

In præjudicium servitutis ædificare non licet. ibi.

Potest quis in suo ædificare, licet vicino lucrum adimat. ibi.

5 *Interpretata l. fluminum §. fin.*

Ita alte puteum aperire, ut paries stare non possit, non licet.

Debet abesse animus nocendi. ibi.

Emulatio, quãdo præsumatur. ibi.

Modica utilitas non tollit suspitionem. ibi.

6 *Aliud est damnum dare, & aliud*

lucrum adimere.

Quando vena aquæ ex meo fundo procedunt, non dicor damnum dare, sed lucrum adimere. ibi.

7 *Consutatur hæc sententia.*

8 *Licet aquam avertere, si non animo nocendi fiat.*

Puteus novus respectu parietis debet distare per quinque pedes. ibi.

9 *Quando puteus nocet publico fonti, non potest aperiri.*

DECISIO XXXV.

De eo, qui aperit puteum in suo fundo, quando noceat fonti publico, vel vicini puteo.



Rope hanc almam urbem fons est publicus, juxta quem M. lapidicinam aperuit, à qua cum lapides extraherentur, fossa que magna aperta esset, uberrimus aquæ fons prodijt, quem dictus M. in suos agros dirivavit: urbis Syndicus se opposuit petens, ut fossa clauderetur, quia ex ipsius apertura venæ publici fontis incisæ erant cum publici usus incommodo. Reus loci distantiam allegabat, & quia ex juris fontibus haurienda est decisio præsentis hæsitacionis, ad illam jura sequentia notanda ducebam.

Ponderanda sunt verba Ulpiani in l. fluminum §. fin. ff. de damno infecto, ibi: *Ut puta si in domo mea puteum aperio, quo aperto venæ putei tui præcisæ sunt, an tenear, & ait Trebatius non teneri me damni infecti:* similia sunt verba ejusdem Ulpiani in l. i. §. denique ff. aq. pluvia ar. cend. ibi: *Cum eo, qui in fundo suo fodiens vicini fontem adverterit, nihil posse agi, nec de doli actione est:* eadem verba repetit idem Ulpianus in l. Proculus ff. de dam.

no infecto, ibi: *Aut vicino suo agro cuniculo, aut fossa aquam meam evoces, &c.* Quæ jura plane videntur probare, licite potuisse Reum puteum aperire in fundo suo, quando ea intentione facit, ut sibi proffit. Quæ est utriusque censuræ trita resolutio, quod in suo quisque potest ædificare ad sui utilitatem, quamvis inde damnum vicino inferatur. Ita ibi resolvunt DD. & in l. altius C. de servit. & in l. si tibi ubi Paulus eod. tit. Imola post alios in l. si cum detem §. mulier 8. ff. sol. matrim. Cepola de servit. urbanor. cap. 80. Bald. in litem lapilli col. 2. ff. de rerum divis. Curtius Senior conf. 33. col. fin. idem Cepola d. cap. 47. in medio, vers. quid si in domo, Corras. in l. quoties ff. de servit. num. fin. fol. 340. Cujus resolutionis ratio petenda est ab eodem Ulpiano in citatis locis; quia rei suæ quilibet moderator est, & in ea licet liberè ædificare, neque damnum tertij in consequentiam deducti impedimento est, quia injuriam non facit, qui suo jure utitur, l. injuriarum §. i. ff. de injur. l. illud ff. de petit. hæred. notatur in cap. cum Ecclesia Vulterana, de electione:

Etione: aliter enim impediretur rei propriae liber usus, quod est contra propriam dominij diffinitionem, de qua Bart. in l. si quis vi §. differentia num. 4. ff. de acq. poss. Soto de just. & jur. quaest. 1. art. 1. lib. 4.

2 Insuper, quando dominus fundi in eo aperit puteum, principaliter ut sibi ipsi profit, utilemque reddat fundum, juri convenit tertij praedictum sibi impedimento non esse, cum id solum, quod principaliter agitur, attendi debeat, arg. notatorum per Jas. in l. 3. n. 4. ff. de testam. Decium conf. 271. ad fin. & probatur in cap. super eo de praebend. in 6. l. 1. ff. auth. tutor. Ex quibus aedes proprias potest quis in caelum levare, licet officiat vicini luminibus juxta text. & ibi notata in d. l. altius l. fin. in princ. ff. de servit. l. cum eo l. Imperatores ff. de servit. urban. praedior. l. si quis §. si jussero vers. in opere ff. quod vi aut clam. Quod verum est, etiamsi lumina prorsus obturentur, ut in d. l. cum eo, quam ad hoc citat Menes. in d. l. altius num. 25. & est bonus text. in d. l. Proculus 26. ff. de damno infect. quatenus hos duos casus exaequat, aquam avertere, & luminibus officere.

3 Cum igitur liceat usque ad caelum aedificare, quamvis vicino damnū inferatur, consequens est, etiam è converso licere terram propriam fodere, & puteum aperire usque ad centrum, ut resolvit Cepola de servit. urban. cap. 45. Ubi ait, quod ad caelum, & ad centrum licet penetrare, Bald. in l. item lapilli ad fin. ff. de rerum divis. Paulus vol. 2. conf. 4. Sicut è converso in alieno fundo nec superaedificare licet, nec subter, nisi quarendi auri, vel argenti causa; quia hoc casu permissum est ob bonum publicum l. cunctis, & ibi gloss. C. metal. lib. 10. junct. l. 1. & l. quosdam eod. tit.

4 Cui resolutioni non obstat text. in l. Trebatius 25. ff. de damno infect. ubi damnū dare dicitur, qui luminibus officit: sic ergo etiam qui aquam avertit aperto puteo, ex aequiparatione d. l. Proculus, gloss. in d. l. Trebatius, di-

versimode nodum solvit, causa dicere quod Trebatius corrigitur à Proculo, ab Ulpiano relato ibidem in l. seq. in fin. verbis, ibi: Mihi videtur vera Proculi sententia: quod non sine mysterio videtur ab Ulpiano subjectum: sed quia correctio vitanda est, gloss. in d. l. Trebatius aliter respondet, quod ille textus procedit stante jure servitutis altius non tollendi. Quo casu damnū daret aedificans, si luminibus officeret, in quo gloss. magis communiter recipitur, quia in praedictum servitutis nemini aedificare licet, l. servitutes §. si sublatum, vers. si servitus ff. de servit. urbanor. Menchac. quaest. forens. cap. 58. num. 29. Duenas d. reg. 33. fol. 7. Menoch. lib. 2. sentent. cas. 156. Menes. in d. l. altius num. 24. ubi num. 23. citat Socin. conf. 105. n. 1. lib. 1. Verum & divinare videtur hic intellectus, cum in textu nec verbum de servitute constituta. Atque ideo verior videtur sensus gloss. quod Trebatius à Proculo correctus fuerit, quod suadet si post d. §. fin. continuativè legamus d. l. Trebatius, & l. Proculus, quasi sint versiculi legis praecedentis, cum Ulpianus omnium auctor sit.

Quo sic praehabito considerari potest, quod Ulpianus postquam in d. §. fin. resolvit aperiens puteum non damnū facere, subjungit Trebatij sententiam, qui in simili respondebat officientem luminibus, damnū dare, à quo ut recederet, Proculi sententiam refert, quam sibi magis placere firmat, quia damnū non facit, qui suo jure utitur, quamvis vicino lucrum adimat. Et secundum hunc sensum sumus extra casum correctionis, quando Trebatius ab Ulpiano in argumentum pro parte contraria adducitur, non in vim legis, qui arguendi modus Jurisconsultis peculiaris est.

5 Obstat tamen text. in d. l. fluminum §. fin. in fin. ibi: *Si tam altè fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit: &c.* ex quo constat puteum non licere aperire ita altè, ut venae aquae alienae praescindantur, cujus natura est semper descende-

cendere : quamobrem quemadmodum in illo vers. fin. non licet ita alte puteum fodere , ut paries stare non possit ; ita pariter non ita alte licet aperire , ut aqua avertatur , quia tunc ex opere constat animo nocendi foveam apertam fuisse , & dolose : quæ est ratio , quam ponderat d. l. i. §. denique ff. de aq. pluvia arcend. ibi : *Si non nocendi vicino, sed suum agrum meliorandi, id fecit* : & ibi notat gloss. i. & DD. commun. Menesius in d. l. altius num. 28. multa Ias. in l. ex hoc jure ff. de justit. à num. 7. Bart. in l. quominus ff. de flumin. inferens non posse quempiam divertere aquam à solito cursu animo nocendi , Alex. conf. 174. num. 6. lib. 2. Ias. in ead. l. quominus num. 23. & in l. de pupillo , §. meminisse ff. de novi oper. ante num. 9. Gomes l. Taur. 46. num. 8. Aymon. de antiquit. folio 181. num. 27. quorum meminit Menes. Æmulatio autem tunc præsumitur , quando aqua non prodest puteum aperiendi , vel fossam : explicat Paulus in d. l. altius , ubi Menesius num. 22. qui dicit communem , Alciat. reg. 3. præsumpt. 23. Gomes l. Taur. 46. num. 8. Menchac. quæst. forens. cap. 58. num. 30. gloss. l. 19. tit. 32. part. 3. Ripa in d. l. quominus num. 29. sufficit enim parum prodesse, ut cesset sinistra suspitio ex Alciat. præsumpt. 23. in quo tamen contra communem fuisse locutum tenet Menes. d. n. 22. ex Auth. Cepolæ de servit. urban. cap. 39. n. 3. Socin. conf. 30. num. 3. vol. 4. Decius conf. 537. n. 8. maxime quando grave vicini sit præjudiciū. Quæ quidē opinio videtur securior, & æquior, ut modica utilitas non sufficiat ad tollendam doli suspitionē, & æmulationem, quando præponderat vicini præjudiciū, prosequitur Menoch. lib. 6. præsumpt. 29. à n. 23. & seqq. idem Menoch. de arbitrar. cas. 156. n. 8. Gail. lib. 2. observ. 69. n. 17.

6 Ad text. itaque in d. §. fin. videtur dicendum , quod in præcidendis venis aquæ , aliud sit damnum dare , & aliud lucrum tollere, quæ est distinctio text. in d. l. Proculus, ubi explicans Tre-

batij sententiam, de qua d. §. fin. dicit, quod solum procedit , quando ædificans admittit lucrum, non autem damnum dat: primo casu vicinus non prohibetur ædificare in suo ; in secundo vero prohibeatur. Unde Paulus in l. si tibi C. de servit. & aqua eleganter resolvit lucrum, de quo agitur, in dictis jurbus versari in eo, si consideremus venam aquæ à meo fundo nasci, & procedere. Quo casu si foveam aperiam , ut mea aqua utar, lucrum vicino adimo, non tamen damnum do : quia aqua ad tuum profluebat puteum , quandiu ego non aperiebam, & eo aperto non dicit damnum dare, sed lucrum adimere, quod tamen ex vena aquæ procedente ex meo fundo faciebas. Et propterea in l. Proculus, asserit Ulpian. quod quando lucrum adimo , possum puteum aperire , non vero si damnum dem , quod consideratur, quando aquæ vena ex tuo proprio fundo procedit, aut forsan ex publico, vel constituto jure servitutis ; his enim casibus, si aqua avertatur, damnum do, quia idem est super terram, vel subterram, l. 1. C. de interdict. Sicque videtur procedere d. l. fluminum in §. fin.

7 Sed adhuc obstat, quod secundum hunc intelligendi modum, non videtur bene se habere Ulpiani responsum, dum generaliter loquitur, quia ratio continget, ut qui puteum habet ex venis, quæ ex fundo vicini profluunt, non possit se tueri jure servitutis, cum servitus etiã in his, quæ super terram sunt, vel subterram profluunt, detur, ex d. l. 1. C. de interdict. Unde solum habebit locum, quando adhuc legitimum tempus ad præscribendum non profluxerit. Deinde quia illa distinctio damni, vel lucri non videtur posse stare, quia lucrum jam radicatum non differt à damno, l. 3. C. de jur. & fact. ignor. Ias. in d. l. quominus num. 48. DD. in l. non amplius in princ. ff. de legat. 1. quia radicatum lucrum est ex patietia domini, quæ titulum constituit l. 2. C. de serv.

8 Unde verius videtur in d. §. fin. indistincte dici, licere aquam avertere, quando non dolo fit , sed utendo jure

P

proprio

proprio, quia lucrum principaliter intenditur, licet per accidens damnum sequatur: unde ibi solum succurritur per actionem damni infecti, quando paries corruere potest, non vero circa aquæ averfionem. Nec illa consideratio, quod sit differentia constituenda, quâdo aqua provenit ex fundo meo, ut tunc liceat venas incidere, nō vero quando è fundo vicini, recte videtur posse accommodari, quia non satis investigari potest, unde aqua profluat, cū per absconditos terræ meatus dirivetur. Deinde licet secūdū artem auspicari possimus aquæ caput, & originem, tamen adhuc sufficit, ut vicinus sit in possessione putei, & aquæ jure servitutis constitutæ, vel contractus, vel temporis, ut ait text. in d. §. denique, ut sua possessione, & usu aquæ privari non possit, cum & subter terram etiam servitus sit, d. l. 1. C. de interdict. & eo casu etiam damnum consideretur, licet venæ à vicini fundo dimanent. Unde dum Trebatius lucrum, & damnum considerat, debet accipi secundum utilitatem in suo forsitan aperiens, ut non possit nocere, quando eo animo faciat, nec de utilitate constet, vel quando paries ruat, quia circa ruinam solum damnum consideratur sine ulla fodientis utilitate. Unde puteus novus respectu parietis debet distare à limitibus agri alieni per quinque pedes, ut in l. fin. ff. fin. regund. l. mille passus ff. de verbor. signif. ne parieti nocere possit, vel secundum altitudinis mensuram, ex Cepola de servit. urban. cap. 80. in princip. respectu vero aquæ nulla distantia præscribitur.

9 Quando autem ex fossa facta intra limites fiat nocumentum publico fonti, qui ad communem usum paratus est, videtur tali fonti noceri non posse ex ædificio, vel puteo à vicino aperto in suo fundo, ex Alberic. in d. l. alti s argum. l. opus novum ff. de oper. public. sequitur Angel. in l. cum eo ff. de servit. urban. Florianus in l. Sabinus nam. 2. ff. commun. divid. requiritur

enim tempus immemoriale, ut publica præscribantur, l. usum aquæ, & ibi gloss. C. de aquæduct. lib. 11. Gregor. l. 7. tit. 29. part. 3. gloss. 1. num. 1. Avend. de exeq. cap. 12. num. 5. & 6. Azeved. lib. 7. l. 3. num. 18. notant DD. in l. 3. §. ductus aquæ ff. aqua quotid. Unde in præsentī placuit sic judicandum 7. Novembris 1616.



10 Postea anno 1618. alius casus incidit in Senatu valde similis. Agebat ejusdem Almæ Urbis Syndicus contra D. de Ayala, quod puteum aperuisset, quo aqua publici fontis Regij divertebatur, in quo de præscriptione hujus juris plene actum fuit: & diximus, quod Rea poterat aqua uti, ut ab antiquo utebatur, quia probatur puteum ætate antiquiorem publico fonte, & ab ipso aquam dirivari in fontem publicū, non è converso: quod si de sola præscriptione agendum foret, adhuc in eo casu locum habere posse dicebamus, quia ea, quæ sunt publica de jure gentium, quoad usum omnium populorum possunt præscribi, juxta l. si quisquam ff. de divers. & temporal. præscript. facit deinde text. in l. usucapione 9. ff. de usucapion. Ubi agitur de his, quæ sunt publica Iure Civili, prout quæ sunt populi, vel civitatis: & tamen præscribi posse probat l. omnes ad fin. C. de præscript. 30. ibi: *Vel publicum*, l. ultim. C. de sacrosanct. Eccles. l. ultim. C. de feud. patrimon. lib. 11. Nec aliud probat d. l. si quisquam, quia licet jus piscandi, & venandi sit publicum, tamen ex justa causa potest Princeps hoc immutare, & efficere, ut talis usus publicus esse desinat, & fiat privati: vel ut certis temporibus, vel locis piscari liceat, l. venditor 14. in princip. ubi gloss. 4. ff. cōmunia prædiorum, l. quominus ff. de flumin. ibi: *Nisi Imperator, &c.* observat Bart. in rubr. ff. ne quid in flumin. public. post alios Covar. in reg. peccatum §. 8. à num. 1. & 10. Rolād. conf. 9. & 22. lib. 2. Sicque accipi debent, quæ de conciliatione d. l. si quisquam cum l. fin. C. de præscription. long. tempor. per DD.

in §. flumina Instit. de rer. divis. & in l. injuriarum 13. vers. si quis ff. de injur. Balb. 4. part. in princip. à num. 19. Conanus lib. 3. cap. 15. col. 2. Forcatulus dialog. 85. Aymon. de antiquit. 4. part. cap. materia à num. 80. & 82. Avendlib. 1. de exequend. cap. 12. num. 11. Soares allegat. 16. num. 3. & alleg. 17. num. 5. Zazius in Antinom. part. 2. num. 1. Menchac. illustrium cap. 89. à num. 13. quia d. l. si quisquam procedit habito

titulo à legitimo superiore, qui licet possit non esse validus, præstat bonam fidem, & usucapiendi conditionem: at vero d. l. fin. procedit deficiente dicto titulo, ut per supra citatos.

Quare cum in præsentì detur continuata per prædecessores possessio titulata, qua domus possidebatur, & puteus insimul, placuit talem possessionem hoc titulo sufficere, ut præscriptioni locus esse posset.

SUMMARIA.

- 1  *Vi contra jura mercatur, contrahit malam fidem.*
- 2  *Decreti defectus suppletur ex tempore, non mala fides.*
- 3 *Lex potuit ratos habere contractus minorum impleta legitima etate.*
In hac ratihabitione non confirmatur actus, ut ex nunc. ibi.
Contractus habetur, ac si modo gestus esset. ibi.
Vel actus ex solemnitate, vel ex

causa deficiat, à legè confirmatur. ibi.

- 5 *Hac confirmatio non operatur circa lesionem.*

Mala fides non datur, quando contractus oppugnatur ex defectu solemnitatis. ibi.


Lex extinguunt actionem agentis. ibi.

Mala fides non datur propria, ubi sola datur scientia rei alienæ. ibi.

L. fin. C. si maior factus, procedit etiam de jure Canonico.

DECISIO XXXVI.

An emens rem à minore sine tutoris authoritate possit præscribere attentò jure novissimo propter malam fidem? Ad Ordin. lib. 4. tit. 79.

 *Nte 25. ætatis suæ annum vendiderat Ægidius Eannes da Sylveira, qui modo Senator hujus supremi Senatus est meritissimus, domum,*

quæ in inventario æstimata fuerat in 100. mille nummis: post trigessimum annum elapsum à tempore venditionis, per viam reconventionis eandem domum revendicabat. Reus

se defendebat longissimi temporis cursu, quam exceptionem reconueniens elidebat, quod l. fin. C. si maior factus alienation. non procedit de jure Canonico propter malam fidem, quam contrahit ille, qui contra jura mercatur, spreta legum solemnitate, quæ formam actus inducit, ne bona minorum sine judicis autoritate, & tutoris distrahatur sub pæna nullitatis, quia ommissa formali solemnitate actus ipse corrumpitur, ex reg. l. Iulianus §. si quis rem ff. ad exhibend. facit. reg. qui contra de reg. jur. lib. 6. l. quemadmodum C. de agricol. citat plura Nata conf. 295. per tot.

2 Ex quo fit, quod licet temporis cursus supplere possit decreti defectum, non tamen malam fidem, qua stante, prout eam in omni contractu admittit, cap. fin. de præscript. Ordin. lib. 4. tit. 79. in princ. Cened. ad Decretal. collect. 50 à num. 1. Balbus de præscript. part. 3. q. 23. à num. 2. Gabriel lib. 1. commun. tit. de præscription. conclus. 1. à num. 53. Mexi. taxa panis conclus. 1. n. 134. Gutierr. Canon. lib. 1. cap. 34. à n. 68. utique possessor nullo tempore juvari potest, ex Gabriel sub tit. de minorib. concl. 4. ad fin. ubi citat Butrium conf. 45. Quod non solum in rebus præscribendis, sed & actionibus observatur, ut per gloss. 3. in d. cap. fin. ubi Felin. num. 5. Bart. 24. in l. omnes populi ff. de justit. & jure, communis ex Covar. in reg. possessor 2. part. §. 11. num. 3. Dueñ. reg. 6. Menchac. success. creat. §. 10. num. 26. & illustr. cap. 76. num. 1. Tiraquel. de præscript. gloss. 2. Padilha num. 42. in l. 2. C. de servitut. idem Gabriel lib. commun. sub tit. de præscript. conclus. 3. Addit. ad Bernard. Dias reg. 578.

3 Cumque in ipsius reconuenientis favorem sententia lata fuerit, causa delata fuit ad Senatum, ubi prior Senator confirmabat, ego contrarium sentiebam: & pro veritate eruenda notandum duxi, quod potuit lex in bonum commune ad præcidendas lites statuere, ut contractus à minoribus gesti

impleta legitima ætate ratihabéantur, ita ut amplius convelli nequeant: voluit gloss. Bart. & DD. in d. l. fin. Paris. conf. 59. vol. 1. Alex. conf. 117. volum. 5. num. 2. Menoch. in tract. de recuper. remed. 15. num. 149. & 156. idem conf. 439. à num. 40. Cephalus conf. 315. à num. 25. lib. 3. Dominus pater meus verbo si intia legitimam à num. 21. citato Paris. conf. 33. num. 29. volum. 2. & conf. 49. num. 86. vol. 1. Capic. decis. 92. quibus addo Gamam decis. 76. & 275. ubi bona additio Gutierr. lib. 2. pract. cap. 134. num. 2. Surdus conf. 49. num. 29. lib. 1. ultra Gomes de contractib. 2. tom. cap. 4. n. 11.

4 In hac tamen ratihabitione, illud notabile est, quod licet ratum habens ante à se, vel suo nomine gestum à principio actum confirmet, quia cum ratihabitione fiat per fictionem translationem, requirit conjunctionem duorum extremorum, quod sint habilia, per quæ à principio nomine ratum habentis censeatur celebratus, Dueñ. reg. 378. ampl. 3. Bart. in l. si is qui per emptore num. 4. ff. de usucapion. Tiraq. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 10. n. 69. & 72. Nihilominus tamen in hac ratihabitione, cum principium non habeat habile, quia ille actus à principio nullus est, cū geri non potuerit sine tutoris, & judicis autoritate, ideo non retrahitur, sed à lege fingitur novus consensus, à quo ille actus incipiat, ac si de novo contractus celebratus esset: prout ex nunc explicat D. pater meus in verbo infra legitimū, n. 21. vers. ex quibus, & n. 23. sequitur Paris. conf. 49. n. 61. vol. 1. Licet Decius conf. 209. n. 4. quem sequitur Menoch. d. remed. 15. recuper. n. 156. dicant, quod confirmatur ex tunc quasi ex ratihabitione, quæ necessario retrahitur. Quorū opinio videtur exploranda, quia in hac lege ratihabitione non est propria, sed quædam quasi ratihabitione, cum ex confirmatione, & novo consensu contractus habeatur, ac si modo à maiore factus esset, per quod utiliter etiam sustine-


sustinetur contractus præcedens, quasi gestus sub illa conditione, nisi contrahens intra legitimam ætatem contraheret. Unde vel ex solemnitate, vel ex causa contractus deficiat, omne illud vitium purgatur ex superveniente consensu, ad quod quidem oportuit legis auctoritatem admoveri, ut jus nullitatis, & restitutionis tolli posset, causatum ex falsa causa, aut læsione. Craveta cons. 102. num. 7. lib. 1. Sforzia in tract. de restitut. quæst. 5. art. 3. & 4. part. 1. Simoncellus de decretis lib. 3. tit. 9. in præfat. col. 3. Cephalus cons. 315. à num. 24. § lib. 3. D. Caldas Pereira ubi supra.

5 Unde fit, quod hæc confirmatio ita accipienda fit, ut solum operetur circa solemnitates, decretum, & tutoris auctoritatem, vel causam; non vero circa læsionem, quæ si excesserit dimidiam, ex ea, ac ex quolibet alio cõtractu intra decimum quintum annum agi potest ex Ordin. lib. 4. tit. 13. si enormissima sit, intra longissimum. Et ultra quando mala fides adsit, hæc tamen mala fides nunquam censetur dari, quando contractus oppugnatur ex defectu solemnitatum, quia quo ad hoc supposito quod lex contractum sustinet pro illo tempore, jam in contrahentibus non formalis datur mala fides, cum magis lex extinguat actionem agentis, nisi intra vigesimum quintum ætatis annum egerit, quæ extinctio etiam cum mala fide datur, vel non datur in ea mala fides ex multorum sententia, ut observat Hostiens. in summa tit. de præscript. rerum immobil. §. quæres num. 4. Bart. in l. sequitur §. si viam, ff. de usu-

cipation. & in l. nemo potest num. 2. ff. de legat. 1. sequuntur plures ut per Gabriel. lib. commun. sub tit. de præscript. conclus. 3. & 4. Covar. in reg. possessor. 2. p. §. 11. num. 3. Peres ad l. 3. tit. 13. lib. 3. vers. cõtrariam, Menchac. illustrium d. cap. 76. qui dicit communem. Quam tamen malam fidem eo casu ego non puto propriam, licet detur scientia rei alienæ, & cum ea extinguatur actio, ut dixi in Harmonia adversariorum juris Regij ad Ordin. lib. 4. tit. 79. Atque hoc modo conciliari debent Doctores, quos supra retuli, prout est Nata, qui sentit d. l. fin. non procedere de jure Canonico, ut verum proferat, quando hodie detur mala fides, quæ tamen non datur ex defectu illarum solemnitatum; sicque Menochius dum putat ratihibitionem trahi ad principium contractus, quod scilicet contractus à principio valuerit, sub illa conditione, nisi intra tempus legitimum impugnetur, prout alias à lege sustinentur cõtractus, in quibus læsio intra dimidiam versatur ex l. 2. C. de rescind. de quo in l. 56. tit. 5. part. 5. ubi gloss. 4. & l. 1. tit. 11. lib. 5. novæ Recopil. ubi Azeved. Gama decis. 204. 256. & 259. Valasc. cons. 18. & cons. 43. & 70. à num. 4. Cabed. 1. part. decis. 34. n. 1. Covar. lib. 2. variar. cap. 2. Menoch. cons. 343. n. 16.

Atque ex his fundamentis, quibus domini sequentes accesserunt, sententiam revocavimus, excludendo egentem ex cursu temporis longissimi, quia contractus oppugnabatur ex defectu decreti tantum: Scriba Azevedo: 1. Julij 1616.

SUMMARI A.

- 1  *Olonia quando sit locus.*
Bona maioratus possunt in emphyteusim concedi, & quando, ibi.
In novalibus facilius admittitur emphyteusis. ibi.
Quid sit novale, vulgo de fogo morto. ibi.
Novalis allegationem excludit pensionis recognitio. ibi.
- 2 *Ius coloniae cessat, ubi constat de titulo emphyteutico.*
- 3 *Ius coloniae an dari possit?*
Tribus modis solent coloni dominorum petitionem repellere. ibi.
- 4 *Ius coloniae perpetuum praescribi non potest.*
Ampliatur etiam si praescriptio sit immemorialis. ibi.
Nisi colonus requisitus denegaverit pensionem, non privatur dominus possessione rei locatae. ibi.
- 5 *Colonus longo tempore praescribit jus, ne expellatur.*
- 6 *Ius coloniae ex praesumptione elicitur, quae in hoc Regno dari non potest.*
Tales locationes in Regno fieri non consueverunt; ideo nec praesumi debent. ibi.
- 7 *Duobus modis quis pertendit ex tempore jus in re aliena.*
- 8 *Quando quis intendit praescribere jus emphyteuticum, debet probare uniformes praestationes.*
Quando allegat titulum sibi concessum emphyteusis, sufficit, ut longo tempore probet se solvisse. ibi.
- 9 *Ius coloniae ut constituatur, non requiruntur praestationes uniformes.*
Colonia praesumi potest quando pensio respondet fructibus. ibi.
- 10 *Quando pensio est modica, quae ad emphyteusim, & censum applicari potest, dicimus emphyteusim concessam.*
- 11 *Emphyteusis an praesumatur ad vitas, vel perpetua.*
In emphyteusi extincta possessore ultimam vitam judicamus. ibi.

