

ro foy credor : debent legi copulative, quali utrumque requiratur, ut qui prius sententiam habuit, sit prior in hypotheca, vel obligatione. Unde cum is qui se-

cundo loco sententiam habuit, sit prior creditor, & prior in executione, nec fraus aliqua probetur, quæ concludat, sententiã revocavimus, Scriba Chaves.

S U M M A R I A.

- 1  *Aici in Ecclesijs, in quibus habent sepulturam, non plus habent, quã jus sepulchri, & usus ipsius.*
- 2 *Locus sacer est extra cõmercium. ibi.*
- 3 *Sepulchra vel sunt familiaria, vel hereditaria.*
- 4 *Nobilibus mulieribus competit jus sedendi in nobiliori loco.*
- 5 *Capella duobus modis consideratur, vel ut particularis sit in illo usu, quando laicus illam construxit, vel quando in jam constructa sepulchrum elegit.*
- 6 *Si dos constituitur, nanciscitur ipsius jus patronatus. ibi.*
- 7 *Quando capella edificatur, plenum jus in ea acquiritur.*
- 8 *Quando jam constructa est, si solum laico conceditur sepultura, non habet jus prohibendi alios, nisi in eadẽ sepultura.*
- 9 *In dubio quæ argumenta attendenda sint.*
- 10 *Literis in lateribus parietum incisis credendum. ibi.*
- 11 *Successoribus implorato iudicis officio succurritur.*
- 12 *In servitutibus negativis incipit possessio à tempore prohibitionis.*
- 13 *Ex nomine capellæ intelligitur adificium materiale ipsius.*

DECISIO XXIV.

*An ex armis affixis in parietibus capellæ, & sepulchro ibi extructo competat jus sepulturæ in eo loco, & prohibendi, ne alius sepeliatur? Ad Ordin. lib. 4. tit. 58.*

 *N nobili Villa Guimaranensi in Monasterio Sancti Dominici habet Rodericus Telles de Meneses avitum sepulchrũ in capella maiori Ecclesiæ pariete affixum, ubi conditur Domina Blanca de Vilhena ex Regũ profapia, à marmoris latere pendent armorũ insignia, & in fornicis lapide ævo cõsumpta armorũ discernuntur vestigia. Cumque monachi alteri personæ extraneæ sepulchrũ in eadẽ capella concedere vellent,*

*dictus Rodericus Telles occurrit, & agens pro violentia, inter alia deduxit, quod in eo loco sui maiores sepeliri cõsueverant, dictamq; capellã dotaverant, in probationem adferens cujusdam antiqui testamẽti verba, quæ sic se habent: Mando enterrar meu corpo em S. Domingos de Guimaraes. Item mando, que me naõ ponhaõ monumento alto, mas feito de pedra, & metido só o chãõ em cãpa chaã em cima, & escrevãõ letras na parede, de quem sou, & quẽ foy meu padre. Itẽ dos bens de raiz tomo em parte de minha terça a quinta de Pa-*

*vada, deixo os dinheiros della á minha Capella, que ordeno em S. Domingos de Guimaraens, pelos quaes dinheiros de cada dia mando cantar duas missas no dito Mosteiro, huma por mim, & outra por Fernas, a quem Deos por sua piedade de o seu santo paraiso, que foi meu marido.* Sententia in inferiori Senatu lata fuerat pro Monasterio, quasi Actor deficeret in probatione suæ actionis, causaque delata ad Senatatum inter alia dubia, quæ in processu controvertentur, illud primo occurrebat: An laicus sit capax acquirendi jus sepulturæ in Ecclesia, ut dominus censeretur illius? Et videtur, quod laici in Ecclesiæ sepultura nihil amplius habere possunt, quam jus quoddam sepulchri, seu usus ipsius; quia cum locus sacer sit, & extra commercium ex Ordin. lib. 2. tit. 24. in fine, ibi: *Do serviço das Igrejas, ou Mosteiros, &c.* §. sacrae de rerum divis. & solus ille usus permissus est ex Abb. in cap. 1. de sepultur. Rochus de jure patronat. verbo in ecclesia num. 13. Lambert. in cod. tract. lib. 3. quæst. 5. art. 4. num. 1. Garcia de expensis cap. 8. num. 51. idem Abb. in cap. quanto de judic. Et merito idem Abb. in d. cap. 1. de sepulturis vocat patronum sepulchri, qui jus habet sepulchri: & dicitur sepulchrum hospitium in cap. Ebron 32. quæst. 2. significans, quod in sepulchris laici hospites sunt, non domini, quia eorum dominium apud Prælatos residet. Lambert. quæst. 1. lib. 1. art. 7. num. 4. Antonin. in Summa 3. part. tit. 10. cap. 1. §. 3. Hostiens. in tit. de sepult. r. num. 1. Medices de sepultur. 1. part. quæst. 1.

2 Hic autem usus dupliciter competit, quia aliquando sepulchra sunt familiaria, quæ sibi quis, & suæ familiæ constituit: alia hæreditaria, quæ sibi, & hæredibus, vel quæ paterfamilias, jure hæreditario acquisivit, l. familiaria ff. de religios. & sumptib. funer. & in l. jus familiarium, & in l. jus sepulchri 13. C. eod. tit. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 24. à num. 41. pungit. D. pater meus de renovat. quæst. 19. num. 12.

3 Quibus autem modis, vel argumentis hoc jus probetur, non satis liquet: quare noto, quod in ecclesijs aliqua sunt jura, quæ laicis cõpetere possunt, prout est jus patronatus, qui ex dotatione, & fundatione acquiritur, & per se confert jus sedendi in loco honorifico in ecclesia: prout etiam competit nobilibus mulieribus jus sedendi in loco nobiliori, sicut & nobilioribus hominibus jus deferendi pallium in processionibus, & offerendi, prout etiam jus sepulchri concedi solet, ubi successorum, & hæredum cum proprijs ossa honorabiliter condantur: permittit enim pia Mater Ecclesia, ut laici facilius alligantur ad Ecclesiarum reparationem, & ornatum, unde divinus augeatur cultus, ut talia jura quasi possideantur in gremio ipsius, & laicos hujus juris capaces reddat.

4 Unde duobus modis potest sepultura extrui in capella, quæ quis construxit, vel ita ut dicta capella maneat particularis in illo usu, cæterosq; prohibere possit, ne ibi sepeliantur. Molin. lib. 1. cap. 24. n. 35. Cabed. de jure patronat. cap. 22. num. 5. Vel quando capella jam constructa postea ex contractu usui alicujus particularis personæ applicatur, ut ipse sepulchrum ibi constituat. Quod etiam duobus modis fieri potest, vel assignata dote, per quam quodammodo jus patronatus ipsius acquiritur, vel assignatis redditibus pro officijs, & anniversarijs ibi peragendis, qui redditus loco dotis subrogantur, & ex dote acquiritur jus patronatus, cap. nobis de jur. patronat. Citadinis 3. part. n. 79. Abb. in cap. ad audientiam de eccles. ædif. n. 11. Lambert. 1. part. lib. 1. quæst. 1. art. 10. Cabed. de jur. patronat. cap. 2. n. 1. Ex quo fit, quod jus sepulchri est valde simile juri patronatus, Rochus verbo in ecclesia num. 13. Molin. d. cap. 4. num. 11. D. pater meus de renovat. d. quæst. 19. n. 12.

5 Primo casu non est dubium plenum jus in dicta capella acquiri, cum præcedente contractu ædificium inchoetur: nam licet res sacrae extra commercium sint

sint, nec circa illas venditio subsistat, tamen hoc casu ex contractu, non rei proprietas, sed ipse usus, seu quasi possessio illius juris acquiritur, cujus laicus incapax non est, ad instar juris patronatus.

6 In secundo vero casu, quando capella jam constructa est, tunc attendi debent verba contractus: An ipsa capella prout est, applicetur usui laici dotantis, ut in ea sepulchrum erigat, vel sola concedatur sepultura in ipsa capella ipsi, & familiae circa aliud jus? Et primo casu, nisi verba repugnent, etiam capellae usus in totum concessus censetur. In secundo vero solum jus sepulchri, non tamen ex eo alios prohibere potest, nisi respectu illius sepulchri, seu loci, argum. l. si quisquam ff. de divers. & temp. ibi: *Alium eodem jure uti prohibet.* Archidiacon. in cap. praecipienti 12. quaest. 2. Rochus de jur. patron. verbo in ecclesia num. 17. Garcia d. cap. 8. num. 51. Molin. d. cap. 24. num. 35.

7 Quando autem sumus in dubio, quae argumenta attendenda sint, ut capella concessa videatur, dubitari solet: & inter alia illa efficaciora sunt, quae sumuntur ex assignatione perpetui redditus pro divinis in capella peragendis; tunc enim praesumitur contractum praecessisse. Secundo: quod in pariete sepulchrum elatum constituatur cum armis defuncti, arma enim affixa dominium probant ex Anchar. conf. 113. Lambert. d. quaest. 5. art. 4. num. 3. Tunc praesumitur illud factum in gloriam, & splendorem familiae: sic pariter ex literis in sepulchro, vel alibi incisis colligitur loci, & sepulchri qualitas, Specul. tit. de probation. vers. nono. Paulus in l. si sepulchrum C. de religios. & sumptib. Mascard. conclus. 1298. num. fin. Deinde longævus usus, quod ibi talis persona jaceat, nec in tali loco, vel capella soleant alterius familiae hominis, vel domus sepeliri; tunc enim ex temporis cursu censetur constituta illa obligatio, & sola fama probabit, prout in valde antiquis, gloss. in l. atqui natura

§. qui cum absente ff. negot. gest. Alex. conf. 4. num. 12. volum. 2. Gama decis. 290. num. 1. Boer. decis. 39. Covar. in regul. possessor. 3. part. §. 3. num. 1. Balb. 4. part. 4. principal. quaest. 29. Mascard. conclus. 546. & 224. Unde cum in praesenti dicta D. Blanca juberet, ut ejus corpus in sepulchro humi conderetur, & in pariete simul literae pingerentur, manifeste ostendit, se tam soli, quam parietum esse dominam, quia scriptura in pariete non fit circa nomen domini, circa usum illum, seu quasi possessionem, argum. l. 1. C. nemini licet. signa. Imper. l. si basilicam de oper. public. Bart. in tract. de insignijs, & armis circa princip. Lambert. d. quaest. 5. art. 4. num. 7.

8 Quo supposito cum ex verbis testamenti armis, & testibus satis probetur dictae capellae usum ad D. Blancam spectare, ejusque successores, restat, ut sciamus, An illa, vel ejus successores possint prohibere, ne eo loci aliae personae extraneae sepeliri possint? Et sequendo supradictam distinctionem, resolvendum est, quod si concessa sit simplex sepulchri licentia, utique tanquam particularis concessio non egreditur suos limites, nec alios prohibet nisi in suo sepulchro: si vero vel capella à defuncta constructa sit, vel post constructionem dotata, & ibi defuncti nomine officia perpetuo peragantur, arma, & insignia in parietibus, & locis eminentibus reperiantur, si de alia concessione non constat, praesumendum est privative ad alios possidere, & alios prohibere posse, ne eodem sepulchro, & capella utantur. Unde fit, quod si vel jure sui sepulchri spoliatur, vel alius etiam loco inferri velit, possint successores implorato judicis officio restitui l. Aurelius ff. de donation. Menoch. remed. ult. recuper. n. 3. & 37. ubi de sepulchro agit, Flores ad Gamam d. decis. 290. seu 289. ubi Flores, Lara in l. si quis à liberis ff. de liber. agnosc. n. 32. Cæpola de servit. cap. 71. n. 20. et ganter Bart. l. 2. §. ne ejus ff. de oper. public. Menoch. remed. 15. recuper. n. 47. & remed. 1. n. 444. Zeval. 4. part. q.

879. num. 236.

9 Nec obstat, quod in servitutibus negativis, ut quasi possessio acquiratur, requiritur, quod aliqua à principio intercedat prohibitio quoad alios, ut ab illo tempore incipiat quasi possessio, ut habet gloss. in l. qui luminibus 10. ff. de servit. urbanor. ibi: *Nontamen incipit currere, quo vicinus cœpit ædificare, & tu prohibuisti*: Ripa in l. quominus n. 32. ff. de fluminib. & in cap. cum Ecclesia num. 50. de caus. possess. Balb. de præscription. 4. part. 5. princip. quæst. 5. Adeo ut nec per mille annos amittat vicinus facultatem ædificandi, gloss. in d. l. qui luminibus per l. cum eo ff. eod. l. altius C. de servit. ubi Angel. Jas. in §. æque num. 41. Instit. de action. Gail. pract. lib. 2. cap. 69. num. 8. Otalora de nobilit. 2. part. 3. princ. cap. 2. num. 6. Mascard. conclus. 1330. Satisfit enim, quod qui sepulchrum habet in capella perpetuo, prohibet alios illo jure uti, cū dominus sit, possessioque sua, seu quasi non incipiat à prohibitione, ut in negativis servitutibus respectu vicini, sed à tempore, quo sepulchrum erectum est in capella, quia tunc non acquirere intendit in re vicini, sed propriæ rei, & usui incumbit, in quo in consequentiam prohibet, quando alius se ingerit, quia tunc ingredientem in domum suam repellit, & illo jure uti prohibet.

10 Ex quibus ex testamenti verbis, quibus suam capellam vocat, ibi: *Minha capella*: cui dotem dicta D. Blanca

de Vilhena constituit junctis alijs administraculis, aperte constitit illam, ejusque successores jus habere prohibendi alios: imò pleno jure esse in quasi possessione illius; quia ex nomine capellæ intelligitur ædificium materiale ipsius: ut ex Baron. notat Lara de anniversar. lib. 2. cap. 1. num. 1. Quod quidem testamentum, quod monachi apud se ipsos habebant, illos constituebat in mala fide, arg. Ordin. lib. 3. tit. 27. §. 3. & lib. 4. tit. 79. in fine principij, & lib. 1. tit. 62. §. 38. Cabed. de jur. patron. cap. 10. num. 9. & cap. 7. num. 2. quia contra proprium instrumentum apud se servatum non potest allegari ignorantia, l. non est ferendus ff. de transaction. Balbus de præscript. 2. part. 3. princip. quæst. 10. num. 26. Decius cons. 267. ad fin. Purpurat. cons. 172. num. 3. 1. part. Cabed. decis. 109. 2. part. num. 4. & hac male fide probata nec per mille annos sufficit possidere. Palatius in repetit. cap. notab. 1. §. 1. num. 7. Covar. in reg. possessor. 2. part. §. 8. num. 4. Balb. de præscript. d. 2. part. 3. princ. quæst. 10. num. 26. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 8. num. 25. & cons. 95. num. 9. idem Cabed. decis. 9. 2. part. num. 7.

Ex quibus fundamentis sententia revocata fuit Portuensi Senatu adjudicato usu, seu quasi possessione dictæ capellæ majoris dicto Actori, & vim illi commissam fuisse à monachis, dum extraneas ibi sepelire personas volebant: Scriba Chaves.

## SUMMARI A.

5



*Lectio concessa in successione maioratus debet intelligi inter æquales gradu.*

6 *Semel electus ad maioriã juxta formam institutionis se, & suos descendentes constituit in quasi possessione illius parentellæ.*

7 *Nominatio non constituit consanguinitatem, sed facit eam præsumi.*

8 *Ex quasi possessione alicujus juris transfertur onus probandi contrarium in adversarium.*

9 *Successores à primo instituyente capiunt novo jure in sua persona formato.*

10 *Nominatio soli nominanti præjudicat,*

dicat, non vero tertio.

- 11 Constituto aliquo possessore in rei possessione, non solum ipse, sed omnes ejus successores admissi censentur.
- 11 In persona primi acquirentis omnes successores intellectualiter comprehenduntur.
- 12 Quasi possessio consanguinitatis ad omnes descendentes transit.
- 12 In servitutibus continuis, discontinuis, & negativis quomodo jus acquiratur?
- 13 Successores illius, qui est in quasi possessione illius juris, non tenentur de novo probare suum jus.
- 14 Lite pendente potest unus ex litigantibus dominum adire, & ab eo

impetrare titulum absque vitio attentati.

- 15 Quando successor reivindicacionem movet, potest illi objici defectus dominij.
- 16 Cursus 40. annorum in maioratibus prescribendis non sufficit.
- 17 Primo nominata acquirit jus agnationis presumptione juris sibi, & successoribus.
- 18 Qui habet juris presumptionem, & hanc possessionem consanguinitatis, non repellitur, nisi à parte adversa contrarium probetur.
- 19 Non probata incapacitate successoris, vel non jure ipsius, debet in sua possessione tueri.

## DECISIO XXV.

An possessor maioratus possit per contractum alium post se nominare ad maioratum, & nocere proximiori si ille non probet se à sanguine institutoris descendere? Ad Ordin. lib. 4. tit. 100. §. 2.



Um maioratum ex bonis suis constitueret Aparitius Domingues, hæc verba subjunxit: Quero que succeda Ioaõ Lobo meu neto, & não tendo filhos, ou netos lidimos, que venhão de sua linhagem, ao mais chegado, & mais velho, & mais proveitoso para isto, & que melhor possa manter a dita Capella, & para nam aver contenda, mando que aquelle, ou aquella, q̄ tiver a dita Capella, que antes que morra, jure sobre os Santos Evangelhos, que bem, & verdadeiramente nomear à sem mais bandoria, aquelle, ou aquella, que a dita Capella ouver de filhar, que seria da minha parte, & que descenda da minha linha direita, q̄ a metaõ em posse della. E quando não jurar, ou não quizer jurar, ou não puder, farão a

dita escolha o Bispo de Evora, ou o Prior, que entãõ for de S. Pedro com dous da linhagem, que descenderem da minha linha, & escolhaõ hum da linhagem de Ioaõ Lobo, o melhor, & mais convenhavel, & o mais chegado, & mais proveitoso para isto, & que venha da minha linha.

Devenit maioratus ad maiorem Loba, quæ cum sine descendentibus decessisset, nominavit juxta formam institutionis Dominam Beatricem Loba, suamque asseruit esse consanguineam juramento, à qua successio delata est ad ejus filium, qui in vita (quia carebat legitima sobole) per contractum ad Indos discessurus Dominum Hieronymum Coutinho nominavit, qui ex nobilissima Luporum familia trahit originem: cumque apud Indos diem clausisset

extremum, foror absentis Domina Mariana de Sousa litem movit D. Hieronymo, ut maioratum dimitteret, quia in ejus successione ipsa præferenda erat, quia proximior ultimo possessori. Ultra quod ipsa ab Eborensi Archiepiscopo electa fuerat ad maioratum in forma institutionis. Reus allegabat inter alia, quod ipse nominatus fuit ab ultimo possessore, & se de genere Luporum esse: & ultimo quod Actrix carebat actione, cum non probasset se esse de familia institutoris: sicque succedere jura vulgaria, ut Actore non probante reus absolvatur, l. hos accusare C. edendo l. ult. C. de reivindic. Contra Reum lata est sententia, quæ confirmata fuit in Senatu, à qua cum revisio peteretur, placuit sententiam non revidendam mihi, & D. Ludovico Mendez Barreto, & quæstionem hujus processus in quatuor dividendam duxi.

1 Primo: An ex illis verbis testamenti electio concessa sit inter omnes de familia, vel inter pares gradu?

2 Secundo: An illa electio facta à maiore Loba, in qua juravit se jure, & recte eligere matrem Actricis secuta possessione 40. annorum, eam constituerit in quasi possessione parentelæ.

3 Tertio: An Actrix potuerit pendente lite nominationem ab Archiepiscopo Eborensi obtinere juxta formam institutionis sine vitio attentati?

4 Quarto: An Actrici modo agenti (tanquam proximiori) possit objici, quod non sit de parentelâ, agnatione, & linea testatoris?

5 Et quoad primum notanda sunt institutionis verba, quæ non liberam concedunt eligendi facultatem, sed inter æquales gradu, ibi: *O mais chegado, & mais velho, & mais proveitoso para isto*: quæ verba, ut aliquid operentur, debent exponi, ut electio sit inter æquales, nam si maior natus semper præferendus est, cessat electio. Quare solum illum sensum admittunt, ne libere eligere liceat, ut in l. cum quidam ff. de legat. 2. l. unum ex familia §. si de lege Falcidia

ff. eod. sed inter gradu æquales dignior præferatur cæteris, qui sit dignior, & habilior descendens à testatoris linea effective sumpta: ut explicat Menoch. lib. 4. præsumpt. 88. num. 11. & conf. 233. num. 18. lib. 3. & diximus late supra decis. 8. Quasi dixerit, quod eligat ex proximioribus seniore, & inter æquales proximitate, & ætate utiliore maiorati. Unde non simpliciter invitata est proximitas sine ætate, nec ætas sine utilitate, nec data est libera eligendi facultas, ut eligat, quem velit, ut in d. l. cum quidam, ne dubitemus an stare possit talis concessio propter incertitudinem personæ, arg. l. duo sunt ff. de testam. tutel. Nam hæc concessio restringitur ad certum genus personarum, à quibus eligat consanguineos, scilicet, inter quos data paritate gradus ætatis habeatur ratio, & utilitatis, quasi inter consanguineos sit ultimus possessor arbitrer constitutus, qui utiliore præferat, arg. text. in l. fæminæ C. de secundis nuptiis, ibi: *Dummodo ex his tantum sit, quos tali successione dignissimos juicamus*: Gloss. Bart. & DD. in d. l. cum quidam ff. de legat. 2. late Palat. in rubr. de donation. §. 75. in princ. Gomes in cap. 2. n. 23. de constit. lib. 6. Gomes in l. 17. Taur. num. 18. facit cap. licet ergo 8. quæst. 1. ibi: *Ex omni populo, qui doctior, qui sanctior*: Tiraq. de primogen. quæst. 17. Molin. lib. 2. cap. 5. num. 50.

6 In secunda quæstione maius inest dubium: & videtur dicendum, quod quando ultimus possessor jurat, & sequendo institutionis formam eligit aliquem, quem putat, & credit consanguineum, ex illo actu secuta longa possessione constituitur in quasi possessione illius parentelæ; quia nominatio parentis respectu filij non plene probat filiationem, saltem quasi possessionem illius juris inducit, gloss. 1. in cap. per tuas de probation. & in l. non epistolis C. eod. gloss. in l. pen. ff. eod. communis, ex Dueñ. reg. 341. Covar. de sponsalib. 2. part. cap. 8. §. 3. num. 7. Menoch. de arbitrar. cas. 87. num. 37. Mascard.

con-

conclus. 790. à princ. <sup>2001</sup>  
 7 Quia licet agnatio, vel consanguinitas denotet aliquid naturale, quod à natura, & origine procedit, ac proinde non possit ex sola nominatione effici, l. Caius 12. ff. de jur. patron. l. assumptio ff. ad municipal. illud quidem procedit, quando agitur de constituenda consanguinitate, non vero de ipsa præsumenda: advertit Mascard. ubi supra num. 31. Unde hoc sine dubio procedit in nominatione junctis alijs adminiculis, veluti juramento nominantis in casu sibi permisso, qui noscere consanguineos præsumitur, & illum nominat in actu, qui solum convenit consanguineis, & juramenti sacramento roborat, arg. eorum quæ Mascard. conclus. 793. agens de filio, qui nominatur, & instituitur, cum institutio sit actus soli filio conveniens, l. quidam 132. ff. de verbor.

8 Unde fit, quod extra dubium videtur, quod illa nominatio ultimæ possessoris nominatam matrem Actricis constituerit in quasi possessione parentelæ, ex qua probandi onus contrarium in adversarios transtulerit: in specie observat Mascard. conclus. 411. num. 15. Paleot. de nothis cap. 22. num. 5. Valasc. conf. 179. num. 21. qui quasi possessori hæreditatem paternam adjudicandam censet, quia illa quasi possessio fundat agentis intentionem etiam in proprietate, Otalora de nobilit. 2. part. 3. principal. cap. 10. vers. breviter, Garcia de nobilitat. gloss. 8. num. 11. nisi quando repugnet primus status, ut per eundem ibi num. 8.

9 Obstat tamen, quod illa præsumptio, & qualitas quæ pro primo nominata urget, fuit personalis, quæ ipsius personam non egreditur, quia ad successores extendi nequit, qui non ab ipsa, sed à primo instituyente capiunt novo jure in sua persona formato, & non transmissio à prædecesore l. cohæredi §. cum filiar. ff. de vulgar. Alex. conf. 44. num. 1. lib. 1. & conf. 26. num. 4. lib. 5. Molin. lib. 1. cap. 8. à num. 2. D. Caldas Pereira de potest. eligend. 3. part. cap.

16. num. 3. Mudo enim tantum jure fungitur nominans seu eligens l. unum ex familia §. 1. ff. de leg. 2. ibi: *Quid enim est, quod de suo videtur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit:* Paulus ibi num. 2. Decius conf. 548. num. 8. inducens text. in l. item eorum §. decuriones ff. quod cujusque universitatis nomine l. ita autem §. gessisse ff. admin. tutor. l. pater in fine ff. de manumiss. vindict. ibi: *Solamen enim electionem filio commisit, cæterum ipse manumisit:* pluribus exornat D. Caldas Pereira 3. part. cap. 16. à num. 3.

10 Secundo obstat, quod illa quasi possessio, in qua nominatus, vel habitus pro consanguineo constituitur, operatur respectu nominantis, non vero tertij: explicat Mascard. conclus. 411. num. 18. vel quando ex sola quasi possessione aliquod jus incidenter pertenditur, non vero principaliter ad acquisitionem: agitur Otalora d. cap. 10. à princip. vers. secundo facit argum. l. 2. §. quædam ff. de interdict. & l. 3. §. hoc autem ff. de itiner. actuque: quia quodammodo hæc habent connexam causam proprietatis, ut non sufficiat sola quasi possessio, nisi & proprietatis jus probetur; maxime quando testator in institutione ex sua linea descendentes vocat, quæ qualitas in quolibet successore examinanda est, cum ab eo accipiat, non ab ultimo possessore: ut per supra citatos.

11 Sed adhuc his non obstantibus, verius est, quod constituto primo possessore in quasi possessione ex sua persona jus formetur in singulos successores; nam cum illa qualitas præsumptione juris sanguini inhæreat, in omnes successores derivatur; consideratur enim inter illos quidam status, in quo omnes de sanguine admittuntur, & constituuntur insuccessive, quia ille locus non personas respicit, sed agnationem, & familiam, & in persona primi acquirentis omnes futuri successores intellectualiter comprehenduntur, & continentur juris fictione: sicut alias traditio in maioratibus facta primo non censetur

illi solum facta, sed etiam omnibus sequentibus arg. l. 2. C. de acquir. possess. in terminis Tellus l. 27. Tauri num. 2. & in quacumque concessione generaliter Imola in l. ex facto §. si quis rogatus 1. col. 3. ff. ad Trebell. Adeo ut non requiratur rati habitio sequentium, sed sufficiat primi acceptatio, ut dominium in sequentes transire possit; alias enim cogeremur dicere dominium rerum maioratus esse in pendentem, nisi in sequentem, & vocatum successorem continuaretur, Valasc. de partition. cap. 31. num. 10. & cap. 30. num. 24. Cabed. 2. part. decis. 8. idem Valasc. cap. 13. num. 129. quæ est singularis explicatio ad l. Herenius ff. usur. de quo Costa in tractat. de success. Regni fol. 145 Gama decis. 308. num. 6. & decis. 356. Gomes l. 40. Taur. num. 74. Pelæes de maiorat. lib. 4. quæst. 24. num. 2.

12 Nec obstat secundum: quia potius contrarium est verius, quod consanguinitatis quasi possessio, quæ in persona primi acquirentis semel constitit, ad omnes ejus descendentes transit cum eodem effectu continuative; quia inter eos consideratur quidam status, à quo de jure non possunt, cap. querelam de elect. cujus status quasi possessio ex primo actu acquiritur, qui effectum sortitus est, cap. cum ecclesia de causa possess. cap. consultationibus de jur. patron. cum vulgaribus, Abb. in d. cap. cum ecclesia num. 23. Ripa 52. Oldrad. conf. 312. circa finem, Frideric. conf. 134. Balbus de præscription. 1. part. 5. princip. §. octavo quæro num. 1. Lambert. de jure patron. lib. 2. part. 1. quæst. 3. artic. 11. num. 5. Aymon conf. 124. num. 7. Gutierrez. conf. 3. num. 1. & conf. 4. num. 32. Covar. pract. cap. 39. num. 6. Selva de benefic. 2. part. quæst. 7. Thomas Tribius decis. Veneta 54. lib. 2. num. 1. Caputaquens. decis. 337. num. 6. part. 2. Achilles de Grassis decis. 5. de jure patron. Mascard. conclus. 173. num. 8. & 9. Rotta decis. 7. num. 1. part. 2. diversorum, septem requisita adducit Gonçalves gloss. 45. §. 2. à num. 30. quæ necessaria

sunt, ut iste unicus actus quasi possessionem producat.

