

ter emit ; ut supra dixi , vel quando vitium adeo est patens, ut cerni posset, ut per Bald. in l. 1. C. ædilit. edict. Navarr. in manual. cap. 13. num. 89. D. Thomas 2. 2. quæst. 77. art. 3. ad primum, Sotus lib. 6. quæst. 3. de Iustit. artic. 2. conclus. 6. limitans quando emptor ad vitium non advertit. Quod quidem ego puto verum, quando vitium non latebat, nec necessaria esset indagatio, & emens non ignorabat ea, quæ videbantur, prout si erat peritus in arte, ut in medico emente servum morbosum, ex Maur. de rest. cap. 87. in doctore emente librum vitiosum, Menes. in l. 2. C. de jur. & fact. ignor. num. 10. ex ratione text. in l. 2. ff. orig. jur. ibi : *Turpe est patritio viro ignorare jus, in quo versatur* : cap. cum sit de convers. conjugat. quia hæc ignorantia à dolo non differt. Bald. in cap. 1. §. iudices de pace juram. firm. Gomes reg. de subrog. quæst. 7. fol. 374. in medico dixit Plato lib. 11. de legibus, Decius cons. 8. num. 5. & in l. imperitia ff. de reg. jur. nisi quando adhibita diligentia vitium sciri non potuit, quod iudicis arbitrio relinquitur.

31 Tertio, cessat redhibitio in fisco, contra quem negatur redhibitoria, l. 1. §. illud ff. ædilit. edict. cujus rei ea ratio est; quia fiscus suarum rerum notitiam non habet, & ideo ab eo exigere nequit scientia, quam ipse præstare non potest; sed non videtur ratio solida, qui ejus officiales vendentes scientiam habent rei, ideo dici potest, cessare propter auctoritatem hastæ fiscalis, quam Reipublicæ utilitatis non patitur convelli posse, l. hypothecas C. de remiss. pignor.

32 Quarto, cessat in omnibus casibus, in quibus evictio non compe-

tit, prout in donationibus, Ordin. tit. 17. §. 9. & similibus: atque insuper in locatione, l. sciendum 63. ff. ædilit. edict. latius Costa verbo actio redhibitoria resolvens fore dandam utilem, non directam.

33 Quinto, quando vitium superveniat post contractum, l. si quid C. ædilit. edict. DD. in l. 5. §. si quis autem ff. eod. l. quæro §. fin. Gomes ubi supra num. 49. nisi detur pactum de futuro vitio, d. l. si apud, ubi Cynus, & Bald. notant, Menes. in l. transigere C. de transaction. num. 30. si autem moriatur intra triduum post emptionem, præsumitur ex præcedenti causa, Bald. in l. 1. C. ædilit. edict. vers. sed pone, Angel. in §. in duplum de action. Fabian. de emption. fol. 227. num. 17. Hipol. in l. si rixa ff. de sicar. n. 63. Plaça in praxi cap. 13. n. 26.

14 Ultimo, si pacto redhibitio tollatur, l. quæritur §. si venditor ff. ædilit. edict. nec pro minimis datur redhibitoria, Tiraquel. de judic. in rebus exiguis fol. 54. & quid si egit redhibitoria, an possit agere quanto minoris, Bald. in l. ultim. C. ædilit. edict. & quod sic Messi. taxa panis conclus. 1. num. 152. Mascard. conclus. 615. num. 12. & quid in concessione emphyt. Surdus decis. 290. n. 18.

Quæ omnia hic congeffi, quia materia est valde obscura, quod si fastidium quæ dixi, legenti pariant, in alijs, quæ forsan non fastidiosa erunt, compensari volo. Atque ex his principijs sententiam confirmandam duximus. Multa enim ex supra tactis in processu controvertentur, cujus occasione hæc collegi, quæ forte alibi non reperientur.

DECISIO LXXV.

SUMMARI A.



*Testamenti facio
Episcopis interdi-
cta est.*

*Monacho effecto
Episcopo eadem fa-
ctio interdicta est, non ex sola Ca-
nonum prohibitione, sed ex incapa-
citate personæ. ibi.*

*Monachus factus Episcopus votis
Religionis adstringitur. ibi.*

*2 Monachus factus Episcopus non
sibi, sed Ecclesiæ acquirit.*

*3 Monachus Episcopus habetur lo-
co instrumenti, quo Ecclesiæ ac-
quirit.*

*Non solum in dispositionibus ad
profana, verum ad pia. ibi.*

*In Monacho durat paupertatis
votum. ibi.*

*Monacho facto Episcopo datur ad-
ministratio pro moderato usu fa-
milie. ibi.*

*Donationes immodica erunt nul-
lae. ibi.*

*Praelati seculares libere disponunt
de fructibus, secus Praelati Mona-
chi. ibi.*

*Monachus Episcopus non donat
causa mortis.*

DECISIO LXXV.

*De Monacho facto Episcopo, an ipse testari possit? Et an donationes in consan-
guineos exercere inter vivos, vel causa mortis, maioratumque constituere
valeat?*



*Um Monachus Frater
Petrus Brandão Episco-
pus creatus esset Promō-
torij Hesperici, seu Arsi-
narij, vulgo Divi Jacobi
do Cabo Verde, ibique
ua industria magnas pecuniæ copias
comparasset, donationes amplissimas in
consanguineos exercuit inter vivos, &
causa mortis, maioratumque insti-
tuit: cumque decessisset, & electus esset
Episcopus D. Emmanuel Alfonso da
Guerra, vir doctissimus, & singulari
præditus in concionando eloquentia,
litem movit contra possessores bono-
rum, & in discussione causæ, quæ cum
speciali Principis rescripto, D. Thomæ
Pinheiro da Veiga, maximi nominis vi-
ro, & singularis eruditionis, & Nonio*

*d' Affonseca Cabral Jurisconsultissi-
mo, nec satis laudato, quibus ipse acces-
si, commissa esset, in processu circa illa
principaliter torquebantur partes. Pri-
mum, an Monachus effectus Episcopus
possit donationes in consanguineos in-
ter vivos, vel mortis causa exercere? Se-
cundo, an constituere maioratum de bo-
nis acquisitis ex redditibus ecclesiæ,
vel propria industria?*

*I In favorem hæredum Episcopi,
& donatariorum lata fuerat sententia,
quam revocavimus: & in prima quæ-
stione illud placuit, quod testamenti
factio Episcopis interdicta est, ex text.
in cap. ad hæc de testam. prosequitur
Covarr. cap. relatum 1. & 2. illo tit. ex ra-
tione cap. quia Ioannes 12. quæst. 1. de
quo Navarr. in appol. de reddit. quæst.
30. monit.*

30. monit. 4. num. 1. Monacho igitur effectu Episcopo eadem factio testamenti interdicta reperitur, non ex sola Canonum prohibitionem, sed ex incapacitate personæ, quia adhuc vere monachus est, & votis Religionis adstringitur, ut ex d. Thom. 2. 2. quæst. 186. art. 8. Soto lib. 10. de Iustitia quæst. 5. art. 7. Covarr. in cap. 1. de testam. n. 18. in fine, Azor lib. 12. instit. moral. cap. 10. q. 6. part. 1. Æchius in sua Repub. Eccles. tit. de regular. cap. 3. n. 14. Cap. decis. 200. Iacobus de Grassis 2. part. decis. aur. lib. 3. cap. 18. n. 87. Navarr. in apol. d. monit. 11. n. 2. Clarus §. testamentum q. 28. num. 7. Lessius lib. 2. cap. 16. dubit. 4. n. 40. idem Navarr. in comment. 2. de regular. n. 58. Unde fit, quod omnia, quæ monachus effectu Episcopus acquirit, non sibi, sed ecclesiæ acquirit, in qua Episcopali dignitate fulget, cap. statutum, cap. cum olim 2. de privil. ubi Innocēt. n. 3. Ancharran. notab. 1. Probus in addition. ad Monach. in cap. cum singula vers. hæc enim de præbend. lib. 6. Speculat. de statu monachor. §. qualiter concipiat n. 29. Emmanuel Rodriguez 3. tom. regul. q. 69. art. 4. in fine, Barbatia conf. 19. lib. 3. Pelagius de planctu Eccles. lib. 2. cap. 24. Rota diversor. decis. 705. n. 3. part. 1. Concilium 6. generale Constantinopolitanum cap. 35. in summa Conciliorum fol. 356. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 10. num. 28. Loysius lib. 2. cap. 41. dub. 11. n. 91. alter Molin. de iustit. disput. 140. fol. 761. lit. B. ubi dicit communem.

3 Ex quo nascitur, quod cum monachus Episcopus habeatur loco instrumenti, quo Ecclesia acquirit, de acquisitis non disponit, quia non sua, cap. non dicatis 12. quæst. 1. cap. cum ad monasterium de statu Monachor. nec inter vivos, nec per ultimam voluntatem, Bald. in Auth. licentiam C. de Episcop. & cler. Rebuff. conf. 14. vers. septimo, Ias. in Auth. ingressi num. 13. & 14. C. de Episcop. & cleric. Bursatus conf. 75. num. 23. vol. 1. Covarr. in d. cap. 1. num. 18. Frater Emmanuel Ro-

driguez d. quæst. 69. art. 4. Navarr. d. monit. 11. n. 1. Quod non solum habet locum in dispositionibus ad profana, verum etiam ad pia, ex Panorm. in rubr. de testam. ad fin. Bartolus receptus in l. 1. C. de sacros. Eccl. quæst. 10. de quo agens de donatione inter vivos est text. in cap. cum olim 2. de privil. §. præterea, ubi gloss. habet illa verba: Quia pro non donato habetur, quod ab illo datur, qui non potest de jure donare: explicat Navarr. sub titulo de donation. conf. 6. & fuit doctrina Innocētij in cap. indecorum de ætat. & qualit. Navarr. d. tit. de redditib. quæst. 1. monit. 21. durat enim paupertatis votum d. cap. non dicatis, Navarr. in apolog. q. 1. monit. 10. Lessius lib. 2. cap. 41. dub. 8. num. 73. §. sequitur, Sylvester verbo Religio 6. n. 10. Dueñ. reg. 381. ampl. 9. Licet autem talibus Episcopis regularibus detur administratio fructuum, hoc accipi debet pro moderata familiaris sustentatione, parcè donando, vel elargièdo: idem Lessius lib. 2. cap. 4. dub. 5. n. 9. facit Constitutio Clemētis Octavi contra profanas regularium largitiones, Navarr. comment. 2. de reg. n. 9. & seqq. Unde si aliter donaverit, non solum peccabit, sed & donationes taliter factæ nullæ erunt, & omnino irritandæ, nisi donatio remuneratoria sit, quæ magis subit vicem solutionis, quàm donationis, ex text. in cap. per tuas de donation. l. donari ff. de reg. jur. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 11. n. 49. Pinel. 3. part. l. 1. n. 64. Dueñ. reg. 220. limit. 1. Clarus §. donatio quæst. 8. n. 17. Molin. Theolog. disp. 244. lit. A. eleganter Barbosa in l. quæ dotis ff. solut. matrim. n. 34. Ubi tenet tales donationes sustineri cum excessu 4. partis meritorum, quod prius dixit Navarr. in apolog. de redditib. 1. quæst. monit. 82. Sicque debet explicari, & intelligi Molin. disput. 838. lit. A. dū habet prælatos libere disponere posse de fructibus: quod ita accipi debet, ut procedat in prælatis sæcularibus juxta ea, quæ Molin. de primog. d. c. 1. c. lib. 2. n. 28. Ex sua ratione pariter cautam mor-

tis donare non potest monachus factus Episcopus, quia illa donatio subit ultimæ voluntatis naturam in executione, cum fortiatur effectum post mortem donantis, gloss. verbo legatum in l. 2. ff. de dote prælegata, quam communiter approbatam dicit Socin. conf. 130. n. 9. lib. 1. Ias. in l. cū antiquitas C. de testam.

n. 2. Alciat. in l. 2. n. 10. ff. de verbor. oblig. Clar. §. donatio q. 5. n. 1.

Ex quibus omnibus convincitur maioratum à dicto Episcopo constitui non potuisse in perpetuum familiæ splendorem: Sicque Senatui placuit, revocata priori sententia.

SUMMARI A.



Trenta lege Regia antiqua nullibi cavebatur, ut uxor ad additionem citanda foret.

Alienatio immobilium sine uxore interdicta est. ibi.

Alienatio ex causa necessaria non est proprie alienatio. ibi.

Maritus attento jure ut alienet, non indiget uxoris consensu. ibi.

2 De jure Regio antiquo non requirebatur citatio uxoris.

3 Interpretat. Ordin. antiqua lib. 4. tit. 71. §. 10.

Explicata Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 27. ibi.

Lex declaratoria antiquæ casus præteritos ligat. ibi.

4 Simplex nullitas non attenditur.

Addictio non valet cum vi expulsiua. ibi.

Sententia, si est justa, licet ob ali-

quem defectum nulla, sustineri debet. ibi.

5 Explicata Ordin. lib. 3. tit. 63. §. 5.

Defectus primæ citationis suppleri non potest, non vero alterius. ibi.

6 Defectus gabellæ quomodo annullat.

Explicata Ordin. lib. 1. tit. 78. §. 14. ibi.

8 Quid importent illa verba, E as melmas partes.

Illæ verba d. §. 14. Em todo tempo, &c. limitari debent ad 30. annos. ibi.

9 An illa pena nullitatis habeat locum in additionibus.

In additionibus videtur, quod inducitur nullitas, ut in venditionibus. ibi.

10 Quando gabella soluta est, antequam lis mota sit, cassat nullitas in additione.

DECISIO LXXVI.

An additio facta retractari debeat, eo quod omissa fuerit citatio uxoris tempore Ordinationis antiquæ? Ad Ordin. lib. 3. tit. 86. §. 27.



Condemnatus fuit Antonius de Brito in certa pecuniæ quantitate uxori cujusdam Alphonsi Ferreira, pro cujus sententiæ executione capta fuit domus, quam in hac civitate possidebat: & cum hæc expedirentur tempore Ordinationis antiquæ, qua non erat cautum, ut uxores citarentur ad executiones sententiarum, uxoris citatio omissa fuit, perfecta additione, & misso creditore in domus possessionem: impedimenta obtulit uxor dicti Antonij, & annullari postulavit: & tandem sententia Senatus obtinuit, quod additio annullaretur. A qua sententia revisio petita fuit, & obtenta: cujus cum iudex exitissem, cum septem Senatoribus sententiam Senatus revocandam duximus, & ut facilius, quæ in processu agitabantur percipi possint, sub sequentibus quæstionibus rem distinguendam duximus.

Dubitabatur primum, An tempore Ordinationis antiquæ esset lex Regia, quæ præciperet citari uxorem ad additionem bonorum immobilium, & an illa nullitas esset metienda ab Ordinatione in nova compilatione?

Secundum, An illa nullitas tanquam simplex esset repellenda, maxime quia licet in impedimentis opponeretur de læsione enormi, quæ in additione intercesserat, de ea tamen nihil probatum extiterat?

Tertium, An Ordin. lib. 3. tit. 63. §. 5. prohibeat suppleri defectus citationis, & quomodo intelligenda?

Quartum, quia opponebatur ex tali additione gabellam non fuisse solutam, quæ tamen postea ante ingressum causæ soluta proponebatur, an ex illo defectu dicta additio esset annullanda?

1 Et circa primum sine dubio est, quod attentata lege Regia antiqua nullibi cavebatur, ut in additionibus immobilium uxor citanda foret, quod fortasse ex eo omisum fuit, quia licet alienationes rerum immobilium sine uxoris consensu prohiberentur, per Ordin. lib. 4. tit. 6. quæ hodie est in nova compilatione tit. 48. tamen lex omisit alienationes, quæ fiebant ex causa necessaria, quales sunt illæ, quæ vigore sententiæ fiunt: probat Ordin. lib. 3. tit. 93. §. fin. quia non est proprie alienatio, l. in venditione §. 1. ff. de bon. auth. judic. possid. Alex. cons. 117. num. 17. lib. 5. Dueñ. reg. 240. limit. 6. Bald. qui sic intelligit text. in cap. quoniam §. fin. in fine, ut lite non contest. Tiraq. lib. 2. de retract. §. 3. gloss. unic. n. 18. Menoch. casu 182. n. 2. Barbosa in l. usufructu num. 28. attento enim jure maritus bona liberè alienat, nec indiget cōsensu uxoris; adeo ut etiam acquisita matrimonio constante in ipsius dominio sint, & ab eo valeant uxore inconsulta alienari.

2 Unde illa solemnitas citationis uxoris attento jure Regio antiquo non requirebatur, ut sentit Gama decis. 203. quia quando maritus conveniebatur actione personali, si condemnaretur, poterant de jure capi pignora, & subhastari sine ulla partis citatione, ex Bald. in cap. 1. de feud. sine culpa vass. non amittend. solum enim de jure cōmuni ad additionem partis citatio desideratur, ex Alberic. in l. creditor C. de distract. pignor. Afflict. decis. 358. Maranta de Ordin. judic. tit. de execut. sentent. n. 19. Parlador lib. 2. quotid. cap. fin. §. 9.

3 Verum adhuc obstat fortiter Ordinatio Regia antiqua lib. 4. tit. 71. §. 12. quæ ante pignorum additionem uxoris condemnati requirit citationem

nem, ut explicat idem Gama d. decis. 203. ad fin. & de eo est l. 2. tit. 5. part. 5. extravagantium antiquarum, unde desumpta est Ordinatio novæ Compilationis l. 2. tit. 53. §. 1. qua cavebatur, quod ad captionem pignorum ad solvendum fisco uterque vir, & uxor citarentur. Non est ergo ambigendū etiam de jur. Reg. antiquo necessariam fuisse citationem utriusque conjugis ad additionem perficiendam: quod quidem expressum est in Ordin. novæ Collectionis lib. 3. tit. 86. §. 27. non quasi de novo illud inductum fuisset, sed apertius declarando ea, quæ jam antea erant disposita: qui sensus videtur verior. Unde fit, quod cum lex nova sit antiquæ legis declarativa, comprehendit omnes casus, qui de præterito trahunt originē, cum hodie sub dispositione legis novæ in judicium deducantur ex his, quæ eleganter Bart. in l. omnes populi num. 44. ff. de justit. & jure, Gama decis. 260. num. 3. Parlador lib. 3. differ. 79. §. fin. quia licet effectus jã consummatus nō extinguatur, licet perveniat actus ad casum, à quo incipere non potuit, hoc procedit in qualitate, quæ per momentum sufficit adfuisse, non vero in illa quæ requirit perseverantiam, & modo in judicium venit, Gama decis. 27. n. 4. & 5. Morla in emperio 1. part. tit. 1. de legib. quæst. 6. num. 7. vers. tertius casus. Nec dubitari potest Ordinationem novam esse explicativam antiquæ; nam in d. §. 1. additio permittitur sine consensu, vel citatione uxoris: quod idem in d. §. 27. exponitur per verba clariora, quia olim solum loquebatur in termino signando, de quo hodie agitur in eadem Ordin. tit. 86. §. 28. additio enim non nisi speciali judicis mandato expeditur, ex Valasc. conf. 37. num. 3. Ac proinde quia actus maxime præjudicialis citationem partis desiderat.

Quæ omnia etiam si vera agnoscam, tamen non sufficiunt, ut additio facta annulletur, ut infra dicam.

4 In secunda quæstione totus vertebatur labor, An ex illo defectu, &

nullitate allegata deberet additio retractari? Et receptissimum est, à tribunaliis exulare simplices nullitates, DD. in l. fin. §. fin. ff. quod metus causa, prosequitur Gregor. l. 10. tit. 4. part. 3. Afflict. decis. 372. Gama decis. 324. Valasc. conf. 65. ad fin. & de jure emphyt. quæst. 6. n. 14. & de partition. cap. 39. n. 72. Cabed. 1. part. decis. 36. & 159. Nec obstat l. si cum nulla 58. ff. de re judic. & in l. 1. C. de execution. rei judic. Ubi si capta sunt pignora, quando nulla sententia præcessit, distractio revocatur, quia hi textus procedunt in vi expulsi-va, quæ non patitur additionem valere: secus tamen esset, si vis tantum daretur compulsiva, ut in d. l. fin. §. fin. quod metus causa: sicque explicatur Bart. in l. à Divo Pio §. in venditione n. 6. ff. de re jud. dum habet, quod si judex incepit à captura, & sic indebitè, nihilominus solutio facta creditori sustinetur: explicat Paulus conf. 472. num. 4. lib. 1. Ubi docet, quod licet quis inordinate sit captus, non debet relaxari, si constet de vero debito, argum. d. §. fin. Ias. d. §. in venditione num. 12. Negus. de pignor. 2. membr. 2. part. num. 23. faciunt, quæ idem Paulus in d. l. si cum nulla in fine, ubi habet, quod quando ex sententia justa fit injusta executio, & inordinaria, valet, si constet de debito. Bernard. reg. 168. Aviles prætor. cap. 11. verbo sentenciadas, fol. 162. Nevisan. conf. 77. à num. 7. & in causa criminali Grammatic. conf. 40. n. 62. Gama decis. 237. num. 3. & decis. 40. Ubi non auditur opponens de nullitate additionis, nisi prius debitum deponat. Socin. conf. 99. lib. 4. num. 10. & succedunt quæ Vātius de nullitat. rubr. ult. n. 128. ad finē, dum tenet quod si sententia ob aliquē defectum est nulla, & tamen in se est justa, debet confirmari per judicem appellationis, sprete nullitate, Bart. in l. si expressim num. 15. ff. de appell. & in specie ita servari in Senatu Sabaudicæ Antonius Faber in Codice Fabrian. lib. 7. tit. 20. diffinit. 53. Cujus verba sunt, nisi prius offerat quicquid debet, cum

dum certissimi juris sit executionē quā-
tumvis nulliter factam, si tamen pro de-
bito facta fuerit, tenere.

Unde praxis recepit, quod nullita-
tis nuda allegatio non admittatur, nisi
quando infimul pars proponat interes-
se probabile sibi ex nullitate obveniens
ex Roman.conf.499.num.2. & ex Alex.
in d. l. non solum §. morte,num.47.ff.de
novi oper. Vantius ubi supra num. 108.
Surdus conf.227.num.17. & conf. 181.
num.28. Quod sine dubio procedit in
Senatu supremo,ubi Princeps repræsen-
tatur, & ex eo ibi possunt defectus pro-
cessus suppleri, Valasc. de jure emphyt.
q.6. n.14. Vantius d. rubr.ult. n.24. Sic-
que procedit Ord. lib.3. tit.63. §.3.

5 Nec obstat d. Ordin.in §.5. dum
vetat nullitatem suppleri, quæ prove-
nit ex defectu citationis, vel ex aliqua
ex nullitatibus ibi expressis, prout est
defectus curatoris, de quo etiam Or-
din. lib.3. tit.41. §. 8. quia satisfit, quod
illa Ordinatio non debet intelligi de
quacunque citatione in discursu pro-
cessus necessaria, vel in additione,
quia procedit in prima citatione ad
causam, quæ in se includit naturalē de-
fensionē partis, Clem. pastoralis §. quia
vero de re jud. cap.1. de caus.poss. Va-
lasc. de partition. cap. 7. à n. 2. & ideo
ad omnes actus judicij prima citatio
sufficit, ex Ordin. lib.3. tit.1. §.13. & tit.
47. §.4. Et ideo hæc prima citatio tan-
quam judicij fundamentum non omit-
titur, nec præsumitur, nisi de ea constet,
ex Felin. in cap. teor n. 1. de re judic.
Tiraq. de præscript. fol.62. Peres ad l.2.
Ordin. in fol.493. Menoch. lib. 2. præ-
sumpt. 22. Mascard. concl.290. & 1110.
& 1315. n.9. Flamin. de resignat. lib.10
q.8. num.57. nisi sit summarissimum ju-
dicium, in quo citatio partis necessaria
non est, Gutierr. lib.1. Canonic. c.34. à n.
103. Adeo ut aliquando in rebus magni
præjudicij non quælibet citatio sufficiat,
sed requiratur personalis, Gózales gloss.
9. in annotation. n.119.

Quod autem illa Ordin.in d. §.5. pro-
cedat in dicta prima citatione, probatur

in comparatione alterarum nullitatum
ibi expressarum, qualis est defectus cu-
ratoris, vel falsi procuratoris, quæ sin-
gulæ nullitates causam attingunt à prin-
cipio, & cum ipsa incipiunt, prout &
ipsa citatio ad causam.

6 Nec tandem obstabit, quod in
ultima quæstione opponitur, quod in
hac additione considerabatur defe-
ctus gabellæ non solutæ, cujus ommissio
contractum vitiat, & additionem ex
Ordin. lib.1. tit.78. §.14. in fine verſ. *E-
isto mesmo*. Ubi se refert ad id, quod in
principio disposuerat in venditioni-
bus, in quibus dicta Ordinatio statuit,
ut certitudo gabellæ in ipso venditio-
nis instrumento inseratur, de quo Ga-
ma decis. 90. num. 4. & decis. 371. sub
nullitatis pæna, quam nullitatem per
verba geminata inducit, ibi: *Sejaõ ne-
nhũs, & de nenhũm effeito*: quæ verborum
geminatio quid importet, examinat
Tiraquel, in l. si unquam verbo rever-
tatur num. 46. Cotta in memorabi-
libus, verbo geminatio, Caldas Pereira de
extinct. cap.18. num.1. Ex quo videtur,
quod ex tali contractu possidens, si
spolietur, restitui nequeat, quia jam erat
alicujus effectus; sed adhuc puto resti-
tuendum, quia hoc conceditur in odiũ
spoliantis, & ex contractu nullo trans-
fertur possessio, l. quod vir uxori ff. ac-
quir. poss. Gomes l. 45. Taur. num. 23.
Menoch. 2. remed. recup. num.6. & 15.
& remed.15. n.448.

8 Deinde addit, quod ipsimet con-
trahentes contra contractum venire
possint; quod ex eo est, quia cum con-
trahentes non poterant impugnare fa-
ctum proprium, ex regul. text. in l. post
mortem ff. de adopt. Ordin. lib. 4. tit.
48. §. 3. ideo lex Regia indulgit, ut au-
diantur partes ipsæ: prosequitur Afflict.
in cap. ultim. num. 48. quæ sint Regal.
Medices de compensat. 2. part. quæst.
30. num. 19. Vaz allegat. 28. num. 55.
Cardoso verbo gabella num.4. Ex quo
colliges deceptum fuisse doctissimum
Barbosam in suis annotationibus ad il-
lam Ordinationem, dum intelligit,

quod attentata illa lege soli contrahentes possunt opponere de illa nullitate, motum illis verbis: *E as mesmas partes*: quæ ideo posita sunt, ut explicarent casum magis dubium, quia contrahentibus non licebat venire contra factum proprium, alijs autem de jure licebat, quorum intererat.

Ultimo, quod omni tempore allegans hanc nullitatem admittatur, ibi: *Em qualquer tempo*: in quo videtur excludere 30. annorum præscriptionem ex his, quæ Boer. decis. 182. num. 4. quia hoc lex potest facere ex Balb. i. part. quæst. 14. Rebuff. de in integrum restit. art. 1. gloss. 4. vers. & sic Rex, Aymon conf. 775. num. 3. Osascus decis. 102. Caldas Pereira verbo sua facilitate, n. 80. Cabed. decis. 70. num. 3. Sed puto verius esse, quod illa permissio non extendatur ultra 30. annos, quia illa verba: *Em qualquer tempo*, exponuntur, ac si dixisset, semper: cujus vis ultra trigessimū annum non protenditur. Valasc. de partition. cap. 25. num. 24. Sicut actiones perpetuo duraturæ eodem spatio concluduntur, l. sicut, l. omnes C. de præscript. 30.

