit; unde questio est de re aliena, eà ratione qua aliena est.

41 Similiter non ambigitur, de re illa, quae licet actu non sit contrahentis, futura tamen certo illius erit, eo tempore ad quod refertur contractus, nam talem contractura validum esse decidit Ulpianus leg. *Stipulatio ista 38. §. Siquis*, ff. de *Verb. obligat.* ibi: *Et magis est, ut aliena promitti possit, quae res ita effectum habeat, si propria esse promissoris ceperit.*

42 Res igitur actu aliena, vel potest esse usu consumptibilis, vel ex illis quae usu non consumuntur: Res usu consumptibiles sunt pecunia, triticum, vinum, oleum, & similia; quae à Juristis cum Jureconsulto Paulo dicuntur: *Suscipere functionem in genere suo*, id est, habere promiscuum usum ad solutionem, & compensationem, eo quod eadem in genere. Solvi possint, propter aequalitatem, quam inter se habent: ut decidit praerogatus Paulus leg. 2. §. *Mutui*, ff. *Si certum petatur*: Res usu non consumptibiles, quales sunt praedia, mancipia