

anno ff. de verbor.

Tribus modis potest dispositio concipi,
vel in eum, qui talem aetatem excedit,
vel complevit, vel ad eam pervenit.
num. 6.

Lex Regia agit de filia, quæ 25. annum
non complevit. num. 7.

An alimenta debeantur filiae, cui dene-
gatur legitima? num. 8.

Filia exheredata non debentur ali-
menta.

Alimenta ad vitam necessaria filiae de-
negari nequeunt. num. 9.

DECISIO X.

An filia nubens ante 25. annum sine consensu parentis, etiamsi digno viro nubat, sit
privanda legitimâ successione? Ad Ordin. lib. 4. tit. 88.



Um Emmanuel d'Almei-
da duxisset uxorem D.
Ludovicam de Vilhena
(filiam Petri Correa) sub
anno 25. aetatis suæ parē-
tem uxoris conveniebat, ut illi dotem
assignaret, ipse filiam dotare recusabat,
eo quod nuptias delegerit, eo incōsulto
ante completum vigesimum quintum
annum aetatis suæ, contra dispositionem
Ordin. lib. 4. tit. 88. in princ. Sententiam
protulit Præses Curialis contra Actore, quæ
delata fuit ad Senatū, & re dis-
cussa, ponderabatur in favorem actoris,
quod leges Regiæ, quibus libertas nup-
tiarum filiis cohibetur, magis ad terro-
rem videntur conditæ, quàm ut ad un-
guem eorum rigor observetur, ex Dec.
in l. nuptias ff. de reg. jur. num. 20. & in
Auth. sed si post C. de inoffic. testam. n.
5. & 6. Guillelm. in cap. Raynutius, ver-
bo dotem num. 31. Covar. qui dicit cō-
munem de sponsal. 2. part. cap. 3. §. 8. n.
6. Palat. in repet. cap. per vestras notab.
3. §. 9. Matienço in l. 2. gloss. 4. lib. 5. tit.
1. num. 2.

1 Unde verba Ordinationis non sim-
pliciter debent accipi, sed illo solū casu,
quando nubit indigno filia, ut conve-

Legitimæ privatio fit ad vindictam, ali-
mentorum verò ad correctionē. n. 10.

Privatio alimentorum est æqualis morti.
ibi.

Verba Ordinationis ad solam legitimam
diriguntur, non ad alimenta. n. 10.

Alimenta vel debentur formaliter, vel
materialiter. ibi.

Conservatio speciei est de ratione naturæ
universalis. ibi.

Dispar est ratio legitimæ, & alimento-
rum. num. 11.

Cavendum est ab opinione Barbosa. ibi.

niat cum Auth. sed si post, à qua de-
sumpta fuit, ubi filia, quæ in corpus pec-
cat, vel indigno, prout si servo, nubit, pu-
nitur: secus verò quando nubit digno,
idem deducitur ex Auth. ut cum de ap-
pell. cognoscit. §. causas, vers. si alicui, re-
solvit Barbof. 4. part. l. 1. n. 33. 34. & 38.
Atque his, & alijs medijs legē nostram
oppugnant plures DD. in cap. cū Eccle-
sia de constitut. ubi Felin. n. 59. & 63.
Decius n. 36. Sylvan. conf. 2. n. 71. Greg.
in l. 5. tit. 7. part. 6. verbo no querria, & l.
10. tit. 1. part. 4. verbo puede, Peres lib.
5. tit. 1. l. 1. & tit. 6. l. 1. Ordin. Gutierr.
pract. lib. 2. quæst. 1. Azor. moral. 2. part.
lib. 2. cap. 2. fol. 127. Sanches de matrim.
lib. 3. cap. 47. num. 11. & lib. 4. disput. 25.
Barbof. 4. part. l. 1. num. 43. & 48. Ægi-
dius in l. Titia 3. part. num. 2. cum plu-
ribus ex antiquis ab iisdem citatis.

2 Quorū tamē fundamēta diluuntur,
si cōsideremus hāc prohibitionem, ne fi-
liæ sine parentū cōsensu nubant, nō so-
lū de Jure Civili, verū etiam de Jure Ca-
nonico inesse, in cujus favorē lex Regia
in præsentī insurgit. Primum pater ex l.
2. ff. de ritu nuptiar. & princ. Instit. eod.
Ubi parentū consensus in filiorū matri-
monijs requiritur: ex ea ratione, quia

juri naturæ, quo parentes in liberos funguntur, sub quorum potestate sunt, convenit, ne citra patris consilium aliquid de re tam gravi, ut est matrimonij vinculum, à quo totum vitæ pendet institutum, deliberet, & ipsa perpetuitatis ratio, & amoris nodus, quo debent conjuges vinciri, maturissimum in conciliandis nuptijs consilium desiderat, ne fortè leviter facti olim doleat graviter: prosequitur Guibertus lib. 1. quæst. cap. 12. Hieronymus de Monte in Miscelan. jur. quæst. 6. Ottoman. illust. quæst. 9. Soares ad leges fori num. 21. Menchac. de succession. creat. §. 10. num. 63. Gail observ. 94. num. 19. Paleotus de norhis cap. 8. ne contingat, ut nascantur avo invito sui hæredes: quæ fuit ratio Bart. in l. in bello §. medio ff. de captivis, quam adducit Costa in §. si arbitrato ampliat. 9. num. 4.

3 De Jure verò Canonico patet, quia cap. sufficiat 27. quæst. 2, ex quo deducunt solùm in matrimonio contrahentium desiderari consensum: debet exponi de consensu legitimo, qualis est omnis, & solus ille, qui parentum voto confirmatur, cap. aliter 30. quæst. 3. cap. non omnis §. fin. 32. quæst. 2. peccat enim filia contrahendo sine patris consensu, ex Barbof. d. 4. part. 1. 1. num. 36. in fin. Azor. d. lib. 2. cap. 2. lit. E. prosequitur Paleotus d. cap. 8. Chassan. in catalog. part. 12. confid. 36. Corras. lib. 1. miscel. cap. 17. num. 9.

4 Unde cum lex Regia prohibeat actum, aliàs de Jure Canonico prohibitum, & poenam addat, validè quidè disponit, ne parentibus injuria irrogetur, quorùm filia jus lædit spreto eorum voto cõtrahens, ex Paludan. in 4. dist. 28. quæst. 2. num. 16. Alciat. de patria potest. effectu 6. fol. 109. Sicq; non conjugium, sed conjugij modus punitur, explicat Cuiat. lib. 3. observat. cap. 5. & docuit gloss. in cap. de raptoribus verbo excusata 36. quæst. 1. gloss. 1. in cap. fin. 32. quæst. 2. Alciat. in l. 2. §. quòd si in patris num. 28. ff. solut. matrim. Duaren. de nuptijs cap. 2. ad fin. Matienç. in l. 2. tit. 5. lib. 5. Ordin.

gloss. 4. num. 1. Sarmiento lib. 1. select. cap. 11. num. 8. Sanch. d. cap. 25. num. 1. Nec libertas matrimonij tollitur indirectè contra sacri Concilij dispositionè sess. 24. de refor. cap. 9. quia lex non absolute impedit nuptias, sed præcipit, ne fiant cùm parentum injuria, & contèptu, cùm qua filia in ea ætate contrahunt, Gamma decis. 334. Barbof. ubi supra num. 37. Unde nihil injustum præcipit, dum puni injustè factum, non libertatè contrahendi adimit, sed injustam libertatem (quæ magis licentia dici potest) ad regulam, & modum legitimum reducit Menoch. latè conf. 69. faciunt quæ Gutierr. lib. 2. pract. cap. 1. n. 16. & 17. licet Azeved. in l. 1. de los casamiètos, putet illam legem per decretum Concilij abrogatam.

5 Hæc pro lege Regia ponderabamus, & statim occurrit, an ex tali matrimonio esset Actrix punienda amissione dotis? Et ultra ea, quæ in principio ponderabam in ipsius favorem, adhuc conducere videtur, quod petitrix non possit poena legis affici attentis verbis Ordinationis, ibi: *Antes de vinte, & cinco años*: per quod verbum ante disponit l. qui filium 74. §. 1. ff. ad Trebell. ibi: *Quod si ante annum vigesimum decessisset*: & tamen attingisse vigesimum sufficit, ut patet in fine, ibi: *Contra petitricem pronuntiavit*: facit l. ad Remp. ff. de muner. l. si ita fuerit 41. ff. de manumiss. testam. l. quod quis 50. ff. de action. l. C. quando dies leg. 1. anniculus 1. & 2. ff. de verbor. signif. l. pen. ff. de divers. & tēporal.

Nec satisfacit Bart. doctrina, in l. qui hoc anno ff. de verbor. obligation. quòd dispositio concepta verbo accusativi, vel genitivi tēporis perfectionè, & completum tempus desiderat, ut dicit esse cõmunè Imol. in l. si cui legetur. ff. de legat. 1. post num. 2. Dyn. Cyn. Riminald. in l. si in annos ff. de cond. & demonstrat. Contrarium resolventes, si verba concipiuntur in ablativo, quia tunc tempus initiatum significatur, quæ quidem traditio non est segura, ex his quæ Cuman. in d. l. si cui legetur gloss. recepta in l. 3. §. minore ff. de minorib.

6 Quare noto, quod tribus modis potest dispositio concipi: vel quando verba diriguntur in eum, qui talem aetatem excedit, vel complevit, vel ad eam pervenit. Primo modo excedere quis non dicitur, nisi quando totus annus elapsus sit l. 3. ff. de jur. immunit. l. 1. ff. de manumiss. Completum vero tempus dicitur, quando annus civiliter completur attingendo ultimam diem illius anni, quia licet naturalis annus compleatur de momento ad momentum, quando sol ad eum Zodiaci locum, a quo egressus est, redit, l. 4. §. Stichus ff. de statu liber. d. l. anniculus in 2. fine: tamen annus civilis non ultima momenta includit, sed sufficit ultimam diem attigisse d. l. anniculus 2. in fin. ibi: *Annum civiliter non ad momenta temporis, id est horas, sed ad dies numeramus*: l. qua aetate ff. de testam.

In ultimo tandem casu, quando per verbum pervenit concipitur dispositio, sufficit attigisse annum, ut pro completo habeatur, DD. in Clem. fin. de aetat. & qualit. d. l. qui filium §. 1. ff. ad Trebell. facit Concil. Trid. sess. 23. cap. 12.

7 Atque ex his sine dubio est, quod Ordinatio Regia in d. tit. 88. agit de filia, quae vigesimum quintum annum complevit, quia lex aetatem certam designans, & ante illam prohibens contrahere, aut obligari, ex mente statuentis exigit totum tempus completum, prout in lege Aelissentia, cujus meminit d. l. qui filium in fine, quae dum prohibet minori 20. annis, ne manumittat, non sufficit d. 20. annum attigisse, l. 1. ff. de manumiss. §. eadem Instit. qui manumitt. non poss. facit l. fin. C. si maior fac. lib. 5. ibi: Post minorem aetatem completam: Aldobrand. in princip. Instit. quibus mod. tutel. finit. quae sententia inevitabilis est in praesenti, consideratis verbis d. Auth. sed si post C. de inoffic. testam. ex qua prodijt haec Ordinatio, cui similis est d. l. 5. tit. 7. part. 6. & l. 10. tit. 1. part. 4. ubi gloss. verbo pu. edela, & ultra Barbosam ubi supra interpretatur Benedictus Aegid. hujus supremæ Curiae Advocatus Juriscon-

sultissimus, in d. l. Titiae 3. part. num. 32. & corroboratur ex Ordinat. lib. 5. tit. 22. quae punit masculum corrumpentem foeminam ante illam aetatem completam, cum utraque lege idem puniatur excessus, ibi: *Defendemos, que nenhũ homem case com algũa molher virgem, ou viuva honesta, que naõ passar de vinte, & cinco annos, &c.* debetque una lex per aliam exponi, ut scilicet utroque casu tempus completum requiratur, ut poena legis evitari possit.

Quibus omnibus perpensis D. Vincentius Nogueira vir doctissimus in ea fuit sententia, ut Reum absolveret a praestatione dotis, quia constabat pettricem tempore nuptiarum adhuc vigesimum quintum annum aetatis non implevisse ex certitudine libri baptismalis penes plebanum reperti, ex Mascard. conclus. 673. num. 1. & 18. Tapia in l. de aetate num. 33. ff. de minor. Mauric. de restit. cap. 321. D. Cald. in l. si curatorem, verbo minoribus num. 36. Sicque Praesidis sententiam Ludovici d. Araujo de Barros confirmavimus, Scriba Azevedo.

8 Postea libuit hic addere, quod cum inter easdem partes lis mota fuisset super alimentis, & ab eodem meritisimo Praeside reus absolutus fuisset ab obligatione alendi filiam, quia licet viro dignissimo tamen intra vigesimum quintum annum nupsit: res delata fuit ad Senatum, & non sine controversia quidem est quaestio, cum videam receptum esse, quod filiae exheredatae non debeantur alimenta, ex gloss. verbo detulerat, in l. si quis a liberis §. Si vel parens, vers. si quis ex his, ff. de liber. agnoscend. gloss. communiter recepta in cap. cum haberet verbo secundum facultates de eo qui duxit Decius in l. nuptias num. 14. ff. de reg. jur. Barbos. d. 4. part. l. 1. num. 41. Sanches de Matrimon. lib. 4. cap. 46. num. 20. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 16. num. 1. ubi citat. l. 6. tit. 19. part. 4. Lara in l. si quis a liberis §. idem iudex ff. lib. agn. num. 4. & 8. Cujus opinionis non levia sunt fundamenta:

menta: primum quòd ex quibus causis licet filiam exheredare, licet dote, & alimentis privare, indubitatum dicit Surdus de alim. tit. 7. quæst. 4. per tot. Barbof. ubi supra: adeò ut Ruyn. placuerit, conf. 131. num. 6. vol. 4. ut facilius denegentur alimenta, quàm ex hæredetur filius; non enim æquum est, ut jus naturale faveat filio, qui contra jus naturæ patri ingratus extitit, arg. l. 2. C. de ingratis liber. Cui resolutioni non obstat reg. cap. cum haberet de eo qui duxit in matrim. dum ibi etiam spurio alimenta ministrantur: quia respondetur, quòd spurius non deliquit, sed parentes, & ideo justissimè filio alimenta exhibentur, quia soli parentes deliquerunt, l. fin. C. de natural. liber. Nec pariter obstat text. in l. necare ff. de liber agnoscend. quia ille textus agit de infante, in quo delictum non cadit: quòd secus est in filia doli capace, quæ delinquere potuit, & sicut delinquens, potuisset ipsa vita privari, & suspendi, sic pariter potuit alimentis: nec tandem obstat l. 6. tit. 9. part. 4. quæ patris ingrato jubet, ut alimenta exhibeantur ab hærede filij, quia illud è converso recipiendum non est in patre respectu filij, Lara in l. si quis à liberis §. idem num. 4. Molin. d. cap. 16. num. 3. cù diversa sit ratio parentis, & filiorum circa ingratitudinem, quæ de se quale delictum sit, prosequitur Covar. in cap. cù in officijs de testam. num. 9. vers. quin. & ingratitudinè: & alimenta parentibus debita maiori privilegio frui Gutierrez de juram. confirm. 3. part. cap. 3. num. 4. Castillo in l. 10. Taur. verbo in caso Surdus de alim. tit. 1. quæst. 94. num. 6. Rodrig. in Sūma 1. tom. cap. 14. conclus. 9. num. 9. Rojas de succession. c. 35. n. 23. Zevallos. q. 780. n. 178.

9 Verùm his non obstantibus semper mihi magis consonum juris principijs visum fuit, quòd filix in nostro casu alimenta ad vitam necessaria deneganda non sint, dum adverto, quòd fallax est argumentum de exheredatione ad alimenta, cùm exheredatio excludat legitimam, quæ legi hu-

manæ subest, & ab ea tolli potest, ex magna causa, ut per Menchac. de succession. creat. §. 20. lib. 2. num. 298. Molin. de primogen. cap. 1. num. 14. & d. cap. 16. num. 3. Alimenta verò etiam, quæ ad congruam sustentationem debentur, non tolluntur ex quacunque causa, nisi illa talis sit, quæ evincat eadè alimenta à bono conservandi prolem deviare; tunc nanque, & non aliter à jure naturali deficiunt, ut lege humana tolli possint, ex reg. §. sed naturalia Instit. de jure naturali. Et in hunc sensum debent accipi, qui dicunt statuto alimenta tolli non posse: de quo Zevallos quæst. 111. per tot. Unde fit, quòd filius ingratus, vel qui patri injuriam irrogavit, licet privari possit alimentis, quæ congruam respiciant sustentationem, non tamen illis, quæ ad præcisam necessitatem spectant, quia hæc tolli nequeunt, nisi quando aliàs necari potuisset.

10 Deinde legitimæ privatio fit ad vindictam: ut in Auth. ut cùm de appel. cognoscitur §. si verò privatio verò alimentorum filijs ingratis, vel delinquentibus injungitur, non ad vindictam, sed ad correctionem, quousque veniam à patre exposcant, & ubi primum poenitent, jus petendi alimenta recuperant, Surd. d. tit. 7. quæst. 1. num. 37. licet repugnet Barbof. num. 45. quia alimentis præcisè necessarijs nunquã privari omnino possunt: & hanc ut verior prosequitur Covar. d. 2. part. cap. 8. §. 6. num. 17. Ubi subjungit, quòd tunc etiam alimentis præcisè necessarijs filius privari potest, quando talis subest causa, ex qua necari potuisset: atque ideò cùm delictum nubendi non sit natura sua adeò grave, cùm multi asserant posse filiam sine metu poenæ nubere: quæ fuit opinio Canonistarum, de qua Barbof. d. 4. part. num. 38. Sanches ubi supra disput. 26. num. 16. lib. 4.

Ideò non est cur poenam privationis alimentorum incurrant, cùm illa privatio æqualis sit morti, ex reg. d. l. necare: hancque æquior opinionem

dixit

dixit Molin. d. cap. 16. num. 14. ea distinctione ut in filia præstentur alimenta quando aliàs viro digno nupsit: quòd ampliat Sanches d. disput. 26. num. 9. etiamsi indigno nubat, si aliter non habet unde vivat ex Ripa, & alijs, quos citat Gutierr. d. quæst. 1. num. 5. Verucius in specul. art. 20. Ludovic. Lopes 1. part. cap. 294. §. sequitur. Fr. Emmanuel Roiz. 1. tom. Summæ cap. 14. n. 4.

10 Quam opinionem libenter amplectendam fore suadent verba Ordinationis, quæ ad solam legitimam diriguntur; non verò ad alimenta, in quibus versatur longe dispar ratio: quod comprobatur, quia alimenta vel debentur formaliter, vel materialiter, & secundum quid. Primo modo debentur, quando talia sunt, quæ spectant ad præciam conservationem prolis susceptæ. Secundo modo ut decenter proles conservetur secundum dignitatem, & statum subjecti, sic inter debitum formale, & materiale distinguit Caietan. 2. 2. quæst. 59. artic. 4. Ex quo elegans resultat differentia, quòd debitum formale alimentorum habet intrinsecam connexionem cum bono naturæ universalis; ita ut per nullam potentiam sit dispensabile, nec à jure Civili, vel à lege tolli, vel mutari possit. Posterius autem secus: Ratio est, quia cum conservatio speciei sit de ratione naturæ universalis, quæ consistit in generatione, & sustentatione prolis susceptæ: inde fit, quòd debitum formale alimentorum, quia in se includit prolis conservationem, adhæret bono naturæ universalis, in quo continetur illud primum principium indispensabile: debitum autem materiale alimentorum tantum continet medium aptum ad

conservationem prolis, dum congrua ministrantur alimenta: quæ sustentatio non consideratur, tanquam per se bona, sed in ordinem ad conservationem prolis necessariam; nec eam habet connexionem ad bonum naturæ universalis, quin ab ejus rectitudine in multis deficere possit.

Unde fit, quòd lege Civili nullo modo tolli possunt prioris ordinis alimenta, etiamsi expressè illud cautum esset: atque ideo non potest lex, quæ de legitima loquitur, extendi ad alimenta necessaria; nam licet quando duo casus æquiparati sunt in jure, lex in uno disponens, censeatur etiam disposuisse in omisso, ex gloss. communiter recepta in l. si quis servo C. de furt.

11 Tamen illud intelligi debet, quando non datur dispar ratio, prout in præsentibus; licet enim eadem sit ratio legitimæ, & alimentorum, quæ secundum conditionem personæ debentur, & dotis, quæ succedit loco legitimæ: ut arguit Barbosa. ubi supra à num. 42. Tamen diversa est ratio in alimentis necessarijs præcisè: Unde cavendum videtur à sapientissimo Barbosa circa interpretationem hujus Ordinationis. Sicut, & pariter resolvit Sanches disputat. 26. num. 16. dum docet, quòd nubens digno poenam legis evitat, quia neutrum convenit legi Regiæ, quæ solum in §. 3. nubentem magis digno levat ab exheredatione, & parte poenæ.

Ex quibus fundamentis D. Pedralvarez Sanches eruditissimus, qui primo loco dixit sententiam, duxit revocandam, cui ego accessi, cujus processus fuit Scriba Azevedo.

SUMMARI A.



*P*atris non potest patrem sua legitimam privare, nisi de ipsius consensu. num. 1.

Quod facilius procedit in testamento

Clerici. num. 2.

Maritus si de consensu uxoris disponit, irrevocabile fit testamentum. num. 3.

Explicata l. si sine C. ad Veleam. n. 4.

DECISIO XI.

An valeat testamentum, in quo matri filius legitimam non relinquit de ejus consensu? Ad Ordin. lib. 4. tit. 82. §. 4.



Um Joaões Clericus matrem haberet, testamentumque condidisset, & dubitaret: An oporteret matri relinquere legitimam? Mater ei indulgit, ut ad libitum disponeret, clausit testamentum, & matri solum reliquit in vita sua usum fructum suorum bonorum: & disposuit, quod post ejus obitum quædam domus, quæ in hæreditate erat, traderetur Priori, vel Rectori de Tavora, qui ex pretio duas partes Sodalitio Sæctæ Misericordiæ traderet, residuumque in sacrificijs expenderet: defuncto filio mater amplexa usum fructum, sibi relictum per plures annos, tandem domum alienavit eo fundamento, quod testamentum filij esset nullum visa forma, Ordin. lib. 4. tit. 82. §. 4.

