

dubium esse possit, excessum esse attentatum. Felin. in cap. cum olim el. 1. n. 7. de off. deleg. Malcar. de prob. tom. 2. concl. 1007. n. 22. & excessus ad instat attentati ponitur, ut post alios Gratian. discept. forens. c. 333. tom. 2. n. 7. & est de mente Lancel. de attent. 2. part. c. 12. lim. 53. à num. 22. & ita terminis dixit Rot. ut testatur Scraph. decis. 101. 68. tom. 2. dicens, quod excessus executione causat attentatum, omnia quippe requisita attentatorum reperiantur in excessu commissionis. Quare quæ diximus hætenus de attentato respectu fructuum, intelligitur & in eo, qui virtute executionis excessivæ rem restituendam possidet, ut pariter ad eisdem tenetur.

160 Nec hoc excusat ad harum fructuum restitutione titulus à iudice, & bona fides (de quibus diximus supra pro contraria parte,) quoniam sententia revocata reducit ad non sententiam, & perinde habetur, ac si 161 nunquam fuisset sententiatum, latè Borgn. Caval. decis. 40. n. 51. part. 2. & lata ultima revocatoria, illa prima dicitur illicitè præcessisse & omnia retro acta pro illicitè attentatis corrumpunt ipso iure. Vinc. de Franc. decis. 120. & 136. Carolus de Tapia in compilat. juris Regni Neap. l. 3. tit. de assistentia, in rub. 40. n. 5. fol. 226. decis. 188. Gratia. decis. 120. Maltrill. dec. 29. num. 7. Giurb. decis. 89. sub n. 1. Pro quo facit regula, quam tutam vocat Mier. tractatu de major. 3. parte quest. 25. n. 30. l. certum C. de re jud. l. 2. C. de fruct. & litium expens.

163 quod quilibet, etiam bonæ fidei possessor restituere tenetur fructus, quos lite pendente percipit, adeo ut retractata sententia, retractata intelligatur executio, & si in an nihil dictum sit, ita ut omnia in pristinum statum debeant restitui, quæ occasione ipsius habuit victor, in c. acced. verbo, universa, ut lite non contest. & 164 quæ ibi not. Bal. & Barb. n. 77. Ana. sing. 472. & alleg. 93. num. 2. Gall. consil. 37. n. 28. Bald. consil. 147. colum. 3. Amar. dec. 75. n. 10. Contar. in intellectu, n. 3. Cod. de momen. poss. Grat. dec. 220. à n. 4. usque ad 8. & addit. Cavalc. decis. 40. n. 51. 52. & 55. p. 2. Franch. decis. 136. & per eundem Carolus de Tapia Regius meritisimus Consiliarius in supremo, collateralis consilio Neapolitano, loco proxime citato.

165 Hinc merito procedit, revocata sententia, executionem etiam tacite revocari, ut attentatorum remedio bona capta, relaxentur eodem imperio, quo fuerant concessa, ac si facta non esset executio, Vinc. de Fran. decis. 126. & decis. 120. Sacc. consil. 78. num. 16. Intrigil. lig. 2. singul. 173. n. 83. appellatione non obstante. Malc. de fidei iuss. 1. part. mod. 18. num. 14. Hieronym. Gonzal. ad regul. de men. & alter. glo. 8. 9. n. 183. plures citat.

166 Giurba decis. 39. num. 14. & sicut nulla præcedente sententia commissio executionis fieri non potuit, nec facta valet, ita etiam si processerit sententia nulla commissio executionis fieri non potest, nec valet si de facto fiat, ut ex l. 4. §. condemnat. & l. cum nulla. ff. de re judic. cap. pastoral. eodem tit. Lancel. Gallia concil. 61. n. 31. 34. & 35. Vivius decis. 53. n. 7. decis. 304. n. 5. & dec. 380. n. 29. Caval. consil. 26. n. 6. Aret. consil. 56. colum. 1. Torniol. consil. 79. n. 50. Berrer. consil. 34. n. 6. Bertez consil. crim. 79. n. 3. Turr. consil. 7. n. 10. vel. 3. Pereg. decis. 35. n. 9. Aldovin. consil. 110. n. 84. 85. Caval. decis. 11. n. 63. part. 1. & decis. 3. n. 15. Giurb. decis. 89. sub num. 14.