DECISIO XXXVII.

*Utrum colonus possidens ab antiquo prædium maioratus ad titulū emphyteu-
sis sit repellendus ad instantiam successoris, quando illud ad culturam
redegit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 79.*



Offidebant ab antiquo Antonius Luis, ejusque prædecessores prædiū, seu hortum, cujus proprietas spectabat ad maioratum Melchioris à Cunha Villæ de Loures, contra quem ipse intenderat rei vendicationē, proponens quod Reus sine titulo possidebat: Reus omittens defensionem tituli emphyteutici, qui videbatur ex tēporis diuturnitate extinctus, confugiebat ad jus coloniæ, quod 40. annis præscripsisse proponebat per se, & antecessores suos. Actor vero instabat titulum emphyteuticum præcessisse, Reumque illum occultasse, eo quod generationes erant finitæ, nec renovatio tempore debito petita, insuperque arguebat tituli nullitatem. Et his fundamentis motus iudex sententiam protulit contra Reum, ut emphyteusim dimitteret.

I Primus dominus Petrus Alvarez Sanches ex autoritate doctissimi Antonij à Gama decis. 244. num. 10. & Valasc. conf. 192. num. 7. coloniam perpetuam Reo adjudicavit, ne expelli posset. Ego contrarium sensi, imò reum fore judicandum ultimam personam in emphyteusi, cum constet titulum intercessisse emphyteuticum, nec appareat an generationes finitæ sint: in cujus sententiæ confirmationem sequentia dicebam. Quod si bona non erant maioratus, ut primus dominus existimabat, quia non reperiabantur descripta in institutione, non erat dubium in emphyteusim concedi potuisse, quod si maioratus erant, adhuc potuerunt sub ti-

tulo emphyteutico concedi, quia terra inutilis, ut reducatur ad culturam, potest in emphyteusim dari à possessore maioratus, ex Gama decis. 16. num. 5. & decis. 55. num. 1. & decis. 222. num. 65. maxime stante consuetudine Regni, licet in puncto juris aliud dicendum teneat Corbulus tit. de caus. privat. ob alienation. ampl. 25. & 48. Valasc. de jure emphyt. quæst. 29. & consult. 95. n. 2. Gomes in l. 40. Taur. num. 48. citat plura Pinel. de bon. matern. 3. part. n. 65. Molin. de primog. lib. 1. cap. 21. num. 31. & lib. 4. cap. 1. num. 10. Et prior opinio sine dubio obtinebit in novalibus, quæ sumptibus, & labore coloni ad culturam rediguntur, quod pragmatici vocant, *De fogo morto*. Quod aliquando me torfit, cur ita à rusticis diceretur: & ex eo puto usurpari, quia novalia, quæ in montibus, & saltibus præcipue incipiunt, solent rustici ferro proscindere ligonibus, ponderosisque vomeribus, arborum, & herbarum radices extirpare, & admoto igne arentis terræ cespites incendere, & cineres dissolvere, & inde prædium extincta flâma, quasi ex onere conflatum nuncupant, *Casal levantado de fogo morto*: ut colligitur ex Auth. de non alienand. col. 2. §. quod autem, ibi: *Sive ex igne*: idest à primo igne suscitatum: non enim aliter terra sterilis ad culturam reduci potest, & fructū producere, nisi de novo ferro procissa, atque extirpata ignis calore quasi reformata, atque fermentata, occulto fætu turgescens fructus concipiat, atque parituriat, quod innuit Virgil. elegantissimis carminibus Georgicorum:

*Sape etiam steriles incendere profuit agros;
 Atque levem stipulam crepitantibus urere flammis
 Sive inde occultas vires, & pabula terra
 Pinguia concipiunt: sive illis omne per ignem
 Excoquitur vitium, atque exudat inutilis humor:
 Seu plures calor ille vias, & ceca relaxat
 Spiramenta, novas veniat qua succus in herbas;
 Seu durat magis, & venas adstringit hiantes:
 Ne tenues pluvia, rapidi ve potentia Solis
 Acrior, aut Boreæ penetrabile frigus adurat.
 Et paulò infra.*

Et cum exustus ager morientibus aestuat herbis.

Hanc autem terram sterilem de novo ad culturam redactam novale appellant nostri Jurisconsulti, ut in l. sylva cædua §. novalis ff. de verbor. signif. ibi: *Novalis est terra proscissa*: licet Alciat. lib. 2. prætermitt. censeat legèdum præcissa, sed prior est prior lectio, quam M. Varronis autoritas adstruit lib. 1. de re rustica cap. 29. Rursum, inquit, terram cum primum arant, proscindere appellant, cū iterū effringere, Collumella lib. 1. Pingues campi, qui diutius continent aquam, proscindendi sunt: & Virgil. lib. 1. Georgicor.

*Et qui proscissa quæ suscitatur æquore
 terga,
 Rursus in obliquum verso prorumpit
 aratro.*

Novalis ait Varro lib. 1. cap. 19. & 21. ubi fatum fuit, priusquam secunda aratione renovetur: & aliquando dicitur vervaetum, terra vere proscissa: concinit Plinij testimonium lib. 18. Quidam, inquit, ab Æquinoctio verno proscindi volunt, quodque vere semel aratum est, à temporis argumento vervaetum vocatur: meminit Varro lib. 1. de re rustica cap. 44. Collumella lib. 2. De jure autem Canonico novale solet appellari terra, quæ cum nusquam proscissa fuerit, nuper ad culturam fuerit redacta, text. in cap. quid per novale de verbor.

signif. in cap. tua 25. §. 1. de decimis, tradit Purpur. cons. 7. volum. 1. Quare ut terra dici possit ex igne mortuo conflata, seu erecta, requiritur, quod talis terra à memoria hominum culta non fuerit, text. in cap. 1. de verbor. signif. lib. 6. Deinde quod ille locus fuisset ante incultus, & desertus. Tertio, quod terra fuerit ad culturam redacta, ut in d. cap. quid per novale D. pater meus de renovat. quæst. 15. n. 33. faciunt quæ Valasc. quæst. 1. & 2. de jure emphyt. testesque debent dicere, quod talis terra erat inculta, & feris patens, & nunquam audivisse, quod fuisset culta, describitur ab Speculat. tit. de probation. 2. part. §. probare num. 20. vers. ultimo quæritur, sequitur Rebuff. in l. sylva cædua §. novalis ff. de verbor. signif. l. si arbiter ff. de probation. Eam tamen novalis allegationem excludit pensionis recognitio præstita à possessore, quæ arguit dominium illius, cui dependitur, & ea sola sufficit ad dominij probationem, l. censualis, & ibi Bald. C. de donation. Alciat. cons. 9. col. fin. Jacobin. de feud. vers. dictique vassalli num. 21. & est receptum ex Valasc. de jure emphyt. quæst. 9. num. 8. & talis recognitio præscriptionem jam exactam interrumpit, l. in contractibus C. de non num. pecun. l. cum notissimi §. imò C. præscript. 30. vel 40. Ias. in l. quibus idem, vers. secundo modo ff. de verbor. obligat. Cravet-
ta

ta de antiq. tempor. 4. part. cap. materia ista, num. 105. fol. 173. Guido decis. 272. Guillelm. in cap. Raynutius, verbo, & uxorem, decis. 5. num. 445. & talis recognitio ligat etiam successores, ut per supra dictos.

2 Ex quibus cum in presentis factis probatum esset, quod emphyteutica concessio intercesserat à principio, & sub illius tituli umbra prædecessores Rei possedisse, cessabat illa allegatio, *De fago morto*, & jus coloniarum ne expelleretur ex reg. text. in l. ne cui C. locati, l. dudum C. de contrah. emptio. nec obstabant l. congruit, & l. prædia §. fin. C. de locat. prædior. fiscal. lib. 11. quia procedunt in prædijs fiscalibus, in quibus datur dispar ratio: explicat gloss. in d. l. ne, cui verbo locandi.

3 Deinde agendo specialiter de hoc coloniarum jure, quod in nostra tribunalia irrepsit, ita ut colonario jure coloni suffulti possessiones veris dominis dimittere sæpe recusent, cum quibus male agitur, dum talia figmenta admittuntur. Adverto, quod tribus modis solent coloni dominorum petitionem repellere: primo vel allegant se ex tempore præscripsisse jus colonatus, seu coloniarum; secundo præscripsisse jus emphyteuticum; tertio tandem cõtendunt sibi concessam emphyteusim.

4 Primo casu, videtur sine dubio jus coloniarum perpetuæ præscribi non posse, cum is tantum, qui possidet, possit præscribere, quod in colono deficit, per quem dominus possidet, tanquam suæ possessionis instrumentum, cap. si diligenti de præscript. cap. cum venisset in fine de rest. spoliat. l. colonus ff. de vi, explicat Tiraq. de constituto à princ. Gomes l. 45. Taur. à n. 78. Molin. lib. 4. cap. 2. à num. 44. Reg. sine possessione de reg. jur. lib. 6. Balb. 4. part. 4. princip. num. 37. & 1. part. 6. princ. num. 51. Peres ad l. 2. tit. 13. Peres ad l. 2. tit. 13. lib. 3. Ordin. expendentis text. in l. pignori in princ. ff. de usucap. ubi debitor qui per creditorem pignus possidet, est qui præscribit, ibi: *Pignori rem*

acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus, & in l. male agitur, C. præscript. 30. & in l. neq; C. de usufruct. sicut nec præscribit usufructuarius, ibi: Neque fructuarius ad obtinendum proprietatem rerum, quarum usumfructu habet, neque successores ejus, ulla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.

Quod ampliatur, etiam si præscriptio sit immemorialis, quia nec per eam præscribit, qui alterius nomine possidet, Bald. & Paulus in d. l. neque, Ias. in l. 2. C. de jure emphyt. num. 157. Balb. d. num. 37. Tiraq. ubi supra limit. 21. num. 7. Unde si colonus per longum tempus non solvat, licet dominus eo casu contra eum agere possit, quasi possessione recipiendi spoliatus, & utili interdictione unde vi experiri, argum. cap. querelam de election. l. litibus C. de agricol. lib. 11. late Gomes ubi supra num. 172. Valasc. de jur. emphyt. q. 18. num. 10. Tamen nisi colonus requisitus solvere denegaverit, non privatur dominus possessione rei locatæ, imò adhuc retinet jus suum per eundem colonum, gloss. per text. ibi in l. 2. C. de præscription. 30. Bald. per text. ibi in l. Pomponius ff. quibus modis usufructus, Alex. num. 2. in l. quamvis §. 1. ff. acq. possess. Socin. cons. 106. num. 3. lib. 3. Tiraq. d. loco n. 6. An vero præscribat ipsas pensiones? Colliges ex gloss. 2. Bart. & alijs in d. l. 2. Balb. d. 4. part. n. 32. fol. 321. Cassan. rub. 11. §. 2. gloss. 2. n. 34.

5 Objici tamen potest, quod hæc procedunt circa rem ipsam præscribendam, non vero circa jus coloniarum, quia colonus longissimo tempore solvens uniforme præscribit jus coloni perpetui, nec jam amplius à domino expelli, aut pensio augeri valeat, Ang. Alex. & Bart. in d. l. 2. communis, ut per Valasc. quæst. 20. num. 12. idem profequitur Gama decis. 26. in princ. & decis. 244. num. 10. d. l. 2. ibi: Jus proprietatis à contrario, l. cum satis, vers. cum autem C. de agricol. lib. 11. quia respectu colonatus ipse non domini, sed proprio nomine possidet, quem probare intendit

intendit per hujusmodi pensiones, præsumptione juris, juxta l. cum de in rem vers. 6. ff. de usur.

6 Verum contra hujusmodi præscriptionem adverte, quod illa probatio coloniae, fit juris præsumptione, quæ inter modos probandi legitimos connumeratur, l. generaliter §. si positum ff. de fideicommiss. libertat. l. si chirographum, l. cum de indebito ff. de probation. l. labeo, l. postquam ff. de pact. l. quicumque C. de apochis publicis lib. 10. l. five possideris C. de probation. l. 1. C. ad exhibendum, Roland. à Valle consil. 46. num. 47. vol. 3. Bart. in l. si prius, vers. venio ff. de novi oper. nuntiat. Nata consil. 514. num. 28. lib. 3. Quæ præsumptio in hoc Regno nullo modo admitti potest, quia præsumptio versatur circa ea, quæ vera sunt, vel esse possunt: atque ideo opinio Gamæ, quæ nititur auctoritate Bald. & aliorum, quos ipse citat, utique non videtur bene desumpta, cum Bald. & alij loquantur de provincijs, in quibus solent fieri tales locationes perpetuæ, & concedi jus coloniae per contractus: at vero apud nos, nemo audivit unquam jus coloniae alicui concessum per contractum: atque ideo cum ita repugnet regionis consuetudo, nullo modo præsumi potest, quod realiter non datur: atque ideo Valasc. d. num. 12. coloniae jus non dari asserit, & dixit lato sermone Aymon. de antiquit. 4. part. num. 100. & expresse probatur in l. male agitur C. de præscript. 30. annor. Valasc. in consil. 192. num. 8. dicit, quod colonus solum acquirit exceptionem, ne expellatur, & quod non excedit talis colonia vitam ipsius coloni, num. 9. Ex quo fit, quod nec conjungere possit tempus sui prædecessoris, quia si ejus vitam illud jus colendi non egreditur, tanquam personale, utique nec accessione defuncti uti licebit, argumento l. cum hæres ff. de divers. & temporal. præscription.

Alij distinguunt in hoc jure præscribendo, ex mente Pauli in l. si plures num. 3. & 7. C. de fid. instrum. & consil.

142. volum. 1. vers. nec etiam lib. 2. Gamma d. decis. 244. num. 10. & decis. 297. num. 4. decis. 276. & 277. & 246. & 244. Pinel. de bon. matern. 3. part. num. 65. Quando constat de origine possessionis, seu locationis, ut tunc jus coloniae non præscribatur, quæ tamen distinctio non videtur admittenda in eo, qui intendit præscribere jus coloniae, quia præscriptio procedit, & suam vim habet, quantumcunque attento principio, & origine constet rem aliter se habere, & præscribentem jus nunquam habuisse, illud enim præscriptio tribuit, l. 3. ff. de usucapion. Atque ideo si coloniae jus præscriptibile est, etiam si de titulo locationis constet, nihil impedit, ut præscribatur, unde puto hoc jus coloniae summopere restringendum, quia cum magno dominorum præjudicio introducit: & ad summum cum Valasc. ubi supra num. 10. quod ultra decennium non extendatur, quia præsumptio eo casu verosimile præsumit, & contractum locationis ad novennium, quod sæpe fit, non vero coloniae perpetuæ, cujus nemo unquam meminit se legisse exemplar.

7 Atque ideo in nostro casu coloniam non præscriptam dixi, ut primus dominus dixerat, sed Reum judicandum esse tertiam vitam in emphyteusi, ad quod movebar ex sequentibus.

Quia duobus modis potest quis pertendere jus in re aliena, vel dum intendit se præscripsisse jus emphyteuticum, vel sibi concessam emphyteusim, ex titulo præsumpto, & ad tituli probationem, allegat pensionum solutionem, ut ex illa præsumptione juris titulum colligatur retro præcessisse, juxta regulam l. cum de in rem verso ff. de usur. de qua Tiraquel. de præscription. §. 1. gloss. 4. vers. decimo sexto, Covar. in regul. possessor. 2. part. §. 4. num. 2. Padilla in l. 2. C. de servit. n. 33. Gama decis. 13. n. 2. & decis. 276. à princ. & 329.

Inter quos petendi modos illa est differentia, quod primo casu juxta præscriptionis naturam, oportet, ut uniformes

mes pensiones intercedant, eo temporis spatio, quo res illa præscribi poterat attento jure, & rei qualitate, & domini, seu possessoris, contra quem præscribitur, veluti si sit ecclesiæ, vel maioratus. In secundo autem casu approbationem tituli allegati, sufficit ut longo tempore pensiones exolvantur, quas dominus dum recepit uniformes, sibi præjudicavit juxta regulam legis de in rem verso ff. de usur. l. si certis annis C. de pact. Valasc. de jure emphyt. quæst. 8. num. 18. D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 15. num. 12. Unde in primo casu licet completa præscriptione appareat emphyteutam nullum jus habuisse; imò à principio solam locationem intercessisse, is, qui præscripsit, omnino securus est, nec dominus contra illum andiri potest, argum. l. ultim. in fin. ibi: Plenissimam securitatem, C. de edict. divi Adrian. tollend. Quod secus erit in secundo, in quo admittitur probatio in contrarium, ut illa juris præsumptio, quæ ex præstationibus annuis insurgit, per contrariam probationem elidatur, observat Dynus, & DD. communiter in d. l. si certis annis, Gabriel ubi supra num. 62. Menchac. illustrium cap. 84. num. 33. Unde constituto de initio locationis cessabit tituli præsumptio, cum revocatio potius censeatur prioris contractus, quam nova concessio, cum possessio debeat censeari continuata ex prima, & originali causa, quam à se ipso nemo mutat, l. cum nemo C. de acquir. poss. nec mutasse præsumitur.

Quia tamen adhuc dubitari potest, an ex illa diuturna, & uniformi præstatione acquiratur, seu præscribatur jus emphyteuticum, vel censeatur concessa emphyteusis, vel acquisitum jus colonix, quia his omnibus convenit, & applicari potest præstationum annuarum continuatio, illa differentia est in his tribus casibus, ultra eas, quas assignat gloss. 2, & 3. in l. 2. C. de jur. emphyt. l. a. n. 22. in l. 1. illo titulo, gloss. & communis in §. adeo Instit. de locato.

Quod in primo, quando agitur de præscribenda emphyteusi contra particularem, qui plenum rei habet dominium, triginta annorum cursus requiritur, quia sine titulo præscribitur ex his, quæ Dominus Caldas Pereira de renovat. quæst. 15. à num. 5. & seqq. Si vero contra ecclesiam 40. annorum tempus desideratur, ut prælato, & successoribus noceat, secus in maioratu, quia possessio quadragenaria solum possessori nocebit etiam cum titulo; non vero sequentibus, quia requiritur sine illo immemorialis: nec aliud probat text. in cap. cum personæ de privilegijs lib. 6. quem ad id expendit Molin. de primogen. lib. 2. cap. 6. num. 52. quibus respondet cum eod. Molin. lib. 4. cap. 10. à num. 1.

In secundo casu, quando agitur de præsumenda concessione emphyteusis, si allegato titulo emphyteutico diuturna solutio accedat, & illius fama probetur, ut in simili requirit Valasc. quæst. 7. num. 33. Gama decis. 26. & 244. à num. 2. & 279. & 329. tunc contra particularem decennio præscribitur, & inducitur tituli probatio, Valasc. d. quæst. 7. num. 18. D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 15. num. 12. contra ecclesiam, vel maioratum quadragenaria requiritur, ut contraria juris præsumptio evacuetur, Menoch. lib. 3. præsumpt. 108. Molin. disput. 444. Morla tit. 6. q. 4. n. 70.

Circa autem jus colonix, de quo agit Valasc. conf. 157. num. 4. & 192. & de jure emphyt. quæst. 20. num. 12. Gama decis. 329. num. 3. ubi additio, & decis. 244. num. 2. & 10. & decis. 297. num. 4. & 127. num. 1. & 276. n. 1. Flores lib. 3. variar. quæst. 23. Menoch. cōf. 291. num. 32. Verius est non requiri, ut præscribatur, ut pensiones sint uniformes, nam difformitas nihil nocet, quia jus colendi ad vitam non mutatur, ut maiori, vel minori pensione fiat, pungit Valasc. d. conf. 192. n. 8.

Illud solum observandum est, ut pensio, quæ solvitur, talis sit, quod respondeat;

deat fructibus locatis, quia si pensio sit exigua, potius emphyteusim demonstrat, aut censum, ut per Ias. in l. i. C. de jur. emphyt. quæst. i. num. 35. Valasc. de jure emphyt. quæst. i. num. 9. & nisi aliud regionis consuetudo suadeat, potius census, quam emphyteusis præsumenda est, ut per Valasc. quæst. 32. n. 35. nisi sit in provincia Interamnensi, in qua potius emphyteusis præsumitur: si vero pensio in pecunia constituta sit, potius censualis cōtractus censendus est.

II Ex quibus adhuc dubitari potest, an talis emphyteusis præsumatur ad vitas præscripta, vel perpetua, communis inter emphyteusim sæcularem, & ecclesiasticam? Distinguit, ut illa perpetua esse censeatur, Gama decis. 276. num. 3. Mascard. conclus. 604. num. 6. Mantica de tacitis lib. 22. tit. 5. num. 11. hæc ad 3. generationes ex Bald. in cap. 1. §. ultim. de feudo dato invicem Ias. in l. sed etsi §. item si juravero, num. 3. & 4. ff. de jurejur. Covar. 3. resol. cap. 1. num. 4. & lib. 2. cap. 17. num. 6. Gama decis. 27. resolvit Valasc. quæst. i. n. 12. de jur. emphyt. sed quicquid de jure communi sit, attento Regni stylo, & praxi, secundum quam emphyteusis ecclesiastica, & sæcularis ad tres vitas concedi solent, Auth. de non alienand. col. 2. §. emphyteusim, sic solventem ultimam personam judicari ex Gama ubi supra num. 2. passim videmus, ex reg. l. in obscuris ff. de reg. jur. ut intelligatur in eo, quod minus est, in quo tamen arbitrando semper censem inspicendum esse temporis spatium, quo res possidetur à præscribente, ut illum modo vel primam, vel secundam, aut tandem tertiam personam conjectemur.

Ex quibus sic Senatui placuit, ut hic Reus ultima persona judicaretur in emphyteusi, & quia computato tempore, quo ejus parentes possidebant, constabat vitas esse finitas, jussimus, ut Reo fieret renovatio intra mensem, quam ipse acceptare compelleretur, quia pen-


sio quæ solvebatur, non conveniebat colono, sed emphyteutæ: deinde quia colonix jus non transit ad hæredes præscribentis, ut supra notavimus, atque ideo Reus foret judicandus ultima persona, si facta temporis cōputatione non appareret emphyteusim jam esse extinctam: Scriba Guerra.

Atque ex his postea in quodam processu cujusdam Antonij Fernandez contra Mariam Esteves ex oppido de Castello branco revocavimus judicis sententiam, qui pronuntiaverat alienationem factam à possessore maioretus cujusdam prædij sustinendam, ex eo quia successor per 26. annorum spatium pensiones annuas receperat, allegabat enim Reus titulum emphyteuticum perpetuum, & probat se à 35. annis retro possidisse: quibus non obstantibus judicatum fuit, ut rem dimitteret: Scriba Dominico de Basto.

Hoc idem judicatum fuit in processu D. Antonij de Tavora, contra Franciscum Pirez, ubi dictus Reus casale possidebat ab 80. annis retro solvendo uniformem, extabant tamen argumenta, quod olim antecessores ipsius habuerant titulum ad vitas, & cum in Senatu inferiori judicatum esset pro Reo, ut emphyteusis perpetua censeatur præscripta, sub illa pensione solita solvi, tamen revocavimus sententiam, reducendo emphyteusim ad vitas, ut possessor ultima vita censeatur: Scriba Quintal.

Postea in processu Martini Alphonsi d' Oliveira, & Miranda contra Didacum Luis, Scriba Francisco d' Azevedo, judicavimus jus colonix dari non posse in prædijs urbanis, quia ratio l. fin. C. de alluvio, non datur in illis, nec est aliquis Doctor, qui tale jus ad domorum locationes extendat: ponderat Valasc. conf. 192. n. 11. licet in Auth. de non alienandis col. 2. vers. lex itaque reperiatur facta mentio de jure colonix in domibus, quam ibi reprobatur ille textus.


SUMMARI A.

- 1  *Icut ceterarum rerū, sic transferendæ actionis jus est. Cessionario licet cessam actionem exercere. ibi.*
- 2 *Actiones vel ceduntur, vel mandantur. Cessa actio fit propria cessionarij. ibi. Mandata actio etiam propria fit, nec morte mandantis revocatur. ibi. Is, in quem transit actio utilis, potest exercere directas nomine mandantis.*

- 3 *Domino licet etiam cessa actiones, vel debitorem liberare, vel cum eo experiri. Is cui actiones sunt cessa, quando domino praseratur. ibi.*
- 4 *Periculum nominis cessionarius non subit. Interpretata l. inter causas §. abesse. ibi. Delegatio priorem obligationem extinguit. ibi.*
- 6 *Interpretata l. si nomen ff. de hæred. vel action. Vendita hereditate, in qua nomina continentur, statim utiles actiones transferuntur. ibi.*

DECISIO XXXVIII.

Cesso nomine, an adhuc debitore non solvente, maneat antiqua actio contra cedentem, an vero extincta proponatur?

 *Um Domina Philippa de Vilhena teneretur pro certa pecuniæ quantitate monialibus de Cellas Civitatis Conimbricensis, cessit in earum favorē debitoris nomen, à quo ipsæ debitum suum exigent, acceptata cessione ipsæ moniales illud idem debitum in solutum dedere alij creditori suo, qui cum accederet ad principalem debitorem, ut debitum sibi solveret, facta diligentia, apparuit, ex causis post cessionem contingentibus debitum exigi non posse, seu realiter non existere. Moniales adhibita dicta diligentia in debiti, seu nominis exactione, iterum à sua debitrice de novo solutionem petunt, quæ*

se defendit cum dicta cessione, cuius periculum Moniales subijisse assererat, ex reg. l. si nomen ff. de hæred. vel action. vendit. l. inter causas §. abesse ff. mandati, ibi: Abesse intelligitur pecunia fidejussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum: l. 3. in fine ff. de fidejuss. l. pupilli §. focer ff. de solution. Bald. in l. si pro debito C. de bon. auth. judic. possid. Becius conf. 105. num. 18. quem citat Surdus decis. 326. num. 42. ex datione enim in solutum vera venditio perficitur. D. pater meus de extinctione cap. 5. n. 48.

1 *Pro cujus dubij resolutione illud notandum duxi, quod sicut ceterarum*

rarum

rarum rerum, ita cedendæ, ac transferendæ actionis jus est; nam sicut illæ traditione, l. traditionibus C. de pact. §. per traditionem instit. de rerum divis. Tellius in l. 17. Taur. num. 50. Gomes de contract. cap. 15. num. 21. sic pariter & incorporalia cessione transferuntur, l. 1. C. de action. & obligat. prosequitur D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emption. cap. 24. n. 14. Donellus de Iure Civili lib. 15. cap. 43. fol. 537. n. 20. citata l. 3. l. postquam l. ex nominis C. de hæredit. vel actione vend. ibi: *Ad similitudinem ejus, qui personalem redimeret actionem, & utiliter eam moveret, suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparavit, eadem uti posse facultate:* unde cessionario non est dubium licere cessam actionem in aliū transferre, Donellus ubi supra fol. 538. n. 10. dummodo subsit causa; non intelligitur enim voluntas transferendi, nisi sit causa, cur creditor velit transferre, prout fit in dominijs aliarum rerum transferendis l. nunquam nuda ff. de acq. rerum domin. qualis est illa causa, qua nomen datur in solutum creditori, l. si in solutum C. de action. & obligat. l. ultima C. si fiscus, vel privatus, l. pen. C. mandati l. 2. C. de donation. l. ex legato C. de legat.