13 Unde licet de jure sit differentia in acquisitione, quia in servitutibus continuis ex unico actu quæritur quasi possessio cum patientia adversarij, quia non præsumitur quis sine titulo illo jure uti, l. 1. §. quod autem ff. de acquir. quotid. In discontinuis itineris, vel actus non nisi per 30. dies continuata sit possessio, l. 1. §. hoc interdicto ff. de itinere, quia præsumitur, quod jure familiaritatis bis, aut semel transivit. In negativis vero non à tempore usus, sed à tempore prohibitionis unicus actus enumeratur, Paulus in l. si forte §. sciendum ff. si servit. vindic. Otalora d. cap. 2. num. 6. In nostro casu res est posita extra dubium, cum non per 30. dies, sed per 60. annos continuata fuerit primo nominatæ possessio, quoad ipsa vixit nullo ex consanguineis contradicente. Ex quo fit, quod singuli successores, qui in locum primi nominati subrogantur, & substituuntur, non tenentur suam quasi possessionem de novo probare partibus auditis; ita ut de illo jure constituendo amplius cōtrovertatur, sed per nudam facti probationem de illo statu, seu quasi possessione in possessorio judicio, non vero de proprietate docere, ne deterioris fiant conditionis, quam fuerit eorū prædecessor, quem in statu, & sanguine cum suis qualitatibus reserunt in jure patronatus semel coram Ordinario justificato dixit Gonçalves gloss. 18. num. 26. praxis Neapol. cap. 63. num. 3.

14 In tertio: An detur attentatum, eo quod Aatrix lite pendente adiit Eboresensem Archiepiscopum, à quo novum titulum, & concessionem impetravit, & obtinuit, & puto non committi attentatum, quando actor lite pendente à superiore acquirit titulum, quo coadjuvet intentionem jam fundatam: sicut alias non dicitur attentare emphyteuta, qui pendente lite ad dominum recurrit, Cabed. decis. 120. num. 8. Staphil. de sign. just. fol. 416. n. 6. Sicut alias alienans lite pendente non attentat, Cabed.

Cabed. ubi supra num. 5. Hercul. de attent. cap. 12. num. 5. Stephanus Garcia decis. 70. quia ut consideretur attentatum, debet adversarius spoliari aliqua possessione, vel turbari, vel amoveri ab statu, in quo erat lite pendente, Rottanova decis. 2. tit. de rest. spol. num. 1. Quod non datur respectu novi tituli, cujus confirmatio pendet à futura causa, & sententia, Cabed. ubi supra num. 6.

15 In quarto tandem, An Aëtrici possit objici, quod non sit de sanguine, vel linea defuncti, non obstante, quod ejus mater per 40. annos possederit? Et videtur posse: quia licet attento jure Hispano, ex l. 45. Tauri, possessio civilis transeat in sequentem in maioratu, ratione cujus competit remedium ad piscendam contra simplicem detentorem, ut per Gomes ibi num. 118. & seq. Tamen in hoc Regno nulla civilis possessio transit in maioratus successorem: atque ideo ordinariè debet agere reivendicatione, & translatione dominij, quod acquisivit ex persona primi possessoris, cui etiam nomine sequentium possessio tradita censetur, in quo iudicio omnia possunt objici, quæ tale dominium enervent, tum præscriptio ordinaria non sufficiat ad acquisitionem rerum maioratus, l. 2. C. de usucapion. pro emptor. l. fin. §. sed quia, & §. si autem C. commun. de legat. Gomes l. 40. Tauri num. 81. & secundum communem immemorialis requiratur cursus, de quo latius infra dicemus.

16 Unde cum in nostro casu Aëtrix reivendicationem intendat, dominium debet plene probare, alias reus absolvi debet, l. fin. C. de reivendicat. Barbof. in l. si alienam num. 5. ff. solut. matrim. ubi plura exempla in iisdem terminis: & fuit Angel. in l. liberorum ff. de his qui notant. Abb. in cap. pervenit qui filij, Jas. in l. neque professio num. 3. C. de testam. Alciat. reg. 1. præsumpt. 49. num. 2. Roland. conf. 32. num. 1. lib. 1. Covar. 2. part. de sponsalib. cap. 8. §. 3. num. 1. Surdus conf. 1. num. 62. Quare cum Aëtrix solum quasi possessionem

alleget, non probat dominium, quod proprietatem denotat, nec illi prodelle potest, quod suam quasi possessionem per 40. annos continuatam doceat, quia illa possessio longissimi temporis in maioratibus non transfert nec directum, nec utile dominium, cum immemorialis sit necessaria, licet inter ipsos de familia, vel circa modum succedendi 40. annorum spatium sufficiat; quia eo casu non contra maioratum, sed præter ipsius prohibitionem præscribitur, Cabed. decis. 121. Sic debet accipi Aretin. conf. 23. col. 4. Cravet. de antiquit. 4. part. in princip. n. 4. & 5. differentia num. 9. Dueñ. reg. 140. Cavalc. 1. part. decis. 11. num. 48. Imò nec videtur, quod ex ea possit acquiri quasi possessio, quia per possessionem continuatam per tempus à lege definitum acquiritur vel dominium directum, vel utile secundum gloss. in Auth. tricennale C. de bon. matern. At vero hoc casu ex possessione habita dicitur acquisita quasi possessio consanguinitatis, cum dominium, seu proprietas in rebus maioratus quæri nequeat illo tempore. Ergo ex possessione quæritur possessio. Quod videtur absurdum, cum debeat esse diversa causa ab ejus effectu, & in hoc casu una, & eadem res est causa, & effectus sui ipsius: & sic datur præscriptio possessionis causata ab ipsa possessione. Quare videtur dicendum, quod in rebus maioratus nec talis quasi possessio acquiritur, sed quilibet, qui pertendit successionem ex sua persona, debet agere, seque habilem ostendere non utendo possessione prædecessorum, quæ nihil conducit.

17 Verum his non obstantibus dicendum est, quod primo nominata, à qua Aëtrix causam habet per nominationem factam, & per alia adminicula, de quibus supra, acquisivit jus agnationis præsumptione juris, qua stante tam sibi, quam successoribus ex se idem jus communicatur: & sicut in persona primi acquirentis transferri debuit onus probandi contrarium in adversarios, sic pariter

pariter in persona successorum debet adversarius illam præsumptionem juris elidere, quia ex persona successorum non mutatur jus l. 1. C. ut ab hæred. & contra hæred. l. 2. §. ex his ff. de verbor. obligat. & ex illa quasi possessione per prædecessores continuata acquiritur quidam status, in quo omnes successores positi considerantur, cap. querelam de elect. Cavalcan. decis. 44. num. 2. & 15. 1. part. & in tract. de tutore n. 272.

18 Quare in præsentī casu quia Reus detinebat res maioratus ab illa familia possessas, quando proximiorē ultimo possessori repellere volebat, oportuit, ut probaret Actricem non esse de familia primi institutoris, quod in præsentī factum non extitit, sicque debet accipi l. fin. C. de reivindicat. ut non procedat, quando pro agente adest juris præsumptio, quia ipsa sola legitimam efficit probationem, gloss. in l. si tutor petitus C. de peric. tutor. l. si quis locuples ff. manumiss. testam. & in l. licet Imperator. ff. de leg. 1. l. 3. C. de apochis pub. lib. 11. Alex. conf. 126. vol. 6.

19 Insuper Reus tantam abest, quod de defectu actionis agentis opposuerit, quinimò illius jus agnovit, & approbavit, dum in contrarietate ait,

se nominationem habere factam ab ultimo possessore, qui frater erat Actricis, sequi adstruit recte ab ultimo possessore nominatum, & in forma institutionis, quod quidem est in fratre Actricis approbare legitimum ipsum fuisse successorem, quæ legitimitas ad Actricem ipsius sororem legitimam porrigitur, cū ab eodem stirpite descendant: quam tamen nominationem non rite factam, & contra formam institutionis satis pateat, cum Reus sit extraneus. Cum ergo de viribus utriusque nominationis agendum sit, non est dubium actricem, tam ex sua persona, tanquam proximiorē, ultimo possessori, quam ex nominatione præferendam, cum nihil reus opponat de ipsius, & prædecessorum incapacitate, imò cum se defendat nominatione habita ab ultimo possessore, non potest objicere defectum ipsius, cum ab eo causam habeat, ex Bart. in l. si urbana prædia ff. de condit. indebit. Gamma decis. 16. Et ultra supradicta Rei nominatio alio laborabat vitio, de quo Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 41. & seqq. Atque ex his revisionem cū D. Doctore Luis Mendes Barreto Jurisconsultissimo viro denegandam duximus.

## SUMMARI A.

2  N possit vinculo maioratus subjici emphyteusis.

Emphyteusis perpetua maioratui subjici non potest. ibi.

3 Contra legem contractus emphyteutici est, ut emphyteusis alienari valeat.

Emphyteusis continetur in restitutione fideicommissi. ibi.

4 Contraria verior opinio.

4 Emphyteusis sine domini consensu nullo modo potest maioratui appli-

cari.

5 Emphyteusis etiam libera nominationis non continetur universali fideicommissi.

6 Explicata sententia Ripæ.

Fideicommissarius universalis non est hæres, licet habeatur loco hæredis. ibi.

7 Praxis observat emphyteusim perpetuam posse maioratui supponi.

8 Exemplar ut fidem faciat, quæ requirantur?

9 Commissi delictum non egreditur per-

personam committentis.

Exploditur sententia Caroli Ruy-  
ni. *ibi.*

Exploditur sententia Menochij.  
*ibi.*

Exploditur sententia dicti Patris  
mei, dum sentit dominum, qui em-  
phyteutam non expulit, posse expel-  
lere ejus heredem per exceptionem.

*ibi.*

10 Emphyteuta non potest alium sub  
se constituere domino inconsulto.

11 Sententia lata contra legitimum  
contradictorem successoribus no-  
cet.

12 Per commissum possessoris privan-  
tur successores spe successionis.

DECISIO XXVI.

*An dominus directus, qui in emphyteusim concessit domos maioratus, possit illas  
revendicare, quando possessor sub umbra sui tituli eas alij in emphyteusim  
concedit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 38.*



UM N. possessor maio-  
ratus d<sup>r</sup> Oliveira domos  
dicto maioratu annexas  
in emphyteusim perpe-  
tuam concessisset, ab an-  
tiquo Sanctio Gomezio

do Avelar certa statuta pensione, con-  
tingit, quod hic utilis dominus maioratū  
pariter suorum bonorum instituit, & eas  
domos in fideicommissō, & vinculo  
inclusit; quæ omnia non apertis docu-  
mentis ostendebantur, sed per argu-  
menta, quorum erat primum; quod os-  
tendebatur quædam sententia habita  
tēpore Regis Alfonsi, apud quē cōquesti  
fuerant successores primi institutoris,  
quod bona dicti maioratus do Avelar  
non sufficiebant ad subeunda maiora-  
tus onera, & ideo aliquod ex oneribus  
injunctis erat diminuendum. Qua oc-  
casione Dominus Rex informationem  
suscepit, & ibi fit earum domuum men-  
tio. Deinde aliud erat argumentum,  
quod cum hujus capellæ bona, in mo-  
numento (vulgo tombo) describeren-  
tur, hæ domus ibi descriptæ reperiun-  
tur, & sub horum titulorum umbra, &  
fide tanquam res maioratus possiden-  
tur: quo tandem evenit, quod abhinc  
24. annis maioratus hujus possessor eas

subemphyteuticavit sine domini direc-  
tæ facultate, tuncque dominus direc-  
tus contra utilem egit, obtinuitque  
sententiam, ut rem dimitteret ex commis-  
si causa, & titulo judicati hodie posside-  
bat per spatium 20. annorum.

I. Modo novus successor maiora-  
tus do Avelar agit adversus dominum,  
domos petit, & ipsarum utilitatem, quæ  
suo maioratu erat unita ab antiquo: id  
comprobans autoritate sententiæ Re-  
gis Alfonsi, & monumenti publici, &  
quod sententia commissi sibi non ob-  
stabat, sed illi solum præjudicium ge-  
nerasse assererat, contra quem lata fuit:  
maxime quia non se legitime defendit,  
& sententia habita proponebatur per  
confessionem possessoris, qui suam  
omisit defensionem, in qua non potuit  
sequentibus præjudicare: sententia co-  
ram Præside lata est in favorem Rei,  
quam Senatus revocavit: revisio tandem  
petita fuit, & concessa, & placuit senten-  
tiam Præsidis confirmandam, & revocan-  
dam Senatus, & in processu sequentia  
dubia discussa fuere.

Primum: An emphyteusis perpetua  
possit domino irrequisito capellæ uni-  
ti?

Secundum: An sit sufficiens argu-  
men-

mentum unionis, & consensus domini dicta sententia Regis Alphonfi, & monumenti verba?

Tertium: An possessor emphyteusis ex commissi pœna successoribus noceat?

Quartum: An sententia contra possessorem lata successoribus noceat, ita ut impediatur ingressum causæ?

2 Et quo ad primum, An possit vinculari maioratui emphyteusis? Variè iudicatum dicit Gama decis. 70. Ubi in fine ait, quod si sit perpetua emphyteusis, non potest subjici maioratui; secus si sit generationum; quia tunc saltè ad vitam possessoris valeat annexio: contrarium dicit decis. 214. facta distinctione supra posita, quod emphyteusis ad vitas vinculo maioratus subjici nequeat, si vero sit perpetua, possit: in quo certe sibi repugnat. Hanc ultimam decisionem usu, & praxi Senatus receptam dicit Cabed. decis. 130. Sed fateor, quod ego non satis percipio, quomodo hæc nostrorum pragmaticorum traditio sustineri valeat, cum videam, quod licet emphyteusis perpetua sit dividua, & hæreditaria juxta Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 23. Et licet ob id videatur posse maioratui subjici, tamen esse talem non sufficit, quando applicari nequit maioratui circa alterius præjudicium, prout est domini directi, cujus laudemia fraudantur, & prælatio, quando rem venditam maluerit retinere secundum ea, quæ resolvunt DD. in l. fin. C. de jure emphyt. Tiraq. lib. 1. retract. §. 9. gloss. 3. Caldas Pereira de extinct. cap. 16. num. 93. Jacobin. in Auth. qui rem num. 164. C. de sacros. eccles. Et licet emphyteutæ liceat nunquam alienare, nec de eo dominus possit conqueri; tamen dum res redditur inalienabilis, tollitur naturalis potentia, sicut alias venditio potest fieri sine translatione dominij l. rem alienam ff. de contrah. empt. & tamen ea lege non fit venditio, ne transferatur, l. cum manu facta §. ult. de contrahend. empt. cap. ultim. de condit. apposit.

3 Deinde contra legem contractus emphyteutici est, ut talia bona alienentur, & subjiciantur oneribus maioratus, & fideicommissi; ita ut ex redditibus emphyteuticis sint solvenda opera pia, anniversaria, & similia, quod repugnat naturæ emphyteusis, & concessionis, cum emphyteusim alienare, vel hypothecare non liceat, maxime quando hypotheca fiat cum traditione rei: explicat Negusan. de pignor. 3. membr. 2. part. num. 78. Caldas Pereira de extinct. cap. 5. num. 77. quæ in hoc casu omnino intercedit: ulterius considero, quod si dominus prohibeat, ne talis emphyteusis immittatur in maioratu, valebit prohibitio Cabed. 1. part. decis. 130. num. fin. Pariter ergo dicendum est in tacita prohibitionem, quæ inest, cum taciti, & expressi idem sit iudicium. Nec obstat opinio Ripæ in l. filiusfam. §. divi num. 90. ubi Alciat. num. 21. ff. de leg. 1. dum ex Bart. sententia, in l. si domus §. fin. ff. illo tit. & in l. si patroni ff. ad Trebell. & in l. cum virum C. de fideicommiss. sentit emphyteusim posse directo relinqui per fideicommissum: veluti si hæres gravetur mihi restituere defuncti bona, in tali restitutione etiam includetur emphyteusis, Bart. in d. l. si patroni num. 3. & 4. prosequitur Valasc. de jure Emphyt. quæst. 48. per tot. Ergo & maioratui supponi, ut per fideicommissum deferatur.

4 Quia re bene perpensa contraria sententia videtur verior cum Rolandin. lib. 1. conf. 96. num. 11. quod emphyteusis maioratui nullo modo supponi valeat ex rationibus à me à principio assignatis, ut regula constituenda sit negativa emphyteusim nullo modo posse maioratui uniri sine domini speciali consensu, id enim qualitas rei exposcit, & contractus emphyteutici, nam si emphyteusis est ecclesiastica, ea ad extraneos non transit §. emphyteusim in Auth. de non alien. col. 2. Valasc. d. quæst. 48. num. 2. & ideo nec in fideicommissarium ex Bart. in d. l. si patroni num. 4. Molin. lib. 2. cap. 10. post num. 71. Si autem

tem concessa fit in tali forma, ut ad extraneos hæredes transire possit, ut dicit Valasc. d. quæst. 48. num. 5. Prout in hoc Regno ex usu recepto omnes emphyteuticæ concessiones ad extraneos transire possunt, ut dicit Gama decis. 50. n. 6. (aliter tamen Valasc. conf. 157. num. 6.) adhuc observandum est, quod etiam si consideremus emphyteusim esse liberæ nominationis.

5 Tamen in universali fideicommissio comprehendendi non potest, nisi aliud accedat, quia cū mediante nominatione emphyteusis acquiri debeat, & non aliter; ita ut si nominatio expressa, vel tacita à lege inducta non detur, emphyteusis ad dominum revertatur, Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 2. incipit: *Et finandose*: utique sequitur, quod nullo modo nisi præcedente nominatione acquiri possit. Unde hæres nominatus, & gravatus universali fideicommissio nullo modo tenebitur restituere emphyteusim, quam à testatore non accepit, sed à primo concedente, qui modum, nec conditionem adicere potest, ut illam restituat Petro, quia ille, qui sola nominandi facultate utitur, nihil de suo donat, licet in eum, cui donat, videatur beneficiū conferre, dum nominatū eligit, tamen nominatus à primo concedente accipit: profequitur late Gama decis. 5. D. pater meus de nominat. quæst. 8. num. 9. & 12 Ubi omne gravamen removendum à nominatione dicit, nisi quando à nominato acceptatum fuerit; tunc enim ex novo contractu obligari potest, ut modum, vel conditionem adjectam adimpleat, non vero quando nulla acceptatio præcessit. Quæ omnia à fortiori procedunt in emphyteusi de pacto, & providentia, vel alia, quæ ad certam personarum speciem tantum transire potest. Quod si sit perpetua emphyteusis, & hæreditaria, adhuc consideratur illud grave domini præjudicium circa prælationem, & laudem præstationem, & contra specialem prohibitionem contractus, ne alienetur argum. text. in d. §. divi, ibi: *Sed hæc, nec creditoribus, nec fisco fraudi*

esse. Ergo & à pari ratione nec domino directo, cujus magis interest rem conservari per se, & non uniri propter facilem commixtionem, qua per temporis cursum potest in totum amitti.

6 Unde dum Ripa intelligit res emphyteuticas in fideicommissio generali contineri posse, illud intelligitur naturaliter, dum quærimus, An appellatio- ne bonorum veniat emphyteusis? De quo Tiraq. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 3. & in l. unquam, verbo bona num. 14. D. pater meus de potest. elig. cap. 4. num. 1. Surdus decis. 93. num. 3. ita ut in restitutione contineri possit, datis terminis habilibus, accedente domini consensu: vel quando emphyteusis sit empta ab utroque conjuge, ut quia tunc in restitutione fideicommissi universalis continebitur æstimatio partis testatoris: ut eleganter declarat d. D. pater meus cap. 17. num. 17. Vel quando jubeat testator restitui hæreditatem suam Petro, quem etiam nominat ad emphyteusim; est enim juris indubitati, quod fideicommissarius universalis non est verus hæres, licet habeatur hæredis loco, ex l. Marcellus, l. postulante ff. ad Trebell. ibi: Et haberi hæredis loco pro qua parte restituta ei hæreditas fuisset: profequitur Alex. lib. 2. conf. 8. Unde D. pater meus de nominat. quæst. 8. num. 6. infert, quod fideicommissarius non censetur nominatus, quando hæres instituitur juxta Ordin. lib. 4. tit. 16. in princip. juxta regulam l. magnam C. de contrah. vel committ. de cujus explicatione latissime de nomin. quæst. 10. n. 9. & seqq.

7 Ex quibus in rigore cavendum dicerem à Ripa in d. l. filiusfamilias §. divi ff. de legat. 1. Cabed. d. decis. 130. Molin. lib. 2. de primogen. cap. 10. num. 71. Gama decis. 70. 218. & 214. Flores in d. decis. 70. & alijs eorum opinione in eum sensum accepta, ut generaliter emphyteusis transeat in fideicommissarium universalem. Nec enim potest ex ea traditione bene inferri, quod emphyteusis potest maioratui supponi, cum in fideicommissio

contineantur res testatoris, in quibus nihil obstat, ut transmittantur. At vero in emphyteusi versatur domini directi præjudicium, cujus res sine ejus consensu ad aliam personam transfertur, ut sub diversi tituli umbra possideatur supposita oneribus maioratus cū tanto ipsius præjudicio, licet non diffitebor, quod praxis observat in emphyreusi perpetua maioratum posse constitui, quod quidem servandum est. Et hæc praxis confirmatur ex his quæ Menoch. conf. 504. à num. 3. lib. 6. & conf. 158. num. 65. lib. 2. Hippolyt. Rym. Jun. conf. 18. lib. 1. Bursat. conf. 48. num. 23. Parlador. differ. 73. num. 1. Gama, & Cabed. ubi supra, D. pater receptar. quæst. 28. num. 72. Quod ampliavimus ad rem censualem, ut de ea fiat maioratus, quia si in re, in qua utile tamen dominium est possessoris, hoc admittimus; à fortiori in re, quæ in totum est possessoris: sic judicavimus in processu Ioannis Lopez cum Balthasare do Sisto: Scriba Quintal. Et constabat ibi censum solvi Regiæ Coronæ, & Vicecomiti ejus Donatario, & eo non obstante valuisse vinculum.

8 In secunda quæstione Senatui placuit illa monumenti verba non sufficere; quia licet regulariter probent, ut per DD. in cap. cum causam, de probation. Valasc. de jure emphyt. quæst. 9. num. 26. Tamen in præsentibus obstat, quod exemplar, ut faciat fidem, indiget pluribus. Primum, quod detur legitima causa transcribendi: secundo, quod fiat autoritate judicis: tertio, quod iudex videat originale: quarto, quod fiat citata parte, de cujus præjudicio agitur, Abb. & DD. in cap. 1. de fid. instr. Auth. si quis in aliquo C. de edend. Alex. cōf. 112. lib. 4. Nec sufficit verba, seu capitula truncata offerre, quia scriptura non debet edi per partes, DD. in rubr. ff. de novi oper. argum. l. in civile ff. de legibus; quia in monumēto sine partium citatione possunt omnia describi, non tamen hoc sufficit, nisi partes audiantur, ut sic constet de dominio, quia descripta in libro censuali non

probant rem esse meam quoad tertios, Bald. in l. censuali C. de donation. idē Bald. & Salycet. in l. solemnibus C. de rei vendicat. Alex. conf. 10. lib. 4. Zazius conf. 1. num. 52. Nec insuper conducebant verba sententiæ Principis enuntiativa: quia licet in aliquibus probent, & pro lege habeantur sententiæ Regum, Clem. 2. de probation. l. fin. C. de legib. l. nemo C. de sentent. & interloc. Gama decis. 174. num. 10. Tamen non probat, ubi ad alium finem proferuntur, & ubi verba ad partis postulationem enuntiativa emanarunt, late Surdus conf. 505. num. 8. & quod requiratur, ut probent, conf. 546. ubi late, licet probent in pijs, Bart. in l. 1. §. cum urbem, ff. præfect. urb. Tiraq. de pia cum privil. 86. videndus Barbof. in l. si alienam num. 75. ff. solut. matrim. & D. Caldas Pereira de nomin. quæst. 1. num. 33. idem Gama decis. 287. num. 3. & in verbis Principis decis. 333. explicat Cassan. conf. 10. num. 30.

9 In tertia dubitatione quæstio est bimembris: An scilicet commissi pæna transeat ad successores, vel an commissum incurrens ex altera ex pluribus causis jure expressis, sibi solum noceat, vel etiam successoribus, ita ut in eo omnes amittant spem succedendi? Primo casu receptum est crimen tanquam personale non transire ad hæredes delinquentis: dixit servari Gama decis. 17. à num. 2. & decis. 83. num. fin. & decis. 175. quem cum alijs citat D. Caldas Pereira de extinct. emphyt. quæst. 18. n. 29. Quod sine dubio procedit, quando dominus scivit commissum, tacendo enim eo casu videtur remisisse, alias secus, Menoch. conf. 248. n. 8. lib. 3. & 304. n. 7. Clarus §. feudū quæst. 64. Corbulus in tit. de privat. ob non solut. Canno ampliat. 45. Osascus decis. 29. & 132. Gabriel lib. 7. cōmun. cōcl. 35. à n. 3. Sicq; ex ploditur sentētia Caroli Ruyni cōf. 159. n. 13. quod etiam domino ignorante extinguitur caducitas: quem ex sententia Bursati confutat D. Caldas Pereira ubi supra n. 31. quia eo casu non ex delicto agitur

agitur, sed ex contractu actione in rem, quæ sequitur quemcumque possessorem, ut ibi num. 32. Sic pariter exploditur sententia Menoch. conf. 304. qui putat caducitatis pœnam ipso jure transire ad hæredes, quia falsum est, cū domini declarationē desideret, qui, si scivit, & tacuit, videtur remisisse. Ex quo etiã mihi valde suspecta redditur doctrina Gregor. in l. 10. tit. 4. part. 5. quem sequitur dominus pater meus d. quæst. 18. num. fin. ut dominus, qui de commisso contra defunctum non egit, possit nihilominus per exceptionem hæredem repellere: quod videtur ab omni ratione alienum, ut delictum extinctum reviviscat, ut de eo excipi possit, cum sit notissimum, quod exceptio durat, quandiu principalis actio sublata non est, quia temporalia ad agendum sunt ad excipiendum perpetua, quãdiu principalis actio non proponitur extincta; alias enim fecus: sicut videmus, quod actio perpetua enervatur re à bonæ fidei possessore præscripta longo tempore, ita ut maneat inefficax prima actio brevi tempore, quæ in longissimum esset duratura, l. 1. C. si advers. credit. ibi: *Diuturnum silentium longi temporis præscriptioni corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit, si aebitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant.*

10 In secunda parteq, uod noceat delinquens omnibus successoribus post se etiam in emphyteusi, quæ ad certas, & nominatas personas venire debet, tritissimi juris est: prosequitur doctissime D. pater meus de extinct. cap. 19. à num. 3. & 16. Nec oblitabit quod in præsentis commissum incursum fuit ex subemphyteuticatione, quam tamen constat fieri posse domino irrequisito, & sic non videtur ex ea causa potuisse privari emphyteutam: ut sensit Valasc. de jur. emphyt. quæst. 13. n. 11. ex sententiâ Specul. Azonis, & aliorum, quos ibi citat, quia verius videtur non posse emphyteutam aliam sub se constituere domino incon-

sulto, ex las. num. 110. in l. 3. C. de jur. emphyt. Roman. singul. 181. Canonistæ in cap. nulli §. nos igitur de rebus eccl. Paris. conf. 85. n. 7. lib. 3. idem las. in l. 3. num. 73. ff. de acq. poss. Beroius post Imol. in cap. potuit de locato num. 106. Valasc. d. quæst. 13. n. 11. & quæst. 38. num. 7. nisi subemphyteuticandi concessa fuerit facultas, Campes. de dote 1. part. num. 39. Fabian. de emption. quæst. 28. num. 14. lib. 1. Cujus rei illa est ratio: quia per subemphyteuticationem omne jus emphyteuticum transfertur in accipientem, nihilo penes primum remanente ex las. post gloss. & Alex. in l. 3. §. ex contrario num. 35. ff. acq. possess. idem las. in l. 2. num. 151. C. de jur. emphyt. Riminald. cont. 124. num. 4. lib. 1. & conf. 380. num. 11. lib. 2. Socin. conf. 256. vol. 2. & conf. 96. vol. 3. Bart. num. 3. Alex. 5. in l. ex alie ff. ad Trebell. Afflict. in cap. 1. §. 1. de Capitul. Conrad. n. 17. Ex quo resolvit Acursius in l. fin. verbo alijs vendere de jur. emphyt. emphyteutam vendentem domino directo laudemium solvere debere, non vero emphyteutæ utili, à quo causam habet. Valasc. d. quæst. 38. num. 25.

