

ab arbitrio juris, à quo potest appellari, ut dixi *infra*, lib. 3. cap. de arbitris, & ab altero iudice à quo appellari potest.

124 Pro complemento autem hujus quaestione, & materia illud ei annexum non omitam, quod etsi à sententia alimentorum non licet appellari, tamen si simul eorum praestandum fiat condemnatio, & eorundem taxatio, tamen respectu taxationis quantitatis alimentorum tantum, si nimis taxatur, habet locum appellatio, ut notat Speculator in tit. de app. §. in quibus, vers. 8. Avend. in dicto litera G, verbo, gobierno, vers. quinto procedit d. reg. fol. 389.

Unum tamen est notandum secundum istos, ut sententia super alimentis non exequitur, sed suspenditur executio, quousque super taxatione articulus terminetur in gradu appellationis, & hoc non alia quam hac ratione, quia cum sententia non sit liquida, non potest exequi, & his quae late adduxit Covarr. l. 2. variar. res. c. 11. per totum, ac ideo necessarium est, ut ejus executio pendeat à futuro eventu, & per consequens in id tempus suspendatur.

125 Sed an isthaec Avendani doctrina vera sit, latius examinabimus *infra*, 3. p. c. 1. ante fin. à num. 50. cum seqq. ubi late iste articulus examinatur.

126 Secundò infero ex dictis regulis, conclusionibus praecipue ex secunda, ut quando in aliqua sententia, puta, privilegiata, vel confessione partis, vel instrumento gaurentigio, detur alicujus quantitatis pars liquida, & alia pars non liquida, tunc cum concurrat diversitas qualitatum prohibitiva, & permissiva appellationis circa, diversa, & separata, exequatur liquidum; non autem illiquidum, secundum formam, & tenorem d. regulae secundae supra à nobis traditae, ita voluit Socin. consl. 2. 4. col. 1. 1. vers. & primo, vol. 1. & consl. 2. 56. col. 3. vers. aliquando, vol. 2. Escobar. de ratiociniis, c. 3. n. 7. & text. est in leg. quidam existimaverunt, de rebus creditis, & l. si certum petatur, & ideo iudex Ecclesiasticus exequendo partem liquidam tantum non obstante appellatione vim non facit.

127 Et ex nostra distinctione deduces rationem illius difficilis, & frequentis quaestione, quòd quando iudex in eadem sententia pronuntiat in executione instrumenti procedendum, pronuntiando sententiam additionis (quam nos de remate dicimus) & simul in eadem sententia declarat, non oblatre exceptiones à tertio oppositore, pro suo interesse comparante; oppositas, super quibus cognitio est in via ordinaria, juxta l. 4. 1. tit. 4. lib. 3. recop. & late Gutierrez in pract. quaestio. lib. 1. quaest. 1. 1. 4. per totam, Castellus in l. 6. 4. Tauri, gl. s. allegue, per totam, Paz in praxi, 4. p. r. tom. c. 4. n. 7. Parlador. lib. 1. rerum quotid. cap. fin. 5. p. §. 10. n. 2. 2. quo ca-

128 su dividuntur qualitates, nam tertius potest appellare à dicta sententia, licet non possit debitor executurus, & contra quem lata est dicta sententia, de remate: ita eruditè tenet Castell. ubi proximè, versiculo si tamen tertius, & versiculo sequenti, videndus omnino, & Parlado. qui eum sequitur ubi supra, c. fin. 5. p. §. 1. 5. n. 2. & 3. & ex

129 his, quae late adducit Azev. in d. l. 4. 1. & Gutierrez loco jam relato, reprobata communiter in tribunalibus omnibus doctrina Gondizalvi de Paz in praxi, d. 4. p. 1. tomo, cap. 4. n. 7. contrarium tenentis: nam cum diversitas ipsa qualitatum concurrat circa diversa, hoc est, circa diversas personas; prohibitiva, scilicet, circa personam debitorem, contra quem sententia additionis lata est: permissiva verò circa tertium oppositorem executioni, cum pro non intelligitur appellationis remotio, ut late praecitati auctores comprobant, ultra quos Gutier. in d. pract. q. l. 1. 1. q. 1. 18. per totam, unaquaqueque qualitas in suo disposito operatur, & sortitur effectum, juxta secundam regulam, & ejus doctrinam à nobis supra traditam.

131 Unum tamen nota, quòd licet iudex Ecclesiasticus

non debeat deferre appellationi à debitore emissae; tamen sententia additionis non exequitur interim, sed suspenditur, quousque terminetur in gradu appellationis causa oppositoris, ut probant Doctores ubi proximè, quoniam ei esset maximè praedjudiciale interim eam exequi; & hoc jure utimur.