9 Quæ omnia eadem Regia Ordinatio videtur extendere ad additiones, dum subdit: *E isto mesmo se guardar á nos bês, que se venderem em pregação, nos quaes os Escrivaes que fizarem as arremataçoens, seraõ obrigados do dia da arremataçam a tres dias o fazerem escrever no livro das fizas, & cobrar certidão do Escrivaõ dellas, &c.* Verum licet sæpissimè in Senatu pro hac parte judicatum viderim, aliquando etiam pro contraria judicatum extitit, ut casus additionis non sit sub regula dictæ Ordinationis: cujus partis fundamenta non sunt contemnenda, suadet namque dictam Ordinationem non sic intelligendam in additionibus, ac in venditionibus; quia hoc secundo casu non annullat contractum, licet gabella statim soluta non sit, quia non repetit decretum irritans, quod lex exprimeret, si vellet, l. unica §. sin autem Cod. caduc. tollend.

cap. ad audientiam de decim. Tiraq. in l. si unquam, verbo libertis num. 3. Valasc. conf. 53. num. 6. maxime in materia pænali, l. sanctio legum ff. de pænis. Unde fit, quod licet quoad alia censeatur eadem pæna repetita contra scribam, qui intra triduum certitudinem gabellæ solutæ non deduxerit; tamen nullitas contractus salva manet, cum parti non incumbat eo casu dictam certitudinem adducere, sed tabellioni, ibi: *Os tabelliaes seraõ obrigados do dia, &c.* Quare cum verba legis ad tabellionem dirigantur, contrahentes non ligant, ne aliàs ipsi ex facto alieno puniantur, & ex negligentia scribæ; cum sufficiat solvisse gabellam, ut addictio teneat. Unde illa verba, *E isto mesmo*, sunt referenda ad finem versiculi præcedentis, ubi lex loquebatur cum tabellione, ut certitudinem gabellæ infereret: & continuativè procedit, & cum iisdem loquitur eos obligando, ut in additionibus dictæ certitudines extrahunt sub eadem pæna amissionis officij, vel dirigitur ad partes, quando non solvent gabellam omnino, quia & eo casu addictio nulla erit.


10 Quod quidem in casu, de quo agimus, minus habebat dubij, quia probabatur gabellam additionis solutam fuisse, antequam causa inciperet; quod licet non sufficiat in venditione, quia nisi inferatur certitudo gabellæ, contractus caducat; tamen in additione, in qua illa forma non requiritur, sufficit, ut gabella ante ingressum causæ soluta appareat: ut declaratur in ipso regim. gabellar. c. 4. §. 12. & regim. Coron. Regiæ c. 69. idem exprimitur, & de jure idem est ex l. hoc edicto ff. de publican. l. edicto ff. de jur. fisc. Gomes l. 9. Tauri n. 31.

Atque ex his fundamentis D. Alvarus Lopes Moniz Regius Procurator, & magnæ eruditionis vir, & D. Hieronymus Pimenta d'Abreu Cæsarij Patrimonij Procurator, D. Frânciscus Caldeira, in utraque Universitate Salmaticensi, & Cogimbricensi Primarius juris

ris Cæsarij Professor, qui dexteritate ingenij nulli cedit, cum alijs illius ordinis viris, quos omitto, ne longior fiam, quibus ego accessi, sententiam Senatus

revocandam duximus; qua sententia additionis nulla declarata fuerat: Scriba Azevedo.

SUMMARIA.

- 1  *Xori de jure cõmun- ni non est prohibi- tum contrahere. Interpretata l. velles C. de revoc. dona- tion. ibi.*
- 2 *Interpretata l. si uxor Cod. de pig- nor. Maritus hæres uxoris, ejus factum non impugnat. ibi. Interpretata Ordin. lib. 4. tit. 42. §. 4. ibi.*
- 3 *In hoc Regno non potest uxor con- trahere sine marito.*
- 4 *In Hispania interdicitur uxori ad- ministratio. In foro conscientia non est tutus qui à sola uxore emit. ibi.*
- 5 *Quæ sit ratio, cur uxori interdica- tur alienatio.*
- 6 *Interpretata l. velles Cod. de revo- cand. donation.*

- Ponderatur l. si uxor de pignor. ibi.*
- 7 *In l. velles uxor donavit rem ad maritum non spectantem. Pignus in re aliena non consistit. ibi. Lex Regia prohibendo uxori com- muniũ rerum alienationem, non corrigit jus. ibi. Lex prohibens uxori alienatio- nem procedit in favorem mariti. ibi. Apud nos uxor non disponit de re communi, nec pro sua parte, quia præjudicat usufructui mariti. ibi. Solum uxor disponit sine marito per ultimam voluntatem. ibi.*
 - 8 *Si maritus abest contempta fa- milia, valet venditio, ut maritus teneatur reddere pretium uxori datum.*

DECISIO LXXVII.

An uxor marito absente possit vendere mobilia? Ad Ordin. lib. 4. tit. 48.

 *Xorem, filiosque reli- querat Sebastianus Ro- driguez d'Andrade: cū- que necessaria ad su- stentationẽ familiæ sub- traxisset, & à domo lon- ge abesset, uxor nullam vendidit, quam paulò post ipse Sebastianus ab emp- tore vendicabat, arguens de nullitate*

venditionem ab uxore celebratam ipso absente: Præses venditionem appro- bavit: & re delata ad Senatum, circa illa duo quæstio vertebatur, an venditio facta à sola uxore teneret? Secundum, an pretiũ emptori à marito reddendũ esset?

I Et quoad primum advertebam, quod de jure communi uxori non erat prohibita bonorum suorum admini-

stratio, eorumque distractio, sed magis permessa, ut indubitanter probat text. in l. velles C. de revocand. donation. ibi: *Desine itaque postulare, ut donatio, quam perfeceras, revocetur sub pretextu mariti & liberorum absentiae, cum hujusmodi firmitas ipsorum praesentia non indigeat*: & ibi notat gloss. firmans contra servari apud Lombardos per legem municipalem, quam habent, & ibi notat Bald. & in conf. 130. vol. 4. Angel. conf. 353. n. 1. & probat Ancharran. conf. 364. & Tiraq. de jure mariti gloss. 8. num. 5. firmans consuetudines contrarias esse juris correctorias; ac proinde restringendas, ex Imola ab eo citato conf. 24. Sed dubio hoc non caret, ut infra dicam ex Covarr. de sponsal. 2. part. §. 1. cap. 7. in parvis fol. 117.

2 Pro hac parte citat Tiraq. bonum text. in l. si uxor tua C. de pignor. Ubi uxor pro pecunijs mutuo acceptis bona hypothecavit, & pignori obligavit, eaque mortua marito haeredi instituto praecipit praedictas pecunias ut solvat, si velit pignora: sed adhuc dici potest, textum procedere, quia mutuum fuerat contractum de consensu viri: sed quia divinat, dici potest textum procedere, quando maritus est haeres uxoris, cujus factum ideo improbare non potest ex notatis in l. cum a matre Cod. de rei vendic. Pinel. in l. 1. 3. part. num. 79. Barbosa in l. Lutius num. 20. ff. solur. matrim. Molin. disput. 216. fol. 1318. Inducit etiam Tiraq. text. in l. si ve generalis 62. ff. de jur. dot. in fine. Ubi curator uxoris marito absente permittitur bonorum distractio: ne dum ergo idem concedendum est ipsimet uxori: sed non consideravit vir ille illum textum loqui, & procedere, quando illa distractio bonorum fit ante contractum matrimonium, ex eo quia vir volebat matrimonium contrahere, nisi in pecunia dos sibi praestaretur: quo casu Consultus respondit curatorem cum decreto judicis posse bona alienare, ut sic cum gratia viri matrimonium possit contrahi, & dos in pecunia constitui: qui

casus longe distat a nostro, in quo agimus de bonorum alienatione facienda post contractum matrimonium, invito, vel inscio marito. Strictius hanc opinionem probat d. l. velles, quae non patitur infirmari donationem propter viri absentiam: idem ergo est dicendum in qualibet alia alienatione. Et pro hac opinione videtur arguere Ordin. lib. 3. tit. 42. §. 4. ibi: *E for leza assim nos contratos, como nos juizos*: dum innuit posse uxorem contrahere. Quare cum nulla lege Regia expresse uxori contractus prohibitus sit sine marito, casus debet manere in dispositione juris communis, secundum quod uxor alienat, ut in d. l. velles. Atque ex his fundamentis videbatur praesidis sententia sustinenda.

3 Verum contrarium credo, quod in his Regnis uxor non potest sine consensu mariti contrahere, ac proinde neque in judicio stare, quamvis bona sint mobilia, quod palam deducitur ex communicatione bonorum per consuetudinem, & leges Regni lib. 4. tit. 47. inductam, per quam omnia bona sunt communia. Qua ratione ne propter sexus fragilitatem marito praesudicium aliquod inferatur, convenit uxori, omnem bonorum administrationem, vel alienationem esse interdictam, meminit Menchac. lib. 1. quaestio. forens. cap. 11. n. 3. & seqq. quod quidem ab speciali probat Ordin. lib. 4. tit. 66. Ubi permittitur uxori a concubina mariti donata ab ipso revocare, ibi: *Essa causa que assim vingar, seja sua propria*, & ibi: *E que possa fazer della o que quizer*: idem esse in Hispania dicit Menchac. lib. 1. quaestio. num. forens. cap. 10. in princ. Clare ergo ostendit, excepto hoc casu, non habere uxorem administrationem bonorum, nec alienare posse.

4 Hocque ipsum persuadetur, si consideremus hac eadem ratione defendi leges Hispanas, quatenus disponunt omnem bonorum administrationem ad maritum spectare, ut disponitur lib. 3. Foro legum tit. 20. l. 13. ubi

notat gloss. 1. & lib. 1. tit. 11. l. fin. ubi etiam gloss. verbo, *E outorgare*, & l. Tauri 55. ubi Gomes num. 2. profequitur Covarr. d. §. num. 1. & in reg. peccatum §. 3. num. 10. ubi citans Soarium in l. 63. tit. de las deudas, Tiraquel. & alios, resolvit in foro animæ non esse tutum, qui ab uxore sic alienata possidet: quæ omnia etiam consonant juri Canonico, secundum quod mulier transit in viri potestatem, cap. mulier 23. quæst. 1. facit illud Gen. c. 3. ibi: *Sub viri potestate eris, & dominabitur tui*: & probat Ordin. d. lib. 4. tit. 66. ibi: *Em poder do marido*. Quare idem quod apud Hispanos, in hoc Regno observandum est.

5 Quæ autem sit nostrarum, & Hispanarum legum ratio, ut mulieri interdicator suarum rerum administratio, dubitari potest, & hoc totum sexus fragilitati Doctores tribuunt; quia mulieribus est peculiare, ut in propria incommoda laborent, & ruant, ut per Palat. in repet. rubr. §. 68. num. 2. DD. in l. transactionem Cod. de transaction. Tiraquel. in leges connubial. gloss. 5. num. 26. Menchac. lib. 1. quæstion. forens. cap. 11. num. 3. ubi citat Decium conf. 502. Tanta est enim illius sexus fragilitas, ut olim in perpetua cura esse notanter doceat Baeça de decim. tutor. cap. 14. num. 5. Sed hanc rationem nunquam probavi, quia si sexus fragilitas in hoc attendere, non permetteretur mulieri solutæ suarum rerum administratio, ut in d. l. Tauri 55. adnotavit gloss. 1. vers. si tamen, & præsentit Palat. d. §. 68. in princip. Et hoc argumento utitur Baeça de non melior. filiab. cap. 11. num. 60. Nec insuper Ordin. d. tit. 66. uxori concederet dispositionem eorum, quæ à concubina revocat, si sexus fragilitas attendenda foret: rectius igitur dicendum videtur causam impulsivam illarum legum esse mariti damnum, quod inde poterat subsequi. Ita Bald. & Salicet. in l. 1. C. unde vir, & uxor, Angel. conf. 88. Tiraq. in leges connubial. gloss. 8. num. 40. Menchac. d. cap. 11. num. 3. Ac proinde

in favorem mariti debet hæc prohibitio inducta censeri.

6 Unde infertur has leges Regias, dum uxori bonorum communium administrationem, & alienationem deneget, non esse juris communis correctorias, ut vulgus putat. Neque obstat text. in d. l. velles, quia ut consideravit gloss. 4. in d. l. 55. Taur. in fine, lex illa loquitur in donatione facta filio, quam posse uxorem facere marito, inconstitutum filiorum favore, glossa illa admittit: prout etiam admittit Ordin. lib. 4. tit. 96. in princip. ibi: *Doaçã polo pay, ou mãy, ou por ambos*: nisi intelligas de matre vidua, vel de matre donante de consensu mariti.

7 Sed hæc interpretatio parum aridet, siquidem restringit illum textum, ut solum procedat in donatione facta filio, non vero extraneo, quod est contra cõmunem, illũ textũ. intelligentẽ in donatione cuicunque facta, idque ratio exposcit, quãvis de filio ibi propter casus contingẽtiam fuerit facta mentio, & cõfundi potest, per l. si uxor tua C. de pignor. Ubi bona pignori uxor dedit extraneo non filio, & validus fuit cõtractus. Quare verius videtur, quod ille textus, & similis, qui uxori cõtrahendi concedunt facultatem & alienandi, debent intelligi circa bona propria ipsius uxoris, quorũ nulla pars ad maritum spectabat; quia cũ hoc casu nullum marito possit inferri præjudicium, non est cur uxori denegetur libera contrahendi potestas, secundum quem intellectum omnia sine ullo obice procedunt; conceditur enim mulieri solutæ bonorum administratio, quia sibi soli, & non marito nocet.

Esse autem veram hanc interpretationem facile defendi potest, si consideremus d. l. velles loqui in donatione facta ab uxore, eademque volente illam revocare, & sic prædia donata, & mancipia repetere. Quo casu indubitanter præsupponit, rem propriam ad maritum non spectantem uxorem donasse; aliter enim, si aliena res esset, donatio non teneret, ut per gloss. &

DD. in l. si quis alienam ff. de action. empt. Quapropter in casu illius textus videtur sine dubio donationem factam fuisse de re propria ipsius uxoris, quemadmodum in d. l. si uxor tua, propria bona pro mutuo fuerunt pignori data, ut ex litera illius textus patet, ibi: Res proprias obligavit: aliter enim neque pignus stare posset ex his, quæ tradit Negus. de pignor. 3. membr. 8. part. n. 13. Unde fit nostras leges Regias non repugnare juri communi, quia procedunt prohibendo uxorum alienationes in bonis, in quibus suam habent partem mariti, quibus præjudicium generari non debet. Unde in ejus favorem tales leges conditas recte comprobatur Palatius d. §. 68. num. 3. Baeza d. cap. 11. n. 60. Galeaula dicit tales leges favorabiles in Rubr. de verbor. n. 17. Atque ideo maritus renuntians huic favori potest gesta ex postfacto firmare, si velit, Palat. d. num. 3. & seqq. Quare si apud nos uxor donet eam rem, quam ex pacto retinuit immunem à communicatione, non valebit distractio, quia fit cum præjudicio ususfructus mariti, nec valebit pro parte uxoris ex regul. l. 1. & 2. C. commun. rerum alienat. quia rei communis alienatio valet pro parte alienantis: secus in uxore, cui interdicta est administratio, unde solum per

ultimam voluntatem marito inconsulto disponit.

Atque ex his fundamentis convincitur perperam præsidem judicasse venditionem nullæ validam extitisse factam ab uxore, cum non propria uxoris esset, sed communis: late comprobatur Cabed. decis. 106. per totam.

8 Verum in secunda quæstione placuit, quod quia constabat maritum sine cura familiæ data opera discessisse, licet stricto juris rigore valere nequeat alienatio, quia saltem debuit adiri iudex, cujus autoritate fieret distractio, ut suppleretur viri absentis consensus, argum. Ordin. lib. 4. tit. 47. §. fin. lib. 4. tit. 12. & lib. 3. tit. 63. §. 4. Cabed. d. decis. 106. num. 5. Tamen quia pretium nullæ constabat versum in sustentationem familiæ, cujus cura, & regimen ad maritum spectabat, iussimus, ut reddita nulla marito sine ulla æstimatione fructuum, ipse pretium pariter redderet emptori, quasi utiliter ejus negotium gestum fuerit, dum etiam eo invito utiliter in ejus familiæ sustentationem impensum est, argum. l. solvendo ff. de negot. gest. faciunt quæ Cabed. d. decis. 106. n. 8.

Atque ex his sententiam revocavimus hac declaratione: Scriba Estevão de Castro.

SUMMARIUM.

1  I pater solum disponit de tertia, filios videtur instituisse in suis legitimis portionibus.

Institutio eo casu tacita est. ibi.

Beneficium edicti divi Adriani non competit, nisi filio instituto. ibi.

Contrarium aliqui tenent. ibi.

2 Confutatur opinio Acosta.

Non oberit, licet pater ultra tertiam aliquid disponat. ibi.

Interpretata Ordination. in sum-

3 *mario, ibi: Da terça lamente, ibi. Quando uxori relinquatur tertia, & post eam filia, tunc uxori solum censetur relictus ususfructus.*

Quando dispositio concepta est in persona filia, & uxoris, valet respectu utriusque. ibi.

4 *Pater, si inter filios disponit, & admiscet extraneum, respectu hujus requiritur plena solemnitas.*

5 *Annulata dispositione respectu matris*

*matris filia capit per jus non de-
crescendi alteram partem.*

6 *Filia hæredi instituta si tertia re-*

*linquitur, illam capit ipsa titula
prelati.*

DECISIO LXXVIII.

*An ex testamento nuncupativo minus solemniter possit uxor tertiam à marito ac-
cipere, quando ei filia substituta fuit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 82.*



Ecedens Antonius Al-
varez nuncupativè suum
ultimum elogium con-
cepit, & coram tribus
testibus uxori tertiam
bonorum reliquit in vi-
ta sua dumtaxat fruendam, eique filiam
post ejus mortem substituit. Reliqui
filij de nullitate testamenti opponebāt,
eo quod ipsi non fuerant in eo instituti,
cum sine hæredis institutione testamen-
tum stare non posset, §. ante hæredis
Instit. de legat. Uxor vero pro sua de-
fensione adducebat Ordin. Regiam lib.
4. tit. 82. Ubi disponitur, quod quoties-
cūque pater disponit de tertia parte bo-
norum, censetur tacite filios instituisse
in sua legitima: deinde, quod illud te-
stamentum nuncupativum coram tri-
bus testibus valuit, etiam quoad tertiā,
quia in ea fuerat filia substituta, ratio-
ne cujus illa imperfecta dispositio ra-
tione solemnitatis testium valet; quia
licet in nuncupativis testamentis
sex requirantur testes ex Ordin. lib. 4.
tit. 80. §. fin. tamen illud non procedit,
quando tertia filia relicta est, in cujus
favorem solemnitas remittitur §. ex im-
perfecto in l. hac consultissima C. de
testam. cui cum adhæreat dispositio in
favorem uxoris concepta inseparabi-
liter, eodem etiam privilegio gaudere
debet ex ratione text. in l. si commu-
nem ff. quemadmod. servit. amitt. ex
quibus iudex reliquos filios exclusit,
qui petebant, ut hæreditas traheretur
ad causam intestati, quia tertia inter
omnes erat dividenda, & tertiam sub-
stitutæ filia in totum adjudicavit, quia

jam mater eo tempore decesserat: in
cujus confirmationem Senatus inclina-
vit, diversis tamen fundamentis, & in-
ter alia à Jurisconsultissimis Senatori-
bus illa principaliter dubia moveban-
tur.

Primum, An satisfactum fuisset Ordi-
nationi Regiæ lib. 4. tit. 82. substitu-
endo filiam matri in tertia parte bonorū
hæreditatis?

Secundum, An valeat illa dispositio
imperfecta ratione solemnitatis etiam
quoad uxorem?

Tertium, An illa tertia bonorum
pars pertineat ad uxorem in vita sua,
vel statim filia acquiratur in vita
ipsius?

I Et quoad primum indubitati
juris Regij est, quod quando pater dis-
ponit de tertia tantum suorum bonorū,
videtur tacite filios instituere in sua le-
gitima, si vel tertia alteri ex filiis, vel
alicui extraneo relinquatur: patet ex
lege Regia lib. 4. tit. 82. in fine princip.
ibi: *Como se expressamente fosse instituido:*
in quo videtur ortum habere à Barto-
lo in l. Gallus num. 5. ff. de liber. & post-
hum. dum tenet, quod sufficit, quod fi-
lius sit tacite institutus: sequitur Pau-
lus in l. si quis §. fin. eod. tit. ad quod fa-
cit text. in l. si mater C. de inoffic. tes-
tam. licet aliter sentiat magis commu-
nis ex Ias. & Alex. in d. l. Gallus, Guill.
in cap. Raynutius fol. 205. num. 39.
Azeved. in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num.
173. Zevallos quæst. 182. ubi late ex-
plicat Valasc. conf. 165. & conf. 68. num.
2. & de partition. cap. 21. num. 31. Vaz
alleg. 29. num. 133. & allegat. 61. à

num. 25. Gama decis. 153. & 173. qui ampliat in posthumo: Caldas Pereira de nomin. quæst. 11. n. 9. Costa in cap. si pater, verbo censendum num. 17. in fine, qui ampliat in pupillati substitutione, quæ sustinetur ex institutione tacita, Negreiros lib. 1. cap. 14. n. 43. & lib. 2. cap. 4. n. 23. idem Caldas Pereira de nomin. quæst. 9. num. 5. & de emption. cap. 27. n. 35. Et licet idem Emmanuel à Costa in l. Gallus §. & quid si tantum in princip. n. 46. adnotaverit ad validitatem talis testamenti requiri, ut pater in tertia ipsa filium instituat, vel illum, cui eam relinquit: quod dicit probari, quia lex præsupponit patrem testamentum facere, quod stare non potest, nisi hæres instituat juxta l. non codicillum C. de testam. Inferens exinde, quod si hæres non reperiatur institutus filius, cui tertia relinquitur, non possint uti beneficio l. fin. Cod. edict. D. Adrian. quod solis hæredibus scriptis conceditur, ut firmat ibi Alex. n. 22. Decius 39. Curtius 86. Angel. in l. sorori ff. si pars hæredit. Licet Bald. in cap. 1. de controvers. inter mascul. & fæmin. n. 1. aliter sentiat, remedium d. l. fin. etiam concedi hæredibus non scriptis, si sint sui hæredes, quia sola existentia sufficit: pro qua opinione facit text. in l. ex facto ibi: *Quid enim interest*, ff. de vulgar. & est receptius ex Bald. in l. 3. C. in offic. testam. Fulgos. in d. l. sorori, & Alex. in d. l. fin. C. de edict. D. Adrian. n. 11.

2 Tamen hæc Costæ opinio nequam placere potest, cum videam legem Regiam solum considerasse, quod pater solum cogitavit disponere de tertia sua, in quo tacite visus fuit filios hæredes instituisse: quam tacitam institutionem lex Regia probavit. Licet de jure communi contraria esset communior opinio, ac proinde non est cur nova requiratur institutio in tertia, & notanda sunt illa verba: *De a mandarem distribuir, como for sua vontade*: in quo videtur lex aperte innuere posse ad libitum testatorem de sua tertia disponere, late Surdus decis. 21. n. 14. Nec pa-

riter oberit, si pater ultra tertiam disponat, quia illa verba Ordinationis, *De sua terça*, non dant formam dispositioni, & utile per inutile non vitiatur, imò illud plus debet rescari ad similitudinem inofficiosa donationis, ut per Palatium in l. Taur. 19. num. 2. qui in tertia loquitur: ubi num. 3. quod pro rata fiet diminutio, si pluribus fuit relicta: Ferdinand. in l. Taur. 25. à num. 6. Obstat tamen, quia cum lex ista in hoc sit contra magis communem, restringi debet ad casum, in quo loquitur l. cum quidam ff. de liber. & posthum. pro qua parte urget verbum hujus legis, ibi: *Somente da terça*, ubi se ad illam restringit. Sed adhuc verius credo contrarium, quia lex Regia solum habuit respectum ad mentem, & voluntatem testantis, qui filios visus est instituisse, cum de sola tertia disponit: & utroque casu vel ultra tertiam disponat, vel intra, voluit filios vocare ad legitimam, nam de facultatibus suis plus sperant homines, quam in ipsis est, §. in fraudem Instit. qui & ex quibus causis. Nec illud verbum *Somente*, inductum fuit pro forma, sed dumtaxat ad intellectum testatoris, qui solum voluit de sua tertia disponere: & ideo licet excedat de tertia, videtur disposuisse, facit l. qui quartam ff. de leg. 1. ubi legatū in quarta parte tenet, licet sonet in dimidiam ex intentione testatoris.

3 Quibus præhabitis, recte inferitur potuisse relinqui uxori dictam tertiam, & post eam filia, ut post ejus mortem admittatur; tunc enim uxori solus ususfructus censetur relictus ex his quæ Menoch. lib. 4. præsumpt. 141. Verum quia in præsentem testamentum erat nuncupativum sine legitimo testium numero, filia statim ad tertiam admitti debuit, non quasi à secundo gradu inciperet dispositio ex ratione l. si filius ff. hæred. instit. l. 3. ff. de liber. & posthum. quia tertia accipitur titulo legati, vel relictæ; quando vero relinquitur filio hæredi in legitima instituto, tacite titulo prælegati accipitur.

In secundo dubio controvertebatur, an illa rigorosa legis solemnitas, dū sex requirit testes in nuncupativa dispositione, lib. 4. tit. 80. §. fin. doctissimus Ægidius 4. part. l. 1. C. sacros. eccles. n. 11. procedat etiam in hoc casu? Et videbatur suaderi non esse illam summam solemnitatem observandam. Primo, quia cum tertia particulari titulo legati capiatur, legata nutu relinquuntur, l. nutu ff. de leg. 3. sufficitque testibus probari, quorum numerus cum expressus non sit, duo, & ad summum tres sufficiunt, cap. in omni de testib. l. ubi numerus. C. de testib. & in nominat. emphyteut. probat Ordin. lib. 4. tit. 37. §. 3. ibi: *Por testemunas ao menos*: ubi suppleri debet verbum tres, ut declaratum fuit Arresto Senatus fol. 143. lib. ult. explicat Ægid. in l. 1. C. de sacros. eccles. 2. part. n. 26. Valasc. conf. 61. num. 114. Gama decis. 85. & de sacram. præstand. quæst. 6. num. 20. Gomes l. 40. Taur. n. 59. Sicut alias in fideicommissio nullus testis requiritur, sed sola fides hæredis spectatur, l. fideicommissum ff. de condict. indebit. l. non dubium vers. illud de testam. l. si veritas C. de fideicommiss. Ægidius in d. l. 1. C. de sacros. eccles. 2. part. n. 37. & duo sufficiunt testes l. ait prætor §. si iudex ff. de re judic. & aliquando unus l. Teopompus ff. dot. prælegat. Deinde quia cum hæc dispositio partim fuerit concepta favore filie, & partim favore uxoris, licet respectu uxoris maior solemnitas requiratur d. §. ex imperfecto; tamen sufficit dispositionem concipi in filiam, ut dispositio valeat respectu utriusque personæ. Sicut alias in socijs videmus, qui cum communem causam habeant, unus alterius privilegio iuvatur, ut in patrono sæculari, & ecclesiastico, qui privilegijs Ecclesiastici fruitur ex his, quæ per DD. in cap. 1. de jure patronat. lib. 6. facit Ordin. lib. 3. tit. 80. §. 1. l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus, & in crimin. Clarus §. fin. q. 94. n. 4. Caldas Pereira verbo vel adversarij dolo n. 6. Cabed. dec. 11. n. 10. Afflict. dec. 215.

4 Verum illud in præsentī dicen-

dum est: nam licet pater inter filios disponat ea solemnitate solum, quæ attento jure naturali requiritur, l. hac consuetissima §. ex imperfecto C. de testam. l. fin. C. tam. hercisc. tamen si in illa dispositione miscetur extraneus, respectu illius omnis solemnitas actus desideratur d. §. ex imperfecto in fin. d. l. fin. ibi: *Quibuscumque verbis, vel indicijs*: nec iuvatur privilegio filij; quia cum illud speciale sit, ejus personam non egreditur, quia res est dividua; potestque separari utile ab inutili, regul. utile lib. 6. Covarr. præct. cap. 34. n. 2. facit Ordin. lib. 3. tit. 24. §. 4. & lib. 1. tit. 87. §. 45. Barbof. 3. part. l. 1. n. 33. Menoch. remed. recup. n. 377. & de arbitrar. cas. 95. idē Caldas Pereira verbo vel adversarij dolo n. 25.

5 In ultimo dubio controvertebatur, supposito, quod respectu uxoris relictum tertiæ non valuit, quo jure filia admittenda sit, an ex vi substitutionis, vel an potius tertia ad omnes filios pertineat, veniatque inter eos dividenda, ut decidit Imper. in d. §. ex imperfecto?