1 Cumque dictus Rector possessorem domus convenisset, ut eam dimitteret, sententiam judex protulit, in rei absolutionem, quam revocavimus; quia etiamsi filius patrem sua legitima privare non possit, cap. si pater de testam. lib. 6. Dubium tamen est: An pater possit seipsum dicta legitimam privare? Et est receptum posse in ipso actu testandi, ex gloss. recepta in l. si quando §. & generaliter, verbo judicium C. in offic. testam. Suares in l. quoniam ampliat. 10. ex num. 39. illo tit. Gomes 1. tom. cap. 11. num. 14. & in l. 22. Taurinum. 5. Alciat paradoxor. cap. 5. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 1. & 7.

2 Quod indubitabile redditur, quia testamentum clerici non subjicitur querelæ, aut nullitati, de quo eleganter Covar. in cap. quia nos de testam. & in cap. 1. illo tit. insuper facit text. in cap. licet de sepultur. lib. 6. qui ad pia permittit testari etiam filio in potesta-

te de cõsensu patris, Tiraq. privil. 78. Pariter ergo, & de matris consensu, quæ se exhæredem facit, arg. l. non putavit §. si quis sua manu. ff. de bonor. poss. contra tab. prosequitur Valasc. de partition. cap. 16. num. 37.

3 Juvat maxime, quia filius de consensu matris disposuit, & in ipsius matris favorem, quæ acceptavit, dum vixit, & videtur revocare non posse, ad instar testamenti conjugum communis quâdo alter de alterius consensu disponit, superstes non revocat, ex reg. l. sicuti §. venditionis ff. quibus modis pignus, ibi: *Ut si legare permittit, valeatque, quod concessit*: & receptum dicit Bald. in §. præterea, & ibi gloss. verbo regressum, quibus mod. feud. amittat. idem Bald. in l. venditioni C. de usucapion. pro emptor. & in l. quoties vers. quæro. Cod. de fideicommiss. & in l. si tibi §. de pignore, vers. quid si testator ff. de pactis, plures citat Tiraq. in l. si unquam C. de revocand. donation. verbo donatione, num. 348. In terminis Soares in l. quoniam limit. 5. num. 13. Covar. de testam. 2. part. rubr. n. 8. Boer. decisi. 244. num. 5. Phanucius gloss. 19. num. 5. & 6. Bertrandus conf. 329. vol. 1. num. 4. & lib. 2. conf. 103. num. 50. Guilel. verbo conditit. 1. num. 2. Rolandus conf. 10. num. 41. vol. 3. Cephalus conf. 12. num. 34. lib. 1. Pechius de testam. conjug. lib. 1. cap. 17. Menchac. de succession. resolut. §. 1. num. 11. Molin. lib. 2. cap. 2. num. 84. & cap. 3. num. 24. Gomes l. 22. Taurinum. 5. Pelas lib. 1. quæst. 23. num. 4. Padilla in l. Clari num. 19. C. de fideic. Paris. conf. 2. num. 20. & 21. lib. 3. & plura citans Riminald. Junior. conf. 343. num. 8. & 9. vol. 3. Quorum auctoritate comprobatur, quod superstes conjux non potest pro parte sua consensum, &

licentiam præstitam, mortuo disponente, amplius revocare, & esse communẽ, & eam sequutus est in privatis scholijs Barbofa in l. filius qui patri ff. de vulgari, & videndus Tiraq. in connubial. gloss. 15. verbo contracter num. 145. pro qua sententia facit text. in l. neque fratris C. de donation. caus. mort. ibi: *Nec fratris sui, mortis causa recte factam donationẽ sorori rescindere licet:* ubi gloss. verbo sorori subdit, pro sua, & pro aliena morte posse donari, & allegat l. qui pretio ad fin. & l. mortis causa filij, & l. mortis causa capimus ff. de donat. caus. mort. & subicit ulterius: *Et hæc confirmatur morte ejus, cujus causa donatur:* & subjungit: *Sed filius patre permittente donet:* quod potest ut in l. filius fam. in fine ff. de donation. l. tam is §. filius eod.

an utriusque mors exigatur, & concludit: *Sed magis puto solius filij morte confirmari.*

4 Ponderat Pelæes text. in l. si sine C. ad Velean. ibi: *Quod si patientiam præstitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, tibi non succurratur Senatusconsulto:* allegat etiam l. 9. tit. 13. part. 5. Ubi scribitur, quod si maritus de consensu uxoris constituit maioratum de re uxoris illa consentiente, quo maritus disponat, mortua uxore, manet irrevocabilis, de quo videtur text. allegans in l. non videtur 11. ff. quæ in fraud. patroni ibi: *Si quod volente patrono libertus donavit, non poterit Fabiana revocare.* Atque ex his revocavimus sententiam, condemnato reo, Scriba Gouvea.

SUMMARI A.



Ordinatio Regia admittit peditum filios una cum legitimis. num. 1.

Filij naturales cum legitimis quibus rationibus admitti possint? ibi.

Olim Iure Civili naturales exclusus Praetor admittebat. ibi.

Lex Regia quatuor naturalium species notat. num. 2.

Naturalis dicitur natus ex soluta, licet non sit domi retenta. num. 3.

Naturalis dicitur ille, cujus parentes matrimonium contrahere poterant. ibi.

Naturalis an sit filius ex virgine susceptus? num. 4.

Hæc questio quoad nos est otiosa, cum lege Regia non puniatur hoc crimen, nisi quando stuprans non habet, unde solvat. num. 5.

Stuprum inducit coitum punibilem. n. 6.

Ne filius matri succedat, requiritur coi-

tus ex utraq; parte punibilis. n. 7.

De lege Regia hic coitus ex parte matris non est punibilis. num. 9.

Ordinatio Regia an intelligatur de vidua? num. 9.

Soluta dicitur, quæ soluta est lege viri. ibi.

Quando lex facit mentionem de aliqua qualitate ratione frequentioris usus, similes casus non excludit. ibi.

Naturalis est filius ex concubina. n. 10.

Pluralitas concubinarum eodem tempore facit filium esse spurium. ibi.

Secundum jus Canonicum magis reprobatatur concubinatus intra domum, quàm extra. ibi.

Naturalem filium ex ancilla sua quis suscipere potest, licet secus mulier ex suo servo. num. 11.

Naturalis conceptus in servitute facit deficere conditionem. ibi.

Filius ex ancilla est naturalis, & mortuo patre, à lege consequitur libertatem.

tem ibi.

Filius susceptus ex aliena ancilla naturalis est. num. 12.

Quid si fuerit ancilla observata.

In servitute conceptus non succedit, nisi fiat liber. num. 13.

Intellectus l. patronæ ff. de oper. libert. num. 1.

DECISIO XII.

An filia suscepta ex propria ancilla mortuo patre libera remaneat, ita ut si filia peditis sit, patri hæres existat? Ad Ordin. lib. 4. tit. 92. in princ.



Onstante inter virum, & uxorem matrimonio, ex utriusque consensu, manumissa est, quæ in libertate magnam divitiarum copiam comparavit, & hæredi extraneo omnia bona sua reliquit, mortua uxore maritus ex altera ancilla propria filiam in viduitate habuit, & tandem occubuit: filia ex ancilla suscepta se liberam esse profitebatur, & patris sui hæredem, qui peditis erat juxta Ordin. lib. 4. tit. 92. in princ. Et tandem quòd tanquam patrona ad legitimam ancillæ manumissæ portionem admitti deberet. Hæc controvebantur in processu Annæ Mendes, contra Nonium Gonçalves Insulæ de Cabo Verde, Scriba Carvalho: hypothesein notavi, quia quotidie in Senatu ambigitur de his naturalibus peditum filiis, quos nostra lex Regia supra citata ad parentum hæreditatē ad instar legitimorum vocat.

Admittit Regia Ordinatio naturales peditum filios unà cum legitimis ad hæreditatem patris: & an hoc possit statuto caveri? Disputat Bald. in cap. 1. §. hic autem, ubi gloss. verbo legibus, qui feud. dare poss. Guilelm. in cap. Raynutius, verbo, & uxorem, num. 678. & esse contra jus: dicit communē Dec. in cap. in præsentia num. 43. de probation. Jas. in l. ait Prætor. §. 1. de jure jur. dubitat Peres in l. 22. tit. 3. lib. 1. Valasc. conf. 151. in fine: disputat idem Valasc. conf. 94. num. 9. Vaz alleg. 6. num. 18. Gama decis. 3. num. 5. & decis. 319.

num. 1. & 2. agit Costa de intellectu in cap. si pater, verbo si absque liberis n. 37. D. Caldas Pereira de nomin. quæst. 21. num. 10. & quæst. 19. num. 34. & quæst. 16. num. 11. Cabed. decis. 100. & decis. 231. Licet in Gallia hoc non servari, quia contra legem divinam est, bastardos cum legitimis admittere, dixit Rebuff. 1. tom. fol. 32. à num. 68. Guilelm. in d. cap. Raynutius, à num. 109. fol. 116. licet eos admitti posse, nisi sint ex damnato coitu defendit Sayson in consuet. Turon. tit. des success. des bastardes, in princ. fol. 140. lit. B. ad fin. l. 32. tit. 9. part. 6. Peres ubi supra. Et pro Rebuff. facit illud Genes. cap. 21. Ubi scribitur, non oportere hæredem esse ancillæ filium cum legitimo: habetur ad Gallatas 4. & Judic. cap. 11. In domo patris nostri esse non poteris, quia de meretrice natus es: Et ita lege Dei cautum dicit August. in cap. 1. 35. quæst. 7. cap. cum multæ 15. quæst. 1. Consonat Juris Civilis ratio, ut scilicet parentes ab hujusmodi filiorum procreatione arceantur, videntes se voto naturali fraudari, quo quisque posteros post se desiderat, l. scripto ff. unde liber. junct. l. fin. C. de natural. liber. & statutum in contrarium videtur nullum, tanquam favens libidini: sicut aliàs in cap. ex parte de consuetud. similis consuetudo uxoris ansam adulterandi præstans abrogatur: & ideò pro hac parte insurgit Barbatia conf. 34. lib. Anchar. in cap. 1. de constit. Bald. in l. 1. num. 29. de Summa Trinit. & in l. eam quam num. 33. C. de fideicommiss. Præpositus in cap.

cap. per venerabilem, qui filij sint legit. num. 97. & 99. Nicolaus de Ubaldis de successione abintest. num. 39. cum alijs Decius conf. 271. num. 12. & num. 43. Alex. conf. 131. vol. 3. Baptista in l. omnes populi ff. de justit. & jur. col. 1. Carolus Ruynus §. & quid si tantum. Ripa in l. si unquam C. de revocand. donat. num. 76. & 78. Paleotus tamen cap. 54 num. 3. post Aretin. in l. 3. ff. de testam. post Cardin. in cap. constitutiones dec. 10. arbitrantur, quoscunque spurios simul cum legitimis succedere posse, statuto stabiliri; nam quemadmodum legitima, jure naturali, & divino debita minui statuto potest, Bart. Paulus, & Imol. l. Titio §. fin. ff. condit. & demōstrat. Alex. l. quod de bonis §. fin. ff. ad l. Falcid. Dec. in l. jura in fine ff. de reg. jur. ita pariter eos admittere potest ad successionem cum legitimis: quod in effectu est legitimorum legitimam minuire; cum & de jure Civili spurij, ac legitimi matri hæredes esse permissum sit, Socin. conf. 148. quod postea Justinianus certo modo immutavit in l. si qua illustris. C. ad Orfician. §. fin. in Auth. quibus mod. effic. sui: ergo, & noviori jure prout est Regium, hoc idem immutari potuit: argumentum præstat, quod olim jure Civili exclusos Prætor admittebat, & Senatusconsult. ut in titulo ff. ad Orfician. & de bonorum possess. Jusque etiam Civile naturalibus liberis certam partem concedit relinquere posse, quo jure successiones sunt inventæ l. 3. ff. de petit. hæred. l. lege 12. tabul. C. de legit. hæred. & ab eo ante omnia in principio legitimorum, & spuriorum fuit constituta differentia §. nostra in d. Auth. quib. mod. natur. effic. sui: ergo etiam hodie poterit lex hoc idem ad pristinam naturam reducere, & illam differentiam abrogare ex reg. l. nihil tam naturale ff. de reg. jur. l. is potest. ff. de acq. hæred. & consequenter ab hæreditate paterna submotos ad eandem de novo vocare l. ejus est nolle ff. de reg. jur. quia pro tempore leges mutari quandoque oportet, cap. non

debet de consanguin. & affinit. Nostras autem leges Juris Civilis esse partem nemo ambigit.

2 His suppositis, quæ pro legis Regiæ defensione adduxisse sufficiat, illius decisio magis juri conformis est, dum solos naturales liberos ad parentum peditum successionem cum legitimis vocat: & quia lex Regia quatuor naturalium liberorum species enumerat, scilicet susceptos ex soluta, ex concubina unica, ex ancilla propria, ex aliena, obiter de illis loquar, quia conducit ad faciliorem hujus nodi dissolutionem.

3 Naturalem itaque vocat filium natum ex soluta, licet non sit in domo retenta, prout de jure requirebatur, ut in d. Auth. quibus modis naturales effic. sui §. si quis autem defunctus, & in l. 3. ff. de concub. Specul. in tit. de successione abintest. §. 1. vers. nunc de naturalium. Joan. Andr. in rubr. qui filij sint legit. Alciat. 2. part. præsumpt. §. num. 4. videndus Valasc. conf. 134. num. 5. & 176. num. 4. sequuta Jus Canonicum, secundum quod sufficit, ut filius naturalis fiat, quod inter parentes potuerit matrimonium contrahi, ex Fortunio de ultimò fine juris num. 99. post Butrium Cassaneus in Rubr. 8. §. 3. num. 2. quia loquendi usus natum ex solutis reputat naturalem, ut per Baptistam, in d. Auth. si qua illustris. Concordat. l. 9. Tauri, ubi Gomes num. 1. prosequitur Azeved. lib. 5. tit. 8. de las herencias super d. l. Tauri. 9. & ii. num. 3. in fin. Paleotus de nothis cap. 12. num. 5.

4 Unde ex virgine susceptus, dubitari potest: An fiat patri naturalis, ut succedat in ejus bonis? Et videtur quod non: quia cum virgine committitur stuprum l. inter liberas §. 1. ff. de adulter. & stuprans punitur, juxta distinctionem text. in §. item lege Julia. Instit. de publ. judic. Mathesil. singul. 100. & punitur etiam lege Regia lib. 5. tit. 23. §. 1. & tit. 24. Cabed. arest. 50. & decif. 14. Cum ergo talis coitus sit lege Civili damnatus, filij ex eo nati nullo modo pati

patri succedere possunt, neque cæteris ascendentibus; indigni enim sunt omni legum beneficio Auth. quibus mod. natural. effic. sui §. fin. Auth. ex complexu C. de incest. nupt. ubi Salycet. Mathesil. de succession. abintest. 2. membr. princ. art. num. 7. vol. 3. tractat. ubi dicit, quòd quando per aliquam constitutionem imponitur poena stupri cognoscenti aliquam, quod filius inde susceptus, dicitur natus ex coitu damnato, pungit Bald. in d. Auth. si qua illustris col. 1. ad fin. Covar. de sponsal. 2. part. cap. 8. §. 5. num. 17. Decius conf. 306. num. 5. firmans non succedere patri, licet matri succedat, quia ex eius parte non est coitus punibilis, Soares in l. 1. tit. todo home num. 28. & fin. Mysing. cent. 1. quæst. 35. Socin. conf. 148. num. 8. lib. 5.

5 Quæ quidem quæstio apud nos videtur otiosa, visa generalitate hujus Ordinationis, arg. l. deprecatio ff. ad l. Rod. maximè cum considerem, quòd hic coitus lege Regni non punitur poena criminali, nisi in casu, quo non habeat, unde solvat stuprans: ideòque dici non potest coitus damnatus, ex Decio d. conf. 306. cum cognoscens virginem non punitur per viam punitiois, sed solum per viam satisfactionis, Panorm. in cap. 1. de adulter. Alciat. l. inter stuprum. ff. de verbor. signific. Socin. in l. Gallus §. quòd si is num. 4. ff. de liber. & posthum. Deinde stuprum consistit in primo actu copulæ, & defloratione, sequentesque actus non sunt tribuendi stupro, cum simplicem coitum constituent, in quo proles potuit suscipi, quando ea copula non erat punibilis.

Vel insuper dici potest, quòd nos agimus de virgine plebea, cum qua non committitur stuprum punibile, ut firmat Aymon conf. 66. num. 6. Angel. in l. si uxor ff. de adulter. Bald. conf. 206. col. 3. ubi idem in vidua plebea citat cum Socin. conf. 212. vol. 2. col. 2. Inferens ex virgine plebea natum non esse spurium, neque natum ex coitu punibili, Alciat. in l. inter stuprum num. 5. ff. de

verbor. signific. addit tamen Covar. de sponsal. 2. part. §. 5. num. 17. quòd non sufficit esse plebeam sanguine, & origine, nisi & moribus sit abjecta: sequitur Gregor. l. 11. tit. 13. part. 6. gloss. verbo natus.

6 Ideo videtur dicendum, quòd licet verum sit quòd stuprum inducat coitum punibilem ex his, quæ Gomes l. 9. Tauri num. 13. attento Jure Civili, ita ut ex illo natus nec matri, nec patri succedat, ex Mynsinger. cent. 1. quæst. 35. Plaça cap. 41. à num. 29. Gomes l. 80. Tauri. num. 7. Socin. d. conf. 148. num. 8. lib. 1. ubi dicit communem, facit Ordinat. lib. 4. tit. 93. & l. si spurius ff. unde cognati, Covar. d. §. 5. num. 19. Dueñ. reg. 366. ampliat. 8. Gama decis. 102. & 136. per tot. & 383. num. 4. & 322. Gutierr. pract. lib. 2. quæst. 122. Cabed. arest. 27. Surd. decis. 249. num. 20.

Tamen, quando agitur ad repellendum filium à successione patris, satis est, quòd sit procreatus ex coitu damnato ex parte patris tantum, quare conceptus ex conjugato patri non succedit, licet mater sit soluta, est enim hic coitus improbat, l. 1. C. de adulter. licet non sit punibilis, Socin. d. conf. 148. num. 5. ad fin. Decius conf. 307. col. fin. satis est enim natum esse filium ex coitu, qui non potest esse conjugalis, Covar. de sponsal. 2. part. cap. 8. §. 5. num. 3. Gregor. l. 10. tit. 13. part. 6. gloss. 1.

7 Cæterum, ne possit matri succedere, exigitur, quòd coitus sit punibilis, ut in l. fin. num. 4. ff. de his quibus ut indignis, Socin. d. conf. 148. à num. 5. Covar. d. §. 5. num. 15. Et intelligo, quòd debet esse punibilis ex parte matris, Bart. d. num. 4. Bald. in l. eam quã num. 25. C. de fideicommiss. probat l. Tauri 9. & ibi Cifuentes num. 2. Ex quo fit, quòd licet receptum sit natum ex virgine, vel vidua honesta matri non succedere, quia coitus est damnatus, & punibilis, l. inter liberos §. 1. ff. de adulter. §. item lex Julia, Inst. de publ. judic. tradit Mandellus conf. 38. negans hanc successionem etiam respectu matris, &

fratrum, Gomes d. l. 9. num. 13. Covar. d. §. 5, num. 17.

8 Tamen hodie apud nos aliud est dicendum per legem Regiam lib. 5. tit. 23. Ubi iste coitus ex parte matris non est punibilis, quemadmodum erat de Jure Civili, adnotavit Salycet. in l. eum qui num. 2. C. de adulter. Baptista in l. si qua illustris num. 23. C. ad Orficiam. Gomes l. Tauri 80. num. 5. quia in hoc Regno hodie receptum est, cap. 1. de adulterijs, & ab alijs poenis Juris Civilis recessum est: ut etiam in Hispania testatur. Gomes d. l. 80. num. 7. requiritur enim, ut coitus sit punitus lege civili, vel Regis: nec sufficet, quod hodie omnis concubinatus est prohibitus per Conc. Trident. etiam inter solutos sess. 24. cap. 8. dixit Socin. in d. l. Gallus §. & quid si tantum ff. de liber. & posthum. & d. conf. 148. num. 6. lib. 1. sufficetque, ut lex civilis poenam imponat extraordinariam, ex Angel. in §. novissime num. 22. Instit. ad Orficiam. licet in d. l. 9. Taur. exigatur poena mortis, ut per Gomes ibi num. 14. Covar. d. §. 5. num. 18.

Quod quidem admitti potest in virgine soluta, & quæ sui juris est, quod si sub alterius potestate sit, est magis dubium, ex Ordinat. d. lib. 5. tit. 23. & 24. Ubi talis coitus lege punitur, unde filij ex tali coitu non fient naturales, saltem patri, licet matri succedere valeant, cum in muliere nulla poena irrogata reperiat.

9 In filio ex vidua suscepto non leve est dubium, si ad verba legis Regiæ advertimus, quæ ad solutam solum diriguntur: cum igitur communis usus loquendi intelligat mulierem solutam illam esse, quæ nunquam fuit uxorata, videtur quod lex Regia non procedat in vidua, maxime cum sit correctoria juris communis: quo casu debet intelligi, ut minus lædat jus commune, ex Alex. conf. 78. vol. 1. quia verba debent exponi in suo proprio significato l. filius fam. §. fin. ff. de donation. Annibal. in l. nemo potest ff. de legat. 1. num. 299.

vol. 2. repetitionum.

Verum potest dici hanc legem etiam intelligi de vidua, quia sicut appellatione viduæ continetur ea, quæ nunquam nupsit, ut in l. malum §. vidua ff. de verbor. signif. ita, è converso viduæ appellatione venit, quæ nunquam nupsit, & soluta est; verbum enim soluta, quo lex Regia utitur. utrumque comprehendit, quia soluta dicitur, quæ soluta est lege viri: qui sensus maxime accipiendus est, quando utroque casu eadem est ratio, quia tunc fit extensio, etiam in correctorijs ad casum, qui sub verbis legis potest comprehendere, Rosel. de success. ab intest. num. 125. Deinde quia licet appellatione solutæ, non comprehendatur vidua, tamen de ea venit lex intelligenda, quia quando lex facit mentionem de aliqua qualitate ratione frequentioris usus, non dicitur alios excludere, si sunt casus similes, gloss. verbo possidentes in Clem. 1. ubi Imol. de re script. gloss. 1. in l. 1. C. de his qui ad Eccles. confug. Jas. in l. 2. ff. de vulgar. Alex. conf. 119. vol. 6.