Ultimo loco succedit tollenda difficultas, quae viget in illa celebri, & intacta quaestione, an iudex vim faciat, non deferens appellationi à tota sententia, quando circa eam concurrunt diversitas qualitatum prohibitiva, & permissiva appellationis, & una conditionaliter ad aliam, ut puta; iudex condemnat aliquem, ut exhibeat servum, instrumentum, aliudve quid, quod si non exhibuisset, eum condemnat in centum, nam ab exhibitione non appellatur, Speculator l. 2. titulo de appell. §. in quibus autem casibus, versiculo sed nunquid in actione ad exhibendum, n. 1. 2. ex l. 3. §. ibidem, ad exhibendum, juxta text. in l. fin. ff. de appellat. recipiendis. Gregor. Lopez in l. 2. titulo 2. p. 3. gl. 5. à centum autem condemnatione utique permissum est, ex regulis, à juribus vulgatis.

Et quod secunda qualitas, posita conditionaliter ad 133 aliam, assumere debeat ejus naturam: probatur primò, quia subrogatum sortitur eandem vim, & naturam illius, in cuius locum subrogatum est, l. si eum, §. injuriarum, ff. si quis cautio. cap. Ecclesia, 1. ut lite pendente, clem. 1. de supplen. negli. Pralat. cum similibus. Paul. Cast. consl. 7. 3. repetitio. consl. 2. 6. 5. licet ista Domina Lisa, ante fin. lib. 1. Philippus Decius consl. 1. 90. circa primum dubium, col. 3. versic. quartò hoc idem. & consl. 5. 4. 3. in casu proposito, col. 2. versiculo tertio hoc confirmatur. Joan. Andr. post Ricard. in additio. ad Specula. p. 2. §. nunc breviter. versiculo licet autem detur annus, Alexand. in l. ne quis, col. 2. in fin. ff. de feriis, idem consilio 42. in causa, & lite, col. 1. vers. & late tempus, l. 2. late Felin. in c. illud, col. 2. versic. circa civiles, de praescriptio. Ill. in §. p. nalis, n. 111. instit. de actio. & in leg. nemo potest, in secunda lectura, col. ante penult. ad fin. de leg. 1. Baldus de praescrip. p. 2. 8. princ. 4. par. 1. 5. 4. item partis, princ. & quos diligenter congesit Tiraquell. de retractu lignagier, §. 1. gloss. 10. n. 79. & 80. sed secunda qualitas deficiente prima subrogatur in ejus locum: ergo debet effici ejusdem naturae simul cum prima.

Secundò magis in specie probatur, quoniam à sententia iudicis subrogati, in locum ejus, à quo non appellatur, pariter appellatio nec admittenda est, ita ex doctrina Bar. in l. 3. §. equidem, ff. ad Tertullian. & Joan. Andr. in additio ad Speculatorem, in titulo de appellat. §. in quibus, versiculo quid si convenerit, affirmat late Alexand. consl. 20. col. penult. versiculo ex quibus mihi videtur, usque ad fin. l. 4. dicens, quod licet renuntiatio appellationis, & reductio ad arbitrium boni viri, facta inter partes concernat sententiam ferendam ab arbitro, seu arbitratore: tamen idem esse dicendum in sententia, lata à iudice subrogato in locum arbitri, vel arbitratoris, argumento l. si eum, §. injuriarum, ff. si quis cautio. ergo in nostro casu idem esse dicendum, & affirmandum videtur.

Contrarium tamen videtur suadere textus dispositio in l. stipulationes non dividuntur, in princ. ff. de verbor. obligat. ubi dicitur, quod stipulatio (aliquid faciendum) est indivisa, & in versicul. Celsus, dicit (ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem) ex quo patet quòd secunda qualitas conditionaliter subrogata primae non mutat suam naturam.

Secundò facit text. in cap. super quaestione, §. nos autem de officio deleg. ubi delegatus datus cum clausula (appellatione remota) si subdelegat, subdelegatus non procedit in causa cum illa clausula, sed emissae appellationi deferre tenetur, licet sit in ejus locum subrogatus, & idem probat text. §. si verò duo, ejusdem cap.

cap. super quaestione, ubi notat Abb. quod ibi est casus, subrogatum non assumere naturam ejus, in cuius locum subrogatum est: ergo pariter, & eodem modo dicendum est in nostra quaestione, ut qualitas subrogata conditionaliter in locum alterius, ejus naturam non capiat, nec sumat propriam immutando.