Sed neutro ex his modis filia admittitur, quia cum esset uxori relicta tertia in vita, quo casu usufructuaria censetur ex his, quæ Menoch. dict. præsumpt. 141. & hæc dispositio corrueret ex defectu solemnitatis, filia statim admittitur ad legatū tertiæ tanquam uxori conjuncta, ex reg. l. re conjuncti ff. de leg. 3. de quo est text. in l. separatim ff. de cond. & demonstrat. Et hoc casu potius est jus non decrescendi, ut usufructus uxori relictus jure consolidationis proprietatem sequatur, quæ apud filiam residet: dubitari tamen potest, quo titulo filia tertiam capiat, cum ipsa hæres patris fiat ex tacita institutione, quæ pater omnes filios instituisse censetur, inter quos pariter & ipsa filia, cui tertia relinquitur, instituta manet, unde cū sit hæres, legatum debet corrui, saltem pro ea parte, qua hæres patris est, quia legatum à se ipsa sibi relinqui non potest, ne idem & debitor & creditor sit, l. si debitori C. de pact. l. credito-

rem ff. de leg. 2. & in specie est text in l. & quidem 18. ff. de legat. 1. l. à filio hærede ff. illo tit.

6 Quare dicendum est hoc casu filiam tertiam titulo prælegati accipere à reliquis cohæredibus, in quorum personis prælegatum consistit ex l. Nese-nius 22. ff. ad l. Falcid. ibi: *A quibus le-*

gata & ipsa accepit, &c. l. legatum 116. §. 1. ff. de legat. 1. l. Titia 34. §. Lucius ff. de legat. 2. videndus Surdus conf. 253. à n. 6. & 263. n. 29.

Atque ex his sententiam confirma-vimus in favorem Antonij Fernandez mariti filiaæ contra Violantem Nunez: Scriba Matos.

SUMMARI A.

1



Hirographum tunc habet paratam executionem, cū ab scribente recognoscitur.

Secus est, quando illud non recognoscit. ibi.

Probatio nulla quantumcunque liquidissima paratam habet executionem. ibi.

Privata scriptura etiam recognita à testibus semiplenam facit probationem. ibi.

2 *De jure Regio quid sit.*

Interpretata Ordin. lib. 3. tit. 25. in princ. & §. 9.

Differentia est constituenda inter apochas nobilium, & peditum. ibi. Nobilium apochæ non indigent recognitione, ut decendium illis assignetur. ibi.

3 *Nobilium apochæ, & scriptura publica quo ad hoc non differunt.*

4 *Interpretata Ordin. d. tit. 25. §. 7.*

5 *In chirographo peditis quomodo procedendum.*

6 *Ignobiles, qui scripserunt, sufficit ut recognoscant; secus si tantum subscripserunt, quia tunc debent recognoscere chirographum, & ipsam obligationem in eo contentam.*

DECISIO LXXIX.

An ex chirographo Equitis, cujus scriptis fides adhibetur, ac publicis, sit procedendum per assignationem decem dierum juxta formam Ordin. lib. 3.

tit. 25. in princip. & §. 9?



U M Doctor Franciscus Caldeiraõ Senator Regius in supremo Supplicationum Senatu meritissimus propria manu scripsisse diceretur chirographum debiti non exiguae quantitatis, creditor Ludovicus Mendez de Vasconcellos exhibito in judicio chirographo petijt, ut debitori decem dies juxta formam legis Regiaæ lib. 3 tit. 25. in princip. ad solvendum assignarentur: dictus Franciscus arguens de falso chirographum negabat sua manu

scriptum, & non posse per assignationem decendij procedi: instabat, sed via ordinaria oblato libello, cujus precibus Præses civilium causarum cum annueret, & juberet, ut ordinarie ageretur; Actor supplicavit ad Senatum: ubi inter alia actum fuit de intellectu dictæ Ordinationis, an haberet locum, quâdo debitor, qui asseritur scripsisse, negat se exarasse, & chirographum fecisse: & quia nostrum jus Regium aliquantulum in hoc videtur à jure communi deflectere, utriusque præcepta considerabant

bant prudentissimi Senatores, & illud primum observabatur.

1 Quod chirographum tunc habet in jure paratam executionem, cum ab scribente recognoscitur. DD. in cap. 2. de fide instrum. ubi Abbas à num. 1. & in cap. 1. de libell. oblatione à num. 18. plura congerit Azeved. in l. 5. tit. 21. lib. 4. novæ Recopil. Valdez ad Soar. fol. 115. Avendan. de exeq. mandat. 2. part. cap. 30. Valasc. conf. 170. num. 7. Parlador. lib. 2. quotidian. 1. part. §. 5. à princip. Gregor. in l. 119. tit. 18. part. 3. Covarr. lib. 2. variar. cap. 11. n. 4. Quando autem negat debitor chirographum à se confectum, receptius est non habere paratam executionem, quia etiam si testibus sit munitum, executionem non habet; quia nulla probatio quantumcumque liquidissima paratam executionem habet, gloss. in l. sed etsi possessori §. 1. ff. de jurejur. Avendan. d. cap. 30. n. 5. Soares ad leg. Toletan. limit. 3. Unde & casu illud factum prius probari debet interrogatis testibus, qui interfuerunt confecti chirographi, vel alijs, quibus noti sint scribentes characteres, facta insuper comparatione, prout debet intelligi Valasc. conf. 67. num. 14. Ubi testatur de stylo regni nullam maiorem solemnitatem observari, quia privata scriptura etiam recognita à testibus solum semiplenam facit probationem ex eodem Valasc. conf. 177. num. 1. & 6. & conf. 164. num. 2. & 170. num. 7. Afflict. decis. 181. Covarr. pract. cap. 22. num. 1. Rota Genuæ dec. 84. num. 2. Craveta de antiquitat. tempor. 1. part. n. 64. Vivius lib. commun. verbo Comparatio literarum, de quo apud Hispanos est d. l. 117. & 119. tit. 18. part. 3. cogitandum relinquit Parlador ubi supra num. 16. ad fin. Et ideo non parum stylus à Valasco relatus operatur, dum ex semiplena probatione apocham exequendam decernit: Unde fit, quod cum in præsentis Reus negasset à se confectum chirographum, nec facta fuisset comparatio, nec interrogati testes aliqui super facto, nullo modo executive agi poterat, sed

via ordinaria libelli, argum. text. in l. Publia §. fin. ff. de positi, l. nuda ff. de donation. DD. in l. admonendi ff. de jurejur. Cabed. decis. 28. & decis. 35. Gama decis. 75. & 239. & succedit l. in contractibus §. illo C. de non numerata pecunia, ubi negante reo apocham, transfertur in agentem probandi necessitas illam esse debitoris.

2 Hæc tamen licet ita de jure communi constituta sint, aliter tamen se res habet attento jure Regio, secundum quod ex dispositione d. Ordin. d. tit. in princ. colligitur, considerata insuper eadem Ordin. in §. 9. quæ differentiam constituit inter apochas Nobilium, Equitum, Senatorum, vel similium, & inter eas, quæ à plebeis conficiuntur, ut priores si scilicet à nobilibus & scribantur, & signentur, simul eam habeant prærogativam, quod illis, ac publicis scripturis fides adhibeatur, cum sint illarum personarum, de quibus meminit Ordin. lib. 3. tit. 59. §. 16. Cabed. decis. 139. n. 3. & decis. 28. & 33. Gama dec. 73. n. 3. & decis. 139. Atque ex eo in eis non executive, sed summarie abbreviato judicio per assignationem decem dierum procedatur, illis decendio assignato, ut Reus vel solutionem, vel falsitatem chirographi probare possit, talia adducens argumenta, ex quibus ostendatur vel falsitas, vel solutio: quod ita faciendum demonstrat lex Regia in d. princ. in illis verbis ibi: *Affine logo o termo de dez dias, &c.* quod verbū, Logo, exponitur ac statim, quod ressecatis alijs dilationibus confestim decendium assignandū demonstrat, nulla præhabita recognitione chirographi, quia habet fidem, & auctoritatem instrumenti publici: sicut namque si quis negasset scripturam, non ideo minus illi terminus decem dierum assignaretur: sic pariter in chirographo quod per viam regulæ publicæ scripturæ à lege æquiparatur, dicendum est, dispositum enim in uno ex æquiparatis utrumque comprehendit, ex his quæ Surdus conf. 5. n. 5. & 163. num. 23. & 277. num. 28. quando eadem est ra-

no conf. 23. num. 39. in odiosis conf. 29. num. 14. & 85. n. 26. quia tunc dicitur comprehensio conf. 241. n. 39.

3 Nec obstabit, si quis dixerit, quod diversa est ratio scripturæ, & simplicis chirographi, cum illa fide publica tabellionis, & testium munita sit: quia respondetur non differre, cum à lege æquiparentur ad hunc effectum, & pari modo potest quis negare & chirographum, & scripturam publicam, negando tabellionem, & testes ipsius; si igitur negatio relevat negando chirographum, pariter & proderit negando scripturam, cum illa negatio semper faciat rem dubiam, Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 6. in princ. vel igitur negatio utroque casu sufficit, vel neutro, quod verius puto.

4 Nec pariter obstabit, si quis dicat, quod Ordinatio Regia non jubet, ut & præsentis, & neganti chirographum esse suum decem dies assignentur, sed quando non adest, ut possit fieri in ejus contumaciam, ut colligitur ex Ordin. d. tit. 25. §. 7. ibi: *E não aparecer em juizo per si, ou por seu procurador, serlhebão assinados os dez dias*: Sicque debet exponi in hoc principio, ne repugnet juri communi: quia respondetur imò contrariū colligi, ne dicamus eandem legem sub eodem titulo bis idem disposuisse, quia cum in principio egisset de eo, qui cōparet, cui statim jubet, ut decendium assignetur, manebat dubium, an idem esset dicendum de non comparente, & quia idem jus utroque casu versabatur, statuit, ut pariter assignentur.

5 In chirographis autem ignobilium, & peditum aliam longè procedendi diversam formam constituit; nam in his lex Regia secundum jus commune disponit, jubendo in d. §. 9. quod tunc summarie procedatur, si Rens recognoverit apocham suam esse, ejusque manu factam, & signatam, nec intererit, an ab alio signata sit, ex Ias. in l. qui Romæ §. Chrylogonus n. 9. ff. de verbor. obligat. & probat l. 119. tit. 18. part. 3. Suares in l. post rem, ampliatur. 2. Quod

idem erit, etiam si subscriptionem non habeat, dummodo tamen ipse recognoscat, ex Paulo in l. cum antiquitas n. 7. C. de testam. vel si diem, & consulem non habeat, quia id in publicis scripturis requiritur, non in privatis, l. cum tabernam §. idem quæsiit ff. de pignor. Tiraq. de retract. convention. §. 1. gloss. 7. n. 43. Quod autem in hoc casu recognitio præcedere debeat, patet ex illis verbis ibi: *Se aquelle, contra quẽ he apresentado, reconhecer ser por elle feito, & assinado*: quæ verba conditionem inducunt, si recognoverit, & ante conditionem impletam nulla assignatio fieri potest, quia ea est natura cujuscumque actus conditionalis, l. hæc scriptura ff. de condit. & demonstrat. quod autem hæc procedendi forma sit diversa ab ea, quam præstiterat in chirographis nobilium, patet ex d. §. 9. in princ. ibi: *Que não seja daquellas pessoas, a quem se não deva dar tanta fé como scriptura publica*: sic ostendens, quod in illis personis alio ordine procedendum est, prout dixerat in principio; diversitas autem ordinis nulla alia esse potest, quam quod nobiles non citantur ad recognoscendum, nec interpellantur, ut recognoscant; secus vero plebei, alias nullus diversus ordo inter eos esset, & inepte Ordinatio §. 9. exciperet nobiles ibi: *Não sendo, &c.* quod ignorare, est in media luce cæcutire.

6 Unum tamen advertendum est circa recognitionem ignobiliū: quod lex Regia diverso modo loquitur, dum plebeus suum chirographum sua manu factum, & subscriptum recognoscit, vel à se solum subscriptum, ut primo casu sufficiat chirographum à se factum, & signatum recognoscere: quando vero solum ab ipso subscriptum sit, non sufficiat recognoscere subscriptionem, sed oporteat tunc & obligationem in chirographo contentam recognoscere, patet ibi: *Se aquelle, contra quem se apresentar, reconhecer em juizo q̃ he por elle feito, & assinado, ou assinado somente, reconhecendo elle aver feito a obrigação cõteuda no dito alvará, lhe assinará os dez dias. &c.* Potuit enim cōtingere,

gere, ut rusticus juberet chirographum scribi, ut signo Crucis signaret, ut de jure fieri posse testatur l. 1. §. fin. C. de jure deliber. Quo casu lex advertit, quod potuit & falsum scribi, & legi coram rustico literarum ignaro, qui bona fide Crucem apponeret; tunc in favorem illius noluit, ut sufficeret simplex Crucis, vel signi recognitio, nisi & insuper ipse recognosceret formam contractus in eo contentam, & quod ita contraxit: & videtur verus illius legis sensus, ad quem adhuc neminem vidi advertere.

Ex quibus censuimus revocandam

Præsidis sententiam, jubendumque, ut Reo assignarentur decem dies ad probandam falsitatem chirographi, vel solutionem; non enim lex Regia alium sensum patitur: bene verum est, quod propter periculum, quod dari potest, si falsum chirographum præsentetur, quando reus persona esset probatæ opinionis ex qualicumque etiam imperfecta probatione, eo negante chirographum, ipsum non condemnarem in contentis in chirographo, sed receptis impedimentis falsitatis altiori indagini causam relinquerem.

SUMMARI A.

I  *Consanguinei nõ sunt conjungendi in electionibus.*

Pontifices ex una familia plures non eligantur. ibi.

ibid.

Si electis impedimenta opponuntur ante adeptam possessionem, in Senatu jubetur, ut supersedeatur. ibi.

Interpretata Ord. lib. I. tit. 67. §. I.

In diversis officijs bene eliguntur consanguinei. ibi.

Beneficia difformia sub eodem titulo haberi possunt. ibi.


Pater, & filius possunt habere officia distincta. ibi.

3 *Pater fit judex, ubi filius est scriba.*

Interpretata Ordin. lib. I. tit. 48. §. fin. ibi.

DECISIO LXXVIII.

An consanguinei intra quartum gradum possint in eadem electione ad munera civitatis eligi? Ad intellectum Ordin. lib. I. tit. 67. §. I.

S  *Æpe in Senatu controvertitur de personis electorum, An sint habiles, ut Reipublicæ munera subire possint; illi enim qui vacant, vel non eliguntur, non pressis labijs abeunt, imò in varias ad Senatum Supplicationes irrumpunt, quæ nostras passim aures circumstrepunt: inter alias illa in meas incidit manus, an observata fuisset Ordinationis forma lib. I. tit. 76. dñ Decurio quis creatus fuerat cum Iudice Ordinario, cū ambo se intra quartum gradum consanguinitatis attingerēt? Electionem videbatur evertere Regia Ordin. d. loco, in illis verbis ibi: *Em os pilouros dos Luizes, & Vereadores naõ ajuntarão parêtes, ou cunhados deõtro no quarto grao, para em hũ anno averem de servir: in idẽ inclinat Ordin. lib. I. tit. 79. §. 45. & tit. 48. §. fin.* Idque ipsum ratio naturalis exposcit.*

Idque ipsum ratio naturalis exposcit.

1 Nam si Iudices, & Decuriones adinvicem consanguinei proponantur, quis alterius errores corriget? Quis proprijs inhians lucris consanguineorum fædere innixus Reipublicæ quietem non perturbabit? Sapiet perfectâ tyrannidem talis gubernandi norma, & nil fatius excogitari potest, quam ut separentur, & dividantur consanguinei in administratione, nec ad invicem cõmiscantur; sic enim observabat antiquitas, quæ duos Pontifices ex eadem familia non eligebat, ex Gunthero de veteri jure Pontificio num. 37. Si enim consanguinei, vel pater, & filius insimul Decuriones fiunt, in publicis, & privatis actionibus in eandem sententiam prorsus vergunt; quanvis Paulus in l. illud ff. quod cujusque universitat. nomin. Azeved. in Curia Pisan. lib. 2. cap. 12. & in l. 34. tit. 6. lib. 3. Recopil. post Avend. cap. 19. Prætor num. 23. sentiât, quod pater, & filius possunt inservire publicis muneribus, & in electione filij patrem posse suffragium ferre, quia una, & eadem persona non reputantur in publicis actionibus, quia præsumendum est potius bono communi, quam proprio eos incumbere d. l. illud ff. quod cujusque univers. nomin. Unde merito quando electis tale impedimentum opponitur ante adeptam officij possessionem, in Senatu providetur, cassando electionem, jubendoque, ut habiles eligantur, prout docuit Speculat. in tit. de censibus §. nunc videndum num. 16. Ripa de peste tit. de remed. ad conservat. Ubertain. num. 193 Rebuff. 1. tom. ad leges Franciæ tit. de sentent. provision. in præfat. n. 130. Azeved. in Curia lib. 2. cap. 4. n. 13. Cabed. decis. 84. 2. part. n. 33.

2 Verum his non obstantibus electionem sustinendam duximus, quia Ordinatio d. tit. 67. §. 1. si bene legatur, non prohibet, ut consanguinei eligi possint eodem anno in diversis officijs, veluti si unus ad judicis munus subeundum eligatur, alter ad Decurionatum, quæ cum sint munera diversæ speciei,

& difformia (ut ita loquar) ad imaginem beneficiorum difformium, quæ sub eodem tecto possideri possunt, saltem ex dispensatione Episcopi, ut tenent gloss. in cap. 1. de consuetud. in 6. verbo nisi unitum, & Clement. fin. eod. tit. Ioann. Andr. Abb. & in cap. literas de concess. præbend. Domin. Francus Selva, Gomes, Hojeda, & Mandozius, quos refert Garcia de benefic. part. 11. cap. 5. num. 230. Qui num. 235. ubi cum multis censet non esse necessariam dispensationem S. Pontificis; quia maior datur prohibitionis ratio, quando uniformia sunt. Atque ideo illa verba legis Regiæ, ibi: *E nos pilouros dos luizes, & Vereadores não ajuntem, &c.* debent singula singulis referri, ut in pila Iudicum consanguinei simul non immittantur, vel in pila Decurionum illius anni; non autem ita accipi debent, ut consanguineus Iudicis non immittatur in Decurionum, vel consanguineus Decurionis in pila Iudicum, Curia Philippica lib. 4. cap. 1. num. 2. Bobadilla lib. 3. 2. part. cap. 8. num. 85. Ubi patrem, & filium ad Decurionatum simul admitti posse supponit, nam cum hoc nulla lege prohibitum sit, quia Ordinatio Regia solum prohibet, ne pater, & filius idem officium obtineant, non tamen vetat, quod si distincta sint, ab illis valeant obtineri, sicut alias in actibus universitatis insimul admittuntur, Franciscus Marcus decis. 630. num. 2. Azeved. in Curia Pisan. lib. 4. cap. 1. n. 2. Avend. d. cap. 19. Prætor. num. 23. Boer. decis. 2. num. 5. Castillo de Bobadilla ubi supra d. num. 55. Atque ita judicavimus in præsentī casu. Sicque debet accipi Cabed. d. decis. 84. num. 33. qui dicit, ne in eadem globula includantur, non tamen excludit, ut in diversa; consulatusque dignitatem simul habuisse Tiberium, & Drusum, cum pater, & filius essent, refert Cornelius Tacitus lib. 3. fol. 170. Fuit Scriba Azevedo.

3 Aliquando vidimus in Senatu dubitari, An pater Iudex creari possit, ubi

ubi filius Scriba est? Et videtur posse; quia hoc edictum est prohibitorium, ubi omnes admittuntur, qui non reperiuntur prohibiti ex Azeved. lib. 4. tit. 25. l. 7. & l. 15. tit. 3. lib. 7. novæ Recopil. Verum apud nos videtur aliud esse de jure Regio, si inspiciamus verba Ordin. d. tit. 79. §. 45. quæ generaliter excludit, ne pater, & filius intus scribant: & lex generalis, licet faciat decisionem particularem exemplificando aliquos casus, reliquos comprehendit, in quibus datur eadem ratio. Gutierr. de juram. 3. part. cap. 2. num. 8. Soares tit. de las ganancias num. 33. Barbosa in l. si constante in princip. num. 102. pro quo facit Ordin. lib. 1. tit. 84. Ubi coram patre prohibet filium Procuratoris of-

ficiam exercere; & magis urget, ut pater eligi nequeat, ubi filius scribit. Ordin. lib. 1. tit. 65. §. 49. Quæ jubet, ut iudex inquiret de officialibus, & super scribis §. 55. Quomodo ergo pater de filio inquiret, & quis crimina probabit? Nec obstabit, quod alius Iudex substituetur, si ipse suspectus est, quia illud procedit in inquisitione particulari, non vero in generali, in qua iudex recusari nequit. Quæ quidem opinio magis videtur menti Ordinationis consonare, licet hic casus in Ordinatione non sit expressus. Cumque olim proponeretur in Mensa Sacri Palatii, ut quasi divino oraculo terminaretur, percepti ita decisum fuisse, ne pater, & filius simul inserviant.

SUMMARIA.



Crupulosa nimis est solemnitas, quam lex Regia requirit in testamētis in scriptis.

Testis, qui alieno sigillo sigillat, tenetur exprimere cujus nomine signat. ibi.

Hujus solemnitatis defectus vitiat. ibi.

Tabellionis assertio, quod ad pre-

ces defuncti signavit, an sufficiat. Quando tabellio id exprimit, non deficit solemnitas. ibi.

Explicatur Decisio Gama 126.

Explicatur Decisio 45.

3 Interpretata Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1.

4 Differentia facienda est in forma consulto non observata, vel errore probabili cum adminiculis, quod interfuit.

DECISIO LXXXI.

De validitate testamenti, in quo testis, qui pro testatrice in approbatione subscripsit, quod de mandato ipsius subscripserat, omisit, illud tamen offerente

Tabellione. Ad Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 1.



Ontroversum fuerat inter Ioannem Pereira, & alios contra Franciscum Leitam ex oppido de Villa Franca, quod testamentum uxoris Rei,

quo ipsum hæredem instituerat, erat nullum ex pluribus defectibus: quorum urgentior erat, quia testis, qui in approbatione testamenti pro testatrice signaverat, non expressisset se id facere ejus mandato, prout disponit Regia Ord. lib. 4. tit.

Hh 4

80

80. §. i. ibi: *Declarando ao pè do final, que assina por mandado do testador, por elle não saber, ou não poder assinar, & doutra maneira não será valioso o testamento*: per Iudicem, & Auditorem sententia contra Reum lata fuit, & in Senatu eas revocandas placuit, ex eo quod in dicta approbatione tabellio expresserat testem illum pro testatrice signasse ad ejus preces.

1 Et quidem scrupulosæ nimis, & captiosæ videntur legis Regiæ solemnitates, quæ in condendis testamentis observari jubet, quas etiam & vetustas coluit; in eo namque versiculo lex Regia desumpta est ex doctrina Bart. in l. ad testium §. si ab ipso ff. de testam. ibi: *Quia qui alieno sigillo sigillat, de hoc debet facere expressam mentionem*: hoc antiquis legislatoribus placuisse testatur Oldendorpius in principio formularum actionum; quia legislatoribus non displicuit, ut ad proximos cognatos devolvatur hæreditas, & bona in familia relinquuntur, quando testator caute, & observatis legis regulis non testetur. Quæ tamen ratio non perfectè concludit, cum ex captiosa solemnitate sæpe etiam consanguinei proximiores lædi possint bonis ad remotiores delatis contra juris præcepta. Hujus itaque solemnitatis defectum vitare testamentum nemo ambigit ex vi decreti irritantis, quod non patitur testamentum exequi nisi solempne, cujus solemnitas de substantia ipsius est; licet alias de substantia testamenti in genere non sit, sed accidentalitatis solemnitatis, quæ per se non vitaret considerata, late Felin. in cap. cum dilecta de rescriptis. & præter alios, quos congerit Gama decis. 45. num. 3. dixit Tiraquel. de retract. lignagier §. i. gloss. 11. num. 10. & 12. & §. 36. gloss. 2. num. 26. Paris. conf. 19. n. 183. vol. 2. Gutierr. in l. nemo num. 10. & 113. Burfatus 2. part. conf. 158. & 4. part. conf. 396. num. 19. Caldas Pereira de nomin. quæst. 10. num. 40. idem Tiraq. ad leges connubial. gloss. 7. num. 188. Ubi per æquipollens impleri non pos-

se ait Cabed. decis. 129. per tot.

2 Quare illud solum discutendum est, An assertio tabellionis, quod testis signaverit ad preces testatricis, suppleat defectum? Et quidem insignis Gama decis. 126. qui pro hac opinione citatur, videtur loqui in longe diverso casu, quia ibi testis dixit illa verba: *Assino por mim, & pelo testador*: licet omisisset, *De mandado do testador*. Et cum in tali subscriptione utrumque requiratur, & implicite mandatum repariatur; quia nemo signat pro alio, nisi ad preces ipsius; recte defectuosa solemnitas suppletur, quia vere non deficit, ut actus corruat: nec eo casu potest dici forma omissa, sed magis illo modo explicata. Nec aliud evincit alia decisio ejusdem doctissimi Gamæ 55. num. 2 quia ibi Authoris sententia refertur; cum tamen in contrarium judicatum sit. Insuper agit de testamento à tabellione scripto, quod quidem nuncupativum erat, & non clausum; constat enim illa testamenta, de quibus Ordin. lib. 4. tit. 80. in princip. & alijs paragraphis, & etiam à tabellione fiant, esse nuncupativa, explicat Valasc. conf. 177. num. 6. Unde illa scrupulosa solemnitas, quæ requiritur in testamenti clausi approbatione, non debet extendi ad alios.

3 Unde sentiebam, quod hoc casu, ne videtur Lex Regia infringi, ea interpretatio sequenda erat, quod legi Regiæ tunc fiat locus, quando illa solemnitas omnino in actu deficiat, nec omnino constet, an ad preces testatoris testis signaverit, quæ omissa dici non potest in totum, quando tabellio id affirmat, licet ipse testis non expresserit; quia tunc magis detegitur error, quam suppletur solemnitas: explicat eleganter D. Caldas Pereira de emptio. cap. 34. num. 22. in fine. Sicut alias Valasc. conf. 149. num. 12. solemnitatem Ordinationis remittendam dicit, quando notoriè constat defunctum non potuisse scribere, vel partis adversæ accedit confessio, aut assertio tabellionis, argum. Ordin.

Ordin. lib. 3. tit. 59 §. 5. & tit. 52. §. 3. & lib. 4. tit. 19. §. 2. cum alijs. Ubi confessio partis admittitur, quando scriptura est de necessitate probationis.

4 Vel igitur ex hoc fundamento, vel ex eo quod facienda est differentia inter formam consulto non observatam, vel errore probabili, quando aliqua reperiuntur adminicula, quæ errorem commendant: ut primo casu pereat actus, in secundo secus, ex his quæ Mantica de conjectur. lib. 2. tit. 4. num. 4. & lib. 7. tit. 12. num. 2. Matienço in l. 1. gloss. 4. num. 7. tit. 4. lib. 5. Recop. pungit Flores in addit. ad Gamam dec. 126.

Ex quibus humaniorem partem secuti, quia de errore testis constabat retinentis se ad testatricis preces subscripsisse, verbum namque illud man-

dado, quo lex Regia utitur, debet explicari ad preces, quia morientis preces mandato æquipollent, prout de iure testes dicebantur rogati, & aderant adminicula, scilicet fræces tabellionis in dicta approbatione dicentis de precibus ipsius subscripsisse. Insuper maxima probabatur infirmæ debilitas, ne scribere posset, ut considerat Valasc. d. conf. 149. num. fin. Addition. ad Gamam d. decis. 45. num. 1. Sententias revocavimus in favorem testamenti: Scriba Georgio Fernandez. Idem in processu inter Monachos S. Dominici contra Ioannam de Lemos Elvensem: Scriba Domingos de Basto. Idem iudicavimus in alio processu inter Franciscum Mendez contra Annam Moniz: Scriba Antonio Carvalho.

SUMMARIA.



Derogatoria triplex est.

Derogatoria voluntatis etiam est triplex.

In testamento expressa non aliter derogata censetur, nisi fiat mentio in secundo de verbis derogatoriis in primo appositis.

In hoc Regno ex communi sententia iudicavimus. ibi.

Si constet de voluntate, nulla derogatoria obstat. ibi.

Clausula derogatoria non vincit ipsam voluntatem expressam ibi.

Non solum sufficit generalis revocatio, verum nec illa opus est. ibi.

3 *Heres an audiatur rei vendicatione contra singularem possessorem titulo possidentem.*

Explicata l. item veniunt §. præ-

ter hæc ff. de petit. hered. ibi.

4 *Differentia est, an quis emerit hæreditatem, vel rem hereditatis.*

5 *Emptor hereditatis an conveniatur rei vendicatione.*

Emptor particularis non conveniatur. ibi.