Ex concubina.

10 **E**X concubina naturalem dicitur filium lex Regia, quando unica sit; deducique videtur ex Auth. licet C. denatural. liber. ibi. Quæ sola fuerit: & in Auth. quibus mod. natural. eff. sui §. si quis autem, col. 7. licet Fortunius de ultimo fine, num. 102. hanc differentiam non admittat. Pluralitas enim concubinarum eodem tempore retentarum facit filium esse spurium, Bart. in l. 1. ff. de concubin. idem Bart. de success. ab intestat. col. 2. num. 5. Panorm. in cap. per venerabilem qui filij num. 3. & ibi Præpos. num. 15. Baptista in d. l. si qua illustris num. 35. & 71. Et licet pro tali coitu poena non reperiat apposita, tamen dicitur damnatus, quia res est mali exempli, ut in Auth. quibus mod. natur. eff. sui §. si verò, Palat. l. Taur. 9. num. 30. Ubi Justinianus ex pluribus concubinis

nis natos dicit patri non succedere, cum tamen damnatus coitus non sit: ex quo articulum reputat difficilem Paleotus cap. 41. in princ. dum putat hunc coitum cum diversis concubinis punibilem, quia de jure Civili requiritur potestatio, ut illam solam habeat uxoris loco, l. 3. ff. de concubin.

Nec oportebit, ut in domo retineatur licet in Auth. quibus mod. natur. effic. sui §. si quis autem aliter caveatur, Guilelm. verbo, & uxorem num. 671. quia hæc Ordinatio solum habuit respectum ad matrimonij validitatem, secundum Jus Canonicum, quo attento magis reprobatur concubinatus intra domum, quam extra cap. ex parte de testib. pragmat. tit. de concub. fol. 187.

Ex ancilla propria.

Naturalem filium quis ex ancilla suscipit, licet secus mulier ex suo servo, Tellius d. l. 9. num. 4. vel ex famulo, ex Roger. de summo bono fol. 181. & in hoc hæc Ordinatio habuit ortum à lege ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell. Ubi talis filius conceptus in servitute facit deficere fideicommissum. Ubi Alex. conatur defendere, hoc solum procedere, quando filius fuit conceptus in figura matrimonij, saltem de facto contracti, tenuit Afflict. quæst. 203. Et hoc videtur hic comprobari, tibi: *Dalgua sua escrava.* Verum non placet, quia text. in princ. de servil. cogn. indistincte loquitur, nec ex hac lege figura matrimonij requiritur: quare Alex. videtur loquutus secundum jus antiquum, quia licet attento jure Civili, cum servis non liceat contrahere matrimonium, l. cum ancillis C. de incest. nupt. Attento tamen jure Canonico potest contrahi: ut in titulo de conjugio servorum. Unde marito filius inde procreatus censetur naturalis, Socin. in l. sed est quæsitum num. 2. ff. de liber. & posthum. quanvis Aretin. conf. 48. num. 1. & Alciat. reg. 2. præsumpt. 5.

in fine propriam requirat servam haberi pro concubina, ut filius inde procreatus dicatur naturalis. Cum autem hæc Ordinatio restringat se ad filium susceptum ex propria ancilla, videtur oppositum probare, si sit ex aliena, quod ea extante virgine videtur admittendum, quia talis coitus est damnatus, Socinus in l. Gallus §. quid si is, num. 6. per l. fin. ff. de officio præsid. gloss. in l. inter liberos, & ibi Angel. ff. de adulter. gloss. 1. in l. servi, & ibi Salycet. C. eod. tit. Quo circa cum ille coitus sit punibilis, inde natus nequit succedere Baptista in l. si qua illustris C. ad Orfician.

Verum adhuc considero, quod supra dixi, quod stuprum cum persona vili non punitur l. quæ adulterium C. de adulterijs, ibi: *Quas vitæ vilitas, &c.* Socin. conf. 212. col. 3. lib. 2. Gozadin. conf. 21. num. 5. ancilla enim talis est. l. humilem C. de incest. nupt. Mandel. conf. 37. num. 1. Atque ideo filius ex illa debet ad hæreditatem admitti, & esse naturalis: voluit Aymon conf. 166. n. 6. Alciat. in d. l. inter stuprum num. 5. Quæ opinio, licet de jure sit dubia, ex his, quæ Covar. d. §. 5. num. 17. tamen de jure Regio videtur sine dubio esse, cum ille coitus non sit punibilis aliqua lege Regia, ut filius non fiat naturalis habitus ex propria ancilla: imò ab ea reperitur comprobatur Gama decis. 167. num. 3. Unde talis filius, si pater decedat, nec eum liberum faciat, ab ipsa lege consequitur libertatem ex tacita manumissione, ut in l. fin. C. commun. de manumission. Lara in repetit. l. si quis à liberis ff. liber. agnosc. num. 82. quem citat Azevedo ad l. 9. lib. 5. tit. 8. num. 9. nisi specialiter in servitute relinquatur, sicut & ejus mater d. l. fin. C. commun. de manumiss. Craveta conf. 368. num. 3.

Ex ancilla aliena.

Dum Ordinatio decernit, quod natus ex aliena ancilla sit naturalis

ralis filius patri, dummodo tempore mortis ipsius liber sit, videtur contra jus respondisse, quia coitus cum aliena ancilla est punibilis, tradit Socin. d. cōf. 148. num. 4. & est gloss. in l. 1. tit. 14. part. 4. & est Ordin. lib. 5. tit. 23. §. 1. ibi: *Escrava de guarda*: videtur tamen Ordinatio sequuta decisionem text. in l. fin. ff. de jur. deliber. Ubi habetur, quod filius ex ancilla aliena est capax successionis paternæ: quod intelligo, nisi sit *Escrava de guarda*: in qua coitus est punibilis ex d. Ordin. d. §. 1.

13 Cū tamen in servitute conceptus non succedat, nisi sit effectus liber, quia cum servis nulla cognatio est, princ. Instit. de servil. cognat. Guillielm. in cap. Raynutius, num. 701. fol. 115. Ideo oportet, ut à domino fiat liber ante mortem patris, ut illi succedere possit, ut eo tempore reperiat habitus ad successionem: & sic debent explicari illa ultima verba Ordinationis ibi: *De herança sua, ou alhea, se por morte de seu pay ficar forro*: ut scilicet hæc ultima verba referantur ad filium susceptum ex aliena ancilla, quem oportet esse liberū tēpore mortis patris, ut illi succedat: non verò referantur ad filium ex propria ancilla; quia hic non indiget ut à patre manumittatur, sed à lege tacitè libertatē cōsequitur, §. fin. Instit. de adoption. Ubi sufficit tractare servum ut filium, ut fiat liber, ejusque mater, & ipse parenti succedit pediti cum alijs legitimis, licet aliter explicet Gama decis. 86. num. 3. & decis. 167. n. 6. Afflict. decis. 203. Dueñas reg. 350. ampl. 18.

Ex quibus conclusimus hanc filiam

ex propria ancilla susceptam a lege consequutam fuisse libertatem, & patri hæredem extitisse, atque ex eo tanquā legitimam hæredem, esse admittendam ad legitimam ancillæ manumissæ, tanquam hæres patroni.

14 Nec obstat l. patronæ. ff. de bonis libertorum: ubi filij patroni non admittuntur, nisi jure quæsit: ibi: *Patronæ filij etiam vulgò quæsit ad bonorum possessionem admittuntur: patroni autem non, nisi jure quæsit*: pungit Gama decis. 382. num. 4. quia satisfit, quod respectu plebei filius naturalis in hoc Regno est jure quæsitus, & inter legitimos connumeratur, & cum illis ad successionem admittitur, Gama d. decis. 86. num. 3. & faciunt conditionem deficere Gama ubi supra num. 6. & 7. Cūque in hac specie maritus, & uxor simul manumississent, pro sua parte admittendam fore judicavimus ex text. in l. si liberto sine liberis 17. ff. de bonis libertor. Alex. in l. si mihi, & tibi, ff. de legat. 1. num. 21. Pianuc. de lucro dotis, num. 303. Bertran. de jure liber. cap. 14. fol. 390.

Non omittam illa ultima verba Ordinationis: *Se por morte de seu pay ficar forro*: & referri posse ad filium natum ex ancilla propria cēseo, quādo scilicet à patre in servitutem specialiter relicta non sit; potest enim pater exprimere, ut in servitute maneat: unde etiam possunt accipi in hunc sensum, ut comprehendant filium ex propria ancilla, quādo in servitute relicta non sit, quia tacitè fit liber. d. l. fin. C. commun. de manumiss.

SUMMARI A.



*D*os promissa à vitrico an compensanda cum legitima? num. 1.

*S*i pater possidet bona filij, expensas studij non censetur de suo

facere. ibi.

*P*atenum officium est dotare filias. ibi.

*O*bligatio cessat, quando filia habet unde dotem recipiat. ibi.

*V*itricus de suo solvere dotem privignæ

nontenetur. num. 2.

Dos semper debet solvi de bonis communibus, quasi debitum conflatum matrimonio constante. ibi.

Interpretata l. si socius, ff. pro socio. ibi.

In his Regnis an habeat locum l. nec mater, C. de jure dotium? num. 3.

Filia habet intentionem fundatam contra matrem. ibi.

Vitricus dotaſſe cenſetur de bonis privignæ. ibi.

Interpretata l. Neſſenius, ff. negotijs geſt. ibi.

Dos promiſſa à vitrico cum legitima ipſius compenſari non debet. num. 4.

Extraneus dotans cenſetur dotare de ſuo. ibi.

Licet dotans non habeat formalem animum donandi patri, habet tamen per quandam conſequentiam. ibi.

Confunditur opinio Novelli, quatenus ſentit extraneum dotantem poſſe à patre repetere. num. 5.

Confunditur ſententia Pauli, dum ſentit, quòd ſoluta ſocietate, poſteſt ſocius deducere quantum dedit in dotem alterius filie. num. 6.

Mater, quæ bona filie adminiſtrat, non cenſetur de ſuo dotare. num. 7.

Compensationi ut ſit locus, illud, quod promittitur, debet habere functionem cum debito. ibi.

Frater adminiſtrans bona ſororis, & illa dotans, cenſetur de ſuo dotare. n. 8.

DECISIO XIII.

An dos à vitrico, & matre promiſſa privignæ debeat compenſari cum legitima ipſi debita ex bonis patris ſui? Ad Ordin. lib. 4. tit. 78. in princip. & §. 7.



UM duas auri ſelibras Joannes de la Plaça, & Dominica Luiſe ſus uxor privignæ promiſſent in dotem cum alijs mobilibus, cum eam matrimonio Antonio Roíz Aurifici copulaſſent; vitricus (erat enim dotata filia uxoris ex primo matrimonio) dotem promiſſam compenſandam, & res mobiles cum legitima privignæ, cujus ipſe erat debitor, aſſerebat: Judex ſententiam protulit contra Reos, compenſationem denegans: inde ad Senatum res delata eſt: & primo loco dixit Doct̄or Michael de Barreira, olim in Conimbriceniſi Academia Juris Civilis eximius profeſſor, vir doctiſſimus, & longa rerum experienciã attritus, poſt eum D. Didacus de Brito, Juris Canonici in eadem Academia Decretorum profeſſor meretiſſi-

mus, & in hac Auguſtiſſima Civitate Canonicus, vir quidem eruditiſſimus, quorum ſententia fuit, ut dos compenſaretur cum legitima, ex gloſſ. verbo intelligi in l. fin. C. de dotis promiſſ. recepta ex Gomes in l. 50. Tauri, num. 23. ubi loquitur de matre, quæ adminiſtrabat bona filie, Menoch. de arbitrar. centur. 1. num. 46. & caſu 88. num. 47. Palatius in rubr. §. 66. num. 13. Sicut aliàs pater poſſidens bona filie de illis videtur in dubio expendere; etiã ſi de ſuo teneretur: ut colligitur ex l. fin. ff. de petit. hæred. junct. l. 1. §. neque caſtrenſe, ff. collat. bonor. Ordin. lib. 4. tit. 99. §. 6. Surdus de alim. tit. 6. quæſt. 8. num. 105. & d. quæſt. 8. num. 46. & 47. 53. & 54. Ex quo licet pater expenſas ſtudij videatur donare, ad eò quòd imputare illas filius non compellatur, ut in l. quæ pater 51. ff. fam.

ff. fam. ercis. Ordin. lib. 4. tit. 97. §. 7. Gomes l. 29. Taur. num. 19. licet contrarium dicat Gregor. l. 5. tit. 15. part. 6. quem sequitur Garcia de expens. cap. 4. num. 2. Tamen si pater possidet aliqua bona filij, potius de illis expendisse præsumitur, Bart. in d. l. fin. in princip. Jas. in Auth. quòd locū C. de collat. num. 3. Quare idem omnino videtur respondendum in dote, ut de bonis filia vitricus, & mater videantur dotasse, non de proprijs, ex sententia Bart. in l. Nessenius ff. de negot. gest. per gloss. in d. l. fin. verbo paternum, sequitur Angel. per text. ibi juncto Bart. in d. l. fin. ff. de petit. hæred. facit l. cum post. 44. §. 1. & ibi Bart. num. 2. ff. admin. tutor. Socin. Ne-
pos, qui dicit communem conf. 69. num. 94. lib. 3. qui in tutore loquitur. Nec obstat d. l. fin. C. de dotis promiss. ubi paternum officium esse ait dotare filias ex legis vinculo, ut dixit Ripa in l. 1. ff. solut. matrimon. num. 54. Campesius de dote 1. part. quæst. 26. num. 4. Decius conf. 35. num. 6. Gomes l. Tauri 50. num. 21. ad fin.

Nam illud procedit respectu patris, ut teneatur vel ex legis necessitate, vel de honestate, quia oportet dotare filiam, quando aliàs indigeat, quæ etiam honestas cessat, quando filia aliàs habeat, unde dotem recipiat: ut per D. Thom. 2. 2. quæst. 106. & seq. Covar. in cap. cum in officijs num. 10. de testam. Tamen hæc obligatio, vel honestas deficit in matre, cujus officium non est filiam dotare gloss. d. verbo paternum, in d. l. fin. & probatur in l. neque mater C. de jur. dotium. Unde fit, quòd licet pater in dubio censeatur de suo dotare, & contra eum talis debeat fieri interpretatio ex l. profectitiam §. fin. ff. de jur. dot. etiam quando bonorum filia sit administrator: prout dicit Campes. de dote 1. part. quæst. 16. num. 4. licet incautè Bart. in d. l. Nessenius contrarium voluerit num. 5. contra quem est communis ex Jas. in l. 1. num. 25. ff. solut. matrimon. & ibi Ripa num. 90. Paris. conf. 80. num. 1. lib. 3. Gomes d. l. 50. n.

22. Tamen in matre aliud dicendum est, nisi promittat, ultra quam filia habebat, ut singulariter Baeça de non meliorand. cap. 11. n. 115. Novell. de dote 6. part. privil. 3. n. 4. Gomes d. l. 50. n. 24.

2 Si autem è converso obligationem consideramus ex parte vitrici, notoriè constat vitricum non teneri de suo solvere dotem privignæ. Dos enim filia semper solvi debet de bonis communibus utriusque parentis, siquidem est debitum contractum constante matrimonio, quod ad utrumque socium spectat juxta Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. facit l. socium qui 61. §. fin. cum l. fin. ff. pro socio. Palat. in rubr. §. 66. á num. 7. Gomes in d. l. 50. num. 24. Covar. lib. 3. resolut. cap. 19. num. 3. Neque obstat l. si socius 82. ff. pro socio. Ubi alter ex socijs non potest filiam dotare de bonis cõmunibus, nisi hoc in lege societatis expressum sit: tradit Alex. conf. 154. lib. 2. dicit communem Jas. in Auth. quòd locum num. 6. C. de collation. quia fortior est societas legalis, quàm conventionalis in hoc casu, cum debitum dotandi filiam commune ex ipsa societate oriatur, quod secus est in d. l. si socius.

3 Unde fit, quòd in his Regnis videtur non habere locum text. in d. l. nec mater C. de jur. dotium; siquidem per supradicta non minus mater ipsa, quàm pater dotare compelletur soluto matrimonio; licet eo constante solus maritus teneatur, quia cum onus dotandi inceperit matrimonio constante, licet solvatur societas conjugalis, non adhuc liberatur mater ab eo onere dotandi pro sua parte, quemadmodum neque quisque alius socius á solutione contracti debiti durante societate, l. omne æs 27. ff. pro socio: ita judicatum dicit Covar. 3. resolut. cap. 19. num. 3. Nulla enim ratio patitur, ut soluto matrimonio, contra matrem idem officium judicis non competat, cum contra illam habeat filia intentionem fundatam, & jus quæsitum, in quo illi nocere non potest matrimonij dissolutio, tum maximè si confi-

deramus matrem habere prædictorum bonorum dimidiam partem: ex quo non videtur cessare causa, propter quam illa erat à principio obligata.

Unde cum matrem solam sequatur illa dotandi obligatio pro sua parte, vitricus omni obligatione solutus est: cumque pupillæ bona administraverit, & in domo sua retinuerit, de bonis ipsius dotem constituisse præsumendum est ex d. l. Nestenius, conducit Ordin. lib. 4. tit. 31. §. 11. Sicut legatum relictum creditori compensandum indubitate juris est per text. in l. si cum dotem §. si pater ff. solut. matrimon. ubi Barbosa à num. 7. l. quoniam, Novella, & l. omni modo C. de inoffic. testam. argum. l. si creditorem, & l. Lucius ff. de leg. 2. Covar. in cap. cum in officijs de testam. num. 2. Gregor. l. 16. tit. 9. part. 6. verbo Los dineros, Costa in cap. si pater, verbo legavit, num. 19. Gomes 1. tom. variar. cap. 12. num. 7. Mantic. de conject. lib. 10. tit. 2. n. 1. Menoch. conf. 17. & 18. num. 27. & de præsumption. lib. 4. quæst. 109. per tot. Gutier. de tutel. 3. part. cap. 5. à num. 2. Caldas Pereira lib. 1. quæstion. forens. quæst. 16. & de potest. eligend. cap. 16. num. 14. Castillo de usufructu cap. 46. à num. 6. Surdus de alim. tit. 6. quæst. 4. num. 6. Palat. in repet. rubr. §. 66. à num. 15. Molin. de justitia disput. 234. Barbosa in l. 1. ff. solut. matrimon. num. 148.

4 Verum prædictis non obstantibus, cōtrarium Senatus censuit, & quod illa bona mobilia in dotem tradita cum quantitate ex legitima debita filix compensanda non erant. Primò quia vitricus dotans est extraneus, & ut talis non censetur dotasse de bonis privignæ, sed de proprijs, l. unica §. accedit C. de rei uxor. action. ad fin. ibi: *Eum donasse magis, &c.* notavit Bart. receptus in l. quæ dotis, num. 6. ff. solut. matrimon. & animus donandi compensationem excludit, & repetitionem, l. 1. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem ff. de reg. jur. quanvis Paulus conf. 96. ad fin. lib. 2. intelligat hoc cessare, quando mulier

sic dotata habet patrem dotare valentem, quia eo casu non cessat animus repetendi dotem datam: ut in simili probatur in l. si quis à liberis §. si mater ff. de liber. agnoscend. concordat Corneus conf. 124. num. 6. lib. 1. latius Ruynus conf. 171. num. 5. lib. 1. Quæ interpretatio multum restringit regulam d. §. accedit: quare non est tenenda, quia contra mentem communis, ut agnovit Socin. conf. 291. lib. 2. num. 11. quia si videtur donasse, implicat contradictionem posse repetere: quocirca licet dotans non habuerit formalem animum donandi patri, habuit tamen per quandam cōsequentiam, licet principaliter id egisset, ut illa dos conservetur in persona dotata, ut per Ruyn. conf. 101. num. 15. lib. 1.

5 Sicque confunditur dictum Novell. 6. part. privileg. 3. num. 6. ubi firmat extraneus, qui dotavit, posse à patre dotata filix dotem repetere, prout etiam posse repetere & alimenta illi præstita: ut in l. si paterno junct. gloss. fin. C. de negot. gest. sequitur Palatius in cap. per vestras §. 14. n. 9. notab. 3. & in rub. §. 66. n. 12. Ruynus cōf. 171. num. 8. lib. 1. Quæ resolutio, stantibus supradictis, stare non potest, siquidem per d. §. accedit, qui dotem promissit, donare videtur, & qui donat, non repetit: aliter enim huiusmodi dotem filia conferre teneretur, cuius contrarium probat Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 10. & 11. Nec pariter est in consideratione, quod de alimentis præstitis filix adduci solet, quia in illis cessat donandi animus, ut probat d. l. si paterno §. fin. C. negot. gest. Socin. conf. 291. num. 12. lib. 2.

6 Ex quo etiam apparet non bene sensisse Paulum in eod. conf. 96. ad fin. dum dicit, quod soluta societate, potest socius deducere, quantum ambo socij dederunt in dotem alterius filix; non consideravit enim hunc socium suam partem donasse, ut advertit Socin: ex qua etiam ratione corrumpit dictum gloss. in dicto verbo paternum, dum voluit illam legem finalem non proce-

procedere in extraneo dotante ; quia is videtur quasi negotiorum gestor : & sic dotasse ex bonis ipsius mulieris, in eo enim communiter reprobatur per d. §. accedit.