11 In ultima quæstione sine dubio videtur esse, ut sententia lata contra legitimum contradictorem successoribus noceat. DD. in l. sæpe ff. de re judic. per text. ibi Molin. de primogen. lib. 4. cap. 8. Covar. pract. cap. 13. per tot. Tirac. tit. res inter alios num. 55. & 57. faciunt quæ D. Caldas Pereira de renovat. q. 10. n. 18.

12 Ex quibus cum non constitisset legitime dictas domos fuisse maioratui annexas, imò ex apochis præsentatis appareret pensiones domuum ab omnibus hæredibus receptas fuisse, quod repugnat esse maioratui annexas, quia tunc soli possessori domino directo pensio solveretur: maxime quia constabat abhinc 60. annis retro divisas fuisse inter hæredes, ex cujus temporis cursu apparet dividas esse inter cohæredes, & non ma-

ioratus ex his quæ Valasc. conf. 95. n. 4. & conf. 132. num. 17. Et insuper sententiam latam contra dictum possessorem successoribus nocuisse, quia etiamsi res emphyteutica maioratui adjungatur, censetur sub iisdem qualitatibus, & conditionibus, quæ de ipsius natura procedunt, prout est, ut amittatur, si canon domino non solvatur, quia

sub illa conditione censetur illi, & successoribus concessa, ut singuli solvant, alias sequentes in non solvente priventur jure sibi in spe obventuro: ideo placuit, ut etiamsi hæc domus maioratui subesset, recte domino fuerit adjudicata. Atque ex his sententia Senatus revocata est, confirmata alia Præsidis in gradu revisionis: Scriba Chaves.

## SUMMARI A.



*A*; quæ Regium patrimonium attingunt, reservantur iudicibus Regij patrimonij.

Privative concessa jurisdictio quando dicatur? *ibi.*

2 Explicata Ordin. lib. 1. tit. 9. in fin. princip.

3 Literis acceptatis videtur debitum expirasse respectu acceptantis.

Acceptatio literarum non nocet; quousque perfecte solvatur. *ibi.*

Si creditor longius spatium concedit,

suo periculo facit. *ibi.*

4 Incompetentia nunquam continet nudam nullitatem.

5 Institores an suo, vel domini nomine contrahere censeantur?

6 Suo nomine contrahere videntur institores. *ibi.*

Procurator in dubio censetur procuratorio nomine contraxisse. *ibi.*

7 Contra institores nulla cõpetit actio.

8 Quando institores distrahunt, nulla dubitatio est, quod nomine domini faciunt.

## DECISIO XXVII.

*An institores acceptato mādato domini ad solvendum, finito negotio, teneantur in sua persona, vel dominus?*



*H*abet invictissimus Rex Portugallæ in Provincia Sanctæ Crucis, vel Brasilia ex Summi Pontificis concessione, & privilegio omnes decimas tanquam magnus Magister Ordinis Domini nostri Jesu Christi, quas locavit Gabrieli Ribeiro, ex quibus decimis arcis Præfecto reddecima constituta, & assignata est, ita quod quando Regis decimæ locantur, statim in ipso contractu habeatur ratio reddecimæ, quam idem conductor sol-

vere debet Præfecto arcis.

Contigit, quod dictus Gabriel procuratores, seu institores constituit in dicta Provincia cū mādato amplissimo, & facultate alios constituendi ad omnia, quæ in negotiatione emerisset, quibus præsentatū fuit mandatū Provisoris generalis, quo jubebat, ut procuratori cujusdā Claræ Gomez uxoris Emmanuelis de Palacios duodecim mille nummos exolverent, quia erat conductor reddecimæ, quæ Capitaneo debebat exolvi.

Institores acceptato mandato creditori

ditori consignarunt solutionem in quibusdam sacchari prælis, ex quorum redditibus sequentibus annis non minimam debiti partem creditor consecutus est: rebusque sic stantibus accidit, quod Gabriel Ribeiro decoxit: qua de causa tota negotiatio cum persona conductoris concidit, decimæque de novo conductori traditæ fuere.

Tunc dicta Clara Gomez egit contra institores, ut sibi solverent virtute acceptationis factæ, ipsi se defendunt, quod eorum obligatio respiciebat mensuram, & negotiationem, quia ipsi nomine sui constituentis contraxerant, ad quem dirigebatur ipsa obligatio: in Brasilia Provincia contra Reos sententia lata est, quæ revocata fuit in Senatu illius Provinciæ in iudicio Coronæ, & Regij patrimonij, à qua sententia provocatum extitit, & in hoc Senatu per expeditores gravaminum revocata fuit sententia Senatus Brasiliæ, confirmata prima, quæ Reos damnabat, à qua cum revisio peteretur, concessa fuit, & circa causæ discussionem sequentia in Senatu ventilata fuere.

I Et primo paulisper immorandum ducebant peritissimi Patres circa iudicij expeditorum gravaminum incompetentiam, eo quod ea omnia, quæ Regium patrimonium attingunt, etiam inter patres iudicio Regij patrimonij reservatur, ex cap. 13. Regiminis §. ult. ibi: *E bem assim todas as cousas, que pertencerem a nossa fazenda, & della dependerem per qualquer via que seja, posto que as taes demandas sejaõ entre partes, & nõs sejamos ja pagos, avemos por bem, que pertençaõ aos ditos Veadores da fazenda, & elles conheçaõ dellas por auçaõ nova, ou appellaçaõ*: quibus verbis jurisdictio private ad alios concessa est: explicat late Menoch. præsumpt. 18. 2. part. num. 19. DD. in l. 1. C. de offic. Præfecti urbis: cujus explicationem prosequitur Barbosa in l. 1. art. 4. ff. de iudic. n. 113. & seqq. quia quando circa jurisdictionem concurrunt concessio generalis, & specialis eodẽ tempore, sic jurisdictione di-

tributa quilibet private in sua jurisdictione electus censetur, ex reg. l. solemus §. latrunculator ff. de iudic. ibi: *Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest*, l. quæro ff. de solution. l. 2. C. de executor. & exactor. lib. 12. quia jurisdictione divisim concessa secundum qualitates divisas illum private sequitur, cui commissa est, DD. in l. Titia textores ff. de legat. 1. Barbosa ubi supra num. 120. l. 1. C. de offic. Proconsul. ab speciali, ibi: *Legati non solum civiles sed etiam criminales causas audiant*: Vatius de nullit. ex defect. jurisd. ordin. n. 177. Caravita ritu 295. num. 18. Aymon. conf. 411. à num. 28. lib. 3. Barbof. ubi supra n. 125.

2 Nec obstabit Ordin. lib. 1. tit. 9. in fine princ. ibi: *Porque se a demanda for entre partes, que naõ neguem vossos direitos, naõ pertence o conhecimento do tal caso aos luizes dos nossos feitos da Coroa*: quia procedit in iuribus Regalibus, quæ alterius ordinis sunt, in quibus iudici Regio cognitio non denegatur, quando lis inter partes moveatur, quia eo casu nullum Principis vertitur præjudiciũ: sicque procedit Ordin. lib. 2. tit. 35. §. 7. & lib. 4. tit. 36. §. 6. d. tit. 9. §. 4. ibi: *Naõ se tratando de prejuizo consideravel, que possua vir a nossa Coroa*. At vero, in causis Regij patrimonij etiam quando inter partes versantur, potest aliquando vergeret sententia in præjudicium Principis, sicut in præsentibus, ubi contendebatur super solutione salarii debiti Capitaneo: & Regis interest de hoc cognoscere, quia evacuata dicta conductoris obligatione, ipse Princeps tenetur de suo solvere: atque ideo ratione recursus contra Regem, ut solvat, causa interesse Regis intuetur.

3 Nec pariter obstabit, quod dicto Præfecto arcis solutio facta proponitur per acceptationem mandati à dictis institoribus acceptati, quia qui tradit apocham debiti acceptante creditore, vere liberatur, quia acceptans de novo obligatur, juxta l. filius ff. ad Maced. Bald. in l. quo debito C. de bon. auth. iudic. possidend. nam cum

literæ sint expeditæ, & acceptatæ, brevi manu videtur creditori fuisse numeratum, & ab eo iterum penes campforè depositum, Foller. ad Marant. part. 6. act. 6. num. 50. quia satisfit, quod mihi semper magis placuit, non nocere creditori acceptationem, quousque illi perfecte solvatur, l. si literarum, & ibi Bald. C. de solution. ibi: *Si literarum Aurenensis contemplatione, quas ad Aristonè de numeranda tibi pecunia dederat, recipisse te scripsisti debitum ab Aristone mandato non impleto. cū petitio debiti maneat integra, nihil legitimam exactionem impedire potest*: Rotta Genuense decis. 2. n. 10. Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. num. finale Bursatus conf. 39. lib. 1. ubi solutionem requiri effectu defendit: unde si post acceptatas literas colybricas mercator decoxit, antequam solvat, adhuc prior expeditor literæ tenebitur, l. item illa §. vetus de ff. cōst. pecun. quia adhuc solum constitutum inter utrumque initium est, l. ubi quis 28. ff. eod. Non enim nascitur delegatio, nisi recipiens literas quitationem præster prioris debiti, & sic debet explicari Affli. decis. 353. ut habeat locum reg. l. 3. C. de novation. videndus Surdus decil. 23. num. 7. eleganter Bursatus d. conf. 39. lib. 1. Mantica de tacitis lib. 17. tit. 7. num. 5. Quod sine dubio procedit, dum creditor apocham tradens non longius spatium elargitur, quam in ipsa ad solvendum continetur, quia prorogato termino suo periculo facere censetur. Quod si quis objiciat, quod in nostro casu ex facto creditoris spatium concessum est debitori, ut solveret, & consignata solutio in Prælis sacchari, vulgo *Engenbos*. Ex quo videbatur nullam cōtra Principem superesse actionem. Tamen adhuc dubitari potest: An Princeps teneatur, cum ipse possessionem reddituum occupaverit, forte sine culpa conductoris Gabrielis, & cum de his omnibus agendum sit, illud iudicium privatum est ad omnes causas, quæ Regium patrimonium cōcernunt: quod cum ita sit, inciviler quidem expeditores gravaminum de

hoc gravamine cognoveres, maxime tū hæc causa in prima instantia ad Iudicē Regij patrimonij remissa fuerit: & eodem ordine retento in Curia Brasilica, in eodem iudicio de gravamine cognitum fuerit: quare non potuit recta via hoc gravamen adduci ad expeditores gravaminum, cum potius deferri debuisset ad iudicem Regij patrimonij, ad quem spectabat cognoscere, an sua esset jurisdictio, l. si quis ex aliena ff. de iudic. ne fieret saltus de una specie jurisdictio ad aliam.

4. Nec tandem obstabit, quod supradicta intuentur simplicem nullitatem, quæ in Senatu non solet attendi ex inveterata praxi, de qua Valasc. de partition. cap. 39. num. 72. de quo l. 10. tit. 7. lib. 4. novæ Recopil. text. optimus, qui non solet allegari, in cap. ad petitionem de accusation. ubi denegata fuit restitutio ex comperta veritate, ultra Pinel. Valasc. & alios Barbosa in doctiss. annotation. ad Ordin. lib. 3. tit. 63. Quia respondetur, quod illud obtinebit, ut in Senatu coram iudice, ad quem de jure spectat, cognoscatur de causa, quæ in prima instantia coram incompetenti iudice incepit, non tamen ut in Senatu cognoscatur in tribunali incompetenti, quia erit novissimus error, & incompetencia nunquam continet nudam nullitatem, cum habeat fomentum legis, quæ non pariter patitur talem sententiam valere, Ordin. lib. 3. tit. 75. §. 3. & lib. 1. tit. 5. §. 8. & lib. 3. tit. 87. §. 1. & in alijs mille locis.

5. In altero membro, in quo hujus hæsitacionis decisio versatur, in eo consistit dubium: An institores, qui solutionem debiti consignarunt creditori, censeantur suo proprio, non vero domini nomine contraxisse, ut ipsi conveniri valeant? Quæstionem maiori declarationi relinquit Bart. in l. fin. ff. de institor. explicat eleganter Cuman. ibi, Ias. in §. actionum, num. 51. Instit. de action. de quo est l. 7. part. 5. tit. 1. ubi Gregor. faciunt quæ Barbol. in l. si filio §. fin. num. 23. ff. solut. matrimon. plura D.

Caldas

Caldas Pereira ad l. unicam C. ex delictis defunct. num. 34. & 36. 3. part. idē de nomin. quæst. 9. à num. 28.

6 Ex quorum dictis Rei negotia-  
tioni præpositi acceptando solutionem  
videntur suo proprio, non vero domini  
nomine quasi contraxisse, quia tene-  
bantur exprimere, quod nomine officij,  
& procuratorio cōtrahebant, ex d. l. fin.  
ff. de institor. ibi: *Libertus terminalis rē  
agens Octavij, quibus nomen suæ negotia-  
tionis expressit: & paulo infra inquit:  
Respondi nec jure his verbis obligatur, nec  
æquitatem conveniendi eum superesse: Sic-  
que ex suo contractu institores obliga-  
ri sentit ibi Bartolus, licet in fine cogitā-  
dum relinquat: pro quo facit text. in l.  
procurator qui pro evictione 67. ff. de  
procurator. ubi celebris gloss. verbo non  
levabitur: nam si procurator fidē suam  
adstrinxit, etiam si negotia gerere desi-  
erit, obligationis onere prætoris auxi-  
lio non levatur, quia cum pro domino  
vinculum obligationis suscepit, onus  
ejus frustra recusat, & Modestini sen-  
tentia d. loco, quod aperto ore testatur  
Ulpianus in l. i. §. est autem ff. de exer-  
citor. ibi: *Est autem nobis electio, utrum  
exercitorem, vel magistrum convenire ve-  
limus: l. licet §. possumus ff. nautæ caupo-  
stabil. l. sed et si pupillus §. fin. ff. de insti-  
tor; non enim debent decipi contra-  
hentes §. si plures eadem lege. Imò ex  
chirographo à Reis præstito, ipsi de  
constituta pecunia conveniri possunt,  
ex sententia Iuliani in l. eum qui ff. de  
constit. pecun. ibi: *Siquid debitum tibi  
approbatum erit, me tibi cauturum, & so-  
laturum, sine controversia tenetur Titius de  
constituta pecunia, tertius enim qui institori  
vendit, vel cum eo contraxit, non aliter con-  
traheret, vel venderet, nisi illum emptorē  
sibi obligatum remanere sibi persuassisset:*  
pungit Barbof. 3. part. rubr. n. 82.**

Nam licet in dubio procurator cen-  
seatur procuratorio nomine contraxisse,  
quando ad id mandatum præcessit,  
Menoch. d. præsumpt. 49. num. 22. Sur-  
dus decis. 325. num. 8. Illud quidem pro-  
cedit, ubi ex natura rei elicitur conje-

ctura voluntatis contrahentium, alias  
secus, cum etiam ex pecunia mea emp-  
tum mihi non acquiratur, sed ementi,  
quando aliud non expressit, l. i. C. si quis  
alteri, vel sibi, ibi: *Si pecunia patris man-  
cipia comparata sunt, cum emptiones ma-  
tris tuæ nomine factas esse proponas, igitur  
non debes traditione matrem tuam aomi-  
nam fuisse constitutam, &c.* & notatur in  
l. si ex ea C. de rei vendicat. ibi: *Apud  
quem collocata fuerat, sibi possessiones cō-  
paravit, ipsique traditæ sunt, ut tibi vel om-  
nes tradi, vel quasdā ab eo in te transferri  
injuriosum est:* etiam si sit socius, vel pe-  
cunia communis, l. si patruus C. com-  
mun. utriusque judic. l. si quis societate  
ff. pro socio, exceptis specialibus casi-  
bus, ut in milite est text. in l. si ut pro-  
ponis C. de rei vendic. ibi: *Pecunia tua  
quædam nomine suo comparavit Præses  
provinciæ obtentu militiæ utilem vendica-  
tionem tibi impertiri, &c.* In minore l. cu-  
rator C. arbitr. tutel. in Ecclesia dicit Co-  
var. in cap. 1. de testam. num. 1. prose-  
quitur Barbof. d. num. 82. Nec obstat d.  
l. fin. de institor. ubi non obligatur in-  
stitor ex sua promissione, quia proce-  
dit in epistola concepta per verba enun-  
tiativa, quæ de se non producit obliga-  
tionem, cum sit de præterito, & ad solā  
fidem in se ostendendam creditori: ut  
explicat ibi Bart. sequitur Cuman. ad  
fin. ibi, Donel. in tit. C. de exercitor. late  
Cujat. tom. 1. fol. 1204. lit. E. & 1208. lit.  
A. idem 3. tom. fol. 334. lit. D. Surd. conf.  
326. Afflict. decis. 64. conducunt, quæ  
idem Surdus conf. 19. num. 8.

7 Verum his non obstantibus con-  
traria videtur amplectenda, quod in  
præsenti nulla contra institores cōpe-  
tat actio: primo quia licet dubitari li-  
ceat, cujus nomine contractus celebra-  
tus fuerit, quando procurator nihil ex-  
primit, ut in l. procurator ff. de procu-  
rator. prout multis limitationibus ex-  
plicat Menoch. ubi supra, & Cuman. in  
d. l. fin. qui distinguit inter contractus  
ex utraque parte obligatorios, vel ex  
una tantum per text. in l. eum in 2. res-  
pons. ff. de procurator. & fuit Bart. in l.

procurator qui pro evictione ff. de procur. num. 2. Illud tamen observandum est, quod illa dubietas potest versari in contrahendo ab initio, quia contractus per se hoc, vel illo modo considerari, vel interpretari potest; non vero in distractu, cujus dissolutio intenditur: nec aliter, quam nomine alieno fieri potest, scilicet contrahentis, quia hoc casu materia subjecta repugnat, ut suo nomine quis intendat alium liberare ab obligatione, quam ipse liberans non contraxerat, quia solutio habet naturalem relationem ad debitum præcedens, quod ipso jure extinguitur secuta solutione.

8 Unde fit, quod durante negotiatione, si institor contrahat, dubitare possumus: An suo, vel domini nomine fecerit? Si vero ea durante pro domino solverit, nunquam suo nomine solvisse præsumimus, sed ejus cujus contemplatione fit, argum. l. qui solvendo ff. de negot. gest. ut dominum liberet. Unde ille actus denominatur à suo fine: sicque manente illa negotiatione, vel præfectura, institor convenitur, illa vero dissoluta, dominus, d. l. fin. ff. de institor.

Ex quibus principijs deciditur præsens quaestio, in qua videmus institores chirographum illius liquidæ quantitatis accepisse, non ut contraherent de novo, sed ut dominum ab antiqua obligatione liberarent: quæ illi incumbabat, tanquam pars sui contractus, in quo illa obligatio solvendi reddecimam continebatur; onera enim, quæ contractibus inhærent, non diversificantur ab ipsa obligatione, cui adhærent: cum ergo ex necessitate præcedentis contractus processerint, non est illis imputandum, quod suo nomine gesserint, quod suo nomine geri non poterat. Nec aliud suadent verba chirographi, quæ semper referenda sunt ad obligationem sui principalis, ut in fortioribus terminis meminit Cabed. 2. part. arest. 63. Ubi officialis mercatoris se debitorem falsus est, & signavit, & nihilominus eum non teneri judicatum fuit.

Atque ideo sententiam reforman-

dam Senatui placuit: hic annectere eam duxi, qui postea decisus fuit in processu Iosephi de Nojosa contra Melchiorum Ponce, in quo dubitatum fuit: An institor subrogatus in locum primi, qui apocham dedit nomine mensæ, esset citandus ad recognoscendum, & ut solveret, vel dominus, vel ipse, qui amotus est? Et D. Thomas Pinheiro da Veiga acutissimi vir ingenij, & laboris indefessi dicebat subrogatum citari posse; quia illa obligatio erat facta nomine officij: sicut alias colligitur, quod Decuriones, & universitas citari poterat, quia successores repræsentant prædecessores, argum. l. proponebatur ff. de judic. & illud corpus obligatur l. 1. ff. admin. rerum ad civit. Alex. ab Alex. lib. 3. genial. cap. 1. Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 6. casu 508. Zevall. quaest. 357 quia dicitur unum corpus l. 1. & 2. ff. quod cujusque univers. nomin. l. 1. C. de decret. ab ord. faciend. Sanchez lib. 4. Decal. cap. 11. num. 26. Quare poterit citari ad recognoscendum chirographum prædecessoris ille, qui subrogatus est.

Verum contrarium placuit ea distinctione adhibita, quod si ex scriptura ageretur, vel alia simili, in qua recognitio necessaria non est, ut in chirographo equitis, tunc non est dubium contra successorem agi, ac posset fieri contra prædecessorem in officio. Secus vero quando ex chirographo agitur ad recognitionem ipsius, quia recognitio non fit nisi ab eo, qui cognovit contractum ex reg. l. generaliter C. de non numer. pecun. l. publica §. fin. ff. deposit. Rebuff. 1. tom. ad leges Gall. tit. de chirograph. recognit. num. 55. & in l. subsignatum §. bona ff. de verbor. signif. fol. 292. Si enim repræsentatio personæ sufficeret, utique & hæres posset citari, ut recognoscat chirographum defuncti: quod negat Ordin. d. tit. 25. §. fin. ex l. Marcellus §. fin. ff. rer. amotar. Quare cum scriptis mercatorum non datur fides, ac publicis, quia non reperiuntur in Ordin. lib. 3. tit. 59. §. 15. licet dicamus

mus, quod eorum contractus non indigent publica scriptura, ut in literis cambij dicit Gama decis. 238. hoc est valde diversum à primo: & ideo obti-

nui non posse compelli, ut recognoscat ad via ordinaria agendum: Scriba Dominico de Baſto.

## SUMMARI A.

- 1 **M** Inor dotem constituere nõ potest sine curatoris auctoritate.
- 2 Ponderata l. fin. C. si maior factus. Aetas viginti annorũ, licet habeatur pro completa ex forma statuti, non tamen habetur pro cõpleta ad alienationem immobilium. ibi.
- 3 D. l. fin. etiam habet locum in dote,

quia donatio est.

Distinctio facienda est inter dotem datam filia, vel personæ extraneæ. ibi.

- 4 Frater quãdo teneatur dotare sororẽ. Donatio propter nuptias, & dos in quo differant. ibi.
- 5 Per quinquẽnium elapsum dos nul- liter constituta convalescit.

## DECISIO XXVIII.

An dos data sorori à fratre minore 25. annis sine decreto judicis convalescat per lapsum quinquennij ex l. fin. C. si maior factus alienation. in 2. parte?  
Ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 28. & lib. 3. tit. 42. §. 2.



Um Michael Nunez dotem sorori pauperi constituit in quodam oliveto, in eadem expressit se 20. ætatis annum explevisse: quam donationẽ postea cum jam 34. annorum esset, impugnabat eam asserens nullam ob defectum auctoritatis curatoris, & judicis: & quod insuper, ut confirmari posset, indigebat decennio, ex decreto l. fin. C. si maior factus alienation. in 2. part.

1 Cujus actio jure fundata videbatur, quia illa dotis constitutio videbatur laborare vitio nullitatis, cum à minore sit constituta sine curatoris auctoritate, cui rerum immobilium alienatio interdicta est sine curatore, & judice ex lege, l. lex quæ tutores C. administr. tutor. l. non solum C. de prædijs minor. l. ob æs eod. l. magis puto §. non passim,

junct. l. i. ff. rebus eorum, Dueñ. reg. 88. ampliat. 5. & reg. 187. num. 3. Doctissimus Mendez de Castro in l. cum oportet 2. part. num. 121. C. de bon. quæ liber. Dominus pater meus ad l. si curatorem, verbo contractam fecisti à num. 1. & verbo implorare num. 48. & verbo læsis num. 87. Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 28. & lib. 3. tit. 42. §. 2. Quæ ampliant prohibitionem ad eos, qui veniam ætatis à Principe impetrarunt. Donare autem nec cum decreto judicis valent, l. ult. §. ult. C. si maior factus, Menoch. conf. 29. num. 14. nec ob causam nuptiarum sine prætoris decreto, l. prædia C. de prædijs minor. Bart. in l. si constante num. 76. ff. solut. matrimon. nec ex tali dote trãsit dominium sine curatore, l. mulier 28. C. de jure dot. Barboſ. in d. l. si constante n. 22. & in l. i. i. part. num. 24. & reddit rationem Neguf. de pig- nor,

nor. 1. membr. 8. part. num. 24. quia censetur abesse consensus minoris. Unde cum talis contractus, & dotis constitutio sine solemnitatibus juris facta nulla fuerit, nil mirum, si ipse dotans admitti possit contra actum à se gestum ex his, quæ Barbof. 5. part. l. 1. num. 19. Menoch. lib. 1. conf. 1. num. 100. Quod sine dubio procedit, quando actus est nullus, quia celebratus contra legis prohibitionem repugnantis validitati tanquam contrariæ publicæ utilitati saltè secundario, l. quemadmodum C. de agricol. & censit. lib. 11. Imol. in l. qui superstitis num. 2. ff. acquir. hæred. l. cum vir in fine ff. de usucapion. latissime Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. part. num. 74. & num. 79. ubi late explicat, l. cum à matre C. de rei vendicat. eleganter D. Caldas Pereira 4. part. de jur. emphyt. quæst. 20. à num. 26. Tiraq. le Mort. 7. part. declarat. 1. num. 5. & 11. idem Caldas Pereira de emption. cap. 26. num. 17. Barbofa in l. 1. ff. solut. matrimon. part. 5. n. 17.

2 Nec obstat l. fin. C. si maior factus alienationem lib. 5. dum post quinquennium non permittit contractuum rescissionem, quia ex cursu illius temporis omnis defectus decreti suppletur, explicat D. Caldas Pereira ubi supra verbo contractum fecisti, & verbo læsis: quod quidem quinquennium à vigesimo quinto anno connumerandam dicit idem dominus meus verbo infra legitimum tempus à num. 22. vers. quæ est nova dubitatio. Quod non dubio caret in eo, qui veniam ætatis à Principe obtinuit, ex l. ea quæ C. de temp. in integr. restitut. ibi: *Ex eo die, quo indulgentia nostra, &c.* cui non sine violentia satisficit: atque ideo contrarium dixit Menoch. de recuper. remed. 15. num. 152. ex autoritate Ancharran. conf. 34. col. fin. C. de repudiand. hæred. quem ad hoc ponderat Octavius Simoncellus in tract. de decret. lib. 3. tit. 8. num. 77. & pro sententia patris mei contra Menoch. faciunt, quæ Octavianus ubi supra cap. fin. inspect. 2. casu 1. num. 13.

& lib. 1. tit. 2. inspect. 3. num. 25. vers. his tamen: quia licet ætas viginti annorum habeatur pro perfecta vigore statuti, non intelligitur tamen perfecta quoad alienationem. Ordin. d. tit. 42. §. 2. Et ideo non debet etiam censi quoad ratihibitionem, cum hæc ratihibitio alienationem inducat, consuluit Paulus conf. 161. lib. 2. & addit Socin. conf. 130. num. 2. vol. 1. repetitum vol. 2. num. 235.

Quod si statutum sit, quod maior 20. annorum, minor tamen 24. annorum contrahere possit, non est ampliandum, ut donare possit: atque ex his forsan melius sustinebitur intellectus colendissimi parentis, quem etiam amplectitur Simoncellus de decretis lib. 2. tit. 4. inspect. 3. num. 19. & rursus lib. 3. tit. 8. inspect. 3. num. 24. & 26. adversus Corneum, & alios.