167 Quo supposito, sententiam revocatam non causare, nec præstare bonam fidem quoad fructuum acquisitionem, dicunt Doctores citati supra ad princ. huius questionis, vers. sed contrariam sententiam, & c. n. 240. & præcipuè Rom. & post eum Petr. Surd. decis. 15. n. 21. Maltrill. decis. 19. n. 5. & melius n. 11. Gratian. dec. 79. n. 12. Cavalc. decis. 11. n. 63. part. & decis. 40. n. 53. Cavalc. consil. 26. n. 6. Giurb. dist. decis. 89. sub n. 2. ubi etiam dicit, quod titulus nullus nec aliquam tribuit exceptionem, aut effectum, l. quærit, ff. qui satisd.

cogan. Rebuff. consil. 190. Marefc. l. 2. var. resol. c. 94. n. 35. nam titulus invalidus habetur pro non titulo, leg. nec ullam, §. item in sn. ff. de petit. hered. Marc. consil. 10. n. 59. Eugen. consil. 43. n. 29. Vivius dec. 22. n. 8. nec opitulatur ei qui possidet ex illo titulo, Afflict. dec. 271. n. 3. dec. 228. & in c. 1. §. præterea. gl. 3. n. 4. i. que sint caus. benef. amit. Ruin. consil. 166. in fin. vol. 6. Rolan. consil. 41. n. 31. vol. 3. Gratia. discept. foren. c. 45. n. 33. Surd. consil. 28. n. 53. Morot. consil. 58. n. 9.

Sed huic quæstioni successivè quæro, si est appellatum ab executore executorialium per condemnatum, pro cuius cognitione solet causa delegari, & committi cum clausula (parito iudicato) quæ illius est effectus, ut non possit quis audiri, nisi facta prius integrali executione ad notata in cap. fin. de res. spol. Staph. de liter. iust. §. dicendum n. 82. Vestr. in praxi lib. 8. c. 3. n. 10. Marefcot. variar. resolut. l. 1. c. 87. à n. 1. dicens quod cum dicta clausula proferatur per ablativum absolutum, tribuit jurisdictionem conditionalem, videlicet quatenus sit paritum iudicatum, & non aliter, l. à 170 testatore, ff. de condit. & demonstr. cap. cum delicta, de reser. Paris. consil. 94. n. 8. & consil. 45. n. 6. l. 3. Tiraq. de retract. conventio, §. 2. gl. unic. n. 3. & 4. Pat. decis. 283. l. 2. Caputaq. decis. 150. part. 1. unde in primis, & ante 171 omnia possessio dimittenda est, & fructus, & expensæ usque ad obolum debent restitui, antequam in causa procedatur, aliàs gesta ante partitionem ex defectu jurisdictionis erunt nulla, ut in dictis locis, & per Patrem decision. 429. l. 1. Marefcot. ubi proxime sub n. 3. ubi testatur ita fuisse resolutum per Rotam pluries, ut in una Calaguritana Capellanæ Sanctæ Crucis 13. Januarii 1589. coram Orano, & in una Pampilonen. Parochial. 4. Maii 1591. coram Penia, & in alia Foren. Parochial. 1. Julii 1602. coram Litra, & de eodem anno in alia Pampilonen. Priorat. 26. April. coram Ludovif. 172 etiam si eorum fructuum fiat oblatio, etiam liquidorum, cum sit cum effectu restituendi, ad hoc ut tollatur suspensio jurisdictionis. Staphil. loco citato nu. 82. & ita fuisse pluries terminatum per Rotam, cuius assert decisiones, firmat Mart. dist. cap. 87. numero 4. 5. & 6.

Quo supposito, duo quærenda sunt primum in dicta 173 clausula (parito iudicato) operatur quoad fructus quando facta est rei restituendæ condemnatio, & nihil de fructibus expressè dictum fuit; an secundus executor datus cum data clausula (parito iudicato) excedat, & nulliter procedat; si utatur jurisdictione antequam paritum sit, etiam per prædictorum fructum non expressorum actuali restitutioni.

Et quod non excedat, nec procedat nulliter, vi 174 detur probandum ex eo quod expressè firmat Marefcot. variar. resol. lib. 1. c. 87. n. 24. dum dicit, quod quamvis dict. clausula operetur ut non possit quis audiri, nisi facta integrali executione (ut dictum est) nihilominus istum effectum restringi, ut locum non habeat ultra iudicatum, l. 1. C. si plures una sententia, quæ doctrina 175 indubitabilis est, & verissima, ipse tamen reddit exemplum dicens (unde si aliquis fuerit condemnatus, restituere rem, & nihil dictum sit de fructibus, clausula (parito iudicato) non operatur quoad fructus, juxta l. term. C. de fruct. & lit. expens. Dec. consil. 43. n. 4. Nat. 176 consil. 112. Quod & ex eo comprobatur, quia si quis vigore instrumenti teneatur ultra rem aliquam, etiam ad interesse; si tamen non fuit condemnatus ad interesse, sed solum ad rem, non erit parendum quoad interesse; Decius consil. 321. in pr. & testatur n. 25. ita fuisse terminatum à Rota in una Aret. bonor. 12. Januarii 1538. Ex quo sequitur, quod cum dicta clausula non operetur horum fructuum restitutionem, similiter suspensa non sit iudicatio iudicis, cui causa appellationis ab executione commissa est cum dicta clausula, & per consequens procedat validè & cum jurisdictione.