2 Actiones autem vel cedi possunt, vel mandari: primum respicit utiles, quæ fiunt propriæ cessionarij; secundum directas, respectu quarum cessionarius solum procurator in rem propriam constituitur: cessa itaque actio propria fit cessionarij, adeo ut nec ex pænitentia domini possit revocari, nec ejus morte finiatur, l. ult. C. si fiscus vel privata l. ult. C. de hæred. vel act. vendit. tradunt DD. in l. procuratore ff. de procurator. & in l. 1. C. de action. & obligat. D. pater meus de emptione cap. 24. num. 22. Decius conf. 521. n. 21. Tiraq. de retract. lignag. §. 26. gloss. 2. num. 14. Quod quidem & in mandata actione obtinet, quæ accipientis propria fit, nec ejus voluntate, aut morte revocatur, d. l. procuratore, quæ habet dominum non esse præferendum, si agat; quod quidem ex

eo est, quia non potest revocare: facit l. 1. C. de action. & oblig. nec hic datur verum mandatum, quod morte finiri debeat, cum accipiens, rem propriam agat, non alienam: unde mortuo mandante, si hæredem relinquat, ex ejus persona exercetur, si vero sine hærede sit, licet evanescat mandatum, ut accipiens mandata sibi actione utatur, tamen adhuc utilis ei competit ex vi præcedentis mandati, quo licuit, vel directis mandatis actionibus experiri, vel utilibus, l. 1. C. de action. & obligat. quia is in quæ transit nomen, seu actio, utiles suo nomine movere potest, directas ex persona mandantis: unde licet pereat exercitium directæ actionis, non tamen utilis, quæ propria ipsius est, explicat eleganter D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de emptione cap. 24. num. 20. ad intellectum d. l. 1. C. de actio. & obligat. & num. 21. Et cavendum est à Forcatulo dialog. 64. quem etiam sequebatur impius Doctör, ut sine ulla cessione transiret actio utilis.

3 Illud tamen est notandum, quod cessa actione adhuc domino licet, vel debitorem liberare, vel cum eo experiri, nisi cessionarij facto, vel persecutione res integra non sit, de quo in l. 3. C. de novation. veluti si litem contestatus sit, vel extra judicium obtinuerit à debitore, ut partem debiti ei solveret, vel tandem si denuntiaverit debitori, ut sibi solveret, l. nomen C. quæ res pig. oblig. possi. quia si nihil horum factum sit, potest dominus inhibere, ne cessis actionibus utatur, ut in d. l. 3. C. de novation. l. ult. ff. de transaction. nam alter is, cui actiones sunt cessæ, præferretur domino agenti, d. l. procuratore. Unde non videtur bene sentire Donellus ubi supra fol. 544. n. 10. quod si res non integra, adhuc dominus agat, & litem contestatus sit, novam acquirit contra eum actionem judicati, ex l. 3. §. idem scribit ff. de pecul. quæ semel acquisita ab eo adimi potest, l. ultim. ff. de pact. l. habere ff. de eviction. nam licet debitor sic conventus solvat, adhuc repetere poterit solutum

lutum per conditionem ob causam, quia solutum illud fuit, ut liberaretur, quæ causa secuta non est, cum adhuc cessionario solvere teneatur, nec ex litis contestatione creditor novum jus acquirit contra verum dominum, qualis est cessionarius re non integra: unde videtur semper distinguendum, quando datur simplex cessio ad exigendum, vel quando ultra cessionem fit datio in solutum in illa eadem actione; nam hoc secundo casu prima actio perimitur, & periculum est creditoris l. pupilli §. soror ff. de solution. declarat Decius conf. 99. num. 4. Ubi dicit quod simplex cessio non liberat cedentem; secus quando datur actio in solutum, Bessius conf. 150. num. 35. ubi allegat Imolam in l. facta §. si hæres ff. ad Trabell. col. 2. Surdus conf. 145. num. 29.

4 Atque ex his cum in præsentī cessio actionis facta fuerit simplex, ad debitum exigendum, de quo tamen liquido non constabat, bona fides non patitur, ut periculum nominis cessionarius subeat, cum magis cessis, vel mandatis actionibus egerit, ex utilibus proprio, vel ex mandatis procuratorio nomine: late Molin. de contractib. tract. 2. disputat. 340. pro quo est text. in l. si literarum C. de solution. ibi: *Cum petitio debiti maneat integra, nihil legitimam exactionem impedire potest*: Rota Genuens. decis. 2. num. 10. faciunt quæ Bald. conf. 348. vol. 1. Boer. decis. 282. in literis cambij etiam acceptatis, resolvit Bursatus conf. 39. ubi late quod requiritur vera solutio, licet aliter videatur innuere Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. num. fin. & Surdus d. conf. 245. num. 10. ad idem Rota decis. 6. n. 6. & decis. 50. num. 1. videndus Mascard. conclus. 988. quia cessio illam conditionem habet, si solutio sequatur, quæ si non fiat, pristina actio superest contra debitorem, quia per fraudem cessio facta censetur, ideo inutilis, & inefficax, ut cedentem liberet, D. pater meus d. cap. 24. num. 33. Surdus decis. 23. num. 12. vers. credidit, nisi ex negligentia sua cessionarius exigere

neglexerit, l. 15. tit. 14. part. 5. l. 2. C. de nautico fœnor. Benevenuto de mercator. lib. 1. cap. 3. & deducitur ex l. 3. C. de nova vers. quod si de legatione. Parlador. differ. 50. §. 2. num. 8.

5 Nec obstat d. l. inter causas §. abesse, quia in illo text. & similibus non agitur de cessā actione ad recipiendum debitum in solutum datum, sed de debitore delegato loco prioris, cujus acceptance prius debitum extinguitur, & notatur ipso jure obligatio, nam etiam stante l. fin. C. de novation. quæ non permittit novationem induci posse, nisi specialiter de novanda priori obligatione actum sit inter partes, delegatio priorem obligationem novat, quia delegatio habetur loco solutionis d. §. abesse l. si rem ff. de novation. Alex. conf. 96. n. 3. vol. 3. Alciat. conf. 763. n. 1. Cephal. conf. 218. n. 25. Paris. conf. 107. n. 28. vol. 3. adeo ut si postea fiat non solvendo delegatus, id periculo accipientis cedat, l. si cum dotem §. si cum mulier ff. sol. matrim. quod Bart. extendit, etiam si dolo fuisset quis inductus ad acceptandum delegatum, quia datur sola actio doli: prosequitur pluribus citatis Surdus decis. 23. n. 4. & conf. 145. n. 32. l. sub prætextu i. C. de transaction. l. dolo C. de inutil. stipul. Bald. in l. si cum dotem §. si mulier ff. solut. matrim. ubi Angel. Jas. in l. singularia n. 49. ff. si cert. petat. Stracha. tit. de decoctor. part. 5. n. 4. fit enim delegatio mediante stipulatione, gloss. in l. quamvis §. mulier 2. ff. ad Vellean. gloss. in l. si Titius ff. de novation. & tria requiri dicit Socin. cōf. 267. n. 3. vol. 2. Paris. ubi supra num. 21.

6 Unde pariter in d. l. si nomen ff. de hæredit. vel actione vendita periculum nominis ad emptorem spectat, quia per venditionem periculum emptoris est, Barbos. in l. si æstimatis num. 11. ff. sol. matrim. Et obiter noto quod vendita hæreditate, in qua & nomina continentur, statim utiles actiones, activæ transferuntur in eum, in quem hæreditas translata est, licet actiones utiles passivæ non transferantur, quia ex eo novus debitor creditori acqui-

reretur, & licet hæc stipulatio valeat propter interesse stipulantis, l. stipulatio ista §. alteri ff. de verbor. tamen cum necessario verba obligativa ad personam stipulantis debeant referri, juxta reg. l. quæcunque gerimus ff. de action. & oblig. stipulanti acquiritur actio, & obligatio, & necessaria est cessio, ut creditores agere possint, juxta reg. l. possessio quoque §. fin. ff. acq. poss. atq;

ideo non secure videtur locuta gloss. fin. in l. 2. C. de hæredit. vel action. vend. & merito dubitat Curtius Senior in l. 2. num. 5. C. de pact. & las. in l. reconjuncti num. 134. ff. de legat. 3. Guido decis. 460. num. 1.

Ex quibus Senatui placuit moniales condemnandas fuisse, confirmata sententia Judicis: Scriba Georgio Fernandez.

SUMMARI A.

- D**onatio, quæ fit à marito sponsæ ratione matrimonij contrahendi, statim valet. Dos, quæ constituitur ratione dispensationis, dicitur ex causa onerosa. ibi.
1. Hæc donatio secuto matrimonio non communicatur.
2. Mulier pro sua dote habet tacitam hypothecam, & privilegium prælationis. Idem recipitur in muliere, quod in fisco. ibi. Mulier pro sua dote præfertur fisco in actione personali. ibi.
3. An mulier in sua tacita hypotheca præferatur illi qui habet expres-

sam.

Mulier posterior hypotheca licet expressa non præfertur priori expressæ. ibi.

4. Uxor an præferatur in rebus postea acquisitis?

5. In domibus post contractum quæsitis potest mulier pecuniam jam solutam revocare.

Si est bona fide consumpta potest vendicari actione personali. ibi.

Pecunia transit cum sua causa, & dicitur hypothecata in genere. ibi.

6. Non retractatur addictio, etiamsi secundus creditor jus reale pertendat.

Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1. ibi.

DECISIO XXXIX.

An uxor pro conductione reddituum à marito facta ante matrimonium, matrimonio tamen constante, collectorem de suo solvere teneatur locatori?

Ad Ordin. lib. 4. tit. 59.



Um Joannes Teixeira oppidi do Sardoal redditus annuos conduxisset nomine communi, suo, & cujusdam P. facta utriusque

conductoris generali suorum bonorum hypotheca; cumque ipse Joannes commune debitum solvisset, egit contra dictum P. suam partem debiti rependeret, qui jam eo tempore uxorem duxerat.

duxerat, cui quinquaginta mille nummos cum bonorum suorum hypotheca promiserat, eo quod sic in dispensatione erat expressum, ut competentem dotem uxori, & consanguineæ assignaret. Cumque dictus Ioannes Teixeira, qui solidum solverat, domos quasdam dicti P. in additione publica cepisset, quæ perfecta additione obijt, ejus uxor Maria Diaz contra additionem opposuit impedimenta tertij possessoris, asserens se in possessione illorum bonorum esse, petebatque, ut additio nulla judicaretur, nec ulterius procederet, ex Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 17. & quæ Valasc. conf. 55. per tot. Barbosa in l. si alienam num. 19. ff. solut. matrimon. Cabed. arest. 66. Insuper dicens quod sufficiebat ad impediendam executionem Rei, ut dominus ipsius accederet, & opponeret, quando lis super eadem re non fuit mota, sed tantum pro executione capitur, ex Bart. in l. à divo §. si super rebus ff. de rejudic. num. 3. Covar. practic. cap. 16. num. 4. Cabed. d. arest. 66. & quia duobus prioribus Senatoribus placuit, ut impedimenta pro probatis haberentur, dictaque impediens suæ possessioni restitueretur: sequentes autem duo domini contrarium adstruebant, sequentia in processu tractanda duxi. Primum an uxor ratione dotis sibi assignatæ à marito, possit impedire executionem factam in bonis ipsius, quæ ante dotis constitutionem erant pro conductionis mercede obligata. Secundum, an additio perfecta debeat annullari.

1 Pro quorum resolutione noto, quod in præsentis maritus bona sua ante matrimonium conductioni obligaverat, qui postea dotem uxori constituit in quantitate 50. mille nummorum, & sibi de novo in dotem assignatæ fuerunt quædam domus à matre uxoris, quæ etiam pro additione captæ fuerunt: ex quo apparet non bene agere dictam uxorem, dum impedire studet executionem, quasi ipsa in possessione domorum sit ratione suæ dotis, cum ipsi non domus, sed quantitas

in dotem fuerit assignata: nec dubitari potest de validitate illius dotis factæ ex causa matrimonij futuri, quia ex pluribus causis valent similes donationes, quia eo animo fiunt, ut statim acquirantur, non referendo se ad tempus contracti matrimonij, probat l. 1. C. de donat. ante nupt. Sylvester verbo dos quæst. 6. ubi Angel. num. 6. Armilla 8. Tabiena quæst. 5. numer. 6. Baëça de non meliorand. filiab. cap. 16. num. 40. alias enim non valerent, si fierent cum relatione ad tempus matrimonij celebrati, ut late per Sanch. lib. 6. disputat. 1. num. 6. Unde quando Pontifex dispensat cum consanguineis ea conditione, ut vir uxorem pauperem dotare teneatur, valet ea dotis constitutio, quia non est mera donatio, sed ex causa onerosa, ut Summus Pontifex dispenset, & ex tali vel simili causa donationem valere palam est: veluti quando maritus ignobilis nobilem ducit, vel senex juvenem, quam dotis constitutionem etiam matrimonio constante fieri posse quasi remuneratorie factam, ut legi non subsit, tenuit gloss. in l. si voluntate, vers. petendis C. de dotis promiss. Bart. in l. si divortio num. 4. ff. de verbor. obligation. Tiraq. de nobilitat. cap. 18. num. 19. Covar. 4. decretal. 2. part. cap. 3. §. 3. num. 2. Gregor. in l. 2. tit. 20. part. 2. Gomes in l. 52. Taur. num. 66. & tom. 2. variar. cap. 4. num. 23. Peres lib. 5. Ordin. tit. 2. lib. 1. fol. 73. §. præterea relictum, Dueñ. reg. 121. limit. 11. Baëça de non meliorand. cap. 16. in fin. Azeved. lib. 1. Recopil. tit. 2. l. 2. n. 11. Ayora de partit. 1. part. cap. 7. n. 36. Barbosa in l. quæ dotis num. 56. ff. fol. matrim. Valasc. conf. 4. num. 7. & conf. 5. num. 18. Molin. tom. 2. de just. tract. 2. disput. 289. §. tertius, & disput. 439. plures alios casus congerit Sanch. de matrim. lib. 6. disput. 7. num. 4. 5. & 6.

2 Unde fit, quod si post dotem illa eadem mulier uxor fiat, secuto matrimonio juxta formam legis Regiæ lib. 4. tit. 47. quæ habet, ut omnia fiant communia, tamen hæc donatio non

communicabitur, quia eo animo fit, ut præcipua apud uxorem sit ex mandato superioris, nam si statim esset communicanda, non adimpleretur mandatum, nec formæ dispensationis esset satisfactum, quæ intendit, ut apud uxorem illa dos remaneat illæsa, & ab omni communicatione immunis, quoad proprietatem, non enim Pontifex censetur attendere ad leges, seu statuta particularia, arg. cap. 1. de constitution.

3 Ex quibus fit, quod dubitari potest in præsentis circa duo: primum, an uxor, cui dos assignata est, sit præferenda in exactione priori creditori, qui generalem habet hypothecam: secundum, an saltem sit præferenda circa domos, quæ marito post dictam obligationem in dotem datæ fuerunt, quia cum sint bona post dictam hypothecam acquisita, videtur uxor in his præferenda, ex reg. l. assiduis C. qui potiores: & in primo membro de jure est, quod mulier pro sua dote non solum habet tacitam hypothecam §. fuerat Instit. de action. Barbof. in l. 1. 3. part. num. 27. sed privilegium prælationis anterioribus creditoribus, d. l. assiduis C. qui potior. Auth. de æqualit. dotis §. his consequens col. 7. & Auth. quo jure C. qui potior. nam idem recipitur in muliere, quod in fisco, ut non solum hypothecæ priori tacitæ præferatur, verum etiam in privilegio personali actionum, gloss. in l. privilegia ff. de privil. creditor. argum. l. qui autem §. sciendum ff. quæ in fraud. & in d. Auth. quo jure. Imò mulier pro sua dote præfertur fisco in actione personali, licet in hypotheca parificetur, & concurrant l. 2. C. de privil. fisci: adeo ut aliqui dixerint, eam esse præferendam illi, qui jus prælationis habet in sua tacita hypotheca, ut in eo, qui mutuavit ad refectorem, juxta l. interdum ff. qui potior. & dixit Salycet. in d. Auth. quo jure num. 3. Matienç. in l. 7. tit. 16. gloss. 5. num. 8. lib. 5. Negul. 5. part. num. 16. 2. membr. negant tamen DD. in d. Auth. de æqualitate dotis §. his consequens, verbo posterior,

col. 7. Gutierr. practic. lib. 3. quæst. 99. num. 66.

4 Unde dubitari solet: an mulier in sua tacita hypotheca præferatur illi, qui habet expressam, ut in nostro casu? Et communis habet non præferri, & per DD. in d. §. fuerat, Gregor. in l. 33. tit. 13. part. 5. verbo entonces, Gutier. d. quæst. 99. num. 7. Gomes in l. 50. Taurinum. 39. Negul. 2. part. 2. membr. num. 100. licet aliter sentiat Vacon. cap. 92. Vanderanus de privileg. creditor. cap. 4. Misinger. cent. 4. observ. 13. Barbof. 6. part. legis 1. num. 5. quia contraria est communis, quæ in judicando sequenda est, Ordin. lib. 3. tit. 64. Unde licet hypotheca mulieris sit expressa, si tamen est posterior, non præfertur anteriori expressæ, Gutierr. ubi supra num. 8. Corras. in l. qui liberos num. 235. ff. de ritu nuptiar. Barbof. ubi supra num. 56. licet præferatur habenti tacitam anteriorem, Negul. d. 4. memb. 2. part. num. 99. excepta causa funeraria, quæ doti præfertur, ex Matienç. d. gloss. 5. num. 2. Pichard. in §. fin. Instit. de leg. Falcid. Dueñ. reg. 397. Gama decis. 318. Garcia de expens. cap. 8. Mascard. conclus. 804. num. 26. Ayora 2. part. quæst. 12. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 70. l. impensa ff. de religios. l. si quis 14. §. si colonus eod. licet videatur obstare d. §. his consequens in fin. ubi cavetur causam dotis soli cedere militiæ. Ex quibus in hoc primo membro mulier præferri non potest, etiam si expressam haberet hypothecam contra priorem creditorem, qui expressam pariter habebat.

5 Maius dubium circa domos à marito per dotem de novo acquisitas post priorem obligationem: & sine dubio videtur, saltem in his domibus uxorem præferendam, quia mulier æquiparatur fisco in sua dote, d. §. his consequens. Fiscus autem præfertur in acquisitis post suum contractum priori creditori, licet expressam habeat hypothecam l. si is qui 28. ubi Bart. ff. de jur. fisc. Peregrin. de jur. fisci lib. 6. tit. 6. n. 15. Negul. 2. membr. 3. part. numer. 42.

con-

contra text. in l. si ignorante C. remiss. pignor. l. 2. ff. qui potior. licet in quæstis ante prior creditor cum expressa, vel tacita hypotheca præferatur fisco l. si pignus l. Titius in princ. & §. fin. ff. qui potior. l. si fundum C. eod. tit. Peregrin. ubi supra num. 16. Negus. num. 42. Covar. 1. variar. cap. 16. n. 2. Capic. decis. 129. Barbof. in l. 1. 2. part. num. 21. Gutierr. lib. 3. practic. quæst. 99. num. 16. Ratio est: quia in hypotheca, fiscus cæteris creditoribus non præfertur, gloss. in l. 33. tit. 13. p. 5. verbo obligados.

6 Unde cum uxor in his domibus habeat suam tacitam hypothecam cum jure prælationis, potest virtute sui privilegij revocare pecuniam jam creditori solutam ex pretio domuum, etiam si bona fide consumpta sit, quia si extat, eam vendicare potest per hypothecariam, quia hypotheca fisci, & dotis comprehendit etiam pecuniam, l. pen. §. fin. ff. de pign. l. idemque §. fin. ff. qui potior. Negus. 1. membr. 2. part. num. 11. & 14. membr. 2. part. num. 166. Quod si est bona fide consumpta, vendicari potest actione personali, si debitor est non solvendo, l. ult. §. fin. vero hæredes C. de jur. delib. l. defert §. fin. ff. de jur. fisc. Gutierr. practic. 1. Covar. practic. lib. 3. cap. 10. n. cap. 29. Menoch. conf. 25. num. 4. lib. 1. Surdus conf. 4. n. 26.


Transit enim pecunia cum sua causa, & dicitur hypothecata in genere, quo casu nunquam potest censeris consumpta, argum. l. incendium C. si cert. petat. explicat eleganter Barbofa in l. 1. 6. part. num. 20. Verum nec hæc consideratio potest habere locum in nostro casu, quia in priori obligatione aderat hypotheca generalis, etiam futurorum, pro locationis mercede, quæ fieri potest: & succedunt quæ DD. in l. 2. C. de pignor. facit l. in solutum C. de action. ubi Donel. in Codicem fol. 115. Surdus

conf. 495. num. 9. Unde tacita hypotheca uxoris non potest præferri anteriori expressæ, ut per Gutierr. d. num. 8. & alios supra citatos.

7 Circa secundum dubium ex prioris resolutione patet additionem nullo modo retractari posse, cum additio facta fuerit in bonis debitoris, ex Ordin. lib. 3. tit. 91. etiam si impediens jus reale prætenderet, quia licet in obligatione dotis realis obligatio considerari posset, ratione hypothecæ, quæ ad tertios possessores transit, Ordin. lib. 4. tit. 3. Valasc. quæst. 32. num. 15. Barbof. 2. part. rubr. num. 26. Gama decis. 21. num. 5. Pinel. in Auth. nisi num. 48. Tamen in hoc casu hæc omnia deficiunt supposita priori obligatione generali cum hypotheca, maxime quando constat uxori non fuisse bona aliqua in dotem assignata, sed quantitatem, quæ actio personalis privilegiata non sufficit, ut additio retractetur priori creditori facta habenti generalem bonorum hypothecam expressam.


8 Atque ex his fundamentis discessi à dominis, qui impediens pro sua dote præferendum asserabant, & executionem retractandam, & accessi sentientibus impediens, non posse pertendere rerum possessionem ratione suæ dotis, cum quantitas tantum in dotem fuisset assignata; ab illis tamen discessi, dum existimant, ut integra dos persolvatur impediens ex bonis in additionem susceptis, quasi cum illo onere transissent; quia ex supradictis patet nullam actionem habere uxorem contra priorem creditorem, ut illi præferatur, nec perfecta additione contrarium patitur Ordin. d. §. 1. Verum ex collatione deliberationum evictum fuit, ut manente additione dos persolvatur impediens: sicque sententia scripta fuit: Scriba Georgio Fernandez.

SUMMARI A.

- I**  *Contractus initium sumit in ea persona, cum qua gestus est.*
An procurator emens nomine alterius pariter obligatus maneat. ibi.
- 2** *Procurator se, & dominum obligat mero jure.*
- 3** *Interpretatur text. in l. si pupilli §. 1. ff. negot. gest.*
- 4** *Procurator duobus modis contrahit, vel precedente mandato ad contrahendum, vel sub nomine officij.*
Procurator, vel simpliciter contrahit, vel se specialiter pro domino adstringit. ibi.
- 5** *L. fin. C. de instit. action.*
- 6** *Interpretata d. l. si pupilli §. 1.*
Contractus mutui ibi non censetur initium sumpsisse in persona procuratoris. ibi.
- 7** *Quando procurator ex officio contrahit, quomodo teneatur.*
Durante officio licet creditori, vel dominum, vel institorem convenire. ibi.
Institore condemnato non fit executio in ejus bonis.
- 9** *Si contractus est ex utraque parte obligatorius, etiam institor finito officio convenitur.*
Explicata l. 1. C. de sentent. ibi.
- 10** *Nulla actio judicati datur adversus procuratorem.*
Exploditur sententia Bartoli sententis indigere procuratorem exceptione. ibi.
- 11** *Impugnatur distinctio Ias. inter procuratorem ad judicia, & contractus.*

DECISIO XXXX.

An procurator, qui nomine domini merces accepit, conveniri possit pro pretio ipsarum principali non vocato?

- I**  *Um Lupus Cardoso ex mandato D. Ludovici de Noronha plurima ad apparatus nuptiarum ipsius emisset in hac civitate, deauratos enses cum balteis auro, & acu pictis, & cum subicibus ephyppiaris pariter deauratis, aliisque equorum ornamentis, ipse Lupus chirographum praestitit, quo se obligavit soluturum ex pecunia dicti D. Ludovici, quam in posterum erat recepturus: elapsis pluribus annis non soluto pretio Emmanuel Gomez contra dictum procuratorem litem movit, ut emptarum rerum pretium sibi exolveret, & agentis jus eo videretur inniti, quia procurator emens nomine alterius pariter obligatus remanet; quia contractus initium sumit ab ea persona, cum qua gestus est, l. quaecunque gerimus ff. de action. & obligat. probat Bart. in l. stipulatio ista §. si stipuler. num. 2. ff. de verbor. oblig.*
Panorm.

Panorm. in cap. querelam num. 10. de elect. & in cap. suscitata num. 4. de integrum rest. & ante eum Theophil. in §. fin. Instit. de his per quos agere possimus: deinde facit l. 1. C. de sentent. & interloc. ubi sententia ferri debet contra procuratorem, ibi: *Non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnavit, cuius persona in iudicio non fuit: l. solutū ff. de pignor. action. §. per liberam, ubi procurator sibi hypothecariam acquirit, & non domino, ibi: Adeo ut nec per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur.*

2 Atque ita ipse tenetur pignoratitia actione, quia in ea persona consistit obligatio: receptum dicit Socin. conf. 154. num. 12. lib. 2. Paris. conf. 78. n. 44. lib. 1. facit l. si procurator 28. ff. de procurator. ibi: *Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulato actio utilis est: supponens directam in persona procuratoris consistere.*

Atque his fortasse juribus Præses contra procuratorem sententiam protulit eum condemnans: quam confirmabat D. Petrus Alvarez Sanchez: & in doctissimis patrum deliberationibus sequentia notabantur.

3 Quod procurator contrahens procuratorio nomine, & contemplatione domini se, & dominum obligat mero jure, ex l. 1. C. de sent. & interloc. ubi contra procuratorem datur actio, & sententia profertur, sicut & ipsa iudicari actio competit d. l. si procurator, quia cum actus sumat initium à persona procuratoris, & ipsius consensu perficiatur, l. si mandassem 15. ff. mandati: in eo mero jure obligatur, ita Paulus in l. si pupilli §. 1. ff. de negot. gest.

Obstat tamen fortiter text. in l. fin. ff. de institor. Ubi finito officio, qui institorio nomine contraxit, non tenetur, ibi: *Nec equitatem conveniendi eum superesse.* Ubi institor cavet, & promittit, & contraxit, nec verba solum emisit, quæ inducere possent probationem debiti, non vero obligationem; prout Bart. Bald. Fulgos. & Paulus in illo textu explicant agnoscentes, quod si promissis-

set, efficaciter obligaretur, ex l. 1. §. est autem ff. exercit. l. eum qui ff. de institor. quia ultra quod verba ibi dantur, quæ promissionem præse ferunt, sufficerent enuntiativa, ut pareret, l. quidam obligationem, ubi Bart. ff. de constit. pecun. Aliter respondet Bart. in l. procurator, qui ff. de procurator. quod ideo non tenetur, quia nihil ad eum pervenit: quam responsionem improbat Ripa in l. 4. ff. de re judic. num. 11. Decius in l. si institorem ff. cert. petat. num. 6.