7 Adhuc tamen fortiter obstat, quòd in hoc casu nulla promissio dotis per instrumentum intercesserat, solùmque tempore contracti matrimonij bona quædam mobilia tradita fuerunt utriusque conjugii in partem dotis, quæ modò compensanda cum principali debito vitricus, & uxor postulabant : quod quidem admittendum fore videbatur ex ratione supra assignata : quia matrimonio dissoluto, adhuc mater compelli potest, ut dotem filia constituat; cumq; illa unà cum marito bona privignæ administrassent, videtur mobilia ab ipsis tradita fore compensanda cum debito legitimæ : prout voluit Bart. in l. uxorem, §. pater in fine ff. de leg. 3. receptus secundum Alciat. in l. 1. ff. soluto matrimon. num. 84. Sic limitata reg. d. §. accedit in fratre dotante, proseguitur Paulus cont. 351. num. 1. lib. 1. Campes. de dote 1. part. quæstion. 24. Corras. l. qui liberis ff. ritu nuptiar. num. 120. Satisfit enim, quòd mater non administrabat bona privignæ, sed vitricus, quem dotem fecisse simul cum uxore constabat; licet quæ res in dotem assignatæ fuissent, non satis constaret : & licet ex hac ratione compensationi locus esse posset adhuc ut compensatio detur, requiritur, quòd illud, quod promittitur pro dote mulieris, habeat functionem cum debito : veluti si debitum, & dotis promissio in quantitate consistant, ne debitum sit in quantitate, & promissa species, vel è contra : Unde fit, quòd cū vitricus, & mater essent debitores quantitatis, non videntur habuisse compensandi animum, dando in dotem speciem ex Bart. in l. hujusmodi, §. cùm pater n. 1. ff. de legat. 1. & ibi Jas. num. 11. non enim de jure fit compensatio de specie ad speciem, nec de specie ad quantitatem, l. si cõvenerit l. 8. ff. pignor. action. Ordin. lib. 4. tit. 78. in princ. & §. 7. Quas

re sumpta interpretatione ab hac juris dispositione juxta l. si duo ff. acquir. hæred. consequens fit eos debitores non habuisse cõpensandi animum: sicque in foro judicandū dixit Socin. conf. 93. lib. 1. num. 23. & dicit communem Jacobin. in l. cùm pater num. 1. ff. de jure dotium Boer. quæst. 137. num. 1. ad fin. & facit notanda doctrina Bald. in d. l. Nessenius, col. 2. ad med. ff. de negot. gest. Ubi ait. quòd quando pater legavit filia aliquid nomine dotis, & frater simpliciter illam dotavit, quòd est solvenda integra dos de bonis fratris, si dos, & promissio nõ habent functionem inter se : extollit Cotta verbo frater dotans Barbof. in l. si cùm dotem §. si pater num. 3. ff. solut. matrim.

8 Quinimò licet supra citati pro constanti teneant, quòd frater administrans bona sororis, videtur illam dotare de bonis ipsius sororis, ut per Campes. d. 1. part. quæst. 24. Rogerius de dote §. 2. a num. 8. Nihilominus verius videtur, hoc casu fore distinguendum inter dotem quantitatis, & speciei non recipientis functionem, quemadmodum in quolibet alio debitore, prout aperte sentit Bart. in l. 1. §. nec castrense num. 8. C. de collation. bonor. & in tractat. de duob. fratrib. num. 16. Ubi resolvit expensas à patre factas in studio, tunc demum videri factas de bonis filij apud patrem existentibus, quando illa bona consistunt in pecunia : dicit receptum Gomes l. Tauri 29. num. 19. Ubi incaute dicit, hanc Bart. sententiam optimam rationem non habere : proseguitur Barbosa 4. part. l. 1. ff. solut. matrim. num. 141. & 152.

Ex quibus in præsentis diximus non esse compensationi locum : sicq; censuerunt. D. Dionysius de Mello, & D. Nonius d' Afonseca Cabral, qui velut inter humiles cupressus olivas capite supereminet, quibus libenter accessi. Et idem postea judicavimus in processu Francisci Alvarez contra Antonium Fernãdez in ordinario gravamine interposito à Præsede Emmanuele Coelho: Scriba Stephano de Castro.

Quod secus obtinuit in processu Dominici Vieira contra Annam Manuel, Scriba Georgio Fernandez in causa servitij cuiusdam famuli, cui dominus domum in testamento reliquerat, quam compensandam obtinuit cum servitio: quia in eo casu specialiter dis-

ponit Regia Ordinatio lib. 4. tit. 31. §. 11. Quæ cum nostrum sit jus commune, & compensationi locum fore decernat, cessant juris communis interpretationes, & securius procedunt quæ Cabed. decis. 117. per tot.

SUMMARI A.



*I*lius naturalis an censeatur nominatus in maioratu. num. 1.

Ordin. Regia lib. 4. tit. 36. §. 4. practicatur in cappellis nominationis, filius naturalis admittitur excluso substituto. num. 2.

Interpretatus text. in l. ex facto §. si quis rogatus ad Trebell. num. 3.

Illegitimus non dicitur de familia. n. 4.

Naturalis excludendus est à cappella successione. ibi.

Appellatione filiorum solum continentur legitimi, non verò naturales. ibi.

Naturalis non excludit substitutum ex se, sed adjuncta voluntatis conjecturâ. ibi.

Filius naturalis non est verus filius. n. 5.

Interpretatur l. ult. ff. de jur. delib. ibi.

In filijs naturalibus regula negativè constituenda est. ibi.

Confunditur intellectus Corrasij, dum sen-

tit Papinianum affirmative respondisse. num. 6.

Interpretatur Ulpianus in §. si quis rogatus. ibi.

Explicatur Papin. in §. volo. ibi.

Explicatur l. Lucius. §. ultim.

Interpretata l. heredibus. 77.

Explicata Ordin. lib. 4. tit. 39. §. 4. num. 7.

Procedit in emphyteusi liberæ nominationis. ibi.

Non potest extendi ad maioratum, in quo conceditur electio inter liberos tantum. ibi.

Ordinatio procedit in electione concessa pediti. num. 8.

Naturalis in figura matrimonij susceptus facit deficere conditionem, si sine liberis. num. 9.

Naturalis nominari potest, si conditio sit appositâ Clerico. ibi.

Interpretata l. fideicommissum 75. ff. condition. & demonstr. ibi.

DECISIO XIV.

An cappella nominationis, seu electiva, qua successor potest nominare unum ex filijs post se: eo non nominante, deferatur ad filium naturalem, & non ad substitutum in defectum filiorum, quasi defecta sit conditio per existentiam filij naturalis? Ad Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 4.

CUM testator in suo testamento disposuisset, ut maioratus, seu cap-

pella, quam instituebat, deferretur ad filium seniore[m] ipsius, qui post se nominare

minare posset filium, qui in ea succederet, aliàs eo non nominante, tunc successio maioratûs pertineret ad secundo genitum cum iisdem conditionibus expressis in primo gradu. Contigit, quòd primò vocatus decessit sine liberis legitimis, relicto filio naturali, qui (cùm pater non nominasset) asserebat, se à lege nominatum, & electum extitisse arg. Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 4. & his, quæ resolvit ad eam Ordinationem Valasc. de jure emphyt. quæst. 50. num. 6. Pinel. de bon. matern. 2. part. num. 70. D. Caldas Pereira de nominat. quæst. 6. num. 9. & quæst. 3. num. 4. & 5. & quæst. 7. num. 4. & 28. & quæst. 11. num. 13. & quæst. 13. num. 10. & quæst. 7. num. 39. & quæst. 9. num. 8. idem Valasc. conf. 134. num. 13. & 147. num. 11. Gama decis. 2. idem Caldas Pereira de nominat. quæst. 19. ex num. 28. & d. quæst. 7. à num. 24. plures citat doctissimus Emmanuel Barbosa in suis doctissimis notationibus, quæ admodum doctæ sunt, Cleantique redolent lucernam: quam Ordinationem ex stylo Regni practi- cari in cappellis, seu maioratibus nominationis, seu electivis, prosequitur idem Valasc. 1. part. conf. fin. num. 38. ut in illis primogenitus nominatus censeatur, si pater, qui eligere poterat, sine nominatione decessit: quod cùm ita in cappellis receptum sit, pariter & recipi debet, quod in eadem Ordin. disponitur in d. §. 4. ut naturalis filius Equitis, qui legitimos non habet filios, nominatus censeatur, ibi: *E naõ havendo descendête legitimo por morte do foreiro, posto que haja ascendente legitimo, haver à esse foro seu filho natural, & se o tiver, ainda que seu pay fosse cavalleiro.* Nec est inconveni- ens illam Ordinationem ibi locum sibi vindicare in cappellis, cùm etiam secundùm aliquos comprehendere valeat emphyteusim Ecclesiæ, cujus naturales filij capaces non sunt, ex Gama d. decis. 2. num. 5. & decis. 50. num. 2. & decis. 149. num. 5. & decis. 308. num. 6. & decis. 315. num. 8. Costa de succession. Regni fol. 102. Pinel. in l. 2. de bon. ma-

tern. num. 11. illud enim dominium uti- le est quid profanum, ex Barbosa in l. Titia ff. solut. matrim. num. 44. idem Valasc. conf. 144. num. 13. D. Caldas Pe- reira de potest. elig. cap. 15. num. 1. & 34. Surdus decis. 160. num. 15.

2 Pro-cujus assertiois fundamen- tis illud principaliter adduci potest, quòd sine dubio naturalis filius debet admitti, excluso substituto, quia quilibet filius naturalis facit deficere condi- tionem, si sine liberis, ut excluso substi- tuto, ipse admittatur, gloss. in cap. in præsentia de probation. ibi: *Si natura- les filios habeat, evanescit, &c.* latè DD. in l. ex facto §. si quis rogatus 1. ff. ad Tre- bell. ubi Ripa num. 6. cum declaratio- ne Alex. ibi num. 6. nisi testator sit in dignitate constitutus, Ripa num. 15. Ja- cobin. in l. generaliter §. cùm autem num. 3. C. de instit. & substitution. Felin. in cap. in præsentia num. 21. de proba- tion. ubi Decius num. 37. Socin. in l. hæ- redes mei §. cùm ita ff. ad Trebell. Ru- beus in l. Gallus §. quidem rectè num. 155. Gomes 1. tom. cap. 5. n. 40. Padilla in l. cùm acutissimi num. 31. C. de fi- deicommiss. Dueñ. reg. 352. Mantica de conjectur. lib. 11. tit. 9. a num. 2. citans alios, qui dicunt communem: fatetur Gabriel lib. 1. commun. tit. de fideicom- miss. conclus. 2. num. 68. Rojas in epit. succession. cap. 14. num. 12. Secundùm quos in dubio, nisi aliud ex dignitate, & conditione personæ disponentis, vel ex alijs conjecturis colligatur, per na- turalium filiorum existentiam substi- tuti excluduntur: quæ opinio cùm sit communis, ab ea in hoc Regno recede- re non licet, in judicando ex Ordin. lib. 3. tit. 64. Nec obstat interpretatio Cos- tæ in §. & quid si tantùm 1. part. num. 79. & in cap. si pater, verbo si absque li- beris num. 42. dum dicit Jurisconsultum in d. §. si quis rogatus, non sentire, quod ex ea communis deducit, quòd scili- cet naturalis filius excludat substitutū, nisi pater sit in dignitate constitutus. Sed potius quòd in illis casibus, in qui- bus contra regulas communes natura-

lis admittitur, ut excludat substitutum; id non admittatur, si testator sit in dignitate constitutus, nam tunc conjectura, quæ faciebat pro naturali, elidetur per contrariam: atque ideò eo casu quasi in re dubia naturalis substitutum non excludet.

3 Hæc enim interpretatio contraria est menti Jurisconsulti: nam si bene advertimus, Ulpianus tres conjecturas adducit, ex quibus possit colligi utrùm testator in conditione, si sine liberis, senserit de naturalibus: prima est quæ deducitur ex dignitate testatoris: secunda ex voluntate, quæ exemplificatur per l. cum pater §. volo ff. de leg. 2. Et procedit, licet testator in dignitate constitutus sit, Costa in d. §. & quid si tantum num. 62. 5. part. Tertia ex conditione disponentis, prout si sit naturalis, non censetur naturales exclusisse, ut per Decium in d. cap. in præsentia num. 43. etiam si testator sit in dignitate constitutus.

Unde apparet, quòd Jurisconsultus in illo textu aliter disposuit, quàm Costa explicat: nam verus sensus est, quòd etiam in casibus, in quibus propter dignitatem testatoris non videtur actum de naturalibus, tamen de illis intelligatur dispositio in casibus in hoc textu relatis. Atque ideo Papinianus ibi non generaliter loquutus est, sed tantum in filio naturali, libertino, in quo Ulpianus ejus admisit sententiam; quo ad alios verò naturales dicit quæstionem esse voluntatis: cum verò conjecturæ ab eo descriptæ frequentius concludant, naturales substitutum excludere, meritò secundum hoc communis procedit, ut in dubio naturales substitutum excludant, nisi testator sit in dignitate constitutus.

4 Verum in nostra hypothesis obtinuit, naturalem excludendum à successione cappellæ, ad eamque invitandum fratrem defuncti, eidemque substitutum sub conditione si sine liberis decessisset: ex eo fundamento, quia propriè loquendo, appellatione filiorum solum continentur legitimi, non verò

naturales, l. filium in princip. ff. de his qui sunt sui: ac proinde cum in conditionibus verba in specifica forma accipienda sint, l. qui hæredi ff. de condit. & demonstrat. nullo modo ad naturales, sed ad legitimos referri debent: facit l. generaliter ibi: *Iusta sobole*: C. de instit. & substit. illegitim. enim non dicuntur de familia l. si spurius 14. ff. unde cognati. §. vulgò Instit. de success. cogn. Tiraq. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 8. num. 6. Rojas cap. 20. num. 116. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 46. nec parentum honorem sequuntur Bart. in l. 1. C. de dign. lib. 12. Rojas cap. 15. à princip. facit Ordin. lib. 2. tit. 52. §. 7. ne videatur testatorem ad delinquendum invitasse successores, ut ex concubina filios suscipiant, ut substitutos excludant. Bart. receptus in d. l. hæredibus 77. ff. ad Trebell. in fin. Pro qua sententia expendi potest, d. §. si quis rogatus, quia dum Jurisconsultus ibi dicit voluntatis esse quæstionem, an naturales excludant substitutum, planè ostendit, non absolute naturales substitutum excludere, quandiu aliquid ex voluntatis argumentis aliunde collectis non accedat: sicut aliàs in d. §. volo, disponitur, libertinum, eundemque collibertum ex voluntate substitutum excludere, l. ult. in fin. de jur. deliber. Nec ulla differentia constituenda est in conditione expressa à testatore, si sine liberis decesserit, vel tacite à lege intellecta, quia quæ vigent in conditione, per legem subintellecta similiter procedunt in ea, quæ à testatore exprimitur, & è converso, confunditur enim dicta distinctio ex his, quæ Bart. in d. §. si quis rogatus num. 1. Costa d. num. 40.

5 Pro qua opinione, & receptiori sententia pugnat text. in d. l. ult. ff. de jur. de liber. ibi: *Quare eo loco verum filium accipi oportet*: quæ verba satis ostendunt filium naturalem non esse verum filium, de quo testator in dubio senserit: & ibi: *Si tamè testatorem de hoc filio loquutum esse appareat*: ut advertit Costa in d. §. & quid si tantum part. 5. num. 58. & 74.

Cald.

Cald. Pereira de nomin. quæst. 19. num. 16. & quæst. 20. num. 13. Conan. lib. 10. cap. 1. num. 7. Ibi nãque proponebatur, quòd pater filium suum unicum libertinum pupillarem hæredem instituisset, ex quo satis cõstat de ipso loquutum fuisse, dum dixit, si mihi filius nullus erit: referuntur ergo illa ultima verba ad generalem rationem Trebatij ibi: *Quia filijs, &c* dum enim docuit appellatione filij libertinũ quoque contineri. Jabolenus intelligit hoc verũ esse, & filij appellatione libertinum etiam contineri, si appareat testatorem de hoc filio loquutum esse, prout apparebat in specie illius textũs: ex quo patet, si advertamus responsa Jurisconsultorum, quæ dicunt naturales in proposito excludere substitutos, procedere ubi pro illis adest aliqua voluntatis conjectura: ex quo fit, ut regula potiũs negativè constituenda sit, ut naturalis in dubio non excludat substitutum Costa in §. & quid si tantũ 5. part. num. 7. & in d. cap. si pater, verbo si absque liberis à num. 34. Padilla in l. cùm acutissimi, num. 31. C. de fideicom. Molin. lib. 3. cap. 3. à num. 41.

6 Qua regula sic negativè concepta, confunditur intellectus Corras. lib. 1. miscel. cap. 7. num. 4. dum sentit Papinianum affirmativè respondisse in d. §. volo, ut naturales faciant deficere conditionem: à qua sententia discedit Ulpian. in d. §. si quis rogatus, dum dicit voluntatis esse quæstionem: pro qua opinione urgent illa verba, mihi autem, &c. quæ propter adversativam autem, significare videntur aliquid diversum. Quia verius est hæc responsa sibi non adversari, quinimo inter se convenire: Papinianus enim in d. §. volo non dixit simpliciter per libertini, & liberti existentiam conditionem evanescere, sed cautè adjecit, id fieri ex voluntate defuncti: quòd quidem ipsum Ulpianus in d. §. si quis asserit: nec ad rem facit illa adversativa, mihi autem, si quidem refellitur argumentum, si consideremus, quòd in d. volo non in dubio, sed

ex conjectura voluntatis naturalis excludit substitutum: conjectura verò deprehenditur ex eo, quòd naturalis ille erat notus testatori, qui eundem jam notaverat, & manumiserat cum patre, ac de illo mentionem fecerat arg. l. qui filiabus 17. ff. de leg. 1. cum traditis per Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 50. ita explicat Bart. in d. §. si quis num. 2. ubi Alex. num. 6. Ripa 17. Decius in cap. in præsentia num. 39. Socin. in l. cùm avus num. 35. Costa d. num. 7. & verbo si absq; liberis num. 41. Caldas Pereira d. quæst. 20. num. 10. Sciebat enim testator libertos, quos ibi gravavit, filios tantũm habere naturales in servitute conceptos, & consequenter de illis intellexisse videtur; arg. l. pen. vers. sed si ff. de usu, & habitat. advertit Corras. ubi supra num. 6. Nec pariter obstat, quòd in d. §. si quis videtur Jurisconsultus regulam affirmativè constituere, scilicet quòd naturalis excludat substitutum, nisi testatoris dignitas aliud suadeat. Respondetur enim cùm Costa d. 5. part. num. 79. & verbo si absq; num. 42. Caldas Pereira d. quæst. 20. num. 33. Nec similiter obstat l. Lucius §. ultim. quia procedit etiam ex conjectura voluntatis, quæ ibi colligitur ex eò quòd testator sciebat extare naturales, quorũ in ipso testamento meminerat, eosdemque honoraverat, & manumiserat: advertit Corras. ubi supra num. 7. Cald. Pereira d. quæst. 20. n. 9. Sicque ex parl voluntatis conjectura procedit d. l. hæredibus 77. quia pater ibi filiam furiosam vivens matrimonio collocaverat: unde cùm sciret matrimonij nullitatem, l. patre ff. de his qui sunt sui cap. dilectus de sponsal. certò sciebat filios ex illa legitimos nasci non posse, Costa d. 5. part. num. 62. & verbo si absque num. 34. Bart. & Alex. num. 10. in d. l. hæredibus, Ripa num. 118. in d. §. si quis, Decius 43. idem Costa d. verbo si absq; num. 39.

7 Unde non obstat Ordin. lib. 4. tit. 36. §. 4. quæ naturalem etiam ex equite in hoc Regno admittit ad emphyteu-

pyteusim, ut censeatur nominatus à patre, qui sine nominatione decessit: quia respondetur, quòd illa Ordinatio procedit in emphyteusi liberæ nominationis, ad quam pater poterat nominare quem vellet libere post se: patet ex §. 2. *E finando-se*: qui agit de emphyteusi concessa, cum libera facultate eligendi post se secundam personam: ex quo fit, quòd non possit habere locum in emphyteusi de pacto, & providentia, seu pro se, & liberis, tunc enim non potest admitti naturalis, quia verba non conveniunt, & recurrendum est ad jus commune, secundum quod verba propriè intelligenda sunt de legitimis liberis: dixit Menes. in l. cum acutissimi, num. 33. C. de fideicom. Clarus in §. emphyteusis quæst. 30. Caldas Pereira de nomin. quæst. 19. num. 8. & quæst. 21. num. 30. ubi etiam excludit legitimatos. Ex quo patet dictam decisionem legis Regiæ extendi non posse ad maioratus electivos, concessa electione inter liberos, quia ibi non datur libera nominatio, sed restricta ad filios, & semper intelligitur de legitimis, & habilibus arg. l. Lucius Titius ff. de leg. 2.

8 Si autem electio ad cappellam, vel maioratum concessa sit pediti in hoc Regno cum iudicio dubitari potest: An naturalis eo casu nominari possit, ita ut ab inestato decedente illo, cui nominandi facultas concessa est, filius naturalis censeatur nominatus, cum de jure Regio lib. 4. tit. 92. cautum sit, ut peditum filij unà cum legitimis succedant, & admittantur? Nulla inter eos, & legitimos constituta differentia, cum eos Gama ad emphyteusim Ecclesiasticam admittat, quæ non nisi legitimis patet, Gama decis. 2. num. 6. in fin. & collationem cum legitimis ad illos competere dixit Valasc. de partion. cap. 12. num. 49. & an rumpant Valasc. conf. 94. Thomas, Valasc. alleg. 6. num. 26. plura per Cabed. decis. 100. & arest. 88.

9 Quare eo casu concessa electione in matoria, vel decedente patre sine nominatione, filium naturalem se-

norem præferendum legitimis existimarem, quasi à lege nominatum: ad quod conducit elegans argumentum, quòd deducitur ex intellectu gloss. 2. in d. §. si quis, ubi Bart. num. 2. Ripa 6. & dicit communem Costa ubi supra num. 36. Mantic. d. tit. 11. num. 2. Ubi inquirunt, quòd naturalis filius in servitute, & figura matrimonij susceptus facit deficere conditionem, si sine liberis, quia is manumissus patri succedit, tanquam filius legitimus, juxta quem sensum explicant text. in d. l. Lucius §. ult. & in l. fin. ff. de jure delib. & faciunt verba text. in d. §. ult. ibi: Creditur naturalis: idest in servitute conceptus: ubi notavit gloss. ult. Et licet hæc explicatio confundatur, quia nullibi legimus naturales filios in servitute susceptos in figura matrimonij tanquam legitimos tempore Jurisconsultorum parentibus succedere: cum imò contrarium colligatur ex d. l. ex libera juxta intellectum Pauli & Fulgosij ibi: pro quibus est text. in l. 3. C. solut. matrim. & clarius constat ex princip. Instit. de servil. cognat. dum Justinianus ibi jus novum constituit: patet ibi nostra constitutio, & intendit text. in Auth. ut liberti de cætero in §. si quis: deinde quia frustra in d. §. volo in libertino expenderet Jurisconsultus patris voluntatem, si ille ex eo, quòd susceptus est in figura matrimonij, patri succederet: licet, inquam, hæc opinio ex suppositis confundatur, tamen conducit ad casum, dum communis naturalem à legitimis non differre testatur, conceptum in figura matrimonij: prout de jure Regio naturales inter plebeos cum legitimis succedunt, & ut pariter & nominati censeantur à patre, qui eligendi habebat facultatem unum de filijs. Sicut aliàs filium naturalem nominari posse dicemus, quoties hæc conditio ad Clericum dirigatur, qui legitimos filios procreare non potest: sicq; consuluit Bald. conf. 373. num. 7. lib. 1. quem citat Mantic. ubi supra num. 22. Angel. in l. si quis post hos ff. de liber. & posthum. Corraf. ubi supra num. 6.