Sed

177 Sed veriore esse contrariam sententiam, imò non utroque casu errasse manifestè Marefcot. dictum exemplum constituendo, cum dict. clausula, (parito iudicato) horum fructuum, tacite & virtualiter in sententia comprehensorum restitutionem operetur, probatur evi- 178 denter; quoniam quando ad rei restitutionem quis est condemnatus, tacite virtualiter, & per juris subauditionem veniunt fructus vigore verbi (restitutio) quo utitur sententia, quando scilicet sumus in iudicio, in quo ejus natura fructus aliàs veniunt, & illorum tacite intelligitur facta condemnatio, latè comprobavimus hætenus, & evidentiùs supra hoc l. 4. cap. 9. versicul. hinc & 179 in illam labimur, & c. à n. 39. ubi adeo videri faciam condemnationem eorundem, ut executio in illis debeat fieri, & executor in ea non excedat, quia quod tacite in sententia intelligitur, aut quod ex ea tacite, necessariò inferitur, dicitur in ea expressum, ex Scacia de app. c. 27. lim. 6. memb. 9. n. 70. & 71. & nos pluribus citatis passim probavimus in discursu huius tertie partis.

180 Sed illud quod licet non sit expressum in sententia, si tamen tacite inest, & subauditur, atque subintelligitur, comprehenditur sub dict. clausula (parito iudicato) uti cætera, quæ in re iudicata exprimuntur, quia in illo verificatur doctrina supra posita per Marefcot. ut 181 non operetur clausula ultra iudicatum, cum satis iudicatum dicatur quod necessario inducitur, & colligitur. Et comprobatur ex eo quod dicit ipse Marefcot. dist. cap. 87. num. 25. quod si sententia lata est in iudiciis universalibus, quia sicut sententia lata generaliter faciat rem iudicatam in omnibus pertinentiis, postea in executione declaratis, & liquidatis, ita etiam dicta clausula (parito iudicato) operatur quoad illas etiam non expressas in sententia, sed tacite subintellectas à jure, Rot. decis. 110. n. 14. juncto n. 35. part. 1. divers. quia omne illud sive persona, sive res, in qua locum habet rei iudicate executio, sub dicta clausula comprehenditur.

182 Et quod dicta clausula operetur in iis omnibus in quibus sententia transit in rem iudicatam, vel aliàs meretur executionem, probat Marefcot. variar. resol. lib. 1. cap. 87. n. 30. ex eo, quia rescriptum Principis re- 183 cipit interpretationem à jure communi, cum quo se conformare censetur, l. reser. C. de precibus Imperatori offerendis: l. 2. C. divers. rescript. c. causam quest. de reser. Staph. de lit. iustit. 1. de sanation. præcess. c. 4. n. 4. & seqq. f. 419. Scacia de appell. q. 17. lim. 6. memb. 7. à n. 123. & iterum quest. 16. lim. 1. à n. 86. Marquesa. de commiss. 1. p. c. 10. ad princ.

184 Hinc est quod si executoriales expediuntur contra legitimum contradicentem, cui scilicet causa, & defensio principaliter competit, causaque sit dolosè defensa, cum tacite præjudicent tertio secundariò & in consequentiam, etiam si expressè non sit condemnatus, juxta Lingennum, ff. de statu hominum. Decium consil. 342. 185 num. 7. Alexand. in l. sepè n. 58. 76. & 84. ff. de re jud. Gabr. consil. 42. n. 20. 35. & 42. l. 2. Paris. consil. 22. n. 15. lib. 1. & etiam successor. Aym. consil. 10. n. 8. Jofred. consil. 10. num. 13. & seq. Tiraq. de nobilitat. c. 35. n. 4. Covarr. pract. quest. c. 13. n. 6. Mohed. dec. 217. ideo pariter dict. clausula (parito iudicato) illum afficit, & contra illum, etiam non expressè condemnatum operatur, ut tenet Marefcot. variar. resolution. lib. 1. c. 86. à n. 35. 186 cum seqq. qui quidem à num. 35. & seqq. ex eadem ratione idem operari affirmat contra tertium rei litigiosæ emptorem, cui virtualiter nocet sententia (ut alibi suo loco latius diximus) quia scilicet locum contra illum habet executio rei iudicate, latè contra venditorem, à quo causam habet sive mediatè, sive immediatè, ut latè ibi per eum. Ergo cum in nostro casu quando sententia quis est condemnatus ad rei restitutionem, fructus etiam virtualiter intelligantur