4 Quare videtur dicendum, quod procuratoris contractus duobus modis fieri potest, vel præcedente mandato domini simpliciter ad contrahendum, vel vendendum sub ratione officij, vel administrationis, cui procurator præponitur. Primo casu contrahens obligatur mero jure, quia in ejus persona contractus sumit initium, l. servum Titij ff. mandati, ibi: *Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstructum emptori esse: l. vendicantem ff. de eviction. l. procurator qui 67. ff. de procurat. ibi: Procurator, qui pro evictione prædiorum fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere prætoris auxilio non levabitur, nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustrare recusat.* Unde vel procurator simpliciter contrahit, vel specialiter se pro domino obstringit: primo casu, licet teneatur, & conveniri possit, non tamen potest in ejus bonis fieri executio pro alieno debito, quia prius exequendus est ille, ad quem utilitas spectat, l. unde quæritur 7. ff. commodati, ibi: *Et paratus si periculo suo convenire alterum, qui sui ti agendo lucrum sentit ex re commodata, aebere eum audiri, & absolvi: Bart. receptus in l. 3. §. fin. C. de duob. reis num. 15. & facit text. in d. l. fin. de institor.*

5 Dubitat namque an contra institorem detur actio, casu, quo dominus sine hærede decedat, qui convenire possit, supponens, quod si ille viveret, vel cū hærede decederet, nulla erat dubitatio, quod dominus, ad quem pervenit utilitas

litas, debet conveniri: facit l. eum qui ff. de institor. Ubi ait dominum teneri utili actione, licet procurator solvendo sit: in quo significat dominum imprimis teneri, procuratorem in subsidium; nam quando duo conveniri possunt ex eadem causa, potest alter exceptione opposita obtinere, ut prius ille, ad quem utilitas rei pervenit, excutiatur, l. 1. §. est autem ff. de exercit. action. Quod tamen secus erit, quando procurator specialiter se pro domino obstringat, quia tunc conveniri, & exequi potest: sicque accipiendus est text. in d. l. procurator qui ff. de procurator. & quæ Angel. in l. 4. ff. de re judic. num. 4. & in eadem in fine ff. de duobus reis, Jas. in d. l. 4. num. 2. Socin. conf. 154. lib. 2. num. 13.

6 Nec obstat l. si pupilli §. 1. ff. de negot. gest. Ubi nullam actionem dandam contra procuratorem asserit, qui mutuum absentis nomine accepit: nam ille textus procedit in contractu mutui gesto cum procuratore sola contemplatione domini sine ullo procuratoris respectu, argum. l. ei qui §. fin. C. quod cum eo. Sicque censetur contractum non sumpsisse initium in persona procuratoris, sed in persona absentis, attenta intentione mutuantis. Unde procurator ibi magis tanquam minister intercessit pro recipienda pecunia domino mutuata, quam ut contrahens: & succedit l. si ex contractu C. quod cum eo, l. fin. ff. quod jussu l. 2. C. de proxon. explicat Ripa in d. l. 4. ff. de re judic. num. 11. Quod efficaciter probatur in §. seq. ejusdem l. si pupilli, incipit, si quis, ubi continuando §. precedentis questionem de eo, qui tanquam minister accesserat, decidit, quod contra talem, de quo in §. 1. egerat, datur actio negotij gesti.

7 Quando autem sub ratione officij, vel administrationis procurator constitutus est, veluti quando exercitor, vel dominus navi magistrum, vel negotiationi institorem præposuerunt, licet summa juris ratione videretur eos non

teneri; quia ex contractu alieno, & ex alterius persona, non poterant conveniri; quia obligationem cum alio contractam aperta voluntate in se non susceperunt: tamen quia ille, qui magistrum, aut institorem præponit, eo animo id facere videtur, quod omnia ab ipsis gesta ipse præstabit, ne illi, cum quibus contrahit, decipiantur, quia æquitas suggerebat, ut eorum facta agnosceret, oportuit adversum eum ex contractu aliorum alio jure actionem introduci, quam civili: & sic introducta est edito prætoris, l. 1. §. cujus ff. de exercit. l. 7. ff. de institor. §. eadem Instit. quod cum eo: nec voluntas tacita, qua dominus institorem præponit, sufficeret ad eum obligandum, cum & expressa inefficax esset: nam etsi procuratorem constituo, ut meo nomine fundum emat, non idcirco teneor illi, cum quo contraxit, nam etiamsi maxime vellem teneri ex contractu alterius, non possem, quamvis meo nomine gesto: & licet id aperte dicerem, non tamen valebit hæc voluntas attento jure, ut extraneo obstrictus sim, cum quo non contraxi. Quare ultra dictam æquitatem operatur in hoc etiam publica utilitas, & necessitas, quæ suavit, ut hoc reciperetur, l. 1. §. magistrum autem ff. exercit. Donnellus de Jure Civili lib. 15. cap. 48. fol. 58. num. 40.

Unde fit, quod licet verum sit, quod institor, qui contractum gessit ex utraque parte obligatorum, mero jure teneatur illi, cum quo contraxit: veluti si pecuniam recepit, ex Angel. in d. l. 4. num. 4. Jas. 2. Jacob. in l. hæres absens §. apud Labeonem ff. de jud. num. 2. Zazius in d. l. 4. num. 211. licet repugnet Ripa num. 12. *Tamen hoc ita accipiendum est, ut durante officio in electione creditoris sit ipsum, vel dominum convenire, arg. l. 1. §. est autem ff. de exercit. ibi: Exercitorem an magistrum convenire velimus.*

8 Ipso vero condemnato non possit fieri executio, nisi in bonis domini, ad quem pervenit utilitas, arg. eorum quæ

quæ in procuratore supradixi facit l. eum qui ff. de institor. Ubi ait dominum utili teneri, quia utilis contra dominum semper præferenda est, l. in causæ 27. §. fin. ff. de procurator. Finito autem officio adhuc conveniri poterit, quando apud eum reperiantur bona administrationis, in quibus etiam peti potest executio, quando contractus fuit ex utraque parte obligatorius, vel pecuniam recepit: quod aperte insinuat d. l. fin. ff. de institor. dum dubitans an institor conveniri posset finita administratione, respondet, quod non, quia ipse non gesserat contractum utraque parte obligatorium, sed ex præcedenti obligatione promiserat solvere illud, quod mensa ipsa debebat. Atque ideo decidit, quod cum ille actus fuisset ex parte sua tantum obligatorius, ipse non teneatur solvere.

9 Si vero contractus sit utrinque obligatorius, etiam finita administratione convenietur, non tamen in ejus bonis fiet executio, ut supra dixi, nisi ipse specialiter se obligaverit, l. si procurator 28. ff. de procur. & tunc quod solverit, à domino repetet, per actionem negotiorum gestorum, Paulus in d. l. Plautius in fin. vel si sit procurator in rem suam, ut in d. l. 4. Nec obstabunt text. in d. l. 1. C. de sententijs, & interlocut. quia explosa sententia Ias. in d. l. 4. & gloss. 2. ibi, quam extollit Boer. decis. 273. num. 5. Zazius ibi 22. dum sentiunt, quod ex sententia condemnatoria oritur actio directa iudicati adversus procuratorem condemnatum, utilis vero adversus dominum, cujus nomine procurator fuit condemnatus, quia speciale est in judicijs, ut pro omnibus ibi gestis quæratur utilis actio domino sine cessione, & adversus, cum utilis etiam competat ipso jure l. in causæ 27. §. fin. cum l. seq. ff. de procurator. l. in omnibus 51. ff. de prætor. stipul. sequuntur Bart. in l. hoc jure num. 4. ff. de solution. Paulus in l. Plautius num. 4. ff. de procurator. Afflict. decis. 64. num. 3. Cui tamen intellectui obstat l. 4. ff. de re judic. ubi actio

iudicati non datur contra procuratorem, sed adversus dominum: idem probat d. l. Plautius 61. ff. de procurator. ibi: *Aut obtulisse se cum sciret cautum non esse.*

10 Quibus verbis sentit, unam tantum actionem dari ex sententia, & non duas, & eam non adversus procuratorem competere: quare verius est, nullam iudicati actionem dari adversus procuratorem, ut in ejus bonis fiat executio, sed adversus dominum, Boer. decis. 273. num. 5. Socin. d. conf. 154. num. 4. lib. 2. Decius conf. 510. num. 4. Unde fit, ut sententia lata contra procuratorem, censeatur prolata procuratorio nomine, & contemplatione domini, l. quacunque ratione 50. ff. de procurator. & quando quis condemnatur nomine procuratorio, finito officio, non tenetur, d. l. fin. de institor. actione. Et verba executiva debent referri ad personam domini, licet verba condemnatoria ad procuratorem referantur, l. 2. ff. de administr. tutor. Unde fit, quod si contra procuratorem condemnatum petatur executio, non sit opus exceptione, sed iudex ex officio repellere possit agentem, ex Bart. in l. si unus §. pactus ne peteret ff. de pact. num. 20. & in l. lecta n. 21. ff. si cert. petat. Nec aliud probat l. si procurator 28. de procurator. ubi videtur requirere exceptionem, ut repellatur procurator agens actione iudicati: ut sic dicamus è converso ipsum condemnatum mero jure teneri, & indigere exceptione, quia textus non negat iudicem, illum ex officio repellere posse, unde cum mero jure hæc actio competat, sic neque pars excipiat, nec iudex ex officio repellat, subsistit iudiciū, & processus, quamvis aliud esset, si ipso jure non competeret actio, Bart. in l. 2. in princ. num. 5. ff. de dote prælegat. facit l. in causæ 27. §. fin. ff. de procurator. ibi: *Actione directa penitus tollenda:* quæ verba non possunt intelligi, ut actio directa tollatur ipso jure. Sicque explodenda est sententia Bart. in d. l. hoc jure, num. 4. ff. solution. ubi semper requirit, ut exceptio opponatur à procura-

curatore, si contra eum petatur executio, quia cum ex sententia constet executionem esse faciendam in dominum, iudex ex officio agentem repellet, quasi sine actione experietur, sicque d.l. 1. dum admittit procuratorem condemnari posse ita debet accipi, ne cum effectu fiat executio in bonis ipsius.

II Unde non videtur secunda traditio Ias. in d.l. 4. num. 1. ff. de re iud. dum differentiam constituit inter procuratorem ad iudicia, & ad contractus, ut in iudicijs non detur actio in procuratorem, & tamen detur in contractibus, d. l. 4. l. servum Titij ff. mandati, in idem gloss. 2. in l. procurator qui pro evictione 67. ff. de procurator. & gloss. fin. in l. fin. ff. si quis caution. gloss. 2. verbo obtulit ff. administ. tutor. quia si pares dentur termini, utroque casu eadem videtur ratio assignanda, nam etiam in iudicijs procurator obligatur, & adversus eum poterit dari actio directa iudicati, veluti quando se liti obtulit, ut in d.l. 4. l. 1. C. quando ex facto tutoris, d.l. Plautius 61. ff. de procurator. Imol. & Alex. num. 11. in d.l. 4. §. si ex conventionem, ubi Ripa num. 10. Zazius 12. Afflict. decis. 64. numer. 3. Sicque fit in contractibus ex utraque parte obli-

gatorijs, d.l. servum Titij: si vero ex una tantum parte executio in procuratorem non fit, qui procuratorio nomine contraxit, d.l. fin. ff. de institor. Quare in eo est differentia, quod in iudicijs ex officio potest iudex repellere petentem executionem adversus procuratorem; quod secus erit si petatur adversus procuratorem contractus, nam cum in ipsis personis initium sumpsit obligatio, & multi sint casus, in quibus procurator teneri possit, ut supra tetigimus, oportet, ut ipse excipiat, & ostendat contra ipsum executionem peti non posse juxta Bart. in l. si unus §. si pactus ne peteret num. 20. ff. de pact. Atque ex his reliquæ difficultates supra adductæ diluuntur.

Ex quibus principijs cum in præfenti casu ex chirographo constitisset, Reo fuisse merces, & res, de quibus agitur, traditas contemplatione D. Ludovici, ut ipse eas transmitteret, nulla adversus eum actio supererat, cum tanquam minister intercessisset, quo casu non cum ipso, sed cum domino absente contrahitur, cum contractus non fuerit ultra citroque obligatorius, ut supradixi ex d.l. si pupilli §. 1. cum ipse se Actori non obligaverit, & obstrinxerit.

SUMMARI A.

Pater an filios naturales alere teneatur?
 Donatio in persona filij naturalis non consistit perpetuo. ibi.
 Proprietas nunquam censetur do-

nata filio, nisi quando non sufficit in redditibus.

2 Donatio in pecunia facta filio, ipsi plene acquiritur, an in persona nepotis saltem donatio consistat.
 An habeat locum prescriptio in rebus donatis pro alimentis. ibi.

DECISIO XXXXI.

An donatio facta à clerico filiae spuriae, & nepotibus ex ea valere possit etiam quoad rerum donatarum proprietatem?

Ad Ordin. lib. 4. tit. 93.



Uidam clericus filiae spuriae donavit omnia bona sua perpetuo cum onere duarum missarum, eo addito, ut ipsa post se ex descendentes unum eligeret, ad quem successio transfret: Ioannes de Carvalhal frater defuncti clerici agebat contra Antonium de Matos, & alios, ad quos ex matris electione bona illo onere reali affecta devenerunt, eo fundamento, quod donatio fieri non poterat filiae spuriae, nisi sub alimentorum ratione, unde ipsius morte extinguebatur, & evanescebat, ita ut bona deberent ad hæredes defuncti reverti: Prætor Curialis in Reorum favorem sententiam protulit, quam confirmandam censuimus, quod dos spuriae filiae data sustinetur sub alimentorum obligatione, qua parentes etiam spurios filios alere tenentur ex canonica æquitate, de qua in cap. cum haberet de eo, qui duxit. Quæ tamen donatio illud habet peculiare, ut in persona filij perpetuo non consistat, sed ad ipsius filij vitam restringenda sit, ex Bald. in l. eam quam C. de fideicommiss. num. 50. Gabriel lib. 1. commun. tit. de aliment. conclus. 1. à n. 28. Corduba in l. si quis à liberis §. idem rescripsit num. 30. ff. de liber. agnosc. Menoch. conf. 60. num. 29. lib. 1. & de arbitrar. cas. 169. lib. 2. num. 10. Surdus de aliment. tit. 5. quæst. 7. num. 3. Beroius conf. 165. lib. 2. num. 23. sentiat, quod dos non redit ad Patrem, quem tamen explicat Surdus ibi num. 8. & elegantius Barbof. in l. 1. 4. part. num. 71. ad fin. vers. contrariam tamen, & fuit Paleoti de nothis cap. 51. ad fin.

Unde Beroi opinio tunc admitti potest, quando res, quæ datur pro alimentis, est immobilis, nec sufficit, ut ex illius redditibus alimenta suscipiantur, l. 4. in fin. ff. de aliment. & cibar. Covar. de sponsalib. 2. part. cap. 15. §. 6. num. 15. Barbof. ubi supra, numer. 72. vel si alimenta in pecunia data sint, quæ in ipsis alimentis absumatur, ex Palatio in cap. per vestras §. 24. num. 8. fol. 22. quia licet proprietas rei attento jure in legato alimentorum contineatur, ex d. l. 4. si tamen redditus sufficiunt, nunquam censetur data proprietas, Bald. d. l. eam quam C. de fideicommiss. n. 41. Surdus tit. 2. quæst. 1. num. 36. & tit. 5. quæst. 7. num. 20. & patri, ejusque hæredibus defuncto filio restituenda est. Barbofa ubi supra.

2 Quare dubitari potest: An saltem in nepotis persona valeat donatio quoad rei proprietatem, quæ filio acquiri non potest? Et videtur, quod sic, ex l. fin. C. de natural. liber. & ex Bart. in l. fin. num. 7. ff. de his quibus ut indig. Capic. decis. 181. num. 4. Paleotus d. cap. 51. n. 6. Peregrin. de jur. fisci lib. 3. num. 80. adeo ut in dubio pro nepotibus censeatur relictum. Surdus d. quæst. 7. n. 29.

Ex his cum in præsentis donatio sit concepta per illa verba perpetuo, ut apud dotatam filiam, & ejus successores perpetuo maneat bona, utique negandum non est etiam nepotes sub donationis verbis comprehensos fuisse, illisque potuisse acquiri proprietatem rerum in donatione expressarum, quæ mortua filia patri, vel hæredibus erant restituenda, & licet Rei etiam de præscribendis rebus donatis agerent, quæ præscriptio in hoc casu obtinet, ex

R


Bart.

Bart. conf. 119. Alex. conf. 74. vol. 3. Bald. 4. part. 4. princip. num. 72. quam præscriptionem ad duos menses restrin- git Craveta conf. 166. numer. 13. arg. l. 1. C. de natural. liber. quæ tamen pro- cedit in casu speciali, ideo sine titulo 30. annorum spatio indiget, quod ela- psum non erat, quia non debuit com- putari tempus, quo vixit filia donata, l.

unica C. de annali exceptione, quia du- rabat idem impedimentum, ex Balb. 1. part. 6. princip. num. 17. Gregor. in l. 7. tit. 6. part. 6. Gama decis. 93. num. fin. nec opus erat recurrere ad præsumptionem, quia extabat titulus.

Atque ex his sequentibus dominis pla- cuit, ut sententia meritissimi Prætoris confirmaretur: Scriba Chaves.

SUMMARI A.

- 1  Ora non incurritur, si creditor debitum integrum petit non offerendo cōpensationē partis jam receptæ.
- 2 Respectu residui mora contrahitur. Explicata l. si residuum C. de dis- tract. pignor. ibi.
- 3 Mora non contrahitur, si summa illiquida est. Plus petens in stellionatum incidit. ibi. Nulla oblatio hoc casu requiritur. ibi.
- 4 Qui libertatem petit, non sufficit, ut offerat, nisi vere solvat.

DECISIO XXXXII.

An debitor constituatur in mora, qui debitum non liquidum non consignavit, vel obtulit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 39.



Gebat Emmanuel da Veiga cōtra Emmanue- lem Gomez d' Elvas ad magnum interesse pecu- niæ debito, & statuto tempore non solutæ, & casus erat, quia cum dictus Emmanuel da Veiga ab altero Emmanuele emeret 300. mille nummos in redditibus an- nuis, vulgo de juro, in implemento con- tractus cum orirentur dubia, tandem distraxerunt inter se, & composuerunt, ut pretium redderetur emptori, ad cu- jus solutionem venditor destinavit ad suos institores, ut satisfacerent, quos emptor acceptavit, & recepta jam par- te aliqua pretij proposuit actionem, pe- tens integrum pretium, ac si nihil em- nino illi solutum esset, & tandem obtinuit

quod cōpensaret quatuor mille aureos jam à manu institorū receptos: lata hac sententia novam litem instituit super in- teresse pretij non soluti ratione lucri ces- santis, allegata debitoris mora, quam con- traxerat non solvendo residuum, nec obsignando pecuniam: Prætor Curialis Reum absolvit: in Senatu placuit confir- mandam ex sequētibus, quod licet actor possit petere interesse pretij non redditi per actionem, non obstante prima sentē- tia, & decisione l. 4. C. depositi, quia pro- cedit in interesse ex judicis officio, non vero in illo quod ex contractu nascitur, quia super hoc novo judicio agi potest, ut per gloss. in illo text. verbo usurarum, Valasc. conf. 107. n. 13. Rota Genuens. de- cis. 61. Gama decis. 191. Menoch. lib. 3. præsumptio 131. Barbof. 1. part. 1. n. 4. ad fin.

fin. Surdus decis. 69. tamen incidimus in dubitationem, an mora incurfa sit, fupposito, quod interefse petitur pretij non redditi: & videtur quod non, quia confatabat Actorem partem recepiffe, & non offerebat compensationem: unde fuccedit, quod mora non contrahitur in debito non liquido, l. ftatu lib. 5. ff. de ftatu lib. gloss. 2. in l. obfignatione C. de folution. gloss. 2. in l. acceptam C. de ufur. quia non potefte videri in mora, quia ignorat, quantum debeat, l. non potefte ff. de reg. jur. Alex. conf. 42. num. 3. lib. 2. Ruynus conf. 64. num. 15. lib. 1. late Barbosa in l. fi mora ff. fol. matrim. à n. 63. nec imputari potefte ei, qui recurrit ad iudicem ex iufta caufa, l. fi quis folvendo ff. de ufur. ibi: *Non videtur feciffe moram, fi iufte ad iudicium provocavit*, l. qui fine ff. de reg. jur.

2 Nec obftat, quod faltem refpectu refidui datur mora, l. fi refiduum C. de diftract. pignor. unde hoc cafu debet fieri faltem oblatio verbalis refidui, & pro eo quod liquidabitur dandi funt fidejuffores, notat ex Cepola cautela 27. & alijs Barbosa ubi fupra n. 64. quia verius videtur eo cafu, in quo actor non offert compensationem recepti, nullam oblationem requiri, ex fententia Gratiani lib. 1. cap. 42. à n. 42. apud quem videri potefte. Nec aliud evincit d. l. fi refiduum, & l. fervus §. fin. ff. de ftatu liber. quia loquuntur in eo cafu, in quo debitor fuum creditorem convenit, & puto non efte è converfo idem ius, nam quando creditor pulfat debitorem pro fuma illiquida, & quando jam partem receperat, dolo fe agit, nec fperatur profutura verbalis oblatio refidui, & fic manet otiofa, ut ponderat Gratianus. Insuper addo, quod dum Actor integrum pretium petit, cum partem apud fe habeat, plus petit, & in ftellionatum incidit ex Bart. in l. fi fidejuffor §. in omnibus ff. mandati Iaf. in §. fi quis agens Inftit. de action. n. 5. Cujac. lib. 2. obferv. c. 21. nifi detur magna iufti erroris caufa, quia in facto proprio error non præfuitur l. quanquam, ubi gloss. ff. ad Velleian. Unde

ex lege Regia lib. 3. tit. 36. pæna dupli punitur, qui petit quod apud fe jam habet: fi ergo cogimus Reum offerre refiduum, pariter cogimus, ut ab hac pæna difcedat, quam ipfe iufte exigere potefte, & maiori compensatione debitum minueret: quare nullam obligationem neceffariam hoc cafu efte exiftimo. Ad autem refiduum, & l. fervus refpondetur, quod agunt è converfo, quando debitor pulfat fuum creditorem, ut fibi libertatem præftet, vel ne pignus diftrahat: quo cafu ex parte debitoris requiritur vera folutio debiti, quia etiam fi debitor creditori partem folviffet, adhuc pro refiduo pignus vendi potefte, ut ex pretio creditor fibi fatisfaciat.

4 Cum ergo eo cafu debitor velit impedire pignoris diftractionem, non aliter hoc efficere potefte, quam fi vere folvat, ut impleat legem contractus: fic pariter qui libertatem petit, non fufficit, ut offerat, nifi vere folvat, & quamlibet oblationem etiam realem creditor potefte recufare, fi vera folutio non detur: nec ex eo dicitur in moram recipiendi, ut conditio habeatur pro impleta, l. qui decem 72. ff. de folution. notat ibi Paul. Roland. conf. 53. n. 38. lib. 1. Menoch. conf. 293. n. 10. cum ftatu liber prætendat acquirere actionem, fi conditio habeatur pro impleta, non fufficit etiam oblatio realis, fed requiritur difpofitio, & confignatio: notat Bart. in l. fi à te C. de pact. inter emptor. pluribus exornat Barbof. in d. l. fi mora à num. 67. Quod tamen fecus efte, quando creditor agit contra debitorem, qui non pertendit novum ius, fed deliberationem, & iufte recufat folvere illud, quod petitur, licet partem debeat: ficut alias interpellatus pro maiori fuma, quam ipfe debeat, totum negare potefte, de quo Covar. variat. lib. 1. cap. 2. à n. 5. adeo ut nec perjurium incurrat, fi neget: & veram opinionem efte testatur Specul. in tit. de de pofitionib. §. 5. verf. fecundo vero, & communem dicit Imola in cap. dilecti de maiorit. & obedient. & in cap. 1. de plus petition. ubi Abbas dixit fervari in praxi. Ex quibus placuit fententiam confirmandam.

SUMMARI A.

I  Oncessa revisione non est dubitandum, an bene cōcessa fuerit. Revisio ab interlocutoria concedi nequit.

Incompetentia duobus modis obijci potest. *ibi.*

3 In incompetentia requiritur supplicatio.

4 Iudex omnino incompetens, et si se competentem pronuntiet, non præjudicat parti.

5 Oppositioni an sit locus in seculari, quando clericus ibi convenitur ex vi commissæ.

6 Fundamenta affirmativa.

7 Oppositori sufficit invenire duos litigantes, ut se opponere possit.

8 Ad fundandam jurisdictionem citantis sufficit, ut qualitas exprimat in libello, qua illam fundet de jure.

9 Contraria opinio; quod hoc casu nullus oppositioni locus sit.

Clericus hoc casu ad iudicium seculari trahitur ex Concordia. *ibi.*

10 Oppositioni non est locus, ut quando clericus trahitur ad seculari ratione Concordiæ.

Explicatur Valasc. cons. 162. *ibi.*

11 In foro privilegij non est locus oppositioni contra eum, qui invitus trahitur.

DECISIO XXXIII.

An clericus ad iudicium Coronæ Regiæ citatus ratione capellæ vacantis teneatur ibi respondere oppositioni tertij oppositoris; qui utrumque excludere intendit, tam Regem, quam possessorem? Ad Ordin. lib. 2. tit. 18. & lib. 3. tit. 20. §. 31.



Instituit Dominicus Pirez Clericus capellas de bonis suis in Ecclesia maiori de Torres Vedras, in quibus duos administratores delegit, alterum de ejus familia laicum, & alterum clericum ejusdem ecclesiæ, qui sacris peragendis assisteret.

Et quia dicti administratores se negligenter gesserunt in peragendis his, quæ administrationem attingebant, quidam Salvator Vaz à Summo Pontifice impetravit, ut revocaret dictam administrationem, illamque sibi, & suis successoribus concederet: annuit Pontifex, iudicique delegato in parti-

bus causam privationis commisit, qui sententiam in favorem impetrantis protulit. In hoc statu à Romano Pontifice alter Clericus Gondizalus Domingues dictam administrationem impetravit, qui cum obiret, in ejus locum se subrogavit quidam Balchazar Leite, contra quem idem Salvator Vaz sententiam reportavit: & tandem citatus ad Curiam, in Rota ultima pro eo sententia lata fuit, ratione cuius possessionem dictæ administrationis apprehendit, & cum moreretur, filiam post se nominavit. Vacanteque per ejus obitum administratione, Ordinarius Philippum Iacome Canonicum dictæ administrationi præposuit, juxta

tella.

testamenti antiqui tenorem. Quem sic possessionem ingredientem Procurator Regiæ Coronæ citavit coram Iudice Regio eo prætextu, quod dicta capella vacabat sine successore legitimo, atque ex eo tanquam vacans ad Regiam Coronam spectabat, juxta Ordin. lib. 2. tit. 26. §. 17.

Pendente hac lite, filia ab ultimo possessore electa, & nominata, quæ dicebatur Beatrix Pegada, se liti opposuit juxta formam Ordin. lib. 3. tit. 20. §. 31. ut utrumque litigantem excluderet; dictus Philippus Reus exceptionem incompetentiæ obtulit, quæ rejecta fuit, & in causa ad ulteriora processum est, & tandem sententia lata est in favorem Rei respectu Regis, à cujus petitione absolutus est: & quia super oppositione in separato processu lis agebatur, ut administrationem dimitteret, & capellam opponenti; petijt ab hac sententia (quam etiam impedivit) revisionem, & illi concessa fuit per doctissimos viros D. Hieronymum Pimenta, & Petrum Alvarez Sanches, renuente sapientissimo D. Francisco de Brito & Meneses, ex ea ratione quia revisio petebatur à non recepta exceptione incompetentiæ judicij, quæ de jure Regio est mera interlocutoria, à qua supplicatur ad Senatum ex Ordin. lib. 3. tit. 20. §. 9 & lib. 1. tit. 6. §. 9. & ab interlocutoria revisioni locus non est, ex Ordin. lib. 3. tit. 95. §. 12. & tit. do Regimento do Paço §. 34.