137 Tertio, quoties aliqua dispositio, seu stipulatio ita concipitur: Si navem facere promitto, & si non fecero centum, duae stipulationes sunt, seu obligationes: textus est in leg. obligationem ferè, §. si ita stipulatus, versic. sed si navem, ff. de obliga. & actio. sed juxta doctrinam secundae regulae in quaestione principali à nobis traditam, ut nempe; quando diversitas qualitatum concurrat circa diversa, & separabilia sententiae capitula, unaquaque qualitas in sua operetur dispositione; ergo cum sententia hoc modo concepta duplex censeatur, utraque qualitas prohibitiva, & permissiva, sortitur effectum suum, & naturam.

138 Quid putas, in tam ancipiti quaestione dicendum esse? Illud verius iudicio meo; ut ab ultima qualitate sententiae appellationi emissae deferatur: nam licet duo capitula sint sententiae, tamen unum est ab alio dependens: & connexum, unum purum, aliud conditionale: purum prius, conditionale autem posterius; & unius defectus est causa, ut alterum subsistat, & sic ex corruptione unius, alterum generatur: cum enim prima qualitas ponatur pro conditione secundae, hinc est, ut ea deficiente, sola secunda maneat in sententia, probat text. in argumento in d. l. obligationum ferè, §. fin. ff. de obliga. & actio. ad hoc igitur, ut secunda qualitas attendatur, & vires suas habeat, necesse est, ut prima, quae est posita in conditione secundae, deficiat. Cum igitur prior causa pereat, qualitas ei adjuncta non subsistit; quia non entis nullae sunt qualitates, nec ha-

139 ma qualitas ponatur pro conditione secundae, hinc est, ut ea deficiente, sola secunda maneat in sententia, probat text. in argumento in d. l. obligationum ferè, §. fin. ff. de obliga. & actio. ad hoc igitur, ut secunda qualitas attendatur, & vires suas habeat, necesse est, ut prima, quae est posita in conditione secundae, deficiat. Cum igitur prior causa pereat, qualitas ei adjuncta non subsistit; quia non entis nullae sunt qualitates, nec ha-

140 possunt esse sine subjecto, quo casu secunda dispositio, conditionis existentia impletur, quod omnimodo contingit, si condemnatus appellat, si quidem quando ita sententia concipitur: Si non exhibeat, contra eum jur-

141 retur in litem, vel tot solvat, &c. est conditio potestativa, collata in condemnati potestatem, & voluntatem: quam per appellationem demonstrat, & manifestat, ut ei stare non vult, nec parere, textus in l. 1. & toto tit. ff. & C. de decretalibus de appellat. firmat Natta consilio 108. visio themate, n. 2. & sequentibus, Ruinus consilio 84. queritur utrum, sub nu. 3. lib. 5. & est textus in l. 1. ibi, appellare enim debuistis, si sententia vobis displicebat, C. si sapius in integ. rest. postu. unde cum voluntas per-

142 contrarium actum primae qualitati opponatur, secunda, quae ejus defectum superat, ut convalescat, & adimpleatur, sola manet in sententia (prima perempta) ex dict. §. fin. cum juribus vulgaribus. Ideoque effectus secundae qualitatis attendendus est, ut siquidem prohibitionem dicit, prohibitionem operetur; tamen si appellationis permissionem, ei deferatur. Quae resolutio mixtè comprobatur ex illa doctrina, quòd quando actio competit minori ad mobilia, & immobilia alternative, attenditur finis, & effectus, ad hoc, ut in ejus alienatione decretum requiratur, & sic an debitor malit solvere immobile, ac mobile, quia existus, finis, & effectus attenditur: ita resolvit B. Alberi. Angel. Ill. & ceteri in l. si sic legatum, §. fin. de legat. 1. Aretin. in l. 1. C. si ad ver. transact. B. in l. si ex legati causa, n. 6. de verbor. oblig. Alexan. in l. à Divo Pio, in venditione, not. 1. de re judic. Card. Alban. in lucubrario. in B. ad d. l. si sic. §. fin. Alexan. consl. 1. 26. visis, lib. 1. & consl. 5. 3. lib. 3. Turzan. in suis comm. opin. 2. & per l. in l. erit, ff. de fundo dora. Tiraquell. tract. de utroque retract. in pri. p. retract. conventio. in fin. n. 2. 2. optimè Simoncellus tract. de decretis, l. 1. tit. 4. n. 5. attenditur igitur natura ejus alternative, quod solum remanet in dispositione.