Salgado de Protect. Reg.

comprehensi, & in illis rei iudicate locum habeat executio, ex his quæ dilucidè & amplissimè explicuimus supra d. c. 9. à n. 93. merito etiam illos comprehendit d. clausula (parito iudicato) & dum non præstantur, commissionis jurisdictione remanet suspensa tanquam nondum sequuta, & impleta conditione.

E converso autem quando res iudicata virtualiter 187 non afficit rem, aut personam, puta quia tertius relevantem exceptionem opposuit contra quem executio nec procedit. Ideo nec dicta clausula (parito iudicato) latè Marefcot. variar. resol. l. 1. c. 86. à n. 42. cum pluribus 188 sequentibus usque ad n. 56. ubi etiam quæ dicatur exceptio relevans vel non, secundum naturam iudicii 189 executivi.

Hinc etiam est, quod cum sententia nulla maxime 190 mereatur executionem, secundum ea quæ copiosè diximus supra 2. part. cap. 9. & passim alibi, pariter clausula (parito iudicato) nihil operatur, ut tradit Roman. consil. 334. num. 1. & seqq. Felin. in c. causam quest. num. 6. vers. & istam regulam, de rescript. Ferrer. consil. 308. n. 5. vers. nec obstat. Caput. dec. 266. part. 2. Rota dec. 100. num. 12. part. 1. divers. ubi hæc clausula fuit intellecta conditionaliter, hoc est quatenus adesse iudicatum, tenet Marefcot. dist. cap. 87. n. 30. & seqq. ubi testatur, hoc idem fuisse resolutum in una Toler. Capella 14. April. 1595 coram Cardinali Mali. & iterum in una Favon. Monaster. 20. Junii 1607 coram Penia, in qua post arduam disputationem prævaluisse tandem opinionem, clausulam istam intelligi vigore sententiæ validæ, quia sententia nulla nihil est, quo loco advertit etiam ad hunc effectum nullitatem debere esse evidentem, & ex eisdem actis, resultare debere, de quo nos latè d. 3. p. c. 9. à princ.

Quod & idem repetitur in sententia notoriè injusta, 191 cujus injustitia notoriè constat ex actis, quæ similiter & eo modo, cum tali rei iudicate sit denegata executio minime operatur clausula (parito iudicato,) explicatè optimè Marefcot. d. c. 87. n. 53. & latius de utraq; sententia tam nulla, quàm evidenter injusta, cuius nullitas & injustitia notoriè patet ex actis; prosequitur ipse Marefcot. d. l. 1. c. 86. à n. 28. cum seqq. plures Doctores ac Rotæ decisiones allegans.

Igitur ex supra dictis satis comprobatum reliquimus 192 dictam clausulam comprehendere fructus virtualiter in sententia comprehensos, quando sententia verbo (restituere) usa est in iudiciis, quibus sui natura veniunt, ac per consequens donec restituantur, nec censetur iudicatum paritum, nec interim jurisdictionem suspensionem evasisse, ac ideo si ante tempus integræ portionis ea utatur iudex, nulliter procedat, eritque appellatio quoad utrumque effectum legitima iudicanda.

Nec obstant Doctores citati à Marefcot. à princ. huius 193 quæstionis, pro contraria parte, scilicet Decius & Nat. quia id ad quod citantur, non probant, sed illud dum taxat, ut sententia non operetur ultra id quod ex ea necessariò inferitur, quod verissimum est, & sic tantum abest, ut nostræ officiant resolutioni, quinimo illam didirectò comprobant.

Nec etiam obstat ipse Marefcot. quia regula per 194 eum apposta ibi dist. n. 24. nempe; ut clausula non operetur ultra iudicatum, quæ verissima est ex supra dictis intellecta secundum jus, repugnat ejus exemplo, prout probavi. Et sic respondendum est, vel manifestè errasse Marefcot. vel illum salvando, ut procedat in iis iudiciis, in quibus aliàs fructus non veniunt sui natura, de quibus sententia, etiam, utendo verbo (restitutio) non subintelligitur.