Quod

Quod si in Sacris constitutus sit, ne dicamus vocatos spurios filios, & sacrilegos, prout repellendos dixit Bart. in d. l. hæredibus in fin. num. 4. Alex. d. §. si quis, num. 6. Ripa 18. Abb. in cap. in præsentia, num. 15. Decius 38. de probation. Caldas Pereira d. quæst. 20. num. 23. debet talis conditio intelligi de adoptivis: observat Bald. cum Paulo in d. l. si quis posthumos, Hypol. in l. 1. §. si servus, num. 5. ff. de quæstion. & in Rubr. de fidejuss. num. 197. Mantic. ubi supra num. 32. Corraf. ubi supra per text. in l. fin. vers. Ex bonis, ff. de bon. damnator. licet contradicat D. pater meus ubi fu-

pra num. 34. nec adversatur l. fideicommissum 75. ff. de condit. & demonstrat. & l. si ita 53. §. 1. ff. de leg. 1. Quia respondetur regulam illam limitari ex voluntate defuncti subintellecta, quando conditionem adjicit illi, quia alios præter adoptivos filios habere non potest: juvant quæ tradit Costa d. 5. part. n. 55. & d. verbo si absque liberis, num. 48. Multæ aliæ conjecturæ in materia ultra Costam. Mantic. d. tit. 9. num. 5. videndæ per Tiraq. de nobilit. cap. 24. num. 13. & in l. 1. connub. a num. 45. Gamma decis. 167. plura per Molin. d. lib. 3. cap. 3. num. 30.

SUMMARI A.



N replica mutari, seu variari potest actio in libello proposita, & quomodo? num. 1.

Replica est pars libelli, quomodo accipiendum sit? ibi.

Ex læsione enormissima an detur actio contra tertium possessorem? num. 2.

Contra tertium agitur in subsidium, quando primus emptor solvendo non est. ibi.

Primus, & tertius emptor debet uno, eodemque processu conveniri. ibi. Sicut & dominus directus, quando extraneo renovavit emphyteusim.

Actio de dolo est personalis. num. 3.

Interpretata Ordin. lib. 3. tit. 13. §. fin.

Data læsione enormissima, nunquam dominium abfuisse censetur. ibi.

Jus retrahendi concessum proximiori

datur contra tertium possessorem. ibi.

Rem alienatam à patre in unum ex filiis in præjudicium aliorum nunquam abfuisse à patrimonio parentis lex fingit. num. 4.

Probata læsione enormissima contractus à principio resolvitur. ibi.

Improbata Innocentij doctrina, quòd eo casu datur officium judicis. num. 5.

Pactum de retrovendendo producit actionem contra tertium. num. 6.

Explicatur doctrina Alexandri. ibi.

In læsione enormi agitur ex personali contra emptorem, non contra tertium. num. 7.

Tertius, qui emit bona fide, præscribere potest. num. 8.

De jure noviori qui habet auctorem male fidei non minori spatio, quàm 30. annorum præscribit. num. 10.

DECISIO XI.

An ex læsione enormissima agi possit contra tertium, & ultiores possessores possidentes ex titulo oneroso, & quando? Ad Ordin. lib. 4. tit. 13. §. fin.

*V*endito oliveto, quod pretium 40 mille numerorum ascendebat,

pro 13. mille nummis, agebat Joannes Bispo contra hæredes Didaci Velho ex enor-

enormissima læsione: & licet in libello reivendicationem simplicem intentasset, postea in replica addidit causas nullitatis, & quia per plures manus post primam venditionem, in qua dicta læsio incidit, olivetum transierat, ultimus possessor conventus medios emptores laudavit, & specialiter quandam Mariam de Oliveira, à qua ultimus possessor causam habebat, & per longum tempus se possedisse testabatur, de duobus controvertebatur in hoc processu. Primum: an posset actor in replica mutare actionem? Secundum: an contra tertium possessorem agi posset reivendicatione prætextu dictæ læsionis deductæ? A quo dependet alia quæstio: An hic tertius præscribere possit, & quo tempore?

1 Et quoad primum, non sine lite est, an in replica mutari prioris actioni forma possit, obstante regulâ l. edita C. de edend. secundum gloss. Bart. & omnes ibi, Auth. qui semel C. quomodo, & quando iudex: ubi post litem contestatam nulla fit actionis variatio, Capella Tholos. 469. Afflict. feudor. lib. 2. tit. de controv. inter Episcop. & vassall. num. 6. idem decis. 60. latè disputat Pinel. in l. 2. C. de rescind. vend. 3. part. cap. 1. à num. 24. Ubi num. 25. respondet illud, quod dici solet, replicationem esse partem libelli, & solum procedere, quando talis replicatio non sit contraria ipsi libello: & quod etiam si repugnet, admittenda sit, tenuit Curtius in l. interpositas, C. de transaction. num. 13. Ubi tenet, quod per viam replicæ potest opponi nullitas, licet in libello sit actum ad rescindendum contractum: facit l. siue apud C. de transaction. ubi simpliciter suscitatur antiqua actio, & reo opponente de transactione, admittitur doli replicatio, quæ diversa est ab actione proposita. Quod quidem in hoc Regno sine dubio admittendum est, teste Valasc. de jur. emphyt. quæst. 6. à num. 16. Qui testatur praxim observare etiam super non deductis in libello, si tamen in actis probentur posse

sententiam ferri, cum lege Regia certum sit, ut sententiam ex comperta veritate ferri possit, Ordin. lib. 3. tit. 63. pungit Pinel. ubi supra num. 16. citato Aymon. conf. 210. Afflict. in constit. Neapol. lib. 1. rubr. 8. num. 49. Avend. 1. respons. Maranta in praxi 4. part. 16. distinct. De quo eleganter Guilielm. verbo si absque liberis, tit. de fideicommiss. substitut. num. 49. ad fin. Ubi refert legem Franciæ à Philippo Pulchro latam anno 1303. cap. 8. & 9. & in Curia Delphinatus Guido quæst. 369. Ex quibus deducta in replica praxis admittit, ut facilius litibus finis imponatur, Gama decis. 330. num. 2. Ubi multis comprobatur, & refert iudicatum.

2 In secunda quæstione, circa læsionem enormissimam, an ex illa detur actio contra tertium, vel ulteriorem rei possessorem? Non levis est quæstio: nam ex læsione in contractu incidenti sola personalis actio competit, quæ ad tertium possessorem non porrigitur, l. fin. §. fin. ff. contrah. empt. l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. l. dolus, C. de rescind. prosequitur latè Covar. lib. 2. variar. cap. 3. num. 10. Pinel. in l. 2. 2. part. cap. 1. à n. 30. & seqq. Gama decis. 21. num. 2. ubi bona additio: sequitur Alex. conf. 92. vol. 1. num. 8. cujus etiam meminit Fabianus de emptione vol. 1. tractatum fol. mihi 132. num. 13. Menes. in d. l. 2. num. 39. Gomes 2. tom. de contractib. cap. 2. num. 22. Tiraq. d. l. si unquam verbo revertatur, num. 327. Matienço in l. 1. gloss. 8. num. 24. tit. 11. lib. 5. Sfortia in tract. de restitutione, 1. part. art. 30. quæst. 17. Valdes in suis addition. ad Xuarem, alleg. 21. num. 4. Craveta conf. 12. vol. 1. per tot. Decius in l. qui in jus 137. num. 3. ff. de reg. jur. pro qua opinione pondero text. in l. cum precibus, C. de rerum permutat. Ubi resolutio contractus permutationis, non potest agi contra tertium possessorem: de quo meminit Decius conf. 187. num. 1. Nec obstabit, quod ponderat Costa in l. Galus, §. & quid si tantum 1. part. num. 64. quod hæc actio est in rem scripta, ac proin;

proinde potest intentari contra tertium possessorem : illud enim procedit in subsidium, quando scilicet primus emptor solvendo non sit, vel titulo lucrativo res ad secundum emptorem transferit etiam ignorantem, ex l. qui autem §. simili quoque modo, ff. quæ in fraud. nec utrumque copulative requiri pugnat Gama d. decis. 21. à num. 1. contra Pinel. ubi supra num. 31. qui utrumque copulative requirit, quod titulo lucrativo res transferit, & primus non sit solvendo: licet num. 32. teneat tertium bona fide eumentem, vel ex titulo donationis bona fide possidentem non teneri omnino. His tamen casibus semper in principali debitore prius facienda est executio; licet Gama illam non requirat: in quo illum contra cõmunem locutum dicit Flores in addit. ad d. decis. 21. ad fin. testaturque praxi receptũ, ut primus, & tertius emptor, in uno, eodemq; processu conveniantur. Quæ utilis est observatio ex Decio conf. 187. à num. 2. ut in domino directo convento ex personali actione pro renovatione emphyteusis, qui citari debet simul, & cum tertio possessore, ut utriusque jus una sententia concludatur: sic intelligendus Cald. Pereira de renovat. quæst. 7. num. 26. & 33. sine novo processu.

3 Si autem ex dolo agere intendamus, actio de dolo est personalis d. l. dolus, C. de rescind. vend. ubi gloss. verbo rei vindicatio, eam extendit ad venditionem nullam, ut nõ detur actio cõtra tertium: sequitur Alex. conf. 92. lib. 1. n. 7.

Verum Senatus censuit ex læsione enormissima agi posse rei vindicatione etiam contra tertium possessorem: cujus assertionis fundamentum est, quod in enormissima læsione consideratur dolus l. si superstite C. de dolo, cujus intervẽtu cõtractus à principio corrumpit, & perpetuo res vedita peti potest, Gama decis. 66. n. 3. & decis. 95. n. 3. & decis. 198. & 266. qui dolus nõ purgatur etiam iudicis autoritate, prout in publica subhastatione Gama decis. 198. & 291. & 232. & 267. Valasc. cõf. 130. a. 22. Parla-

dor. lib. 2. cap. fin. n. 16. Adeo ut res ipsa præcise tradi debeat Ordin. lib. 4. tit. 13. in fine, ibi: *Restituirseha a causa precijamente*: & notanda sunt illa verba, quibus lex Regia rem præcise domino restituendam dicit, supponens agi posse via restitutionis ad rem consequendam: quæ restitutio cõtra tertios possessores attẽto jure competit, ut rem recuperet, & fructus ipsius ab indebita occupatione, Valasc. cõf. 43. n. 5. & cõf. 39. n. 57. Xuar. alleg. 21. ad fin. Covar. lib. 1. resolut. cap. 5. n. 7. Sicq; supponendũ hoc casu nunquã ab alienante dominiũ exiisse, atque ideo tertie emptori acquiri nõ potuisse: sequitur Saison in consuet. Turon. tit. de retract. art. 5. col. 3. Ubi ait, quod jus retrahendi concessum proximioribus de familia datur contra tertium possessorem, quia jus reale est: advertit Alex. conf. 92. lib. 1. Ubi dicit ad jura contraria, quod procedunt ex eo, quod in illis datur sola actio personalis: quod etiam adnotavit Tiraq. d. verbo revertatur n. 269. inferens secus esse in casu d. l. si unquam, in quo nativitate filiorum dominium rei donatæ ipso jure revertitur ad donantem, quasi sub eo onere alienata fuerit: quod quidem onus reale est, & rem sequitur, quocumque vadat, nisi præscripta sit, ut infra dicam. Faciunt quæ eleganter Barbatia in Clem. 1. col. 8. de electione, ubi agens de partitionibus ait, quod si contingat annullari, bona iterum in communio- nem deducuntur, licet existant apud tertium possessorem: facit l. fin. C. commun. de legat. l. creditor C. de donation. inter virum, l. si ex pretio C. si cert. petat. l. 2. C. commun. dividundo, l. divus ff. pet. hæred. quæ conducunt ad Ordinationem lib. 4. tit. 96. §. 19. quæ non permittit partitiones semel factas annullari: datis tamen maximis erroribus annullari posse dicit Valasc. de partition. cap. 39. num. 75. & 77.

4 Conducit etiã ad intellectũ Ordin. lib. 4. tit. 22. in fin. ubi rẽ à patre in filiũ alienatam sine solẽnitatibus illius legis, fingit lex rẽ in hæreditate defuncti esse,

G

quasi

quasi nunquam ab illa exierit, ut inter hæredes dividatur: in quo eleganter tertium possessorem ipsius, tertium non esse decernit, quoniam fingit dominiũ nunquam ab alienante exiisse. Nec obstabit, si quis dicat Ordinationem procedere, si res apud filium, in quem alienata fuit, reperiatur, secus vero, si penes extraneum, ut in Ordin. lib. 4. tit. 96. in fine princip. ibi: *Se os ainda tiver, tirallosa*: quia hæc Ordinatio procedit in acquisitis titulo habili à principio; non vero titulo reprobato, & nullo, prout iste est, de quo agimus. Et ideo nil mirũ, si non sit tutus ex illo tertius possessor, cujus contractus resolvitur probata læsione enormissima à principio: quam rationem, ut contra tertium detur actio, ponderat Decius d. conf. 187. num. 4. Pondero pro hac sententia dictum Innocentij in cap. dilecti de maior. & in cap. bonæ de appellat. ubi firmat saltem officium judicis dari contra tertium possessorem, ne locupletetur cum jactura aliena: quod etiam amplectitur Cynus in d. l. dolus C. de rescind. ubi limitat textum illum, quando ageretur officio judicis per l. in causæ ff. de minor. Ripa in l. 1. §. si hæres ff. ad Trebell. num. 23.

Quam tamen doctrinam non probo, cum videam ex Alex. d. conf. 92. n. 6. Innocentium agere, quando tertius rem occupat sine causa, vel appellatione pendente; tunc enim æquitas suadet, ut officium judicis detur: nos vero agimus, ubi non deficit actio, prout comprobatur ea l. fin. §. si mulier, ubi Alber. Paulus, & Salycet. ff. ad Velean. Boer. quæst. 182. ante num. 33. ne fiat melioris conditionis tertius emptor, quam primus: eleganter cõprobat Ordin. Regia lib. 3. tit. 86. §. 4. Ubi semel readdicta, si postea contingat sententiam annullari, vel revocari, rem ipsam restituendam dicit primo domino, ibi: *Sejão tornados a cujos erão, &c.* quæ restitutio cum sit justitiæ, operatur contra tertium possessorem: in quo sensu etiam accipi debet Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 54. ubi contra

quemcumque possessorem agi potest, ut res capellæ restituantur.

6 Ultimo facit: quia sicut pactum de retro vendendo producit actionem cõtra tertium, ut per Beroi. quæst. 182. à num. 16. sic à maiori in nostro casu, debilius enim jus habet, qui dolo, & mala fide emit, tradit Tiraq. in proæmio de retract. cõvètion. num. 4. Neq; aliud probat Alex. lib. 1. conf. 10. quem sequitur Curtius Senior conf. 12. & dicit cõmunem Afflict. lib. 3. constitution. fol. 77. num. 17. Ias. in l. ab emptione ff. de pact. num. 8. quatenus tenent pactum de retro non nocere tertio possessori, quoniam procedit Alex. quando illud pactum fuit appositum ex intervallo; tunc enim solum inducit personalem obligationem contra eumentem, ut revèdat; ideoq; tertium emptorem non ligat: ita Cassaneus conf. 11. n. 61. & 64. pro quo facit Tiraq. de retract. convent. §. 1. gloss. 7. à num. 4. Cum igitur in præfenti venditio sit fraudulenta, per eam neq; dominiũ transivit in emptorem, nec ipse in alium transfert, quod à principio non accepit, alias enim facilimo negotio illuderetur hæc actio, transfèrendo rem nulliter emptam in tertium possessorẽ, si ab eo vendicari non posset.

7 Nec obstant, quæ in principio adduxi, quia procedunt in læsione ultra dimidiam, in qua ex personali agendum est contra emptorem, etsi ipse jam alienaverit, Pinel. d. cap. 1. num. 30. alias enim fraudaretur commodo electionis, quam habet ex l. 2. C. de rescind. Pinel. in d. cap. 1. num. 29. Gomes de contract. cap. 2. fol. 11. col. 3. Sic exploditur Garciae sensus de expensis cap. 18. num. 21. vers. Quod si, dum sentit inter læsionem enormissimam, & enormem nullam esse differentiam.

8 Circa ultimam hujus quæstionis partem, quæ præscriptionem respicit: An tertius habens causam ab eo, qui mediante enormissima læsione acquisivit, præscribere possit? Sine dubio est, quod si mala fides absit, præscriptio procedit, cum usucapiendi conditio transfe-

transferatur ex emptione procedente à non domino, l. 1. ff. de public. in rem action. is enim tertius facilius bonæ fidei possessor præsumitur, ex reg. cap. cura de jure patron. ibi: *Eorum successores ignorant, &c.* facit l. bonæ fidei ff. de acq. rerum domin. ibi: *Ab eoque postea alienata bonæ fidei emptori, &c.* late prosequitur Pinel. in l. 2. 2. part. cap. 4. à num. 38. quæ bona fides semper in dubio præsumitur l. fin. C. de eviction. & illa stante tempore ordinario præscribi poterit l. unica C. de usucap. transf. princ. Institu. de usucapion. l. 1. & 2. C. si adversus creditor. facit l. ult. C. unde vi, cujus meminit Tiraq. de retract. lignag. §. 1. gloss. 10. n. 14. & l. 3. C. de his quæ vi, quæ permittit præscriptionem rei per vim compulsivam possessæ, cujus meminit Pinel. in Auth. nisi à num. 36. sequitur gloss. 3. l. 10. tit. 26. part. 4. ad fin. Cabed. decis. 160. 1. part. quia licet in contractu nullo, & per dolum gesto, prout est ille, in quo intercedit læsio enormissima, actio de dolo daret per 30. annos, tamen illud procedit, quando alias illa res non sit præscripta, text. in l. captum 9. C. de captiv. & postlimin. revers. Ubi licet filius intra 30. annos ad hæreditatem admittatur, tamen illud intelligitur, nisi res hæreditariæ sint præscriptæ, Bald. 2. part. 4. principal. quæst. 19. num. 7. Cabed. 1. part. decis. 160. à princ.

9 Unde cum in casu præsentis constaret singularem successorem esse in possessione illius oliveti per plures quam decem annos, obtinuit ipsum tunc fore, cum esset quartus emptor, qui non immediate à primo malæ fidei emptore causam habebat, qui facilius ad præscribendum admittitur, ex Pinel. in d. l. 2. cap. 4. num. 38. citato Molin. in consuet. Paris. §. 22. num. 54. & in Auth. nisi num. 35. Balb. 2. part. 3. principal. quæst. 12. num. 7. ad fin.

10 Objiciebam tamen, quod licet ut tertius præscribat rem dolo emptam, & quam mala fide possidebat venditor, attento jure antiquo sufficeret

longi temporis cursus, tamen attento noviori jure bona fides non sufficit, ut minori spatio, quam 30. annorum præscriptio procedat, saltem quando rei dominus alienationem ignoravit, ex Auth. malæ fidei C. de præscriptione longi temp. Vnde hodie illa regula, quod tertius bona fide præscribit, limitari debet in primo emptore, qui immediate successit, vel causam habet ab emptore malæ fidei; qui hic si non probetur dominum scivisse alienationem, triaginta annorum indiget spatio, etiam si bona fide possideat: unde illa antiqui juris regula hodie solum in secundo, vel ulteriori emptore locum habebit, non in primo: ut cum Molin. & alijs ponderat Pinel. in d. l. 2. cap. 4. num. 38. & in Auth. nisi num. 35. Vnde licet in præsentis dicere possimus Reum esse secundum emptoré, in quo deficit prohibitio dictæ Authenticæ malæ fidei, ut longo tempore præscribat, tamen non constabat ipsum à se incipiendo longo tempore possedisse, nisi uteretur accessione tēporis primæ emptoris dictæ Mariæ da Sylveira; quod fieri nō poterat, cum illa dictū olivetum minori quā 30. annorū spatio præscribere nō posset. Insuper nec constabat de titulo emptionis, quo olivetum ad dictā Mariam da Sylveira pervenisset: ex quo fundamento nec ipsa potuit sine titulo præscribere minori quam 30. annorum spatio.

Quibus non obstantibus in favorem Rei prolata fuit sententia approbata longi temporis præscriptione. In alio processu Michaelis Fernandez contra Franciscum Ferreira eadem quæstio movebatur, in qua inferioris Curie Senatores censerant ex enormissima læsione non dari contra tertium rei vindicationem, & prætextu præscriptionis Reum absolvebant, quia primus emptor titulo donationis rem in alium transmiserat, qui longo tempore possederat; sed quia aderant minores, contra quos ordinaria præscriptio non procedit ex reg. l. 3. C. quibus non obicitur l. fin. C. in quibus causis in

integr. restit. &c. D. pater meus verbo vocata fuit concessa rei vindicatione.
sua facilitate, à num. 46. sententia re-

SUMMARIUM.



Debitorum chyrographarij sibi faciunt partes per concursum. n. 1.

Facta solutione uni per gratificationem prorata revocatur solutum. ibi.

Olim si legatarij instabant, non poterat heres uni solvere, nisi accepta satisfactione quod solveret creditoribus postea venturis. ibi.

Quando plures concurrunt, melior est conditio illius, qui praecipuavit. n. 2.

Praecipuisse dicitur, qui prius sententiam obtinuit, non qui litem contestatus est. ibi.