3 Respondetur enim prædictæ difficultati, quod d. l. fin. C. si maior factus alienationem, nobiscum non agit in prima parte, sed in secunda, in qua in donationibus confirmandis decennium exigit, ut defectus suppleantur: quod etiam debet habere locum in dote, quæ donatio reputatur ex Valasc. conf. 31. num. 2. Barbof. 3. part. rubr. ante num. 1. & 1. part. l. 2. n. 166. l. unica §. accedit C. rei uxor. l. ex morte in fin. C. de pact. convent. Unde Oldendorpius in tract. de jur. singul. ait, quod si is, qui non sit parens, dotat, verè donat, quia talis dos acquiritur ex titulo lucrativo, l. fin. §. si à focero, & ibi Bart. ff. quæ in fraud. Valasc. d. conf. 31. num. 2. Barbof. ubi supra: qui distinguit inter dotem constitutam mulieri, quæ postea tradidit marito, & eam, quæ datur ipsi marito: & paulo infra ponit casum in fratre dotante sororem: & sub eadem distinctione decidit, quod si frater in his casibus, in quibus non tenetur sororem dotare, illi dotem constituat, talis donatio subest revocationi per natiuitatem filiorum per l. si unquam C. de revocand. donation. secus si marito donet ex ratione d. §. si à focero, quia

quia ex titulo oneroso accipit, l. cōf. 171. ad fin. lib. 4. Roland. conf. 83. ad fin. lib. 3. Unde cum in præfenti dos assignata fuerit forori ab extraneo, frater enim extraneus censetur, ex l. unica §. extraneum C. rei uxor. ibi: *Omnem citra parentem*. Nec teneatur dotare sororem, nisi ille sit dives, & illa pauper, ut per Palat. in repet. cap. §. 24. num. 3. Barbof. 4. part. l. 1. ff. solut. matrim. num. 125. manet in juris terminis donatio, quæ non confirmatur nisi decennio, cum de paupertate dotatæ non constet, ut dicamus fratrem non donasse, cum iure cogente id faceret, ex reg. l. donari ff. de reg. jur. Menoch. conf. 29. n. 31.

4. Nec obstat, quod in d. l. fin. excipitur ab illa regula, ut per decennium confirmetur donata propter nuptias donatione excepta, Nata conf. 295. Videtur ergo, quod pariter, & ipsa dos eodem iure debeat metiri; quia sunt casus æquiparati per viam regulæ, nam propter quod unumquodque tale, & illud magis, cap. primum de reliq. & venerat. Sanct. lib. 6. D. pater meus ad l. si curatorem, verbo contractum fecisti, num. 1. ad med. Soar. de las arras num. 4. Barbof. in l. si ante num. 3. ff. solut. matrim. fatifit enim in donatione propter nuptias esse speciale, quia ex titulo oneroso procedit. Nec de ea potest argui ad dotem à fratre datam sorori, qui extraneus est, & meram liberalitatem exercet: atque ideo non decennium requiritur, sed quinquennium debet sufficere, ut in reliquis contractibus, de quibus Gama decis. 76. per tot. ubi bona additio, quæ citat plures.

Plane cum à tempore contractus, & dotis sorori assignatæ decennium non sit elapsum, quia ipse in expeditione belli per plures annos detentus proponebatur, utique tempus impedito non currit, l. 1. §. 4. ff. ex quibus causis maiores, l. unica C. annali exceptione, & cōtra præscriptionem ex clausula generali succurritur impedito, Surd. cōf. 268. num. 34. nec indiget protestatione, num. 42. impedimentum excusat, non tamen

dat actionem impedito, Surdus conf. 248. num. 2. & 254. num. 24. de quo quando sit iustum Afflict. decis. 29. & decis. 50. prout morbi carceris Surdus conf. 566. num. 12. & causa Reipubl. D. pater meus de renovat. quæst. 5. à num. 23. & quæst. 7. num. 4. ubi distinguit inter impedimentum facti, & juris, & quomodo probandum late Bart. in l. 2. §. quod diximus ff. si quis cautionem n. 2. nec excusat, quando facile removeri potuit, idem Caldas Pereira quæst. 7. n. 5. & quæst. 11. n. 29.

5. Verum contrarium Senatoribus placuit, quod per lapsum quinquennij dos à principio nulliter constituta sorori convalescat; quia licet dos facta sorori à fratre tanquam ab extraneo, si ipsa non sit pauper, & dotans dives (qui est casus, in quo ipse dotare compellitur) meram donationem saperet, ita ut indigeret decennio, ut confirmaretur juxta d. l. fin. in 2. part. Tamen in præfenti constabat sororem esse pauperem, nec habere, unde dotem susciperet: atque insuper dotem fuisse marito promissam in ipso dotali contractu, in quo ipse dotem stipulatus est, juxta l. si pater marito C. de dotis promiss. ibi: *Si pater marito tuo stipulanti promiserit dotem, non tibi, sed marito contra successores competit actio*: & succedit reg. l. fin. §. si à socio ff. quæ in fraud. creditor. Ubi constāte matrimonio dos in fraudem data non revocatur per creditores; quia dos videtur haberi ex titulo oneroso, & æquiparatur emptori maritus, l. ex promissione 18. ff. de action. & obligation. ibi: *Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor, aut emptor intelligitur, qui dotem petit*: & c. l. sicut 8. §. sed et si permiserit ff. quib. mod. pign. ibi: *Quod si in dotem dederit, vendidisse hoc casu recte videtur propter onera matrimonij*. Unde si contingat dotem constitui, licet verba dirigantur ad mulierem, si tamen in eo contractu maritus intercedat, & sibi stipuletur, illi dos facta censetur, cum illi agendi actio acquiratur, non uxori. Unde ut dos dicatur

catur mulieri facta, debet considerari promissio ipsi mulieri ante contractum matrimonij; quia tunc de ejus manu maritus accipit, & habent locum quæ Barbofa in d. 1. part. 1. 2. à n. 167.

Cum ergo in præsentis utriusque con-

jugi dos promissa fuerit, ex oneroso titulo maritus accipere censetur, nec habere potest locum d. l. fin. in 2. part. Atque ex his fundamentis sententia à peritissimis Senatoribus confirmata fuit: Scriba Gaspar Garces.

## SUMMARI A.

I



Provisorum jurisdictio ad quas causas spectet.

Et an private concessa? ibi.

Nullitas incompetentia omni tempore allegari potest. ibi.

2 Jurisdictio ordinaria à subditis, & non subditis sub eodem Principe prorogabilis.

Prorogatio non solum commodum prorogantium respicit, sed & Reipublica. ibi.

Lex Julia judiciorum ad duo tantum genera judicium ordines redegit. ibi.

3 Ordinarius ad certas personas, vel ad certas causas prorogari potest. In prorogatione solum debet attendi, an fiat sub eadem specie jurisdictionis? ibi.

4 Etiam si judex habeat jurisdictionem limitatam ad quantitatem certam de consensu partiū de maiori quantitate cognoscit.

5 Jurisdictio privata, & limitata prorogari non potest passive, active tamen potest.

Prorogatio nequit admitti cum tertij præjudicio. ibi.

Explicata Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 14.

Explicatur Ordin. lib. 3. tit. 5. §. 3. ibi.

Privilegium miserabilium in totum remitti non potest, in particulari potest. ibi.

6 In judicem vetitum non cadit prorogatio.

7 Provisoris jurisdictio active prorogabilis est.

Defensus D. pater meus. ibi.

Confutatur opinio Valasc. ibi.

8 Renuntiatio fori facta à Lusitano respectu Regni Castella nihil valet.

Valere tamen plures asserunt. ibi.

9 Contraria est verior opinio duobus concurrentibus.

Ponderata Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 14. quæ licet dirigatur ad Episcopos, habet locum in quocumque Principe. ibi.

Qualibet dispositio penalis extenditur in his, quæ respiciunt ipsam dispositionem, licet non extendatur quoad penam. ibi.

10 Sententia lata in Regno Castella contra Lusitanum virtute prorogationis nulla est.

DE

## DECISIO XXIX.

*An jurisdictio Provisorum, de quibus Ordinatio lib. 1. tit. 50. sit prorogabilis? Ad Ordinationem lib. 1. tit. 50.*



Oram hujus Civitatis Provifore quidam Thomas da Costa actionem proposuit contra quendam Antonium Piz-Magoto pro rei venditæ pretio: cumque causa ad Senatū delata esset, aliquibus Senatoribus placuit, & quidem peritissimis, acta annullanda fore, tanquam formata coram iudice omnino incompetenti, cum ad Proviforis officium spectet specialiter ultimas defunctorum voluntates exequi, ut in Ordin. lib. 1. tit. 50. explicatur, & tit. 62. ut apud Hispanos testator Peres tit. 2. lib. 5. Ordinam. fol. 142. Sanchez de matrimon. lib. 1. disput. 33. num. 9. cum seqq. Gregor. l. 3. tit. 10. part. 6. verbo tuiere, Menoch. casu 444. Valasc. conf. 68. Messia Taxa panis conclus. 1. num. 49. & conclus. 6. num. 49. Menoch. lib. 4. præsumpt. 125. num. 17. late Blondus Romæ triumph. lib. 2. Unde fit, quod cum eorum jurisdictio ad certarum causarum speciem, & inter certas personas concessa fuerit, sic private concessa, improrogabilis est, ex Cyno in l. 1. C. de jurisd. omn. jud. Gama decis. 219. D. Caldas Pereira ad l. si curatorem in princ. num. 20. & plures quos citat Barbosa in l. 1. ff. de judic. art. 1. num. 156. Valasc. in specie conf. 27. num. 5. cujus verba sunt: Unde non potest egredi fines suæ jurisdictionis limitatæ ad certas causas, arg. l. solemus §. latrunculator ff. de judic. Bart. in l. in sacris C. de proximis sacror. lib. 12. & infra: nec ejus jurisdictio est prorogabilis, ut habetur in l. 1. ff. de judic. & in cap. P. & G. de offici. delegat. ubi Abb. num. 5. Unde illa nullitas omni tempore allegari potest, gloss. recepta in

Clem. unica de sequestr. possess. Covar. pract. cap. 25. num. 4. Cabed. decis. 22. num. 4. Nam licet Cabed. decis. 36. 1. part. num. 6. & decis. 159. & Valasc. conf. 65. in fine dicant, quod in Senatu acta sustinentur, & partes de jure suo de novo audiuntur: tamen illud est, quando non magna datur nullitas, & insanabilis ex Gama d. decis. 219. num. 1. atque ideo necessario acta annullari debent.

2. Contrarium dixi, ut de causa cognosceretur, quia Proviforis jurisdictio prorogari potuerit, & quia articulus est dubius, in quo Cabed. decis. 22. 1. part. pro hac parte decisum refert, & in contrarium Valascus vergit d. conf. 27. & noster Barbosa aliàs doctissimus non satis in d. articulo rem dirimit, paucis rem expediendam duxi. Adverto igitur, quod jurisdictio ordinaria quantumcumq; alias limitata sit ad personas, potest à subditis, & pariter à non subditis (dummodo subint eidem Principi) prorogari, l. 1. ff. de judic. ibi: *Si se subiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant, inter consentientes, cujus vis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio: cap. significasti de foro cõp. ibi. Jurisdictioni præest, &c. communis in l. 1. C. de jurisd. omn. judic. Ubi probatur quod procurator fisci, qui habet jurisdictionem limitatam inter fiscum, & privatos, l. 1. C. si adversus fiscum, tamen de partium consensu inter privatos jus dicit, ibi: *Non quidem fuit competens iudex procurator noster in lite privatorum, sed cum ipsi eum iudicem elegeritis, & is consentientibus adversarijs, sententiam tulerit, intelligitis vos acquiescere aere re ei ex consensu vestro judicatæ, cum**

*Et procurator judicandi habeat potestatem inter certas personas, & vos incongruum vobis esse judicem, scientes tamen audientiam ejus elegistis: &c.* expendit Paulus in l. testamenta C. de testam. num. 5. gloss. 2. in l. I. C. de Pedam. judic. Ratio est, quia hujusmodi prorogatio non tantum commodum prorogantium continet, sed & Reipublicæ; nam dum prorogant, & consentiunt in judicem non suum, cessant, quæ contra judicem, & ejus jurisdictionem opponi solent, argum. cap. super quæstionum 27. §. verum de offic. deleg. cap. inter 20. vers. quamvis de re judic. Ordin. in tit. 21. Ac subinde lites brevius, & commodius terminantur: quæ ratio movit legem Juliam judiciorum, quæ judiciaria appellatur, à Julio Cæsare Dictatore prolata, dum judices ordinarios ad duo tantum genera Equestris scilicet, & Senatorij Ordinis redegit, & Tribunos Ærarios substulit, ut caute adjiceret, ut privati consentientes possent cuicumque ordinario judici se subicere: meminit d. l. 2. vers. lege Julia, Gellius, & alij relati per Zazium in catalog. legum antiquar. tit. de lege Julia de adulter. vers. mos, Manutius de legib. Roman. fol. 34. & ita contempto qualiquali si suberat præjudicio ordinarij, ad quem cognitio pertinebat ob maius Reip. bonum, prorogatio admittitur.

3 Quod quidem non solum obtinet, quando ordinarius inter certas personas constituitur, sed quando ad certas causas: prout utrumque probat d. l. 1. ibi: *Cum & procurator judicandi habeat potestatem inter certas personas*: agens de causis limitatis inter fiscum, & ejus debitores, utroque enim casu eadem boni publici ratio consideratur, & finiendarum litium: quidquid Cynus in d. l. 1. involvat, Alex. in d. l. testamenta num. 3. Jas. in l. si per errorem, num. 4. ff. de jurisdic. omn. judic. quorum dicta non satis aperit Barbosa d. art. 1. à numer. 121. Unde in prorogatione admittenda, vel deneganda solum attendi debet: An prorogatio fiat sub eadem specie

jurisdictionis ordinariæ, vel sub diversa: veluti si judex est causarum civilium, non fiat prorogatio in criminali, vel è converso; quia cum prorogatio sit extensio ejusdem rei, quæ adhuc est, l. sed si manente ff. de precar. eo casu non esset extensio, sed concessio de novo, quod privatorum potestati non subest, l. privatorum C. de jurisdic. omn. judic. Unde fit, quod licet causa, quæ prorogatur, differat in qualitate ab his, de quibus ordinarius cognoscere potest, adhuc admittatur prorogatio: quia licet causæ differant inter se qualitate, sunt tamen ejusdem speciei, ut quia omnes pertinent ad simplicem jurisdictionem, Bart. in l. inter convenientes ff. ad municipal. Paulus in l. fin. num. 10. ff. de jurisdic. omn. judic. Maranta 4. part. in praxi decis. 6. num. 24. Alex. conf. 68. num. 18. lib. 2. DD. in l. solemus §. latrunculator ff. de judic. pungit Barbosa d. art. 1. conclus. 1. à num. 79. & seqq. licet ipse ibi contrarium videatur asserere: unde de consensu partium prorogatio fit respectu jurisdictionis, quæ tripliciter fit de persona ad personam, de re ad rem, de tempore ad tempus, gloss. in d. l. 1. ubi Bald. num. 5. Ubi dicit de loco ad locum jurisdictionem non prorogari: & rationem assignat, ita ut judex, qui principaliter cognoscere non poterat, possit incidenter, ut in l. quoties C. de judic. text. in l. 2. C. de ordine judic. l. cum civili eod. tit. Quare prorogationem sicut partium consensus inducit, sic pariter eam multa impediunt, prout metus, item error l. si per errorem ff. de jurisdic. omn. judic. Dueñ. reg. 257. Socin. in cap. significasti de foro comp. Quod sine dubio procedit in errore particulari, non vero communi, l. Barbarius ff. de officio prætor. Item pænitentia ante litem contestatam l. si convenerit ff. de jurisd. omn. jud. Insuper personæ inhabilitas, nam minor, & pupillus non prorogant, nisi sibi expediat, Bald. in d. l. 1. C. de jurisdic. omn. judic. num. 6. ubi allegat text. in l. non eo minus C. de procurator. Item impedit

pedit jurisdictionis qualitas, scilicet si sit criminalis, & causa sit civilis, Bart. in l. 1. C. ubi de crimine agi oportet num. 3. gloss. verbo iudicibus in d. l. 1. C. de jurisdic. omn. judic. gloss. in l. 1. & 2. ff. de judic. quia non esset prorogare, sed de novo dare. An autem prorogatio firma sit ante litem contestatam? Dubitat Covar. in cap. quamvis fol. 34. num. 7. & contra aliquos Bald. in d. l. 1. num. 4. tenet statim formam esse prorogationem, & litem contestationem solum efficere, ne postea habeat locum pœnitentia: sicque duplicem esse prorogationem, alteram revocabilem ante litem contestationem, alteram irrevocabilem secuta litem contestatione: quæ litem contestatio etiam non sufficit facta, ut lis pro contestata habeatur, antequam vere à parte contestata sit: prout apud nos disponit Ordin. lib. 2. tit. 20. §. 5. & lib. 5. tit. 124. in princip. & lib. 3. tit. 51. de quo Gama decis. 147. num. 1. Cum enim prorogatio requirat consensum, ille, qui ex contumacia elicitur, non sufficit, ut prorogata censeatur jurisdictionis incompetens, & sic facta contestatio non videtur sufficiens, ita Bald. in d. l. 1. C. ubi de crimine n. 4.

4. Ex quibus elicitur, quod dato vero consensu ex parte prorogantis jurisdictionis limitari jurisdictionem, & ad certas causas tantum, nihil impedit, quod vera prorogatio dari possit, etiam si iudex limitatus sit ad certam quantitatem, ut in l. cum quædam puella §. fin. ff. de jurisdic. omn. judic. l. de quare §. 1. ff. judic. l. inter convenientes ff. ad municipal. Tamen ex subditorum prorogatione de maiori quantitate cognoscit, quia illud est in qualitate solum differre, quia ea, quæ per magis, & minus differunt, non differunt specie, l. fin. ff. de fundo instruct. facit cap. cum olim 1. de offic. de leg. ubi ad diversas causas sit prorogatio, sentit gloss. fin. in l. 1. ff. de judic. ad finem tradit Paulus in l. fin. num. 10. & ibi Cagnolus num. 46. ff. de jurisd. omn. judic. Marianus in d. cap. significasti numer. 29. de foro

comp. Maranta d. 4. part. 6. distinct. num. 24. fol. 147. Paulus in cons. 2. ad fin. lib. 2. Barbosa ubi supra numer. 96.

5. Unde illud, quod dicitur jurisdictionem privativam esse improrogabilem, ita debet accipi, ut jurisdictione limitata, & private ad alios alicui concessa, vel ob faciliorem causarum expeditionem, vel ob alias particulares rationes boni publici, non possit lædi prorogando alterius jurisdictionem, & ita passive, quia cum ad hunc legis prohibitio, pactiones litigantium contra legis prohibitionem non admittuntur: in specie est text. in l. testamenta C. de testament. l. repetita, & ibi Bald. num. 1. C. de Episcop. & Cler. Bald. in l. cum eorum num. 8. C. de sent. & interlocut. & in Auth. habita num. 32. C. ne filius pro patre, Guillelm. in cap. Raynuntius, verbo, & uxorem decis. 2. num. 129. Ordin. lib. 1. tit. 51. §. 1. & 3. Barbof. in d. l. 1. art. 4. à num. 46. ubi ponit exemplum in domino feudi. At vero active, id est, ut prorogari possit jurisdictione iudicis limitati, nihil obstante quominus prorogatio admittatur: & eo modo procedunt jura, quæ limitatæ jurisdictionis extensionem patiuntur ad alias causas, quæ sint diversæ qualitatis, dummodo non sint diversæ speciei. Cujus rei ratio est: quia prorogatio admitti nequit cum præjudicio tertij, quod consideratur respectu iudicis privati, cujus jurisdictione læditur, & boni publici consideratio, quod instituit ad alias causas certum iudicem cum prohibitione aliorum, cujus præcepta infringuntur, DD. in cap. cæterum de judic. ubi Felin. num. 4. Ruynus cons. 7. num. 6. lib. 4. Cabed. decis. 22. num. 2. Ordin. d. lib. 1. tit. 5. in princip. & tit. 87 §. 2. & lib. 2. tit. 63. §. 2.

6. Sicque procedit Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 14. dum prorogationem respectu iudicis ecclesiastici prohibet in casibus, quorum cognitio secularis est: quod observari in Francia asserit

Guillelmus, verbo, & uxorem, decis. 2. num. 53. Aufrer. in tract. de potest. eccl. super laicos quæst. 31. & in Navarra Navarr. conf. 51. de sentent. excommun. num. 5. apud nos Barbosa ad l. 1. ff. de judic. art. 3. num. 139. Unde non obstat, quod vidua, & pupillus, scholastici, & similes, qui certos habent iudices private ad alios, ex l. unica C. quando Imperator, Ordin. lib. 3. tit. 5. §. 3. & lib. 3. tit. 49. §. 2. possint alterius jurisdictionem prorogare, & electione sibi præjudicant de jure Regio, ut in d. §. in fin. licet de jure indecisum reliquerit Marianus in cap. significasti de foro comp. num. 30. & licet miserationis causæ privilegium concessum remitti non posse dixerint plures ex gloss. in d. l. unica verbo excedere C. quando Imperator, Guillelmus in cap. verbo qui cum alia, num. 134. Nam satisfit cum Barbof. in d. l. 1. art. 4. num. 70. privilegium miserationis non esse remissibile in se, & in totum, quia implicat esse viduam, & pupillum de jure miserabilem, & non habere privilegia miserabilium: hoc tamen non tollit, quod tales personæ possint in casibus particularibus suo privilegio renuntiare, quod in ipsorum est favorem introductum, ne in eo inviti detineantur contra reg. l. quod favore ff. de legib. quia aliud est renuntiare privilegio, quod non est licitum, & aliud prorogare, & in consequentiam actus liciti renuntiare per consequentiam privilegio, cujus renuntiatio non est omnimoda, sed ad illum tantum casum.

6 Ultimo in iudicem vetitum, & prohibitum nulla admittitur prorogatio; repugnat enim legis prohibitio, prout est iudicis laici respectu clerici

## S U M M A R I A.



In hoc Regno non permittitur immobilium distractio sine expresso uxoris consensu.

Barbosa opinio quod per hanc legem

cap. significasti de foro comp. cap. si diligenti eod. & clericus respectu laici in causis sæcularibus, saltem de jure Regio Ordin. d. lib. 2. d. §. 14. Gutierr. lib. 3. pract. quæst. 30. num. 2. Peres l. 7. tit. 1. lib. 3. Azeved. d. l. 3. ad fin. tit. 1. lib. 4. Caldas Pereira de potest. elig. cap. 5. n. 9. facit Ordin. d. tit. 49. §. 2. ibi: *Se ella for capaz de prorogação.*

7 Ex quibus principijs manifeste apparet Provisoris jurisdictionem, licet limitatam, esse de se prorogabilem active, ut in eum alieni subditi consentire possint, licet ejus jurisdictione passive non prorogetur; quia private ad alios cognoscit de causis tibi à lege commissis: quod ita accipiendum est, dummodo prorogatio non fiat in diversa jurisdictionis specie, scilicet quæ ad causas civiles spectat: cujus opinionis fuit Cabed. decis. 22. quem sequitur, & probat Barbof. in d. l. 1. art. 1. num. 156. citat Gama decis. 219. Nec aliud dicit D. pater meus d. num. 20. agit enim de officiali, qui extra officium suum, & in rebus ad se non spectantibus scribit, & de iudice, qui se alienæ immiscet jurisdictioni, cujus gesta sequitur aperta nullitas Ordin. lib. 1. tit. 5. §. 8. & tit. 11. §. 2. & lib. 2. tit. 63. §. 10. Non vero agit de proroganda iudicis incompetentis tantum, non vetiti, nec prohibiti jurisdictione: Valascus autem, & jura ab eo citata dirigitur in iudicem vetitum, & prohibitum. Unde vir ille doctissimus dum infert ad Provisoris jurisdictionem, eamque dicit improprorogabilem, non bene videtur attendisse ad juris fontes. Atque ideo merito ab ejus traditionibus discedit Barbof. in d. l. 1. à num. 121. & 156. Scriba Lemos.

non excluditur consensus per tempus collectus. ibi.

2 Metus reverentialis an sufficiat ad rescissionem contractus.

3 Vbi qui reverentialem metum patitur,

titur,

titur, læditur enormiter, contractus annullatur.

4 In metu gravi uxori incusso requiritur, ut cadat in constantem feminam.

Non requiritur realis pænæ illatio, sed sufficit timor probabilis. ibi.

5 Quinque conditiones requiruntur in metu.

6 Sufficit probare minas, licet nihil amplius probetur.

7 Probatis verberibus contractus rescinditur.

In metu magis creditur duobus testibus affirmantibus, quam pluribus negantibus. ibi.

8 Metus, qui difficilis est probationis, per indicia, & cōjecturas probatur.

Qualibet cōjectura requirit duos testes. ibi.

Quis sit metus sufficiens, relinqui-

tur arbitrio judicis. ibi.

Plurimum juvat, si uxor sit protestata se per metum consentire. ibi.

9 Contractus per metum injuriosum gestus an sit nullus?

10 Contractus metu gesti validi sunt.

11 Contractu rescisso an fructus veniant à tempore ipsius?

Tertius emptor, qui nescit metum incussum, bona fide facit fructus suos. ibi.

12 Interpretata l. si mancipium C. de reivendicat.

13 In restituendo emptori pretio quid observandum.

Per impressionem mariti tertius pretium non amittit. ibi.

14 Hac actio quo tempore duret?

15 Superveniens consensus quomodo elici possit.

## DECISIO XXX.

An alienatio facta à marito consentiente uxore per metum valida sit, & metus quomodo purgari valeat? Ad Ordin. lib. 4. tit. 48.



Um Monacha da Cunha Portuensis Civitatis matrimonio constante mandatum generale ad vendenda immobilia concederet marito, metu gravissimo compulsus, quia evaginato ense consensum extorserat, ipse domos vendidit, & post venditionem in Brasiliam Provinciam discessit: mulier per longum tempus siluit, & post mariti discessum dominum directum adiit, ut venditionem approbaret, & de obitu mariti certa litem emptori movit, ut domos dimitteret. In cujus rei favorem in Portuensi Senatu sententia prolata

fuit: & in hac superiori divisio Senatuum votis inferioris Curie sententia revocata extitit, condemnato Reo. Et quia plurima dubia obiter tacta, & decisa fuere, & materia est quotidiana, quia passim ad Senatum similes causæ deferuntur, operæ pretium duxi aliquantulum in ea immorari: agebatur namque in processu de metu, & minis mariti, & an contractus redderetur nullus de minarum probatione, & metus purgatione, pretijque restitutione emptori facienda. Quæ omnia speciali indigent nota: ideo in ea re insudandum duxi, & pro terminorum cognitione sequentia noto.

1 Primo, quod supposito, quod in hoc Regno immobilium distratio absq; expresso uxoris consensu per scripturam publicam prohibita est, ex Ordin. lib. 4. tit. 48. quam satis explicant Pinel. in l. 1. 3. part. num. 19. de bon. matern. Valasc. conf. 83. num. 4. & conf. 77. & 85. Cabed. decis. 31. Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo cum non absimilis num. 33. Barbof. in l. 1. 5. part. num. 36. & 37. & in l. divortio §. fin. Cassan. in consuetud. rubr. 4. §. 7. num. 12. Avend. de exeq. mandat. cap. 12. num. 37. Gama decis. 260. & decis. 270. Licet per hanc legem non excludi consensum præsumptione juris ex temporis diuturnitate collectum, sentiat Barbof. in l. 2. §. fin. ff. solut. matrim. num. 30. Cujus opinio in puncto juris videtur verior, per text. in l. si filius 10. C. de petit. hæred. ex Gomez 2. tom. cap. 11. num. 17. Tiraq. post leges connub. gloss. 7. num. 40. Soares de las deudas num. 28. Lamberteng. de contract. gloss. 7. num. 54. DD. in cap. pervenit de empt. per text. ibi.

2 Contra hujusmodi consensum expressum, vel opponitur de metu reverentiali, vel de metu gravi. In primo non sine lite est: An sufficiat ad rescissionem actus? Negant Bart. in l. 1. ff. quarum actio §. quæ onerandæ, per text. ibi Angel. in §. quadrupli Instit. de action. num. 8. Boer. decis. 100. num. 9. Gutierrez. de jurament. confirm. 1. part. cap. 1. num. 15. & in Auth. Sacramenta num. 93. C. si adversus, Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 9. Gomez 2. tom. cap. 14. num. 27. Covar. de sponsalib. 2. part. cap. 3. §. 6. num. 4. Padilla in l. interpositas num. 16. C. de transaction. Mascard. conclus. 1035. num. 27. Pro qua sententia est text. in l. si patre cogente 22. ff. de ritu nuptiar. l. fidejussor. 26. §. pater ff. de pignor. l. ad invidiam l. si per impressiorem C. de his quæ vi, Menoch. qui dicit receptius lib. 7. præsumpt. 127. num. 1. quia ampliat num. 9. etiamsi uxor clam protestetur se vim pati. Tiraquel. post leges connub. gloss. 5. n. 39.