6 *Emptori quomodo succurratur contra verum heredem.*

Datur illi exceptio ex persona venditoris. ibi.

Explicata l. si quis ff. de petit. hered. ibi.

7 *Explicata l. sed etsi §. item ff. de petit. hered.*

Exceptio competit ex persona venditoris, ut prius cum eo agatur. ibi.

8 *Verus sensus d. §. item.*

Hoc casu laudatio venditoris admittitur. ibi.

An cōtra singularem rei possessorem, qui titulum habet ab hærede putativo, qui possidet, agere valeat rei vendicatione ille, qui se verū hæredem profitetur?



Uidam Antonius Fernandez testamentū condidit in oppido d'Abrãtes, hærede instituto cū clausula derogatoria, ne aliud valeret, nisi in eo illa verba descripta reperirentur: Christus factus est obediens pro nobis. Postea prioris dispositionis immemor aliud testamentum fecit cum generali omnium præcedentium revocatione sine speciali illorum verborum expressione, in quo alium constituit hæredem, qui, hæreditate adita, ex ea olivetum tertio vendidit, contra quem primus hæres actionem movit proposita rei vendicatione, & de duobus dubitabatur. Primum, an dictum secundum testamentum revocasset primum? Deinde, an concessio, quod non revocaretur, posset primo loco institutus hæres rei vendicationem intentare contra tertium, & singularem possessorem?

I Circa primum notandum est triplicem esse derogatoriam, solemnitatis aliam, aliam voluntatis, aliam tandem potestatis. Prima, illa est, qua testator sibi maiorem solemnitatem ordinaria præscribit: secunda, quia removet à se consensum, & voluntatem ad alium actum gerendum: tertia, qua se astringit, & sibi potestatem aliter gerendi interdicit. Prima, & ultima parvi sunt effectus, cum & solemnitas actuum, vel potestas ad illos gerendos particularibus personis non subsit, sed pendeat ex legum decretis, quibus non derogatur privatorum pactationibus, vel dispositionibus; quia nemo sibi legem ponit, l. nemo potest ff. de legat. 1. plures citat Menoch. lib. 4. præsumpt. 166. num. 6. Media vero clausula derogatoria, quæ voluntatis est, suos habet effectus con-

tra actus, qui post illam sequuntur, quia leges cum voluntati gerentium famulentur, voluntatis defectus legis etiam præcepta corrumpit, quæ non aliter sustinet actus gestos, nisi sub umbra quadam voluntatis gerentis, post Bart. in l. si quis in princip. num. 3. ff. de leg. 3. Socin. in l. si mihi & tibi §. in legatis ff. de legatis 3. num. 23. & 24. latè Alex. conf. 25. incipit viso vol. 3. Covarr. in rubr. de testam. num. 19. late Menoch. lib. 4. præsumpt. 166. n. 7. Antonius Faber de errorib. pragmat. decada 38. error. 1.

M 2 Hæc derogatoria voluntatis consideratur etiam tripliciter, ut per Menoch. d. num. 7. vel generaliter apposita, vel specialiter, vel in individuo, quas non tolli Doctores asserunt, nisi simili expressione facta in actu sequenti, ut generali, speciali, vel individua revocatione pariter tollantur, ex reg. l. nihil tam naturale ff. de reg. jur. d. l. si quis in princip. Menoch. ubi supra num. 13. in fine, Bart. & Bald. in l. 1. ff. si quis in jus vocat. post alios Ripa in l. 1. num. 68. ff. de vulgar. Unde cum in presenti in primo testamento essent illa verba apposita, de quibus supra, non alia quam speciali illorum expressione, seu individua derogari potuit ex sententia Hermodoginiani in d. l. si quis in princip. Ubi requirit, quod testator specialiter dicat se prioris voluntatis penituisse, ibi: *Si specialiter dixerit, &c.* Castrensis conf. 279. lib. 1. quem sequitur Ruinus conf. 228. num. 1. in fin. lib. 1. Decius cōf. 475. num. 11. Nata in Auth. hoc inter liberos, num. 60. C. de testam. quos citat Menoch. ubi supra num. 59. Iul. Clar. §. testamentum quæst. 98. Covarr. in Rubr. de testam. part. 2. num. 19. concl. 4. Et licet ab horum Doctorum senten-

tia recedere non liceat in hoc Regno, ubi ex sententia communi judicamus ex Ordin. lib. 3. tit. 64. si in puncto juris hæc hæsitatio metienda est, ridiculum judico, quod quando constet de voluntate revocantis prius testamentum, vel quia ex forma dispositionis, vel alijs legitimis conjecturis appareat ipsum revocare voluisse, nihilominus sit spectanda specialis, vel individua, seu specifica revocatio, ut secundum testamentum prius tollat; non enim minus habet roboris juramentum, quo testamentum fulcitur, ne amplius revocari valeat, quam clausula derogatoria, quæ habet se ad modum simplicis protestationis, qua testator futuræ voluntatis vinculum relaxat, ejusque effectus enervat, quasi non à sua legitima voluntate, sed adulterina, & illegitima elicitos: & tamen videmus testamentum juramento roboratum alio solemniter tolli, per quod contrariæ voluntatis enixa argumenta suppetunt, licet ex tali revocatione testator fiat perjurus, quia juramentum habet effectus clausulæ derogatoriæ, ut dixit Bart. in d. l. si quis in princip. n. 15. per text. in l. cum pater, §. filius matrem ff. de leg. 2. ubi Doctores communiter plures, quos citat Gutierr. de juram. confirm. 1. part. cap. 2. num. 6. Et tamen si constet de voluntate testatoris volentis à prima voluntate recedere, non erit impedimento vinculum juramenti, etiamsi promiserit tali stare testamento, quia illud juramenti vinculum extra testamentum est, nec impedit revocationem actus, aliàs natura sua revocabilis; licet perjurium ex revocatione incurratur; licet in dubio potius credendum sit testatorem immemorem prioris juramenti extitisse, ne perjurium præsumamus: si autem colligatur ipsum revocare voluisse, nemo ambigit prius testamentum annullari, sicut alias omnes agnoscunt; quod si huic secundo testamento juramentum etiam additum sit, prius revocatur sine alia expressione, quia colligimus à priore voluntate recessisse, ut dixit

Bald. receptus communiter in l. fancimus C. de testam. ubi Ias. num. 8. Socin. in d. §. in legatis num. 12. Covarr. ubi supra illat. 2. Mantica de conject. lib. 12. tit. 8. num. 20. Menoch. d. præsumpt. 166. num. 35. Tiraq. de legib. cónubial. gloss. 5. num. 149. Paris. conf. 24. num. 6. lib. 2. Covarr. in d. rubr. num. 19. 2. part. Clarus §. testamentum quæst. 99. vers. item scias, & Molin. tom. 1. de just. disp. 151. quanvis dicat necesse esse, ut in secundo testamento fiat mentio primi juramenti, alioquin non censeretur primū revocatum per secundum juramentum: non ergo revocatio prioris actus à declaratione de novo facta pendet, sed à voluntate gerentis, quia clausula derogatoria est quædam conjectura voluntatis: quomodo ergo potest vincere ipsam voluntatem, quæ conjecturas & vincit, & componit l. in conditionibus ff. de cond. & demonstr. Insuper talis clausula est accessoria priori actui, & illo destructo non est in quo subsistat. Cum igitur actus à voluntate gerentis pendeat, quem cōfirmant, & firmiorem reddunt illæ protestationes voluntatis, contraria voluntate oportet & solvi accessoria, & robora, quæ extrinsecus accesserant, sicut & ipsa voluntas contraria tollitur. Concludamus igitur cum Fabro d. decade 38. error. 1. ad revocandum testamentum prius, in quo talis clausula inserta fuerit, non modo sufficere generalem revocationem, sed neque necessariam illam esse, sufficiente sola posterioris testamenti potestate propter conjunctam juris auctoritatem: nec quidquam referre quibus verbis clausula derogatoria concepta sit, cum appareat de alijs hæredibus institutis, quam qui fuerant in priore. Nec obstabit quod Socinus objicit ex l. 1. §. inter ff. ad l. Cornel. de fals. arguens de confirmatione testamenti generali, vel speciali, ut pari ratione testamenti reprobatio aliquando debeat esse generalis, aliquando specialis, quando scilicet præcedens clausula id exposcat. Quia respondetur cum Fabro, quod specias

lis subscriptio ibi requiritur, cum extraneus sibi aliquid in testamento adscripsit, & quia illam clausulam falsam lex Cornelia præsumit, ideo exigit specialem approbationem, ut suspitio purgetur; quod non convenit testamento cum clausula derogatoria, quod ubi primum revocatur, omnia contenta corruunt, nec contraria voluntas patitur voluntate sublata durare clausulas derogatorias, quæ ab ipsa voluntate vires accipiunt, qua mutata, & ipsas mutari necesse est: nec aliqua suspitio subest, cum de voluntate sine ulla suspitione falsitatis constet: quam doctrinam approbat Covarr. Iul. Clar. & Molin. locis supra citatis, qui refert Gregoriũ Lopes.

3 In secunda parte non leve est dubium: An hic primus hæres audendus foret reivendicatione contra singularem possessorem titulo possidentem? Et an actorem repellere possit exceptio, ne fiat præjudicium hæreditatis penoni? Vel ut prius agat contra possessorem? Et quoad primum videtur, quod vindicatio competat l. 3. C. de petit. hæred. l. 1. ff. si pars hæredit. petat. l. 4. C. in quibus caus. cess. long. temp. præscript. ibi: *Verum hi, qui nec pro hærede, nec pro possessore, sed pro empto, vel donato, vel alio titulo res, quæ ex hæreditate sunt, vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil hæc juris diffinitio nocet: facit Paulus in l. licet ff. de petit. hæred. ibi: Sed hoc totum illi officio iudicis restituitur, quod adversarius possidet: idem dicit Ulpianus in l. sed et si lege §. item si rem ff. illo tit. ibi: Si nondum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore possit, & si vindicet, an exceptione non repellatur, &c.* Obstat tamen l. item veniunt §. præter hæc ff. eod. tit. Ubi vindicatio omnino prohibetur, sed rebus hæreditatis distractis bona fide solum ad pretium patet actio contra venditorem, ibi: *Placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas, d. l. sed et si §. scire 4. ff. illo tit.*

4 Quia tamen articulus obscurus

est, sequentia notanda duco. Primo, quod duo sunt casus distinguendi, an quis emerit hæreditatem, vel rem aliquam hæreditatis à putativo hærede, qui bona fide distraxit, quando tota hæreditas vendita est? Tunc emptori succurritur contra putativum hæredem, qui distraxit, l. 3. §. vendicanti, l. si scripti 9. verbo res hæreditarias vindicare ff. petit. hæred. l. legitimam eod. l. 2. verbo petitio civilis ff. de fideicommiss. hæred. petit. l. 2. verbo civilibus actionibus ff. de possess. hæred. per Maranta 4. part. distinct. 3. num. 61. Bart. in l. sed si lege §. item si rem ff. de petit. hæred. Cumanus ibi num. 4. Uvezembechius sub illo tit. C. de petit. hæred. n. 8. Pariter & contra emptorem hæreditatis utilis petitio datur: primo, quando hæres putativus non comparet: secundo, etiam si compareat, si tamen modico pretio vendidit: tertio, quando pinguius succurreretur vero hæredi, si contra emptorem ageret propter personam vendentis: veluti quia fiscus, cum quo non expedit litigare, l. nec ullam §. item si quis à fisco ff. de petit. hæred. quarto, quando venditor jam non habet pretium hæreditatis venditæ, d. l. nec ullam §. apud Marcellũ, Bart. & Cuman. ubi supra.

5 Statim dubitari potest: An hic emptor hæreditatis possit conveniri reivendicatione rerum singularium? Et puto, quod non, si reus opponat, quod fit præjudicium hæreditatis petitioni: sicque debet explicari d. l. nec ullam §. quod si quis, quod reivendicatio locum habeat proposita jam hæreditatis petitione: vel si reus præjudicialem exceptionem non proponat, Cuman. d. n. 4. quia emptor rei particularis non est dubium, quod directa, vel utili hæreditatis petitione non convenitur, l. legitimam, l. pro hærede, d. l. nec ullam §. si quis sciens ff. de petit. hæred. quia solum datur adversus eum, qui pro hærede, vel possessore possidet totam hæreditatem, vel partem, d. l. licet, l. regulariter 9. cum legib. seqq. ff. de petit. hæred. l. hæreditas 7. C. illo tit. emptor autem

rem rei particularis nec pro hærede, nec pro possessore possidet, licet habeat potentius jus in illa re, quam emptor universalitatis, qui sustinet vices hæredis, l. 2. §. penult. de hæred. vel actione vend. Quare contra singularem possessorem titulo possidentem, non aliter agitur, quam rei vindicatione.

6 Quia tamen multæ æquitatis causæ considerari possunt, ut emptori succurratur contra verum hæredem agenti, æquitas suggerit, ut illi succurratur primo, ut ex persona venditoris excipere possit, quod actio intentata contra eum non procedit, nisi prius actum sit cum venditore, qui est in possessione hæreditatis, ne per hanc actionem fiat præjudicium petitioni hæreditatis, quia re evicta statim Reus ageret contra venditorem, & dejiceretur per indirectum à sua possessione, l. sed etsi lege §. item si rem, ibi: *Quia victi emptores reversuri sunt ad eum, qui distraxerit, & hæc exceptio repellit actorem tanquam non habentem legitimam personam, quandiu alius hæres ex testamento possidet:* quæ exceptio lata sententia finietur l. si quis libertatem ff. petit. hæred. ibi: *Non debet iudex de libertate sententiam dicere, ne præjudicium de testamento cognituro fiat;* & ibi: *Trajanus rescripsit differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium, aut inducatur, aut finem accipiat.* Adhuc tamen obstat, quod si verum hæredem compellamus cum putativo prius agere, ad quem eorum pertineat jus, & nomen hæredis, illud daretur absurdum, quod amitteret verus hæres rei suæ vindicationem, quia putativus hæres pro hærede possidens liberatur solvendo pretium, quod accepit, l. item veniunt §. redactæ ff. de petit. hæred. d. l. sed si lege §. si minori.

7 Quare mature ponderanda sunt verba Ulpiani in d. §. item si rem, in duobus casibus, quos constituit circa bonæ fidei possessorem rem hæreditatis distrahentem, dum decidit rei vindicationem competere: nam primo statuit posse emptorem agentem repellere, quando ipse re-

cursum habeat contra venditorem, aliàs secus; quia cum cesset evictio, nullum fiet præjudicium hæreditatis petitioni: quando autem evictio competit exceptioni præjudiciali, locus est, quia non aliter actor admittitur, nisi probet se hæredem cū legitimo contradicatore. Unde eo casu sibi competit exceptio ex persona venditoris, ut cum eo prius agat petitione hæreditatis, nec eo casu fraudabitur sua rei vindicatione, quia lata sententia pro eo iudicis officio petet sibi res alienatas restitui d. l. licet, & prosequitur suam rei vindicationem. Nec aliud probat d. §. redactæ, & d. §. si minori, quia ibi solum dicitur, quod recepto pretio ab hærede debitores liberantur ipso jure, cū in manu veri hæredis sit pretium redactum non recipere, sed res ipsas vèdicare. Nec obstat, quod si supponimus personæ illegitimitatem ad standū in iudicio, hæc incapacitas sic reperitur, quando regressus patet contra venditorē, ac quando non patet; quia utroq; casu sine actione agit qui adhuc hæres non est, & à fortiori quando alius hæres est in possessione hæreditatis cum titulo habili, & legitimo, prout in nostro casu contigit. Quia satisfit, quod hæres verus semper recte agit vendicando res distractas ab hæreditate, nec ex alio capite eum repellit tertius possessor, nisi quod infertur petitioni hæreditatis præjudicium propter evictionem: unde cū cessaverit evictio, cessabit etiā præjudicium hæredis putativi, & statim vindicationi fiet locus, quia hæc exceptio non opponitur hoc casu ex persona emptoris, sed ex persona venditoris.

8 Quare concludo, quod in hoc textu solū agitur de duplici exceptione: prima, quæ competit Reo ex persona venditoris, ut dicit Cuman. ibi n. 6. de qua modo agimus, ut ipse repellat verū hæredē suspento iudicio, quousq; cū putativo actū sit, ne fiat propter recursū, seu regressum præjudicium hæreditatis petitioni, & hæc exceptio transit ad emptorē ex reg. l. si tibi decē §. pactū, l. fidejussoris §. 1. ff. de pact. Bart. in d. §. itē si rem, Cuman.

ibi num. 8. Secunda exceptio est ea, quæ oritur ex persona sua ipsius emptoris, patet ex text. in fine ibi: Exceptio locū habet ex persona emptorum, ut scilicet admittatur laudatio venditoris, juxta reg. l. ex empto ff. de action. empt. l. venditor ff. de judic. Ordin. lib. 3. tit. 45. § 7. explicat Barbosa in d. l. venditor num. 119. Quo casu inter actorem, & laudatum judicium instituetur super validitate utriusque testamenti. Et finita quæstione hæredum, ad quem spectet, si actor verus hæres appareat, intentatam rei vendicationem persequitur: licet apud nos de jure Regio si actor nolit consentire, ut laudatus judicium in se suscipiat, cum utroque, & Reo, laudato judicium constabit, & finietur

SUMMARIUM.



*S*poliatus, qui patitur super petitorio agi, juri suo renuntiat. Clausula, omni meliori modo, quid operetur. ibi.

Non obstante partis consensu debet solum decidi possessorium. ibi.

Partes non renuntiant juri publico. ibi.

2 Qui consentit agi de petitorio adhuc non renuntiat restitutioni.

Spoliatus petitorium pendens suspendere potest. ibi.

3 Spoliatus non debet consentire, ne sibi præjudicet.

Consensus tacitus sufficit hoc casu, & explicatur cap. 1. de rest. spol. ibi.

Si non obstante protestatione iudex procedat, debet spoliatus appellare. ibi.

Articuli super proprietate non sunt

ex d. Ordin. §. 7. & 8.

Ex quibus cum in præsentis Reus titulo emptionis possedisset, & regressum habeat contra venditorem hæredem putativum, nec fiat præjudicium hæreditatis petitioni opposita exceptione ex parte Rei actor summovendus est, ut cum possessore prius experiatur, ut pronuntietur hæres, & tunc contra Reum agat, argum. eorum, quæ notantur in l. decem ff. de verbor. obligat. & in hunc sensum debent accipi Covarr. pract. cap. 12. Parlador lib. 1. cap. 1. §. 11. num. 1. & cap. 5. num. 10. ultra Surdam conf. 28 n. 60. Atque ex his confirmavit Senatus sententiam Iudicis, qui Reum absolvit ab hujusmodi petitione.

rejiciendi, ut impertinentes. ibi.

Solus Princeps concedit, ut causa possessionis, & proprietatis simul decidantur partibus renuentibus. ibi.

4 An in odium spoliantis leges rejiciant exceptionem dominij.

Spolium duobus modis remitti potest pacto, vel à parte ante, vel à parte post. ibi.

Primo casu remitti non potest, sed in secundo. ibi.

5 Favori suo quilibet renuntiat.

Ne spoliatus videatur velle consentire, oportet, ut declaret se velle uti suo privilegio. ibi.

Exceptio spolij duobus modis potest deduci, vel in vim dilatoria, vel peremptoria.

In vim dilatoria movetur, cum agitur de impedimento cause cursus. ibi.

In vim peremptoria cum petitur resti-

*restitutio. ibi.**In vim peremptoriae exceptio in**quacunq; litis parte opponitur. ibi.**Non probatur Valasci opinio. ibi.*

DECISIO LXXXIII.

An spoliatus sit ante omnia restituendus, quando passus est, ut Reus opponeret de dominio, nec protestatus est? Ad Ordin. lib. 3. tit. 48.

IUm Ferdinandus Rodrigues de Portalegre, vel ex Amea opponeret se spoliatum, & ut ante omnia restitueretur pars adversa, de proprietate egit, & ipse passus est super ea causam agitari. Dubitabatur, An sententia super possessorio tantum proferenda esset? Et placuit cuidam doctissimo Senatori non obstante hujusmodi tacito consensu sententiam super possessorio tantum proferendam ex clausula omni meliori modo in impedimentis apposita, qua conservari dicebat jus agentis ex sententia Valasc. conf. 119. num. 17. citato Menochio remed. 1. recup. num. 166. in fine. Cui difficultati addebam, quod leges ipsae rejiciunt exceptionem dominij ab spoliatore propositam ob facti atrocitatem, & spoliantis odium l. 1. §. interdictum autem hoc ff. de vi, ibi: *Facinoris atrocitatem, &c.* Clem. 1. de caus. possess. ibi: *Spoliantis odium, &c.* Quare non videtur admitti posse factum partis contra publicam utilitatem, l. jus publicum ff. de pact. sicut alias Macedoniano renunciari non potest, l. tamen si 13. ad Macedon. gloss. 1. in cap. si diligenti de foro comp. recepta ex Padilla in l. ult. num. 9. C. de juris, & fact. facit optima Ordin. lib. 4. tit. 13. §. 9. ibi: *Et posto que as partes renunciem o remedio desta ley: faciunt quae Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 2. C. de rescind. vendit. n. 2. Mozzius de contractibus tit. quibus caus. annull. emptio à num. 2. Caldas Pereira verbo laesis n. 2. Mascard. concl. 1264. Zevallos quæst. 511. Salas de contract. tit. de emption. lib. 27. num. 14. cum alijs*

citatis à doctissimo Emmanuele Barbosa in Annotationibus ad leges Regias ad illam Ordinationem, cujus indefessus labor nunquam satis laudatus erit: qui cum longa rerum experientia, & fori exercitatione improbum laborem mira industria copulavit: dignus quidem, ut non exiguo præmio ab invictissimo Principe cumuletur, nisi commune fatum, quod studiosis semper invidet, obstitisset.

2 Secundo potest considerari, quod quantumcunque spoliatus cõsentiat agitari quæstionem proprietatis, & dominij, adhuc non renuntiat restitutioni, & potest de illa obtinenda agere, d. Clem. 1. in fine: maxime quia probatio dominij spoliatori prodesse non potest, cum spolium commissum amiserit omne jus, & dominium rei, quæ spoliato tribuitur, l. si quis in tantam C. unde vi, cap. ult. 1. quæst. 4. Ordin. lib. 4. tit. 58. in princ. Et tandem facit, quod spoliatus petitorium suspendere potest, ut de possessorio audiatur, cap. significaverunt 36. de testibus in princ. ibi: *Suspensio petitorio; & ibi: Causam possessionis, ad quæ de juris beneficio, &c.* Clem. 1. in 2. part. de caus. possess. gloss. ult. ad fin. in l. cū fundus ff. de vi, cõmunis in d. §. nihil cõmune, ubi Claudius n. 149. Covarr. 1. resol. c. 16. n. 3. Valasc. conf. 162. n. 4. Cū ergo suspendere valeat petitorium intentatum, à fortiori quando à parte adversa movetur, cum utroq; casu eadem sit ratio. Et ideo hoc casu, licet pars illud omittat, debet à Iudice suppleri ex reg. tit. C. ut quæ desunt advocat. ex quibus in foro civili reg. d. c. 1. de rest. spol. non observatur. Valasc. ubi supra n. 11.

3 Verum his non obstantibus con-

trarium dicebam, quia spoliatus, qui ab spoliante opponitur exceptio dominij, nec expresse, nec etiam tacite consentire debet, sed omnino contradicere, cap. 1. de rest. spol. & fuit Alex. in l. naturaliter §. nihil commune ff. de acquir. poss. num. 31. Ripa ibi num. 72. Zazius 64. Menoch. d. remed. 1. num. 167. Surdus conf. 166. num. 10. Et licet Valasc. d. conf. 119. num. 10. sentiat in d. cap. 1. agi de expresse consensu, non de tacito, quod suadetur, quia inquit textus, quod quando Diaconus constituit se probaturum dominium, spoliatus consensit; quæ verba necessario intelligenda sunt de consensu expresse, ut qualitas consensus juncta verbo constituit intelligatur juxta tempus verbi, l. in delictis §. si detracta ff. de noxalibus: aliàs enim si consensus esset tacitus, non diceretur intervenisse, quando Diaconus constituit se probaturum, sed postea quando spoliatus acquievit, & respondit, quia tunc tacite consensisse videbatur. Tamen licet illum textum intelligamus de expresse consensu, non repugnat, ut intelligatur de tacito illo tempore, quo Diaconus proposuit dominium, dum tacendo spoliatus approbavit, & non replicavit: qui consensus tacenti præjudicat, Barbof. in l. quæ dotis ff. de sol. matrim. n. 62. facit l. cū ostendimus ibi: Si præsentibus fuerunt, & non contradixerunt ff. de fidejuss. tacitus namque consensus illius, qui potest prohibere, habetur pro expresse l. 2. §. voluntate ff. solut. matrim. l. sæpe vers. cur autem ff. de re judic. junct. gloss. in l. Caius ff. de pignor. action. ex reg. l. Seius ff. si cert. petat. Adeo ut si non obstante protestatione judex procedat in causa, debeat spoliatus appellare, ne sibi præjudicet. Menoch. ubi supra n. 167. Valasc. conf. 119. num. 11. Non tamen ex hoc inferas, quod articuli super proprietate tanquam impertinentes ad causam repellendi sunt, ut videtur sentire Afflict. decis. 193. per totam; quia ex sententia Bald. in l. unica C. si de momēt. possess. debent admitti ad coadjuvandum causam pos-

sessionis, seu defensionis Rei. Angel. in l. si quis ad se C. ad leg. lul. prosequitur Afflict. decis. 7. Ut autem causa possessionis, & proprietatis simul decidi valeat, potest à Principe impetrari, de quo Cabed. decis. 61. num. 2. Et Proregem hoc concedere non posse testatur Barbosa in l. si de vi ff. de judic. n. 170.

4 Et hac opinione retenta non obstant fundamenta in contrarium adducta: & primo non obstat, quod in odium spoliatoris leges rejiciunt exceptionem dominij, cui juri tanquam publico partes renuntiare non possunt. Quia respondetur, quod ommissa opinione illorum, qui restitutionem dicunt in odium spoliatorum absolutè, vel mixtam, partim in eorum odium, partim in favorem, de quibus late Menoch. d. 1. remed. à n. 15. probabilius est restitutionem ex remedio unde vi respicere favorem spoliati, d. l. 1. in princip. ibi: *Dejecto subveniri, & ideo sine strepitu restituitur*: gloss. verbo Seius in l. minor ff. de eviction. & ita cessat regul. d. l. jus publicum, & similitudo exceptionis Macedoniani, quæ in odium fuit introducta, l. 1. in princip. ff. ad Macedon. l. qui exceptionem 11. ff. de condict. indeb. Unde dum meminit d. l. 1. atrocitatis spolij, non dicit dari propter atrocitatem, vel in odium spoliantis, sed quod includit in se, & supponit atrocitatem facinoris, idest violentiam, & sic pænalis non est, nec odium continet lex, quæ furtum, aut rapinam restituere jubet, l. si pro fure ff. condict. furtiva, Ordin. lib. 3. tit. 18. §. 14. Unde duobus modis potest remitti spoliolum, vel à parte ante, & dum est in fieri, vel à parte post, & in factum esse. Primo casu nullo modo remitti potest, quia erit contra bonos mores, dum delictum futurum remittitur, & delinquendi ansa tribuitur contra l. convenire ff. de pact. dotalib. Pinel. d. cap. 2. n. 2. Sarmiento lib. 1. selectarum cap. 11. n. 4. Gutierr. practicar. lib. 2. quæst. 140. & de juram. confirmator. 1. part. cap. 26. à num. 2. Molin. de justitia disput. 349. vers. in Lusitania, Rebello de obligat.

gat. iustitiæ part. 2. lib. 9. quæst. 3. sect. 2. num. 9. Marta de clausulis 1. part. conclus. 130. num. 23. Valasc. de partition. cap. 40. num. 11. Secundo vero casu valet spoliij actio remitti, quæ in partis utilitatem concessa est, quia privilegium spoliati in eo consistit, ne cogatur invitus suo spoliatori respondere ante restitutionem cap. 2. & ult. de ordin. cognit. plane ubi sciens patitur quæstionem, vel exceptionem dominij, nec contradicit, jam non cogitur invitus, sed volens: Igitur sibi præjudicat, ne ante omnia restituitur.

5 Ad secundum autem respondetur, pænam illius legis cessare, si pars illi renuntiet, vel illam petere nolit, juxta vulgaria principia, quibus docemur favori suo quemlibet renuntiare posse l. pen. C. de pact.