Nec obstat illud de interesse, quod ex Rota adducit, ita cum interesse fuit in sententia omissum, omissum intelligitur, nec ullo pacto tacite in rei restitutionem subauditur, nec hoc jus dicitur, de quo nos amplissimè

Kkk

suprà



suprà c.9. à pr. ac ideo iustissime determinatum fuit ita à dicta Rota, ut non subintelligatur.

195 Uterius exquiri potest, an facta per superiorem declaratione, quæ eorum excessisse; an tunc tota executio reponenda est, an dumtaxat pro ea parte, pro qua excessit. Et quod non solum excessus, sed etiam sit tota executio reponenda, probatur primò, quoniam decretum iudicis, seu mandatum relaxatum ultra summam debitam in totum est nullum: & etiam pro summa debita non sustinetur, sed revocatur in totum ratione individuitatis, secundum B. Castrenf. & alios in l. si non sortem, §. si centum, de condit. indeb. quam sententiam passim sequi Rotam testatur Put. decis. 323. libr. 1. nonnullas ejusdem Rotæ decisiones refert, & sequitur Marefcot. var. resol. lib. 2. cap. 6. num. 1. & 2. quia cum sit decretum relaxatum partim ex causa vera, partim ex causa falsa, & pro non debito, ratione individuitatis nullum est, & revocandum in totum, etiam pro summa debita, Afflic. decis. 218. Roma in l. 1. §. penult. ff. de verb. oblig. & conf. 454. nu. 12. ut post Marf. Curt. Jun. Nat. Rol. Anch. & alios refert. Petr. Surd. decis. 45. n. 3. dec. 74. num. 8. consil. 39. num. 5. conf. 217. nu. 17. Milanen. decis. 14. num. 81. & 82. lib. 1. Boni. conf. 3. nu. 2. Tiraq. l. 2. de retr. §. 23. gloss. 1. nu. 23. Panciroli. conf. 131. nu. 13. Cart. decis. 39. num. 3. & 22. Costa de ratione cotæ. q. 26.

198 Caval. de usufruct. nu. 109. Barzi. decis. 6. n. 6. Cancr. in p. 3. resol. cap. 17. de sent. nu. 328. Intrigil. singul. 173. num. 3. Sfort. Oddus conf. 96. num. 16. Gama decis. 40. nu. 4. Giuib. dec. 89. sub n. 2. vers. unde est quod revocata sentent. &c. & quod ratione excessus sententia sit in totum nulla, cum sit individua, latè comprobat Gratian. in disceptat. foren. cap. 162. à num. 18. cum seqq. tom. 1. plures allegans.

199 Secundò probatur; quoniam adjudicatio, seu datum in solutum debet fieri pro mensura debiti; si autem fiat plus debito, vitiat in totum, & etiam revocatur pro parte debiti, l. non sortem §. si centum, ff. de cond. indeb. ubi B. & Ill. col. 1. plenè Alex. in l. iustè possidet. col. 5. & 6. ff. de acq. poss. Marant. de ord. jud. 6. p. acty. si de exec. sententia num. 20. Gratian. in disceptat. foren. tom. 1. c. 192. num. 33.

200 Tertio corroboratur hæc pars, quoniam fidejussor obligatus pro majori summa, nec valebit obligatio etiam pro minori, ad quam tenebatur secundum verior opinionem, juxta gloss. in §. fidejussores in l. de fidejuss. B. in l. grege §. illud n. 2. & 3. ubi testatur de una opinione, ff. de fidejuss. Ant. Gom. l. 2. c. 17. nu. 2. ubi de communi, quidquid ipse contrarium sequatur Seraph. de priv. jur. 107. nu. 70. (ubi aliis similibus comprobat) Ill. l. 1. §. sed & si mihi. col. 3. in prin. ver. secundo in quantum n. 6. de verb. oblig. & hanc esse magis veram, & in praxi receptam, testatur Cevall. in contra comm. q. 382.

201 in fin. n. 6. vers. sed contrariam opinionem in q. pr. Gratian. in disceptat. foren. c. 162. tom. 1. quia datur pro forma à lege, ut fidejussor non obligetur in plus, quàm principalis, l. grege, & ex aliis rationibus consideratis per eundem Gratianum quidquid sit in accessoriiis, & respectu pœnæ, in quibus valet obligatio fidejussoris in plus, quàm principalis. Bar. in l. centum Capua n. 6. & ibi Ill. n. 5. ff. de eo quod certo loco. Idem Ill. in l. 2. §. fin. n. 6. ff. qui satisf. cogant.