Condemnatio aliquando fit insolidum, & aliquando non ita. ibi.

Explicata l. in iudicati ff. de re iudic.

Explicata l. inter eos eod. tit. ibi.

Praecipuatio habet locum inter creditores ex eadem causa. n. 3.

Eadem causa tribus modis dicitur, in genere, in specie, & in individuo. ibi.

Occupantis fit melior conditio, quando omnibus in solidum jus competit, non vero quando pro parte, prout inter coheredes. ibi.

Praecipuatio etiam aliquando sine ulla litem contestatione dari potest. ibi.

Quando ex eodem actu pluribus competit actio in solidum, sufficit litem contestatio. n. 4.

Si creditores ex diversis causis concurrunt, ille praefertur, qui ad executionem accessit. n. 5.

De iure communi si privilegiatus accedebat ante perfectam executionem, solutum revocabat; secus de iure Regio. n. 6.

DECISIO XVI.

Inter duos creditores chyrographarios an sit locus praecipuati, & quando?

Ad Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1.

Duo proponebantur chyrographarij creditores, quibus tenebatur quaedam Catharina Alvarez Bengaleira oppidi de Faro Regni Algarbiorum, & posterior ex his sententiam prius reportavit, eamque exequiebatur: cujus executioni se obtulit secundus creditor, seque praefendum in bonis debitoris assererat, ea de causa, quia ipse prior erat tempore in debito: deinde quia tempore executionis protestatus est, ne sibi ex tali executione praepudicium pararetur, quia ipse insudabat in inquirendo, an alia suppeterent debitoris bona, in quibus sibi solvi pos-

set, quae si non reperirentur, sibi prius ex illis iisdem, in quibus fiebat executio, solvendum fore. Iudex in favorem Actoris sententiam protulit, quae cum delata esset ad Senatū, D. Doctor Didacus de Brito eam pluribus fundamentis confirmandam duxit: quia tamen res quotidiana est, & passim in nostras manus incidit, articulum in tres partes dividendum duxi. Primo: An inter creditores chyrographarios, quando uni per gratificationem solvitur, considerari possit aliqua praecipuatio? Secundo: An inter se praeferendi sint ratione praecipuatiōis, & sententiae? Tertio: Quomodo pra-

preferatur inter se ratione executionis ?

1 Et breviter unumquodque ex his perstringens noto, quod creditores chyrographarij in debito sibi faciunt partes per concursum, fitque unicuique solutio pro rata l. procuratori §. si plures ff. de tributor. Stracha tit. de decoctiorib. ult. part. num. 16. Matienç. ad l. 7. tit. 16. gloss. 5. num. 15. lib. 5. Valasc. cōf. 87. num. 6. Unde si uni debitor solvat per gratificationem, pro rata revocabitur l. pupillus, ubi gloss. verbo per gratificationem ff. quæ in fraud. l. si non expedierit §. 1. ff. de bon. auth. judic. possid. Dynus in reg. qui prior de reg. jur. lib. 6. n. 23. Quod tamen ita accipi oportet, quando creditores instant, nam si nemo urget, tunc est gratificationi locus, & potest (dummodo absit dolus) vero creditori solvi, nec revocabitur à pari creditore, l. summa 21. §. sed si alij ff. de pecul. l. 9. tit. 15. part. 5. ubi Gregor. in gloss. 2. Matienç. d. l. 7. tit. 16. gloss. 5. n. 15. lib. 5. Cabed. decis. 131. 1. part. num. 4. Gutierr. lib. 5. pract. cap. 100. num. 7. Si autem fiat iudicis autoritate solutio, semper rata habetur, l. qui autem §. apud Labeonem ff. quæ in fraudem: & ille præfertur, sicut hodie hæres confecto inventario solvit creditoribus per l. ult. §. etsi præfatam, C. de jure deliber. Valasc. cōf. 52. num. 38. licet olim, quando legatarij instabant illis solvere, non posset, nisi accepta satisfactione, quod restituerent creditoribus postea venturis suam partem; alias enim solventi imputabatur, quasi in dolo fuisset l. dolo ff. ad l. Falcid. Subjungit tamen Valasc. ubi supra, quod si hæres sciat alios creditores potiores, tenetur illos expectare, & licet conveniatur, adhuc potest excipere de jure alterius creditoris privilegiati, ne fiat condemnatio in bonis necessarijs ad illis solvendum, l. 3. ff. quod cum eo l. ex facto §. fin. ff. de pecul. Ias. in d. l. inter eos, num. 7. ff. de re judic.

2 Secundo verò casu quando fiat debiti præoccupatio ab altero ex creditoribus, illud noto, quod quando plu-

res concurrunt ad petendum, melior est conditio illius, qui præoccupavit, id est illius, qui primo sententiam obtinuit; is enim solus dicitur præoccupasse, non vero qui prius litem contestatus est l. si vero 11. ff. de pecul. l. si quis à multis 14. ff. de noxalib. gloss. 2. in l. inter eos ff. de re judic. communiter recepta, Matienço ubi supra num. 15. Bart. in l. sunt qui num. 4. ff. eod. Alex. 8. Obstat tamen l. in iudicati 61. ff. de re jud. ubi sententiæ, sed nõ executionis habetur ratio, & l. si pluribus 33. ff. de legat. 1. l. ex duobus 16. ff. de duobus reis: ubi ad præoccupationem, sufficit litis contestatio: solutio est, quod condemnatio aliquando fit in genere, & in solidum non habito respectu ad bona debitoris; aliquando vero non in solidum, sed restricta ad quantitatem bonorum debitoris. Primo casu procedit l. in iudicati, ut tempus executionis attendatur; in secundo vero tempus sententiæ: sicque procedit text. in l. inter eos ff. de re judic. l. si vero 11. ff. de pecul. Cujus rei est ratio: quia hoc secundo casu facta condemnatione, jam videtur abesse à bonis debitoris illud, in quo condemnatio facta extitit, quia sententia habet suam executionem paratam, l. post rem, ff. de re jud. Cumque illa bona de proximo fiat separanda, habentur pro separatis, arg. l. pen. ff. de milit. testam. & quæ Decius in l. non videtur §. 1. num. 1. ff. de reg. jur. Unde fit, quod si postea secunda sententia feratur contra eundem debitorem, qui non in solidum tenetur, sed respectu bonorum, quæ possidet, debet intelligi, ut deducta quantitate prioris sententiæ, in reliquis bonis fiat executio, l. si quis à multis 14. ad fin. ff. de noxalib. & si fiat aliter, retractari possit, quasi indebite facta, argum. l. debitores ff. de condict. indeb.

3 Quæ tamen omnia accipi oportet, quando creditores prior, & posterior ex eadem causa creditores sint: probat d. l. inter eos, ibi: Ex eadem causa: quod tribus modis potest accipi, ex eadem causa in genere, prout ex causa

crediti, ut accepit gloss. ibi: vel ex eadē causa in specie, veluti ex deposito, vel venditione: vel de eadem causa in individuo, ut quia ex uno contractu pluribus competit actio ad eandem rem: & in hoc ultimo casu limitatur reg. d.l. inter eos, quia fit præoccupatio per litis contestationem, d.l. ex duobus 16. ff. de duobus reis, Valasc. conf. 143. à num. 1. Quando tamen omnibus actio competit in solidum, non vero si pro parte, prout inter cohæredes; quia tunc non fiet melior conditio occupantis, sed omnes æqualiter admittentur, l. verum 64. §. si cum tres ff. pro socio, l. item Labeo 23. in princip. ff. fam. hercisc. Veluti quando unus creditor mittitur in possessionem ex primo decreto; nam tunc omnes concurrunt, quia in pignore prætorio non procedit d. reg. qui prior, l. si finita §. si plures ff. damn. infecto, l. prætor ait §. de eo, eod. tit. l. fin. C. de bonis auth. jud. poss. Quod procedit, quando sunt creditores ex eodē titulo, veluti contractu, testamento, & simili, non ex diverso. Sicut è converso sine ulla contestatione potest dari prælatio, veluti si ex diversis causis creditores instent. Cum debitor habuerit plures tabernas diversis locis, alteram vini, alteram olei, creditores unius negotiationis præferentur alijs alterius negotiationis, licet inter se æqualiter admittendi sint, l. plane §. si plures ff. de publican. Gregor. l. 11. tit. 14. gloss. 4. part. 5. licet repugnet Cuman. in l. privilegia ff. de privil. creditor. num. 10. Sicut alias creditores ex onerosa causa semper præferentur his, qui ex lucrativa, l. ult. §. etsi C. de jure deliber. Zevall. pract. quæst. 103. num. 30. Peregrin. de fideicom. art. 4. num. 6. Sicut præferendi hi, qui contraxerunt, antequam debitor fraudem, vel decoctionē cogitasset his, qui scienter contraxerunt post fraudem, l. ait prætor. 10. ff. de privil. credit.

4 Unde regula est, quod quando ex eodem actu pluribus competit actio in solidum, ad præoccupandum suffi-

ciat litis contestatio: si autem competant actiones diversæ ex diversis causis, tunc si cōdemnatio non fit in solidum, sed cum restrictione ad bona, quæ debitor possidet, tunc ad præoccupationē requiritur sententia; si vero sententia sit generalis, tunc necessaria sit executio, d. l. in judicati, l. pupillus ff. quæ in fraud. creditor.

5 Tertio tandem casu ab iisdem regulis decisio petenda est, ut verum sit, quod si creditores ex diversis causis concurrant, ille præferatur, qui ad executionem sententiæ accessit, etiam quando sententia sit generalis, d. l. in judicati: Adeo ut de jure Regio creditor non privilegiatus, qui prius sententiam exequitur, præferendus sit ei, qui actionem realem habeat, vel hypothecariam, ex Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1. ibi: *E ainda que pertenda ter aução real*: Barbosa in l. si constante, num. 63. in fine, & 6. part. l. 1. num. 18. & 24. ff. solut. matrimon.

6 Licet enim attento jure communi si privilegiatus supervenisset ante perfectam executionem, vel etiam eam jam perfecta admitteretur, ut revocet solutionem alteri non privilegiato, vel non pariter privilegiato factam, per l. pecunia C. de privil. fisci: quæ licet loquatur in fisco, tamen ex gloss. ibi idem recipitur in quocumque privilegiato creditore: tenet etiam gloss. in l. differre §. fin. ff. de jur. fisc. gloss. 2. in l. privilegia ff. privil. creditor. Ias. in d. l. inter eos, n. 7. Capic. decis. 78. num. 5. Covar. pract. cap. 29. Gregor. in l. 11. tit. 14. part. 5. verbo, que vence, Gutier. lib. 5. pract. cap. 100. num. 7. Tamen Regia Ordinatio distinguit inter eum, qui præsens fuit tempore executionis, & tacuit, & passus fuit rem creditori exequenti addici; tunc enim propter negligentiam sibi præjudicat, l. pupillus ff. quæ in fraudem: quam distinctionē ponit l. pen. §. 1. ff. de except. rei judic. tradit Paulus in simili in l. si fidejussor ff. de fidejuss. §. si in solidum, Alex. in l. 4. §. condemnatum num. 17. ff. de re judic.

dic. Licet illa Ordinatio non infeliciter videatur restringenda ad actionem realem tantum, non ad privilegiatam, ibi: *Aução real*: quæ verba privilegiatum creditorem non ligant: in quo diversa est ratio, l. ex facto in fin. ff. de vulgar. Bart. in l. sunt qui opes 4. ff. de re judic. Bald. in l. fin. num. 3. C. deposit. videndus Ripa in l. privilegia ff. de privil. cred. num. 64.

Ex quibus fontibus dicebam, quod in nostro casu erat præferendus posterior creditor, qui prius ad executionem sententiæ accessit, quem solum posset excludere attento jure communi prior creditor, quando actione reali agere posset, veluti hypothecaria; quia inter hos, qui prior est tempore, potior est jure, reg. qui prior de reg. jur. lib. 6. l. is cui §. postquam, l. 2. C. qui potiores. Quod quidem fecus est in agentibus

actione personali, quorum jus non ex tempore metitur, sed ex causa, l. privilegia ff. de privil. cred. Cum ergo uterque ageret ex personali actione ex diversa causa non privilegiata, succedit d. Ordin. tit. 91. in §. 1. in princip. ut qui prior exequitur, præferatur reliquis creditoribus, quia per sententiam præoccupavit, vel per executionem juxta distinctionem suprapositam: sicque Senatus censuit. Quæ doctrina etiam in foro conscientiæ servanda est: ut sentiunt Sylv. verbo restitutio, quæst. 5. & 6. Navarr. in Summa cap. 17. num. 49. Valeria tom. 3. disput. 5. quæst. 6. punct. 10. Azor tom. 3. lib. 4. cap. 37. quæst. 6. ubi pro eadem refert Monald. Less. lib. 2. cap. 15. num. 39. & Sayro lib. 10. Clavis Regiæ cap. 7. num. 92. fuit Scriba Oliveira.

SUMMARIA.



- 1 *I*dejussores qui tenentur dare, debet illos offerre in eadem provincia, non extra.
- 2 *A*ceptatis secundis fidejussoribus novata censetur prior obligatio fidejussoria, & extincta.
- 3 *I*n novatione inducenda novandi animus requiritur, & quod partes ita exprimant. ibi.
- 4 *E*xpenditur sententia gloss. in l. pen. ff. de prator. stipul.
- 5 *S*i pro re judicata accipiuntur fidejussores, non manet novata prior obligatio.
- 6 *N*on debet sumi interpretatio in fraudem creditoris. ibi.
- 7 *L*icet hodie non detur novatio deducta ex presumptionibus, non tamen tollitur illa, quæ ex consequentia contractus inducitur, vel ex contractu incompatibili resultat.
- 8 *N*ovatio inducitur non respectu principalis obligationis, sed respectu fidejussoria. ibi.
- 9 *D*e obligatis confidejussoribus tertius non debet in antiqua obligatione manere.
- 10 *S*i creditor non cedat actiones, potest exceptione se moveri. ibi.
- 11 *I*n obligatione multorum datur quadam individuitas, quæ separari non potest. ibi.
- 12 *S*i plures fidejussores intercedunt, singuli in solidum obligantur.
- 13 *D*ivisio inter fidejussores quo jure inventa. ibi.
- 14 *F*idejussores in solidum non gaudent beneficio divisionis.
- 15 *F*idejussor antequam solvat, debet petere, ut sibi fiat cessio actionum.
- 16 *I*n liberando uno ex fidejussoribus

*ex parte creditoris non considera-
tur dolus.*

17 *Inopia fidejussoris obligationē non
perimit, sed inefficacem reddit.*

18 *Pactum speciale inter fidejussores
fieri potest, ut inter se solvant pro*

sua parte illi, qui in solidū solverit.

19 *Fidejussori solventi non succurritur
contra alios confidejussores. ibi.*

20 *De tutoribus ad fidejussores non
debet fieri argumentum. ibi.*

DECISIO XVII.

*An datis secundis fidejussoribus in locum priorū ad partis instantiam censeatur
novata priorum fidejussorum obligatio, etiam quo ad unum ex prioribus, in
cujus locum alius datus non fuit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 59.*

R Eracta negotiatione, Emmanuel Mendez conveniebatur à Sixto d'Almeida, ut rationem redderet suæ administrationis, pendenteque judicio cum magnæ quantitatis pecuniæ debitor appareret, jussum est, ut fidejussores daret: tres exhibuit fidejussores de judicato in solidum solvendo. Postea è Regno excessit Siviliæ cōmoraturus: quo absente duo ex tribus fidejussoribus effecti sunt non solvendo, & carceribus ob alia debita mancipati: vulnerata sic causa, Actor à judice petijt, ut à Reo absente per literas requisitorias peterentur novi fidejussores loco deficientium, qui conditionem mutaverant, cui mandato si non paruisset, caperetur. Expeditæ fuerunt requisitoria litteræ, quibus cavebatur, ut ipse personaliter compareret, fidejussionem antiquam renovaturus: deprecatus judex non ad unguem observans formam literarum à Reo duos fidejussores in locum priorum assumpsit, quorum obligatio in actis præsentata fuit.

Cumque hoc tempore illi duo fidejussores è carcere liberati essent, à judice petierunt, ut eos à suæ fidejussionis vinculo solutos declararet: sicque pariter tertius confidejssor eorum petijt, quod ipse se obligaverat cum suis confidejssoribus tantum, qui cum à sua obligatione liberati sint, ipse nullo mo-

do teneri poterat, cum illa prior obligatio communis novata quoad omnes censeretur debeat. Atque insuper, quia inter ipsos celebrata fuerat reciproca obligatio, qua omnes adinvicem confidejubentes se adstrinxerunt, quæ hodie perempta est respectu novorum fidejussorum, cum quibus nihil actum est: & contra antiquos fidejussores facilis dabatur recursus, cum omnes in Regno habitassent, & licet hodie contra dictos novos fidejussores cessis actionibus prius competat actio pro his, quæ in solidum solverit propter difficiliorem excussionem, periculum, & itineris expensas, jam in duriorē causam obligatus manebat, quam à principio, contra regulam l. Græce §. illud ff. de fidejuss. beneficium enim cedendarum actionum de quo in l. cum alter C. de fidejuss. l. ut fidejssor 39. eod. ibi. Ut fidejssor cōtra confidejssorem suum agat, actio danda non est: Euerardus conf. 1. num. 1. & seqq. Bart. in l. si stipulatus §. 1. num. 3. ff. eod. Specul. tit. de cess. acti. on. §. 1. vers. quod si debitor meus, Iacobus de Arena tit. de cess. action. num. 70. vers. item fidejssor, l. 1. tit. 12. part. 5. Difficilius competit contra fidejssores extraneos, quam contra Regni incolas, quæ si à principio expolita forent, erat verosimile ipsum non fidejssurum, quæ quidem causa cum de no-

vo emerferit non debet auxilio destitui, maxime cum hæc omnia gesta sint facto ipsius creditoris, prout distinguit Bart. in d. l. si stipulatus §. 1. n. 3.

1 Ex qua hypothese primo elicitur iudicem Regni Castellæ non bene se gessisse recipiendo fidejussores sprete forma requisitoria; cautio enim illa sistendi in iudicio, & solvendi iudicata non potest præstari extra provinciam, in qua causa agitur. Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 38. sicque explicatur eadem Ordin. lib. 3. tit. 25. in fin. princ. & attento jure communi probat l. si fidejussor §. si necessaria ff. qui satisd. cogant, ibi: In alia ejusdem provincie civitate: Bald. conf. 90. vol. 1. Marfil. singul. 221. Pechius de jure sistent. cap. 13. n. 6.

2 Supposito tamen quod à partibus fidejussores acceptati extiterent, statim priorum fidejussorum obligatio soluta est, §. præterea, Instit. quibus modis tollitur oblig. Ubi expresse dicitur, induci novationem, si accedat fidejussor: idemque est si accedat pignus l. fin. C. de novation.

3 Verum obstat, quod in d. §. præterea probatur, quod apud veteres requirebatur, ut constaret de animo novandi, vel quia exprimeretur, vel quia efficacibus probaretur conjecturis, & præsumptionibus, & cum addat illud emendatum per Iustinianum, aperte ostendit correctum esse jus antiquum, ut non solum non sufficiat exprimere aliquid fieri animo novandi, sed quod etiam exprimat, partes velle, ut extincta prima actione, ex secunda agatur, sentit Rebuff. 1. tom. tit. de liter. requisitor. art. 1. gloss. 9. num. 20.

4 Unde licet olim salvari posset opinio gloss. pen. in l. pen. ff. de prætorijs stipul. Cyn. in l. fin. C. de novation. Imol. in l. 4. §. si ex conventionem ff. de re jud. Alexand. in l. qui usumfructum, num. 7. ff. de verbor. obligat. ubi Socin. 8. ejusdem Alexand. conf. 13. num. 8. lib. 2. & Dec. conf. 400. num. 2. & Afflict. decis. 44. num. 5. & aliorum, qui sentiunt, quod sufficiat ad inducendam novatio-

nem, quod ex consequentia verborum expressorum voluntas colligatur, arg. l. prætor ait §. 1. junct. gloss. verbo expressum, & ibi Angel. ff. de novi oper. nuntiat. Tamen hodie ex reg. l. fin. C. de novation. cessant dictæ præsumptiones elicite ex consequentijs verborum, cum expressa novandi voluntas requiratur, ex Imol. in d. l. 1. num. 4. & ibi Paul. eod. num. 4. Dec. in l. lecta num. 13. ff. si cert. petat. Ias. in l. 1. ad fin. C. de judic.

5 Unde sit, quod si pro re iudicata accepti sint fidejussores, nulla inducitur novatio prioris obligationis, sed adhuc superest actio iudicati habens suam executionem paratam: extollit Anchar. conf. 54. num. 2. Rebuff. ubi supra num. 22. Ratio est: quia quando id, quod de novo additur, est accessorium ad præcedentem obligationem, nunquam videtur inducta novatio, cum id fiat, ut magis cautum sit creditori.

6 Ex quo non debet sumi præsumptio novandi, ne tendat in creditoris damnum: probat text. in l. si Stichum §. idem Celsus ff. de novation. Alex. in d. §. si ex conventionem, num. 6. Ias. in d. l. qui usumfructum num. 3. ff. de verbor. oblig. ne inducta ad augmentum operentur diminutionem l. legata inutiliter ff. adim. legat. Soares l. postrem. 1. notab. num. 2. Quare cum secundi fidejussores dati sint, ut magis cautum sit creditori, non est dicendum prioribus derogatum, nec respectu eorum novam reperiri obligationem, arg. l. si Titius 49. ff. de fidejuss. Bart. in l. pen. num. 5. ff. de prætor. stipul. & ibi Ias. num. 3.

7 Quibus non obstantibus respectu priorum fidejussorum extinctam esse videbatur obligationem, quia in d. l. fin. tantum disponitur, ne detur novatio collecta ex præsumptionibus à lege inductis: non tamen tollit illas, quæ ex mente partium proveniunt, quia in his ex consequentia verborum, si recte colligatur partes intendisse novare prioris obligationem, utique sine dubio inducta censebitur; unde illud sine dubio est, quod d. l. fin. dum requirit specialem

cialem expressionem in novatione, non procedit in contractibus incompatilibus, qui semel stare nequeunt, l. si quis ante ff. de acquir. possess. Bald. in d. l. fin. num. 1. Decius in l. pacta novissima num. 2. C. de pact. & conf. 400. col. pen. ad fin. Unde cum secundi fidejussores dati sint in locum priorum, implicat priores manere in eodem loco cum subrogatis, cum illa secunda obligatio semper fiat sub commemoratione prioris cum nova stipulatione, ex quo semper novationem induci necesse est, Bart. in l. penult. num. 5. ff. de re judic. Paulus in d. §. si ex conventionem, num. 4. Alex. 10. Ripa 7. & 18.