3 Contrariam sequuntur plures in

d. §. quæ notandæ, Soares allegat. 24. Menoch. de arbitrar. cas. 136. plures citati à Tiraq. & Mascard. ubi supra, Flores ad Gamam decis. 250. qui moventur etiam ex l. fin. §. 1. & 2. ff. eo quod metus causa, l. si quis maior C. de transaction. l. pen. ff. de furtis, quibus satisfacit Morla in empor. 1. part. tit. 8. quæst. 23. num. 3. Omnium tamen est concors sententia, quod ubi qui reverentialem metum patitur, læditur enormiter, actus rescindatur, ex Mascard. ubi supra num. 15. & 28. ubi communem dicit Duaren. sub tit. quod metus cap. 1. Padilla in l. interpositas num. 21. C. de transaction. Menoch. d. præsumpt. 127. num. 5. Covar. in cap. quamvis 3. part. §. 4. num. 7. Huic opinioni videtur accedere nostra Ordinatio dum rescissionem venditionis celebratæ per reverentiam permittit, ibi: *Porque muitas vezes as mulheres por medo, ou reverencia, &c.* prosequitur Sanches de matrim. lib. 4. disputat. 9. num. 12. & disputat. 6. per totum.

4 In metu gravi uxori incusso, ut talis dicatur, requiritur, ut cadat in constantem fæminam, gloss. & DD. in cap. cum locum de sponsalib. ubi Præposit. Abb. in cap. veniens 1. & cap. consultationi post Butrium ibi eod. tit. Roman. singul. 228. Jas. in l. interpositas C. de transaction. vers. nunc tamen, Aretin. conf. 24. Hippolyt. singul. 578. Decius in reg. in omnibus ff. de reg. jur. num. 3. Non tamen requiritur vera, & realis pænarum illatio, sed sat est, ut intercedat timor probabilis proximæ illationis l. nec timorem ff. quod metus caus. ibi: *Potuisse ea pati, quæ dicimus: argum. l. 3. & seq. ff. de donation. caus. mort. ibi: Sed periculi, & propinquæ mortis, &c.* facit l. 15. tit. 2. part. 5. ibi: *O le quiziessse dar algunas penas: Bart. in l. metum autem, num. 1. ff. quod metus caus. Cucus lib. 5. instit. tit. 12. num. 157. Sanches de matrim. lib. 4. disput. 1. num. 6.*

5 Unde quatuor conditiones requiruntur, ut metus sit gravis, d. l. metum:

tum: secunda, ut cadat in virum, vel  
fæminam constantem, l. 2. ff. eo quod  
metus causa: adeo ut non solum metus  
incussio, sed probabilis suspitio metus  
sufficiat ad rescindendum contractum:  
multis comprobatur Sanchez d. quæst. 1.  
num. 17. tertia, ut qui infert, possit mi-  
nas exequi, Cucus d. tit. 12. num. 155.  
Medices de casib. fortuit. quæst. 7. num.  
67. Roland. conf. 83. quarta, ut sit soli-  
tus minas exequi, d. l. metum in eodem  
genere mali comminati, ut per Alex. in  
d. l. metum num. 2. Bart. in l. de pupillo  
§. si quis ff. de novi oper. text. in l. no-  
vissime ff. quod falso tutor. Georg. Na-  
ta in cap. quamvis pactum de pact. lib. 6.  
vers. tertio fallit, Menoch. lib. 3. præ-  
sumpt. 126. n. 24.

6 Sed in hoc articulo pluribus pla-  
cuit, qui receptius dicunt, quod suffi-  
ciat probare minas intercessisse, licet  
amplius nihil probetur, quod maritus  
sit solitus exequi: consuluit Ruynus  
conf. 121. num. 6. volum. 4. Padilla in d.  
l. interpositas num. 20. Merla d. 1. part.  
tit. 8. quæst. 23. num. 2. Mascard. d. con-  
clus. 1055. num. 17. Boer. decis. 100. n.  
11. Gutier. de jurament. confirmat. 1.  
part. cap. 1. num. 15. Alciat. in cap. cum  
contingat num. 1. de jurejur. Gama de-  
cis. 250. num. 5. & decis. 262. num. 1. sibi  
contrarius dicens, quod sufficit minas  
præcessisse, aut maritum fuisse solitum  
sævire: sequitur Flores in d. additione  
decis. 250. Menoch. lib. 3. præsumpt. 127.  
num. 11.

7 Quando ad probationes hujus  
metus recurrimus, probatis verberibus,  
vel flagellis, apud omnes constat con-  
tractum rescindendum, per text. ubi no-  
tat Abb. in cap. causam de offic. dele-  
gat. num. 2. Gama decis. 346. num. 1.  
Bart. in l. si ob turpem ff. de condiçt. ob  
turp. Mascard. d. conclus. 1055. num. 17.  
notatur in l. 2. ff. quod metus caus. & in  
cap. dilecti eod. tit. Nec requiritur, ut  
probetur, quod in ipso actu contrahen-  
di incussus est; quia sufficit, ut à parte  
ante intervenisset, etiam ex longo in-  
tervallo, dummodo duret eadem co-

gendi, & timendi potestas, & causa, l. 2.  
C. quod metus caus. cap. 1. eod. tit. Bart.  
d. l. ob turpem, omnes in l. qui in alie-  
na ff. acquir. hæred. idem Bart. in suo  
tract. de Tyrannide col. 6. & in §. si quis  
d. l. de pupillo quæst. 9. Alex. conf. 1. &  
156. vol. 5. Decius conf. 110. & 468. num.  
23. & conf. 690. num. 11. Bertrand. conf.  
1. num. 87. volum. 2. Hippolyt. in l. pen.  
num. 14. ff. de quæstion. Jas. conf. 72. post  
princip. vol. 1. Ratio est: quia semel in-  
cussus metus præsumitur durare, An-  
gel. in l. ad invidiam C. quod metus  
caus. quod maxime infra decennium  
procedit, gloss. verbo longe in l. 3. C. de  
his quæ vi. Licet alij dicant, quod duret  
matrimonio durante, ut per Menoch.  
d. præsumpt. 126. num. 28. Mascard. con-  
clus. 10. num. 34. & 36. Nec obstabit, si  
ex altera parte probetur, quod in ipso  
actu nullæ minæ intercesserunt, quia in  
hac materia magis creditur duobus te-  
stibus de metu, quam mille negantibus  
illum: ita Innocent. in cap. super hoc de  
renuntiat. commendat. Rebuff. 2. tom.  
ad leges Gall. fol. 176. num. 15. Maranta  
disputat. 6. num. 36. Boer. quæst. 100. n.  
3. Cursius in l. interpositas C. de trans-  
act. num. 28. Et quod notario asseren-  
ti liberum fuisse consensum non cre-  
datur, Maranta disputat. 6. num. 35. quia  
per solum vultum terribilem minæ in-  
cuti possunt, ex Bald. in cap. 1. §. injuria  
C. de pace juram. firm. Angel. in l. qui in  
aliena §. fin. ff. acq. hæred. Jas. in d. l. de  
pupillo §. si quis ipsi quæst. 5. Maranta  
d. disput. 6. n. 17.

8 Atque ideo metus, quia diffici-  
lis est probationis, per conjecturas, &  
indicia probatur, d. l. metum, Bertrand.  
conf. 336. num. 6. volum. 1. Boer. quæst.  
101. à num. 2. Menoch. conf. 1. num. 273.  
& de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 126.  
num. 9. Gama decis. 346. num. 2. Covar.  
d. cap. 3. §. 5. num. 10. Mascard. d. con-  
clus. 1056. num. 3. & seqq. Prædictæ ta-  
men conjecturæ plene probari debent;  
ut sicut probatio per testes ad minus  
duos requirit: sic conjecturalis duas  
saltem habeat conjecturas, quarum

quælibet duobus testibus probetur: advertit Boer. decis. 191. in fin. Alciat. conf. 504. num. 1. & conf. 5. num. 27. Mascard. conclus. 1056. num. 9. eleganter Barbosa 2. part. l. 1. num. 84. Valasc. conf. 154. num. 20.

Qui autem sit metus sufficiens, totum relinquitur arbitrio iudicis, ut attenda qualitate rei comminatæ personæ incutientis metum, & metum passi, & attenda re, quæ per metum fuit extorta: & tandem modo incussionis rem diffiniat, attendendo semper quod in fæmina minor metus sufficit, ex gloss. in cap. cum locum de sponsalib. Abb. in d. cap. cum dilecti col. 2. Covar. d. §. 4. n. 9. Boer. d. decis. 101. num. 2. Molin. lib. 2. de primogen. cap. 3. num. 10. Gama d. decis. 346. num. 1. Tiraquel. l. 9. conubial. num. 160. habito semper respectu, an metus fuerit incussus, ut ille contractus celebraretur, ex Afflict. dec. 246. vel si uxor protestata fuerit se violenter compelli, quia hæc protestatio plurimum juvat, ut in l. at si quis §. plerique ibi solent testari, & in vers. quippe protestantur ff. de religios. & sump. tib. funer. Abb. & alij in cap. fin. de appellat. & in cap. 1. quod metus caus. Bart. in d. l. de pupillo §. si quis quæst. 11. Quod pariter habet locum in protestatione publica, ac in secreta, Bald. conf. 165. ad fin. vol. 2. Socin. conf. 263. col. 4. vol. 2. post med. & conf. 27. vol. 3.

9 Ex superioribus dependet, ut videamus: An contractus per metum sic gestus ab uxore sit nullus, vel valeat merito jure? Nullum dicebat D. Michael de Barreira, quem secuti fuere D. Ferdinandus Cabral, & Alvarus Velho viri, & nobilissimi, & Jurisconsultissimi: quorum patrum sententia aperte comprobatur ex l. 1. C. de rescind. vend. ibi: *Irrita est*: probat l. qui in aliena §. Celsus ff. acq. hæred. ibi: *Dominum hæredem non facere*: in idem est l. qui in carcerem 22. ff. quod metus caus. ibi: *Quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est*: quæ verba, nullius momenti, inducunt nullitatem ipso jure, cum ver-

ba sint temporis præsentis, gloss. in l. jubemus 14. §. œconomus ibi: *Privetur*, C. sacros. Tiraq. in l. si unquam, verbo revertatur num. 21. quia contractus manet sine consensu, in quo consistit substantia, l. obligationum ff. de action. & obligat. Atque ideo ex tali contractu dominium non transferri dixit Fortunius de ultimo sine illation. 2. num. 449. Molin. Theolog. disputat. 326. lib. 2. de justit. tract. 2. pluribus comprobatur Sanchez d. lib. 4. disputat. 8. num. 3.

10 Sed quidem verius est contractus metu gestos validos esse, licet rescindendi sint actione quod metus causa l. si mulier 21. §. si metu coactus 2. ff. de eo quod metus l. si metus 84. ff. acq. hæred. & probatur ex l. 1. eod. Ubi prætor raturum non habet, quod metus causa gestum est: probatur. Instit. de exception. ibi: *Palam est te Iure Civili obligatum esse*: l. fin. C. de his quæ vi, ibi: *Præcipimus infirmari*: sicque dixit Gom. lib. 3. variar. cap. 4. num. 1. cas. 6. Gregor. l. 56. verbo desfecho tit. 5. part. 5. Menoch. conf. 2. num. 17. vol. 1. Padilla in d. l. interpositas n. 4. Barbosa 4. part. rubr. n. 28. & plures, quos citat Sanchez d. disput. 8. num. 4. Nec obstat Ordin. d. tit. 48. in princip. quæ videtur nullum reddere contractum per metum reverentialem gestum, quia si attente legatur, non ex metu reverentialem annullat, sed agit de ijs, quæ tacuit per metum reverentialem: & sic non præstitit consensum expressum. Unde ex defectu consensus expressi annullatur, non vero ex reverentialem metu. Videndus Gutiérrez. conf. 16. num. 15. Bursatus lib. 1. conf. 72. Cenedus 3. part. collectan. 10. Barbosa 4. part. rubr. à num. 29. Afflict. decis. 246. Menoch. cent. 2. cas. 136. Gama decis. 250. num. 346. Surdus conf. 307. numer. 23. & conf. 513. n. 43.

11 Proxime his accedit: An rescisso contractu fructus veniant à tempore ipsius, an à lite contestata? Rationem dubitandi facit, quia in hac actione veniunt non solum fructus percepti, sed & qui potuerunt percipi, l. sed & partus

tus ff. quod metus caus. Jas. in §. quadrupli Instit. de action. num. 53. quia non differt metum fuisse incussum ab emente, vel ab alio tertio, l. si cum exceptione §. in hac ff. quod metus caus. & ibi gloss. verbo ignorantia, Platea, & Angel. in d. §. quadrupli l. non interest, verbo ab alio C. eod. tit. In simul non differt sine uxore emere, vel ipsa per metum consentiente. Et tamen Ordin. d. tit. 48. §. 6. disponit, quod qui spreta uxore emit, non faciat fructus suos: Ergo &c. Deinde facit l. si mancipium C. de reivendic. ibi: *Si mancipium per vim, vel furtum ablatum, alij ex nulla justa causa distraxerunt, vendicanti tibi dominium solvendi pretij nulla necessitas irrogetur.* Sed verius est solum à lite contestata fructus deberi, quando emptor non incusserit metum, vel nesciverit metum incussum fuisse à marito; quia tunc ob bonam fidem suos facit fructus: ut est vulgare in quolibet bonæ fidei possessore, l. ex diverso ff. de reivendicat. ubi communis, etiam si sit factus locupletior: firmat Alex. contra Bart. in l. si vi C. de his quæ vi, num. 8. maxime si lapsus sit triennium, quo usucapiuntur.

12 Nec obstabit d. l. si mancipium, ubi negatur pretij repetitio, quando per metum res vendita fuit; quoniam illo casu, ut gloss. ibi, & in l. 3. C. de his quæ vi, advertit, & sequuntur Bart. & alij, pretium non fuit versum in utilitatem vendentis, quod colligitur ex comparatione furti, de quo in illo text. per quæ colligitur, ex venditione nullum commodum fuisse assecutum venditorem: quemadmodum nec ex furto solet consequi: & sic illi textui convenit intellectus gloss. & communis. Qua ratione perinde est, ac si illi traditum, vel solum non fuisset. Secus vero in nostro casu, in quo non probabatur emptori notas fuisse sævitias, imo bona fide emisse, quo casu fructus lucratur, & venditionis pretium illi debet restitui ab uxore, quæ rescindere contractum intendit.

13 Unde in restituendo emptori

pretio distinguendum est, quod si venditio fiat omnino spreta uxore, uxor rem vendicare possit, nec pretium refundere teneatur, nisi probetur in ipsius utilitatem versum fuisse: quia eo casu emptor pretium amittit, Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 6. Gama decis. 227. Valasc. conf. 83. num. 6. & contra se habet præsumptionem, quod soli marito solverit, cum sine uxore contraxerit. At vero quando uxor intercessit, licet renitens, & compulsa, ita ut emptor ignoret, nec constituatur in mala fide, utriusque pretium solvens habet pro se præsumptionem juris, quod pretium in utriusque utilitatem versum est: tenent plures, quos refert Pinel. in l. 2. num. 64. & 66. quod præsumitur utiliter contumptum, donec contrarium probetur: videndus Rolandin. conf. 64. Joannes Ferrar. in l. eandem 9. ff. de duob. reis, ubi habet, quod præsumptio est, quod ad utrumque provenit pro utili. Et in hoc Regno hæc opinio videtur tenenda, in qua inter conjuges datur bonorum communicatio in simili de patre, & filio simul vendente, Boer. quæst. 23. num. 10. Bertrand. conf. 4. num. 17. lib. 1. Unde uxor suam dimidietatem pretij exolvit, & altera dimidia pars ipsius à marito, & ejus hæredibus condicetur, quia per impressionem mariti tertius bona fide emens pretium suum non amittit, ex Alex. in l. per impressionem C. de his quæ vi in fine, & ab utroque venditore recipit, ex Bart. conf. 124. arg. l. reos §. cum in tabulis ff. de duob. reis, bonus text. in l. vir uxori §. fin. ff. ad Velleian. Curtius Senior, & plures, quos citat Tiraquell. de retract. §. 31. gloss. 1. num. 4. & Boer. quæst. 23. num. 1. Licet de jure communi multi teneant contra Bart. ex eo quia ad maritum rei familiaris spectat administratio, cap. mulier 23. quæst. 1. Ordin. lib. 4. tit. 66. ibi: *Empoder do marido*: Cabed. decis. 106. in princ.

14 Adhuc superest, ut videamus, quo tempore duret hæc actio, quæ in rem scripta est, & contra tertios transiit possess.

possessores, & in eo differt ab actione doli, quæ est personalis, ut probat l. si cum exceptione 24. §. in hac actione ff. quod metus caus. ibi: *Et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensitse*; Sanches de matrim. lib. 4. disput. 8. num. 7. Unde durante matrimonio non currit uxori tempus, cum præcedentis metus causa adhuc durare præsumatur ex Bart. in l. fin. n. 7. ff. de condict. ob. turpem caus. plures sequitur, & citat Gama d. decis. 346. n. 3. & 4. Menoch. d. præsumpt. 126. num. 28. Mascard. conclus. 10. num. 34. Sanches d. lib. 4. cap. 18. num. 7. Quando autem uxor soluta proponatur à potestate viri, videtur, quod agere debet intra decennium, ex l. 3. C. de his quæ vi. Quas res tali metu possessas à tertio possessore longo tempore præscribi posse asserit, in quo tamen semper videbis Pinel. in Auth. nisi num. 35.

15 Ultimo concludam, quod si post venditionem celebratam aliqui superveniant actus, ex quibus appareat mulierem vere consensisse venditioni, metus utique purgatus censebitur; nam si potens, & valens reclamare, tacuerit, vel actum positivum fecerit præcedentis contractus approbativum, utique jam censetur omnis coactio abesse, & ratificatur, quod à principio valide gestum est argum. cap. ad id quod de sponsalib. reg. ratihabitionem de reg. jur. lib. 6. cum vulgaribus Menoch. lib. 3. præsumpt. 126. à princip. Gama decis. 348. num. 5. Alciat. in tract. præsumpt. reg. 1. præsumpt. 21. cum Grammatico Cravetta, Capola, Mascard. conclus. 151. num. 27. Meneses in l. transactionem, C. de transaction. in §. si supra mod. 28. 4. num.

Ex quibus principiis videbatur sen-

tentia confirmanda, quia licet probaretur consensum extorsum ab uxore gravissimo metu, cum & occidere evaginato ense, & strangulare uxorem manibus admotis maritus tentasset, ut consensum eliceret; tamen perfecta venditione ipse discessit; & licet non esset dissoluta societas, & adhuc timoris causa subesset, tamen non erat negandum, quod uxor posset iudicem adire, & suæ voluntatis protestationem facere: quod si objiciatur, etiam circa hæc versari periculum, quia maritus posset reverti, qui solebat minas exequi, tamen adhuc uxor dominum directum adiit sponte sua, & ab eo imploravit contractus confirmationem: quod quidem geri non potest absque animo ratum habendi marito absente, ut omnis compulsionis causa, & suspitio cessaret. Purgato igitur metu contractus valet à principio. Nec obstat Ordin. tit. 8. quæ consensum expressum requirit, cum videatur hic consensus inductus, & præsumptus, & non expressus. Quia responderetur consensum expressum jam à principio intercessisse, & satisfactum fuisse formæ legis: unde dum uxor modo ratificat actum præcedentem, non indiget nova scriptura, quia ex hac approbatione, quæ modo intuetur, colligimus, quod à principio consensus liber, & non coactus præstitus fuit: verum contrarium placuit, & annullatus fuit contractus, quia intercesserat verus metus, qui purgari non poterat, prout in mala fide vere dixit Valasco. conf. 95. num. 16. negans temporis cursu purgari posse, ex doctrin. Bart. in l. fin. num. 7. C. unde vi, Covar. in reg. possessor. 2. part. §. 8. num. 4. Menoch. de recup. remed. 13. num. 70.

SUM.

SUMMARI A.

- 1  *Essio juris ad petendam renovationem an fieri possit? Ultima vita solum habet quandam spem pro renovatione omnibus pro indiviso competentem. ibi. Si admitteretur talis translatio, esset in maximum domini præjudicium. ibi.*
- 2 *Ex consuetudine Regni jus renovationis est legabile.*
- 3 *Hæc consuetudo an extendenda sit ad contractus? Consuetudo illa restringi debet ad emphyteusim secularem. ibi.*
- 4 *Æquitas suggerit, ut dominus renovet.*

- Pacta contra renovationis beneficium apposita remouentur. ibi. Ius renovationis hodie dicitur esse in bonis. ibi.*
- 5 *Consuetudo sicut in profanis admittitur, sic in Ecclesiasticis.*
  - 6 *Non est dispar ratio inter donationem inter vivos, vel per ultimam voluntatem.*
  - 7 *Prælegari potest jus renovandi uni ex liberis, sicut & persona extraneæ.*
  - 8 *Proximior ultimi possessoris non tenetur rem domino revertenti dimittere, etiam quando generationes finita sunt, quia habet remedium renovationis.*

DECISIO XXXI.

*An tertia, & ultima vita in emphyteusi possit jus renovationis per donationem inter vivos, vel causa mortis in alium transferre, & præjudicare proximiori agnato, etiam si emphyteusis sit Ecclesiastica? Ad Ordin. lib. 4. tit. 37. §. 1.*

 *Um quædã Ioanna Ferroa emphyteusim Canonicorum Regularium in tertia vita possideret cum libera nominandi facultate, ipsa per donationem inter vivos jus renovationis petendæ in quendam Antonium d'Aguiar transtulit: cum moreretur, nominatus possessionem apprehendit, cui cum dominus directus vellet renovare titulum emphyteusis, Hieronymus Ferraõ proximior agnatus contra directum dominum, & possessorem prædij libellum porrexit, eo fundamento, quod ipsi tanquam proximi-*

*ori debebat fieri renovatio, quia emphyteusis erat Ecclesiæ, quæ transire non potest ad extraneos. Præses contra Actorem in favorem donatarij sententiam protulit, quæ in Senatu confirmata extitit, per D. Didacum de Britto, & Vincentium Nogueira viros Iurisperitentissimos: & ad me devenit super incidenti, cum evictum jam esset in principali confirmatione, & quia res est digna notatu, eam non duxi omittendam.*

1 *Controvertebatur itaque: An sit cessibilis renovationis jus durante ultima vita, & multa se offerunt, ne val at cessio*

cessio tanquam facta de jure extinguendo morte nominantis, argum. l. quod in rerum 24. §. 1. de leg. 1. ibi: *Si usumfructum habeam, illumque legavero, nisi postea proprietatem ejus nactus fuero, inutile legatum est*: Paulus in l. 5. ff. de usufruct. legat. l. Titio cum moreretur ff. de usufruct. ibi: *In id tempus, videlicet collatus, quo à persona discedere incipit*: Decius conf. 239. num. 7. & 11. Ubi habet obligationem, seu donationem ab emphyteuta factam expirare ejus morte, si per eum finitur titulus, Afflict. quæst. 392. num. 28. & in cap. 1. §. his consequenter hic finitur lex Frider. num. 4. Non enim talis electio post mortem potest sortiri effectum, quando ipsa ultima vita jam nullum jus habet, nec quidquam, nisi quandam spem renovationis omnibus hæredibus pro indiviso competentem. Ac proinde sive donatio fiat inter vivos, cum de præsentibus nullum jus competat, sive per ultimam voluntatem, & via relictæ, quod in tempus inhabile confertur, cum jam extinctum sit jus nominantis, seu eligentis, semper dispositio debet censeri inutilis, argum. l. in tempus ff. de hæred. instit. l. existimo 97. ff. de verbor. oblig. tion. l. lex vectigali ff. de pignor. l. servi electione §. cum fundus ff. leg. 1. tradit Bald. in l. uxor patru C. de legat. Gomes 2. tom. contract. cap. 12. num. 15. late prosequitur D. Pater meus de renovat. quæst. 18. n. 21. & quæst. 17. num. 8. Sicut alias jus primogenituræ retractus protomiseos prælationis, & similia in alium non transferuntur, quia personalia: sic pariter nec renovationis jus, quia personale est hæredi, & proximiori agnato inseparabiliter cohærens, D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 13. num. 7. Deinde facit, quia si admitteretur hujusmodi translatio in vitam ultimæ personæ, esset in maximum domini præjudicium, qui fraudaretur electione, quam habet inter pares gradu, & gratificatione, quia unum alijs præferre potest filijs defuncti, l. unum ex familia §. si de Falcidia ff. de leg. 2. ibi: *Eodem, vel dis-*

*pari gradu satis erit uni reliquisse*: domo in enim ad instar fideicommissarij conceditur, siquidem juris necessitate adstringitur emphyteusim renovare, ut saltem in eo relevetur, ut eligat ex gradu paribus quem malit, Tiraq. de retract. lig. §. 26. gloss. 2. num. 2. & de primogenit. quæst. 17. opin. 2. num. 23. Aretin. conf. 142. num. 13. Gomes l. 45. Taur. num. 57. idem D. Caldas Pereira quæst. 18. num. 23. & quæst. 17. num. 21. & num. 33. Impediturque consolidatio utriusque domini finita generatione, quia statim emphyteusis expirat, ex reg. l. si unus §. 1. & ibi Bald. & l. epistola §. ult. ff. de pact. Tiraq. de retract. convention. gloss. 2. num. 44. & emphyteutam expelli posse dixit Alex. conf. 131. lib. 4. num. 3. Decius, qui dicit communem conf. 146. num. 7. meminit Gregor. in l. 2. tit. 30. part. 3. Tiraq. le Mort. part. 3. declaration. 2. num. 3. Quod sine dubio procedit, stante clausula apponi solita, quod finita generatione ipse dominus possessionem possit apprehendere, ut in venditore probat text. in l. sub hoc pacto ff. de contrah. emption. argum. l. penult. C. de pignor. action. l. creditores C. de pignor. multis comprobatur D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 10. num. 7 & 9.

2 Deinde, quia si patriæ consuetudinem attendamus, qua ultima persona in emphyteusi jus renovationis legari potest, de qua agit Valasc. conf. 157. num. 10. & 11. utique illa admisit in ultima voluntate, ut jus renovationis legabile sit, prout etiam testatur idem dominus meus d. quæst. 17. num. 20. Ubi adducit arrestum Senatus Bracharensis, cujus illa tempestate maxima erat auctoritas; aderant enim in eo florentissimo Senatu viri insignes, & longo ævo memorandi: Dominus Didacus de Sousa, qui postea ob singulares animi mores creatus fuit Episcopus Mirandensis, & obiit Archiepiscopus Eborensis, D. P. Correa, qui Episcopus extitit Ameensis, & Bartholomæus do Valle, qui recusavit Episcopatum Portuensem;

fem; senio enim erat gravis: Sed illud opus recusant pauci, quos æquus amavit: Doctor Tevius literis insignis, D. Antonius d' Almeida, qui postea inter sacri Palatii Consiliarios est euectus, D. Antonius Franciscus d' Alcaçova, qui illius Senatus Cancellarius extitit, Præfectusque Maximus Arcis de Erveredo: & postea à Rege Henrico ultimo in supremum Senatum Supplicationis cooperatus, Procurator Cæsaris creatus fuit: hos enim, & similes sibi Sanctus Frater Bartholomæus, qui clavum almæ illius Sedis moderabatur, sibi delegebatur.

3 Unde cum dicta consuetudo solum recepta reperitur in ultimis voluntatibus, non debet extendi ad contractus, nec ad alias personas, quam inter liberos, in quibus pietatis ratio consideratur, ut à domino directo ille elegatur, quem in suo testamento pater designavit, qui magis suæ familiæ invigilare creditur, ut velit post se prælegi illum, qui suavioribus moribus imbutus, & qui erga fratres maiorem affectionem ostenderit.