Ad tertium tandem respondetur cū Aretino, quem sequitur Gomez l. 45. Taur. num. 183. & Menoch. num. 163. quod non dubitamus posse spoliatum petitorum suspendere, si velit, sed ne videatur nolle, oportet, ut non consentiat tacitè objectæ quæstioni dominij, imò declaret se velle suo privilegio uti, cap. ultim. de ordin. cognit. ibi: *Audiendus non est*: juncto vers. sequenti. Nec obstabit, si quis replicet, quod exceptio spoliij in quacunque litis parte opponi potest, cap. ex conquæstione, ibi: *Post litis ingressum*: ubi Abb. de rest. spol. Clem. 1. in 2. part. de causa possess.

Quia respondetur, quod exemptio spoliij duobus modis potest deduci, vel in vim dilatoriam, vel peremptoriam. Primo casu est, quando quis vocatus ad iudicium excipit de spolio; tunc enim habet vim dilatoriam, & ante omnia

opponi debet, Ordin. lib. 3. tit. 29. §. 9. Secus autem si per modum actionis proponatur, tunc enim in quacunque parte litis de spolio agi potest, & suspenditur petitorium, ut per Claudium in §. nihil commune num. 170. in fin. ubi Cuman. & est communis, præsertim Canonistarum, ex multis citatis per Covarr. 1. resolut. cap. 16. num. 3. per Menoch. remed. 15. recup. num. 382. Menchaca illustrium cap. 88. n. 27. Padilla num. 36. in l. error C. de juris, & facti, pro qua opinione est text. in d. Clem. 1. in 2. part. de caus. possess. quia usque ad conclusionem potest spoliatus petitorium suspendere, l. cum fundum 18. ubi gloss. ult. in fine recepta ff. de vi, cap. pastoralis de caus. possess. dict. cap. significaverunt de testib. eleganter Bursatus cons. 129. num. 33. Dicitur autem in vim dilatoriam spoliium moveri, quando solum intèditur impediri cursus causæ; in vim autem peremptoriam, & per modum actionis, quando restitutionem spoliatus postulat, ut in cap. ex conquæstione actum fuit, & hoc modo procedunt, quæ Valasc. cons. 156. num. 32. Unde fit, quod licet spoliatus secundo modo in quacunque litis parte opponere possit per supradicta, quandiu non patiatur de quæstione dominij tractari, tamen si post talem propositionem patiatur de jure proprietatis disceptari, jam videtur pacisci de non agendo illa via privilegiata: & succedit reg. l. quod in hæredem §. eligere ff. de tributor. cum vulgaribus: Ex quibus secuta videtur doctissimi Valasci opinio d. n. 17. & contra eam judicavimus, confirmata sententia: Scriba Freitas.

SUMMARIA.



I X pecunia mutuo data potest exigi usura, & quando. In mutuo potest pacisci mutuans de re-

cienda justa compensatione. ibi. Potentia proxima in pecunia negotiationi exposita est quid distinetur à pecunia communi. ibi. Licitum est pacisci de justo lucra

boni viri arbitrio aestimando. ibi.

Piscator cessationem à jactu retis justè vendit. ibi.

Mercator potest pacisci de lucro querendo. ibi.

A principio non licet pacisci de lucro certo. ibi.

Fallit, si à principio appareat, quale illud sit, vel esse possit. ibi.

2 Interesse conventum ad primas nundinas an prorogetur in sequentes. In sequentibus nundinis primum interesse solum debetur, non vero interesse interessis. ibi.

Explicatio motus proprii Pij V. ibi.

Usura vicem habet fructus. ibi.

Fructus non parit alios fructus. ibi.

Si de nundinis fit mentio simulatè realiter cambium est siccum, & reprobatur. ibi.

3 Ex pecunia data sub certo interesse, A razão de juro, non contrahitur usura reprobata.

Generali consuetudine comprobatur hac usura.

DECISIO LXXXIV.

De mutuo dato sub ratione interessis ad nundinas, & an in eo reperiatursusura? Ad Ordin. lib. 4. tit. 67.



Um Ioannes Rodriguez Coutinho contraxisset cum Rege nostro Invictissimo, cum ipse Governator Regni Angolæ crearetur, cum facultate Regia magnam pecuniæ quantitatem à manu Georgij Rodriguez Solis accepit in Regno Castellæ, ubi eo tempore uterque commorabatur, apud Regis nostri Curiam destinata solutione ad nundinas, ratione quarum maxima pecuniæ, & interessis quantitas proponebatur exoluta: post ejus mortem ei successit Gondigalus Vaz Coutinho ejus frater, qui contra dictum Georgium insurgebat, solutam nomine interessis pecuniam repetens quasi usurariam, & injuste exactam contra motus proprii prohibitionem. Primo dubitabatur, si in pecunia sic ad nundinas accepta, ut daretur mutuo, considerari poterat usura? Secundo, An hoc cambium esset siccum, & usurarium.

I Et quoad primum placuit, quod potest mercator exigere interesse pecuniæ mutuatae, quam sub cambio accepit, ut eam daret indigenti, ita ut eam accipiens mutuam teneatur licitum interesse exolvere. Cujus rei illa est ratio, quia licet ratione mutui nihil sine usuræ labe recipi possit, cap. 1. 14. quæst. 3. ibi: *Plus quam dedisti, expectes:* cap. putant, cap. plerique, cap. usura eod. cap. 1. de usur. in 6. cap. si quis usuram, cap. quod dicam 14. quæst. 1. Thomas 2. 2. quæst. 78. art. 1. & omnes Doctores Theologi, Caietan. ibid. Laurentius de usur. quæst. 15. Soto de just. lib. 6. quæst. 1. art. 2. Navarr. in Manual. cap. 17. num. 220. Covarr. 2. resolut. cap. 2. num. 4. & in cap. 1. num. 5. vers. tertio. Tamen mutuum dum contrahitur, bene potest mutuans pacisci de recipiendo justa compensatione damni emergentis, vel lucri cessantis, etiam ante moram debitoris exigendi, ut per Hostiens. in cap. salubriter de usur. alij, quos citat Covarr. 3. resolut. cap. 4. num.

num. 5. Ubi dicit communem, quam probat Navarr. cap. 1. 14. quæst. 3. num. 47. & in Manual. d. cap. 17. num. 211. Sylv. verb. usura 1. quæstion. 19. estque communis Theologorum, præsertim Macoris in 4. distinct. 15. quæst. 30. Scoti quæstion. 2. Gabr. ibid. quæst. 11. art. 1. notabil. 2. Almain. quæst. 2. Ioann. Medin. de usuris quæst. 2. causa 2. Conrad. de contractib. quæst. 30. Molin. tom. 2. de just. disp. 315. §. contraria tamen, Cardin. Tolet. lib. 5. Cuman. cap. 33. num. 1. Lessius lib. 2. cap. 20. num. 80. Rebell. de obligation justit. lib. 8. quæst. 5. num. 4. & Azor. tom. 3. lib. 5. cap. 5. part. 1. Ratio est: quia licet potentia communis, & remota, quam omnis pecunia habet ad lucrum ex negotiatione, non sit aliquid distinctum ab ipsa pecunia, nec ejus valorem augeat, nihilominus potentia proxima, & particularis, prout pecunia negotiationi, & lucro verosimili destinata habet quid distinctum à pecunia communi, & considerata, ut sic est, plus valet, concludit Caietan. 2. 2. quæst. 28. art. 2. ad 1. Igitur licebit mutuanti utrumque in pactum deducere, Conradus de contractib. quæst. 30. conclus. 4. Navarr. ubi supra ex num. 50. cæterique Doctores citati, licet Innocent. in cap. ult. de usur. Sotus, Ioann. Andr. Calderin. Ancharr. Butrius, Aymon, & alij relati à Covar. & ab Azore ubi supra repugnent, quia sicut licet pacisci de damno vitando, licet & pacisci de justo lucro, & boni viri arbitrio vendere cessationem ab illo, quantumcunque quis sponte mutuaverit, dummodo lucrum non æstimetur, ut jam habitum, sed ut habendum, & speratum, & cum his circumstantijs, l. nec emptio 8. ff. de contrah. emptio. l. si jactū ff. de action. empti. Sicut alias piscator cessationem à jactu retis, & operarius cessationem ab opere, & artificio justè vendit, l. cum duobus 52. §. qui in coeunda, ibi: *Pretium enim operæ artis est velamentum*: nam qui alij commodat instrumenta suæ artis, justè paciscitur de justo lucro amisso ex

cessatione. Ex quibus elicitur mercatorem, sicut potest mutuando propriam pecuniam negotiationi destinata pacisci de lucro quærendo, à fortiori posse, dum eam sub usuris accipit, ut mutuet de damno vitando pacisci; quia suæ artis instrumenta commodat. Nec potest dici, quod dum voluntarie mutuavit, videtur recessisse à tali lucro sua sponte, & cum nulla scienti fiat injuria, reg. scienti lib. 6. non est cur damnū pertendat resarcire, in quod sponte incidit. Quia satisfit, quod non simpliciter consentit, quia statim à principio protestatur de lucro, vel damno, & de eo paciscitur: nec est admittenda differentia inter pactum super damno vitando, vel lucro captando, ut nervosè intendit Soto ubi supra, quia utroque casu par est ratio, Navarr. ubi supra n. 56. Quod si quis replicet, posse hoc modo viam fraudibus aperiri, quia mercatores poterunt simulando pecuniam esse negotiationi expositam, & sub ratione lucri cessantis usuras exigere. Huic difficultati occurrit Conradus d. quæst. 30. conclus. 4. vers. contra quartam. Unde licet regulariter in principio non liceat super interesse mutui pacisci, etiam quando illud justè exigeretur, ex Ioann. Andr. in cap. salubriter de usur. Gama decis. 110. num. 18. Rebuff. in l. 1. C. de sentent. quæ pro eo gloss. ult. num. 35. quia adhuc non apparet, quale tale interesse esse debeat, quia pendet à futuris causis, & incertis, quæ impediunt, ne certum interesse in pactum deducatur. Tamen si à principio appareat, quale illud sit, vel esse possit, nil impedit, quod super illo pacisci liceat arbitrio boni viri, attento dubio eventu, imò & poterunt partes æstimato inter se dubio eventu in modum transactionis convenire, argum. l. 1. ff. de transaction. & licet postea contigerit, minus fuisse interesse, non tenetur paciscens aliquid diminuere, vel addere, si maius sequatur: sic Navarr. in d. cap. 1. num. 57. vers. la segunda, post Medinam quæ refert Mercado cap. 10.


vers. destos, ex quibus declaratur gloss. ult. in cap. dilecti 17. de foro cōpet. & quæ tradit Burgos conf. 49. à n. 7. & 12.

2 Ex quibus in præsentī placuit arbitrio boni viri hoc interesse peti potuisse. In secunda quæstione dubitabatur, An hoc interesse conventum ad primas nundinas, esset prorogandum ad sequentes, & cum augmento ejusdem interessis in primis nundinis debito, quasi illud interesse efficeret sortem principalem? Et placuit viso motu proprio Pij Quinti, quem adducit Navarr. cap. 17. quod interesse promissum non poterat ad alias nundinas præter primas extendi, explicat Molin. disput. 404. vers. non tamen, ut in sequentibus nullum interesse debeat, sed quod in sequentibus primum interesse continetur primæ sortis, ut nulla habeatur ratio interessis usurarum; quia hoc videtur colligi ex verbis dicti motus proprii, explicat Navarr. ubi supra ibi: Nullo maiori lucro: cum ergo non sit maius, sed idem, non impedit continuari posse in nundinis futuris, si realiter illæ dabantur. Quæ interpretatio juri consonat, secundum quod nullæ usurarum sunt usuræ, nec in stipulationem deduci possunt, l. si non sortem §. 1. ff. de usur. Absurdum namque est eandem rem, & sortem esse, & usuram; nam quatenus pro sorte pecuniæ præstantur, sunt usuræ, quatenus autem pro ijs præstatur, usuræ sunt fors, argum. l. si plures ff. de pact. l. pen. ff. de recept. arbitr. l. ille à quo §. penult. ad Trebell. & quod de personis ibi dicitur, idem de rebus dicendum est, ne una, res, seu persona diversas figuras induat. Deinde usura vicem habet fructus, l. usuræ ff.

de usur. fructus autem fructum non parit, eleganter Donel. in l. fin. C. de usur. num. 1. Cujat. ad l. 9. ff. de usur. in §. usurarum tom. 4. fol. mihi 1160. Unde si verè nundinæ non erant, sed simulate de illis fiebat mentio, nullæ usuræ deberentur; super quo diligentiam fieri placuit, quia si realiter nundinæ non dabantur, cambium erat siccum, & simulatum, ut late Molin. d. disput. 404. Azor. institut. moral. lib. 10. 3. part. cap. 8. vers. secunda conditio, Sapia de usur. conclus. 3. §. 2. num. 23. Farin. dec. 775. num. 11. in fine, Burlatus conf. 393. n. 28. lib. 4. Rota Genuæ decis. 37. num. 11. Morla in empor. tit. 8. in princip. num. 42. Nicolaus de scriptura privata lib. 3. de liter. camb. num. 14. Et hoc modo sententiam confirmari, & revocari placuit.

3 Illud non omitam sæpe in Senatu decisum, quod non commutatur usura, quando pecunia datur sub certo interesse, vulgo, *A razão de juro*, etiam inter personas, quæ mercaturam non exercent, ex his, quæ Molin. de justit. disput. 418. Surdus decis. 259. num. 16. judicatum dicit doctissimus Emmanuel Mendez de Castro in sua praxi lib. 3. cap. 22. num. 29. Et generali consuetudine, & approbatione receptum, & judicatum sæpius extitit huc contractum esse licitum cum illa moderatione, *De seis, & hum quarto*: sic enim videmus Religiosos viros eam ab omnibus recipere, quorum fatis probata opinio, & sanctimonia consuetudinem commendat. Sic fuit judicatum in processu Ioannis Rodriguez cum hæredibus Antonij Correa: Scriba Stephano de Vianna. Et in altera Alphonfi Bembi.

SUMMARIA.

- I**  *Idejussor ante principalem non convenitur.*
Fallit, nisi se constituat fidejussorē principalem. *ibi.*
Quando pater dotat ultra legitimam filij, & tertiam, potest dubitari, an fidejussio valeat. *ibi.*
Fidejussor non obligatur in duriorē causam, quam principalis. *ibi.*
- 2** *Expromissor est, qui pro non obligato se obligat.*
- 3** *Expromissor alienae obligationis inefficacis efficaciter obligatur.*
- 4** *Divisio inter debitores inducta nō est ex sola petitione, nisi accedat solutio.*
- 5** *Quando partem ab omnibus petit, inducitur divisio, aliās secus.*
Amplia etiam, quando nulla partis fit mentio. ibi.
Confunditur hac Alexandri sententia.
In hoc Regno nunquam inducitur divisio, nisi exprimatur.

DECISIO LXXXV.

An fidejussor datus pro securitate dotis promissae, quando excedat legitimam, & tertiam defuncti, possit pro illo excessu conveniri, ut ex suo solvat?

Ad Ordin. lib. 4. tit. 39. §. 2.

Cum dominus Franciscus Lobo matrimonium contraxisset amplissima dote promissa, ejus fidejussor extitit Didacus Nunez Caldeira, se principalem constituens debitorem, & in fine obligationis addidit, quod casu, quo ex legitimis, & tertia Didaci Duarte soceri, ejusque uxoris defunctae implementum dotis dari non potuisset, quod eo casu ipse tanquam principalis de suis proprijs bonis se soluturum pollicebatur.

I Cumque à Didaco Nunez tota dos peteretur, in sui defensionem adducebat verba illa ultimae clausulae, asserens se non teneri, nisi ad illud tantum, quod excedebat legitimam, & tertias, quasi fidejussor datus fuerit tantum ad excessum, non vero ad valorem legitimae, & dictae tertiae: sicque aliqui-

bus Senatoribus placuit. Ego dixi contrarium, constituens Reum fidejussorem indemnitate, ut illi doctissimi Senatores asserabant, nec habere hoc casu locum Auth. praesente C. de fidejussor. cum alijs traditis per decis. Pedam. 166. num. 1. Borrell. conf. 47. num. 2. Gutierr. de juram. 1. part. cap. 23. num. 1. Ubi explicat fidejussorem ante principalem non conveniendum, quia in nostro casu ipse se principalem constituit debitorem; quo casu limitatur regula d. Auth. praesente, Schidivimus in §. plures Instit. de fidejuss. num. 3. fol. 523. Fachineus lib. 3. controvers. cap. 15. Ordin. Regia lib. 4. tit. 59. §. 3. Boer. decis. 221. num. 13. Barbof. in l. si constante num. 115. ad fin. ff. solut. matrim. Et advertebam, quod dicta clausula fuit apposita in augmentum praecedentis obligationis in casu magis arduo, scilicet quando facta collatione cum

reliquis cohæredibus, ut inter eos servaretur æqualitas, l. ut liberis C. de collation. Quo casu filius dotatus reliquis fratribus confert ea, quæ ultra legitimas, & tertias defunctorum accepit. Ordin. lib. 4. tit. 91. §. 3. Et poterat dubitari, An pro illo excessu valeret fidejussoria obligatio; quia pater non poterat promittere dotem, quæ excederet legitimam, & tertiam, ut ex ea repleti posset, & cum respectu patris esset inefficax obligatio: nec fidejussio valida esse poterat, ne in duriores causam, quam principalis, obligaretur fidejussor contra regulam l. si Græce §. illud ff. de fidejussor. Duënas reg. 333. decis. Perus. 57. n. 1. Cujatius ad l. si testamento 49. §. ult. ff. de fidejuss. in lib. 28. quæst. Papiniani 4. tom. fol. 614. Surdus conf. 20. num. 10. Adeo ut in nihilum teneatur fidejussor in duriores causam datus, ex eodẽ Cujatio in lib. 11. respons. Papin. in l. pecuniæ ff. de usur. lit. D. & E. reprehendens Alciatum, qui existimat solum non teneri in excessu, quasi utilis obligatio non vitietur per inutilem. Atque ideo cum illa clausula posita fuerit ad augmentum, non debet operari contrarium effectum, ut priori obligationi, quæ præcedebat, aliquid detraheretur.

2 Unde oportuit, ut fidejussor eo casu excedens fidejussionis terminos, se faceret dotis datæ expromissorem, ut pro non obligato obligaretur ex sua persona, l. & eleganter §. servus pactionis ff. de dolo, l. qui libertinus in fine ff. de oper. libert. Donelus ad Rubr. C. de fidejuss. num. 5. Alciat. de verbor. signific. verbo expromissor: quia prior obligatio respectu dotantis erat inefficax, cum in partitionibus, & collationibus posset diminui. Ordin. d. tit. 97. §. 3. Valasc. de partition. cap. 13. à n. 21. & cap. 15. n. 85.

3 Et ideo expromissoris obligatio eum efficaciter obligavit, quia debitum alienum fecit proprium, ut ponderat Flores lib. 1. quæst. 11. num. 8. & prout omissio principali pulsari, Barbof. in l. si constante n. 116. ff. solut. matrim.

4 Nec obstabat, quod à parte contraria allegabatur, Actorem jam partem debiti à principali debitore recepisse, quo fuit inter eos inducta divisio, l. reos ff. de duobus reis, l. si ex toto ff. de leg. 1. l. 2. ff. de duobus reis, ibi: *Ideoque petitione, & acceptilatione unius tota solvitur obligatio*: quia verius est solam petitionem non sufficere, sed requiri insimul solutionem, ut deducitur ex illo textu, verbo & acceptilatione, l. creditor 60. ff. mand. §. ex hujusmodi Instit. de duobus reis, Paulus conf. 393. in fine lib. 1. quia acceptilatio in illo textu præsupponit solutionem §. item per acceptilationem Instit. quibus mod. solvitur obligatio. Et ita est communis cum Bart. in l. ex duobus ff. de duobus reis.

5 Nec obstat, quod recipiendæ partem ab uno ex pluribus in solidum obligatis inducta videtur divisio, l. liberum 16. C. de fidejuss. l. si creditores C. de pact. Tiraq. de jur. prim. quæst. 67 num. 1. in fine, Duarenus in l. si ex toto ff. de legat. 1. Quia illud procedit, quando ab omnibus simul partem petijt, patet ex d. lege liberum, ibi: *Adversus omnes fidejussores contestetur, &c.* Bart. in l. ex duobus num. 12. ff. de duobus reis, Boer. decis. 330. quod ampliat Alex. in l. si pluribus ff. de leg. num. 6. etiam si conveniantur nulla partis facta mentione, communis ex Ripa ibi num. 17. Afflict. decis. 142. licet aliter distinguat Covarr. variar. cap. 7. n. 7.

6 Quæ tamen Alexandri ampliatio confunditur ex d. l. si pluribus, & ex l. si inter 32. §. 1. ff. de fidejussor. Et attenda natura obligationis, qua singuli in solidum tenentur, qui ut tales videntur conveniri in dubio, quando aliud non exprimitur, ita tenuit Conanus lib. 5. cap. 4. ex n. 3. Quod apertius procedit in hoc Regno attenda Ordin. lib. 4. tit. 59. §. 3. qua duo fidejussores velut duo rei debendi in solidum tenentur excluso divisionis beneficio, de quo in Auth. præsentate C. de fidejuss. & in Auth. hoc ita C. de duobus reis. Cum ergo apud nos non detur divisio, non est probabile acto.

actorem voluisse dividere: nec tale sensisse præsumi debet, quando specialiter non expressit. Unde nil mirum si in præfenti etiam habita parte debiti ab uno

posset actor reliquum ab altero consequi. Sic placuit Senatui, confirmata iudicis sententia: Scriba Chaves.

SUMMARIUM.

1 **D**ebita non fiunt communia inter contrahentes.

2 Bona illius, qui tenetur creditoribus, nihilominus sic affecta communicantur.

Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. interpretata. ibi.

Si utilitas debiti contracti ante matrimonium incidit in tempus matrimonij, tunc uxor tenetur. ibi.

3 Qui debitor est, bona communicat, revocabiliter tamen.

Absurda sequerentur ex contraria interpretatione. ibi.

Communicatio est alienatio. ibi.

Varij casus circa debita antea contracta enumerantur.

5 Sua debita maritus solvit ex fru-

ctibus perceptis.

Interpretata Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. ibi.

Lucra non dicuntur, nisi quæ soluto matrimonio supersunt. ibi.

6 Ex dote uxoris maritus non solvit, etiam quando dos communicatur.

7 In dubio præsumitur maritum ex acquisitis solvisse.

Quid quando maritus non habebat, unde solveret. ibi.

Quid quando solvit de bonis uxoris. ibi.

Quid quando soluto matrimonio debita petuntur. ibi.

Debita communia quomodo solvantur ex bonis conjugis debitoris, & acquisitis pro sua parte. ibi.

6 Quid dicendum, quando per dotem & arrhas contraxerunt.

DECISIO LXXXVI.

Debita contracta ante matrimonium quomodo secuto matrimonio solvi debeant ex bonis debitoris, vel communibus? Ad Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4.

Qum quidam P. filium ex primo matrimonio suscepisset, illi promissit 50. mille nummos ex causa dotis, ut matrimonium contraheret, factaque donatione ad secundas convolvavit nuptias, & Mariam Ribeira uxorem duxit, & constante inter eos matrimonio dictos 50. mille nummos

promissos exolvit: & post aliquod temporis spatium diem clausit extremum. Uxor cum de dividendis bonis ageretur, petebat, ut sibi liceret ex communi acervo alios 50. mille nummos deducere, ut inter eos æqualitas observaretur, ut quod licuit marito, pariter & uxori liceret, cum utriusque par deberet esse conditio. Acentius Dias (sic enim dicebatur filius) instabat, hoc nullo modo

modo fieri posse, quia debitum illud fuerat à parte contractum ante matrimonium.

1 Quo casu necessario erat solvendum ex bonis parentis, & tanto minus fuisse communicatum, quia debita non fiunt communia inter contractantes; quia cum communio ad bona ipsorum ordinetur, bona non dicuntur nisi deducto ære alieno, l. subsignatum §. bona ff. de verbor. signific. l. mulier bona §. sed non plus ff. de jur. dot. comprobatur Gama decis. 177. ubi dicitur iudicatum non dari communicationem, Cabed. decis. 131. num. 7. licet num. 4. aliter videatur sentire Valasc. conf. 103. num. 35. idem Gama decis. 167. & decis. 367. Valasc. de partit. cap. 23. à n. 21.

2 Quia tamen verius esse puto, ut omnia bona illius, qui creditoribus tenetur, communicentur contracto matrimonio, sequentia noto. Quod debita, quæ matrimonium præcedunt contractum secundum legem Regni, quo omnia fiunt communia, sequatur personam debitoris, & ex bonis ipsius solvi debent l. 1. §. si cohæredem ff. ad l. Falcid. Ayora de partit. cap. 7. à num. 1. & 2. Flores ad Gamam decis. 177. Valasc. d. cap. 23. num. 11. Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. nisi illius debiti ante matrimonium contracti utilitas incidat in tempus constantis matrimonij, quia tunc licet ratione initij debitum esset solius mariti, qui illud contraxit, vel è converso; ratione tamen finis, & consummationis, quia utilitas, seu emolumentum debiti in tempus matrimonij defluxit, illud debitum efficietur commune, quasi ab utroque conjuge conflatum, ut eleganter Valasc. d. conf. 103. n. 35. agens de eo, qui fructus conduxerat, quos postea contrahens cum familia consumpsit.

3 Tamen qui contraxit, licet debeat, sua bona communicat cum uxore non absolute, & irrevocabiliter, sed sub illa conditione resolutive, nisi creditores instent, & bona auferant: aliter namque sequeretur magna absurdum,

quod si illa pars bonorum, quæ respondet debitis, non communicaretur, nec fructus ex illa fierent communes, quoad à creditoribus non exigitur, quasi percepti à re non communi, qui nullo modo ad societatem spectare possunt, nisi sub umbra communicationis præcedentis. Quod quidem admittere, est cæcutire, quia aliud est bona non communicari, & aliud non communicari debita: quare licet debita non fiant communia, quia unusquisque pro suo tenetur, tamen illud vinculum personale non inducit onus reale, nec rem efficit inalienabilem, nec si daretur, impediri posset propriæ rei alienatio, l. si obligata prædia C. de eviction. Valasc. de iure emphyt. quæst. 32. num. 14. Molin. Theolog. disput. 383. vers. constat, Ordin. lib. 4. tit. 3. valet enim etiam rei alienæ distractio l. rem alienam ff. de contrah. empt. ipsaque communicatio nihil aliud est, quam quædam alienatio, l. 2. ff. pro socio, Gama decis. 320. num. 2. Ordin. lib. 4. tit. 105. prosequitur Tirac. de constit. ampliat. 32. num. 6. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 2. num. 33. quando vitium litigiosi, vel aliud simile non obstet. Ordin. lib. 4. tit. 10.

4 Quibus suppositis, quando maritus contrahit secundum legem Regni, circa debitorum antecedentium matrimonium solutionem sequentes casus observari possunt. Primus, quando debita maritus solvit ex bonis, quæ in communicationem adduxit. Secundus, quando bona, quæ adduxit, non sufficiunt, quia debita bona absorbuerunt, an possit solvere ex fructibus bonorum uxoris? Tertius, quando non habens bona solvere valeat ex bonis uxoris. Quartus, quando solvit, & non constat ex quibus bonis. Quintus, quando durante matrimonio non solvit, & eo soluto ab uxore debita exiguntur. Primo casu illa communicatio à principio inducta resolvitur, & reducitur ad non causam, quia tandiu durabit cõmunitas respectu illius partis, quoad à creditoribus ablata non est, quia nullibi legi-

tu r communicationem non fieri, nisi ex bonis liberis, & vere, & effectu proprijs; quia etiam onerata cum suo onere communicantur, & qui debet, alienat, nisi faciat in fraudem, per tot. tit. ff. quæ in fraud. creditor.