I Cujus revisionis cum inter alios ego judex extitisssem, sequentia dicebam: quod post concessam revisionem à Principe, non erat disputandum, an posset concedi, sed de meritis ipsius agendū argum. eorum quæ in simili adducit Cabed. decis. 46. circa appellationem, an sit casus, illius vel recipiēdas, postquā enim per decretū Senatus sancitum fuit appellationem recipiendam fore, delata causa ad Senatum, non licet iudicibus, qui de appellatione cognoscunt, controversare, an sit de appellatione cognoscendum, vel non; maxime quia in hoc casu

extra dubium videtur revisionem potuisse, & debuisse concedi.

2 Nec obstabit, quod revisio concessa fuit super exceptione incompetentiæ, quæ rejecta fuit, à qua cum sit interlocutoria, revisio concedi nequit; quia satisfit, quod incompetentiæ exceptio duobus modis considerari potest: primo, dum non negatur competentia jurisdictionis, seu fori in communi, sed judicij, veluti qui non negatur causam esse fori, & jurisdictionis sæcularis, sed non esse coram tali iudice tractandam, vel ratione privilegij rei, vel personæ, vel litis pendentis coram alio iudice, vel ex similibus causis: secundo dum incompetencia opponitur, non ratione illius causæ, vel personæ, & privilegij ipsius specialis, sed ex defectu jurisdictionis omnimodæ, quia scilicet causa ad iudicem certum private spectat, vel ad aliam jurisdictionem, cujus est incapax, qui cognoscit, qualis est omnis causa clerici respectu iudicis sæcularis, cap. 2. de foro comp. cap. clerici de judic. cum vulgaribus. Primo casu incompetencia respicit jus partis, contra quod si sententia feratur, indiget provocatione, quia ex autoritate legis transibit in rem judicatam, Ordin. lib. 3. tit. 75. §. 2. quæ res judicata pro veritate habetur, Afflict. d. decis. 354. num. 14. in fin. Castro conf. 268. numer. 3. lib. 1. & conf. 124. lib. 2. Secundo casu publicum jus respicit talis incompetencia, quod à partibus remitti nequit, cum principaliter ordinem respiciat, deinde singulos de communitate, quorum pactioibus juri publico derogari non potest, cap. si diligenti de foro comp. l. jus publicum ff. de pact.

3 Deinde primo casu requiritur, ut à sententia super incompetencia judicij supplicetur per instrumentum, juxta d. Ordin. tit. 20. §. 9. vel in processu, quando causa agitur in Senatu inferiori servata forma Ordin. lib. 3. tit. 20. §. fin. & lib. 1. tit. 16. §. 1. quia partes in iudicem non suum consentire possunt, illiusque prorogare ju-

jurisdictionem l. si per errorem ff. de jurisdictione omn. jud. l. si convenerit eod. tit. DD. in cap. de causis, & in cap. P. & G. de offic. delegat. succedit doctrina Bartoli in l. præscriptione C. si contra jus num. 6. quæ habet, quod quando judex se declarat competentem, illa declaratio illi tribuit jurisdictionem, defendit Ias. ibi num. 26. Decius in cap. super literis de rescript. Vasconcellus diverforum lib. 1. cap. 5. num. 7. quia prætoris est cognoscere an sua jurisdictione, l. si quis ex aliena ff. de judic. ubi Barbosa infra citandus.

4 In secundo vero casu etiam si judex se competentem pronuntiet, jurisdictionem non acquirit, in casu sibi prohibito, quia ultra limites suæ jurisdictionis agit, l. ultim. ff. de jurisdictione omn. judic. l. non dubium C. de legib. fuit Butrij in cap. de dilatio, Curtij. Junioris in l. 2. num. 22. ff. si quis in jus vocatus, Decij conf. 18. num. 5. Alex. conf. 82. num. 3. lib. 3. Afflictus decis. 354. n. 16. Nam cum judex sit incompetens omnino, seu prohibitus, juxta cap. significasti de foro compet. illa pronuntiatio, qua se competentem asserit, nulla est, ex Decio in cap. si duobus num. 12. de appellat. prosequitur Barbosa in l. si quis ex aliena ff. de judic. num. 102. quia licet judex, cujus jurisdictione est exceptione elidibilis, possit procedere contra non competentem, & valeat ejus processus, ex Decio in cap. duobus de appellat. num. 8. Navar. in cap. cum contingat 11. causis nullitat. sicut judex inspectus valide procedit, quousque recusetur, Joann. Andr. in cap. accedens 1. ut lit. non contest. Ordin. lib. 3. tit. 21. §. 4. Barbosa in l. si quis ex aliena num. 37. Tamen quando jurisdictione nulla datur, ut quia persona est alterius fori, respectu cujus judex non solum incompetens, sed prohibitus est, utique talis pronuntiatio, qua se judicat competentem, jurisdictionem illi minime tribuit, Barbosa in d. l. si quis ex aliena num. 27.

Unde cum in præsentis supplicans

sit clericus, respectu cujus judex Regiæ coronæ se dixit competentem, nec jurisdictionem habeat fundatam in persona ejus, utique talis pronuntiatio nullum jus tribuit, nec ex ea potuit jurisdictionem acquirere, & à tali nulla pronuntiatione potuit supplicari ad Principem, & revisio obtineri.

5 Quo supposito accedendo ad merita causæ, non leve est dubium, An possit tertius se opponere in causa, in qua clericus convenitur in foro sæculari, ex illis casibus, in quibus de jure sæculare judicium est competens, prout est quando clerici conveniuntur pro rebus, & bonis fiscalibus, super quibus specialis cum clero est inita concordia, de qua in articul. 35. & 40. Romæ oblatis, & ex 2. ex 11. & 9. à qua desumpta fuit Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 17. & 18.

6 Et sine dubio videbatur posse, prout judicatum fuit in Senatu in hoc casu, cujus rei efficax argumentum est, quod tertius se opponens liti facit suspendere etiam judicium possessorium, ut ipse super proprietate audiatur, ex gloss. communiter recepta, in cap. in literis de rest. spol. verbo rigorem, ubi Abb. num. 33. Gabriel de rest. spol. conclus. 1. num. 45. quos citat Valasc. conf. 162. num. 4.

7 Cum igitur oppositor judicio pendente accesserit, nihil mirum si admittendus sit in causa ordinaria, cum etiam in causa spoliij foret admittendus, impedita spoliati restitutione. Nec obstabit, quod illud judicium respectu clerici est incompetens, ut supra diximus, quia illa incompetencia versatur respectu actoris, qui vocat ad judicium clericum indebite: at vero respectu oppositoris nihil aliud requiritur, quam quod lis inter duos pendeat, ut fiat oppositioni locus, ex Ordin. d. §. 31. Quia favore publico, & partium, ne litibus vexentur, vel cogantur expectare dubios litium eventus, statim illis indulgetur, ut pariter cum causa, quæ pendet, oppositionis causa procedat

dat, & terminetur, quod si in separato processu instituat, tunc victor in principali cum oppositore litiget. Maxime quia Principis procurator recte iudicium instituit contra Reum tanquam possessorem capellæ vacantis, cuius provisio Regis erat, ex Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 51. & lib. 2. tit. 26. §. 17. Auth. de ecclesiast. tit. §. si quis ædificationem colat. 9. l. legata ff. de administrat. rer. Covar. variar. lib. 2. cap. 2. Cabed. decis. 52. 2. part. num. 3.

8 Nec aliud requiritur ad fundandam jurisdictionem Regis contra clericum, quam quod illa qualitas vacationis exprimat in libello, ut compellatur Regis iudicium subire virtute dictæ concordie, quæ in ampliori forma quam ipsa lex Regia loquitur, quæ est confirmata per Summum Pontificem Nicolaum IV. per Bullam, quæ servatur in Regio Archivo lib. 1. Breivium fol. 21.

Sufficit enim ad fundandam jurisdictionem iudicis citantis, illam solam quantitatem in libello exprimi, quæ jurisdictionem tribuit, quæ habetur pro vera, & probata, donec contrarium in processu constet, ex Tiraq. lib. 1. retract. §. 8. gloss. 5. num. 18. Mysinger. centur. 2. observ. 9. à num. 3. Gail lib. 1. practicar. observ. 31. quos citat Barbof. in d. l. si quis ex aliena num. 133. contra plures, qui tenuerunt iudicem teneri præmittere summariam informationem, ut per supradictos, & alios, quos citat idem Barbof. à num. 129. Bobadilla lib. 2. cap. 18. num. 161. Unde cum iudicium recte fundatum sit, nihil impedit, ut in eo sit oppositioni locus.

9 Verum mihi aliud visum fuit, quod in hoc iudicio nullo modo sit locus oppositioni contra clericum, quando in oppositione jus deducitur non à Rege obtentum, nec tale, ut ejus cognitio privative spectet ad iudicium Regiæ Coronæ, sed longe diversum, pro quo Reus foret pulsandus coram suo iudice: moveor, quia clerici suum habent iudicem privative ad alios, quos

talis privatio non solum reddit incompetentes, sed inhabiles, & omnino improrogabiles, d. cap. si diligenti de foro comper. quos à jurisdictione sæculari de jure divino exemptos prosequitur Soares adversus Regem Angliæ lib. 4. cap. 8. & sequentib. Et ultra eum Surd. conf. 301. num. 56. sed quoad bona patrimonialia melior est opinio de jure humano esse Molin. Theol. de Iust. disp. 31. tract. 2. Covar. pract. cap. 31. num. 3.

Unde in hoc Regno ex antiquissima concordia cum clero, & Regibus inita, in pluribus causis ad iudicium sæculare trahi possunt clerici, inter quos est, quando pulsantur pro bonis Regiæ Coronæ, quia in his juris humani rigor remittitur, & cessat Canonum reservatio ex pactione, & concordia à Summo Præsule approbata ex 35. art. & 40. Romæ oblatis contra Regem Dionysium, & aliis.

10 Unde cum clericus prætextu concordie ad iudicium sæculare trahatur, ex eo quod in libello qualitas exprimitur, quia illud iudicium redditur competens, non est tale iudicium capax prorogationis, ut oppositioni sit locus, ad quod alludit Ordin. Regia lib. 3. tit. 33. §. 5. ibi: *De que o juizo seja capaz.*

11 Quare cum respectu solum illius casus privilegiati iudicium sit institutum, non potest in eo causa oppositionis agitari, nisi sit ejusdem speciei, & ejusdem privilegij, quia cum iudex non sit capax cognoscendi nisi de articulo privilegiato, quando super rebus Coronæ agitur, non potest se intromittere circa causam oppositionis, quæ est ordinaria, & tractanda attenda sua natura in foro Rei, ex reg. cap. cum sit generale de foro comp. Sicut aliàs, quando clericus ratione violentiæ ad iudicium sæculare trahitur, non potest ibi tertius se opponere, & suspenso possessorio de proprietate agere: nec aliud dicit Valasc. d. conf. 162. quia supponit oppositionem fuisse factam coram iudice quoad omnes partes competente,

ibi enim non ecclesia erat conventa pro violentia, quia eo casu non posset tertius se opponere, nisi agere de casu pariter privilegiato, scilicet violentia intra annum, pro qua ecclesia intra annum trahi posset ad illud idem iudicium, nam ibi ecclesia se opposuit: quo casu nullum datur inconveniens, quia ecclesia tenetur sequi forum Rei, nisi quando ex violentia, vel furto agat, ex Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 5. & 6. Barbosa in d. l. si quis ex aliena num. 146. Covar. lib. 1. variar. cap. 4. num. 2.

II Ex quibus cum in presenti clericus citatus sit ad iudicium concordatum, & ex privilegio limitatum, nulla oppositio est admissibilis, quæ non versetur intra eosdem limites privilegij, veluti si oppositor jus habeat tale, quod regium patrimonium tangat, ut illud iudicium fiat competens, juxta Ordin. lib. 1. tit. 9. in princip. sicut aliàs videmus, quod quando accusatus velit reaccusare suum accusatorem, hoc efficere non potest nisi quando iudex sit competens respectu utriusque partis, aliàs tenetur reaccusare coram suo iudice competente, Bart. in Auth. & consequenter C. de sent. & interlocutionib. num. 7. Panorm. numer. 22. in cap. 1. de mutuis petition. Barbosa in l. 2. §. legatis num. 256.

Nec obstat, quod clericus agens in sæculari potest ibi reconveniri cap. 1. & 2. de mutuis petit. Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 1. l. cum Papinianus d. Auth. & consequenter C. de sententijs, & interlocutionib. l. 2. §. sed si agant ff. de iudic. Quia respondetur, quod in reconventionem consideratur quædam prorogatio non hominis, sed legis ob vitandos litium sumptus, cap. dispendia de rescriptis lib. 6. & hoc non potest extendi ad oppositionem, quæ non facit capacem iudicem, sed supponit: deinde in causa spolijs non admittitur quæcunque reconventio, sed illa sola, quæ similem qualitatem spolijs continet, Ordin. lib. 3. tit. 33. §. 5. & 6. cap. ex conquestione de reit. spol. cap. super spoliatione de or.

dine cognitionum; Trentacinq. variar. lib. 2. tit. de mutuis petition. resol. 1. num. 19. Muscatel. in praxi Neap. 3. part. verbo actorem num. 27. Maranta de ordin. jud. part. 4. decis. 6. num. 42. Barbosa d. l. 2. §. legatis num. 251. ff. de iudic. eleganter Valasc. conf. 32. num. 6. ubi de usurario.


Nec pariter obstabit, quod quando clericus agit in sæculari, voluntate accedit ad iudicium ex reg. l. unicæ C. ut nemo invitus agere: atque ideo merito potest in eodem iudicio, quod elegit, pulsari: quia respondetur quod etiam si clericus agat pro spolio in sæculari, ad huc non voluntarie, sed invitus agit, cum potius patiatur, pro quo est text. in d. §. sed si agant, ubi legati, qui pro injuria sibi illata agunt, reconveniri non possunt, quia qui pro injuria agit, potius patitur dum eam agendo repellit. Barbosa ubi supra num. 236. Quod maiori cum ratione admitti debet in clerico vocato ad iudicium Coronæ Regiæ, qui invitus vocatur, & agit, & respectu oppositoris cum sit Reus, apud suum iudicem pulsari debet, non vero in eo iudicio, ad quod involuntarius accedit ex vi concordatæ tantum inter ipsum, & Regem, non vero quando alius litigat, respectu cuius privilegio non renuntiavit. Unde vel ipse agat contra Regem, vel Rex eum vocet ad iudicium, vel ex capite violentiæ agat, vel conveniatur, nullo ex his casibus locus oppositioni.

Atque ex his Senatui placuit sententiam latam circa incompetentiam iudicij reformandam, quia cum per sententiam iudicis Regij Reus fuerit absolutus, non potuit idem iudex cognoscere de causa oppositionis, quæ in separato processu agitabatur contra clericum, pro qua ipsius iudex ad eundem est, revocata priori sententia, quæ nulla fuit, tam attento jure Canonico, quam Regio, quod sententiam nullam decernit latam contra laicum in foro ecclesiæ, quando iurisdictio sæcularis læditur, Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 1. 4. quod à for-

fortiori admitti debet respectu jurisdictionis ecclesiasticæ, & fori privilegij, quo remitti nequit: idem diximus in

casum inter Hectorem Mendes de Brito, & Paulum Bezerra de Barros: Sed adhuc est causa sub iudice.

SUMMARI A.


- 1  *Confessio patris in favorem unius ex filijs alijs non præjudicat.*
- 2 *Filius tenetur probare vere debita extare.*
Sic pariter in donatione remuneratoria. ibi.
- 3 *Ex sententia ex confessione habita non oritur prælatio inter creditores.*

- 4 *Simulationem quæ conjecturæ arguant.*
- 5 *Filius in vita patris non agit de nullitate talis confessionis.*
Turpitudinem suam pater prode- re non tenetur. ibi.
- 6 *Filius solum admitti potest per officium iudicis, ut declaretur, ne sibi præjudicet.*

DECISIO XXXIV.

An filius in vita patris sit audiendus pro annullanda confessione patris facta in favorem alterius filij? Ad Ordin.

lib. 4. tit. 12.

1  *Contra patrem suum egerat ejus filius Emmanuel Martinz, petens à patre magnam pecuniæ quantitatem, quam pater agnovit, & ex ipsius confessione lata fuit sententia, contra quam gener ipsius, qui ejus filiam uxorem duxerat, ob præjudicium, quod sibi in posterum ex dicta sententia gigni poterat, impedimenta obtulit, quæ cum recepta fuissent à iudice, finali sententia fuerunt rejecta: & in Senatu re maturius ponderata primus iudex sententiam duxit revocandam, quia satis probabatur collatio in fraudem aliorum filiorum, & quod inerat in tali confessione quædam donatio simulata, & succedebat Ordin. lib. 4. tit.*

12. quæ venditionem, & permutationem prohibet inter patrem, & filium, venditionem absolute, ne ullo modo fiat, permutationem vero, quando inæqualis sit, nam illa verba, *Que desigual seja*, non ad venditionem referri debent, sed ad permutationem. Et licet hæc Ordinatio sit restringenda, ut explicat Gama decis. 295. nec eam extendendam dicit ad dationem in solutum, quia venditionem impropriam inducit, & sic pariter dicendum sit in confessione debiti facta in favorem filij.

2 Tamen filius, ut ex confessione obtineat, semper tenebitur probare vere, & realiter debita extare, ne confessio simulata, & in fraudem filiorum facta censeatur, & magis esse simulatam donationem, quam confessionem debiti: sicut alias, si pater permutat inæqualiter

æqualiter cum filio, potius dicitur donare, ex Ordin. lib. 2. tit. 18. §. 4. in fine, juncta altera lib. 2. tit. 35. §. 19. & res permutata dividitur inter hæredes, in simili lege Baeça de non meliorand. filiab. cap. 36. num. 11. facit Bart. in l. ab omnibus in princip. ff. de legat. 1.

3 Sicut pariter videmus donationem remuneratorem annullari meritis non probatis, ut notant DD. in l. si donatione C. de collation. & ex sententia habita per confessionem partis, non oriri prælationem respectu aliorum creditorum, dixit Bart. in l. post contractum ff. de donat. in fine, Barbosa in l. 1. 6. part. num. 42. ff. sol. matrim. sic limitata regula Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1. Cum igitur simulationis non desint argumenta, de quibus Valasc. quæst. 7. de jur. emphyt. num. 7. & duæ præsumptiones sufficiant ex his, quæ Mascard. conclus. 447. Gama decis. 120. Franc. Marcus quæst. 46. Valasc. conf. 5. num. 21. & conf. 154. Menoch. conf. 303. num. 19. eleganter præter alios las. in l. si is qui de vulgari num. 21.

4 Ubi ad præsumendam simulationem, & fraudem venditionis paternæ quatuor enumerat conjecturas, si emit filius omnia bona patris, si per interpositam personam, si emit in continenti à tertio, qui à patre emit, quarta quando solum adest confessio pretij, & secundum hoc dicit stare communem opinionem.

5 Ego advertebam, non mihi esse dubium circa simulationem probandam, sed de eo solum, an filio in vita patris liceat agere de nullitate confessionis paternæ, seu donationis inofficiosa: primo, quia videtur agere pro legitima in vita parentis, cum eo tempore non debeat, l. 1. §. si impuberi ff. de collation. bonor. quod in donatione immensa firmavit Pallat. in cap. §. 22. num. 4. & §. 24. num. 3. concordat Segura in l. cohæredi §. cum filia de vulgari, Bertrand. in l. hac edictali C. de secundis nuptijs §. num. 17. §. si vero: qui firmat donationem factam à secundo nubente, ul-

tra modum ibi assignatum, non posse à filiis impugnari, matre vivente, Bald. conf. 288. col. 2. lib. 4. & fratres vivo parente immensam donationem infringere non possunt, testantur Bart. Cyn. & Bald. in l. 1. C. de inoffic. donat. Salyc. in l. si totas, vers. nunc quæro C. inoffic. Tiraq. in l. si unquam in princ. num. 91. sicut alias stante statuto retractus, filius non potest retrahere rem à patre alienatam, Tiraq. de retract. lib. 1. gloss. 9. §. 1. num. 46. Baeça de non meliorand. filiab. cap. 34. num. 8. Et obiter dictum sit, quod nec ipse pater potest talem donationem revocare, ne turpitudinem suam prodat, ut colligitur ex Bart. in l. sicut §. supervacuum in fine ff. quib. mod. pign. Ubi tenet venditorem suam venditionem non posse dicere simulatam, licet ipse citetur in contrarium in l. emptor. ff. de aq. pluvia, & in l. quemadmodum C. de agricol. & cens. lib. 11. ut refert Firmius de episcopo tom. 4. tractatum num. 124. fol. 55. & pro hac sententia faciunt verba Ordin. lib. 4. tit. 12. in fine ibi: *Como que estivera em poder do vendedor*: quibus verbis simulatam permutationem ab alienante impugnari non posse plane testatur, cum bona extra ipsius potestatem non esse præsupponat tempore obitus, quasi revocare non potuisse in vita.

Redeundo ad casum, filio videtur præclusa actio agendi in vita patris, ex traditis per Angel. in §. item si quis in fraudem Instit. de action. Costa in l. qui duos §. cum in bello, verbo postea mortui ff. de rebus dubijs, Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. part. num. 75. Menchaca success. creation. lib. 2. §. 20. num. 289. & probat Ordin. d. tit. 12. in fine ibi: *E por morte do vendedor, &c.* quo loco supponit in vita ipsius agi non posse.


6 Quare filius solum admitti potest, ut per officium judicis in vita patris declaretur, ne sibi præjudicent tales alienationes, nec nocere possit agentis longæva possessio, prout in simili casu fieri posse testatur Soares alleg. 4. à num. 6. & huic sententiæ accessit D.

Emma

Emmanuel Coutinho de Castelbranco, qui sub forma, & declaratione præ-

dictam sententiam scripsit: est processus apud Scribam Vianna.

SUMMARIA.

- 1  *Autæ ratione nauti, & salarij tacitam habent hypothecam.*
- 2 *Habens jus prælationis inter personales creditores, vel hypothecarios, potest revocare pecuniam solutam à suo debitore alijs creditoribus ipsius.*
- 3 *Confutatur Afflict.*
Tacita hypotheca sufficit, ut pecunia soluta revocari possit.
- 4 *Fiscus ex tacita hypotheca solutum à suo debitore repetit.*
- 5 *Idem inter privilegiatos in actione personali.*
- 6 *Preteritum rei hypothecatae venditæ non manet hypothecatum.*
- 7 *Pecunia dicitur in genere hypothecata.*
Ex sententia Cumanæ est specialis hypotheca.
- 8 *Per conditionem ex lege pecunia soluta peti potest.*

DECISIO XXXV.

Quando magister navis salarium debitum exercitoribus, vulgo Marinheiros, recepit, & ex illo sua debita creditoribus solvit: An dicti officiales navis possint dictam pecuniam ab illis quibus soluta fuit condicere, vel an agere debeant contra magistrum personali actione?



Um navis ex Brasilia provincia hujus almæ urbis Portum appelleret, Magister ipsius à mercatoribus, quorum mercibus onusta fuerat, pretium nauti navis exercitoribus debitum exegit, atque ex illa pecunia suis creditoribus satisfacit: miseri nautæ contra illos, quibus pecunia soluta est, agunt in judicio competenti, ut sibi sua pecunia reddatur: Rei se defendunt, quod confusione nummorum illorum dominium extinctum fuerat, ex reg. l. si alieni ff. solution. ibi: Sed si mixti alijs sint, ita ut discerni non possint, ejus fieri qui accepit.

1 *Et quia sententia contra Reos lata fuit, re delata ad Senatam, priori-*

bus dominis placuit sententiam revocandam ex ratione d. l. si alieni, quam confirmandam censui: ex ea ratione quia nautæ ratione nauti, tacitam habent hypothecam in rebus illatis cum jure prælationis cæteris creditoribus, ex text. in l. Lucius ff. qui potior. in pign. & argum. l. interdum extat ibi: Interdum posterior creditor potior est priore, &c.

2 *Inde fit, quod habens jus prælationis inter personales virtute suæ prælationis, vel hypothecæ potest revocare pecuniam per suum debitorem suis creditoribus solutam, si pecunia extat per hypothecariam, l. pen. §. fin. ff. de pignor. l. idemque §. fin. ff. qui potiores, Negus. de pignor. 2. part. memb. 1. num. 1. Peregrin. de jure fisc. lib. 6. tit. 6. n. 5.*

si au-

si autem est bona fide consumpta, creditor eam condicit actione personali, l. ultim. §. fin. vero C. de jur. deliber. Covar. pract. cap. 29. Menoch. conf. 25. n. 4.

3 Licet Afflict. decis. 190. num. 6. contrarium sentiat, ex l. pupillus ff. quæ in fraud. credit. l. si non expedierit §. 1. ff. de bon. author. judic. Contra quem facit text. in l. pecunia C. de privil. fisci, ubi datur sola tacita hypotheca non privilegiata, qua fiscus à suo debitore solutum revocat: idem ergo in qualibet alia tacita hypotheca alterius creditoris, prout illam accepit legem Stracha de decoctor. ultim. part. ult. p. à num. 30. Cæsar de Ursilis in addit. ad Afflict. decis. 190. num. 5. Capic. decis. 78. num. 1. tacito Negus. de pignor. 4. membr. 2. part. num. 98. sequitur Barbosa l. 1. 6. part. ff. solut. matrim. num. 21. ubi in vers. si autem, idem extendit ad creditores privilegiatos inter actiones personales, ut solutam pecuniam revocent, sequitur Gregor. l. 11. tit. 14. part. 5. gloss. a que vence, & l. 9. tit. 15. part. 5. verbo vence, Matienço l. 7. tit. 16. lib. 5. Ordin. gloss. 5. num. 16.

6 Nec obstat quod soluta illa pecunia, quæ hypothecata erat, hypotheca extinguitur, Cephalus conf. 555. n. 7. lib. 4. Phanucius de juvent. 1. part. num. 174. Gama quæst. 1. num. 7. quasi res ipsa perempta sit, d. l. si alieni ff. de solution. adeo ut nec pretium rei hypothecatae

venditæ hypothecatum maneat, l. 1. ff. de distract. pignor. l. quamvis C. in quib. caus. pignus.

7 Satisfit enim, quod dicta pecunia cum sua causa, & onere transit, & dicitur in genere hypothecata, ut sic nunquam possit dici consumpta arg. l. incendium C. si cert. petat. Bart. in l. pupillus ff. quæ in fraud. ante fin. receptum dicit Stracha d. tit. de decoctorib. ult. p. ult. part. à n. 30. de quo est text. in l. idemq; §. fin. qui potior in pignore. Quod si adhuc placeat dictam hypothecam in genere considerari non posse ratione pecuniæ, sed magis specialem, ut dixit Cumanus d. l. pupillus num. 5.

8 Tamen adhuc creditori potiori agenti competit condictio ex lege ad revocandam pecuniam posteriori solutam l. pen. §. etsi præfatam C. de jur. deliber. d. l. pecunia C. de privil. fisci, Gutierr. lib. 3. practicar. quæst. 100. num. 9. Capic. decis. 78. num. 5. Barbosa in d. l. 1. 6. part. num. 20. ad medium.

Ex quibus in præsentis judicavimus sententiam confirmandam, quia nautæ nautæ pecuniam hypothecatam habebant, quam repetere, seu revocare recte poterant à bonæ fidei possessore, etiam consumptam per conditionem ex lege jure extraordinario; maxime quia Magister aberat, nec dabatur ipsius copia, ut suum nautæ consequi possent.

SUMMARI A.

1 Interpretata Ordin. lib. 4. tit. 32.

2 Dum illa Ordin. tempus præscribit, procedit in alijs, qui alio titulo, quam famuli inserviunt.

3 Cappellani non comprehenduntur sub lege, quæ de famulis loquitur.

4 Cessat lex Regia, quando famulus à

domino salarium petijt etiam extrajudicialiter.

Idem si inter eos factæ sint computationes. ibi.

5 Ordin. non procedit, quoties salarium per scripturam promissum est.

Lex Regia non admittit præscriptionem. ibi.