Ultimo quia hæc consuetudo cum laicorum sit, debet restringi ad emphyteuses sæculares, non vero ad Ecclesiasticas, quibus tales consuetudines nocere non solent: sicque debet exponi Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 3. & 4. quod non habeat locum in emphyteusi Ecclesiæ, iudicatum dicit Gama decis. 2. num. 4. & decis. 377. num. 7. D. Caldas Pereira de nomin. quæst. 7. num. 39. Unde Ordin. lib. 4. tit. 39. §. fin. & lib. 5. tit. 1. jubet, ut circa emphyteusis Ecclesiæ successionem, & consolidationem servetur Ius Canonicum, non vero sæculare, Clarus §. emphyteusis quæst. 29. num. 1. Burfatus conf. 43. n. 15. & 37. lib. 1. Azor instit. moral. part. 1. lib. 8. cap. 12. quæst. 11. Sánchez in præcepta Decalog. lib. 2. cap. 19. num. 24.

4 Verum contrarium placuit, cujus rei illud videtur esse fundamentum, quod licet ex rigore contractus emphyteutici, & clausulis apponi solitis, finita generatione res emphyteutica libera ad do-

minum reverteretur, & quodam jure consolidationis, utile directo domino reunitum censeretur inseparabiliter, ita ut domino liceret emphyteutam expellere, & propria autoritate possessionem ingredi, & pro ea interdicto unde vi experiri, quia ipse civilem semper habet possessionem, Tiraq. de constit. 2. part. ampl. 11. tradit Bald. cōf. 117. lib. 3. quia possessio naturalis fit iniusta finita ipsius causa, ut per Tiraq. le Mort. 3. part. declarat. 1. num. 4. Valasc. de jure emphyt. quæst. 18. num. 8. D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 18. n. 20. Tamen æquitate suggerente receptum est ut in aliquibus recederetur à rigore juris, quod ita temperandum esse moribus est receptum, ut finita emphyteusi dominus tenere beneficium renovationis impertiri, quando meliorationes adsint ex Valasc. q. 2. num. 7. quia ita decidit ex Bart. sententia in l. 1. §. permittitur ff. de aqua quotid. Caldas Pereira de renovat. quæst. 8. n. 19. & quæst. 9. n. 21. & quæst. 17. n. 25. nobili iudicis officio, quod nullam præsupponit obligationem, l. qui per collusionem, §. fin. ff. de action. empt. Bald. de præscript. 4. part. 4. princip. quæst. 30. Ias. in l. prætor ait §. & aliquando n. 15 ff. de novi oper. nuntiat. & ex honestate solū deberi dixit Caldas Pereira de renovat. quæst. 18. num. 25. Adhuc tamen Alciat. placuit, in cap. quod sedem de offic. ordin. post n. 61. renovationem expediri iudicis officio mercenario, quod præsupponit ex æquitate actionem, & obligationem dari: & Decius conf. 389. n. 8. asserit, quod ille, cui debetur renovatio, potest re ab iniuste investito evocare. Cumq; labentibus annis dominorum ambitio effrænata evaserit, & sæpe clausulas excogitarét, & pacta, quibus beneficium renovationis miseris agricolis adimerent, pariter ex eadem æquitate receptum fuit talia pacta tanquam contra bonos mores apposita rejicienda à contractibus, & nihilominus renovationem concedendam, quia in renovatione concedenda versatur jus publicum, quod privatorum pacto tolli

non potest: prosequitur D. pater meus quæst. 11. de renovation. num. 21. & n. 22. in fine: ubi ita in praxi observari testatur, non obstantibus his, quæ Gama decis. 41. num. 6. & decis. 326. num. 8. idem de renov. quæst. 8. num. 19. Quæ omnia cum ad hunc statum devenissent, in favorem rerum emphyteuticarum possessorum paulisper introductum fuit per quandam tacitam alluvionem, ut illud jus renovationis esse in bonis videatur, & esse patrimonij partem, ita ut pro renovatione obtinenda jus in re competat, dixit Valasc. conf. 157. num. 32 & in tribunalibus judicatum: licet D. pater meus pro eo tamen personalem competere dixerit, de renovat. quæst. 9. num. 5. & quæst. 12. num. 13. & quæst. 19. num. 10. Ex quo apparet, quomodo in his renovationibus consuetudine locorum quotidie per tacitum decemtum detrahatur: unde & emphyteuses dividuas per regiones inter hæredes usu quoque receptum in pluribus locis est, teste Valasc. de partition. cap. 25. num. 7. & conf. 71. num. 11. Insuper receptum, ut illud renovationis jus legari posset, ut recentiori usu observatum testatur Valasc. d. conf. 157. num. 11. cõtra ea quæ D. pater meus suo tempore in usu esse dicit quæst. 17. num. 8. qui multis modis impugnat legari non posse: nec aliud dicit q. 9. in princ. quia agit de eo, qui rē trãsfert cū domini cõsensu, ex qua trãslatione præjudicat successoribus, quos succedendi spe fraudat, non vero agit delegando renovationis jure.

5 Ex quibus apparet, quomodo in favorem emphyteutarum quotidie libera disponendi facultas excrescat præter juris communis regulas, & receptas traditiones, quæ consuetudines sicut in rebus profanis sibi locum vendicant, sic pariter obtinere debent in emphyteusis ecclesiæ utili dominio, quod ab ipsa per tituli emphyteutici concessionem exivit, & legibus sæcularibus subjicitur, quæ est mens Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 6. dum negata utilitate sola reum ad suam judicem remittendum dicit, quia

ex separatione dominiorum utile per se profanum est, & legibus sæculi gubernandum, ex Gama decis. 2. num. 5. & decis. 50. num. 2. & decis. 149. num. 5. & decis. 308. num. 6. & decis. 315. num. 8. D. pater meus de renovat. quæst. 17. num. 9. ad fin. Surdus decis. 160. num. 15. Barbosa l. Titia n. 44. Valasc. conf. 134. n. 13. Costa de success. Regni fol. 102. Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. n. 11. idem D. Caldas Pereira 3. part. de potest. eligend. cap. 15. num. 1. & 34. & ultra omnes Gama decis. 41. n. 4.

6 Ex quibus sententiam confirmari placuit, non enim dispar est ratio inter legatum juris renouandi, & inter donationem inter vivos, quoad potestatem gerentis, cum utroque casu consistat in jure competenti post mortem: imò facilius debet admitti donatio inter vivos, cū alienatio in vita cū domini consensu permessa sit, licet noceat spei illorū, qui successionē pertendūt, quorū jus adhuc non est in consideratione de præsentibus, & antequam illi deferatur, per mortem possessoris à domino aufertur, sub illa enim conditione illud jus competit agnatis, si possessor aliter non disposuerit: sicque procedunt, quæ D. pater meus d. q. 9. in princ.

7 Solum dubitatio versatur circa legatum, quod domini consensu non expeditur, in quo potuit consuetudo Regni juris positivi regulis derogare, & cõcedere disponendi facultatē prælegandi jus renovationis uni ex liberis, sicut & personæ extraneæ, quando talis sit emphyteusis, quæ ad extraneos transire posset, qualis hæc erat, de qua agebatur in præsentibus, per illa enim verba liberæ nominationis potest emphyteusis ad extraneos devenire, licet Ecclesiastica sit, late D. Caldas Pereira de nomin. q. 21. & q. 19. n. 21. facit Ordin. lib. 4. tit. 36. §. fin. ibi: *Seos herdeiros, & successores*: quo casu transit ad extraneos, Dueñ. reg. 103. limit. 10. leges autem Regiæ locū habent in emphyteusi Ecclesiæ, Valasc. q. 20. n. 6. Gama decis. 50. n. 6. idem Valasc. q. 17. n. 12. fuit Scriba Chaves.

8 Hic subnectam, quia ad propositum fecit decisio casus etiam valde notabilis super emphyteusi, cujus cum ultima persona decessisset, frater ultimi possessoris, qui dicebatur Didacus Ribeiro de Miranda, possessionem occupavit: Dominus directus se spoliatum asserens actionem proposuit coram me, qui eo tempore in Portuensi Senatu Prætoris Curialis fungebam officio: dominum non restituendum dixi, quia dolo videtur dominum petere restitutionem rei, quam statim restitutus est, cum præcise fratri, & hæredi debeatur renovatio; extabant enim non mediocria melioramenta: Unde non tenetur proximior agnatus, qui renovationem pertendit, rem dimittere domino volenti ingredi possessionem ex Valasc. d. conf. 157. vers. septimo, quia rem re-

versam non ita facile domini renovant, sicut de re ad mensam reversa dicitur in cap. ut super de rebus Ecclæs. Deinde quia pro renovatione cõpetit jus in re, ex D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 7. num. 28. vers. pro hac etiam: & quod possit retineri pro renovatione Gama decis. 333. num. ultim. Quod cum ita judicasset in Senatu Portuensi, revocata fuit dicta sententia, quam, cum causa delata esset per gravamen ad hunc Senatum, revocarunt Jurisconsultissimi domini Custodius de Figueiredo, vir non vulgariter eruditus, Gondçalus de Sousa, & Nonius d' Affonseca Cabral, confirmata mea sententia, alia Senatus Portuensis revocata, quæ proximior agnatum amovendum decreverat.

SUMMARIA.

- 1  Estamenta inter liberos qua solēnitare indigeāt.
- 2  Testamentum inter liberos valet, si à parente fuerit subscriptum.
- 3 Subscriptio parentis qualis esse debeat.
- 4 Non subscribit, nisi qui in arte scribendi peritus est.
- 5 Duo testes requiruntur, qui videant subscribere.  
Differt testamentum inter liberos à testamento ad pia, quod in hoc requiritur, ut duo testes deponant de contentis in testamento, secus inter liberos.
- 7 Literarum comparatio requiritur.
- 8 Comparationem junctis alijs administriculis satis probare certum est.
- 9 Testamentum patris etiã non subscriptũ sufficit, si dispositio probetur.

- 10 Intellectus Ordin. lib. 4. tit. 80.
- 11 Testamentum inter liberos, ut valeat, debet in eo observari equalitas inter liberos.
- 12 Legatarij an sint idonei testes ad probandam fidem testamenti.  
Legatarij non sunt testes idonei in testamento inter liberos. ibi.  
Legatarij non sunt idonei testes, quando insimul sunt hæredes. ibi.
- 13 Per testes, & filios testatoris non plene probatur fides testamenti.  
Filij nec pro patre, nec contra testes esse possunt. ibi.
- 14 Liboniano locus est, quando quis sibi, & filijs in potestate scribit.  
Secus si filio emancipato. ibi.  
Quando quis sibi, & filijs scribit, requiritur specialis approbatio. ibi.
- 15 Interpretata l. cum oportet C. de bon.

bon. qua. liber.

Quando sibi quis scribit, testamen-  
tum presumitur falsum. ibi.

16 Legatus vel sumit initium in perso-  
na unius, vel in persona plurium.

17 Legatum marito relictum, qui te-  
stamentum scripsit, non valet, &  
in eo habet locum Libonianum.

18 Libonianum unde inceperit.

19 Quando cesset.

20 Casus, in quibus pena remittitur;  
licet relictum non capiatur.

21 Libonianum non habet locum in  
testamento communi.

22 Maritus respectu uxoris dicitur  
persona extranea.

23 Libonianum non habet locum in ca-  
su mixto, & testamento communi.

24 Etiam in odiosis fit extensio ad ca-  
sum mixtum.

25 Specialis subscriptio quomodo con-  
sideretur.

26 In testamento conjugum qualis illa  
subscriptio specialis sit.

27 Liboniano non est locus in nuncu-  
pativo testamento.

Non debet tamen ab scribente le-  
gi. ibi.

## DECISIO XXXII.

De testamento condito à marito, & uxore in eadem charta sine testibus, in quo  
inter liberos disponit, & sibi ipsi legata scripsit maritus, qui testamētum  
scripserat. Ad Ordin. lib. 4. tit. 80.



Estamentum eadem charta  
condiderat Hector Mé-  
dez de Britto cum uxore  
Guimar Dias sine alijs  
testibus, & approbatio-  
ne: & in fine ipsius conti-  
nebantur clausulae sequentes.

*E a todos os ditos tres filhos deixamos  
os terços de nossas almas, & de toda nossa  
fazenda inteiramente, & declaramos, que  
reservamos para nós, ou para qualquer de  
nos todos os usos, & frutos de todos os nos-  
sos terços em nossa vida para o que derradeiro  
falecer poder melhorar com os ren-  
dimentos a quem lhe parecer, & poderá  
atê a hora de sua morte acrecentar, ou di-  
minuir o q̄ lhe parecer a qualquer de nos-  
sos filhos, ou filhas, q̄ lhe parecer necessario,  
& nolo merecer. Et paulo infra: E não  
melhorando o que derradeiro de nós ficar  
com os usos, & frutos dos ditos nossos ter-  
ços a nenhum dos ditos nossos filhos, ou fi-  
lhas, os taes usos, & frutos se partirão*

*igualmente pelos ditos nossos filhos varoës.  
Et iterum paulo inferius: E o que der-  
radeiro ficar poderá despêder, como lhe pa-  
recer, os ditos uso, & frutos, sem lhe pe-  
dir conta alguém, nem elle ter obrigação de  
a dar a pessoa alguã.*

Georgius Rodriguez da Costa ge-  
ner dicti Hectoris testamentum impug-  
nabat eo fundamēto, quod ejus fides vacillabat, cum nullis muniretur testibus, nec constaret manu uxoris fuisse subscri-  
ptum, quam scribendi ignaram asser-  
bat. Atque insuper, quod ipse Hector, qui testamenti notulam confecit, sibi in eodem testamento, & filijs in potestate scripserat, ex quo fiebat Liboniano locus ex infra dicendis.

Quibus præhabitis duo discutiēda pro-  
ponebātur. Primū, An valuerit testamē-  
tum quasi inter liberos sine testibus, &  
approbatione sola subscriptione testan-  
tiū? Secundū, An sit nulla illa clausula,  
quæ respicit tertiæ dispositionē res-  
pectu

Et scribetis, & filiorum in potestate ipsius.

1 Et quoad primum tritissimi juris est, testamenta inter liberos nulla Juris Civilis solemnitate indigere, l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam. Auth. quod sine eod. l. fin. C. fam. hercisc. Auth. si modo eod. tit. Auth. de testam. imperfect. col. 8. sufficit namque ut de voluntate constet, Nata in repetit. d. Auth. quod sine, à num. 51. Cephalus conf. 404. num. 3. Clarus §. testamentum quæst. 7. & quæst. 14. Crassus de success. in eod. §. testamentum quæst. 16. Covar. in cap. relatum 1. num. 12. Zevallos quæst. 136. per tot. Mantica lib. 6. tit. 2. à princ. & num. 9. Costa in cap. si pater, verbo in suo testamento num. 2. Boer. decis. 240. Iosephus Ludovicus conclus. 66. vers. quando vero, Menoch. conf. 42. n. 34. Cabed. decis. 199. Valasc. conf. 67. à n. 12.

2 Unde in dubium revocatur: An testamentum inter liberos valeat, quando ab alio scriptum est, & tantum à testatore subscriptum? Et licet in supradictis juribus non reperiatur cautum, ut sola subscriptio sufficiat, tamen satis deducitur ex text. in d. Auth. si modo C. fam. hercisc. & ex d. Auth. quod sine, ibi: *Sine subscriptione à contrario*: quia subscribens censetur scribere omnia contenta in dispositione præcedenti, principium Instit. de empt. & vend. l. pluribus, ubi Angel. ff. de verbor. Ias. in l. si ita stipulatus §. Chryfogonus num. 2. ff. de verbor. Nata ubi supra num. 34. Mascard. conclus. 1352. num. 65. & est communis ex Valasc. d. conf. 67. num. 8. Gama decis. 61. n. 2..

3 Circa autem modum subscriptionis variant Doctores. Alij namque dicunt non sufficere simplicem subscriptionem testatoris, sed quod debet facere commemorationem testamenti, ne apposito sigillo sine animo testandi fiat, ex Nata ubi supra num. 45. Clarus d. quæst. 14. Valasc. d. conf. 67. num. 11. Mascard. num. 65. ita tamen ut in dubio præsumatur legisse, quod subscripsit, Nata d. loco num. 50. Bart. in l. 1. §. si

quis neget ad fin. ff. quemadmod. testam. aper. Ias. num. 14. in d. l. si ita stipulatus §. Chryfogonus ff. de verbor. Valasc. num. 10. facit l. emptor. §. Lucius ff. de pactis, l. sicut §. non videtur ff. quibus mod. pignus, Nata conf. 287. num. 4. decis. Pedamont. 36. num. 3. Rebuff. in tract. de Chirograph. in præfat. num. 50. Mascard. conclus. 1341. ex n. 4.

4 adhuc autem ut subscriptio locum habere possit, requiritur, quod qui subscribit, sit peritus in arte scribendi, quia alias non sufficet, si subscribat signo crucis, vel alia simili nota, d. Auth. quod sine: & in eo differt ab eo, qui subscribit, ut testis, quia signum pro subscriptione sufficit exaratum ab imperito in arte scribendi. Sicque procedit Ordin. lib. 3. tit. 25. §. penult. ibi: *Por elle feito ou subscripto*, & lib. 4. tit. 80. §. 1. prosequitur Beroius decis. 24. à n. 4. qui requirit, ut adsint duo testes, qui deponant, quod testator jussit scribere: sequitur Iosephus Ludovic. conclus. 66. vers. quod vero, Mascard. d. conclus. 1352. n. 67.

5 Unde illud videtur magis receptum, quod in probanda subscriptione debent observari sequentia. Primum, quod adsint duo testes, qui vidissent subscribere manu propria, ex gloss. in Auth. quod sine, ibi: *Ex duobus tamen maribus, &c.* & in Auth. de testam. imperf. §. ult. verbo divisione col. 8. ibi: *Dummodo de subscriptione, vel per duos testes, vel per confessionem constet*: sequitur ibi Bald. Fulgos. & Ias. & post alios Nata ubi supra à n. 7. Thomas Grammat. decis. 62. num. 9. ibi: *Non probabit ipsius voluntatem, nisi per duos testes probeatur dicta patris voluntas, qui deponant vidisse illam scribere*: sequitur Burgos in l. 3. Taur. 1. part. conclus. 2. num. 104. Valasc. d. conf. 67. num. 12. Cephalus conf. 377. num. 13. & 14. qui dicit indubitatum conf. 464. n. 15.

6 Unde illud singulare manet inter testamentum inter liberos respectu aliorum testamentorum, quod etiam in testamento ad pia requiritur, quod

testes deponant de contentis in testamento: at vero inter liberos sufficit, quod deponant, se vidisse scribere, licet nihil de contentis in scriptura noverint.

7 Insuper ultra subscriptionem requiritur, quod per illa fiat literarum comparatio cum litera defuncti per notarios, juxta l. comparationes C. de fid. instrum. quia cum testes non deponant de ipso negotio, sed solum de facto signi, potest dari fraus. Valasc. d. num. 11. 12. & 15. ubi dicit magis receptum.

Hi tamen testes, licet controversum sit, an juncta comparatione, faciant plenam probationem? Et negative asserat Bart. quem citat Alex. conf. 76. num. 7. & 9. vol. 3. Menoch. conf. 42. num. 34. volum. 1. Burgos ubi supra num. 110. Valasc. num. 14. idem Menoch. lib. 2. cas. 114. num. 22. Mascard. concl. 986. num. 1. Covar. pract. cap. 22. Valasc. conf. 177. n. 4.

8 Tamen alij asserunt comparationem junctis alijs adminiculis plenam efficere probationem, ex Bart. in Auth. etsi contractus C. de fid. instrum. num. 4. Mascard. conclus. 328. num. 7. Menoch. conf. 114. quia in civilibus probationes conjunguntur, l. instrumenta C. de fid. instrum. gloss. verbo legitime in l. 2. §. 1. ff. excusat. tutor. Molin. lib. 1. cap. 5. num. ult. Ordin. lib. 3. tit. 52. in princip. & hæc ultima opinio ex judiciorum praxi receptior, & pro hac judicatur ex Valasc. d. conf. 67. num. 14. in fin. Quibus sic observatis, licet verius sit, quod subscribens non indigeat speciali subscriptione cum commemoratione testamenti, ut contra Bart. ex magis communi tenuit Valasc. d. conf. 67. num. 11. Tamen adhuc non sufficit simplex sigilli appositio, quia licet non debeat testamenti tenorem exprimere, tamen semper oportet, ut dicat signo hoc meum testamentum, ex eod. Valasc. ibi in fine.

9 Tandem noto, quod paternum testamentum non solum est validum,

quando à patre est confectum, & subscriptum, sed etiam quando horum neutrum intercedit, dummodo tamen extrinsecus probetur illud testamentum ipsius esse, d. l. ult. C. fam. hercisc. ibi: *Quibuscumque verbis, vel indicijs: & in Auth. de testam. imperfect. in princip. ibi: Apparuerunt autem ex quibusdam indicijs, & conjecturis.* Adeo ut olim sine declaratione portionum, in quibus filij instituebantur, sustinebatur testamentum, cum magis hoc divinationem saperet, quam interpretationem, ut in d. Auth. de imperfect. testam. ibi: *Hanc apprehendentes licentiam: & ibi: Ut divinationibus magis, quam interpretationibus, &c.* Majori ergo cum ratione sustinebitur hoc testamentum, in quo constat de partibus, & volutate testantium cū pluribus adminiculis, quibus juvatur.

10 Quibus suppositis, videtur dubitari non posse de validitate testamenti, de quo agitur, cum de dispositione plene constet, & utriusque conjugis subscriptione, & ex declaratione in fine, ut suum adimpleatur testamentum, quod est adminiculum valde considerabile, ex Grammat. decis. 62. n. 9. Mantica d. lib. 6. tit. 2. n. 2. Valasc. d. conf. 67. num. 15. Nec obstabit, quod licet supradicta procedere possint de jure communi, tamen Regia Ordinatio hunc testandi modum non approbavit, dum lib. 4. tit. 80. agens de omnium testam. formam hanc omisit, ibi: *E doutra maneira, &c.* Quibus verbis videtur exclusisse modum testandi sine testibus, secuta regulam l. dictantibus C. de testam. Tellus in l. 2. Taur. n. 20. Covar. in cap. eum esses de testam. à princ. Gomes in l. 3. Taur. n. 39. Cabed. decis. 129. n. 3. Verum satisfit, quod Ordinatio non loquitur de forma testamenti inter liberos, quæ remanet in dispositione juris communis, ex reg. l. commodissime ff. de liber. & posthum. & in his testamentis testes non esse necessarios omnes dicunt, ex Bart. in l. fideicommiss. §. 1. ff. de legat. 3. & in l. si is qui ff. de testam. Mascard. ubi supra n. 62.

11 Nec etiã obstat testamento, de quo agimus, quod ad hoc ut inter liberos dispositio valeat sine testibus, & minus solemnibus, debet pater in eo servare æqualitatem inter liberos, Mantica d. lib. 6. tit. 2. num. 11. Covar. in cap. Raynutius §. 1. num. 3. alias si inæqualiter disponat, testamentum corrumpit, quando læsio ascendit dimidiam, Mantica lib. 2. tit. 2. num. 24. Surdus cõs. 29. num. 21. lib. 1. Quia satisfit, quod etsi inæqualis fiat dispositio inter liberos, adhuc valet: ut iudicatum refert Gama decis. 61. num. 1. maxime quia etiam si sequamur contrariam, dispositio parentum in hoc testamento solum versatur circa tertiam bonorum, cujus dispositio libera est in hoc Regno ex Ordin. lib. 4. tit. 82.

Cum ergo parentes de tertia bonorum ad libitum disponant, non potest considerari inæqualitas in divisione dictæ tertiæ bonorum, cum in legitima filiorum nulla inæqualitas detur, imò & quoad tertiam inter eos fiat divisio, licet fructus mediæ temporis in voluntatem patris conferantur: & succedunt quæ Romanus conf. 179. num. 16. & conf. 385. num. 5. quod inæqualitas modica toleratur, dicit communem Socin. Jun. conf. 147. num. 33. vol. 2. & conf. 289. num. 87. lib. 2. Cuman. in l. filius qui in potestate ff. de liber. & posthum. Tiraq. de primog. quæst. 4. num. 4. Covar. in cap. Raynutius §. 1. num. 3. Boer. decis. 240. num. 8. Gabriel lib. 4. tit. de testament. conclus. 6. n. 5.

12 Nec pariter obstabit, quod testes, qui in præsentia adsunt, quibus veritas subscriptionis probatur, sint legatarij, quibus fides in hoc adhiberi nõ potest, ex reg. l. omnibus C. de testibus: nam licet legatarij in testamentis testes esse possint, ut in §. legatarij Instit. de testam. Abb. in cap. nuper de testibus, Dueñ. reg. 409. Mascard. conclus. 971. num. 1. idemque obtineat, quando agitur de publicando testamento, ut in l. publicati C. de testam. Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 3. Farin. de testibus quæst. 60. num.

287. quia illorum commodum venit in consequentiam, Paulus in l. qui testamentum num. 4. ff. de testam. ita ut sicut qui potest esse testis ad solemnificandum testamentum, ita pariter possit esse testis ad probandam veritatem ipsius, & subscriptionis. Farin. ubi supra num. 289. Tamen illud videtur fallere, quando testamentum non est redactum in scriptis per notarium, & pendet ejus validitas à testimonio legatariorum, quia tunc non videtur valere eorum dictum, quia tendit eorum testimoniũ ad validandum legatum suum. Abb. ubi supra, ubi Felin. num. 11. Alex. cõs. 177 num. 9. lib. 2. Viglius in d. §. legatarij num. 10. Mascard. conclus. 971. num. 3. Deinde legatarij non admittuntur in testamentis inter liberos, sed in testamentis ordinarijs, in quibus maior numerus testium adhibetur, quia tunc eorum fides ex alijs suppletur, & est communis ex Bart. in d. l. dictantibus C. de testam. num. 2. Mascard. ubi supra num. 6. Deinde quia hi legatarij sunt infimul hæredes, cum testatrix solum de sua tertia disposuerit, ex qua dispositione de jure Regio resultat tacita institutio in legitima, Ordin. lib. 4. tit. 82. quo dato omnino à testificando repellendi sunt, d. l. qui testamento, ibi: *In eodem testamento testis esse non potest: §. sed neq; Instit. illo tit. Conan. lib. 9. commentar. cap. 3. Mascard. conclus. 1357. num. 5. & multum prodest legatarijs, ut sint hæredes, ut accipiant titulo prælegati tertiæ, quam ab intestato accipere non debent.*

Satisfit tamen, quod legatariorum fides ex alijs testibus suppletur, sic confirmiter de subscriptione deponentibus, quibus accedit & uxoris Rei testimonium, quæ recognovit matris suæ signũ: & succedit Ordin. lib. 3. tit. 25. §. 9. quod confessio partis omnes probationes vincit, Ordin. lib. 3. tit. 59. §. 5. & tit. 52. §. 3. & lib. 4. tit. 19. §. 2. Gama decis. 43. Valasc. allegat. 72. n. 27. & 53. alter Valasc. q. 7. n. 27. Caldas Pereira de potestate, elig. cap. 7. n. 19.

13 Quæ tamen difficultas ex supra posita responsione omnino non tollitur: atque ideo in contrariam sententiam inclinavi, quæ mihi validioribus fundamentis niti visa est: & eo motus fui, quia fides testamenti, & subscriptionis non probatur, cum testes fere omnes essent filij, quos à testificando in causa parentum arcet lex Regia lib. 3. tit. 56. §. 1. quæ licet non loquatur de patre, loquitur tamen de avo, cumque in principio æquiparasset patrem, & avum, licet postea in dispositione solum de avo loquatur, dispositum in uno casu ex æquiparatis per viam regulæ, censetur dispositum in utroque ex gloss. recepta in l. si quis servo C. de furt. Duoque testes, qui dicunt, quod viderunt matrem subscribere, sunt legatarij in tertia: & per consequens hæredes instituti tacite per d. Ordin. tit. 82. Testesque esse nequeunt per d. l. qui testamento, l. parentes C. de testibus, l. 14. tit. 16. part. 3. Mascard. concl. 1148 & 1357. num. 43. Farin. in praxi part. 2. de opposition. contra test. quæst. 54. num. 145. Morla in empor. 1. part. tit. 11. in prælud. num. 40. Nec obstat uxoris Rei testimonium, dum matris signum agnovit, quia loquitur de suo videri, & cum sit filia, nec pro, nec contra matrè testis esse potest, & illius dictum alterius fide non coadjuvatur, cum reliqui testes sint inhabiles, cum legatarij, & hæredes sint: imò nec sufficeret testibus probari illud signum esse testatoris: qui insuper requirebatur, quod subscribens saltem generaliter dixisset, quod illud erat suum testamentum, ut requirit Valasc. d. conf. 67. num. 11. sequitur Clarus d. §. testamentum §. 14. num. 14. Ubi dicit, quod opinio Bartoli, qui requirebat specialem subscriptionem, sequenda erat, nisi quando adessent alia adminicula, & argumenta, quibus deficientibus Bartoli opinionem sequitur. Et in hoc testamento nulla alia indicia, nec argumenta dispositionis sumuntur, nisi ipsa subscriptio: & quamvis plures alij testes deponant illam literam, &

subscriptionem videri esse defunctæ, tamen adhuc debuerat fieri litteræ comparatio, quæ defuit ex Valasc. conf. 67. num. 14. & ex infra dicendis, quod fuerit legatum scriptum à marito sibi, & filijs in potestate, quod ex utroque capite consistere non potest.