203 Hinc locatio facta per Ecclesiam ultra novem annos nec in tempore permisso sustinetur latè Marefcot. var. resol. l. 2. c. 25. à num. 8. & suprà Rodoan. de rebus Ecclesie q. 6. de loca. rerum Eccles. §. item ex præmissis in fin. n. 27. Gratia. ubi proximè. n. 22. ubi alia adducit similia, quibus omnibus videtur excessum omnem executionem vitare.

204 Sed contrarium jure verius est, praxique receptius esse arbitror. Primò, quoniam excessus aliud quid est de per se diversum, distinctum, & separatum à sententia, & commissione executoris, text. optimus in l. diligenter,

ff. mandati l. si itaque mandatum, de jur. l. sed & si ante. ff. ad Treb. l. parvi, in fin. ff. de except. arbit. plures Doctores adduximus hac 4. p. c. 3. vers. executor qui exco-toriales excedit, &c. à nu. 65. ubi etiam, quod propterea dicitur novum quoddam gravamen, & melius etiam cap. 4. à num. 38. & suprà. sed in actibus dividuis, & separabilibus, ut utile per inutile non vitiat, nec totus actus propter excessum rescinditur, ut tenent omnes 205 Doctores superius citati in primo fundamento contrariæ partis.

Et magis in specie apparet etiam in una, eademque 206 sententia, continente separabilia capitula, valida est in eo quod non excedit, licet excessus annulletur, veriorè opinionem dicunt ex B. in l. 1. C. si à non compet. judice, Salic. in l. 2. Cod. de rejud. cum aliis per Cevallos q. in contra comm. q. 60. Doctores in l. 1. Cod. si adversus rem judicatam. Card. conf. 29. col. 2. ante med. vers. secundo si quando. veriorè etiam dicit Gratian. in disceptat. fore. c. 162. à n. 24. ubi alias declarationes adjicit. Ergo multò fortius dicendum est in nostro casu, quia excessus est separatus à sententia, & commissione, & ita Doctores omnes in d. 1. fundamento citati loquuntur, quando judex relaxat unum decretum pro majori summa, qui est casus longè distinctus à nostro.

Deinde & secundò; quoniam si propter excessum 207 executoris tota reponeretur executio, maximum sequeretur absurdum, cum res judicata, & ejus effectus subverteretur penitus, propter quod vitandum, non ab 208 executione permittitur appellatio, sed dumtaxat ab excessu, cujus cognitio tantummodo devolvitur ad superiorem, nec ultra potest se introrittere text. optimus in l. ab exco-tore, ff. de appell. recip. l. 1. §. tit. 23. part. 3. diximus & probavimus hac 4. part. cap. 4. ad fin. d. num. 38. & seqq. & cap. 3. vers. sed melior ac probabilior, &c. à num. 192. & per totum capitulum probavimus, quod ab excessu admittitur appellatio dumtaxat.

Et hanc considerationem probati mihi reperio per Bal. in l. 3. terminato col. 4. vers. pone quod num. 17. C. de fruct. & liti. expens. & in Marg. in verbo, appellari potest à juramento Lanft. in c. quoniam contra fol. penult. quem referens sequitur Nic. l. tractatu de conc. gloss. conc. 6. fall. 32. fol. 194. num. 74. Sigismund. Scacia tractatu de appell. quest. 15. limit. 10. n. 58. dum dicunt, quod condemnatus in expensis, non poterit appellari à tota expensarum taxatione facta per executorem, sed tantum ab excessu. Reddunt rationem; quia si à tota taxatione expensarum appellaretur, foret rescindere pronuntiatum & sententiam, foretque potius appellare ab ipsa sententiæ executione, quàm ab excessu: quia cum præsupponatur ampliùs non posse à sententia appellari, in qua adest condemnatio expensarum, quia vel transierit in rem judicatam, vel adsint tres conformes; pariter non poterit appellari à tota taxatione, quia esset potius appellare à sententia contra juris prohibitionem permittentis dumtaxat ab excessu.

Et hoc est quod voluit Rot. Rom. ut testatur Seraph. 210 decis. 938. apud eundem 2. r. dicens, quod executio propter excessum in summa revocatur, non tamen ipsum mandatum executorium. Itaque cum non possit appellari propter tot inconvenientia, nec ad superiorem devolvitur nisi excessus cognitio: non poterit in totius executionis revocatione se introrittere, quia ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest, & de qua re cognoverit judex, de ipsa quoque pronunciare debet, leg. de qua re ff. de judic. & sic excessus vitatur, sed non vitiat. E converso autem aliud consideratur absurdum, nempe sententiam latam super excessu, & sic super accessorio præjudicare principali, scilicet, executioni, quod omnino negandum, & vitandum, & in istis terminis, quod superior non possit cognoscere nisi de nudo articulo excessus, à quo est appellatum

pellatum, probant Guido Papæ q. 54. nu. 2. Vint. Caroc. except. 65. nu. 4.