5 Secundo casu non est dubium, posse sua debita solvere ex fructibus perceptis ex bonis uxoris; fructus enim maritus capit pro matrimonij oneribus, l. pro oneribus C. de rei uxor. l. dotis fructus ff. de jur. dot. Cujat. in l. unica C. illo tit. de rei uxor. Molin. disput. 275. Cabed. decis. 106. Ordin. lib. 4. tit. 64. & tit. 60. ibi: *Movéis: Valasc. d. conf. 103. in fin. Maxime in alienatione necessaria, qualis illa est, quæ fit pro executione rei judicatæ, Ordin. lib. 4. tit. 38. in princip. ibi: Mas também na necessaria, que se faz por autoridade de Justiça: & lib. 3. tit. 93. §. fin. & lib. 1. §. 26. tit. 83. Nec aliud evincit d. Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. quia solum agit de dote, ne capiatur pro debitis mariti, non vero de fructibus ipsius, ibi: Nos bês, que trouxer, &c. Quæ verba ad solam dotem diriguntur, non ad ipsius fructus: quod tamen secus erit in uxore debitrice, quia si non habeat bona, unde sua debita solvat, non poterit ex fructibus bonorum mariti quasi sibi comunicatis, vel ex his, qui superfuerunt quasi ex acquisitis, & comunicatis solvere; quia fructus ad uxorem non spectant, nec si super sint in fine anni, possunt vocari acquisita, ut dividantur durante matrimonio, ut ex sua parte uxor suis creditoribus satisfaciatur; quia societas quandiu durat, non potest fieri divisio, nec lucra dicuntur, nisi illa dissoluta morte alterius, quia hæc est perpetua, & aliter non solvitur, quam divortio, & morte: & interim dum durat, nulla fit separatio, seu divisio lucrorum, nec agitur pro socio ad dividenda lucra. Soares tit. de las ganancias num. 58. Ioann. Lup. in tract. de lucro dotis l. 14. n. 20. Nec aliud probat illa Ordin. in fine, ibi: *E na sua ametade dos bês, que depois de casados forão adquiridos: supponês posse**

in vita fieri divisionem, ut ex acquisitis solvatur creditoribus; quia illa Ordin. si attente legatur, agit de uxore, quæ convenitur jam soluto matrimonio, patet ex tit. in quo posita est: *Como a molher fica em posse, & cabeça de casal: & ideo dicit, quod ex acquisitis solvatur, supponens, quod matrimonio soluto uxor ex aquisitis illo tempore dividendis solvat, qui videtur verus sensus illius legis; aliàs enim magnum sequeretur absurdum, quod uxore solvente ex acquisitis constante matrimonio, (quando scilicet bona non adduxit) maritus posset tantundem à communione auferre, ut æqualitas observaretur: hoc tamen quod auferret, iterum à lege comunicatur cum uxore ex generalis societatis lege, quæ aliud non patitur: Manere ergo inæqualis contractus, & cum maximo viri dispendio, etsi non comunicatur, quæ deducit, datur inconveniens, ut aliqua sint bona, quæ non communicentur inter eos, cum tamen sint socij universales.*

6 In tertio casu non solvit maritus ex dote uxoris per legem Regiam comunicata inter eos, nisi specialis ipsius accedat consensus, argum. Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 3. & lib. 4. tit. 97. §. fin. ibi: *Se ella expressamente não outorgou: Valasc. de partit. cap. 26. n. 18. alias enim maritus nõ potest immobilia uxoris alienare, Gamma decis. 346. n. 4. Valasc. conf. 69. n. 14. Barbof. in l. 1. part. 5. ff. solut. matrim. n. 46. & in l. divortio §. fin. 1. part. n. 68.*

7 In quarto casu in dubio præsumitur solutionem factam fuisse ex acquisitis, eleganter Valasc. cõf. 103. n. 36. In quinto casu, quando soluto jam matrimonio creditores uxorem interpellant, vel hæredes ipsius mariti pro debitis antea contractis, superiores casus iterum repetendi sunt. Primus, quando bona suppetunt mariti, tunc ex dictis bonis solvitur, & resolvitur communicatio, ac si à principio nulla daretur, creditoribusque satisfiat ex bonis ipsius, quæ si non sufficiunt ad acquisita, fit transitus, ut ex ipsis etiã satisfiat, & ad hoc alludit Ordin. d. §. 4. in fin. ibi: *E na ametade dos bês, &c. Secundus sit*


casus, quando bona non habet maritus, sed solum agitur de solvendo ex communicatis, & acquisitis, tunc in partem mariti debita ipsius imputantur, uxorque tantundem deducit, argum. Ordin. lib. 4. tit. 64. Valasc. conf. 103. num. 33. Licet ipse Valasc. de partit. cap. 23. n. 21. videatur ad hæc non respexisse, dū simpliciter de omni acervo debita deducenda docet. Tertio casu, si in vita de bonis uxoris solvit, eadem fit imputatio, ut de bonis communicatis illa pars pro soluta habeatur, & tradita, & etiam fructuum non perceptorum habenda est ratio, quia & jam in his fraudavit communicationem. Quartus casus esse potest, quando matrimonio soluto morte viri debita antea contracta petuntur, vel hæreditate adhuc jacente ante divisionem, vel post: primo casu adhuc censetur durare communio inter conjuges, quia hæreditas defunctum repræsentat, Cabed. decis. 131. num. 5. & ideo de bonis mariti fiet solutio, si non suppetant ex lucratis, & ad hoc fiet divisio: si autem post factam jam divisionem actum sit, nullam competere actionem sentit Cabed. dict. decis. 131. quia Ordin. Regia d. §. 4. non permittit executionem fieri pro debitis antea contractis, nisi durante adhuc matrimonio actum sit, ibi: *Somente se poderá fazer execucao em quanto o matrimonio durar, &c.* Ridiculum tamen mihi videtur hoc ita asserere; quia etiam si facta sit divisio hæreditatis, debita active, & passiv eipso jure inter hæredes dividuntur, l. ea quæ C. fam. hercisc. Atque illico creditor mariti contra omnes hæredes agit, ut quilibet pro sua parte refundat, quod indebitè accepit, quia hæreditas non est, nisi deducto ære alieno, l. Papinianus §. qua ita de inoffic. testam. d. l. subsignatum §. bona ff. de verbor. signific. & pari jure uxor compellitur pro sua parte idem solvere debitum, quod cum commune fuisset, omnes tenentur æqualiter solvere, & illa pars per errorem soluta, si hæredes

non sint solvendo, conducitur, quia est propria ipsius creditoris, & apud uxorem est sine causa, argum. l. si me & Titium ff. si cert. petat. Nec aliter potest accipi dicta Ordinatio, quia dum casum expressit, in quo potest in vita fieri executio, non exclusit alium, quod post mortem ipsius eadem peti possit in bonis mariti, & insuper in acquisitis, & communicatis, quia licet in vita mariti solum pro bonis, quæ ipse attulit, possit conveniri, tamen societate dissoluta, quia beneficio legis in dote uxoris communicavit, potest peti executio in illa dotis parte, quæ marito per communicationem acquisita proponitur, & ad hoc alludit dicta Ordinatio in fine.

8 Quando autem matrimonium per dotem, & arrhas contrahitur in forma juris communis, quoad debita antea contracta nulla est differentia in his, quæ supra diximus: in his autem, quæ matrimonio durante contrahuntur, unusquisque pro suis debitis tenetur, de quo in casu notabili Valasc. d. conf. 103. num. 35. & solum maritum teneri ad debita conflata ratione familiæ. Gama decis. 186. & 200. idem Gama decis. 177. Quæ decisio non dubitatione caret, cum ibi proponeretur expensæ factæ cum familia ex his, quæ idem Gama decis. 367. num. 6. in quo non immorror, quia non est hujus inspectionis. Et vide Barbosam in l. si constante à n. 52. ff. solut. matrim.

Ex quibus sententiam revocavimus, quæ jubebat, ut uxor æqualem summam de acervo hæreditatis deduceret, quia cum debitum esset contractum ante matrimonium, resolvitur quoad illam partem communicatio, ac si à principio maritus illud minus in bonis habuisset. Nec est cur uxor tantundem de acervo auferat, cum nulla inæqualitas insurgat, quando maritus debita, quæ à parte ante contraxit, modo solvit, & apparet minus habuisse, vel nihil habuisse in bonis: Scriba Ludovicus Lopes.

SUMMARIA.

- I**  *Utata forma res extincta esse videtur.*
- 2**  *Instaurata, seu resecta domo antiqua servitus manet.*
- Si ædificium in eadem specie, &*


qualitate reponitur, utiliter idem est. ibi.

Proprietas totius navis carinae causam sequitur. ibi.

Interpretata Ordin. lib. 1. tit. 68. §. 28.

DECISIO LXXXVII.

An servitus stilicidij destructa domo expiret? Ad Ordin. lib. 1. tit. 68. §. 28.

I  *Estructa domo superiori, quæ jus habebat stilicidij, incepit dubitari, an reformata antiqua domo jus stilicidij duraret? Negabat domus inferioris dominus, servitutemque mutatione formæ extinctam, l. repeti §. mutatione ff. quibus modis ususfruct. amitt. pugnat pro hac parte autoritas Caius in l. mulieris 13. §. 1. ff. de verbor. signific. quatenus ex autoritate Sabini probat, rem abesse, & extinctam esse; cujus forma mutata est, ibi: *Res abesse videtur, ut Sabinus ait, & Pædus probat etiam has, quarum corpus manet, sed forma mutata est, ideo si corruptæ redditæ sunt, vel transfiguratæ, videri abesse: idem Caius in l. si ita legatum ff. de legat. 1. ibi: Si domus fuerit legata, licet particulariter ita resecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicimus utile manere legatum: at si ea domo destructa aliam eodem loco testator ædificaverit, dicemus interire legatum: tradit Afflict. q. 392. Brunus de resect. concl. 5. n. 47. & lib. de interit. conclus. 5. & 7. idem Afflict. in cap. 1. §. fin. á n. 31. de Capic. Conrad. Bellovis. conf. 1. n. 7. & 8. facit l. si grege ff. legat. 1.**

2 *Verum Senatus censuit instaurata, seu resecta domo antiquam servitutem manere, quia si sublatum sit*

*ædificium, ex quo stilicidium cadit, & in eadem specie, & qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur: Sunt verba Sabini in l. servitute §. si sublatum ff. servit. urbanor. Cæpola de servit. urban. quæst. 6. num. 6. Tiraq. de retract. lignag. §. 32. gloss. 1. num. 55. & in fine tit. num. 72. & 73. quod ex Bart. sententia procedit in servitute reali in l. damni §. si is qui vicinas ff. damno infect. num. 1. ad fin. Unde è converso idem recipiendum est, quando destructa est domus inferior, ubi cassitabat stilicidium, quia etiam tunc area ipsius servitutem sustinet, quia area est pars ædificij antiqui, d. §. si sublatum, ibi: *Quamvis area pars sit ædificij: facit elegans ratio l. Mutius ff. de reivendic. ibi: Nam proprietas totius navis carinae causam sequitur: cui repugnat Paulus in l. sed si ff. de acq. rerum domin. de quo diximus decis. 55. & pro nostra sententia est Ordin. lib. 1. tit. 68. ibi: *E a quizer refazer, ou fazer de novo, não poderá fazer mais janelas, nem maiores, &c.* Sicque etiam in hoc secundo casu judicavimus in processu Elisabethæ d'Orto tra Emmanuelem Dias, processu a-Correa. Idem placuit in Alvarez contra gitato inter Ludovisandez oppidi de Bartholomæum & Joa. Dominico de Basto. Portalegre.**

SUMMARI A.



Er Regiam provi-
sionem permissus est
ludus alearum.

Ad lucrata in ludo
prohibito non datur

actio. ibi.

Ludo amissa non repetuntur à lu-

dente, sed à fisco. ibi.

2 Interpretatio Regij diplomatis.

De jure communi ultra solidum
nemo perdit. ibi.

3 Pecunia lucrata sub fide præstita
an debeatur.

DECISIO LXXXVIII.

An competat repetitio pecunie in ludo amissa? Ad Ordin. lib. 5. tit. 82.



Ontroversia orta fuit
inter ludentes, An cõ-
peteret repetitio pe-
cuniæ lucratae in lu-
do alearum aliàs pro-
hibito, attento jure l.

alearum C. de religios. in toto titulo C. de
aleator. cap. Episcopus 35. dist. & per le-
gem Regiam lib. 5. tit. 82. Fecit dubitan-
di causam Regia provisio, qua permit-
titur lusus alearum, solumque interdici-
tur, ne alex vendantur, nec alijs uti li-
ceat, quã à certa persona venditis, vul-
go, *Do Estanque*: unde videtur permis-
sus ludus alearum, & sic producitur ac-
tio ad lucrata, & repetitio cessat. Cum
hæc causa moveretur inter Eduardũ Al-
varez Becarro contra Gasparem de Va-
ladares, Præses Reum condemnabat, ut
solveret summam in ludo amissam: Scri-
ba Quintal. Similis contigit causa inter
Antonium d'Almeida, & Franciscum de
Andrade, cujus fuit Scriba Gaspar de
Basto. Senatui placuit revocandam, quia
ad lucrata in ludo prohibito non da-
tur actio, & competit soluti repetitio,
nisi præscriptio quinquagenaria obstet,
Lalearum usus C. de religios. §. cõmodis,
Greg. Syntagmat. Iuris lib. 39. c. 3. Bald.
ad rubr. C. de condict. ob turpem caus.
Coler. decis. 173. Amatis decis. March.
137. adeo, ut si ille, qui in ludo amisit,
non repetat, fisco viam sternat, ut ipse

revocet, ut in usus publicos convertatur
ead. l. fin. in §. fin. autem, Ellocomibus
in Syntagmat. commun. opin. n. 6. lib. 3.
tit. fin. fol. 432. videndus Bart. in præm.
Digestorum §. illud, Imol. in l. si quis cõ
sciret num. 1. & 3. ff. de usucapion. pro
emptor. Cæpola cautel. 55. Covarr. in
reg. peccatum 2. part. §. 4. n. 1. Navarr.
in Manual. cap. 19. n. 9. Morl. in empor.
1. part. tit. 7. q. 2. n. 1. Thom. 2. 2. q. 37.
art. 7. ad 2.

2 Nec aliud evincit Regia Pro-
visio, qua ludus alearum permittitur,
quia in eo diplomate exprimitur, quod
ludo uti possit ad recreationem, in quo
reducitur ad terminos juris communis,
secundum quod ex permisso Principis
ultra solidum nemo perdit in ludis ju-
re approbatis, d. l. fin. §. sed nemini. Vide
l. 6. tit. 14. partit. 7. & tit. 7. lib. 8. novæ
Recopil. Azeved. ad l. 2. illo tit. lib. 8. n.
16. ultra Clarum lib. 5. §. ludus, & Gomes
l. 45. Tauri n. 40. Quod à fortiori pro-
cedit, quando fraude ludens usus sit,
Imol. in d. l. si quis cum sciret n. 3. Morla
ubi supra n. 5. quia causa, & initium ac-
quisitionis attenditur l. tutor. 70. ff. de
fidejuss. l. si id quod ff. de donation.

3 In alio processu inter Ioannem
Feyo, & Nicolaum de Castilho, Scriba
Quintal, dubitabatur, An deberetur
pecunia lucrata sub fide præstita de
lucro solvendo? Et placuit maiori cum

ra-

ratione hoc casu cessare petitionem, ex his, quæ doctissimus Ægid. in l. ex hoc jure, cap. 7. n. 33. & 35. ff. de justit. & jur. notat Gutier. de contractib. jurat. cap. 53. num. 1. Covarr. in reg. peccatum 2. part. §. 5. num. 8. De quo apud

Hispanos est lex lata ab Inviçtissimo Carolo Quinto, qua cavetur, ne pecunia etiam in ludo licito amissa sub fide de lucro præstita exigatur: Sicque judicant Senatores Sapientissimi.

S U M M A R I A.



*U*bstitutio facta duobus nõ impletur, nisi utroq; decedente.

*D*uæ conditiones conjunctæ pro una tantum habentur. *ibi.*

Interpret. l. si hæredi ff. de condit. instit.

Interpretata l. Lucius §. Caium

ff. ad Trebell. ibi.

2 *Conductor non potest movere quæstionem dominij.*

In domibus in hoc Regno datur tacita reconductio, licet aliud esset de jure ibi.

Conductor potest movere quæstionem dominij, si dominus agit rei vendicatione. ibi.

D E C I S I O LXXIX.

An ille, qui de manu socij partem domus communis conduxit, possit mutare causam possessionis? Ad Ordin. lib. 4. tit. 54.



*Q*uidam testator domum reliquit duabus sororibus suis absentibus, si viverent, & insuper si intra sex menses redirent, aliàs dictam domum relinquebat Estacio Gonçalves.

Contigit, quod altera ex sororibus redijt, & dimidietatem domus accepit, nec de eodem Estacius dubitavit, & inter eos domus æqualiter possidebatur pro indiviso, imò & ipsa soror à manu dicti Estacij suam domus partem cõduxerat, & mercede locationis solvebat.

1 Accidit, quod à tertio dimidia pars domus evicta est finito tempore locationis: petit Estacius à conductrice, ut mercedem solveret proportionabiliter ex parte, quæ ipsius erat in domo: ipsa negavit conductionem, asserens se esse in possessione suæ dimidietatis, & quod ad Actorem nulla pars domus spectabat: sororis assertio videbatur

adstrui ex text. in l. cum quidam C. de impuber. & alijs subst. *ibi: An alterutro decedente illico substitutum in ejus partem succedere, & placuit Sabino substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit.* Ex quo patet ex Sabini sententia Estacium non admittendum, nisi utroque instituto absente, & non redeunte, quasi altera ex sororibus veniente defecerit substitutionis conditio: facit l. qui duos ff. de vulgar. quia etiamsi duæ sint conditiones, si conjunctim tamen scriptæ sunt, pro una tantum conditione habentur, & ideo impleri debent, insimul ut fiat substitutioni locus, l. si hæredi ff. de condition. instit. *ibi: Si hæredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est, quia unius loco habentur, si disjunctim sint cuilibet: Crassus §. institutio num. 4. Gomes variar. resol. tom. 1. cap. 2. num. 12. Gædeus ad l. 28. §. 1. num. 5. ff. de verbor. signif. Gail. de Arrest. cap. 4. num. 10. Obstant tamen*

a ihuc, l. Lucius §. Caium ff. ad Trebel. Ubi Seia, & Titius rogati erant restituere post mortem suam, & altero mortuo statim sua pars defertur substituto, non expectata morte alterius instituti. Deinde obstat l. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell. Ubi à filiis institutis fideicommissum relictum est nepti una oratione, si uterque sine liberis decessisset; cum tamen unus relicto filio decessisset, attamen responderetur ibi in partem novissimi filij substitutum admittendum: Sed responderi potest, quod in d. §. Caium diversæ, & distinctæ erant substitutiones non una oratione, & sensu comprehensæ. Deinde in hoc §. cum ita, Papinianum sensisse in rigore substitutum non admittendum, sed admitti in illo textu ex conjecturata mente testatoris. Bart. Alex. & Ripa ibi, Schardus in addit. ad Bart. sub hoc §. quem citat Nevius in eo textu, Alex. conf. 38. vol. 1. num. 1. & conf. 101. vol. 4. Abbas conf. 58. vol. 2. Donelus ad l. penult. C. de impub. & alijs substit. ubi etiam citat text. in l. pen. ff. de justit. rupt. videndus Cujat. in l. ex duobus 34. & ad l. qui duos 42. de vulgar. 2 tom. fol. mihi 763. & 764. Ubi se refert ad dict. l. cum quidam, quæ

utrumque casum, vel simul moriantur instituti, vel suo ordine, intelligit, ut semper substituto fiat locus: quod aliter videtur accipiendum in d. l. cum quidam, ut supra dixi.

2 Unde in præsentis, licet res efficeretur dubia ex supradictis juribus, tamen placuit Actori succurrendum ex alia causa, quia cum Rea ab ejus manu domus partem conduxisset, & parte una evicta, in altera parte domus Actor suam adhuc partem retinisset, non poterat Rea quæstionem dominij movere, & differe locationis mercedem, ex reg. l. conductores C. locati, Ordin. lib. 4. tit. 54. §. 3. quia licet in domibus non detur tacita reconductio ex reg. text. in l. item cum quæritur ff. locati §. qui impleto; tamen in hoc Regno aliter observatur ex consuetudine, teste Gama decis. 17. Et quamvis conductor possit quæstionem dominij movere, illud solum obtinet, quando dominus reivendicatione agit, Barbof. in l. si alienam num. 51. non vero quando dominus ad mercedem agit, vel ex remedio d. l. conductores, Valasc. conf. 42. num. 3. vel alius: Fuit Scriba hujus Processus Gouvea.

SUMMARI A.



Monasteria Ordinis Domini nostri Iesu Christi an habeant privilegium, ne solvant decimas.

Privilegiatus non potest introducere suum privilegium parte non citata. ibi.

Negatione partis fit res dubia ibi.

Privilegij interpretatio fit stricte. ibi.

2 Quando privilegia concurrunt, speciale prevalet.

Privilegium in dubio censetur datum sine alterius injuria. ibi.

3 Nulla vis dicitur commissa ab eo, qui suo privilegio utitur.

4 Monasterium non facit vim utendo privilegio, si est in possessione illius.

Commendatoris causa tunc bona est, cum probet se esse in possessione recipiendi decimas à privilegiatis. ibi.

Bona variationem accipiunt à possessore. ibi.

- 5 Reversa re ad Monasterium antiquum jus suscitatur.
In hoc Regno Ordinibus, seu Militijs, & Equitibus concessum est, ne solvant decimas. ibi.
Tenor privilegiorum Sedis Apostolica refertur. ibi.
- 6 Privilegia Militum hujus Regni competit illis, ac Monachis Cisterciensibus.
- 7 Militia Sancti Iacobi, & S. Benedicti d' Avis, est Cisterciensis Ordinis.
- 8 Militie totius Hispanie sunt ejusdem substantie, & gaudent iisdem privilegijs.
- 9 Militie hujus Regni subjecte fuerunt Regno Castelle, & quando.
- 10 Pari privilegio gaudent Milites totius Hispanie.
- 11 Communia sunt privilegia Militiarum inter se.
- 12 Privilegij interpretatio quomodo fieri debeat.
S. Pontifex solet talia privilegia concedere. ibi.
- 13 Privilegij verba semper consideranda.
Privilegium, ut sit reale, vel personale, quid considerandum.
- 14 Militibus hujus Regni est datum privilegium personale.
- 15 Privilegium personale convenit Monasterijs, & personis Militum. Commendatores vere Religiosi sunt. ibi.
- 16 Privilegia antiqua modernis Commendatoribus sunt concessa.
- 17 Dispositio licet odiosa interpretatur latissime intra verborum proprietatem.
- 18 Latissima interpretatio fit, quoad non repugnat mens concedentis.
- 19 Dispositio odiosa quando, & quomodo restringenda.
- 20 Verba privilegij quando dirigantur ad bona.
- 21 Privilegium latissime interpretatur contra concedentem.
- 22 Privilegium contra tertium quando operetur.
- 23 Privilegium ut sit usu receptum, quid requiratur.
- 24 Semel adeptam possessione non solvendi, nemini fit injuria.
- 25 Lite pendente tuendus est possessor in sua possessione.
- 26 Privilegio Militiarum an si derogatum per usum contrarium.
Privilegium non usu non amittitur. ibi.
- 28 Privilegia vel affirmativa, vel negativa sunt.
- 29 Prohibitio, & repugnantia non qualibet sufficit, ut interrumpatur prescriptio.
- 30 Privilegium quando amittatur usu contrario.
- 31 Qualis debeat esse usus contrarius ut derogat privilegio.
- 32 Renuntiatio privilegij quando fieri possit.
Usus contrarius, seu renuntiatio debet esse illius, cui privilegium concessum est.
- 33 Privilegia Militiarum non debent censeré revocata, eo quod dicatur, quod noceant Ecclesijs. Abbatum, & Priorum prejudicium contemnendum. ibi.

- 34 *Sententia lata cōtra particulares personas an privilegio noceant.*
- 35 *Ordinarij sunt suspecti ad determinandas causas decimarum.*
Equites Militiarum sunt omnino exempti ab Ordinarijs. ibi.
- 36 *Brevia Apostolica nemo interpretatur prater Summum Pontificem.*
- 37 *Quando liceat inferioribus Brevia Apostolica interpretari.*
- 38 *Regia diplomata non derogant Militiarum privilegijs.*
- 39 *Milites ratione sui privilegij recte cessare possunt à solutione decimarum sine violentia.*
- 40 *Non omnis controversia facit rem*

dubiam.

- 41 *Privilegium Militirum non debet interpretari, ne decimas solvant Milites, sed ut terras liberas possideant ab illo onere.*
- 42 *Privilegia non solvendi non sunt revocata.*
- 43 *Ordinarij an possint decimas censuris extorquere.*
- 44 *Milites exempti sunt ab Ordinarijs.*
- 45 *Idem est de Iure, & Concilijs.*
- 46 *Injustè Prælati usurpant jurisdictionem in Milites.*
Sententia lata pro Militibus referuntur.

DECISIO LXXXI.

An privilegiatus, ne solvat decimas ex proprijs fundis, vim cōmittat non solvendo à possessionibus de novo acquisitis? Ad Ordin. lib. 4. tit. 58.



Um D. Ludovicus Coutinho esset in possessione Præceptoris, seu Commendæ propriæ, inter fructus ipsius erant decimæ, quæ ex certo casali constituto inter limites ipsius solvebantur Ecclesiæ, quod casale cum olim ad Monachos Ordinis Domini Nostri Iesu Christi pervenisset, cōtra prædecessorem dicti Præceptoris sententiam reportarunt, qua judicatum fuit, ne decimas ex illo solvere tenerentur, quia proprijs sumptibus illud excolebant virtute proprii privilegij, quo ille Conventus de Thomar gaudebat: postea illud idem casale à potestate Monachorum exivit, & cum ad manus laicorum non privilegiatorum devenisset, ipsi solitas exolverunt Ecclesiæ decimas per aliquod temporis spa-

tium. Ultimo tandem cum de novo à dicto Conventu occuparetur ex novo titulo, cessavit à solutione decimarum juxta formam sui privilegij: Præceptor se spoliatum assererat à jure decimandi, eo quod etiam si dicti Monachi privilegium habuissent non solvendi decimas, tamen adhuc illud non poterant introducere propria autoritate, non citato, nec audito possessore, sicut aliàs à qualibet alia annua præstatione expelli non posset sine spolij vitio, ex his, quæ Menoch. remed. 1. num. 89. Gutierr. lib. 2. Canon. cap. 21. num. 147. Nemo enim potest esse iudex sui privilegij, quando negatione partis efficitur dubium, ex reg. l. 2. ff. quor. legator. ubi proprii legati non permittitur occupatio, Ordin. lib. 4. tit. 58. ibi: *Polo fazer per sua authoridade*: Gama decim. 4. num. 1. D. Caldas Pereira de extinct. cap.

cap. 17. num. 20. & seqq. Quod maxime hoc casu procedebat, in quo agebatur de privilegio, cujus interpretatio est stricte faciendā ad bona, quæ Conventus erant tempore concessionis, & non ad postea acquisita ex regul. cap. nuper de decim. Gutierr. d. cap. 21. num. 136. cap. dudum illo tit. Soares de divino cultu cap. 19. n. 3.

2 Deinde, quia hoc casu concurrerant duo privilegia, alterum Commendatoris, quo decimas ratione Commendæ levare poterat, alterum dicti Conventus, ne decimas solveret, in quo privilegiorum concursu Commendatoris est speciale ad illas decimas certi loci, & Ecclesiæ levandas; Monachorum vero generale, & in communi, ne decimas solvant: unde non debebat generale derogare speciali, Bart. in l. si alij num. 12. ff. usufruct. legat. quia non tantum operatur generalis concessio quoad genus, quantum specialis quoad speciem, idem Bart. in l. 1. num. 2. quæ res pignori. Quod maxime procedit, quando intercedit utroque casu idem favor respectu ejusdem ordinis, quia Commendatores etiam Monachi sunt. Didacus de la Mota lib. 2. §. 3. fol. 143. num. 14. de Confirm. Ordin. Sanct. Iacob. Quare cum maius, vel saltem par sit privilegium Præceptoris, ejus est melior causa, quia in dubio debet intelligi concessum sine alterius injuria, Bart. in l. impuberi num. 2. ff. de administr. tutor. & in l. vacuatis num. 1. C. de Decurion. lib. 10. Et semper præfertur ille, qui agit de damno vitando, cap. penult. de privileg. Oldrad. conf. 268. Gutierr. d. cap. 21. num. 129. ex regul. cap. 1. §. de decim.