14 In secunda autem quæstione: An Liboniano sit locus in hoc casu, ut legatum relictum sibi, & filijs in potestate scribentis constitutis, non valeat? Et notandum, quod ex verbis testamenti in initio relatis constat tria legata in hac dispositione considerari posse: primum, quod relinquatur filijs de tertia defuncti: secundum, relictum marito, ut ipse frueretur, & tempore mortis suæ divideret: tertium, quod quando non nominasset, nec divisisset, tunc filij æqualiter admitterentur.

Secundo, quod Liboniano caveatur, ne quis sibi, vel filio, quem habet in potestate, scribat: unde edicto non erit locus, quando filio emancipato scribat, vel adoptato, si per adoptionem exisset à patria potestate, l. impuberem §. si ei filio ff. de falsis: vel quando in testamento commilitonis scribit legatum filio militi, quia relictum valet, l. si pater ff. de fals. l. 4. C. castr. pecul. Si autem filio capto ab hostibus ex eventu penderet an Liboniano sit locus, quia si ab hostibus redierit, tunc erit locus edicto; si vero apud hostes decesserit, tunc cessat pæna, l. si servo 101. §. 1. ff. de leg. 1. Farin. de falsit. q. 150. ex n. 291.

Quando tamen in testamento, quo quis sibi, vel filijs in potestate scribit, datur specialis ipsius approbatio, & individua, cessat edictum, generalis tamen non sufficit, l. si testator C. de his qui sibi scrib. l. divus §. plane ff. ad l. Cornel. ibi: *Nec generalem subscriptionem valere*: nisi sit filius, qui scripsit, l. 1. §. inter filium ff. de fals. quia tunc sufficit subscriptio generalis, Valasc. conf. 178. num. 12. patet ex d. §. inter filium, ibi: *Dictavi, & recognovi*: eleganter Cujat. lib. 3. sub titulo de his qui sibi scribunt fol. 1314. Clarus §. falsum à n. 27.

15 Ex quibus primum legatum relictum filiis æqualiter de tertio testatoris nullo modo valere potest, quia à patre filiis in sua potestate scriptum, l. i. ff. de his, quæ pro non script. l. si quis legatum §. divus ff. de falsis, l. filius eod. ibi: *Nobis, vel his, quos in potestate habemus*: gloss. in l. impuberem §. sed ei filio ff. de falsis, l. de eo l. si pater eod. Bart. in d. l. de eo, Angel. in d. l. i. num. 2. Salicet. in l. qui in testamento num. 1. & 2. C. de his qui sibi scrib. Decius conf. 103. num. 1. Farin. de falsit. d. quæst. 150. n. 176. Peregrin. de jur. fisc. lib. 3. tit. 12. à princip.

Obstat tamen, quod hodie stante l. cum oportet C. de bon. quæ liber. videtur legatum hoc validum esse, cum proprietas patri non acquiratur, sed solum ususfructus, quia æquiparatur emancipato filio respectu proprietatis, argum. d. l. si pater d. l. impuberem §. 1. Verum satisfacit cum Bart. ibi verbo in adoptionem, quod legatum semper est inutile, quia ex Liboniano præsumitur testamentum falsum l. i. §. filius, & §. sequens ff. de fals. ibi: *Quasi falsum nomen servi subducitur, & perinde habetur, ac si nihil fuisset scriptum*: & probatur apertius in d. §. sequens, ubi servo communi legatum relictum non valet, quia falsitas totum vitiat quoad utrumque dominum, licet, quod quis sibi, & Titio scribit, valere possit pro parte Titij, in quo non dabatur eadem ratio, respectu enim illius cessabat præsumptio falsitatis.

16 Vel dici potest, quod vel legatum sumit initium in persona unius, vel in personis plurium: primo casu quando scribitur servo communi, in eius persona legatum consistit, cuius nomen si detrahitur à testamento quasi falso suppositum, neutri deberi potest, nec acquiratur, l. qui liberis §. hæc verba ff. de vulgar. l. debitor 82. §. servo alieno, vers. cæterum ff. de legat. 2. Atque ideo legatum fit inutile in totum. Quando vero sumit initium in personis plurium, veluti quando mihi, & Titio relinqui-

tur, tunc licet scribentis nomen detrahat, non tamen detrahitur socij collegatarij, qui totum consequitur, dimidium jure proprio, & alteram partem jure accrescendi: & sic illa jura possunt conciliari, prout docuit Bart. & Accursius in d. §. 1. l. impuberem. Unde cum illud legatum in personis filiorum sumpserit initium, omnino est inutile, quia in hoc Regno tenemur sequi Bart. & Accursium, Ordin. lib. 3. tit. 64. in princip. Maius esset dubium si patri non quæreretur ususfructus, veluti quia ea conditione esset relictum: & tunc non esse locum Liboniano dixit idem Bartol. in d. §. 1. ibi: *Fateor tamen, quod si patri non acquiratur ususfructus, tunc excusatur pater, quia esset eadem ratio in emancipato*: sed adhuc eo casu quæri quamdam commoditatem dixit Ias. in l. filiusfam. ff. de legat. 1. n. 157. quæ legatum vitiat.

17 In secundo autem legato relicto marito, ut ipse fruatur, & tempore mortis dividat inter liberos pariter, resolvendum est non valuisse, cum deficiat specialis approbatio, ut Liboniano non sit locus, nec ipse sibi posset scribere. Insuper, quia legatum relictum à marito uxori, vel è converso, indigent omni solemnitate, quia sunt extranei inter se, licet quoad liberos non sit necessaria, Auth. de testam. imperfect. vers. si vero col. 8. Auth. quod sine C. de testam. & d. l. fin. C. famil. hercis. d. §. ex imperfecto in fin. eodemq; pede claudicat ultimum legatum, ut quando pater non dividat fructus, omnes pariter filij admittantur. Et licet videretur, quod hoc legatum valere posset, cum conferatur in tempus solutæ patriæ potestatis, & quia initium sumpserat in diversis personis, scilicet in patre, & filiis, & succedat reg. d. §. sequens, quod quando in persona unius non valet, possit valere in persona sequentis; tamen in nostro casu vacillat fides testamenti ex non probata subscriptione speciali, quæ requirebatur: atque hoc dato totum corpus ipsius suspectum redditur, & quod

quoad singulas partes inutile fit: atque ideo in neutro dispositionem probadam Senatus censuit. Scriba Garces. Revisio tamen petita fuit, & adhuc sub iudicibus lis est.

Alter contigit casus proximo similis inter Mariam de Sousa, & dominum Christophorum de Noronha. Casus sic accidit. Christophorus cum prima uxore testamentum condidit in scriptis, in quo se ad invicem hæredes instituerunt, & nominationes emphyteuticas sibi maritus adscripsit, mortua uxore hæres ipsius dicta Maria nullitatem testamenti, & nominationum arguebat, eo quod deficiebat specialis relictorum approbatio. Verba testatrix in approbatione posita sic se habebant: *Festa por elles, & escrita por elle Senhor Dom Christovão, & assinada por ambos, a qual aprovação, & ratificação tudo o contendo nella: & ella Senhora Dona Guimar disse que ella o lera, & vira, & por isso assinar a nelle, & que tudo o contendo nella quer que se cumpria, &c.* Pro Reo sententia lata fuit à Præside Curiali Ludovico d'Araujo Iurisperitissimo: quæ confirmata fuit in Senatu per eximios Senatores Didacum de Britto, & Michaellem de Barreira, reluctante Nonio d'Affonseca Cabral, qui testamentum dicebat nullum, quod Liboniano esset locus in testamento conjugum ex notatis à Valasc. conf. 7. num. 6. & 177. num. 2. facit text. in l. quæ in testamento C. de his, qui sibi adscrib. Valasc. ubi supra num. 4. Gama decis. 231. num. 4. Petrus Barbosa in privatis scholijs ad l. patris, & filij scholio 2. de vulgar. ex sententia Celsi conf. 14. Maxime, quia non reperitur specialis subscriptio, prout requirebatur, quando scriptura à jure est prohibita, post Felin. in cap. quoniam contra de probation. num. 48. Mascard. conclus. 1348. num. 13. Soares in l. post rem ampl. 2. num. 7. Alex. vol. 2. conf. 147. num. 6. quia licet paria sint scribere, & subscribere, l. si ergo §. dotis ff. de jur. dot. l. si ita §. Chrylogonus ff. de verbor. ubi Bart. Bursatus conf. 39.

num. 24. Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 1. & lib. 3. tit. 25. §. 9. & lib. 4. tit. 80. §. 1. in fine. Tamen hoc non habet locum, quando scriptura est prohibita, ut dictum est: nec ex approbationis instrumento hoc vitium suppletur, quia hoc concernit solemnitatem, non substantiam, Gama ubi supra num. 5. & decis. 157. Valasc. d. conf. 177. num. 10. Ex his itaque annullabat. Et insuper quia in eo non reperiabantur testes omni exceptione maiores, cum alter esset affinis, duo essent famuli Rei, ex his quæ Farin. 2. tom. de opposit. contra test. quæst. 54. num. 1. & quæst. 55. ex num. 1. Valasc. conf. 45. nam licet jure communi inspecto testamentum valeat, etsi aliqui testes non sint omni exceptione maiores, ut post alios Viglius in §. sed neque Instit. de testam. Conan. lib. 9. cap. 3. num. 5. Valasc. conf. 117. num. 13. Tamen, quando coarctatur à lege numerus ordinarius in actu, debent esse testes omni exceptione maiores, ut cum Decio, & Tellio in l. 3. Taur. 2. part. num. 13. Valasc. ubi supra num. 16. Cabed. decis. 69. num. fin. Et ultimo annullabat, quia cum duplex sit testamentum viri, & uxoris, duplex debet esse interrogatio notarij, ut per Valasc. d. conf. 7. num. 4. quia cum solemnitas sit formalis, si deficiat actus, corrumpitur, Valasc. 2. tom. conf. 149. alter Valasc. allegat. 61. num. 29.

Cum revisio peteretur à sententia Senatus post elegantissimas deliberationes, alteram doctissimi D. Thomæ Pinheiro da Veiga, quem Papiniano æqualem ingenio judico: tertio loco dixi revisionem non concedendam ex sequentibus.

18 Quod Senatusconsulto, & edicto Divi Claudij prohibitum est eos, qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictante testatore, aliquod emolumentum sibi futurum scribere: primum Senatusconsultum Tiberio, secundum divo Claudio tribuitur: & ideo Claudianum dicitur: licet falso Neroni hoc ultimum accommodet Suetonius

tonius in Nerone cap. 17.

Unde fit, quod si invito, vel ignorante testatore testamentarius sibi adscribit hæreditatem, vel legatum, directo locus est legi Corneliæ, non vero Liboniano, l. adimenda, ff. de fals. si autem adscribat jubente testatore, non falsum, sed quasi committitur, & hoc ex Liboniano redigitur ad pænam falsi, & scriptum pro non scripto habetur, l. 2. §. 1. C. de his qui sibi: fiscus tamen Liboniano non vocatur, Cujat. in tit. C. de his qui sibi tom. 3. fol. mihi 1314.

19 Cessat Libonianum, si ea pars, quæ testamentario relicta est, manu testatoris sit exarata, l. 2. in princ. C. de his qui sibi; non enim inconuenit, ut una pars manu Titij, altera Sempronij scripta reperiat. l. Claudius §. ultim. ff. de fals. Secundus, si testator testamento subscripsit cum ea differentia, quod si filius, vel servus in testamento sibi adscripsit, subscriptio generalis sufficiat; si vero sit extraneus, requiratur specialis, l. 1. §. inter filium, ff. de falsis, l. diuus eod. Quæ autem sit specialis, vel generalis subscriptio, non satis constat: Accurs. in d. §. inter filium, verbo subscriptio, eam dicit specialem, in qua exprimitur persona legatarij, licet res relicta non nominetur, ex Bart. ibi n. 1. citans gloss. in l. 2. C. de his qui sibi, ubi Salicet. num. 2. Angel. in l. 1. num. 1. C. eod. Ripa in l. 1. num. 67. ff. de vulgari. Et verius videtur ex sententia Cujatij, ut generalis sit approbatio, si veluti dicat, hoc testamentum dictavi; specialis vero, quæ illi dictavi, & recognovi, d. §. inter filium, Farin. quæst. 150. num. 205. prosequitur Odofred. in d. l. 1. in fin. C. de his qui sibi, Azor in summa illius tit. n. 6. Franciscus Bossius cõs. 103. in 1. dub.

Tertius casus est, si is, qui sibi adscripsit, est filius emancipatus, nam si volente patre se hæredem ex asse scripsit, quia is solus est venturus ad hæreditatem ab intestato, frustra ea institutio pro non scripta haberetur, cum ab intestato tota hæreditas sit reditura ad

filium, tanquam honorarium successorem patris per bonorum possessionem unde liberi, l. filius §. maritus, ff. de fals. Quod secus est, si filio emancipato datus est cohæres, quia defertur hæreditas ad cohæredem per jus accrescendi, & fit locus Liboniano, Julius Papius in illo tit. C. de his qui sibi, Cujat. ubi supra. Quartus casus est, si impubes sibi adscribat, quia dolus malus in eam ætatem non cadit, l. impuberem ff. de fals. Quintus in nuncupativo testamento coram testibus lecto, per Valasc. conf. 177. num. 13. ex Angel. Salicet. Alex & alijs.

20 Omitto alios casus, in quibus pæna remittitur, licet relictum non capiatur, ut in errante, in milite, in muliere, in seruo, in filio in potestate, l. 3. l. 5. l. diuus §. matri, l. si pater §. 1. l. filius 14 ff. de falsis, quibus accedit maritus l. quæ testamento C. de his qui sibi, si in testamento uxoris sibi adscribit.

His principijs inferendo ad nostrum casum, videtur illum nec Claudio, nec Liboniano includi, quia illa Senatusconsulta obtinent in illis, qui in testamento alieno adhibentur, & sibi adscribunt, l. Senatus C. de his qui sibi, ibi: *Ad scribenda testamenta adhibentur.*

21 Cum ergo maritus, qui in eadem charta cum uxore testatur, non alienum, sed proprium testamentum scribat, non ab uxore adhibetur ad scribendum, sed suam causam agens, negotium sibi, & uxori commune gerit: nec inconuenit, ut partim quis propriam, partim alienam causam faciat diversis respectibus, ut in tutore sibi solvente, l. quoties §. sicut, & §. non autem ff. de administr. tutor. ibi: *Nam & sibi solvere potest: & in d. §. non autem, ibi: Verum etiã sibi creditam pecuniam scribere potest:* explicat eleganter D. pater meus verbo contractum fecisti C. de in integr. num. 25. & in eadem persona posse considerari diversos respectus prosequitur Cabed. decis. 112. 2. part. num. 6. & arest. 46. Gama decis. 230. & 353. Barbosa in l. quia tale num. 96. ff. solut. matrim.

matrim.

Quare cum maritus non ad scribendum adhibitus ab uxore sit, sed mutua affectione uterque disposuerit, se ad invicem instituendo, ut de jure licet pacisci, l. licet C. de pact. cujus dispositio in conjugibus recepta est, ut per Ias. in illo text. num. 3. Alciat. 4. idem Alciat. lib. 2. parerg. cap. 31. Gama decis. 231. ad fin. Conanus lib. 10. Iuris Civil. cap. 6. num. 6. Dueñ. reg. 172. Pechius de testam. conjug. cap. 43. licet Sarmiento selectar. cap. 4. num. 3. eam institutionem captatoriam appellet, & novissime Faber de erroribus pragmatic. decad. 82. errore 4.

Inde fit, quod quando maritus uxori donat omnia bona sua, eamque post se relinquit hæredem, non debet prohiberi, ut donationem sibi scribat cessante suspitione fraudis in eo, qui sua donat: non enim aucupandæ hæreditatis alienæ causa donatum videtur, quando maritus uxorem hæredem instituit: nec dicitur mittere in hamos, ut dixit Martialis: sicut alias inter eos prohibita simplici donatione, non prohibetur reciproca, l. quod autem §. i. vers. si vir ff. de donation. inter vir. faciunt quæ Cujat. lib. 9. observat. cap. 30. Tiraquel. in l. si unquam, verbo donatione num. 108. Valasc. conf. 177. num. 14.

22 Obstat tamen adhuc, quod maritus respectu uxoris testantis reputatur persona extranea: atque ita respectu ipsius debet in eo actu intervenire omnis solemnitas à lege requisita, Auth. de testam. imperfect. collat. 8. vers. nos igitur, ibi: *Si tamen aut uxori, aut extraneis personis, &c.* & eodem modo procedit text. in Auth. hæc consultissima §. ex imperfecto C. de testam. in fine. Ubi respectu extranei omnis solemnitas actus desideratur. Unde fit consequens, quod ubi extraneus sibi adscribit, necessaria est specialis subscriptio, ut relictum capi possit. Quare sic recipiendum est respectu mariti, nisi specialis approbatio detur, quæ solemnitas est necessaria ad actus validitatem: ut supra

dixi.

23 Quia respondetur, quod in omnibus Liboniani regulis supra positus nulla reperitur, quæ de communi testamento viri, & uxoris loquatur, nec aliud probat l. quæ in testamento C. de his qui sibi, quia loquitur in marito adhibito ad scribendum testamentum non suum, ut per Bald. & Salicet. in d. l. 1. Magon. decis. Florent. 53. num. 1. Farin. de falsitat. quæst. 150. num. 178. Menoch. lib. 3. præsumpt. 66. à num. 10. Gama decis. 231. num. 1.

Quare hic casus debet censeris mixtus, in quo datur concursus testamenti alieni, & proprii: seu duo testamenta sunt eodem contextu, ut per Gamam ubi supra in fin. Gutier. conf. 3. num. 6. & succedit juris regula, quod in materia favorabili sub simplici continetur casus mixtus, Bart. in l. Gallus §. & quid sit tantum ff. de liber. & posthum. num. 3. Sicque conciliatur text. in l. vim passam. ff. ad l. Iul. ff. de adulter. cum lege si ita ff. illo tit. Tiraquel. ad leges conubial. gloss. 5. num. 71. Sanchez lib. 2. disput. 2. num. 27. Non vero in odiosis.

24 Nec obstat, quod etiam in odiosis fit extensio ad casum mixtum, ex his quæ Surd. conf. 33. num. 29. quia illud procedit in casibus æquiparatis per viam regulæ, de quibus Ordin. lib. 4. tit. 87. §. 2. & lib. 2. tit. 13. dum extenditur ad casum citationis in dispositione non expresso: in quibus eadem, vel maior datur ratio, vel dici potest, quod quando in odiosis fit extensio, est ad casum, non vero ad pænam, late Barbosa in l. si constante à num. 92. 99. & 105. Tiraquel. in l. si unquam in præsentatione num. 119.

Nec obstabit, si quis replicet, hunc casum comprehendi sub prohibitione Liboniani ex vi comprehensionis, ut per D. patrem meum de nomin. quæst. 13. num. 17. quia satisfit non posse comprehendi, quando in eo sic considerato datur diversa ratio à casu simplici, quia cessat in eo omnis fraudis præsumptio, quia

quia in reciproca institutione certum est utrumque se hæredem facere, non simpliciter, ut statim capiat, sed sub ea conditione, si supervivat. Nec maritus ex eo, quod junior est uxore, potest sibi crastinum polliceri: & succedunt, quæ in emancipato, qui sibi scribit, à cujus scriptura Liboniani consideratio remouetur; quia nullus alius hæres futurus est: maxime si consideremus, quod sicut Libonianum cessat, ubi quis sua manu portionem scribit testamentario, ut supra dixi: sic pariter cessare debet, ubi maritus dictante uxore testamentum commune scribit; quia cum uterque scribere non possit, ex sola subscriptione censetur omnia scripsisse, quæ in testamento continentur, ac si propria manu id fecisset, ex doctrina Bart. in l. si testamentum ff. de testam. & in l. Caius ff. de pignorat. actione, & in l. sicut §. non videtur ff. quib. mod. pign. idem Bart. in l. quæ dotis numer. 26. & 27. ff. solut. matrim. eleganter Burfatus conf. 39. numer. 24. late Menoch. d. præsumpt. 66. numer. 10. Sicut alias videmus in chirographo viri, & uxoris, vel in mandato ad iudicia. Quod ex Ord. lib. 3. tit. 59. §. 15. manu propria fieri debet, & tamen sufficit, ut maritus scribat, & uxor subscribat, quia cum ab utroque scribi non possit eodem actu, & ictu, sufficit, ut ab altero scriptum alter subscribat: sicut etiam solemnitas traditionis testamenti approbandi, quæ secundum Ordinationem fieri debet de manu testatoris ad manum notarij, lib. 4. tit. 80. §. 1. cum speciali interrogatione, & traditione, sufficit, si uterque interrogetur in simul, & unus tradat nomine utriusque, Valasc. conf. 7. numer. 4. quia scilicet in actu mixto sola illa solemnitas attenditur, quæ in simplici observatur, etiam quando illa formalis est, qualis est illa, quæ in testamentorum ordinatione præcipitur, Valasc. conf. 149. Vas allegat. 6. n. 29. Quare hoc testamentum debet censi manu propria uxoris scriptum & sic in eo non habet locum Libonianum, ut supra dixi, ex l. 2. C. de his

quæ sibi, & in processu alter appendebatur, in quo in Senatu obtinuit Liboniano non esse locum in testamento communi conjugum: sicque fuerat iudicatum.

25 Sed esto, agnoscamus in hoc testamento testatrix requiri specialem subscriptionem, quia scriptura illa est à jure reprobata, ut considerat Sfortia conf. 100. numer. 8. ubi citat Paulum conf. 209. Mascard. 1347. Soares in l. post rem ampliat. 2. n. 6. & 7. Adhuc puto nostrum esse extra Liboniani prohibitionem, ad quod moveor duplici ratione: prima est, quod hoc testamentum clausum dicitur factum in scriptis, Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 1. quia etiam si fiat per tabellionem, vel scribatur ab altero coram testibus, adhuc est nuncupativum §. per nuncupationem, l. hac consultissima C. de testam. Et in hunc sensum est accipienda dicta Ordinatio cum suis §§. ut in illis de nuncupativo loquatur, excepto d. §. 1. ubi de testamento in scriptis, glossatores in l. Taur. 3. Covar. in cap. cum esses de testam. Valasc. conf. 177. n. 6. Cujus testamenti inscriptio formæ repugnat, ut testator declaret voluntatem suam, si namque illam aperiat coram testibus, desinet esse secretum, & fiet nuncupativum. Quare non est dicendum testatorem debere suam dispositionem destruere, & secretum suæ, & alienæ voluntatis revelare coram testibus. Unde quia natura actus non patitur magis specialem subscriptionem, dicendum est in testamento in scriptis clauso in forma juris communis illam generalem subscriptionem haberi pro speciali, ut actus confirmetur: in simili Bart. in d. l. 1. ff. de falsis. Ubi generalem subscriptionem ad specialem trahi posse asserit, quando ad unum solum casum referri potest, quia ubi unica ratio solum reddi potest, illa habetur pro expressa. Jas. in §. omnium Instit. de action. n. 38. Nec obstabit, si quis replicet de jure communi etiam esse testamenta in scriptis, quæ fiebant in secreto, & tamè in his Liboniano locus erat. Quia respondetur, quod post clausum in secreto testamentum sufficiebat, ut testes

O adhibe.

adhiberentur septem masculi liberi, & pro talibus reputari, puberes, & rogati, coram quibus testator suum id esse testamentum manifestabat, ipseque subscribebat, si sciens, & potens, sin minus alius testis, & omnes signabant, l. hac consultissima C. de testam. §. sed cum paulatim Instit. de testam. At vero de jure Regio maior solemnitas addita fuit, nempe ut sit necessaria tabellionis præsentia, qui de manu testantis testamentum accipiat, eo interrogato an sit suum, cum alijs superstitionis interrogationibus, de quibus in d. §. 1. Quæ omnia ex eo videntur addita, quia de jure Regio sublata videtur illa scrupulosa subscriptionis specialis, & generalis differentia; quia lex voluerit illum subscribendi modum in omni testamento esse sufficientem, aliàs namque lex expressisset in his, qui testamenta aliena scribebant, specialem subscriptionem esse necessariam. Cum igitur testandi forma inter virum, & uxorem in eadem charta recepta sit, ex Oldrad. conf. 174. DD. in d. l. licet C. de pact. Bald. in l. humanitatis n. 37. C. de impuber. Gama d. decis. 231. & 234. & 258. Pariter dicendum est illam subscriptionem etiam sufficere in testamento conjugum clauso, quia in eo actu illa est specialis approbatio à lege inducta, quæ juris communis solemnitates superat.

26 Quod si adhuc quis dicat non immutari, nec corrigi à lege Regia jus commune, & in duo robore mansisse subscriptionis specialis formam, quando præcedit scriptura à jure reprobata: in nostro casu puto dari specialem gestorum approbationem, si recurramus ad regulas, quas in principio consulto posuimus, ubi ex mente Cujatij diximus eam specialem esse, scilicet, quæ illi dictavi, & recognovi deducta ex d. §. inter filium, & patet testatricem in præsentem non solùm generaliter approbasse testamentum, & quod adimpleretur per verba, quæ generalem approbationem sapiunt, in simul cum marito, ibi: *Aprovaõ, & ratificaõ o contendo nelle*: sed sola uxor ul-

terius progressa dixit: *Que o lera, & vira, & por isso assinara nelle, & que tudo o contendo nelle quer que se cumpra*. Quæ verba cum sint prolata à sola uxore ultra generalem formam, aliquid debent habere specialitatis, ne videantur pronuntiata otiose: & satis ostendunt notitiam habuisse juris, & scivisse, quod in hoc testamento, in quo maritus sibi scripserat, maior requirebatur approbatio, & ideo ultra maritum sola processit duplicata verba faciens, ut specialiter actum approbare, cujus ipsa ignara non videtur, cum profiteretur se omnia vidisse, & legisse. Ex quibus duobus resultat vera, & specifica recognitio; recognoscenim nihil aliud datur, quam inspectio chirographi, ut legi possit, ut fiat recognitio in specifica forma, Ordin. lib. 3. tit. 25. §. 9. Cum ergo intuenti, & legenti non fiat fraus, cum detur certa scientia cum plena notitia rei specialis, resultat approbatio ex reg. cap. 1. de confirm. utili, Molin. de primogen. lib. 2. cap. 7. num. 9. Mascard. conclus. 288. num. 7. Tuschus lit. C. conclus. 382. Sicut aliàs in clausulis derogatorijs, ubi requiritur specialis derogatio, sufficit, ut testator intelligat, & sciat, ut videatur specialiter derogasse, Mantica lib. 12. tit. 8. num. 12. Menoch. lib. 4. præsumpt. 166. num. 57. Atque ita judicavimus revisione denegata.

27 In alio processu dubitatum fuit: An Liboniano sit locus, quando nupativum testamentum condidit maritus, & uxor una charta, quod testibus lectum extitit ab ipsomet marito, qui sibi scripserat institutionem? Et quidem licet falsi pæna cesset in testamento nupativo, quod publicari debet, quia à publicatione vires accipit, tanquam privata scriptura, Fulgos. in l. publicati num. 2. C. de testam. Valasc. d. conf. 177. num. 14. Tamen testibus legendum videbatur à notario, non vero ab ipso scribente, quia non cessat falsitatis præsumptio, cum & ipse in legendo falsum dicere possit: sentit Valasc. ubi supra numer. 10. Ubi legendum dicit

dicit ab ipso notario. Sicque Senatui placuit in processu Francisci Fernandez contra Ludovicum Lopez: Scriba Antonio de Carvalho.