212 Cui fundamento rectè convenit, quod dicit Philip. Franch. in c. dilect. num. 11. de appellat. quem referens sequitur Scaccia de appellat. quest. 17. limit. 1. num. 56. ut judex superior, qui cognoscit de causa appellationis à sententia lata super nullitate alterius sententiæ non poterit in ista appellatione cognoscere de injustitia sententiæ, sed solum super nullitate. Reddunt rationem; quia cum iste judex non possit adiri nisi super nullitate sententiæ dumtaxat, non poterit nisi de ea cognoscere, quia non est super simplici injustitia aditus, nec est hoc pretium, ac ideo appellationis judex super eo non acquirit jurisdictionem, optimè Bal. in l. 4. sicut proponis in fin. C. quomodo & quando judex. Franc. in c. dilecto 63. quest. 10. sub num. 24. vers. sed advertit quia Bal. de appellat. idem Scac. de appellat. quest. 11. num. 127. ergo idem dicendum in nostro casu, quod cum super nullitate, & excessu non super simplici gravamine, & injustitia sit dumtaxat aditus superior, minimè poterit se introrittere ultra in libello deductum, non consentiente parte. Quibus adde quæ diximus cap. 4. ad fin. à num. 48. & suprà; quare cum excessus sit quid separatum à commissione, & executione; ipsam non debet totam vitare.

213 Tertio & in nostris terminis, quod excessus non vitiat totam executionem, dicit communem Curt. jun. conf. 79. num. 2. quem referens sequitur Anton. Gravet. in addit. ad praxim Vestrui lib. 5. cap. 1. sub num. 10. lit. E. dicentes, quod excessus, & quod præter formam mandati factum est, aded nullum sit, ut retractandum, ac reponendum, non in totum, sed quatenus forma exceditur dumtaxat, & ita communiter apud omnia tribunalia praticatur.

214 Deinde & quarto probatur, quoniam quando ex actis constat de veritate, decretum non revocatur in totum, sed prætextu erroris & excessus, sed soluto excessu dumtaxat ad ulteriora proceditur, cum sententia declaretur ex actis, ita Alexand. conf. 49. nu. 9. l. 2. Curt. jun. conf. 179. n. 2. part. 2. & ita fuisse tenum in una Petr. executionis 18. Dec. 1595. coram Pœni. refert, & sequitur Marefcot. var. resol. lib. 2. c. 6. n. 9. qui, ita intelligendos esse Doctores suprà citatos in primo fundamento pro contraria parte, dicens etiam a quoque ad evitandos inanes circuitus, & ne litigantes immo dicis graventur expensis, secundum Angel. & alios in l. si finit. ra. ff. de damno infecto. Aymon. conf. 46. n. 7. Gozad. conf. 21. nu. 35. ubi testatur de communi. Sed cum in nostro casu appareat de vero debito evidenter, atque notorie sententia, & re judicata, quæ reddit rem indubitabilem, ex l. 1. & toto tit. ff. de re jud. nihil mirum ut dumtaxat excessus reponatur.

215 Et hinc est, quod excedens modum castigandi, aut defendendi, non punitur pro toto, & pro omnibus percussionibus, sed solum pro illis in quibus excessit modum, & sic non punitur pro toto, sed pro excessu dumtaxat. Petr. Anchar. in clem. 1. de hom. Hippolyt. de Mar. in cap. 2. circa fin. de hom. Alexand. conf. 2. col. 5. vol. 7. Petr. Philip. Corrat. conf. 204. incipit pro decis. in fin. vol. 1. B. Bal. Angel. & Doctores in l. si adulterium cum incestu, §. Imper. ff. ad l. jul. de adulter. Angel. in l. Grach. C. de adult. Cyn. in l. 1. C. unde vi, qui alios citat text. & per eum ibi Bal. in l. sed si quacumque, ff. ad leg. Aquil. latissime, & eleganter, plura exempla inserens ad propositum, Hippol. de Marfil. in pract. crim. §. quoniam à n. 68. & iterum à n. 90. cum seqq. fol. 74. & 75. & ita dicit Gasp. Rodr. de ann. redd. l. 1. c. 18. n. 29. quod excessus, qui separari potest, & in quo non peccatur, nisi in excessu, vitatur, sed non vitiat totum, quia pœna non excedit delictum, l. rescriptum, ff. de iis quibus ut indic. ubi sic plura jura intelligit, & interpretatur. Hinc etiam videmus, quod in attentatis dumtaxat quod est atten-

tatum reponitur, cum quibus remanet satisfactum ad argumenta in contrarium adducta. Pro quibus poteris etiam videre Marefcot. & Grat. locis ubi allegatis. Ex quibus quidem deducitur resolutiva conclusio, quod excessus repositio non comprehendit totam executionem, sed dumtaxat excessum, qui non vitiat, sed vitatur, & ita communiter praticatur.