3 Verum his non obstantibus placuit revocandam sententiam, eo quod nulla vis censeri debeat commissā à Monachis, qui in casu occurrenti suo utuntur privilegio; de jure enim Monachi à terris suo labore cultis decimas non solvunt. Soares de divin. cult. cap. 19. à princip. probat cap. à nobis de decimis, cap. ex parte 1. illo tit. Ubi hor-

tos Religiosorum à solutione exemit, & leproforum, in cap. nuper de Eccles. ædificand. & Monasterio; & suis membris idem concedit in cap. fin. ut lite pend. Rebuff. de decim. quæst. 13. n. 103. Gutierr. d. q. 21. n. 26. Covarr. cap. 17. à num. 9. Menchac. 2. illustr. cap. 89. n. 5. Gutierr. in conf. 5. à n. 8. Unde in nostro casu dum Monachis Ordinis Domini Nostri Iesu Christi hoc privilegium concessit, magis debet dici renovatum illud, quod à jure erat, quam de novo concessum. Soares de legib. lib. 8. cap. 81. n. 6.

4 Unde fit, quod sicut Commendæ Præceptor est in possessione percipiendi decimas, sic pariter Monachi sunt in possessione sui privilegij, non solvendi de terris suis, quas ipsi excolunt, nec possunt dici vim commisisse, dum recusant solvere, quia imo censentur continuasse suam quasi possessionem, quam in actu habent in rebus à se possessis, in habitu ad res postea acquirendas, quibus acquisitis privilegium reducitur ad actum, l. quanvis ff. de acquir. possess. quæ omnia in solo animo geruntur, quandiu corporum possessio non apprehenditur, l. clam possidere, l. si id quod §. ult. eod. tit. Conanus lib. 3. c. 9. n. 5. Vaconius lib. 1. declarat. 42. Menoch. 1. recuper. n. 8.

Unde illa possessio, quam habet Præceptor Militiæ de recipiendis decimis, in hoc casu est imperfecta, & non sufficiens, quia debuit probare se solitum recipere à privilegiatis, non obstante allegato privilegio; constat namque hoc privilegium esse personale, quod mutata persona mutari oportet: prosequitur Bartolus in Auth. de non eligend. §. ante nuptiali, citans l. fin. de inoffic. testam. in fin. & l. Paulus §. 1. ff. acquir. hæred. Unde sicut res illa quæ diu penes sæculares extitit, in pristinam obligationem incidit solvendi decimas, sic pariter reversa ad Monasterium quasi postliminij jure ad antiquum privilegium reducitur; quia personæ privilegium concessum respectu rerum,

tas afficit, & nova forma induit, ut donec in eo statu illa res permaneat, ab omni decima sit immunis. Sicut alias qui solvebat jugatam, si fiat Senator, si eam non solvit, poterit ne dici contra eum, quod sua autoritate suum privilegium introducit? Minime quidem. Cum autoritate legis faciat, & non propria, ut in terminis per Cabed. Arest. 17. & 57. Bona namque variationem accipiunt à possessore privilegiato, ut in d. l. Paulus §. 1. l. si à me ff. ad l. Falcid. Barbof. in l. post dotem num. 75. ff. solut. matrimon. Gutierr. pract. lib. 1. quæst. 3. num. 15. & quæst. 49. num. 4. Lafarte de decima cap. 19. num. 44. Azeved. lib. 5. tit. 4. l. 15. num. fin. eleganter Surdus conf. 307. num. 7. & 525. à num. 4. & seqq. facit Ordin. 2. tit. 57. à princip. optima Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 8. in Clerico successore laici, qui suo utitur privilegio.

5 Quod sine dubio erat in præfenti casu, in quo constabat, jam super decimandi jure hujus proprietatis Monasterium sententiam reportasse contra patrem Actoris, ne decimarum solutioni esset obnoxia, quando in potestate Monasterij erat. Quare reversa re ad Monasterium pristino jure fruitur: quinimò spoliatus dici posset, si in illo statu non conservaretur, argum. cap. querelam de election. Nec obstabunt, quæ in initio in contrarium adduximus: Nam ad primum satisfit, quod non violenter privilegij observantia introducit, cum jam antea sit introducta, & privilegio generali roborata usu recepto, in cujus violatione maius daretur spoliū, quod non solum res tempore interpretationis comprehendit, sed & futuras, cap. quia circa de privileg. & in terminis Bart. in l. damni §. si is qui vicinas ff. de damno infecto in fine. Ad secundum, & alia, quæ in ea oppositione involvuntur, responderetur, quod de privilegio concesso Ordini dubitare non licet, cum de eo sint ampla, & notoria privilegia, quæ libertatem à decimis non solum Ordini, verum

& Præceptoribus concedunt, etiam de illis rebus, de quibus alter ad illa usque tempora decimas percepisset: ut disponit Martinus II. in Brevis suo nomine expedito: cujus verba sunt, ibi: *Nos vero propagationem, & tranquillitatem prædictorum Abbatum, Priorum, Abbatissarum, & etiam Convētorum dicti Ordinis intensis desiderijs affectantes, per Apostolica rescripta mandamus, quatenus dictum Abbatem, & omnes, & singulos Abbates, Priores, & Abbatissas, & omnia singula Monasteria, & singulas personas dicti Ordinis, præsentia, & futura, ubicunque pro tempore consistentia à præstatione decimarum, tam de possessionibus ante, & post Concilium memoratum, quam de cætero habendis, & tam de novalibus, sive ante, sive post Concilium hujusmodi acquisitis, & acquirendis, quæ proprijs sumptibus excolunt, seu excolunt, seu alijs quomodocunque, qualitercunque excolantur: & etiam de illis possessionibus, de quibus aliquis hætenus percepit, servetis immunes, &c. Nono Kalendas Octobris, Pontificatus nostri anno septimo.*

Concessum reperitur aliud privilegium Cisterciensis Ordinis Monachis, ne decimas solvant, à Sixto IV. in hæc verba: Abbatem Cisterciensem, ac omnes, & singulos Abbates, Priores, Abbatissas, nec non omnia, & singula Monasteria præsentia, & futura, ubilibet existentia, singularesque personas dicti Ordinis à præstatione decimarum, tam de possessionibus habitis ante, & post Concilium, quam de cætero habendis, etiam de novalibus, sive ante, sive post Concilium hujusmodi acquisitis, & acquirendis, quæ proprijs sumptibus excolunt, & excolunt, quam alias quomodolibet, aut qualitercunque excolantur: & etiam de illis possessionibus, de quibus aliquis hætenus percepit autoritate prædicta, de speciali gratia penitus eximimus, & exempta fore perpetuo decernimus. Datum Romæ apud Sanctum Petrum anno Incarnationis Dominicæ 1481. Pontificatus nostri anno duodecimo.

6 Ex hoc privilegio concessio Cisterciensi Ordini fundato anno 1098. à quodam Stephano viro Religiosissimo, postea aucto, & reformato à Roberto ex Imperiali sanguine, favore Ottonis Ducis de Borgonha, cujus Religionis Habitum suscepit D. Bernardus, manifeste colligitur Monachos illius Ordinis tam respectu Communitatum, & Conventuum, quam respectu Abbatiarum, & particularium personarum exemptos esse à solutione decimarum, ex illis rebus, quas suis excolunt expensis.

7 Quod autem Militia Sancti Benedicti d' Avis, quæ est antiquior totius Hispaniæ, ut refert Eduardus Nunez de Leão in Chronica Regis D. Alphonfi Henriques fol. 55. confirmata per Innocent. III. anno 1204. sit ejusdem Ordinis Cisterciensis, sicut & ipsa Militia Iesu Christi constat, quia utraque sub eadem militat disciplina, ultra Martam de jurisdic. lib. 2. cap. 32. n. 14. explicatur in pluribus Brevibus, qualis est Brevis Pij IV. Ubi hæc verba habentur, qui & Iesu Christi sub Regula Cisterciensis Militiæ Magnus Magister existebat: & in alio Brevis Innocentij VIII. concessio Inviectissimo Regi Emmanueli, ibi: *Emmanuelis Ducis Regiæ Administratoris perpetui per Sedem Apostolicam deputati Magistratus Militiæ Iesu Christi Cisterciensis Ordinis, &c.*

8 Unde infertur, quod cum Ordines, & Militiæ Hispaniæ sint ejusdem substantiæ, & regulæ, gaudent iisdem privilegijs; non enim alia reperitur differentia, quam locorum, ut colligitur ex Bulla Julij II. in libro Gladiorum fol. 62. qui servatur in Tribunali Conscientiæ Regis Inviectissimi. Ubi omnes causæ, quæ in alijs Tribunalibus expediuntur, in eo ne Regis conscientia lædi possit, revidentur ex ipsius mandato, quando id negotij qualitas exposcit: cui Tribunali Militiarum gubernatio commissa est; & ex alia Bulla in eodem libro fol. 64. & ex altera Bonifacij IX. fol. 68. & Pauli III. fol. 70.

& Innocentij III. fol. 74. & Nicolai IV. fol. 116. & Celestini fol. 116. & Gregorij XIII. fol. 118.

9 Constat namque Militias D. Jacobi, & Sancti Benedicti d' Avis in hoc Regno subjectas extitisse Regno Castellæ in ipsarum primordijs; altera namque erat filia Conventus de Velles, altera Calatravæ: quæ subjectio duravit usque ad tempora Regis Dionysij, quo separatæ sunt virtute Bullæ Nicolai IV. & Celestini III. & Celestini V. Nicolai V. Et excrecentibus duobus super ea exemptione, hæc omnia inciderunt in tempore Regis Alphonfi V. quo cum effectu separatæ sunt à Papa Eugenio IV. Constat ex Chronica dicti Regis fol. 73. & 88. Maris in suis Dialog. Dialog. 4. cap. 7. fol. 166. Eduardus Nunez de Leão in vita Regis Dionysij fol. 128. & in vita Regis Alphonfi V. fol. 55. Maris ubi supra, vers. Tambem o nosso Portugal.

10 Unde non est dubium tam in Hispania, quam in hoc Regno omnes Militias paribus gaudere privilegijs Cisterciensis Ordinis, & Sanctæ Iustiniæ, & Montis Cassini, & alijs relatis in Regula illius Ordinis de Avis fol. 1. Et constat ex Bulla Gregor. XIV. cujus meminit Frater Emmanuel Rodriguez 1. tom. Regul. quæst. 55. art. 6. & art. 17. & ex Bulla Leonis X. dicto libro Gladiorum fol. 50. & Clement. VII. ultra Regulam Alcantaræ in princip. & in §. 2. & tit. 1. cap. 2. Rota novissima 2. part. decis. 266. Quæ omnia privilegia renovata reperiuntur per eandem Sedem Apostolicam à Pio V. & Gregorio XIII. dicto libro Gladiorum fol. 18. & 25.

11 Ultra quæ in hoc Regno inter omnes Militias datur specialis communicatio inter se ad omnia privilegia alteri earum concessa, ut continetur in Brevis Julij II. impetrato à Magistro D. Georgio, ibi: Privilegijs, indultis cuilibet dictarum Militiarum, ut præfertur, concessis generaliter uterentur, poterentur, & gauderent. Quæ omnia privilegia

legia inter ipsas Militias postea communia declaravit Episcopus Lamacensis in hæc verba : *E que istomesmo usem dos privilegios de Alcantara, & Calatrava, & de Aviz, que até aqui são avidos.* Quæ etiam extensio ad Militiam Iesu Christi facta est, ut constat ex ipsis actis, quæ sunt apud Scribam Petrum Leitão.

Unde supponendo quod dicto Ordini Cisterciensi tale privilegium concessum est, ut ex ipso patet, & quod Equites dictæ Militiæ Iesu Christi militant sub eadem regula;

12 Restat videre, quomodo hoc privilegium debeat interpretari. Et dubitari non potest de potestate Summi Pontificis, qua solet talia privilegia sæpe Religiosis concedere, ut in cap. ex parte, cap. suggestum de decim. quia in super concedere potest sæcularibus privilegium decimas ab alijs colligendi ex justa causa, ut explicat Hostiensis in summa tit. 2. de decim. n. 13. l. 13. tit. 20. part. 1. Prout videmus concessisse Regi Alphonso XI. Castellæ, ut in l. 1. tit. 21. lib. 9. Ordin. refert Lafarte de decim. vendition. cap. 19. num. 36. Palat. in rubr. §. 37. num. 13. Menchac. illustrium quæst. cap. 89. num. 6. Gutierrez lib. 1. ad leges Regni quæst. 14. ita ut decimæ fiant jus Regale, ut dixit Avendañ. lib. 2. de exequend. mand. cap. 14. num. 21. Gregor. Lopez in l. 22. tit. 20. part. 1. verbo, no los deven: easdem concessas in Regno Granatensi Regi Ferdinando refert Xuar. allegat. 28. Puteus dec. 319. lib. 3.

13 Quo supposito, manet dubium circa interpretationem privilegij, & ut clarius demonstretur, potest hæc materia in sequentes quæstiones dividi. Primo, an hoc privilegium non solvendi decimas sit reale, vel personale? Secundo, an debeat intelligi solum de Cõventibus, & Communitatibus? Tertio, si est usu receptum, vel contrario usu derogatum? Quarto, an derogatum cõferri debeat ex Regijs Provisionibus à Rege Emmanuele, & Sebastiano ema-

natis, quibus decidit tale privilegium Militijs non competere. Volui incidenter de hoc agere, quia ultraquam quod tangit materiam hujus decisionis, est res valde controversa: & ideo libuit in ea paululum insudare.

13 Quoad primum igitur consideranda sunt privilegij verba argum. cap. porro de privil. ibi: *Ex inspectione privilegiorum.* Tiraq. in l. si unquam, verbo libertis num. 6. & 7. Dubitari namque potest, An illud sit reale, vel personale? Quod quomodo cognoscendum sit, explicat gloss. in Clem. 2. de decimis, verbo excolendas, Abb. in cap. 1. illo tit. Soares de divin. cult. 1. part. cap. 19. n. 14. Ubi quatuor verborum formulas expendit, veluti si dicat de proprijs fundis, vel ex agris, quos proprijs sumptibus excolunt; quæ verba in personale privilegium sonant. Secundo, si dirigantur verba ad res ipsas, veluti ne solvant, nec eorum fundi: & esse reale privilegium glossa sentit. Tertio, si contineant, quod eximit Religiosos, ne solvant de suis prædijs, sive per se, sive per colonos excolant: & hoc privilegium reale judicat. Quarto, si dicat, eximo talè Religionem à decimis suorum prædiorum: glossa hoc personale vocat, Soares reale dicit, de quo late etiam Surdus conf. 825. à n. 22. Barbosa in l. quia tale n. 3. & 11. ff. sol. matrim.

14 Hoc supposito, legenti horum Brevium verba patebit privilegium personale esse concessum Religiosis Cisterciensibus, ne solvant de prædijs, quæ excolunt suis sumptibus; sufficereque, ut qualitercunque excolant, & comprehendet etiam prædia conducta, quia illud denotant illa verba, quomodocunque, & qualitercunque, & ibi, proprijs sumptibus, quia hæc omnia sub verborum proprietate veniunt, & latitudine, Surd. conf. 497. quia verba sunt testimonium mentis, idem Surdus conf. 82. n. 33. & conf. 106. n. 30. & 179. n. 62.

15 In secunda quæstione supposito quod privilegium sit personale, an de-

debeat intelligi, ut comprehendat non solum Conventus Ordinis, sed & particulares personas? Et verba ad singulos dirigi constat, ibi: Et singulas personas: quæ expressio non debet censeris otiosa, sed cum effectu, ex reg. l. i. C. cōmun. de legat. cap. relatum de cleric. non resid. cap. hæc autem verba de pænit. dist. i. l. si per alium §. docere ff. ne quis eum, l. i. §. hoc autem ff. quod quisque juris, Surdus conf. 3. num. 25. & 179 num. 49. & conf. 112. n. 46. Unde cum illa verba proprie cōprehendant quemcunque Religiosum, etiam si extra claustra Monasterij degat, eodem modo cōprehendunt Præceptorem, seu Commendatorem quemcunque, qui vere Religiosus est, ex Covarr. 2. part. epitome cap. 3. §. i. num. 18. Navarr. de redditib. monit. 55. & 56. & in propugnac. §. 15. & conf. 5. lib. 1. de his quæ vi num. 6. & de regular. conf. 23. lib. 4. & de sponsalib. conf. 10. & 13. Avendañ. cap. 26. Prætor. num. 11. lib. 2. Belluga in specul. cap. i. rubr. 7. num. 7. Rota decis. 256. quia commutatio voti continentiae in castitatem conjugalem non mutat Regulæ substantiam, ut per supra citatos. Et omnem dubitationem excludit Bulla Leonis X. Ubi declarat, privilegia Ordinis ad singulas personas pertinere, ibi: *Magistri, nec non Fratres, & personæ quæcunque: & ibi: Earumque Magistros, Priores, Præceptores, Fratres, Ecclesias, & loca, & personas familiares, ac vassallos, &c.*

16 Quæ verba plane innuunt antiqua Ordinis privilegia modernis Cōmendatoribus, seu Præceptoribus esse concessa; Præceptores enim dicuntur Commendatores, ex Cortaf. de Sacerd. i. part. cap. 3. num. 2. Barbat. in Clem. causam quæ col. 12. de elect. Rebuff. de nominat. q. 15. n. 16. Mandos. de infirmis q. 20. n. 8.

17 Et succedit regula, quod quavis privilegium, seu quælibet dispositio odiosa debeat restringi, reg. odia regula quæ à jure de reg. jur. lib. 6. cap. 1. de filijs presbyt. Oldrad. conf. 268. Re-

buff. de decim. cap. 13. num. 124. Covar. cap. 17. num. 14. Gutier. lib. 2. Canon. cap. 2. num. 129. & conf. 5. num. 15. cap. cum capella, cap. sane, cap. in tuis de privileg. Tamen extra dubium est dispositionem quamlibet odiosam habere latam, & latissimam interpretationem intra verborum proprietatem cap. intelligentia de verbor. signif. cap. secundo requiris, vers. inquisitioni de appel. quia sequimur non verba, sed mentem concedentis cap. ad audientiam de decim. ibi: *Nam si intelligeremus, &c.* cap. olim, cap. recipimus, vers. inspicienda, cap. considerabimus 9. de electione, ibi: *Contra tenorem privilegiorum: & in specie Abb. in d. cap. ad audientiam num. 1. Decius in cap. causam quæ de rescript. & conf. 113. Marianus Junior conf. 37. num. 16. lib. 1. Paris. conf. 22. num. 6. lib. 4. Tiraq. in Præfation. l. si unquam num. 119. C. de revocand. donation. juvat l. i. vers. quod autem ff. de alex. luf. juxta literam negativam, quæ est in Pandectis Florentinis, ibi: *Quod non puto verum, Prætor enim simpliciter, &c.**

18 Quæ interpretatio sic latissima toleranda est, quandiu mens concedentis non offendatur, l. Filium 16. ff. ad Macedon. junct. l. juste 201. ff. de verbor. signif. l. Senatus 59. junct. l. libertus ff. de ritu nuptiar. observant. las. in l. si constante num. 82. ff. solut. matrim. plures ut per Pinel. in l. i. C. de bon. matern. 2. part. n. 72. Tiraq. de retract. tit. i. §. i. gloss. 4. n. 101.

19 Nec obitabit, quod dispositio odiosa restringenda est, quia hoc intelligi debet de restrictione, quæ fit intra verborum limites, & mentis concedentis; in hoc enim dispositio favorabilis, & odiosa diversificantur; quia hæc recipit extensionem extra verborum proprietatem ex rationibus extrinsecis, l. non possunt ff. de legib. odiosæ vero extēsiōne habere possunt intra verborum proprietatem ex rationibus intrinsecis. Unde falsa est illorum opinio, qui sentiunt, quod ubi primum privilegium in aliquo verificatur etiam minimo, hoc sufficit, ut

in reliquis debeat restringi. Contraria namque est melior, & verior opinio, & comprobatur ex text. in cap. ad audientiam, cap. quia circa de privileg. Ubi privilegia de decimis etiam si jam aliquid operentur in novalibus, adhuc suos producant effectus quoad decimas antiquas, & quoad de novo acquirendas, in quibus ex mente, & verbis fit latissima interpretatio: nec adversatur cap. in his de privileg. in fine ibi: *Ut aliquid, &c.* quia ille textus solum probat, quod semper privilegium debet aliquid operari contra jus, non autem quod ubi primum aliquid operetur, in alijs deberet restringi, quando & verba, & mens concedentis non repugnaverit ex reg. cap. cum tibi, cap. pen. de verbor. signific.

Unde cum verba hujus privilegij loquantur de personis singularibus, & de Præceptoribus, jam illorum verborum proprietates ostendit, quod Præceptores quatenus tales, etiam si in sæculo degant, gaudent eodem privilegio non solvendi de bonis, quæ suis sumptibus excolunt: nec potest dici privilegium fore limitandum ad bona habita ante Concilium Lateranense, juxta cap. nuper de decim.: quia Brevia Apostolica specialiter agunt de bonis ante, & post Concilium acquisitis.

20 Nec pariter obstabit, quod verba privilegij videntur dirigi ad bona Conventuum, & Religionum: quare non debent extendi ad patrimonialia ad instar privilegij clericalis, quod ad patrimonialia non extenditur. Covarr. lib. 1. variar. cap. 4. n. 3. Bobadilla lib. 1. cap. 18. n. 260. Gutierr. lib. 4. pract. cap. 38. n. 17. Satisfit namque, quod verba privilegij non ad bona ipsa diriguntur, sed ad personas in his, quæ suis sumptibus excolunt. Quæ verba sic comprehendunt bona Ecclesiarum, ac patrimonialia, sicut etiam conducta, & non propria, cum & hæc proprijs sumptibus coli possint.

21 Nec pariter obstabit, quod supradicta recte obtinebunt, dum privilegium interpretamur contra conce-

dentem, quia tunc & verba, & mens consideramus. Surdus conf. 140. num. 73. De quo est text. in l. si quando C. de bonis vacantibus. lib. 10. cap. ex parte 1. de verbor. signif. Innocent. ex cap. cum dilecti de donation. Marsili singul. 483. Grammat. decis. 49. num. 55. Bertrandus conf. 7. num. 2. vol. 3. & conf. 38. num. 3. vol. 7. & est doctrina Abbat. in d. cap. olim de verbor. signific. cap. cum olim, ubi DD. de consuet. Idem Abb. in cap. quia circa de privil. gloss. loquens in statuto in l. fin. §. in computatione C. de jure deliber. Gutierr. lib. 2. Canonic. q. 21. n. 121.

Verum contra priores, & alios, qui sunt in possessione decimandi, non potest tale privilegium extendi, ne illis solvatur de rebus de novo acquisitis, de quo est text. in cap. pen. de privileg. Oldrad. conf. 268. Felin. in cap. causam quæ de rescript. n. 11. Cotta verbo privilegia in ultim. memorab.

22 Quia ultra responsionem Abbatis in cap. dudum de privileg. & Decij conf. 113. num. 7. & aliam Gutierr. ubi supra num. 129. respondetur, quod privilegium etiam contra operatur, quando clare disponit cum tertij præjudicio, nam licet supra posita in contrarium procedant, quando sumus in dubio, cessant tamen, quando verba non sunt dubia, nec deficiat potestas in concedente: patet ex illis verbis, ibi: *Et etiam de illis possessionibus, de quibus aliquis hæctenus percipit*: quæ verba diriguntur in tertios, qui erant in possessione recipiendi, quibus S. Pontifex & præjudicare voluit, & potuit. Nec potest dici ignorasse ea, quæ exprimit Oldrad. d. conf. 168. Felin. in cap. causam quæ num. 11. de rescript. latissime Ruin. conf. 88. num. 6. lib. 4. Menoch. conf. 36. num. 36. lib. 1. Et quanvis hi Doctores contrariam sequerentur, loquebantur tamen quando privilegium erat generale, in quo cadebat dubitatio de mente statuentis: & adhuc in illis terminis nostram secutus est Socin. conf. 297. num. 6. lib. 2. idem Decius

cuis conf. 113. vers. tenore num. 3. Cretus conf. 94. num. 15. lib. 1. & fuisse iudicatum in Rota Cassador. decis. 1. n. 1. ad fin. de privileg.

Verum quando specialiter privilegio sic cavetur, nec Oldradus, nec alij dubitarunt, cum dubitare non liceat de potestate Papæ in hac concessione, cum hæc decimæ respectu quottæ sint de jure humano, quod Papæ subest, ut in cap. à nobis, ubi gloss. verbo exemptus de decim. Decius in cap. cum ordinem num. 1. de rescript. Covarr. lib. 1. resolut. cap. 17. n. 9.

23 Tertia est quæstio: An hoc privilegium fuerit usu receptum, & an sublatum per non usum, vel contrario usu? Et quoad primum extra dubitationis aleam est omne privilegium indigere, ut recipiatur usu, cap. ult. de consuetud. lib. 6. cap. 1. de treuga, & pace, ubi late Panormit. las. in l. rem non novam C. de judic. Henriques in tract. de Synodo 3. part. cap. 2. num. 50. & 63. idem Panorm. in cap. cum olim de Cleric. conjugat. & per Soares de legib. lib. 4. cap. 16. num. 1. Menoch. lib. 2. præsumpt. 2. num. 1. Quod autem hoc privilegium fuisset usu receptum, colligitur, quia constat à Magno Magistro fuisse impetratū, & servatum, & virtute illius Equites se abstinuisse à solvendis decimis, & Prælatos se opposuisse, & hodie dicitur causa pendere in Romana Curia. Quæ contradictio non efficit privilegium usu non receptum esse; imò ostendit contrarium, ultra quamquod reperiuntur talia privilegia transcripta in libris, in quibus Ordinum, & Militiarum privilegia describuntur, & in Archivis publicis recondita: quæ omnia arguunt ipsorum observantiam.

24 Unde fit, quod adepti sic possessione non solvendi ex parte Equitum, non possunt Prælati conqueri, quod ipsi decimas non solvant, cum illud efficiant continuando suorum prædecessorum jus, & statum, qui non mutatur ex successorum persona, l. 2. §. ex his ff. de verbor. obligat. Cum idem sit Ordo, qui

in principio extitit, l. cū proponeretur ff. de judic. & pendente lite idem status, & succedendi, seu providendi modus continuatur, cap. 1. & 2. ut lite pend. lib. 6. Quæ jura licet prohibeant pendente appellatione alium substitui; tamen intelliguntur, quia litigans non erat in possessione illius juris præsentandi, seu eligendi; si enim de aliqua quasi possessione constaret, in ea conservari debuisset, quoties contigisset vacare ex regula cap. consultationibus de jure patron. Pendente namq; lite utitur possessor sua quasi possessione, d. cap. 1. l. certū C. de reivindicat. Nec aliud probat d. cap. 2. ut lit. pend. lib. 6. quia in eo textu quavis monasterium esset in quasi possessione eligendi, tamen adhuc non fuerat ejus electio confirmata: quo dato, ex tali præsentatione certum est non quæri quasi possessionem, cum non sortita fuisset effectum ex Covarr. in reg. possessor 2. part. in princ. quia si suum effectum assequeretur, semper possidens esset tuendus, etiamsi lis super proprietate penderet. Lambertin. de jur. patron. lib. 2. part. 1. quæst. 3. princ. art. 4. n. 3. Fundamēta autem contraria; quæ in eo textu ponderat Abb. num. 21. ex mala fide orta ex litis pendentia, ex lege sed si lege §. si ante ff. de petit. hæred. & ex restitutione fructuum facienda, de qua in d. l. certum, diluit Covarr. de sponsalib. 2. part. cap. 8. §. 1. n. 5.

25 Dato autem quod nulla lis pendeat in Rota, adhuc justissime Equites ratione sui privilegij petunt illius observantiam, cum nihil appareat, quo immutatum, seu derogatum censeretur, nec derogatio, cum sit mutatio, in dubio præsumenda sit.

26 An derogatum sit per non usum? Indubitati juris est privilegium non usu amitti posse, quia ex tali non usu inducitur quædam tacita renuntiatio ejusdem privilegij, l. 1. ff. de nundin. DD. in cap. cū accessissent de constitut. Bart. & alij in l. falso C. de divers. rescript. Soares de legib. lib. 8. cap. 34. num. 2. & cap. 29. per tot. Arguit namque non usus renuntia-

tionem. Padilla in d.l. falso, Bellug. in specul. rubr. 47. §. sciendum num. 5. Capic. decis. 134. Tapia in l. fin. ff. de constit. Princip. cap. 1. n. 5.

28 Tamen est advertendum, quod privilegia vel sunt affirmativa, vel negativa, ut distinguit l. 42. tit. 18. part. 3. Unde hæc renuntiatio per non usum solum habet locum in privilegio affirmativo, quia hoc solum extinguitur non usu, Soares ubi supra d. cap. 34. num. 34. In negativis vero non sufficit non usus (quale hoc est de quo agimus) quod consistit in non solvendo decimas, quod ut non usu derogatum censeatur, oportet ut intercesserit prohibitio, & post illam tempus effluxisset necessariū ad præscribendum contra privilegium, gloss. in l. 1. C. de servit. Padill. ibi num. 12. Molin. Theolog. tract. 2. disp. 70. fol. 431. vers. quod idem, Soares alleg. 26. ad fin. Mascard. conclus. 1215.