An autem sit Liboniano locus in monacho suo monasterio adscribente, ex reg. l. de eo ff. de falsis, cum servus, & monachus æquiparentur? Et placuit non esse, quia non æquiparantur per

viam regulæ, sed in aliquibus in specie Tiraquell. de privil. pæ caus. privil. 93. Farinac. 2. tom. de opposit. contra testes quæst. 60. num. 467. licet contra pugnet Cabed. divers. cap. 11. num. 1. in processu Fratrum Sancti Dominici contra Ioannam de Lemos Elvensem: Scriba Dominico de Basto.

S U M M A R I A.

**D**ominus molendini superioris potest parietem in inferiori erectum destruere.

Domino fundi superioris licet ageres munire in fundo inferiori. ibi.

In his, quæ immittuntur in alienum opere artificiali, potest fieri destructio propria auctoritate. ibi.

Ædificatum in meo solo possum destruere propria auctoritate.

Aliter est in re, quæ mihi tantum debet servitutem. ibi.

Interpretata l. si eo loco ff. si ser-

vit. vendic. ibi.

3 Quando quis ædificat in solo meo, cedi solo ædificium.

Secus autem in fundo, in quo mihi tantum debetur servitus. ibi.

Sic pariter destruere potest, qui tamen habet utile dominium. ibi.

4 Privilegium destruendi soli possessori conceditur.

Si res sit communis, potest etiam socius destruere. ibi.

5 Quando aqua restagnat, vel retrocedit, & usus rotarum impeditur, competit interdictum uti possidetis.

DECISIO XXXIII.

An dominus molendini superioris possit parietem destruere, qui ab inferiori domino in flumine construitur, quando aqua restagnante sui molendini superioris usus impeditur?

**H**abebat Rochus Antunes oppidi de Barquerena molendina superiora, & alia inferiora molendina possidebat Sebastianus Alfonso.

Cumque inter eos olim lis moveretur super modo, & usu aquæ

fluminis, quæ ad utrumque molendinum dirivabatur, signum in quodam lapide erat appositum, ad cuius altitudinem aqua reprimi poterat iudiciali auctoritate, & insuper ea conditione adjecta, quod quando contingeret aquam restagnare, posset superiorum molendinorum dominus ageres

res lapidum, & opus, vulgo Açude, destruere, quousque fluminis alueus debito cursu sine læsione partium aquas impelleret. Contigit, quod hiberno tempore agmina aquarum, quæ ex montibus undequaque defluunt, nimborum, & tempestatum vi agitata signum in lapide appositum suffocarunt: superior dominus manus admovit, parietis partem destruxit propria autoritate juxta formam contractus: inferior restitit, impedivitque operis demolitionem: tunc superior actionem proposuit petens, ut cogeret demolitionem pati, quousque signum aperiretur.

1 In qua quæstione quia est valde quotidiana, & in ea vidi aliquando peritissimos hæsitare, illud discutiendum proponitur: An possit dominus molendinorum superiorum propria autoritate parietem in flumine publico ab inferiori extractum destruere, quando suorum molendinorum usus impeditur? Et videtur sine dubio esse, quod possit, quia impeditur libera aquæ usus l. ut vim ff. de vi ibi: *Per quod liberam possessionem adversario non relinquit.* Deinde facit l. i. §. ultim. ff. aq. pluvia arcend. quæ permittit domino fundi superioris ageres munire in fundo inferiori, & rivos purgare, ne sibi noceat restagnatio: facit l. quemadmodum §. i. ff. ad l. Aquil. ibi: *Suo jure posse eum intercidere, &c.* l. 2. §. idem Labeo ff. ne quid in loco publ. l. i. §. quod autem ff. ne quid in flum. Bald. cōf. 273. lib. 3. l. si autem §. si ad januam ff. quod vi aut clam: facit l. sicuti §. Aristo ff. si servit. vindic. ibi: *In suo enim alij hætenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, sumi enim sicut & aquæ esse immissionem:* facit l. 18. tit. 32. part. 3. Bart. in l. quo minus ff. de fluminib. num. 8. & ibi Ripa num. 45. Gomes in l. 46. Taur. num. 19. l. quamvis ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Manu:* ubi propria manu videtur opus posse destrui Alex. in l. i. §. nuntiatio ff. novi oper. n. 9. ubi Bart. num. 4. quem sic declarat Zazius ibi num. 4. Alciat. 3. Ruyn. 6. & 27. eleganter Marcus decis. 489. num.

16. Gomes d. n. 19. Cepola de servit. urban. cap. 31. num. 2. Qui distinguunt inter ea, quæ in alienum immittuntur opere artificiali, dum aqua, vel quid simile immittitur, in quo destructionem admittunt propria autoritate; secus autem si opere naturali, l. i. C. de interdictis. Ubi radices immixtas ex arbore, quæ est mea, in fundo tuo, incidere non potes, nisi judicis autoritate; textus enim in d. l. quemadmodum loquitur de immixtis opere artificiali: nec videtur admittenda distinctio, quando restagnat in publico, vel privato, quia eadem est ratio, Ripa ubi supra num. 44. pro quo est text. in l. i. §. idem aiunt, & §. Neratius ff. aqua pluvia, quia læditur servitus naturalis l. i. §. ult. ff. aqua pluvia, Ruynus cons. 96. numer. 4. & 6. lib. 4.

2 Verum pro perfectiori cognitione advertendum est, quod licet ædificatum in meo solo possim destruere propria autoritate, d. l. quemadmodum 29. §. i. ff. ad legem Aquil. d. l. fin. §. si ad januam, & ibi gloss. verbo aut certe gloss. in fin. l. i. C. ut nemini liceat: adeo ut liceat implorare officium judicis, ut illud factum meum defendat l. si servus 6. & ibi notant Bald. & Salycet C. quod cum eo, ibi: *Et ingrediens rem tuam contra vim ejus autoritate competentis judicis prerogatis, &c.* l. si super possessione, & ibi Jas. num. 5. C. de transaction. Tamen longe aliter est, si ædificium construitur in re, quæ mihi tantum debet servitutem; tum enim non possum propria autoritate ædificatum demoliri, sed potius debeo confessoria experiri, l. si eo loco ff. si servit. vindic. ibi: *Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris, possum intendere jus mihi esse ire agere:* commendat Florian. in l. i. §. 1. num. 6. ff. de servit. urbanor. Cepola 1. part. cap. 30. n. 10. Alex. in l. i. §. nuntiatio num. 3. ff. de novi oper. nuntiat. colligit Innoc. in cap. 1. de immunit. ecclesiar. ad fin. Objici tamen potest, quod licet d. l. si eo loco Paulus decrevit, agendum confessoria, non tamen excludit illud reme-

remedium facti, quod licet extraordinarium sit, cum ordinario concurrat, gloss. in l. de pupillo §. meminisse verbo uti. 2. & ibi Paulus num. 8. ff. de novi oper.

3 Quare ratio differentiae ea videtur esse, quod quando quis aedificat in solo meo, cedit solo aedificium, §. cum in suo Instit. de rer. divis. & eo casu non destruo alienum, sed proprium, & ideo cessat injuria, ita Innocent. in d. cap. 1. Cepol. ubi supra num. 9. Decius conf. 22. num. 5. Corrus in l. 1. num. 62. ff. servit. Quae ratio cessat in eo, cui servitus debetur, cum fundus, in quo consistit servitus, non sit proprius, l. loci corpus 4. in princ. ff. si servit. vendic. l. si duo 30. ff. de reg. jur. l. extat 13. ff. quod metus caus. Unde qui solum utile dominium habet, etiam destruere poterit, quia & ipse nanciscitur utile dominium illius aedificij in suo solo aedificati, Bart. receptus in d. §. nuntiatio num. 9.

4 Supradicta tamen ita accipi oportet, quod non sufficiat, ut aedificium construatur in meo fundo, nisi & ego possideam locum, in quo aedificatum est, quia illud privilegium destruendi soli possessori conceditur, Bald. num. 2. & Florian. 3. in d. l. quemadmodum §. 1. Decius conf. 221. num. 5. Gomes d. l. 46. Tauri num. 19. Ias. in l. clam possidere §. qui ad nundinas ff. acq. poss. num. 24. Sufficit tamen, quod res communis sit, ut aedificatum ab extraneo destruere possim, ex Cepola ubi supra d. cap. 30. num. 9. ad fin. Si autem aedificetur a socio, qui partem habet indivisam, Bart. in d. §. nuntiatio num. 5. non

posse destrui sentit, & ibi Paulus, & Alex. num. 9. Decius d. conf. 221. num. 6. per text. in l. sed si inter 26. in princ. ff. de servit. rusticor. l. 3. vers. plane ff. de novi oper. facit l. Sabinus 28. in fin. ff. commun. divid. & l. in re communi 25. ff. servit. rustic. ibi: *Nec quicquam facere in re communi, neque prohibere, &c.*

5 Quibus principijs praesens quaestio enodatur, ut non liceat domino superioris molendini opus in flumine constructo propria autoritate destruere, cum inferior in suo, vel in publico aedificet, vel in ripa, vel alio loco sibi utili, licet exinde sequatur damnum superiori domino, aquaque refluat, & immittatur in alienum, & rotas impediatur, ne suum peragant officium: quia hoc casu sola turbatio in possessione sua consideratur, pro qua interdicto uti possidetis agi oportet: late Menoch. 3. remed. retinend. Conan. lib. 3. commentar. Jur. cap. 8 num. 2. gloss. 1. in l. 1. §. ultim. verbo possidet ff. uti possid. & ibi Bart. num. 2. & in §. hoc interdictum num. 8. Bald. in l. 1. num. 8. vers. circa exemplum C. eod. Alex. conf. 80. num. 7. lib. 2.

Unde in praesenti sapientissimi collegae D. Didacus de Britto, & D. Ferdinandus Cabral, & ego destructionem operis, & demolitionem posse fieri iudicavimus, quia ex contractu inter has partes inito licebat superiori domino proprijs manibus lapides vertere, quousque appositum signum appareret: quod secus semoto contractu per jura supradicta, Scriba Machado.



## SUMMARI A.



*Hæ clausula animos  
judicum offendunt.*

*Hæ clausula, nisi à  
partibus præcipian-  
tur, apponi censen-  
tur errate tabellionis calamo scrip-  
ta. ibi.*

2 *Clausula depositaria non habet lo-  
cum in executione.*

3 *Non habet etiam locum in contra-  
ctu nullo.*

*Quando contractus arguitur de  
usurario, vel de enormissima læ-  
sione, non excusatur pars à deposti-  
to. ibi.*

4 *In contractu usurario potest pars  
petere, ut in continenti admittatur  
ad probandum usuram.*

5 *Durante exceptione incompeten-  
tia non habet locum clausula.*

6 *Pendente conditione contractus  
potest pars admitti sine deposito  
contra contractum.*

7 *Solutum virtute clausula potest  
per conditionem repeti.*

8 *Depositi pena non excedit quan-  
tatem receptam.*

9 *Clausula citandi suppositam per-  
sonam est contra jus.*

*Qui se citari patitur sub nomine  
alicujus officialis, realiter remittit  
citationem. ibi.*

10 *Procurator eo casu adstringitur  
mandato constituentis, cum ipse non  
acceptaverit.*

11 *An procurator constitutus in co-  
dem loco, in quo Reus est, ci-  
tandus sit, vel ipse domi-  
nus?*

## DECISIO XXXIV.

*De clausulis depositaria deneganda audientie, & persone citationi suppositæ,  
& earum observantia. Ad Ordin. lib. 4. tit. 72.*



*Gebatur in processu Bal-  
thasaris Taveyra contra  
Martinum Vaz, & Anto-  
nium Vaz Tagarro de ob-  
servantia contractus, in quo  
expressum erat, ut nomine Reorum  
posset citari tabellio, adjecta alia clau-  
sula denegandæ audientie: cumque in  
persona supposita citationi fuisset exe-  
cuta, & sententia lata contra Reos, in  
qua 200. nummi pro salario exequenti,  
& litem agenti assignabantur juxta  
verba conventionis: Rei obtulerunt im-  
pedimenta objicientes citationis defe-*

*ctum, & quod tempore, quo executæ fuisset  
in persona citationi supposita, ipsi ad-  
erant in urbe, & quod personaliter citari  
potuerant, quod fraude omissum fuisset,  
ut adimeretur defensionis copia.*

1 *Animos judicum hæ clausulæ  
exasperant, partiumque jura non me-  
dicriter lædunt, & bene cum nostra  
Repub. ageretur, si omnino earum usus  
exularet a tribunalibus: nam licet ac-  
tento jure hæ, & similes partium con-  
ventiones admitti valeant, quando ni-  
hil turpe continent, & jure contrarium,  
l. i. §. si conveniat ff. depositi l. juris ge-  
num*

tium §. prætor ait ff. de pact. Barbosa in l. alia §. eleganter num. 47. ff. solut. matrim. Valasc. conf. 85. num. 7. & 173. num. 17. Cabed. decis. 37. Gama decis. 369. Pinel. in l. 2. C. de rescind. cap. 2. n. 26. D. pater meus Franciscus Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo vel aduersarij dolo, n. 22. Adeo ut valeat clausula, quod debitor non audiatur cum impedimentis, nisi incarceratus, ut prosequitur Faber in §. fin. Instit. de iure personar. sequitur Guido decis. 211. num. 2. & decis. 61. Ordin. lib. 4. tit. 76. §. 2. Valasc. conf. 173. n. 26. Tamen nihil excogitari potest, quod maioribus fraudibus viam aperiat, quam clausula denegandæ audientia, vel citationis faciendæ in persona supposita: Et ideo utramque esse limitandam, & restringendam existimo, ne defensionis jus partibus auferatur, Gama decis. 369. num. 1. & ideo sequentes declarationes annectendæ sunt.

Hæc depositi faciendi clausula, de qua in l. 1. §. si conveniat ff. de posit. convertitur cum clausula denegandæ audientia; quia utraque ad eundem effectum ordinatur, ne Reus audiri valeat, quin prius deponat quantitatem conventam: quæ primo limitari debet, ut nullius roboris sit, nisi in instrumento exprimat, quod apposita fuerit partibus potentibus, & de eo constat; alias enim maneat sine effectu, quasi magis apposita currente calamo, quam de partium consensu videatur: explicat Pinel. in d. l. 2. part. 2. cap. 3. num. 10. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 25. num. 19. vers. secus, Paris. conf. 26. num. 87. Quesada in quæstion. quæst. 20. numer. 5. Cabed. decis. 37. in princip. & decis. 129. num. 3. Cum qua resolutione consonat lex novissima, quæ clausulæ appositionem annullat: unde si in verbis executivis contractus hæc clausula apposita sit, potius præsumenda est ex consuetudine apposita, quam ex partium mandato, Cabed. decis. 5. num. 3. Sicut alias clausula constituti in verbis executivis posita translationem possessionis non ope-

ratur, Alex. conf. 28. lib. 2. col. 2. Decius in l. contractus col. 6. vers. & suprascripta ff. de reg. jur. & fuit Abbat. in cap. cum contingat de iurejur. num. 23. Ripæ in l. centurio num. 82. ff. de vulgar. Seraphin. de privileg. juram. privil. 22. num. 107.

Secundo limitatur, ut non habeat locum in executione, quia cum dirigatur clausula, ne pars audiatur, & se defendat, quousque solvat, illa verba proprie verificantur in iudicij tela, quæ usque ad sententiam durat: unde in executione sententiæ eadem pars audiri poterit, postquam condemnatus pignora offerat pro solutione debiti, quia Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 1. vetat condemnatum audiri posse, nisi oblati pignoribus in separato processu. Unde si sententia exequenda indigeat liquidatione, quia liquidatio est pars, & præambulum executionis: ut pungit Scobar de ratiocin. cap. 33. num. 24. Zevallos 4. part. quæst. 1. num. 935. prius datis pignoribus audietur, Cabed. d. decis. 37. num. 3. durante tamen appellationis instantia, durat idem impedimentum, ne audiri valeat: quod ita accipiendum est, ut ille, qui non auditur sine deposito, si condemnatur, & appellet, debeat ejus appellatio scribi, & poterit audiri super eo tantum, an audiendus sit, non vero super meritis causæ principalis. Sicut si in contractu exprimat, quod ad ipsam executionem citatio fiat in persona scribæ, vel alterius, videtur satisfactum formæ Ordinationis lib. 3. tit. 86. §. 15. quia nihil impedit, ut partes ad illam citationem alium supponant, non tamen vigore clausulæ omitetur uxoris citatio, si fiat executio in immobilibus, quia hoc ex alia necessitate fit, scilicet d. Ordin. tit. 86. §. 27. in fine: de quo infra.

Tertio limitatur in contractu nullo, cujus nullitas est probata, non vero probanda, & quæ ex testium depositionibus adhuc pendet: veluti quando gabella soluta non sit, juxta Ordin. lib. 1. tit. 78. §. 14. Qui defectus insana-

bilem inducit nullitatem, quam non solum alij, sed & ipsæ propriæ partes opponunt veniendo contra factum proprium, vel si conjugatus sine uxore vendiderit, juxta Ordin. lib. 4. tit. 48. in princip. vel si fidejusserunt vir, uxor, & mulier, quæ beneficio Velleani se juvans pro sua parte adhuc revocare studet, Gama decis. 131. num. 2. Barbosa in l. 1. 3. part. num. 59. Sicque procedunt, quæ Cabed. d. decis. 37. num. 4. Valasc. d. conf. 85. num. 7. Atque ideò licet quis arguat contractum usurarium, vel cum læsione enormissima gestum, quia hæc omnia adhuc à futura probatione pendent, non excusant à deposito: quod secus quando nullitas ipsa est probata in continenti, adeò ut transferatur onus probandi contrarium, prout est in omnibus casibus, in quibus pro excipiente est juris præsumptio. Cujus rei est ratio: quia nullitas in continenti probata impedit executionem sententiæ, DD. in l. 4. §. condemnatum de re judic. ubi Ripa num. 11. & 28. Alex. conf. 33. in fin. lib. 1. & 95. lib. 2. num. 8. bonus casus in l. fin. C. si ex falsis instrum. tradit Jaf. in d. §. condemnatum num. 12. & 17. Unde cum nullitas ex actis constet, facilius admittitur, receptum dicit Covar. pract. cap. 25. n. 2. Bald. in l. ab executione num. 8 C. quorum appel. Riminald. conf. 51. vers. juvat, Ordin. conf. 106. Bertrand. conf. 250. num. 15. lib. 2. Rebuff. 1. tom. fol. 367. num. 4.

4 Unde non infeliciter dici potest, quod ad hoc ut quis audiri possit super contractu usurario sine deposito, vel simili contractu simulato, aut nullo, cujus nullitas non est probata, quod potest pars petere, ut admittatur ad probandam simulationem in continenti, ut ea probata modis legitimis releveretur à clausulæ depositariæ rigore: sicut alias pars admittitur ad probandam qualitatem, quæ est fundamentum judicij, DD. in cap. si clericus de foro compet. ut per Gofredum ibi Abb. num. 6. Socin. 4. Barbatia 24. Felin. 2. Rebuff. 3. tom. ad leges Gall. tit. de contum. art.

9. gloss. unic. num. 8.

5 Quarto limitatur durante exceptione incompetentiæ judicij, vel personæ judicis, prout si recusatur, quia obligatio depositi supponit judicium esse competens, in quo quis convenit, Cabed. decis. 37. in fin. quia quando patri competunt plura jura, uno sublato, aliud remanet illæsum, quia remisso uno aliud remisisse non censetur, notat Bart. & Scribentes in l. si domus ff. servit. urbanor. Valasc. conf. 144. num. fin.

6 Quinto limitatur, ut licet pars non audiatur super causa principali, tamen possit, & debeat audiri super validitate clausulæ, & an illi standum sit, vel illi sit locus.

6 Sexto limitatur, quando ante tempus advenientis conditionis contractus, vel antequam ex eo nascatur actio, quia nondum venit dies obligatus, per viam actionis de nullitate ipsius agit in judicio competenti, ut declaretur nullus, ne ex eo agi possit, Cabed. arest. 26. 2. part. Namque Cabed. ibi ideò dicit conveniendum Reum, quia pendente lite jam dies venerat, supponens agi posse ante adventum: aliud erit in obligatione alternativa, ut solvat, vel ponat calculum, quia causa agitari poterit, & erit locus clausulæ. Cabed. decis. 62. num. 5. & 6.

7 Septimo, quod quando Reus solverit virtute sententiæ latæ ad umbram tituli præcedentis, contra quem Reus opponere non potest, quod adhuc facta solutione non impeditur Reus per conditionem sine causa pecuniam solutam repetere, Valasc. conf. 56. num. 6. licet repugnet Costa l. si ex cautione fol. 234. vers. ex his num. 2. ad fin. Jaf. in l. Julianus verum debitorem num. 10. & 16. ff. de condic. indebit.

8 Octavo, quod hæc depositi pæna non excedat quantitatem recepti, quia partes solent, ut securiores reddant contractus, amplam pecuniam promittere, & meram iniquitatem fovet, ut hoc modo quis repellatur à limite

mine iudicij : sicque lege novissima cavetur, & sufficiet causam modo deduci ad iudicium, licet contractus fuisset celebratus ante dictam legem ex Bart. in l. omnes populi ff. de iustit. num. 44. Parlador. lib. 3. quotid. cap. 9. different. 79. Morla in emp. 1. part. tit. 1. de legib. quæst. 6. num. 7. vers. tertius casus, facit Gama decis. 260. num. 3.

Secunda clausula denegandæ audientiae aliquando apponitur simpliciter sine deposito ad illum solum effectum, ne audiri possit, priusquam solvat cum effectu, Gama decis. 369. & transit ad hæredes, ut ibi per eum ex ratione l. pactum ff. de probation. l. juris gentium §. pactorum ff. de pact. Si autem promittat nolle se audiri ulla exceptione, intelligit de frivolis tantum Gama ubi supra num. 2. Clausula vero depositi non transit ad hæredes ex his, quæ Gama d. decis. 369. num. 3. ex reg. l. inter artifices ff. solution. quia censetur electa industria depositarij : & in hoc differt à clausula denegandæ audientiae. Sed certe utroque casu eadem est ratio : quia obligationes non mutantur ex hæredum, vel successorum persona l. 2. §. ex his ff. de verborum l. cui fundus ff. condit. & demonst. Et ita iudicavimus in casu Antonij, d' Oliveira contra Moniales de S. Anna : Scriba Azevedo. Videndus Phæbus decis. 12. num. fin. Ubi ita dicit iudicatum, quod unus ex hæredibus pro sua parte deponens satisfaciatur.

9 Clausula autem citandi suppositam personam tabellionis, vel alterius nomine absentis frequentissima est, & valida ex Rebuff. 1. tom. fol. 57. facit Ordin. lib. 3. tit. 2. ubi unus pro alio citatur. Sed videtur esse contra Ordin. lib. 4. tit. 72. quæ non patitur, ut quis remittat primam citationem. Cui difficultati respondet Gama d. decis. 369. in fine, quod illa Ordinatio procedat in eo, qui sibi omne remedium ademit, non vero in eo, qui tantum se privat ad tempus. Sed certe licet illa responsio habere possit locum respectu clausulæ depositariæ, vel denegandæ audien-

tiae, non tamen recte convenit respectu citationis, quæ videtur omnino remissa, dum alia persona supponitur citationi, quia hæc clausula semper apponi solet ad libitum creditoris, nominata persona sub nomine officij, idest : *ó Alcayde, ó Destribuidor, ó Portero*. In quo datur mera incertitudo, & vere qui ita consentit se citari posse, realiter remittit citationem, cum ex citatione in persona alterius facienda in absentia nullam notitiam se habiturum in posterum speret. Atque insuper datur aliud inconveniens, quod ille, qui tali citationi supponitur, citari non potest ad illam causam, nisi & ipse in contractu consentiat, ut citetur absentis nomine ; quia talis procuratoris constitutio, si valuit, ipsum procuratorem obligat contraria mandati actione, si dominum non certioravit, ut se defendere posset, quia procurator omnem culpam præstat, l. procuratorem C. mandati l. cum procuratorem eod. Ratio est : quia qui alium defendit, tenetur ex boni viri arbitrio defendere l. omnis ff. de procurator. & ideo illo tit. ibi : *Qui frustrando actorem efficiat, ne causa ad exitum deducatur* : considerata ratione hujus legis, ut pariter procedat in eo, qui Reum defendendum suscipit. Nec obstat Ordin. tit. 2. quia agit de procuratore certo, qui mandatum acceptavit, non vero de incerto, qui forsitan non novit mandantem. Quo dato, patet, quod procurator obligabitur invitatus mandato constituentis, quod ipse non acceptavit : nemo enim tenetur invitatus mandatum suscipere. Et non est dubium, quod talis procurator tempore citationis potest dicere se mandato uti nolle, nec nomine absentis citari. Quo casu ulterius in causa procedi non potest ex tali citatione. Et quod magis est, etiamsi citationi acquiescat, quia in fraudem constituentis videtur facta acceptatio, imò in favorem creditoris, cum ipse procurator non habeat notitiam defensionum, quæ Reo competunt, ut illum defendat. Ergo non ad ejus commodum, sed ad ejus damnum mandatum

datum accipit. Quod quidem repugnat naturæ mandati, & bonæ fidei: sentit Valasc. conf. 144. num. 7. Unde oportet, ut tempore contractus adsit ipse procurator, mandatumque accipiat, ut Reum defendat, & constituatur non sub nomine dignitatis, sed proprio, cum ex tali mandato teneatur dominum citationis certiorari: alias enim fiet prævaricator, l. 1. ff. de prævaricator, cum diversam partem adjuvet prodita causa sua.

II Quando autem procurator legitime constitutus est in eodem loco cum constituyente, dubitatur, quis eorum citandus sit. Utriusque opinionis auctores citat Valasc. d. conf. 144. num. 10. & ipse sequitur sententiam gloss. in cap. causam de dolo, & contumac. quæ dominum citandum dicit. Cujus sententiam hodie sequitur Senatus in casibus, in quibus procuratoris constitutio admittitur. Quod sine dubio semper est observandum in causis magni præjudicii, quia in his citatio requiritur ad personam debitoris, Angel. in §. hinc nobis in Auth. de hæred. & Falcid. Valasc. d. num. 10. ad med. Unde patet elegans explicatio ad Ordin. lib. 3. tit. 87. §. 3. dum permittit parti in sua persona non citatæ, ut impedimenta de meritis in executione offerre possit, ut procedat in eo, qui in persona supposita citatur; non autem personaliter. Licet ille, qui

personaliter citatur, non alia impedimenta offerre possit, nisi nullitatis, ut habet Ordin. tit. 87. §. 1.

Atque ex his in præsentis quæstione citationem nullam decrevimus: prout sæpe in Senatu judicatum. Sed quia Senatus simplices nullitates non admittit ex praxi recepta, de qua in Ordin. lib. 3. tit. 63. ubi plures citat Barbosa in annotationibus doctissimis: Reusque solam nullitatem proposuisset absque alio fomento justitiæ: ideo iussimus, ut solveret, in eoque sententia adimpleretur; eum tamen levandum censuimus à pæna 200. nummorum pro quolibet die, quia pænae appositio sustineri non potest, nec obligare, quando principalis contractus corrumpitur, cuius naturam sequitur tanquam accessorium ipsius. In processu Ioannis, Jorge cum Gaspare de Faria d'Almada, Dominus Nonius da Fonseca Cabral Didacus de Britto, & ego sententiam, & factam executionem annullavimus, quia pars multa allegabat circa suam defensionem, & merita causæ. Quo casu non poterat nullitas allegata censeri simplex, ex his quæ Gama dec. 237. & 325. Valasc. de partition. cap. 39. num. 72. & succedit Ordin. lib. 3. tit. 63. §. 5. & quæ Menchac. success. creat. lib. 1. §. 2. num. 4. Surdus conf. 227. num. 17. & conf. 181. num. 28. Scriba Mattos anno 1617. 19. Decembris.

## SUMMARI A.

- I  Interpretatur l. fluvium §. fin. ff. de damno infecto.  
L. Proculus ff. eod. ibi.
- 2 Licite aperit quis puteum in suo fundo, licet vicino noceat.  
Rei suæ quilibet est moderator. ibi.  
Damnum tertij non consideratur,

- quando venit in cōsequentiam. ibi.  
Cum dominus intendit suam utilitatem, contemnitur damnum vicini. ibi.  
Levare domos licet, licet officiatur luminibus vicini. ibi.  
3 Puteum licet aperire usque ad centrum.  
4 Interpretata l. Trebatius ff. de damno infecto.