Famul.

Famulus habens apud se rem aliquam domini loco pignoris, eam retinere potest. *ibi.*

6 Domino agenti contra famulum perpetuo competit exceptio.

Exceptio sola illa perpetua est, cuius materia non potuit opponi per viam actionis. *ibi.*

Evangelica denuntiationi pro salario debito locus non est. *ibi.*

DECISIO XXXVI.

An Capellanus, cui per chirographum suum dominus salarium promisit, repellatur, si per triennium tacuit? *Ad Ordin. lib. 4. tit. 32.*

Nservierat Ludovicus Mendez da Motta Didaco Botelho, olim Brasiliæ Provinciæ Gubernatori in officio capellani, & pro salario annuatim sibi solvendo, illi promiserat 200. mille nummos cum habitatione, cuius summæ chirographum sua manu confectum capellano tradidit, qui cum per anni, & dimidij spatium in ejus servitio cōmoratus esset, dictus Didacus obiit, & ab ejus filio Nonio Alvarez Botelho, tanquam patris hærede salarium exposcit, qui se præscriptione temporis defendebat autoritate legis Regiæ lib. 4. tit. 32. Iudex sententiam absolutoriam in favorem Rei protulit eo fundamento, quod læsio intercesserat in excessiva salarij assignatione, quod quidem Senatui displicuit, ubi ejus sententia reformatione digna visa est, ex sequentibus fundamentis.

1 Quia supposita Regia Ordin. lib. 4. tit. 32. quæ statuit, ut post triennium famuli non admittantur ad salarij promissi exactionem, *ibi: Se despois que se delles sabirem passarem tres annos, & seus amos, & senhores estiverem sempre nesses lugares, onde se delles servirão, não os poderão mais demandar, nem serão a isso recebidos, &c.* est similis lex Castellæ 3. tit. 13. lib. 3. Ordin. & l. 63. Tauri, & pragmatica edita Mattiti anno 1528. cujus meminit Dueñas reg. 306. & reg. 6. in fin. princip. de quorum intellectu, &

justitia late Menoch. lib. 2. præsumption. 91. Padilla in l. 1. C. de servit. num. 46. Gutierrez de jurament. confirm. 3. part. cap. 1. à num. 21. Flamin. de resign. 2. part. lib. 11. quæst. 4. num. 53. Flores variarum lib. 1. quæst. 7. §. 1. num. 63. & §. 2. num. 4. Gama d. decis. 334. num. 9. Sanches de matrim. lib. 7. disput. 37. num. 17. Azeved. l. 6. tit. 15. lib. 4. novæ Recopil. num. 22. Mexi. taxa panis conclus. 1. num. 122. Covar. in reg. possessor 2. part. §. 1. n. 2. Molin. de justitia tract. 2. disput. 67. qui alios quamplures citant ultra doctissimum, & studiosissimum Barbosam in annot. ad illam legem.

2 Illud videtur recipiendum, quod ea Ordinatio, dum tempus ad agendum præscribit famulis, non procedat in illis, qui alio titulo quam famuli interserviunt, patet ex princ. *ibi: Os homens, ou mulheres que morarem com senhores, ou amos, &c.* pungit Gama d. decis. 334. in fine. Quod maxime procedit, quia lex est restringenda ad casus, in quibus loquitur, ut in simili dicit Peres in l. 3. tit. 3. lib. 3. vers. Præterea: sicut alias quælibet exorbitans, & odiōsa dispositio restringitur, dummodo tamen verborum observetur proprietas, ex his quæ Tiraq. in l. si unquam in præfat. num. 119. Caldas Pereira de nomin. q. 13. n. 17. eleganter Surd. conf. 140. n. 64.

3 Cum igitur alio titulo quam famuli, capellani in domibus nobilium recipiantur ad servitium alterius ordinis, non debent comprehendi sub generali

S nerali

neralitate hujus legis, nec hac exceptione repelli, quæ peremptoria est, & in quacumque judicij parte potest opponi, ex his quæ Rebuff. ad leges Gall. tit. de famul. salar. gloss. 11. in princip. sicut alias eidem legi locus non erit, quando famulus salarium à domino petierit, etiam extrajudicialiter cum testibus, quia quælibet petitio hujus legis rigorem infringet, & præscriptionem interrumpet saltem de jure Canonico, prosequitur late Gutierr. ubi supra d. cap. 1. num. 24. & seqq. in simili Rebuff. ad leg. Gall. tit. de mercator. minu. vend. artic. 1. gloss. 16. fol. 125. & gloss. 22. fol. 230. vel si inter dominum, & famulum sint factæ computationes, & conclusum quantum debeatur, datique & accepti ratio consummata, quia tunc agi potest intra 30. annos ad instar cujushbet actionis personalis, cui minori spatio non præscribitur, ex Ordin. lib. 4. tit. 79. idem Rebuff. gloss. 20. n. 2. fol. 228. nec in hac computationum ratione scriptura necessaria est, per l. pactum quod bona fide ff. de pact. Nec obstabit Ordin. lib. 3. tit. 59. quia procedit in probando debito: in nostro autem casu agitur de probandis rationibus habitis, ne præscriptioni sit locus, ut arguatur mala fides præscribentis, ad quod sufficit etiam extrajudicialis petitio, Gutierr. de juramento confirm. 3. part. cap. 1. num. 24. Flores lib. 1. variar. quæst. 8. §. 1. num. 63. & §. 2. num. 41. Sanches de matrimo. lib. 7. disputat. 37. n. 17.

5 Illud insuper notabam, quod cum Capellano fuerit salarium promissum per chirographum domini, hæc Ordinatio pariter non procedit, in eo casu, in quo conventio salarii in scripturam redacta est, quia jam constat de debito, ita ut domino incumbat probare solutum, ex reg. l. 1. ff. de exception. l. 1. C. de probation. sentit Rebuff. ubi supra gloss. 13. fol. 246. etiam si manu privata sit scriptum, ut per eum gloss. 14. Cujus rei videtur esse ratio, quia hæc Ordinatio ideo famulis tempus præscribit, ne bis idem exigatur

à dominis, non tamen debiti realiter præscriptionem inducit, quia obstabit mala fides præscribentis, ex reg. cap. fin. de præscript. prosequitur Gama ubi supra num. 7. adeo ut dominus teneatur solutionem allegare, quam lex præsumit ex cursu illius temporis, quod in vim probationis admittitur, quia tempus inter modos probandi legitimos connumeratur, unde fit quod qui dixerit se præscripsisse, non bene se defendit, quia debet allegare solutionem; unde non infeliciter Dueñas d. reg. 306. limit. 7. addit, quod si famulus rem aliquam domini apud se habeat, illi non currat tempus, quia loco pignoris videtur illam habere, unde quando dominus agit, licite excipere potest de salario sibi debito, quia ea quæ sunt ad agendum annalia, sunt ad excipiendum perpetua, l. pure §. fin. ff. de doli mal. & metus exceptione, sequitur Rebuff. ubi supra n. 9. Felin. in cap. ex transmissa n. 9. de præscript. Ancharran. cõs. 5.


6 Verum merito in contrarium inclinatur Gutierr. ubi supra num. 22. ex doctrina Bart. in l. 2. num. 3. ff. de exception. ubi docet, quod exceptio illa sola perpetua est, cujus materia non potuit proponi per viam actionis; at vero quando pro illa re consequenda agi potuit, pro qua modo excipitur, si actio jam præscripta est, sic & pariter exceptio extincta censeretur, ne sublata actione, à qua dependet, exceptio ipsa adhuc supersit, dicit communem Gomes 1. tom. variar. cap. 11. n. 20. Covar. in pract. cap. 25. num. 4. licet primam opinionem in foro ecclesiastico servandam dicat idem Gutierr. n. 23. in fine: cujus in hoc opinio sequenda non videtur, quia æquitas canonica non debet introduci contra jus: sicut pariter cavendum est à Peres d. l. 3. in fin. vers. esset alia declaratio, dum sentit his casibus, in quibus famulus agere non potest, quia tempus elapsum non est, tunc possit adire judicem ecclesiasticum per denuntiationem Evangelicam, & ab eo petere, ut debiterem compellat, ut solvat

solvat, quia adhuc sublata civili actione, manet naturalis, quia tenetur solvere, & succedunt quæ Panormit. in rub. num. 5. & in cap. fin. de præscript. num. 22. quia usus Evangelicæ denuntiationis in his casibus usu non recipitur, ne detur jurisdictionum perturbatio: sicut pari ratione, non admittitur, in læsionibus intra dimidiam justi pretij in quibus naturalis æquitas offenditur, quæ non patitur, ut adinvicem decipiant

contrahentes, l. in causæ §. naturaliter ff. de minor. atque ex his exulat à tribunalibus d. denuntiationis usus his casibus læsionis, præscriptionis, & similibus, explicat Valasc. de jure emphyt, q. 7. à n. 22.

Ex his igitur cum Reus solutionem non probet, eum censuit Senatus condemnandum, tanquam hæredem patris sui, reformata sententia: Scriba Georgio Fernandez.

SUMMARIA.

- 1  Nullo titulo addictionis pars in mala fide constituitur.
Sententia injusta non præstat fructuum acquisitionem. ibi.
- 2 Male fidei possessor equiparatur violento.
- 3 Distinctio facienda est inter mala fidei possessorem titulum, & sine titulo.
- 4 Ex qualiquali titulo injustus possessor excusatur à percipiendis.
Explicatur Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 6. ibi.
- 5 An solvantur qui secundum spoliati industriam percipi potuerunt.
Explicatur l. ceterum ff. de rei vendic. ibi.
Servi edocti expensis possessoris non solvuntur fructus ex illo augmento. ibi.
- 6 Quid dicendum in fructibus meliorationum.
Qui dicant, quod compenset fructus. ibi.
Ponderata Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 7. ibi.

- Illa Ordinatio non debet trahi extra suum casum. ibi.
- 7 Ponderatur Ord. lib. 3. tit. 86. §. 5.
Etiam possessor bonæ fidei compensat impensum cum fructibus perceptis. ibi.
- 8 De jure communi etiam possessor bonæ fidei compensat fructibus meliorationum.
Expensarum dominium cedit domino soli. ibi.
- 9 Qui bona fide possidet, non compensat fructus, si factus non est locupletior.
Possessor mala fidei ipsas meliorationes amittit.
- 10 Mala fidei possessor solum levatur circa fructus percipiendos.
- 11 Fructus non dicuntur nisi deductis expensis.
In impensis pro fructibus colligendis diverso modo proceditur. ibi.
Declaratur l. si servus 27. §. olivam ff. ad l. Aquil.
Explicatur l. 1. C. de infantibus. ibi.
- 12 Tribus modis quis impendit in re aliena.

Vel quando tanquam negotiorum gestor. ibi.

Explicata l. si pupilli, §. sed etsi quis ff. de negot. gest. ibi.

13 *Secundo, quando proprium, non alienum negotium gerens impedit.*

Hoc casu sola datur retentio. ibi.

Competit equitas l. si me, & Titium. ibi.

14 *Tertio, quando impendit in re maioratus.*

Competit actio negotiorum gestorum. ibi.

15 *Contra violentos possessores datur juramentum in litem.*

Interpretat. Ordin. lib. 3. tit. 52. §. 5. & tit. 86. §. 16.

DECISIO XLVII.

An annullato titulo publicæ additionis teneatur, qui rem cum fructibus restituit, non solum ad perceptos, sed ad eos, qui percipi potuerunt?

Ad Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 4.



1 *Obtinuit Didacus d'Abreu sententiam contra Franciscam Vieira, quam executus fuit in bonis debitorum, & in certis domibus, & servis, contra quam additione debitorum opposuit impedimenta, & obtinuit, ut additio nulla pronuntiaretur, bonaque ipsi restituerentur cum fructibus: in liquidatione controversum fuit, an teneretur Reus ad fructus, & quomodo cum illis expensæ compensandæ, qui poterant percipi ex locatione domus, & servorum, à Præsidente in omnibus condemnatus fuerat: re delata ad Senatum, & inter ea quæ à sapientissimis Collegis dicta fuere, notabam quod in præsentia additio annullabatur, quia Reus omiserat citationem partis, & sine debitis solemnitatibus bona debitorum distracta fuerant, quo casu annullato titulo, ipse in mala fide constituebatur, sicut alias est in mala fide, qui contra jura mercatur, & dolose, & cum fraude alienarum rerum possessionem occupat, ex gloss. verbo mala in l. 1. C. de fid. instrum. & jur. hast. fiscal. lib. 10. Ias. in §. item si quis in fraudem Instit. de action. num. 45. quia errans in*

jure fructus restituit, ex Decio conf. 282. Gama decis. 311. num. 1. nec sententia injusta præstat fructuum acquisitionem, ut per DD. in l. filio §. 1. ff. in offic. testam. Francus in cap. dilecto de appell. col. 3. ad fin. licet aliquando excusat à fructibus percipiendis, ut notatur in cap. ex insinuatione de procurator.

Unde cum plenaria deberet fieri restitutio, multa dubia incidebant in processu: primo, an omnis malæ fidei possessor teneatur ad solutionem fructuum, etiam percipiendorum; secundo, an aliquos faciat suos; tertio, an deducat expensas; quarto, an circa æstimationem deferendum sit juramentum Actrici, cui restitutio facienda est.

2 *Et quo ad primum notissimi juris est, malæ fidei possessorem æquiparari ei, qui per vim possidet, quævis hic ultimus gravius delinquat, l. si quis in tantam C. unde vi, l. si quis ad se C. ad l. Jul. de vi, quia cū uterq; æqualiter teneatur dānum illatū resarcire; inde fit, quod sicut violentus possessor ad omnes fructus perceptos, & qui potuerūt percipi teneatur, ex cap. gravis de rest. spol. illud idē recipitur in quolibet alio malæ fidei possessore, l. fructus in princ. ff. de rei vend. l. domū, C. eod. tradit ibi gloss. ult.*

ult. ubi Abb. num. 7. Beroi. 34. in d. cap. gravis, post alios Menoch. remed. 15. recuper. num. 606. l. si fundum C. de rei vendic. ibi: *Quos mala fide percepisset*, cap. conquærente de rest. spol. ibi: *Perceptis*, cap. bonæ, ibi: *Fructus medio tempore perceptos*, de appell. Gregor. l. 40. tit. 28. part. 3. verbo teudos, Tiraq. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 15. num. 28. olim tamen violenti possessores, qui conventi rem non dimittebant, condemnabantur in duplicatis fructibus, de quibus agit Paul. lib. 5. sententiarum tit. 6. vers. ex die, & text. in l. si remunerandi 6. §. ult. ff. mandati, ibi maiores fructus declarando, idest duplos, prout Cujatius lib. 4. observat. cap. 11. advertit, & lib. 5. cap. 21. agens de intellectu l. 3. ff. de interdict.

3 Est tamen distinctio facienda inter malæ fidei possessorem titulatum, vel sine titulo, ut prior solum ad perceptos teneatur juxta d. l. si fundum, posterior vero indistincte ad omnes, juxta regulam d. cap. gravis de rest. spol. & licet hæc differentia nullo jure probetur, & obstant jura citata à gloss. in d. l. si fundum, ut per Menoch. ubi supra num. 607. adeo ut contrarium sequatur Beroius in d. cap. gravis num. 34. ad fin. Loriotus de fructib. action. 50. & alij.

4 Tamen praxis communem amplexa est, ut ex qualiquali titulo injustus possessor excusetur à percipiendis, judicatum dicit Rotta decis. 597. de rest. spol. Menoch. 1. remed. recuper. num. 413. quam amplexa est Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 6. ibi: *E tornelhe ainda os frutos que ouve dessa cousa no tempo que a teve despois da compra feita*: ubi solum ad perceptos videtur obligare malæ fidei emptorem, qui rem à marito sine uxoris consensu emerat, facit l. cæterum ff. de rei vendic. Quæ tamen Ordinatio non multum urget, quia licet loquatur de perceptis, non inde sequitur quod non tenebitur ad percipiendos, de quibus non agit, quia resultat à contrario pravus sensus, juxta gloss. & communem in l. conventicula 15. C. de episcop. & clericis, gloss. 2. in cap. 1.

de ætate, & qualitate in 6. Quare suppleri debet in casu omisso à jure communi, secundum quod mala fide possidens tenetur ad fructus, qui potuerunt percipi, & eodem modo responderetur ad l. si fundum C. de rei vendic. quæ tamen de perceptis loquitur, & ad d. l. cæterum satisfacit Barbosa in d. l. divortio §. fin. num. 52. & 55. ubi vide, sed praxis in judicando observanda.

5 Unde quando possidens mala fide tenetur de percipiendis, quia sine titulo possidebat, dubitari solet, an debeantur fructus, qui secundum industriam spoliati poterant percipi, vel secundum spoliatoris industriam? & summam spoliati diligentiam attendendam esse, sentit text. in l. si de possessione C. unde vi, ibi: *Quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit*. Et in quolibet malæ fidei possessore receptum probat l. si navis ff. de rei vendic. l. apud Iulianum 40. §. 1. ff. de legat. 1. l. sed & partus ff. quod metus causa gloss. in l. fructus verbo restitui ff. de re judic. gloss. verbo potuisset in l. 2. C. de fructibus, Boer. decis. 267. Menoch. d. remed. 1. num. 414. Obstat tamen, quod spoliator illos restituit fructus, quos secundum suam industriam recipere potuit, ex textu in l. domum C. de rei vendic. l. 1. C. de petit. hæred. l. sed etsi §. quod autem, vers. sed fructus, ff. illo titulo, l. ait prætor §. per hanc ff. quæ in fraud. creditor. l. 2. C. de fructib. Communis tamen obtinuit, attendendam esse diligentiam communem, vel singularem ipsius spoliati, non vero spoliatoris, qui juxta suam singularem industriam plures percipere posset, Menoch. ubi supra num. 416. Covar. in reg. peccatū 2. part. §. 6. in fin.

Nec obstat l. cæterum ff. de rei vendic. ubi ex augmento servi edocti non solvuntur fructus, quia ille textus licet procedat in possessore malæ fidei, ex gloss. ibi, in eo textu ideo levatur possessor ab operibus receptis à servo ex artificio, quia ejus expensis didi-

cerat, & æquitas suadebat, ut usque ad 25. annum compensarentur cum alimentis præstitis, post illud vero tempus nihil impedit, ut restituantur, explicat Barbof. ubi supra n. 57.

6 In secundo puncto an malæ fidei possessor aliquos ex fructibus suos faciat? Controversum est, in fructibus à meliorationibus collectis, & quod meliorantis fiant, adeo ut nec compensentur cum impensis, tenuerunt plures, ut per Valasc. de jure emphyt. quæst. 25. à num. 26. Garcia in tract. de expens. cap. 23. à num. 54. Cavalcan. decis. 44. & 45. num. 67. & decis. 28. num. 8. part. 1. Rodoanus de rebus eccles. §. de emptione num. 4. Menoch. de recuper. remed. 15. quæst. 50. num. 609. Gama decis. 364. quorum opinio fundatur in l. emptor ff. de rei vendic. ubi Angel. quem citat Gama d. decis. 364. in princip. Valasc. conf. 83. à num. 20. prosequitur Covar. lib. 1. resolut. cap. 8. num. 4. Afflict. decis. 87. Negusan. de pignor. 4. part. quintæ principal. num. 20. cum seq. Gutierr. 3. part. quæst. 68. n. 17.

Contrarium alij sequuntur, quod omnino compensare teneatur malæ fidei possessor meliorationum fructus cū ipsis expensis, vel ille cujus titulus à principio fit irritus, vel annullatur, non vero si tempore finiatur, prout sunt fructuarij, & emphyteutæ, vel in casu l. 2. C. de rescind. vend. Gama dec. 310. à princip. & num. 5. Franchis decis. 119. num. 19. Garcia de expensis cap. 23. n. 58. Barbosa in l. divortio §. fin. num. 45. Et ita observari conquæritur Gama d. decis. 364. in princ. Et illud de novo in Senatu introductum, quod malæ fidei possessor fructus meliorationum compensare teneatur, pro qua opinione urget Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 7. ibi: *E querendo o comprador cobrar algũas bemfeitorias necessarias, ou proveitosas, que se fez na causa cõprada no tempo que esteve em posse della, será obrigado compensar os frutos que ouve della em todo o caso, ainda que os recebesse antes da lide contestada: quæ*

Ordinatio loquitur in malæ fidei possessore, cujus titulus nullus est, emerat enim sine uxoris consensu scienter, ut patet ex §. 6. quem subsequitur, & illam Ordinationem non debere trahi extra suum casum, dixit Valasc. d. conf. 83. n. 20. & 21.

7 Cujus tamen resolutioni obstat Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 5. ibi: *Porém quando o comprador dos ditos bens tiver feitas bemfeitorias, serlhe haõ pagas por aquelle a que se os bens tornaõ, compensando todavia em tal caso as novidades, que tiver recebidas, &c.* & paulò infra: *Havemos por bem que das bemfeitorias se faça cõpensação: quæ* Ordin. loquitur de possessore bonæ fidei, qui judicis autoritate possidebat, cui pro executione sententiæ res addicta fuerat, pendentibus impedimentis, & sub illa conditione resolutiva si contingeret ut sententia per impedimenta retractaretur, & titulus à principio fieret irritus, resque addicta esset domino restituenda: atque ex his apparet, non solum in possessore malæ fidei, esse impensum compensandum cum fructibus, sed & in possessore bonæ fidei, prout Ordin. Regia decidit, in quo sequens juris communis regulas disposuit, secundum quod meliorans fructus perceptos ex suis meliorationibus tenetur compensare, etiamsi bonæ fidei possessor sit, receptum in tribunali dicit Covar. d. lib. 1. resolut. cap. 8. num. 4. vers. quid igitur, Carolus in consuetud. §. 1. gloss. 5. à num. 85. Gabriel conf. 151. num. 9. de quo est l. 41. tit. 28 part. 3. ubi Gregor. verbo que se deficiente, in fin. quæ opinio aperte deducitur ex text. l. sumptus ff. de rei vendicat. ibi: *Neque ab eo qui prædium donavit, neque ab domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis æquitatis ratione servantur.*

Cujus rei est ratio: quia sumptuum, & expensarum dominium mero jure cedit domino soli, argum. §. si quis ex aliena instit. de rerum divis. l. 2. C. de rei vendicat. & consequenter fructus, prosequitur Barbof. ubi supra à num. 50. nec

nec obstat quod sua industria sibi damno est, contra reg. l. fin. C. de alluvion. gloss. fin. in d. l. cæterum, Roman. singul. 337. & quod melioramenta sunt bona propria meliorantis, & allodialia, ex l. fin. C. de jure emphyt. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 2. num. 19. quia verius est cedere solo, & non esse meliorantis, ne in eadem re duo sint domini, implicat enim fundum esse alienum, & partem ipsius esse alterius domini, dixit Ruy-nus conf. 24. num. 10. lib. 1. Bald. in l. 2. n. 2. de rei vendic.

9 Solum ergo inter hos possessores est differentia, quod qui bona fide possidet, non compensat fructus meliorationum, si ex illis non est factus locupletior, ex Barbof. ubi supra num. 52. & 53. vers. ea igitur; quod secus in possessore malæ fidei, qui & ipsas meliorationes amittit, ex l. fin. C. de fundis rei privatae lib. 11. Felin. in cap. cum causa num. 29. de re judic. nec utiles deducit cum læsione rei l. domum C. de rei vendic. quia juris censura videtur eas donare domino §. certe Instit. de rerum division. quæ tamen distinctio quoad possessorem bonæ fidei, apud nos observari non potest, cum lex Regia d. §. 5. non distinguat, an sit factus locupletior, vel non, & ideo suspectam habeo doctrinam Barbofæ ubi supra d. n. 52. solumque malæ fidei possessor levabitur circa fructus quærendos ex melioramentis, ut dicit Barbofa ubi supra n. 51.

10 Cujus etiam circa hoc non probo doctrinam, ut supra dixi, circa quærendos, nam malæ fidei possessor qualiquali titulo à percipiendis excusatur, dummodo solvat illos, quos secundum communem æstimationem percipere potuisset, sicque observat praxis. Ordin. autem in d. §. 5. procedit ex partium conventionem, quia sub illa conditione videtur res addicta, ut plene restituatur victori, cui damnosa non potest esse sententia, in ipsius favorem revocata, & hoc cogitare debuit, qui expendit, arg. l. si quis domum §. hic subjungi ff. lo-

cati, ibi: *Hoc evenire posse prospicere debuit.*

11 Circa tertium quæ expensæ deducendæ sint, dubitabatur in processu, quia Reus servos aluit, & domos refecit, & gratia colligendorum fructuum aliqua expenderat.

Et in hoc articulo notissimi juris est, quod fructus non dicuntur tales nisi deductis expensis, l. fructus ff. sol. matrim. l. 1. C. de fructibus, & litium, Tiraq. de retract. tit. 1. §. 15. gloss. 1. à princip. Bernard. in add. ad reg. 302. Dueñ. reg. 317. Garcia de expensis cap. 1. à num. 11. Barbof. in d. §. fin. num. 58. in fine, Alciat. in l. impensæ 78. num. 3. ff. de verbor. signif. Boer. decis. 44. num. 7. Aymon conf. 919. num. 7. Pinel. in l. 2. 2. part. cap. 3. num. 1. Valasc. de jure emphyt. d. quæst. 25. num. 4. & conf. 83. n. 19. cujus rei ratio deducitur ex l. ei qui §. 7. §. fin. ff. petit. hæred. quia si non expenderet, ei imputaretur, cum ergo ex necessitate faciat, debet illi exolvi, Barbof. ubi supra num. 59. facit l. fundus §. 2. vers. quia ff. famil. hercisc. Cujat. lib. 10. observat. cap. 1. nec in fructibus observatur illud quod in reliquis impensis, ut malæ fidei possessor amittat voluptarias impensas, gloss. ultim. in d. l. in fundo, Valasc. d. num. 4. abradat utiles, l. domum C. de rei vendic. sine læsione rei necessarias deducat, Covar. in reg. peccatum 2. part. §. 6. num. 3. l. 44. tit. 28 part. 3. Sarmiento 1. selectarum cap. 10. num. 7. nam circa fructus colligendos omnes impensas deducit, Covar. d. cap. 6. §. 8. num. 6. in quo continentur etiam operæ, & stipendium laboris, Bald. & alij in l. si quis sciens C. de rei vendic. nec obstat l. si servus 27. §. si olivam ff. ad l. Aquil. ubi colligens fructus alienos donat impensas: quod procedit, quia consumptæ in re aliena, cujus ipse non erat possessor, sic explicat Tiraq. ubi supra num. 21. Sarmiento d. cap. 10. à num. 12. Garcia d. cap. 1. num. 3. sic pariter non obstat l. 1. C. infantibus, dū probat furem pro expensis factis in educando, & aleando partu ancillæ alie-

næ non posse servum retinere, quia procedit in fure, qui alimenta non repetit, explicant supra citati, & Menoch. d. remed. 15. n. 515. late Barbosa in d. §. fin. à n. 60.