Sed successivè illa se offert ingens tollenda difficultas: an facta semel repositione, vel aliter executam sententia, qua quis ad rem restituendam, vel tradendam fuisse condemnatus, si iterum res ipsa in potestate condemnati deveniat, an paruisse dicatur sententiæ, & an ipsemet judex virtute executorialium possit iterum rem prædictam à condemnato avocare, vel an novo judicio experendum sit adversus ipsum possessorem rei.

Et partem negativam, imò quod non possit ipsemet 218 judex vigore rei judicatæ semel executæ rem ipsam iterum recuperare, sed quod novo judicio opus sit, probatur, nam semel facta executione jam effectum suum 219 sententia habuit, & ideo causa quæ semel effectum suum produxit, ea postea cessante, non tamen cessat effectus, l. fin. in princip. ff. de solut. cum multis aliis similibus latè cumulatis per Tiraquell. in tract. de causa cessante, limit. 8. per tot. actionemque, & obligationem semel extinctam non reviviscere, nec revocari, etiam si res redierit ad priorem statum, l. inter stipulatem, §. sacram, ff. de verb. oblig. l. qui res. §. de cam. ff. de solutio. l. Mævius, §. duobus, de legat. 2. cap. quaris, de consecrat. dist. 4. cum similibus.

Secundò & in terminis probatur, nam condemna- 220 tus, & obligatus ex sententia vel contractu ad rem tradendam, si eam semel tradiderit, esse liberatum, nec reviviscere obligationem, etiam si eadem res ad illum denuo revertatur, docet gloss. in l. ab emptione, in gl. magna, & ibi Bart. col. 2. ff. de pactis, & in l. si cum fundum venderes, in verbo, tradat ff. de contrahend. emptione, & in l. 3. §. unde vi, in verb. vindicare, ff. de vi & vi arm. & eadem gloss. in l. Claudius, in gloss. 1. post med. & ibi B. ff. qui prior in pign. habeatur, & in l. Pomponius §. sed si is, in verbo, de ration. in fin. de procur. & in auct. sacram. pub. in gloss. penult. C. si advers. vendit. quod & idem voluerunt Jacob. Aret. B. Imol. Paul. Cast. Roman. & ceteri recentiores in l. permisceri, quæ est penult. §. specios, ff. de acquir. possess. Bartol. Bald. Paul. Cast. Raph. & Alexand. in l. fidejuss. §. meminisse, ff. de legat. 1. Petr. Jacob. ut. de condit. ex lege, qua pro re donata compet. colum. 2. vers. item rectè dicitur. Angel. in l. qui restit. ff. de rei vind. & in l. sed & si possessori in princ. de jure jur. & consil. 34. Constam. col. 2. Petr. Anchar. in clem. ne Rom. §. porro, de electione. Paul. Cast. in l. qui pendente, per illum text. ff. de actio. empr. Barba. conf. 22. Denuo invoc. col. 5. junctis sequentibus, lib. 3. Corn. in l. si quis heredem. col. 2. C. de instit. & substit. Lanfran. in tract. de arbit. quest. 41. ult. part. princip. Ill. in §. actionum. num. 148. Instit. de actio. & facit text. in leg. à D. Pio, §. si post additum, ff. de re jud. & in l. Nesen. §. fundum, junctis notatis per Doctores, ibi, maxime Ill. in pr. not. eod. tit.

Deinde & tertio, quoniam super noviter attentatis 221 judex delegatus non habet jurisdictionem, postquam sententiavit, nisi circa executionem intra annum, Abb. in c. quaren. in princ. n. 6. vers. intellige hanc distinctionem, de offic. deleg. Hinc licet instrumentum, & sententia habeant executionem paratam; tamen si semel fuit obtenta executio, & bonorum adjudicatio, non potest iterum agi via executiva, prætextu quod non potuerit 222 consequi rem adjudicatam, quia facta semel solutione extinguitur instrumentum, Petr. Anchar. consil. 40. visa petitione, per totum, ubi in fine, quod via ordinaria agit ad manutationem rerum adjudicatarum, Tusch. pract. concl. tom. 4. litera l. concl. 240. num. 50. & litera E, concl. 493. n. 8.