143 Quae doctrina satis etiam comprobatur ex his, quae supra, hoc capite adduximus circa possessorium habens

causam proprietatis annexam, & possessorium simul una sententia cum petitorio terminatum: quando hoc illi absorbet, ex auctoritatibus ibi relatis, quia in praesenti quaestione una sola qualitas, & sic conditionalis, posterior nempe; quae sub conditione concipitur, in sententia remanet, ambae enim minimè simul vigere, & praevallere possunt, sed conditionalis tantum, pura deficiente. Quam resolutionem veram esse quaestioni tam difficili, & intactae propositae, arbitror uniformem doctrinis hoc in capite relatis, quam volo, ut extendas ad ceteras qualvis sententias, quibus diversitas qualitatum sit opposita, & una pro conditione alterius, vide inferius, à n. 148. ubi alia adducuntur in comprobationem.

Et ex hucusque dictis, & praecipue ex resolutione hujus difficultatis, alia frequens vinci potest, ex paritate, & identitate rationis, ut scilicet, idem sit dicendum, quando una qualitas ponitur, non alternative con-

144 ditionaliter ad aliam: ita & una duntaxat habitura sit effectum (ut modò diximus,) sed quando duae qualitates apponuntur in sententia, ita ut utraque sortitura sit effectum, successivè tamen, una post aliam, ut puta; quando in remedio l. fin. Cod. de edicto D. Adri. lata est sententia, ut haeredes mittantur in possessionem pro indiviso, eaque facta cum effectu inter cohaeredes, seu obligantes, fiat bonorum partitio, seu divisio, quia tunc cum unaquaqueque qualitas sola existat de

145 per se, diversisque temporibus, & respectibus operatur, & circa diversa capitula, unaquaqueque etiam operatur respectu appellationis, secundum uniuscujusque juris dictamen, ut appellatio à possessione non suspendat executionem, à petitione autem illam suspendat; quia tunc nulla datur mixtura, sed omnimodò diversitas; & ita communiter practicatur, prout praticari videmus quotidie.

Non igitur obstant quae supra, de subrogatione diximus, cui uno verbo responderi potest; scilicet, ut illa doctrina procedat, quando in utroque datur ha-

146 bilitas, & cum in altero ex his adest prohibitio appellationis, non habilitatur per subrogationem; qui enim non potest esse iudex principaliter, nec esse potest per subrogationem alterius, ita tenent Joan. Andr. & Geminian. in cap. statutum, §. in nullo, de rescript. in 6. Felin. in c. olim, de exceptioni in versiculo allegato, idem Felin. in c. si pro debilitate, de officio delegati, n. 1. col. versiculo quero utrum delegat. n. 2. & alique per Doctores, & sic paritas rationis requiritur in subrogato, & in eo, in cuius lo-

147 cum subrogatur, ut ejus naturam lapiat, & sortiatur, adèd ut si subrogatus in aliquo discreparet, in eo non sortitur naturam eandem, licet in aliis sit ita dicit Paul. de Castro consilio 7. 3. repetitio consl. 2. 6. 5. incipit, licet ista Domina Lisa, paulo ante fin. lib. 1. Philippus Dec. consilio 1. 90. circa primum dubium. col. 3. versiculo 4. hoc idem, & consilio 5. 4. 3. incipit, in casu proposito, col. 2. versic. 3. hoc confirmatur. Tiraquell. in tract. de retract. lignag. §. 1. gloss. 10. num. 80. & ideo nihil mirum, ut cum haec duae qualitates, una in locum alterius subrogata conditionaliter, inter se in omnibus discrepent, ut contrariae, quia unam prohibitio regit, alii permissiva praedominetur, alterius naturam non sapiat, nec participet, sed in suae propriae meris limitibus contineatur.

Et nostram resolutionem supra traditam quaestioni 148 à num. 138. videtur probare text. qui sic potest intelligi in leg. creditor. §. justus (omnino videndus) ff. de app. l. 9. tit. 2. 3. p. 3. versic. perosi el demandado, ibi: O mas fuesse demandado en no mostrar, o no entregar aquella cosa, que le demandavan en juicio, empero lo condenasse el juzgador en rano quanto jurasse la otra parte, que el menos cibava por no le ser mostrada, o entregada aquella cosa, assi como demandavan, si de tal juicio, como este aquel contra quien es dado, se quisiese algar, bien lo puede hacer, &c. ubi dicit Greg. Lopez. gl. 7. per text. ibi, quod si, qui non exhibe-