12 Solvendæ meliorationes quo tempore æstimandæ sint, non omitam: in quo illud observandum duco, quod tribus modis potest quis impendere in re non sua, sed ad alium pertinente. Primo quando quis impendit in re non sua, alienum, & non suum negotium gerens, prout negotiorum gestor mandatarius, vel similes, & hoc casu impensæ æstimandæ, & solvendæ sunt pro illo tempore, quo factæ proponuntur: ratio est, quia cum utiliter factæ sint, & ex mente, & tacito mandato domini, utique impensum dominus solvit, nec attenditur eventus, seu deterioratio, quia hæc omnia dominum sequuntur, l. successori 12. ff. de negot. gestis §. sicut, ibi: *Sicut autem in negotijs vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita & in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit: sufficit namque utiliter inchoasse l. sed an ultro §. 1. ff. de negot. gest. l. si negotia 11. eod. tit. sicut è converso domini lucro cedit augmentum, quia illud provenit ex re sua, & satisfacit solvendo, quæ impensa sunt, & à patrimonio impendentis absunt, l. 2. l. si quis mandato ff. de negot. gest. ne ei officium damnosum sit, l. quæ utiliter §. fin. ff. quemadmod. testam. aper. quam utilitatem non ex opinione gerentis metiendam esse, sed ex communi hominum iudicio, juxta rerum, temporum, & personarum qualitatem, convenit l. sed an ultro 11. §. 1. ff. de negot. gest. Vezembechius ad illum titulum in fine. Neque obstat l. si pupilli 6. §. sed et si quis vers. ipse tamē, ff. de negot. gest. dum probat dari actionem in id, quod dominus locupletior factus est; sensus namque est, quod etiam si improbe se gesserit negotiorum gestor, si tamen dominus locupletior factus sit, tenetur dominus id præstare, non tamen præstabit ultra quam re vera impensum est.*

13 Secundus est casus; quando impendit proprium non alienum negotium gerens, veluti in possessore bonæ fidei, qui opinione domini possidebat, cum tamen res possessa esset aliena, tunc ille, qui impendit, solum consequitur impensum, ex quo verus dominus locupletior effectus est tempore traditionis, unde non sufficit impendisse, nisi locupletior dominus fiat, nec sufficit fieri locupletiozem in plusquam impensum est, quia solum tenebitur ad impensum quo ipse fruiturus est, quia excessus cedit lucro domini: probat l. in fundo, vers. finge, ibi: *Finge & dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est, etsi plus pretij fundo accessit, solum quod impensum est: eleganter Barbosa in l. divortio §. fin. num. 29. & seqq. Ratio est: quia eo casu de jure non competit actio nisi ex æquitate, ne alter fiat locupletior cum jactura aliena, ut in l. si in area ff. de condict. indebit. atque ideo requiritur quod utrumque concurrat d. l. in fundo, & sola datur retentio l. Paulus 14. ff. de doli exceptione l. in hoc iudicium §. diversum ff. commun. divid. §. certe Instir. de rer. divis. l. sumptus 49. ff. de rei vendic. Tiraq. lib. 2. retract. §. 7. num. 7. Zazius lib. 1. respons. 1. n. 33. Valasc. quæst. 25. ex num. 22. & 25. Garcia de impensis cap. 7. ex num. 7. nec hoc casu juvari posse æquitate l. si me & Titium ff. de cert. petat. tenent citati à Gomes l. 46. Tauri num. 2. Negus. de pignor. 5. part. membr. 4. num. 9. facit d. l. si in area, ibi: *Nulla alio modo, &c.* quia subsidiario remedio locus non est, ubi datur ordinarium, l. si eum §. servus ff. si cert. petat. sed contraria æquior, & sequenda opinio, cum res mea ad te perveniat sine animo donandi, & retineas sine iusta causa, facit l. si pupilli §. etsi quis ff. negotijs gestis, vers. tamen, d. l. in hoc iudicium, vers. quæ cum ita, l. si quis mancipijs 17. §. fin. ff. institoria actione l. domum ad fin. C. de rei vendic. Cujat. lib. 10. observat. cap. 1. Bald. in d. §. certe*

certe, Garcia d. cap. 7. n. 2. Valasc. qui de praxi testatur ubi supra n. 25.

14 Tertius est casus, quando quis impendit in re restitutioni subjecta, quo casu interim proprium post tempus alienum negotium gerit, explicat Barbosa in d. §. fin. num. 92. quo casu regulariter attenditur restitutionis tempus, ut qui plus accepit, quam suum est, negotiorum gestorum actione solvat, l. ii absente ff. de usufructu, l. qui exceptionem 40. §. si pars ff. de condict. indebit. Paulus conf. 270. lib. 2. Roland. conf. 30. lib. 1. num. 4. Barbof. d. n. 62. & seqq.

15 In ultimo tandem contra violentos possessores, vel fures juramentum in litem dari statuit, l. si quando C. unde vi, Menoch. de arbitrar. cas.

208. lib. 2. num. 4. Matienço lib. 5. novæ Recopilat. tit. 11. l. 1. gloss. 2. num. 19. Mascard. lib. 2. conclus. 832. Duaren. in l. in actionibus num. 50. ff. de in litem jurand. prosequitur Ordin. lib. 3. tit. 52. §. 5. & tit. 86. §. 16. & in nostro casu non dandum censui, quia Reus titulo possidebat, licet nullo, & irrito.

Ex quibus censuit Senatus, quod plenaria fieret Actrici restitutio fructuum, & reddituum domus compensatis expensis in colligendis fructibus, & reparandis domibus exhaustis, nec Reum ad fructus, qui percipi potuerunt, obligavit, secutus praxim, & in his juramentum Actrici non detulit, sed ex probationibus processus rem dimittit.

SUMMARI A.

1  Radus computantur in maioratus successionem secundum jus civile.

Fratres de jure civili sunt in secundo gradu, de jure vero Canonico in primo.

2 Mater non ex eo quod talis, est proximior filio.

Inter illegitimos fratres non consideratur conjunctio ex utroque latere. ibi.

Masculus ex secunda linea preferatur feminae seniori ex tertia. ibi.

3 In maioratu instituto in testamento succeditur, ac in successione abintestato.

Sed contrarium verius. ibi.

4 Jus renovationis transit ad matrem.

5 Mater admitti potest; quando in

maioratu vocatur ascendens ante transversales.

Ascendentes quando censeantur positi in dispositione. ibi.

In maioratibus positi in conditione, censeantur positi in dispositione. ibi.

Requiritur, ut positi sint in conditione successionis. ibi.

6 Vocatis ascendentibus intelligitur dispositio de ascendentibus, qui alias proximiores sunt ultimo possessori.

7 Ultima clausula derogat prioribus.

8 Maioratus potest institui per contractum in testamento.

In Regno Castellæ maioratus per contractum factus revocari potest, secus in hoc Regno. ibi.

9 Maioratus fieri non potest de legitima

ma filiorum.

10 Consensu filij fit annexio legitima maioratus.

11 Filius in vita patris nullū jus habet in ejus bonis.

12 Filius succedendo, & tacendo probat vinculum legitime.

13 Approbatio tacitæ sufficit.

14 Interpretatio legis si quando §. illud ff. inoffic. testam.

Pactum si fiat in ipso actu testandi, valet secundum communem.

15 Possessor maioratus dilapidans, vel alienans solvit successoribus.

DECISIO XLVIII.

An ad maioratus successionem mater ultimi possessoris præferatur, quando maioratus specialiter vocat ascendentes: & an legitima filij possit maioratus annexi, & quid juris sit, si filius patri præmoriatur? Ad Ord. lib. 4. tit. 100.

§. 2. & tit. 47. §. fin.



Gebat D. Philippa de Meneses contra Rodericum de Moura super successione trium maioratum, alter institutus fuerat a Petro de Moura

anno 1485. Secundus ab Alvaro Gonçalvez de Moura ejus filio anno 1509. Ultimus ab altero Alvaro Gonçalvez de Moura cum uxore D. Catharina de Lima de consensu filij Antonij de Moura anno 1571. submittendo vinculo maioratus legitimas filij, & tertias utriusque parentis ex regia facultate. Cumque postea contigisset, filium in vita parentum decessisse, cum uxorem duxisset dictam D. Philippam de Meneses, successit ejus filius Alvarus Gonçalves de Moura post mortem avi, & supradictorum maioratum possessionem occupavit, qui postea sine filijs decessit: contendebat dicta D. Philippa cum dicto Roderico super successione maioratum, quæ remotior erat uno gradu ex genere, & trunco dos Mouras, se tamen dicebat præferendam eo quod erat ultimi possessoris mater ex eadem familia, & institutoribus descendens, licet uno gradu remotior, ponderans in sui favorem Ordinationem lib. 4. tit. 100. §. 2. de cujus intellectu egi-

mus supra decis. 5. Quod sine dubio esse admittendum assererat in successione ultimi maioratus, in quo specialiter in defectum descendantium, vocabantur ascendentes. Ultimo addens, quod quando esset excludenda à maioratum successione, non posset excludi à legitimis filij maioratus viuculatis de ejus consensu, & Regia facultate, cum illa dispositio fuerit effecta caduca, eo quod ipse ante parentes decessisset, quo casu ipsa tanquam ejus hæres debebat admitti ad legitimarum successionem; qua hypothese supposita, quatuor in proposito discutienda proponebantur: primo an mater ultimi possessoris sit præferenda proximiori agnato: secundo an saltem in ultimo maioratu mater deberet admitti, cum ex clausulis ipsius admittantur ascendentes: tertium, an saltem matri tanquam filij hæredi sit relinquenda legitima à communi parente vinculata, eo quod ipse ante parentes decesserit filio relicto: quartum, an dicta D. Philippa ad damnificationes datas in maioratu ab Alvaro Gonçalvez de Moura teneretur, quia bona hæreditaria ex persona filij ad ipsam devenerunt tanquam ipsius hæredem, qui parentis hæres extitit.

I Et quoad primum latius diximus

mus de materia d. decis. 5. & supposito quod non inficiabatur, quod mater erat uno gradu remotior computatis gradibus secundum jus civile, ex quo quælibet persona diversum constituit gradum, quia licet de jure Canonico fratres sint in primo gradu, de jure Civili manent in secundo l. 1. à princ. ff. de gradib. §. secundo gradu Instit. eod. tit. l. 3. tit. 6. part. 4. Mieres de maioratu 2. part. quæst. 7. num. 1. Matienço l. 7. tit. 11. gloss. 5. num. 7. lib. 5. novæ Recopil. erat enim Antonius de Moura pater Rei in 6. consanguinitatis cum ultimo possessore, Aëtrix vero in septimo.

2 Hoc supposito videbatur frustra pertendere Aëtricem se probare proximior, & præferendam, eo quod mater ultimi possessoris, cum maternitatis qualitas sit impertinens cap. 1. §. his vero post principium de successione fratrum, ubi frater utrinque conjunctus, fratri conjuncto ex parte patris non præfertur, explicat Ripa in l. si ventris §. in bonis num. 5. ff. de privil. creditor. Decius conf. 444. num. 5. Tiracquel. cessante caus. limit. 22. num. 17. & de retract. tit. 1. §. 14. gloss. 2. num. 10. ex celebri doctrina Bald. in l. 1. C. de legit. hæred. num. 1. & 2. Gama decis. 218. num. 4. ubi Flores num. 259. Surdus conf. 120. num. 13. sicut alias exponitur in enuntiationibus modalibus, qui se vellet probare de Regia stirpe, non bene argueret: Petrus est de Regia stirpe, ego sum consanguineus Petri, ergo de Regia stirpe; quia possum attingere Petrum de parte matris: vel, Petrus est bonus, & literatus, ergo est bonus literatus; possunt enim hæc non conjungi diversis respectibus. Et ultra ea quæ in d. decis. 5. ponderabam, facit optimum simile de successione illegitimatorum, inter quos conjunctio paterna non consideratur, quia in fratribus illegitimis non consideratur conjunctio ex utroque latere, unde si quis habuerit fratrem illegitimum ex eadem matre natum, & alterum ex eadem matre, & eodem patre, uterque insimul ad ejus successio-

nem admittetur. Ratio est, quia licet in fratribus legitimis consideretur conjunctio ex utroque latere, Auth. itaque C. commun. de succession. circa illegitimos nihil operatur paterna conjunctio, nam illegitimi ex paterno latere non habent inter se jus succedendi, l. si spurius ff. unde agnati, ita ut nati ex eodem patre, & diversis concubinis inter se non succedant, gloss. in l. hac parte ff. unde cognati recepta ex Baptista in l. si qua illustris num. 66. & 74. C. ad Offician. gloss. l. 9. Taur. num. 47. Ordin. in 4. tit. 93. ibi: *De sua mãy.*

Cum ergo consideretur tantum cognatio ex parte matris, non attenditur ex parte patris, nec illud duplex vinculum juxta doctrinam Bald. in l. 1. C. de legit. hæred. & in l. cum proponat 2. C. de pact. num. 2. Crotus in l. filius §. divi num. 5. & 161. ff. de legat. 1. Unde consuluit Curtius Junior conf. 78. quod si emphyteusis concedatur pro se, & descendentibus masculis, non est præferendus, qui per lineam maternam conjunctus est, ita dixit Barbosa in l. ex facto §. si quis ff. ad Trebell. quamvis contradicat Gregor. in l. ultim. §. vulgo quæsito num. 15. Instit. de succession. cognator. Gomes d. l. 9. num. 50. quorum sententia confunditur ex doctrina Bald. in d. l. 1.

Unde fit, quod cum Reus sit masculus, & sit in secunda linea, & D. Philippa in tertia, ut est in confesso inter partes, finita linea primogeniti secunda linea admittenda sit, ut in cap. 1. §. fin. de natura success. feud. Paulus cõf. 164. num. 4. lib. 2. quia filij ad instar successorij edicti admittuntur, Molin. lib. 3. cap. 6. num. 30. Guillelm. de Mõferr. in tract. de succession. Regum Franciæ super 1. dub. num. 8. volum. 13 tractatum diversor. & num. 34. vers. in ratione, Paris. conf. 72. num. 113. volum. 4. Gutierr. lib. 2. Canonic. cap. 14. n. 51. quia deficiente primogenito secundogenitus primogeniti jus nanciscitur, gloss. in cap. licet de voto, verbo privandum, ubi Abb. notab. 5. Gutierr.

ubi supra num. 56. & lib. 3. pract. quæst. 67. n. 21. & 22. & conf. 13. n. 21.

3 Nec pro D. Philippa facit, quod tanquam ascendens potest admitti ad successionem primi maioratus, quia constabat ipsum institutum fuisse in ultima voluntate: quo casu servandus est ordo successionis ac in fideicommissis, Molin. de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 9. Valasc. 2. tom. conf. 122. num. 1. & 16. & 184. num. 17. quorum fideicommissorum successio de jure est eadem ac successionis abintestato, quæ ad ascendentes transit, l. ultim. C. de verbor. signif. l. cum ita §. in fideicommissis ff. de legatis 2. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 26. & cap. 7. num. 20. Crassus §. fideicommissum quæst. 11. num. 5. Valasc. quæst. 50. num. 35. Decian. respons. 110. num. 10. lib. 3. & mater deficientibus descendentes admittitur, §. primo gradu Instit. de gradib. Auth. de hæred. abintestato §. 1. Auth. defuncto C. ad Tertul. ibi: *Parentes salva gradus prærogativa*: Ordin. lib. 4. tit. 21. Satisfit nãque quod falsum est maioratus deferri titulo hæreditario, etiamsi fiant in testamentis, quia deferuntur jure sanguinis saltem postquam primus in eis successit, tam attento jure, quam generali consuetudine, Molin. lib. 1. cap. 8. per tot. & præcipue num. 2. & 10. probant Gregor. Pinel. & alij citati à Molin. Theolog. 3. tom. disputat. 617. num. 2. fol. 316.

4 Nec tandem facit pro dicta D. Philippa, quod jus renovationis transit ad matrem in emphyteusi, etiamsi non sit de sanguine, Valasc. conf. 101. num. 1. & 123. num. 6. Caldas Pereira de nomin. quæst. 9. num. 16. quia respondetur, quod in hoc jus renovandi est hæreditarium, idem D. Caldas de renovat. quæst. 9. num. 24. Gama decis. 326. Unde si mater sit hæres, nihil mirum si admittatur; in maioratibus vero jure sanguinis succeditur, Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. deinde etiamsi hoc admittatur in emphyteusi hæreditaria in ea, quæ relicta est familiæ, non alij succe-

dunt, quam illi, qui sunt de familia, & sanguine, Gama d. decis. 326. num. 7. D. Caldas d. quæst. 9. num. 13. & 18. in fine, Molin. lib. 1. cap. 24. n. 41. Valasc. d. conf. 101. n. 1. in fine.

8 Secunda quæstio est, an saltem in dicto tertio maioratu mater admittenda sit, in quo reperiuntur invitati ascendentes, ibi: *E sendo caso que delle Alvaro Gonçalvez, ou de seu neto não si. quem descendentes, ou ascendentes, que succedaõ no dito morgado, venha a parentes transversaes*: quibus verbis non est dubium testatorem successionem eorum bonorum ad similitudinem successionis abintestato ordinasse, vocando descendentes, & præferendo transversalibus ascendentes, quæ verba sunt dispositiva ex reg. l. jam hoc jure ff. de vulgari, cum traditis per Molin. lib. 1. cap. 6. num. 3. quia non possunt eadem verba esse dispositiva respectu descendentium, & conditionalia non dispositiva respectu ascendentium, ex his quæ Covar. in cap. Raynutius §. 3. Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis n. 54. Gabriel lib. 4. commun. tit. de fideicommiss. conclus. 4. Peregrin. art. 28. à princip. Mantica de conjectur. lib. 1. tit. 2. n. 1.

Sed his non obstantibus verius videtur, quod in hac clausula ascendentes non sunt positi in dispositione, sed in conditione; unde succedit regula, quod positi in conditione non censeantur vocati, l. Lucius 2. ff. de hæred. instituendis, Molin. lib. 1. cap. 6. num. 1. Mantica lib. 8. tit. 1. num. 24. Præcis lib. 3. solut. 2. num. 3. quod ita accipi debet, ne sequatur illud absurdum, quod mater quæ non est de familia, possit succedere.

6 Et quamvis aliquibus videri poterit hæc responsio non satis tuta, quia in maioratibus limitari solet suprascripta regula, ut positi in conditione censeantur in dispositione vocati: ut per supracitados, & ultra eos Salzed. in addit. ad Bernard. reg. 736. Zevallos quæst. 94. & quæst. 177. Castillo quotidian. lib. 2.

lib. 2. cap. 2. & in specie Molin. lib. 1. cap. 6. num. 2. quia maioratus, & fidei commissa relinquuntur pro conservatione familiarum, quod æqualiter influit in descendentes, ac transversales, Molin. d. cap. 6. num. 3.

Illud tamen notandum est, quod ut positi in conditione censeantur positi in dispositione, saltem requiritur, ut reperiantur positi in conditione successionis Prætoris ubi supra solut. 3. n. 2. Et si notamus, in hac institutione nihil disponebat circa successionem testator, quando vocavit ascendentes, quia jam supra disposuerat, sed solum agebat de fructibus, quos limitabat, quando devenisset ad transversales, & tunc loquitur de ascendentibus. Et hoc modo per subauditum intellectum admitterentur ascendentes, quos non vocavit, ubi disposuit, nisi ubi incidenter agit arg. l. ex his C. de testam. milit. D. Caldas de nominat. quæst. 1. num. 41. & succedit regula l. cum tale §. fin. ff. de condit. & demonstrat. ibi: *Quia non animo legandi, sed minuendi, &c.* Qui sensus accipiendus est, quando hic sensus ex finalibus verbis, clericus, repugnat his, quæ in principio disposuerat, cum repugnantia in eadem dispositione præsumi non possit.

Insuper satisfit, quod esto agnoscamus ascendentes esse in dispositione positos, & vocatos, non ideo Actrix vocata debet censeari, quod mater sit ultimi possessoris, quia debet intelligi de ascendenti, quando casus occurrat, in quo ascendens sit proximior, & de sanguine ultimi possessoris. Veluti si ponamus duxisse uxorem filiam fratris sui, quo mortuo relicto filio, postea filius ipse occubuit, non ne mater ipsius reliquos collaterales excludit? Nemo negabit, quia eo casu ascendens respectu primi, cui succeditur, descendit, quia sicut mater non acquirit qualitatem, ut præcedat, non amittit qualitatem, quam habet, ut ab alijs præcedatur. Quod autem hic fuerit sensus horum verborum, patet ex verbis sequentibus, ubi taxa-

tive nominat, *Ascendentes, que succedant no dito morgado*: quod relativum positum sine copula restringit genus præcedens, l. ea tamen adjectio ff. de legat. 3. Bart. in l. omnes populi ff. de just. & jur. Alphanus Collect. 56. ut intelligatur de ascendente alijs proximior.

7 Deinde hic sensus, qui in se verus est, colligitur ex quadam ultima dispositione celebrata ab ipso testatore, in qua disposuit, quod non succederet, nisi ille, qui ex suo sanguine descenderet per lineam rectam, quæ clausula cum ultima sit, præcedentibus derogat l. si quis in principio ff. de legat. 3. l. pacta novissima C. de pact. & cum fuerit apposita ex intervallo, præsumitur animo revocandi, qui sensus amplectendus est, quia per illum acceditur juri communi, & ad primas vocaciones, cap. ab exordio 32. distinct. l. si unus §. pactus ff. de pact.

8 Verum hoc fundamentum non credebam solidum, quia constabat maioratum fuisse institutum per contractum in testamento celebratum, prout fieri potest, ex l. hæres palam §. ultim. ff. de testament. Tiraquell. de jure mariti gloss. 5. num. 101. Unde quamvis testamentum revocetur, valet contractus, Tiraquell. ubi supra numer. 102. Dominus Caldas 3. part. cap. 8. numer. 2. & quod celebratus fuisset contractus, constat, quia filius consensit, & ejus uxor: ex quibus elicitur contractum fuisse celebratum, sicque testatorem sæpius appellasse, & secutam fuisse acceptationem primi vocati, cui traditio suo nomine, & sequentium facta censetur per ipsam investituram, quia maioratus regulantur per l. quoties C. de donat. quæ sub modo, Oldrad. conf. 224. numer. 28. in fine, Costa de maiorat. 1. part. num. 6. Valasc. quæst. 50. col. pen. & perfecta donatio non revocatur l. perfecta donatio C. illo tit. Roman. conf. 171. numer. 7. Tiraquell. in l. si unquam, verbo libertis num. 19. Mieres de maiorat. 1. part. quæst.

T

22. num.

22. num. 7. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 37. facit Ordin. lib. 4. tit. 55. Covar. lib. 1. resolut. cap. 14. ex num. 11. Clarus §. donatio quæst. 13. Molin. lib. 4. de primogen. cap. 2. num. 68. Gomes l. 40. Taur. num. 34. Avend. in l. 44. gloss. 12. vers. Ex quo, Soares in l. quoniam quæst. 8. & allegat. cap. 9. num. 4. vers. ultim. Mieres de maiorat. quæst. 36. qui contractus celebratus ratione oneris impositi annexandi partem bonorum, l. ex placito ubi Bart. Bald. & Salycet. C. de rerum permut. quamvis enim in Regno Castellæ primus institutor, etiam si per contractum maioratum instituat, revocare possit, quod vivit, l. 4. tit. 7. lib. 5. novæ Recopil. (in hoc Regno non habemus legem similem) de quo Clarus §. donatio quæst. 4. num. 4. Salon. quæst. 10. Xuares in d. l. quoniam quæst. 8. num. 2. Covar. d. cap. 14. num. 13. Azeved. in l. 11. tit. 6. n. 19. lib. 8. Matienço l. 7. tit. 10. gloss. 5. Valasc. conf. 122. num. 2. & conf. 130. num. 17. Atque ex his priori solutioni adhærendum est, quæ vera, & dispositionem ad jus commune reducit.

Tertia quæstio est: An in legitima dicti Antonij de Moura, eo quod ipse in maioratu non successerit, sed ejus filius, debeat censi dispositionem caducasse, seu irritam effici, ita ut ejus filius titulo hæreditario dictam legitimam acceperit, & per consequens eam ad matrem, & hæredem transmiserit?

9 Et videtur, quod talis consensus Antonij præstiti dum esset in potestate parentis, cujus adhuc esset minor, est nullius effectus, ut filio abesse possit in sua legitima, & per consequens ejus matri ratione legitimæ successionis ex regula cap. quamvis pactum de pact. lib. 6. Et his quæ Covar. in cap. Raynald. §. 2. num. 4. Ubi habet, quod filius non potest consentire gravamini in sua legitima, & quod revocabitur ab ejus filijs titulo inofficiosa donationis, vel ex ratione, l. si unquam C. de revocand. donation. siquidem inofficiosa renuntiatio, aut remissio revocatur, tanquam

inofficiosa donatio: & tandem subdit, quod quamvis hic consensus respiciat jus quærendum, quod non est consideratione dignum, tamen attenta Doctorum dubitatione, an filius possit gravamini in sua legitima consentire prædicto modo, temperabitur, ut in præjudicium liberorum non valeat, & inquit idem esse in consensu adhibito ad exhæredationem, qui matri etiam non nocet, quia est tertia persona, cui talis renuntiatio etiam jurata non potest nocere, d. cap. quamvis, ibi: *Nec redundet in alterius detrimentum.*

Quibus accedit minor ætas ultimi possessoris, & læsio, quæ intercessit, cujus respectu transit ad matrem tanquam hæredem beneficium restitutionis, l. non solum ff. de in integrum restitut. quæ læsio comprobatur ex valore legitimæ, quæ excedebat tertias parentum: nec huic restitutioni potest obesse, si ultimus possessor filius aliquem fecit actum approbatorium vinculi, quia hoc non obest matri respectu juris quæfiti ipsi filio respectu legitimæ matri debitæ, cum in effectu sit donatio inofficiosa.

10 Sed verius est consensum filij etiam non juratum valere, ut legitimæ fiat annexio maioratui, cum filij fiat melior conditio recipiendo parentum tertias, ex gloss. fin. in l. si quando C. de inoffic. testam. qui & se præteriri consentire potest, l. non putavit §. si quis sua manu ff. de bonor. poss. contra tabul. & est communis opinio, ut per Gutierr. in d. cap. quamvis pactum in princip. num. 27. & lib. 3. practicar. quæst. 75. num. 2. Molin. Theolog. disp. 579. num. 37. alter Molin. de primogen. lib. 2. cap. 3. num. 7. & num. 43. Ubi habet, quod etiam si juramentum non intercedat, nihilominus valet, quia maioratus de rebus alienis consentire vero domino fieri potest, Avendan. in l. 17. Taur. gloss. 4. num. 1. & quod noceat talis consensus filij, & nepotibus Xuares, & alij quos citat Gutierr. in d. princip. n. 32. & 40. & lib. 3. practic. quæst. 84. num. 11.

Unde

Unde pro contraria parte sententia Covarr. est singularis: & licet aliqui teneant non obstante consensu filij gravamen removendum, contraria est communis, & per eam tenemur judicare in hoc Regno ex Ordin. lib. 3. tit. 64.

11 Cujus communis sententiæ ratio ea videtur esse, quia filius in vita patris nullum jus habet in ejus bonis, etiam quoad legitimam, nec etiam in spe considerabile, Gutierr. lib. 3. præct. quæst. 85. num. 28. & quæst. 41. num. 22. & sic potest huic juri quærendo renunciari, ut noceat filiis, Gutierr. in d. princip. num. 29. & quod hoc casu non habeat locum d. l. si unquam, Ripa quæst. 11. num. 20. & 21. Tiraq. verbo donatione num. 180. videndus Xuarez in l. quoniam ampliat. 10. ex num. 31. Gomes l. 22. Tauri num. 5. Padilla in l. cum donationis num. 4. ad fin. C. de transaction. Covarr. in d. cap. Raynaldus §. 2. num. 2. Molin. de just. disp. 579. num. 37.