8 Ex quibus fit, quod licet acceptis fidejussoribus non novetur principalis actio, ut supra dixi, illud intelligendum est respectu actionis principalis, cui fidejussio accessoria est; non vero respectu obligationis fidejussoriae, quia acceptis secundis fidejussoribus primi manent deobligati, ex Bart. in d. l. penult. num. 5. ff. de prætor. stipul. Alex. ad eund. Bart. ibi, Paul. in d. §. si ex conventionem, Imol. in d. l. penult. Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. num. 15.

9 Unde d. l. fin. C. de novat. non procedit in delegatione, in qua jus antiquum non reperitur correctum, ex Alex. in d. l. qui usumfructum 58. Ias. in l. singularia ff. si cert. petat. num. 37. & ibi Decius num. 26. Afflict. decis. 353. num. 4. Rebuff. d. gloss. 9. num. 21. quomodo autem fiat delegatio Surdus decis. 23. num. 3. quinque requirit Menoch. d. præsumpt. 134. num. 69.

10 Circa autem tertium confidejussorem, qui se pariter vinculo obligationis solutum asserebat, supposita sociorum liberatione non parum est dubij. Primo, quia si ipse solus obligatus manet, videtur in duriores causam adduci, quam à principio, contra reg. l. Græce §. illud ff. de fidejuss. mutatis qualitatibus contractus, quarum mutatione novum jus constituitur, Surdus decis. 220. num. 36. Afflict. decis. 12. n. 5. quia conditio videtur inesse, si res in

eadem causa maneat, l. cum quis 38. in fin. ff. de solution. & succedit reg. text, in l. cum is 37. de fidejuss. Ubi quando actiones cedi non possunt à creditore contra confidejussores, datur fidejussori exceptio, quæ competit, si creditor aut nolit cedere, aut non possit, quia fecerit (etiam citra dolum) ne possit, æquum enim est, ut exceptione summoveatur, ne culpa creditoris in damno morentur ij, qui fidem suam (quam intercedendi potius, quam donandi animo pro alio obstrinxerunt) bona fide liberari parati sunt, quod sane contingeret, si nulla ipsis actio præstaretur, argum. l. Stichum, aut Pamphilum 95. §. penult. ff. de solution.

11 Cum potius imputari debeat creditori, cur suam actionem adversus alios confidejussores amiserit alios subrogando loco priorum, ex quo inefficacem reddidit cessionem actionum, cum scire deberet æquum fore, ut primos confidejussores non liberaret, vel omnes liberaret, cum inter eos consideretur quædam individuitas, & societas, quam solvere pro parte incivile est, & per doli exceptionem summovebitur, l. rem hæreditariam 65. ff. de eviction. quæ loquitur de Correo, ibi: *Per doli exceptionem actiones præstarentur*; Faber conject. lib. 11. cap. 14.

12 Verum his non obstantibus, & alijs, quæ adduci possent in contrarium, est veritas, si ad Juris fontes recurramus, secundum quod quando plures fidejussores pro eodem debitore, & pro eadem summa intercedunt, singuli in solidum tenentur, sive id ita conveniat, sive non: nec immutatum fuit ex nova constitutione Justiniani in Auth. hoc ita C. de duob. reis. Ubi divisio inter correos constituta est, ne teneantur in solidum: explicat Donel. ad l. non recte C. de fidejuss. quia non procedit in fidejussoribus simplicibus: & illud jam antea Prætoribus placuisse testatur Paulus lib. 1. sentent. tit. 20. non fuisse tamen in usu, quousque Adrianus suggerente æquitate divisionem induxit etiam inter

inter fidejussores, qui pro aliquo intercessissent (exceptis fidejussoribus tutorum ex l. fin. ff. rem pupil. salvam fore) cujus beneficii meminit l. inter fidejussores 26. & l. seq. ff. de fidejuss. l. ult. C. constit. pecun. §. si plures, Instit. de fidejuss. Hoc tamen beneficium datur duabus conditionibus: prima si omnes idonei sint & solvendo, quod spectatur tempore litis contestatae, §. si plures Instit. de fidejuss. l. inter 51. §. 1. ff. eod. & qui solvendo eo tempore non est, ceteros onerat d. §. si plures. Unde si post litem contestatam aliqui minus idonei effecti sint, tunc non tenentur reliqui, qui solvendo sunt, pro illa parte l. inter eos §. pen. ff. eod. facit l. 1. C. de divid. tutela. Secunda conditio est, ne negent se fidejussores, alias divisio illis non tribuitur, explicat Donel. de Iure Civili lib. 15. cap. 48. num. 30.

14 Unde in dubium revocatur, An divisioni sit locus, quando fidejussores in solidum accepti sunt, & à principio convenit, ut singuli in solidum teneantur? Et videtur ex hac conventionem nihil immutari à prima obligatione; imò exprimi eo modo, quo à jure inest: fidejussores enim attento jure in solidum tenentur, & tamen gaudent divisionis beneficio, nec ex eo quod se obligaverunt fidejubendo, censendum est voluisse se posse conveniri in solidum, ut verba cum effectu accipienda sint, arg. l. pen. §. docere ff. ne quis eum, qui in jus vocat. est: pungit Donel. ad d. l. non recte num. 7. Si tamen pactum sit, ut in solidum conveniri possint, ut solvant, censentur divisionis beneficio renuntiasse, ne verba sint sine effectu, argum. l. quoties in actionibus ff. de rebus dub. l. quoties in stipulationibus ff. de verbor. obligat. l. pactum ff. de pact. l. pen. C. eod. explicat Donel. d. cap. 48. num. 50. vers. sed hæc, & in d. l. non recte, n. fin.

15 Quando autem aliquis ex fidejussoribus convenitur à creditore in solidum, antequam solvat, debet petere, ut sibi cedantur actiones, vel antequam solvat, vel in ipso actu solvendi, non ve-

ro ex intervallo, l. cum alter ff. de fidejuss. etsi hoc ita factum est cessis actionibus, uti poterit: & ad hunc sensum reducenda sunt verba d. l. cum alter in princip. ibi: Actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit, quia scilicet non cessis actionibus solverat: l. ut fidejussor ff. de fidejuss. ne petatur cessio tempore, quo obligatio extincta sit per solutionem, nec suppetat actio, quæ cedi possit: licet Molineo placuerit ex intervallo posse cessiones exigi à creditore, quem eleganter confutat Faber conjectur. lib. 11. cap. 9. Et licet videatur, quod eadem datur ratio, etiamsi ante solutionem, vel tempore ipsius cessione petatur, cum postea secuta solutione prior obligatio extincta maneat, nec aliquid sit, quod jam cedi possit: tamen hoc casu receptum est, non videri preemptam solutionem obligationem, imò in eo actu venditum debitoris nomen, illudque pretium accipi solutionis nomine ab eo, qui pro alio solvit coactus, quod remedij loco inductum videtur, l. fidejussoribus 17. l. cum is 6. ff. de fidejuss. argum. l. cum pupillum 21. ff. de tutel. ibi: Nominis pretium solutum videtur.

16 Ex quibus omnibus illud superest videndum: An si creditor acceptis pluribus fidejussoribus unum ex illis liberet, vel ex alia causa contingat liberari, aut exceptione pacti conventi, de non petendo, ut in l. idem in duobus ff. de pact. Vel simili ratione, quia acceptis secundis fidejussoribus in locum priorum novata manserit priorum fidejussorum obligatio? An scilicet eo casu fidejussor juvari possit doli exceptione contra eum, ne solvere teneatur?

Competit enim fidejussori, vel correo convento doli exceptio contra creditorem, qui actiones non cedit, vel non potest cedere, si facto suo eas amiserit, l. cum is 36. l. ut fidejussor 39 ff. de fidejuss. l. Modestinus 76. ff. de solut. probat. l. hæreditaria 65. ff. de eviction. ibi: *Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam*

nam creditoris dedit, præstarentur: ne igitur creditor contra pactum petat, vel ne bis exigat, vel ne dolo petat, cum actiones cedere non possit, doli exceptione summovetur. Faber. d. lib. II. cap. 13.

In quo articulo advertendum semper est, quod fidejussorum obligatio, quando pro uno debitore plures intercedunt, solū fit, & contrahitur respectu creditoris, cui fidejussores ipsi obligantur; non vero inter se, quia inter eos nulla obligatio datur, nec consistit, l. si plures 27. §. ult. ff. de fidejuss. Ex quo nascitur, quod qui ex fidejussoribus solidum solvit, nullo modo obligat sibi confidejussores, nec ulla illi fiet injuria, si actio illi cessa non sit cōtra confidejussorem, quem ille sibi nunquam obligavit: atque ideo oportet, ut à creditore actio cessa sit, ut ipse, qui solvit, agere possit contra alios ex creditoris persona, qui suum jus cessit.

Sed hoc ita accipi debet, quando scilicet ipse illos fidejussores non liberaverit sponte, vel qualibet de causa: nec in hac liberatione considerari potest dolo, cum nemini faciat injuriam, qui jure suo utitur, l. injuriarum ff. de injur. Unde si ex pacto de non petendo fidejussorem liberaverit in quinque, quando duos habebat obligatos in viginti, si postea ab altero integra 20. petat, recte exceptione doli summovebitur, ne jam solutū exigat, sicque procedet text. in l. si stipulatus 15. §. 1. de fidejuss.

At vero in ipsa liberatione uni ex confidejussoribus facta, alijs læsio, nec damnum datur, cum ipsi teneantur in solidum creditori, qui potest suam obligationem minuere, & deteriore effacere: explicat eleganter Faber d. lib. II. cap. 15. cujus sunt verba: *Sed ut cogatur creditor vendere nomina, quæ amplius non sint in rerum natura: forte si cum debitore ipso fecerit pactum de non petendo, aut si alios confidejussores gratis, vel aliquo accepto liberaverit, aut quia vendere non potest nomina, quæ proprio facto amisit, propriam quoque amittat actionem contra hunc, qui*

non est liberatus, nullibi certe scriptum reperies: solam enim cogendus est creditor cedere, & dolo videtur facere non cedendo, quando salvas habet actiones, quas sine suo incommodo præstare potest, l. in creditoris 38. d. l. hæreditariam 65. ff. de eviction. l. quæsitum 30. §. si vero ff. de pecul. Ergo si quid antea creditor fecerit, per quod actionem, quam adversus alios fidejussores habebat, amiserit, totum id inculpatum est, nec eo nomine quicquam ipsi imputare fidejussor potest, à quo solidum exigitur: sequitur Everardus conf. 1. per totum: & apud nos Ordin. lib. 4. tit. 60. §. 4.

Quibus tamen non obstantibus, Senatus censuit me reluctante, quod sicut priores fidejussores novatione sublatis erant, pariter & hujus tertij fidejussoris obligatio manserat extincta: cujus opinionis fuere D. Ferdinandus Cabral, Alvarus Velho, sapientissimus Hieronymus Pimenta d' Abreu, olim Collegij D. Petri meritissimus collega, & Juris Civilis in Academia Conimbricensi cum magna laude professor, & hodie in Senatu Portuensi Cancellarius, quem maiora expectant.

17 Quorum Patrum doctissimorum sententiam probare non potui, cum videam priores fidejussores novatione sublatis, nam ex eo quod effecti erant nō solvendo, præsens inopia actionem non perimit, sed tantum inefficacem reddit, l. nam is 6. ff. de dolo. Unde si postea fiant solvendo, cogentur fidejussoriæ obligationis periculum præstare, ac si eo tempore divites essent, quo creditori solvi oportuit: explicat Faber d. cap. 15. vers. quid enim. Et ideo nisi dicta novatio daretur, utique ipsi primi fidejussores effecti non solvendo, adhuc essent obligati, & contra ipsos, qui modo divites sunt, posset cedi actio, sed cum jam novata sit, omnino extincta est obligatio respectu eorum, non vero respectu tertij.


18 Unde si inter fidejussores pactū esset adjectum, ut adinvicem inter se obliga-

ri remanerent, quia tunc fiunt socij, dum sibi adinvicem de indemnitate cavent, ut in Auth. de duobus reis, ratione societatis posset ille, qui solverit, ex alijs percipere, quod causa eorum solverit, l. eandem 9. ff. de duobus reis, l. si plures ff. de fidejuss. l. 3. §. nunc de effectu ff. liber. legat. Et extra hunc casum non succurritur fidejussori contra alios, qui solum contra debitorem, pro quo intercessit, habet actionem mandati, si mandatum intervenit, sin minus negotiorum gestorum, l. ex mandato 20. ff. mand. Faber d. lib. 11. cap. 14. in fin. & cap. 15. Et hoc casu, etiamsi creditor novet respectu unius accipiendo alium fidejussorem, non tamen nocebit conventioni inter ipsos celebratae; quae omnia cogitare debuit fidejussor, quod si non fecit, sibi imputet, arg. l. si Titius ff. de fidejussor. ibi: *Cum scire potuerit, aut non ignoraret mulierem frustra intercedere: facit l. si quis domum §. hic subjungi ff. locati, ibi: Hoc evenire posse prospicere debuit.*

20 Nec de tutoribus ad fidejussor-

res debet fieri argumentatio: quia inter fidejussores nulla datur reciproca obligatio, ut supra dixi, & gratis se obligat, & voluntarie: at vero tutores, coacti, & ex necessitate, & ideo oportuit, ut tanquam socij adinvicem tenerentur inter se: adeo ut non cessa actione utili adversus contutorem agere possunt, ex l. 1. ff. de tutel. §. nunc tractemus: explicat idem Faber lib. 11. cap. 11. Donel. de jure Civili lib. 15. cap. 43. num. 10. quibus ne sit illis damnosum officium, facilius succurritur, argum. l. videlicet 29. ff. ex quibus caus. maior. Quae quidem utilitas ideo ex aequitate accommodatur, quia respicit favorem pupilli, cui hac ratione consulitur; nam dum tutor intelligit se actionem habere de parte ejus, quod solvit, adversus contutores, facilius solidum solvit pupillo, nec ipsi in solutione molestus erit: quae ratio in confidejussoribus, vel alijs quibuscunq; creditoribus cessat: pungit Donel. ubi supra num. 20. & in tit. C. de duobus reis cap. 13.

SUMMARIA.

1  Etentator, vel is, cui ex limitata causa res traditur, non dicitur possidere.

Si tamen ab ea facultate, seu statu dejicitur, illi succurritur. ibi.

Lex in odium spoliantis non admittit allegationem defectus tituli. ibi.

2 Iudicis officium non impertitur, ut iniquitati faveat.

Quando tempus praefigitur possessioni,

dies interpellat. ibi.

Adiectio facta in re maioratus pro vita possessoris habet locationis vices. ibi.

3 Expendens in re maioratus, expensas à locatore non repetit.

Interpretata l. si quis domum §. hic subjungi ff. locati. ibi.

Ille textus non negat expensarum repetitionem, sed solum prohibet ne ab heredibus locatoris exigantur, sed à maioratus possessore. ibi.

DECISIO XVIII.

An additio facta creditori in bonis, seu redditibus maioratus mortuo possessore duret, ita ut apprehensa possessione à sequenti successore debeat creditor propter possessionem recipiendi contra successorem restitui? Ad Ordin.

lib. 4. tit. 58.



Um Bernardinus d'Alte debita contraxisset, quidam Ludovicus Serrano contra eum sententiam obtinuit, pro cuius executione ei addicti fuerunt redditus certæ proprietatis, & domus maioratus annexæ, ut ex ipsius redditibus sibi solveret: decursis jam aliquibus annis, diem clausit extremum dictus Bernardinus, antequam perfecte creditori solutum foret. Domina Maria da Sylva ejus soror possessionem bonorum maioratus accepit, tanquam legitima ipsius successor: Creditor adiit monasteriorum iudicem, cuius ipse fori erat, petijtque, ut ipse in sua possessione recipiendi, seu levandi fructus tueretur: expeditum fuit mandatum, cui dicta Domina Maria impedimenta obtulit, allegans jus additionis finitum fuisse morte possessoris, quæ cum recepta non fuissent, ad Senatum appellatum extitit, in qua hæsitacione varia dixerunt Senatores.

1 Primis enim Patribus placuit ipsam non audiendam, donec creditor in suam possessionem reduceretur, à qua expulsus erat incitatus, & inauditus ex reg. text. in l. si quis ad se fundum C. ad legem Iuliam de vi l. fin. C. si per vim. Valasc. conf. 191. per tot. Licet enim, cui cænaculi usus concessus est, vel alia habitatio, vel colligendorum fructuum causa rem detinet, possidere non videatur, cum illam solam facultatem sit assecutus, ut respondit Decius conf. 355. num. 1. post Bart. & cæteros in l. Aquilius Regulus ff. de donation. Si tamen ab ea facultate dejiciatur, vel spoliatur, iudicis officio ad instar interdicti su-

blevandus est, Valasc. conf. 111. num. 20. quia cum iudicis officium ex æquitate procedat l. plane ff. petit. hæred. Menoch. remed. ult. recup. num. 3. eadē æquitate suggerente ad varios casus porrigitur, ut colligitur ex cap. bonæ de appell. cap. accedens 1. ut lite non contest. Atque cuilibet detentatori passim conceditur, etiamsi non possideat, ex gloss. in l. & non tantum ff. de petit. hæred. Bart. in l. de usu ff. de varijs, & extraordin. cognit. Bald. in l. ædem C. locat. col. 2. Ripa in cap. sæpe de rest. spoliat. n. 17. Corraf. in §. nihil cõmune 2. part. num. 127. Plotus in l. si quando C. unde vi, Maranta de ordin. iudic. 7. dist. 4. part. num. 35. Natta conf. 563. n. 27. & procedere in eo, qui recipit annuos redditus, dixit Bart. in l. cotem ferro §. qui maximos ff. de publician. Alciat. respons. 426. n. 2. Nec objici potest agēti tituli defectus ex Oldrad. cõf. 206. vers. ad secundam quæstionē, Alex. conf. 99. n. 9. lib. 5. Covar. pract. cap. 23. n. 4. Menoch. remed. ult. recup. n. 32. vel etiam juris præsumptionem esse contra agentem, Gabriel Sarai. in addit. ad notabilia Mathesil. notab. 28. num. 3. Menoch. ubi supra num. 33. Ratio est: quia lex in odium spoliantis non admittit allegationem huiusmodi, vel aliam, quæ concernat defectum tituli, vel malam fidem arguat, quia fingit spoliatum quoad illud esse legitimum possessore, & ut talem omnia reponenda decernit, Bald. Salycet. & alij in l. 1. in fin. ff. fam. hercisc. Duar. in l. si alienam post princip. ff. solut. matrimen.

2 Verum hoc casu iudicis officium impertiri non posse suadetur, quia cum illud ex æquitate procedat, non debet cum

cum iniquitate concedi, ne ex iudicis officio, ex quo æquitas dimanat, iniquitas profluat, argum. l. meminere C. unde vi: constat enim, quod illa detentatio habet cursum limitatum, & restrictum ad vitam usufructuarij, seu possessoris, unde dies ipse interpellat, argum. l. magnam C. contrah. vel committend. stipul. adeo, ut extincta maneat omnino causa, ex qua possidebatur, l. lex vectigali ff. de pignor. ibi: Pignoris jus evanuisse: Cabed. decis. 134. num. 1. l. 1. & 2. C. si pignus pignori datum sit ibi: Quædiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit: Barbosa in l. usufructu num. 28. ff. solut. matrim. Afflict. quæst. 392. num. 28. Ubi inquit, quod extincto titulo extinguitur etiam possessio, Caldas Pereira de renovat. quæst. 17. num. 8. & quæst. 10. num. 8. & 10. faciunt, quæ Tira. in tract. le mort. 7. part. declarat. 1. n. 4. Valasc. de jure emphyt. quæst. 18. n. 8. Ius enim usufructuarij separatum est à jure successoris, Ulpianus in l. si quis §. hic subjungi ff. locati, cogitare enim debuit creditor illud ita accidere posse, ut Ulpianus in eo textu dicit, ibi: Quia hoc evenire posse prospicere debuit. Illa enim fructuum addictio durante possessore creditori in maioratu facta subit locationis vices, & censetur quædam fructuum quotannis recipiendorum successiva conductio, ex Ordin. lib. 3. tit. 93. §. 1. Quæ in similibus casibus bona capellarum, quæ eodem modo ac maioratum administrantur, jubet, ut publice locentur, & ex fructibus creditoris solvatur, ibi: *Quando a condenação proceder da divida, ou obrigação do senhor, ou administrador do morgado, ou capella, e não do instituidor, não se poderão os bens do morgado, ou capella arrematar, nem vender, mas arrendar se hão somente em cada hum anno.* Unde talis addictio potius locatio censeretur, ut partes censeantur fecisse ea, quæ poterant.