29 Nec obstabit, si quis dixerit, quod in nostro casu constat Prælatos contradixisse, & ab illa prohibitione tempus sufficiens effluxisse, ut derogatū censeatur. Quia satisfit, quod non omnis sufficit prohibitio, quia debet fieri illis personis, quibus privilegium concessum fuit. Ratio est: quia cum in hoc inducatur tacita renuntiatio, hæc nunquam potest præsumi, nisi facta ab eo, qui expresse tali privilegio renuntiare potest: unde cum privilegium de non solvendis decimis fuisset concessum Ordini, seu Militiæ, ejusque Magno Magistro, non sufficit, quod fiat prohibitio Equitibus particularibus, nisi fiat ipsi Magistro, & Ordini in communi, cui concessum est; privilegia namque Ordinis nec tacite, nec expresse possunt remitti à particularibus personis, seu Equitibus, aut Commentatoribus, ex reg. cap. si diligenti de foro comp. cap. significasti eod. tit. Quare lites aliter motæ non possunt nocere Ordini in communi, Tap. d.l. fin. cap. 2. num. 5. Soares d. cap. 35. num. 5. Nec eorum taciturnitas per longum tempus sufficeret, nisi ex cursu centum an-

norum, quo spatio contra Militiarum bona præscribitur ex indultis dicto Ordini concessis.

An ex usu contrario debeat censeari privilegium revocatum?

30 Dubitari nequit, quod usu contrario privilegia tolli possunt, ex gloss. in cap. ex ore de his, quæ fiunt à maior. part. verbo renūtiasse, gloss. in cap. ult. de vita, & honest. verbo cum facto cap. cū accessissent de constit. cap. si de terra, cap. accedentibus de privil. Bart. in l. fin. ff. de constit. Princip. ubi Tapia 2. part. cap. 2. citata l. 2. C. de jure domin. impetrand.

31 Verum qualis hic usus esse debeat, est summè notandum, quia non omnes actiones contrariæ privilegio pertinent ad contrarium ipsius usum, is namque tunc datur, cum ipsi privilegiati dicto contrario usui acquiescunt, sibi que volunt præjudicare: ponit Tapia exemplum in d.l. fin. num. 9. duobus socijs, ubi contrarius usus unius ex socijs sibi, non vero socio præjudicat. Unde contrarius usus tunc datur, quando ille exercetur cum privilegiatis in actibus, qui concernunt observantiam privilegij in actu practico. Hos autem privilegiatos sic accipere debemus, ut non sint particulares, sed ipsi, quibus principaliter privilegium concessum est, prout Magnus Magister, Conventuumque Prælati, & generalis Ordinum Procurator. Si namque in contrario usu solum considerentur actus particularium personarum, ex his actibus privilegium non amittitur in totum, nec ad actus futuros, sed pro illa vice; consideratur namque in quolibet privilegio utilitas, ipsiusque possessio, & ejusdem privilegij proprietas. Unde quando privilegiati patiuntur actus contrarios suo privilegio, soli possessioni ipsius renuntiant quoad illos actus; verum in futurum tali privilegio negativo uti non prohibentur, gloss. in cap. gratum de officio delegat. ubi multa jura

citatur; probatur l. ult. ff. de priv. veteran. l. 2. ff. ad municipal. Soares d. cap. 35. n. 9. & probatur l. voluntariae C. de excus. tutor. ibi: *Voluntariae tutelae munera privilegij nihil derogant, id est quoad munera futura non voluntaria*: exponitur ibi glossa. Soares ubi supra num. 14. Gregor. dict. l. 42. tit. 18. part. 3. Alex. conf. 33. Bart. in d. l. voluntariae, & d. l. ult. ff. de constit. Princip. Nec aliud probant d. cap. cum accessissent, ibi: *Nisi Canonici contravenirent aliquem eligendo*. Ubi videtur, quod ex unico actu contrario privilegium infringitur eligendi, quia ibi privilegium concessum erat ad unicum actum, non vero ad plures: & unus actus contrarius totum privilegium violavit, quia tractum non habebat successivum, Tapia d. cap. 2. in princip. Soares ubi supra. Et eodem modo procedit textus in l. fin. ff. de priv. veteran. dum decidit, quod debet cogi munera subire ille, qui passus est contra suum privilegium semel eligi. Quia respondetur, quod procedit respectu illorum actuum, in quibus consensit, & non ad futuros, ut per Soares ubi supra n. 18.

32 Deinde procedit in eo, qui dominus est sui privilegij, cui vel tacite, vel expressè renuntiavit in illo actu, vel in omnibus: sed non procedit in inferiori, qui privilegium, quod habet, suum non est, sed alterius superioris, cui ipse subest, vel Ordinis, cuius ipse est membrum, vel subditus: his namque casibus non potest ille suo privilegio renuntiare, ut Ordini, vel superiori praedictet, ex reg. l. pen. C. de pact. l. non dubium C. de legib. Cum potius in suis privilegijs possit Magnus Magister Equites invitos detinere. Barbosa in l. 1. ff. de judic. art. 3. n. 148. de quo est Ord. lib. 2. tit. 1. §. 14.

Ex quibus liquet, quod ille usus contrarius non est talis usus, qualis esse debet, ut Ordin. praedictet. Nec obstabit, si quis dixerit, quod cum triginta annorum cursus sufficiunt, ut dicatur privilegium extinctum, cap. si de terra de privileg. cap. accedentibus eod. Decius conf. 638. Soares d. lib. 1. cap. 20. num. 3.

Respondetur namque, quod privilegia Cisterciensis Ordinis non derogantur minori spatio, quam 100. annorum, quia appellatione bonorum veniunt privilegia, & alia jura incorporalia, l. interdum, & ibi Alciat. ff. de verbor. signif. l. possessiones, & ibi glossa. C. de probation. Et pro his incorporalibus dari interdum utile, Menoch. de recuper. remed. 15. num. 47. & remed. 1. n. 444. Insuper usus contrarius elicitus à Praetatis censuris non praedictet, quia violentus, Menoch. lib. 6. praesumpt. 41. n. 14. Alderete 2. part. cap. 3.

33 Nec insuper obstabit, si quis dixerit, quod haec privilegia debent censi revocata ex qualicumque usu contrario, cum sint nociva Ecclesijs, ex regula cap. suggestum de decim. Quia respondetur, quod haec rationes obtinere poterunt, ut Summus Pontifex privilegiorum Author illis derogat, non vero sufficere, ut ante ipsorum revocationem abrogata censi debeant, Rota diversor. decis. 83. num. 7. Tiraq. cessante causa in princ. num. 220. Doctor Joseph. Alderete de exemption. regul. cap. 8. in fin. 3. part. Ultra quod ex parte Militiarum ponderari possunt plures rationes, quibus illorum privilegiorum usus observari debet, cum constet fuisse concessa in remunerationem laboris, & pro sanguine effuso in obsequium Fidei, & Sedis Apostolicae, quae privilegia irrevocabilia sunt, ut resolvit in simili Cabed. decis. 86. num. 5. & decis. 94. 2. part. Azeved. l. 14. lib. 1. tit. 3. n. 44.

Quod si dixerimus cum Doctissimo Soares adversus Angliae errores lib. 4. cap. 34. n. 23. quod hoc privilegium licet remuneratorium adhuc revocationi subest: tamen illud procedit, quando ipse S. Pontifex specialiter derogasset, de quo usque modo non constat, quinimò constat id jam saepius supplicatum, & tamen obtentum non fuisse.

Nec Abbatum, & Priorum praedictet potest in contrarium movere, cum videamus Milites semper in ex-



peditione belli esse pro defensione Reipublicæ, & Ecclesiarum, & quotannis obviam exire Fidei inimicis maritima infestantibus ora: quæ ratio sufficit, ut hæc privilegia favorabilia judicentur, Rota diversor. 1. part. decis. 454. num. 12. Alderete de exemption. cap. 6. num. 13.

An obstent sententiæ contra Equites aliquando latae.

34 Contrariæ factionis Authores sententias in contrarium latas offerunt, quibus contra aliquos Milites judicatum fuit, ut decimas solverent. Verum hoc nulla responsione indigebat, cum, ut supra diximus, particularium Equitum causæ nullum Ordini præjudicium generare possint; quia solum latae contra Magnum Magistrum, & Ordinem in communi, particularibus nocere possunt, non è converso: in simili Ripa in l. filiusfamilias §. Divi ff. de legat. 1. num. 60. Crotus num. 38. Loazes num. 126. Ias. lect. 1. num. 47. & alij, quos citat Tiraq. de primogen. quæst. 35. num. 17. Gomez l. 40. Taur. num. 73. Pinel. in l. 1. 3. part. C. de bon. matern. à num. 48. Molin. lib. 4. cap. 8. num. 6. Peregrin. conf. 53. num. 25. Barbosa in l. divortio §. ult. num. 24. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 10. num. 3. & 4. eleganter Cujacius in l. judicata 29. §. si debitor ff. de exception. rei judic. DD. communiter in l. sæpe ff. de re judic. Etsi sententijs pugnandum est, plures latae proponuntur in favorem Militiarum non solum in Tribunalibus Regijs, sed in Iudicio Legali hujus Regni: quarum tenorem ad calcem hujus Decisionis inferemus. Quæ maiorem fidem faciunt, quia latae in iudicio Ecclesiastico, & competente, Clem. despendiosam de judic. cap. literas de juram. calumn. cap. ult. de rerum permut. cap. tua de decimis, Gail. lib. 1. observat. 38. n. 1.

35 Nec sententiæ contrariæ latae

in Iudicio Ordinariarum quidquam profunt, quia ipsi notoriè sunt suspecti ad causam, cum utilitatem pertendant ex non observantia horum privilegiorum: & succedit regula l. omnibus C. de testib. cap. 14. quæst. 4. Quod si quis replicaverit, quod Episcopis de jure concessum est, tanquam supremis Principibus, ut de proprijs causis cognoscere valeant, gloss. in cap. cum venissent, verbo causa suæ Ecclesiæ, de judic. Bart. in l. est receptum ff. de jurisd. omn. judic. Tamen hoc fallit, quando quæstio movetur cum eo, qui Episcopi subditus non est, ex Ruino conf. 37. num. 2. lib. 1. Alex. in d. l. est receptum num. 3. Hostiens. & Ioann. Andreas in cap. novit de judic. Alciat. præsumpt. 8. reg. 3. num. 10. Surd. conf. 47. num. 14. Et adhuc inter suos subditos non posse cognoscere de causa, ex qua commodum sperat, dixit Antonin. Abb. & Decius in d. cap. cum venissent, idem Decius in cap. postremo de appell. num. 9. videndus Capic. decis. 137. à num. 1. Maranta 6. part. 2. artic. de appell. num. 51. Graffis decis. 93. aliàs 4. de exception. Alderete 3. part. cap. 7. num. 4. Cumque Equites sint omnino exempti à jurisdictione ordinaria, & ex vi Brevium Apostolicorum, extra dubium manet non posse Ordinarium de causis decimarum suæ Ecclesiæ cognoscere: nec contra supradicta pugnat text. in cap. 1. §. dicecesano de decim. lib. 6. ibi: *De ipsis Religiosis super decimas, quas habent, &c.* Ubi videtur ostendere, quod etiam privilegiati respondere tenentur coram Episcopo super decimis. Quia satisfit, quod ille textus non loquitur de Religiosis exemptis à jurisdictione ordinaria; quia in illo eodem textu fatetur Pontifex, quod de illis non poterit Episcopus cognoscere, ibi: *Nisi de rebus exemptis agatur, &c.* Et valet argumentum de rebus ad personas. Unde cum Militiæ, earumque privilegia suum privativum Iudicem habeant à Sede Apostolica concessum, ad illum eundem Iudicem spectat ta-

lis cognitio, cum maior sit. Ordinatio cap. sane 11. de officio delegat. cap. 2. eod. tit. cap. cum contingat de rescript. Menoch. conf. 93. num. 6. 7. & 8. Mandos. de signatur. grat. tit. de conservat. & ipfius est cognoscere an sua fit iurisdic-tio, l. si quis ex aliena ff. de iudic. Nec aliud probat cap. cum persona de privil. lib. 6. Quia solum procedit in exhibitione privilegij, quod debet infinuari coram Ordinario, ut de facto cōflet, non autem ut de viribus ipfius cognoscat, quia tunc debet illud remittere ad concedentem, ut dixit Anton. de Butrio in cap. super literis de rescript. quem citat Dominic. in d. cap. cum persona num. §. si autem, & fuit Innocentij in cap. venerabili num. 4. de censib. ubi idem Butrius n. 10. Felin. in d. cap. super literis n. 24.

36 Deinde dictæ sententiæ laborant alia nullitate; quia latæ sunt super interpretation. Breviū Apostolicorum, quæ nullus Ordinarius interpretari potest, quia reservatur interpretatio S. Pontifici, gloss. & omnes in d. cap. cum venisset de iudic. gloss. verbo interpretatus in cap. 1. de postul. Prælat. gloss. verbo æstimare, in cap. Ordinarij, vers. si vero de offic. Ordin. lib. 6. Palatius in repet. cap. notab. 2. num. 49. Sylvester verb. Interpretatio, quæst. 2. & verbo Iudex 2. num. ult. Rota novissima ad Seraphin. 2. part. decis. 83. Henriq. part. Summæ lib. 7. de Indulgent. cap. 29. num. 3.

37 Et quamvis aliqui Doctores senserint, quod inferior potest cognoscere de interpretatione Indulti Apostolici, quando incidenter de eo cognoscitur, quando non versatur cognitio circa potestatem Principis concedentis, ut dixit Bald. in l. si qui C. de appell. Abb. num. 3. Decius 4. Burrius 13. in dict. cap. cum venissent, & alij, ut per Henriques dict. cap. 29. num. 4. pro quibus est cap. 1. de postulat. Prælatorū, l. ex facto 42. ff. ad Trebel. ibi: *Voluntatem Principis inspicientibus, &c.* Tamen omnes conveniunt, quod quando agi-

tur principaliter de interpretatione privilegij, & intentionis concedentis, dubium est grave, quod his casibus quamvis incidenter cognoscatur, & nullum causa involvat præjudicium Sedis Apostolicæ, tamen adhuc cognitio ad ipsam Sedem spectat, quando cum facilitate potest obtineri declaratio, ex Abbate in d. cap. 1. de juram. calumniæ notab. 1. per text. ibi, & in dict. cap. cum venissent, notab. 3. ubi dicit esse communem Decius num. 4. vers. similiter, & deducitur ex l. 1. & 2. C. de relation. cum traditis per Decium in cap. 1. lectur. 1. de constitut. sic intelligi potest d. l. ex facto, vers. respondi, l. Neratius 151. ff. de reg. jur. cap. suggestum junct. gloss. ult. de decim. gloss. in fine in reg. decet de reg. jur. lib. 6. quam dicit receptam communiter Rota ubi supra num. 8.

Unde cum in præsentī actum sit de interpretando privilegio Apostolico, & dubium sit valde grave, Ordinariorum sententias sequitur aperta nullitas, ex reg. ea quæ fiunt de reg. jur. lib. 6. cap. at si clerici de iudic. ibi: *A non suo iudice*: d. cap. cum venissent ibi: *Nolumus.*

An obstant Regia diplomata; quibus Rex sanxit, quod Ordinarijs observetur possessio recipiendi decimas.

38 Insudant ex parte contraria, hanc causam jam à nostro Principe esse decisam, dum per Regia diplomata iussit, quod Prælati in sua quasi possessione recipiendi decimas tuerentur à Præsidibus, & Regijs Magistratibus. Quæ quidem provisiones, si bene attendimus, solum diriguntur ad possessionem, seu quasi, in qua Prælati sunt, ne ab ea deturbentur non auditi: quod quidem supponit, quod Prælati conquerebantur se spoliari ab illis, à quibus erant in possessione recipiendi: verum non tollunt, quod ille, qui nunquā solvit, postquam miles effectus est,



possit à solutione decimarum cessare: quod si ultra hunc intelligendi modum interpretandi sunt, ut absolute determinant Equitibus, seu Militibus jus non solvendi non competere, notoria laborant nullitate, cum ad Principem sæcularem nullo modo possit spectare hujus dubij decisio, cum nec ad Ecclesiasticos Prælatos attento jure spectare possit, ut supra probavimus: sicque eodem claudicant pede sententiæ allatæ in contrarium, altera Leonardi Tasca, & altera Pauli da Sylva, quia ultra defectum jurisdictionis ad interpretanda privilegia Sedis Apostolicæ, tales sententiæ latæ fuerunt contra particulares personas sine ulla Magni Magistri interventione, & Prælatorum Ordinum, quos principaliter causa tangebatur. Insuper sententia Pauli da Sylva pro Militibus loquitur, quia solum decidit, quod Milites non retineant decimas, quas percipiunt ex bonis patrimonialibus, quam retentionem permittit in decimis bonorum Ecclesiarum, vel communitatum: Agnoscit ergo privilegium esse in suo robore quoad decimas bonorum Commendarum, seu Præceptoriarum ex bonis, quæ Milites proprijs expensis excolunt, & in favorem Militiarum, & Militum plures sententiæ latæ sunt, quarum tenorem in fine transcribemus.

39 Ex quibus omnibus sic resolutis duæ suboriuntur quæstiones à superioribus dependentes. Prima est, An Equites, seu Milites virtute sui privilegij possint cessare à decimarum solutione sine violentia, licet antequam essent Milites solvissent? Secunda, An à talibus Militibus possint Prælati decimas censuris extorquere? & An ad suum judicem eo casu declinare possint?

Et quoad primum, si attendimus ad jus commune, non sine dubio est, an Eques deauratus vim committat non solvendo decimas, quas ad hoc usque tempus solvit? quia privilegium non solvendi restringendum est, ut non

comprehendat eos Rectores, qui in possessione sunt recipiendi tales decimas, ut non auditi priventur tali emolumento ex reg. cap. dudum de privil. cap. 2. in princ. de decim. lib. 6. ibi: *Quas tempore illo, quo impetratū est hoc indultū, alij possidebant*: facit c. ex parte de decim. in terminis Oldrad. conf. 268. cui subscribit Felin. in cap. causam quæ num. 11. de rescript. Cotta in memorab. ubi privilegia, latissime Ruin. conf. 88. n. 6. lib. 4. Menoch. conf. 36. n. 36. lib. 1.

Sed his non obstantibus verius est, quod concessio hoc privilegio Ordini, & Militiæ ad suos Milites, ne decimas solvant ex terris, quas proprijs expensis excolunt, nullam violentiam committit, qui suscepto Militiæ habitu solvere recusat; quia non obstat contraria possessio Rectoris, quia hæc consideratur respectu non privilegiatorum, & ut fieret violentia, oportebat probare Rectorem se esse in possessione recipiendi à Militibus. Unde si à me non privilegiato recepit, non potest à me postea privilegiato ex ea causa decimas exposcere; quia bona à persona privilegiata mutationem recipiunt, ex reg. l. Paulus ff. de acq. hæred. cap. 1. de jur. patron. lib. 6. Castrensiæque eam naturam amittunt mutato possessore l. si à me ff. ad falcid. Barb. in l. post dotem num. 78. ff. solut. matrim. Guttierr. pract. lib. 1. quæst. 3. num. 25. & Canonic. q. 49. num. 4. Lafart. de decim. vendit. cap. 19. num. 44. Azeved. lib. 5. tit. 4. l. 15. in fin. Sicut alias Senatores, qui antea solvebant jugatæ tributum, post adeptam senatoriam dignitatem fiunt immunes, non enim vim commisisse dici potest, qui autoritate legis non solvit, l. juste possides ff. de regul. jur. cum illa cessatio non sit violenta, sed justa, quæ sicut justa erit virtute sententiæ, seu legis, sic pariter est justa virtute privilegij, quod privata lex dicitur.

Facit, quia sicut Ordinarius, vel Rector est in possessione levandi decimas à parochianis, sic pariter Militia est in possessione sui privilegij, ne ejus Militi-

tes solvant.

Nec obstabit, si quis dixerit, quod supradicta procedere possunt respectu privilegij pacifici, & sine controversia, non vero in hoc casu, in quo Prælati repugnant, in quo non possunt partes sua autoritate illud introducere, cum negatio partis faciat rem dubiam, ut supra diximus. Dum namque privilegiatus suum privilegium exequitur, sibi jus dicit jure prohibente, ne quis in sua causa jus sibi dicat l. 1. C. ne quis in sua causa, Ordin. lib. 3. tit. 43. sicut alias legatarius non nisi de manu hæredis legatum capere potest, l. 2. ff. quorum legatorum, Ordin. lib. 4. tit. 58. ibi: *Polo fazer por sua authoridade*: Gama decis. 4. num. 1. Sufficit namque privilegium habere contradictionem, ne exequi possit ad exemplum sententiæ impeditæ, quæ exequi non potest: sicut alias dominus directus, qui occupare potest possessionem emphyteusis vacantis consolidato utroque dominio, ex Tiraq. le mort declarat. 1. num. 4. Valasc. quæst. 18. num. 80. Caldas Pereira de renovat. quæst. 18. num. 20. Si tamen emphyteuta negat consolidationem, remque efficit dubiam, non potest dominus illum expellere. Gama d. decis. 4. & decis. 333. Ordin. lib. 4. tit. 92. §. 2. Caldas Pereira de extinct. cap. 17. n. 21.

Satisfit namque, quod non omnis controversia facit rem dubiam, nisi illa, quæ non est affectata, l. Domitius Labeo ff. de testam. Dec. in cap. pastoralis num. 5. de rescript. Ultra quod hæc negatio partis debet fieri in judicio competenti, Surdus conf. 142. num. 29. & conf. 188. num. 16. & conf. 151. num. 30. Dubia namque, quæ Prælati movent ex ipsa inspectione, cessant, quia ex privilegio constat Papam concessisse exemptionem à solutione decimarum ex his, quæ proprijs sumptibus excolantur: & est regula, quod privilegium operatur cum tertij præjudicio, quando constat Principem ita sensisse. Quod constat, quia ipsi non erat ignotum, quod decimæ parochis debebantur, à quibus tamen

Milites eximit: Nulla ergo in eo surreptio considerari potest, gloss. in cap. cum olim, verbo cassari de privil. ubi Panorm. num. 6. resolvit Socin. conf. 297. num. 5. lib. 2. Decius conf. 113. n. 4. Crotus conf. 94. num. 15. lib. 1. Et quamvis decimarum concessionem debeat strictè interpretari, non sic in nostro casu, quia favorabili in remunerationem servitorum, ut in privilegio generali dixit Angel. in l. ult. num. 13. ff. de constit. Princip. Decius in cap. causam quæ num. 6. de rescript. & colligitur ex his, quæ Imol. in l. damni §. si is qui ff. de damno infect. Ias. conf. 170. ad fin. lib. 2. Natta conf. 340. n. 3. lib. 2. cap. ex parte 3. ubi Panorm. n. 31 de decim.

41 Et est notandum, quod quando Papa eximit Militiam à solutione decimarum de terris à Militibus elaboratis proprijs expensis, non debet dici, quod concedit privilegium, ne decimas solvant, sed imò potius, quod concedit, quod integros fructus ex suis terris percipiant sine ullo decimandi onere, ut resolvit Covarr. lib. 1. resol. cap. 17. num. 17. In quo prædia naturalem libertatem assequuntur, quæ libertas à laicis quæri potest etiam præscriptione, ex Navarr. conf. 2. ad fin. de decim. Menchac. illustrium cap. 89. num. 10. idem respectu quottæ operatur consuetudo, Navarr. in Manual. cap. 21. num. 30. Ex eo fit, quod his casibus si Prælati maiores solitis decimas exposcant, judex Regiæ Coronæ gravatis capitulatur, Covarr. d. cap. 17. num. 8. & 9. & practicar. cap. 35. num. 2. Barbosa in l. Titia à num. 47. ff. solut. matrimon. quia potest acquiri præscriptione, quod à superiore potest privilegio concedi, cap. super quibusdam de verbor. quod non est ita è converso, quia multa privilegio dari possunt, quæ non acquiruntur præscriptione.

Et ut cesset scrupulus, ex eodem privilegio constat, quod concessum fuit etiam de illis decimis, quæ ab alijs possessæ erant, ibi: *De illis possessionibus,*

de quibus aliquis percepit, &c.

42 Nec obstabit, quod privilegia non solvendi decimas sunt revocata per jus commune; quia cum illud privilegium concessum esset omnibus Religiosis, cap. de decim. 16. quæst. 1. per Paschalem II. anno 1100. quem secutum fuit Concilium Maguntienſe, ut in cap. quæsti illo tit. refert gloss. in cap. ex parte de decim. Cumque succederet Gelafius II. anno 1118. qui Templariorum Ordinem instituit, & post illum Adrianus III. anno 1154. qui cum videret illud privilegium esse Ecclesijs nocivum, sanxit, quod omnes Religiosi decimas solverent, nisi de novalibus, exceptis Cisterciensis Ordinis Religiosis: quod revocavit Alex. III. electus anno 1156. in cap. ex parte, & in cap. suggestum de decim. Quousque Innocentius III. qui vixit anno 1199. sub quo celebratum fuit Concilium Lateranense anno 1215. qui sanxit, ut etiam Religiosi Cistercienses solverent ex acquisitis post Concilium. Quia respondetur, quod hæc observatio est sine ullo fundamento, & substantia, quia omnes hi Pontifices extitere pene 200. annorum spatio ante Breve Martini Quinti, qui vixit anno 1418. ut refert Historia Pontificalis 1. tom. cap. 24. & Sixtus Quartus aliud Breve concessit anno 1482. ubi disposuit de bonis ante, & post Concilium Lateranense, decimasque concessit etiam cum tertij præjudicio, etiamsi in possessione earum essent. Quare sine fundamento erit velle ex supradictis juribus arguere ad ea, quæ post illa concessa sunt, & per nova privilegia antiquata, & revocata. Nec privilegia Templariorum in hac materia sunt consideranda, sed illa, quæ concessa reperiuntur Ordini Cisterciensi: & ideo non obstat cap. nuper de decim. cum alij supra adductis.

An possint Ordinarij decimas excommunicationibus extorquere?

43 Nescio quo fundamento hoc genus exactioſis tolerari possit: quia si dicamus, quod Ordinarij exigere possunt decimas censuris, cap. statuimus 16. quæst. 1. cap. presbyter 31. di. cap. clerici 17. quæst. 1. cap. prohibemus, cap. tua de decim. cap. Apostolicam de simon. ubi Abb. n. 2. ibi: *Episcopus habet jurisdictionem in laicos, &c.* Hostiensis in cap. sicut de simon. quem citat Abb. ubi supra num. 3. Sylvester verbo decima quæst. 2. num. 4. Albericus verbo oblatio, Raymund. in summa de decim. lib. 1. in fin. Roman. conf. 344. num. 6. quem citat Thascus tom. 5. conclus. 11. lit. O. num. 7. Soto lib. 9. de justit. art. 1. cap. 39. Ubi dicit Parochianos per censuras compelli posse; Covarr. lib. 1. variar. cap. 11. num. 3. & probat l. 56. tit. 6. part. 1. & lib. 1. tit. 3. l. 5. Montalvus in d. l. 56. Gregor. in l. 9. tit. 19. part. 1. latius in l. 15. tit. 17. part. 1. Azeved. in l. 2. tit. 5. lib. 1. Recopil. Gutierr. lib. 2. Canon. cap. 21. num. 140. Soares de legib. lib. 1. de divino cultu cap. 5. num. 20. Azor lib. 7. instit. moral. cap. 38. vers. 16. Tamen hæc omnia procedunt, quando prælati assistit juris præsumptio, quia decimas exigunt à proprijs subditis, in quibus ordinariam exercent jurisdictionem, quia si à non subditis, & privilegiatis decimas exigunt, censuræ nullæ sunt: & Regius Iudex debet occurrere tali violentiæ; quia non possunt Prælati mediantibus censuris in propria causa judicare, & Militiarum privilegium tollere, vel contemnere; non enim hæc media adæquata sunt ad illum finem obtinendum, cum potius debeant de viribus illorum ordinariè agere, vel concedentem adire. Nec censuris locus esse potest, ubi deficit injusta retentio decimarum cum peccato, Soares de censur. sect. 1. disp. 4. & deficiente contumacia cessat censura.

Soares