12 Nec supradictis obstat consideratio minoris ætatis ultimi possessoris, & læsionis ex prædicto consensu patris: quia respondetur, quod pater potuit filio præjudicare, & ultra quod nunquam contradixit, imò succedendo, & tacendo approbavit, nulla læsio considerari potest, nisi ex effectu, & casu, qui non consideratur, arg. l. successorii 12. ff. de negot. gest. ibi: *Ibi diversus exitus sit, &c.* quia scilicet contigerit, quod moreretur non relictis filiis, & læsio non metitur ab eventu, sed à re ipsa, Ordin. lib. 4. tit. 13. in princip. l. si voluntate C. de rescind. vendit. Ultra quod dictus maioratus fuit confirmatus à Principe ex certa scientia, & forma speciali, quæ validat actum cap. 1. ubi Scribentes, & cap. veniens de transaction. l. adoptio ff. de adoption. Molin. lib. 2. cap. 7. num. 6. & 8. & sufficit, quod confirmatio subsequatur mortem institutoris, ex Gregor. in l. 31. verbo no valdrà, tit. 9. part. 6. tres casus distinguit Molin. disp. 598. Hæc tamen confirmatio facta fuit in vita institutoris, & licet ejus

uxor jam tunc mortua esset, ut videatur filio jam delatam matris hæreditatem, ac legitimam, & ideo confirmationem illi præjudicare non posse, ut per Molin. ubi supra num. 19. vers. Hoc fallit, quando unicus est filius, in cujus persona maioratus institutus est, quia tunc ad instantiam hujus filij unici maioratus confirmari potest, Molin. ubi supra num. 34. maxime quia nec talis confirmatio erat necessaria.

13 Unde sufficit ultimi possessoris approbatio saltem tacita, dum possedit hæc bona sub hoc vinculo, dum vixit; nam ubi consensus requiritur ad validitatem actus, probatur intercessisse spatio longi temporis. Doctores in cap. pervenit de emptione, Mascard. conclus. 417. num. 2. Quod maxime procedit in hoc casu, in quo nullum filij præjudicium considerari poterat, cum tertias parentum acciperet, Padilla in l. cum donationis num. 4. C. de transaction. D. Caldas 3. part. cap. 16. num. 29. Peregrin. lib. 1. conf. 40. num. 9. Roland. conf. 62. num. 11. lib. 3.

14 Nec obstabit, quod non obstante approbatione tacita, quinimò nec expressa, poterat filius contra consensum insurgere, ex reg. l. si quando §. illud C. de inoffic. testam. quia omissis alijs intellectibus, quos citat Soares d. loco, optima est sententia, quam sequitur num. 37. Quod hoc procedit, quando pactum, vel approbatio facta fuit ante, vel post testamentum, quia tunc continet pactum de futura successione negativum, quod non valet l. pactum C. de collation. at vero doctrina gloss. & communis procedit in ipso actu testandi, in quo si intercedit consensus filij, valet, quia habet vim cujusdam remunerationis de præsentis, Barbosa in privat. schol. ad l. nemo potest ff. de legat. 1.

Nec de læsione allegata curandum erat, quia hæc competebat ex persona defuncti l. 2. §. sciendum ff. de minor. constabat autem defunctum non fuisse læsum, imò utiliter consensisse, si viveret.

15 Circa ultimam quæstionem non est dubium teneri possessorem maioratus, ejusque hæredes deteriorationes consulo factas rependere, prout in præsentī casu, in quo constabat possessorem sylvam cædisse, ut ligna venderet, quæ non erat cædua, & succedit reg. l. Imperator ff. ad Trebell. qui text. procedit in dolosa dilapidatione, ut intelligit Molin. lib. 1. cap. 16. n. 12. qui do-

lus non ex sola machinatione, sed ex re ipsa colligitur, ut in eo, qui cædit sylvam non cæduam, ex Bart. in d. l. Imperator n. 1. & alijs quos citat ibi Molin.

Ex quibus sententiam Præsidis confirmandam duximus, & antequam sententia scriberetur, partes composuerunt inter se, & D. Philippa maioratus omnes dimisit in favorem dicti Roderici; fuit Scriba Francisco de Gouvea.

SUMMARI A.

1 **D**os data filie non renovatur matrimonio constante.

2 Ab habente rem titulo oneroso non avocatur, nisi probetur fraudem participasse.

Ex donatione omnium bonorum quando fraus præsumatur. ibi.

3 Præsumptiones sufficiunt, ut fraus dicatur intercessisse.

4 Faviana, & Pauliana ad quid introducta.

Gesta in fraudem creditorum valent. ibi.

5 Fraus requiritur, ut sit re, & consilio.

6 Differentia inter fraudem titulo lucrativo, vel oneroso.

7 Quæ sint fraudis præsumptiones. Qui debet, & donat omnia bona, dicitur fraudare. ibi.

Idem in venditione maioris partis bonorum. ibi.

8 Explicata l. omnes §. Lucius ff. quæ in fraud.

DECISIO XXXIX.

An donatio omnium bonorum facta ex titulo oneroso dotis censeatur facta in fraudem creditorum? Ad Ordin. lib. 4. tit. 48.

1 **C**um diversis creditoribus teneretur quædam mulier, amplissimam donationem omnium suorum bonorum in generum suum dotis titulo fecit:

creditor, qui Benedictus Domingues dicebatur, generum, & donatariam Simonem Barreto convenit, ut ex bonis donatricis sibi solveret. Cumque Reus in prima instantia esset condemnatus, causa delata fuit ad Senatū, & controvertebatur: An dos subjecta esset creditoribus dotantis, & videbatur dotem da-

tam filie, & genero etiam in fraudem creditorum non revocari Matrimonio constante, ex l. fin. §. si à socero ff. quæ in fraudem creditor. ibi: In maritum autem, qui ignoraverit non dandam actionem, non magis, quam in creatorem, qui à fraudatore, quod ei deberetur, accepit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit: Valasc. conf. 188. numer. 8. quia cum gener dotem ex titulo oneroso accipiat, succedit regula, quod ab habente rem titulo oneroso, non potest fieri avocatio, nisi constet donatarium fraudem participasse, l. qui autem

tem §. hoc edictum, & §. simili modo ff. quæ in fraud. creditor. Barbof. 4. part. l. 1. num. 79. & 1. part. l. 2. num. 172. Adeo ut licet omnia bona sua in dotem dederit, & videatur habere locum regula, l. omnes §. Lucius ff. quæ in fraud. Ubi fraus præsumitur ex donatione omnium bonorum, quod communis etiam ad contractum onerosum extendit, ut per Ias. in §. si quis in fraudem Instit. de action. num. 34. Conan. lib. 5. comment. cap. fin. num. 3. Adeo ut ex utraque parte fraus præsumatur: tamen Iason ibi num. 35. requirit, ut venditio fiat cum modicitate pretij, ut fraus detur, atque ex his sententia revocanda videbatur.

3 In contrariam opinionem trahit, quod ut fraus intercessisse dicatur, sufficiunt ipsius præsumptiones ex notatis in cap. 2. de renuntiat. l. 6. Tiraq. de retract. tit. 1. gloss. 4. numer. 58. quæ facilius inter conjunctos præsumitur, l. data C. de donation. Valasc. cons. 154. num. 16. Unde talis donatio omnium bonorum, invalida censi debet ex reg. d. §. Lucius. Deinde quia dotans non tenetur ultra quam facere potest, §. sed & si quis Instit. de action. l. hæreditatem §. ultim. ff. de rejudic. Unde, cum mater donare non posset ea, quæ debebat creditoribus, in ea parte donatio valere nequit.

4 In favorem hujus ultimæ opinionis considerabam revocatoriam Favianam, & Paulianam, quam sic vocat, l. videamus 2. §. in Faviana ff. de usur. à Prætoris institutam fuisse, ut in l. 1. & l. ait prætor ff. quæ in fraud. creditor. ut succurratur creditoribus, adversus à debitoribus gesta in ipsorum fraudem: & differt à fraudatorio interdicto, quia illud non in creditorum fraudem, sed in favorem eorum vergit, velut quia debitor ex aliena pecunia creditori scienti solvit, de quo in l. pupilli 96. ff. de solution. argum. l. si postulante 67. ff. ad Trebell. Ratio hujus interdicti est, quia licet gesta in fraudem legis non valeant, l. non du-

bium C. de legib. tamen gesta in fraudem creditorum valent ex text. in l. si libertus ff. de jur. patron. quibus cum jure civili succursum non esset, quia post dissipatum patrimonium bonis cedere possent, merito Prætor ex æquitate hanc actionem introduxit, Mayn. lib. 2. de action. cap. 8.

5 Fraus autem requiritur re, & consilio per text. in l. ait prætor §. 1. cum seqq. l. si quis cum haberet ff. quæ in fraud. creditor. qualiter autem hæc fraus probari possit, ex text. in l. omnes §. Lucius ff. eod. tit. l. lata C. de donation. l. non solum l. fin. ff. ritu nuptiar. Iason in §. item si quis in fraudem num. 46. Fulgosius in d. §. Lucius, Bart. in l. post contractum ff. de donation. Alciat. in l. si maior C. de transaction. Mayn. lib. 2. action. cap. 8. Stracha tit. de decoctor. 3. part. ex num. 36. Conan. lib. 8. cap. fin. num. 3. ad fin.

6 Unde longe differt, vel fraus contingat in alienationibus ex titulo lucrativo, vel oneroso: primo casu namque sufficit, ut fraus ex altera tantum parte intercedat, veluti donatoris, text. in d. l. qui autem §. simili modo, Mayn. lib. 2. action. cap. 9. Costa in cap. si pater 3. part. verbo privare num. 27. Covar. lib. 2. variar. cap. 16. numer. 5. Conan. lib. 5. cap. 11. numer. 4. Vant. de privil. credit. cap. 11. num. 2. In secundo vero casu requiritur fraus ex utraque parte, d. l. ait prætor cum suis §§.

7 Inter autem vehementissimas fraudulentæ alienationis conjecturas, illa est, quando debitor alienat omnia bona: nam ex eo censetur facere in fraudem, communis ex Ias. in d. §. item si quis num. 34. Instit. de action. Gomes l. 9. Taur. num. 26. Conan. lib. 5. cap. fin. num. 3. Stracha d. 3. part. num. 29. Mayn. d. cap. 8.

Quæ regula tam procedit ex alienationibus ex titulo lucrativo, quam oneroso, gloss. in l. qui testamentum, & in l. patronus ff. de probation. text. in l. omnes §. Lucius ff. quæ in fraudem.

Ubi textus agit de donatione, nec requirit, quod donatarius fraudis fuerit particeps, ut in vers. ideoque: maxime quia in donatione omnium bonorum facta ab eo, qui scit se habere creditores, nullo modo fraudis excusatio allegari potest, prout communis opinio sentit, quæ in eo casu fraudem præsumit intercessisse ex utraque parte, Tiracq. de præscript. fol. 9. vers. tu autem, Covarr. in cap. Raynutius §. 11. num. 1. Adeo ut nec probatio ignorantiae excuset recipientem, quem suppositiva legis præsumptio convincit: quod idem ampliatur ad venditionem maioris partis bonorum, ut est communis ex supra citatis argum. gloss. verbo omnis substantia, in l. nomen 33. §. filio ff. de legat. 3. recepta ex Ias. in d. §. item si quis num. 40. Stracha d. num. 29. Afflict. decis. 370. num. 13. Quod tamen semper intelligendum est, quando bona non supersint, ex quibus valeat satisfieri creditoribus.

8. Atque ex his regula d. §. Lucius procedit, tam in donatione, quam in

contractu oneroso, ut patet ibi verbo alienavit, quod omnem contractum comprehendit l. alienationis ff. de verbor. signif. prosequitur Baeza de non meliorand. filiab. cap. 32. à princip. & n. 17. Angulo in l. 7. gloss. 2. num. 9. & 10. & pro ea parte est l. 3. tit. 8. lib. 5. Ordinarum. & apud nos Ordin. lib. 4. tit. 96.

Et licet hoc esset controversum de jure, apud nos est extra omnem dubitationis aleam; quia ultra quod est opinio Bart. in d. §. Lucius in fin. est gloss. in l. qui post testamentum §. modum ff. de probation. & succedit Ordin. lib. 3. tit. 64. & quamvis Iason. quem primus Senator adducit, num. 35. teneat, quod in venditione requiritur modicitas pretij, in hoc non est cõmuniter receptus.

Ex quibus cum in præsentio proponatur omnium bonorum donatio, licet ex causa dotis; tamen adhuc ex utraque parte præsumitur fraudem intercessisse, ut durante matrimonio dos revocari valeat, & sententiam Senatûs censuit confirmandam: Scriba Garces.

SUMMARIUM.

Debita ante Matrimonium contracta solvenda sunt ex bonis conjugis debitoris tantum. ibi.

Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4.

2. Ordin. lib. 4. tit. 47. explicatur.

Æs alienum non dicitur esse in bonis. ibi.

3. Debita, quæ fiunt ratione futuri Matrimonij, licet à parte ante, tamen censura juris dicuntur esse illius Matrimonij.

Consumptione, & usu uterque conjux fit debitor debiti ante Matrimonium contractum. ibi. ad fin.

4. Debita ante matrimonium contracta ex parte tantum mariti solvi debent.

5. An debita, quæ præcedunt nuptias, solvi debeant de lucratis, & ad hoc debet fieri divisio?

6. Ordin. lib. 4. tit. 65. §. 4. ibi. E lamente.

Acquisita durante societate dividi non debent.

7. Maritus constante Matrimonio potest acquisita alienare.

8. Distinctio est facienda in solutione debitorum ex lucratis inter maritum, & uxorem.

Maritus, si solvit sua debita ex lucratis

lucratis soluto Matrimonio impu-
tabitur in ejus portionem. ibi.

¶ Si petatur executio contra uxo-

rem, in sola dote potest fieri, non
in lucratis.

DECISIO L.

An maritus ere alieno gravatus communicet uxori omnia sua bona, quae possi-
det, ita ut à communi acervo debeant solvi talia debita? Ad Ordin.

lib. 4. tit. 95. §. 4. & lib. 4. tit. 47.



Soluto Matrimonio
Franciscus de Sousa
mobilia filiorum æs-
timata accepit, seq;
debitorem uniuscu-
jusque filij in 100.
mille nummos in inventario consti-
tuit: postea ad secundas nuptias con-
volavit, & uxori omnia bona sua, atque
illa etiam mobilia, quæ emerat, com-
municavit juxta Ordin. lib. 4. tit. 47.
morta secunda uxore filij debitum
legitimæ sibi assignatæ in bonis mobi-
libus prioris matrimonij petebant:
quod tamen ipse pater de communi
acervo bonorum secundæ uxoris de-
trahendum asserebat; quia ipse mobi-
lia sic empta communicaverat cum
secunda uxore, ratione quorum debi-
tor extiterat: hæres uxoris instabat il-
lud debitum conflatum ante secundas
nuptias fuisse, & manere proprium vi-
ri, & ex suis bonis non de communi
acervo solvendum, ex Ordin. lib. 4. tit.
95. §. 4. quæ dubium expresse decidit,
ibi: *Se ao tempo que casaraõ cada hũ tinha
dividas, em q̃ devesse aos acredores, naõ serã
obrigadõ o outro às ditas dividas em tem-
po algum, nem se fará execuçaõ nos bẽs, que
trouxer em parte, nem em todo, em quanto o
matrimonio entre elles durar, &c.* facit
Ordin. lib. 4. tit. 44. §. 10. & 11. & lib. 5.
tit. 6. §. 20. Roland. conf. 9. num. 17. lib. 1.
Ayora de partit. 1. part. cap. 7. Barbof.
in l. si constante à num. 47. & 51. ff. so-
lut. matrim. Valasc. conf. 118. num. 10.
Gama decis. 186. & 188. & decis. 367.

& 200. Cabed. decis. 131. idem Valasc. de
partition. cap. 23 ex num. 11.

2 Deinde quia Ordin. lib. 4. tit. 47.
communicationem inducit omnium
bonorum inter conjuges circa bona
ipsorum; æs autem alienum non potest
dici, & haberi pro bonis mariti, cum
imò extra bona sit, ipsaque bona dimi-
nuat, patet ex d. Ordin. in §. 1. ibi: *Serãõ
meeiros em seus bẽs, & fazenda:* illud enim
verbum, *seus*, denotat proprietatem, &
dominium, l. singularia ff. si cert. petat.
text. in cap. tua de decimis, verbo suas,
ubi Scribentes: licet aliquando secun-
dum materiam subjectam possint usum,
vel usumfructum respicere, arg. cap. si
tibi absenti de præbend. in 6. ibi: *Ut tunc
dici valeat, &c.* prosequitur D. Caldas
Pereira de empt. cap. 9. à num. 37. Ta-
men quoad nostrum propositum om-
nia, quæ mariti sunt, vel in usu, vel usu-
fructu, vel in proprietate, aut possessio-
ne consistant, communia efficiuntur,
non tamen æs alienum, quod in bonis
non est, sicque deducitur ex Ordin. d.
tit. 95. §. 4. ibi: *Sõmente se poderã fazer exe-
cuçaõ nos bẽs, que aquelle que era deve-
dor trouxe consigo:* explicat late Valasc. de
partition. cap. 23. num. 11. Cabed. decis.
131. & arest. 20. Ayora de partit. 1.
part. cap. 7. Barbof. in l. si constante à
num. 47. & 51. ff. sol. Matrim. & in l. 1. 3.
part. num. 57. idem Valasc. conf. 118. n.
10. Gutierr. præct. quæst. 128. lib. 2. ad
fin. Gama d. decis. 186. & 366. & 188. &
decis. 200.

3 Pro marito urgebat, quod cum

bona illa emisset, eaque in communicationem deduxisse, illud æs alienum contractum censebatur ratione futuri matrimonij, & communicandum quasi commune debitum; nam cum mobilia empta in cōmune deducta fuerint, & utriusque conjugis usu consumpta, communi causa censetur empta: sicut alias uxor, quæ non tenetur ad debita Matrimonio constante conflata ex suis bonis dotalibus, quia dotem deducere potest, solusque maritus tenetur ex lucris communibus solvere, vel illis non extantibus de suo, aut quando uxor lucris renuntiat, Pallat. in rubr. §. 66. num. 2. Cassan. rubr. 4. §. 29. vers. quæro an mulier: tamen adhuc eo casu etiam non extante lucro, vel illa renuntiante lucro, si quid expensum sit in alenda familia, vel uxore ratione societatis, utique ipsa pro sua parte etiam ex dotalibus rependet: quod idem obtinet, quando pecunia ante accepta, postea versa sit in utilitatem uxoris, ex Pallat. ubi supra num. 5. Bart. in l. his solis ff. condict. indebit. sic limitata l. providendum C. de decurion. l. 10. quam adducit ad propositum Romanus singul. 484. prosequitur Gama decis. 366. num. 7. A fortiori ergo, quando in forma Juris Regij contrahitur, occasione enim societatis dicuntur empta mobilia, quæ ad communem illius usum necessaria erant, l. cum duobus §. quidam sagariam ff. pro socio: & ideo damnum commune est, & quicquid ratione societatis impensum est, l. pro socio ff. eod. per ea quæ Bart. in l. socium §. socius eod. tit. Nec obstant, quæ Gama decis. 177. per tot. ubi in hoc eodem casu de sola parte mariti debitum deducendum asserit, ex text. in l. sed neque, & in l. omne ff. pro socio, Valasc. conf. 118. num. 14. Nam si bene perpendantur, loquuntur casu, quo maritus jam ante secundas nuptias bona filiorum consumpserat: quod secus est, quando illa eadem bona in societatem adducuntur, quorum consumptione, & usu uterque conjux se debitorem facit, nam si talia bona ex-

tarent, possent vendi, & reddi filiis ipsorum pretium: dum ergo uxor illis utitur, solvendum assumit suam partem, prosequitur eleganter Valasc. conf. 103. num. 35.

4 Verum his non obstantibus Senatus censuit dictum æs alienum ex parte bonorum mariti tantum exolvendum esse ex generali regula Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. quæ solam partem mariti, & lucra pro sua parte debitis ante matrimonium contractis addicit, ex notatis per Bart. in l. 1. §. si cohæredem ff. ad l. Falcid. Ias. in §. in personam num. 12. de action. Guido decis. 447. Gama d. decis. 366. num. 6. quos citat Valasc. de partition. d. cap. 23. num. 11. Rolandus conf. 91. num. 17. lib. 1. idem Gama d. decis. 177. & Valasc. d. conf. 118. num. 14. Unde cum in præsentis maritus titulo emptionis dominus effectus esset mobilium, non potest dici respectu societatis nondum initæ id fecisse, ut habeat locum regula d. l. pro socio cum similibus: atque ideo illud debitum ex sua tantum parte solvet, & ex lucratis Matrimonio constante: nec obstant quæ Valasc. d. conf. 103. quia supponit solutum ex his bonis Matrimonio constante, quod longe differt à nostro casu.

5 Vidi tamen dubitari à peritissimis Senatoribus: An illa lex Regia, dum de lucratis constante matrimonio agit, debeat intelligi, ut constante Matrimonio fiat lucrorum divisio, ut maritus pro debitis antea contractis, vel è converso uxor solvat creditoribus? Si ad legis Regiæ verba attendimus, insinuant, ut quocumque tempore petatur executio, vel soluto Matrimonio, vel constante, debeat haberi ratio dotis, & lucrorum, ita ut si mulier debeat, quando non sufficiat dos ad debita ante Matrimonium contracta, fiat lucrorum, seu acquisite ratio, ut ex sua parte solvatur creditoribus, ibi: *Somente se poderá fazer execuçam durando o Matrimonio nos bens, que assim aquelle que era devedor trouxe consigo ao tempo que casou, &*

na sua ametade, que despois de casados forão adquiridos. Ubi illa verba, Durando o Matrimonio, referuntur ad utrumque, scilicet ad dotem, & acquisita, ut durante Matrimonio capi possint, & in hujus partis favorem videtur inclinasse Barbosa locis supracitatis.

6 Verum ille sensus à mente legis Regiæ mihi prorsus videtur alienus, & extraneus, secundum quem Ordinatio Regia solum procedit, & loquitur, ut durante Matrimonio fiat executio in bonis, quæ socius in communitatem adduxerit, nec de acquisitis agit, ut constante matrimonio capi possint, nec de illis sentire potest, quia acquisita, dum matrimonium durat, dividi nequeunt, nisi soluta societate, ut in specie resolvit Soares tit. de las ganancias num. 58. Ioan. Luppus in tract. de lucro dotis l. 14. num. 20. & 21. fol. 318. Unde cum lucrum dari non possit, Matrimonio constante, quia adhuc non apparet, An capitale salvum sit, ut lucrum quale sit, constare possit, quia hoc perfecte non apparet nisi societate soluta; ideo licet capi possit dos pro anteriori debito, non tamen lucrata, nec ad id fieri divisio inter conjuges: nec unquam audivimus ad hunc effectum divisionem unquam factam fuisse in vita: & daretur quidem manifestum absurdum: nam ponamus, quod pro debito uxoris ejus pars lucrorum creditori data sit, utique in dimidia mariti iterum ipsa beneficio legis communicabit, cujus autoritate hæc communicatio inducta est, ut per Valasc. de partition. cap. 24. num. 7. contra juris communis regulas ex Cassan. rubr. 4. §. 2. num. 4. Craveta conf. 30. col. 3. Gomes in l. 50. Taur. num. 73. & amissa sua parte, alteram mariti consequeretur, quod quidem impediri non potest, quia nemo impedit legis dispositionem, l. nemo potest ff. de legat. 1. Vel dicendum erit, quod maritus suam dimidietatem lucrorum præcipuam retinere potest immunem ab omni communicatione, quod quidem est in media luce cali-

gare, & contra Ordinationem lib. 4. tit. 47. Et quia mille inde sequerentur absurda, nullo modo illa opinio sustineri potest.

7 Obstat tamen, quod constante Matrimonio maritus solus potest alienare mobilia, Valasc. conf. 303. num. fin. licet illa interdicator à lege Regia lib. 4. tit. 48. immobilium alienatio sine consensu uxoris probato per publicam scripturam: adeo ut multi censeant, quod marito liceat acquisita donare libere, ut per Gomes l. 51. Taur. num. 73. Tellium in l. 19. à num. 2. Pallat. in Rubr. §. 66. à num. 29. Barbosa 3. part. l. 1. num. 58. Molin. lib. 2. cap. 10. à num. 66. Pelas 1. part. quæst. 23. num. 10. Poterit ergo similiter in his vel executionem pati, prout videtur sentire Ordin. d. tit. 95. §. 4. vel libenter solvere; quod tamen in uxore non admittitur, quia omnis dos apud maritum, in ejusque possessione est, Cabed. decis. 106. Valasc. de partition. cap. 6. à princip. adeo ut nec magnas eleemosynas faciat, si maritus abest, Cabed. ubi supra num. 5. & 6.

8 Quare quæstionem componendam censeo adhibita distinctione, quod si executio petatur contra maritum, tunc quia ipse rerum omnium administrationem habet, fieri valeat executio salva proprietate dotis in mobilibus acquisitis, vel immobilibus, quia hæc in mariti potestate, & dominio sunt pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus C. de jure dot. Barbof. in l. si ab hostibus §. fin. num. 63. ad fin. ea tamen declaratione, ut soluto matrimonio imputandum sit in partem mariti illud, quod de parte uxoris solvit, ut in eleemosynis excessivis dicit Azor instit. moral. 2. part. lib. 12. cap. 10. fol. 1270. Sanches de matrim. lib. 6. disp. 36. num. 8. in simili Azeved. l. 9. tit. 9. lib. 5. num. 21.

9 Si autem executio petatur contra uxorem, tunc in sola dote possit fieri executio, non vero in acquisitis, quia dos obligata erat debitis, quæ an-

tecedebant matrimonium: at vero acquisita cedunt marito, qui illorum dominus est, Barbof. 3. part. l. 1. num. 58. ab eoque avelli nequeunt, nec apparet durante societate, quæ perpetua est, quousque soluta sit, an realiter dentur super lucrata, & succedunt quæ Ioannes Lupus, & Soares ubi supra.

10 Nec aliud probat Ordin. d. §. 4. quia si bene advertimus, illa Ordinatio interpretanda est à rubro, sub quo collocata est, ibi: *Como a mulher fica em posse, & cabeça de casal*: In quo supponit agere de uxore mortuo jam marito, & dissoluta societate: & sic disponit, quod matrimonio constante dos capi possit pro debitis, acquisita vero illo jam soluto morté viri: unde illa verba finalia: *Ena metade, que depois de casados foram adquiridos*: sic accipi debent, ut intelligantur de futuro cum relatione ad tem-

pus matrimonij constantis, ibi: *Despois de casados foram adquiridos*. Quæ quidem observatio sic obtinuit in quodam processu Petri da Sylva contra D. Adrianam uxorem nobilissimi equitis Petri de Tavares: quam Petrus da Sylva conveniebat pro alimentis, quia ejus erat filius ex primo matrimonio, & procurabat matrem posse sibi alimenta præstare; quia dicto Petro de Tavares nupserrat, qui amplissimis redditibus abundabat: ex quibus tanquam ex lucratis matrimonio constante poterat condemnari, ut alimenta filio decerneret: & in gradu revisionis contra agentem pronuntiatum fuit in favorem matris, in qua ipse iudex extitit. Atque ex his in præsentis judicavimus maritum solum teneri ad æris alieni solutionem de bonis suis, & lucratis: Scriba Matos.

SUMMARIÆ

I  *Dispositio testamenti nulla est, si non perficitur.*

Defectus voluntatis nocet, etiam in-

ter liberos. ibi.

Ultimo disposita valent, si priori dispositione valida insunt. ibi.

2 *Aliud est capisse facere, & aliud facere testamentum.*

Qui codicillos facit cum eodem tabellione, & testibus, censetur sub eadem solemnitate actus præcedentis disposuisse. ibi.

Testes interrogati parte non citata non faciunt fidem. ibi.

3 *De jure communi duæ testamtorum species.*

Idem de jure Regio. ibi.

4 *Quando non constat de forma dispositionis, ad solemnitatem observatam recurrendum est.*

5 *Codicillus subsequens videtur cum solemnitate fieri actus præcedentis.*

Actus non signatus dicitur imperfectus ratione voluntatis. ibi.

7 *Si deficient solemnitates, ut testamentum valeat, ut in scriptis, valere potest ut nuncupativum.*

8 *Post testamentum in scriptis potest coram iisdem testibus codicillos testator facere nuncupative.*

9 *Si testes non interrogantur citata parte, adhuc potest pars admitti, ut solemniter interroget.*