3 Hicque est casus, in quo similes conductores amittunt expensas factas in re maioratus, ex text. in d. §. hic subjungi §. idem quærit, ibi: *laem quærit, si*

sumptus fecit in fundum, quasi quinquennio fructurus, an recipiat? Et ait non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit, &c. Obstat tamen, quod videtur alienum ab Ulpiani mente, qui æquitatem semper amplectitur, sic inique sentire, ut conductor meliorationes amittat, cum secundum juris principia ille, qui impendit in re restitutioni subiecta, meliorationes suas deducere possit, per text. in l. domos ff. de leg. 1. l. ubi pure 19. §. fin. ff. ad Trebell. l. divortio §. fin. ff. solut. matrim. Valasc. cõf. 25. n. 26. Gama decis. 354. Garcia de expens. cap. 23. num. 54. Ordin. lib. 4. tit. 54. §. 1. ubi Barbof. 1. part. num. 48. receptum testatur Pinel. in l. 1. de bon. matern. 2. part. num. 72. vers. nec omitto, idem Valasc. de jure emphyt. quæst. 15. num. 19. Molin. lib. 1. cap. 26. num. 14. Garcia de expens. cap. 16. à princip. Quapropter hic textus varie intelligitur à Conan. lib. 7. juris Civilis cap. 11. num. 21. Corneo cõf. 56. n. 4. lib. 1. Capola in l. impensa n. 4. ff. de verbor. signif. & alijs, quos Garcia reprobatur, ut supra num. 17. Verus igitur sensus est, quod ille textus nõ negat expensarum repetitionem, & ipsius rei retentionem, ne alias novus successor locupletetur cum aliena jactura, quia hoc esset contra aperta jura: Sed tantum dubitat: An ab hæredibus locatoris, qui ad quinquennium locavit, an à novo successore repeti debeant? Et respondet, quod finita locatione ante tempus morte usufructuarij, non potest conditor agere contra ipsius hæredes, ut sibi solvant impensas actione locati, quia cū locator locaverit tâquã usufructuarius, & ejus morte finiri debuisset usufructus §. finitur Instit. de usufructu, rationi repugnat, ut hæredes locatoris teneantur pro expensis, quæ transeunt ad successorem in maioratu, vel fideicomisso, contra quæ non negat textus repetitionem, vel retentionem: qui intellectus suadetur ex quæstionibus præcedentibus in textu propositis, & ex sequenti quæstione: Vbi quærit: An teneantur hæredes, quando locator non

tanquam usufructuarius, sed tanquam rei dominus locavit. In qua dicit hæredes locatoris ex dolo teneri Molin. lib. 1. cap. 21. num. 8. Garcia de expens. d. cap. 14. ex num. 2.

Cum igitur in proposito conductor nullas meliorationes factas in re conducta alleget, pro quibus retentioni locus esse posset ex titulo limitato, non debet in futurum tueri contra legitimū successorem, cum lex ipsa conductionis sit, ut finito tempore res libere dimittatur, Ordin. lib. 4. tit. 54. §. 3. Imò si sta-

tim liberam domino non dimittat, incidit in pænas, de quibus in l. conductores C. locati, l. non abs re ff. unde vi, Menoch. recuper. remed. 11. num. 1. Valasc. conf. 42. num. 4.

Ex quibus conclusimus Actorem non restituendum, quando ipse non allegabat in re conducta impendisse, argumento eorum quæ Valasc. conf. 111. n. 21. Ubi uxorem non restituit etiā allegatis meliorationibus, quādo successor juratā æstimationem impensarum deponit: sic sententia scripta fuit: Scriba Quintal.

SUMMARIA.

- S** Implici nullitati Senatui deferre non consuevit. *ibi.*
 Filij ad causam bonorum adventitiorū necessario sunt citandi. *ibi.*
 Interpretata l. fin. §. ubi autem C. de bon. quæ liber.
 Filij debent audiri contra parentum iniquas alienationes. *ibi.*
 Melius est in tempore occurrere, quam post vulneratam causam remedium quærere. *ibi.*
 Ponderatur Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 2. Ubi uxori permittitur venire cōtra factum mariti alienantis. *ibi.*
 Filio agenti contra alienationem parentis iudex tenetur consensum accommodare. *ibi.*
- 2 Filij in vita patris agendi facultas non adimitur.
 Exploditur Azonis sententia sentientis filium non posse in vita patris conqueri de ipsius alienatione. *ibi.*
- 3 Facilius quis admittitur ad liti-

- gandum, quam ad alienandum. *m.*
 Minores, qui alienare nequeunt, tamen super bonis suis litigant. *ibi.*
 Ponderatur Ordin. lib. 3. tit. 47. §. 5.
 Iudex non supplet uxoris consensum in alienando, standi vero in iudicio supplet. *ibi.*
 Pater valide alienat bona filiorū ex causa legitima, & sine fraude. *ibi.*
 Ad patrem active, & passive facultas agendi competit.
- 4 Bartoli opinio injudicando sequenda est.
 Parentes de rebus filiorum magis solliciti sunt. *ibi.*
- 5 Quando agitur de solo patris præjudicio, omnes concordant filiorum consensum requiri.
 Interpretatur text. in l. fin. §. ubi autem C. de bon. quæ liber.
- 6 Differentia constituenda est inter bona materna, & alia adventitia filij acquisita.
 In maternis parentes maiori fructur potestate, licet equali usufructu

Etu. ibi.

In bonis maternis duo tempora cōsideranda, vel ante partitiones, vel post ibi.

7 *Priori casu patri permissa est alienatio.*

8 *Si perfecta partitione pater alienat, filij revocant alienata.*

9 *Si divisio alicujus rei hereditariae petatur, solus parens citari oportet.*

10 *In adventitijs ex alijs causis obvientibus filij citandi sunt.*

DECISIO XIX.

An pater legitimus filiorum administrator in adventitijs possit sine filiorum consensu stare in judicio, ut filijs præjudicet? Ad Ordin. lib. 3. tit. 47.

§. fin. & tit. 63. §. 4.



Um pater mortua uxore filios haberet in potestate intra 20. annum ætatis constitutos, & conveniretur in judicio pro certa parte bonorum, lataque fuisset contra ipsum sententia in favorem cujusdam Gondifali Rebello tempore, quo ipse hujus sententiæ executionem petebat, accesserunt filij, & proprio nomine nullitatem processus, & sententiæ arguebant, eo quod ipsi citati non fuerant, cum de eorum ageretur præjudicio, & de bonis adventitijs sibi ex parte matris obvientibus, contra quos cum sententia probata esset, ad Senatum appellatio delata est. Quam D. Didacus de Brito per doctissimam deliberationem censuit revocandam, quia licet Senatus non soleat simplicibus nullitatibus deferre ex his, quæ per Valasc. de partition. cap. 39. num. 72. Ordin. lib. 3. tit. 63. similis l. 10. tit. 17. lib. 4. novæ Recopil. ubi Azeved. num. 57. Guillelmus verbo si absque liberis tit. de fideicommiss. substit. num. 49. ad fin.

Tamen hæc praxis non obtinet, nisi quando simplex nullitas allegatur nuda, & sine effectu justitiæ, nõ admixta aliqua læsione, vel damno, quod reparandum sit per sententiam; tunc enim allegata tali nullitate damnum refarciri oportet: unde fit, quod cum attento jure filij essent citandi ad causam ex textu ad id expresso in l. fin. §. ubi autem C. de

bon. quæ liber. ibi: *Adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima ætate sint constituti*: quæ prima ætas usque ad pubertatem extenditur ex Valasc. de partition. cap. 7. num. 40. & 41. Cū ergo filij in præsentem essent puberes, sine eorum citatione judicium agitari non potuit ex eod. Valasc. num. 42. & 43. utique hac citatione admissa insanabilis insurgit nullitas, ut de læsionibus deductis in impedimentis cognosci debeat; alias enim aperiretur maxima fraudibus occasio, si parentes filijs non vocatis judicia subirent super adventitijs filiorum, in quibus illis non parum nocere possent. Cum igitur adventitorum alienatio parentibus interdicta sit ex l. 1. C. de bon. matern. ideo filijs licet contra tales insurgere alienationes, easque infringere, prosequitur Pinel. in d. l. 1. 3. part. num. 74. Aliquando enim parentes, vel instigationibus aliorum, vel propria iniquitate etiam in filios fraudulose versantur, ideoque æquitas non patitur, ut statim non audiri valeant filij contra parentum iniquas alienationes ex reg. 1. Imperator ff. ad Trebell. Ubi filius admittitur in defensionem spei etiam non habens adhuc dominium. A fortiori ergo in adventitijs, in quibus jam dominium habet, cum oporteat potius in tempore occurrere, ne mortuo patre alienante filius fiat ipse filius hæres, & impediatur jus suum prosequi, ex his quæ late Valasc. conf. 69. num. 7. Barbof. in l. si cum dotē, §. si

pater num. 32. ff. sol. matr. Molin. Theolog. 2. tom. disputat. 22. Gama decif. 33. & ideo in vita admittitur ex Bald. in l. fin. §. in computatione C. de jure deliber. num. 7. idem Pinel. in d. l. 1. num. 74. & in Auth. nisi num. 44. idem Valasc. d. conf. 69. num. 16. Pro qua opinione facit Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 2. qua indulgetur uxori posse venire contra alienationem nulliter à marito factam, cui agenti maritus consensum præstare compellitur: & Ordin. lib. 4. tit. 12. Ubi filio negante consensum alienationi patris in alium filium iudex præstat authoritatem, & consensum supplet: sic ergo idem iudex agenti filio pro nullitate alienationis ipse consensum præstabit, filiumque reddet habilem ad agendum. Nec aliud probat. d. l. 1. C. de bon. matern. dum in favorem filiorum introducit, ne contra illos currat præscriptio in vita patris alienantis: in simili textus in cap. sacerdotes 12. quæst. 4. & 12. quæst. 2. cap. placuit §. item si, Abbas in cap. cum non liceat n. 7. de præscription. Guido quæst. 150. & 152. Rodoanus de rebus Ecclesiæ quæst. 2. cap. 3. num. 5.

2 Quia non ex hoc à contrario bene sequitur, quod interim illis agendi denegatur facultas: ad text. autem in Auth. de nuptijs §. sed quod sancitum, & in l. 1. C. de annali exceptione, ubi expressius filijs agendi in vita parentum facultas adimitur ultra ea quæ Pinel. in Auth. nisi, à num. 45. Respondetur, illa jura procedere regulariter, & de jure ordinario, secundum quod filio standi in iudicio cum patre non datur licentia, nec facultas, l. cum oportet C. de bonis quæ liber. l. filiusfam. de ff. action. & obligation. Non tamen procedunt, quando filius autoritate prætoris contra alienationem insurgeret, causa cognita prætoris authore, vel implorato ipsius officio, ut pater consensum præstet, vel illo ipsius consensum supplente, arg. Ordin. lib. 3. tit. 47. §. fin. & tit. 64. §. 4. vel si ad Principem recurritur juxta Ordin. lib. 4. tit. 48. §. 2. Ex quibus explodi debet Azonis sententia in rubr. de

bon. matern. quem sequuntur Doctores communiter in l. præses C. de transaction. & Crotti in l. frater à fratre ff. condict. indebit. num. 54. Bertrand. lib. 2. conf. 84. num. 7. & 8. Ubi habent, quod filius non potest conqueri de parentis alienatione, nec contradicere: quos multis confutat Pinel. in d. l. 1. 3. part. à num. 21. & seqq. Unde videbatur dicendum, quod sicut pater alienare nequit filiorum bona, sic pariter super illis stare in iudicio non potest arg. Ordin. lib. 3. tit. 47. Vbi marito denegatur facultas standi in iudicio sine uxore, quia iidem sine ea non licet alienare, ut lib. 4. tit. 48. facit Ordin. lib. 3. tit. 41. §. 8. Vbi puberis requiritur mandatum ad litem.

3 Verum inter alia dicebam sententiam sustinendam fore, quoniam notissimi juris est facilius quem admitti ad litigandum, quam ad alienandum, scimus enim Ecclesiam, minores, & similes, qui sine decreto, aut simili solemnitate bona sua distrahere non valent, ut per tot. tit. ff. de rebus eorum, & in tit. de reb. eccles. posse nihilominus super illis litigare, & in iudicio stare. Quæ etiam rationes, qui uxorem duxit, & ætatis veniam impetravit, licet nequeat immobilia alienare, Ordin. lib. 3. tit. 42. §. 2. tamen in iudicio stare potest ex ead. Ordin. lib. 3. tit. 42. §. 3. Unde patet de jure nostro facilius standi in iudicio, quam alienandi facultatem concedi. Et comprobatur ex Ordin. lib. 3. tit. 47. §. 5. quatenus soli uxori permittitur facultatem standi in iudicio super immobilibus, cui tamen distrahendi omnino facultatem denegat sine marito. Quæ differentia retenta patet, quæ ratione non liceat iudici consensum uxoris supplere ad alienandum, standi vero in iudicio sic: ut per Ordin. lib. 4. d. tit. 47. §. fin. quia scilicet non tam nociva est judicialis contentio, quam est ipsa alienatio. Ergo cum patri commissa sit potestas administrandi bona filiorum, imò & illi liceat sine fraude ex causa legitima talia bona alienare, ex Roland. conf. 78. num. 20. lib. 1. Bald. in l. jube-

1. jubemus C. Trebell. vers. item fallit, Salycet. in l. filium quem habentem C. de famil. ercisc. num. 11. Decius conf. 236. quos citat Valasc. d. conf. 69. num. 27. Adeo ut non data fraude consilio, vel re teneat alienatio: & fuit sententia Azon. in Summa C. de bon. quæ liber. num. 11. communem dicit Afflict. decis. Neapol. 393. num. 3. Covar. lib. 1. resolut. cap. 8. num. 6. Gutierr. de tutel. 2. part. cap. 5. num. 22. Ubi securius tamen dicit, quod adhibeatur iudicis auctoritas, & esse de jure Regio Lusitano contra Azonem: quam tamen legem Regiam nõ reperi, quia lex Regia lib. 1. tit. 87. agit de orbatis parente, & merito eidem patri indulgetur potestas standi in iudicio pro defensione bonorum filiorum, vel talia sint, quæ adhuc divisa non sint, vel etiam si filijs jam sint acquisita, quia aliunde quam ex causa legitimæ obvenierint: quam sententiam comprobare videtur text. in l. 1. C. de bon. mater. a. vers. parentes, ibi: *Per se, vel per procuratorem pascere:* & ibi: *Luem inferentibus resistere:* & ibi: *Omnia agere tanquam solidum, & perfectum dominum eis acquisitum fuisset.* Verba sunt Imperatoris, quibus manifeste probatur, patri active, & passive facultatem agendi concessam esse, quia licet non dominus in solidum, nec perfectum dominium habeat, qui imperfecte dominus est, id est pro parte: tamen quoad hoc pro perfecte domino habetur, atque illud verbũ tanquam improprietatem denotat: voluit Bart. in d. l. 1. num. 1. Bald. 8. Paul. num. 2. dicit communem Imol. num. 3. in l. fin. §. pupillus ff. verbor. oblig. Aret. num. 1. Pinel. d. l. 1. 2. part. num. 66. cujus meminit Menoch. de successione. creat. §. 6. col. penult. licet in contrarium citet plures per d. l. fin. §. ubi autem C. de bon. quæ liber. ibi: *Adhibeatur autem & filiorum consensus, nisi adhuc in prima ætate sint constituti.* Quæ fuit etiam opinio Innocentij in cap. accedens de procurator. quam sequitur Valasc. de partition. cap. 7. num. 38.

4. Quorum opinio in hoc Regno

cessat, cum ultra text. in d. l. 1. pro hac parte sit Bartoli opinio, quam in iudicando sequi oportet, ex Ordin. lib. 3. tit. 64 §. 1. eo maxime quia æquior est, Reique publicæ magis conveniens, teste Pinel. d. loco vers. unde: *Tũ etiã, quia remota fraude, quæ semper videtur abesse in patre respectu filiorum, supervacaneus videtur filij juvenis consensus tam in prima, quam in adulta, & majori ætate, cum parentes de rebus filiorũ magis solliciti sint, & illis maiori cura invigilent, in quibus etiam eorum vertitur præjudicium, & ideo inutilis videtur filiorum consensus, ut ex Angel. Paul. & Fulg. probat Pinel. ibi vers. illud: ubi citat bonum text. in l. si cum dotem §. eo autem tempore in fin. ff. solut. matrim. ibi: *An omnino consentire filiam decet: & ibi: Filia levis mulier, vel admodum juvenis potius patri acquiescere prætorem oportet.**

5. Quando autem solum ageretur de solo jure patris, concernente ipsius usufructum, omnes concordant non exigi filij consensum, ne pater in suo usufructu deterioris sit conditionis, quam quilibet alius extraneus. Ita plures referens probat Pinel. ubi supra vers. in eodem; idemque erit in qualibet causa super possessione, quia usufructus possessionem concernit, quam solus usufructuarius potest defendere, ut in l. 1. §. fin. Ubi notant omnes ff. de novi oper. sed non solum his casibus, sed in omni causarum specie, patrem sine filio agere iudicatum testatur Cabed. decis. 197. num. 13. citato Bart. in d. l. fin. §. pupillus ff. de verbor. Angel. in princ. Instit. de tutel. num. 2. late Azevedo l. 10. tit. 17. lib. 4. novæ Collect. n. 6.

6. Nec retenta hac opinione obstant, quæ in contrarium ponderabam: nam text. in d. l. fin. §. ubi autem C. de bon. quæ liber. alio tendit, quam à Pinel. Valasc. & alijs ponderari solet: pro cuius perfecta intelligentia notandum est, quod circa bona filiorum, in quibus patri usufructus quæritur, differentia est constituenda inter bona ma-

terna, quæ filijs per matris obitum debentur, & inter alia bona adventitia, quæ ex alijs causis filijs familias acquiruntur: ut inquit text. in l. cum oportet C. de bonis quæ liber. ibi: *Quemadmodum in maternis bonis, &c.* & ibi: *Ita & in his, quæ ex alijs causis filijs acquiruntur, &c.* ut scilicet circa bona materna parentes ampliori fruantur administratione, licet æquali usufructus; nam cum bona materna, quæ soluto matrimonio ad filios ratione suæ legitimæ deferuntur, fuerint in potestate patris, & in ipsius dominio constante matrimonio, adhuc eo soluto apud parentem resident, jure proprio continuata eadem causa, & possessione, licet ipse teneatur ex iisdem bonis maternis filijs suas legitimas impartiri. Unde fit, quod in his bonis maternis duo tempora observari possint: primum, quod est ante partitiones factas cum liberis, & hæredibus uxoris, vel illis jam solemniter factis.

7. Primo casu adeo pater, apud quem illa bona resident, habetur illorum bonorum dominus ob antiqui dominij vestigium, ut illi liceat ad libitum corpora ex hæreditate alienare. Et quidem valide, licet postea computare teneatur ad imaginem hæredis, cui debetur Trebellianica, qui si vendit aliquam rem hæreditariam, computat illam in suam Trebellianicam, etiã invitis legatarijs, vel fideicommissarijs, l. Marcellus §. res quæ ff. ad Trebell. Ripa in l. in quartam num. 105. Si autem æs alienum urgeat, & fraus absit, licite corpora alienare potest, judexque talem alienationem ratam habere debet. Valasc. d. cap. 69. num. 27. in fin.

8. Quando autem jam partitiones factæ sint, quia filij expedita partitionis charta domini efficiuntur, ex §. fin. Instit. de offic. judic. Valasc. de partition. cap. 2. num. 6. Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 22. Si pater ad alienandum accedat, liber alienata revocant, ex l. 1. C. de bon. matern. & quæ ex Pihel. & Valasc. supra diximus.

9. Unde vel ante partitiones, vel

post si aliqua res dividenda inter omnes à tertio petatur, solus pater pulsar debet, ut ipse litem suscipiat, ac defendat, non vero filij, etiamsi puberes jam sint. Ratio est: quia ante partitiones ipse dominus in communi est, & ipse legitimus defensor, ex d. l. 1. ibi: *Et litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere tanquam solidum, perfectumque dominum eis acquisitum fuisset, & personam gerant legitimam*: post partitiones vero idem dicendum est, quia cum apud parentem bona resideant, ratione usufructus si aliqua pars illorum bonorum petitur, solus pater est legitimus defensor, quia si res evincitur ab hæreditate, novæ partitiones faciendæ sunt, ut omnes maneant æquales, & filijs est utile, ut solus pater defendat nomine communi causam, cum unum, & commune periculum omnium sit. Et ne cogatur filius, cui illa res assignata fuit, ex suo litem suscipere, cum magis illa ab omnibus sit obeunda, cum antiquiorem causam habuisset, & ante partitiones extaret ex his causis: eleganter Constantinus in d. l. 1. his casibus ad solum parentem litem suscipere spectare decernit, ut litis expensæ ab ipsius etiam usufructu deducantur.


10. Quod tamen non ita se habet in adventitijs ex diversis causis obvenientibus, in quibus filijs statim proprietas acquiritur eodem tempore, quo parenti usufructus. Atque ideo merito in d. l. fin. C. de bon. quæ liber. §. ubi autem, Iustinianus explicans ea, quæ disposuerat in d. l. cum oportet, illius tituli, disponit, quod quando pater, & filius concurrant in aditione hæreditatis aliunde obvenientis, tunc si lis superveniat, filij puberes citandi sint ad causam, quia ipsi vere domini sunt, nec illa ampla administratio ad parentem cõpetit, ac in bonis maternis, in quibus longe dispar ratio versatur, nec ulla intercessit aditio: sicque apparet quædam explanatio ad ea, quæ Valasc. d. cap. 7. num. 41. circa §. ubi autem, ubi non bene videtur adduxisse Ordin. lib. 3. tit.

41. §. 8. eam applicans filijs in potestate, cum loquatur de minori patria potestate soluto, cum ibi agat de curatore ipsius, quem habere non potest filius, qui sub sacris paternis constitutus est: patet ibi: *Seja citado seu tutor, se o tiver:* & ibi: *E seu curador, se o tiver:* quæ omnia non conveniunt filiofamilias apud patrem vivente: sicut aliàs Ordin. lib. 3. tit. 42. §. 2. agit de filio soluto à potestate patris naturalis, qui non tutor, nec curator constituitur filiorum, quorum ipse est legitimus administrator: nec illi possunt applicari, quæ de tutoribus disponuntur per Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 23. Atque ex his cæteræ difficultates diluuntur. Unus tamen est casus, in quo pater filiorum tutor esse potest, quando illum emancipaverit, quia tunc ex

legis dispositione tutor est impuberis emancipati §. præterea Instit. quibus mod. jus patr. & eo casu retinet dimidium ususfructus, l. jubemus C. de emancip. liber. l. cum oportet §. cum autem Cod. de bon. quæ liber. l. 15. tit. 18. part. 4. Gomes in l. 46. Taur. num. 6. Gutier. de tutel. part. 3. cap. 4. num. 4.

Ex quibus cum in præsententi tertius ageret contra patrem rei vendicatione, ratione cujusdam corporis hæreditarij, ad ipsum spectabat legitima causæ defensio; super maternis enim bonis filij vocandi non sunt, etiam si puberes existant, licet in adventitijs ex alijs causis servari possit decisio d. §. ubi autem. Atque ex his fundamentis sic Senatui placuit: Scriba Quintal.

SUMMARI A.

I  *I post sententiam fiat transactio, executio novata censetur, non vero sententia.*

Novandi præsumptio non sumitur cum præjudicio creditoris.

2 *Prorogato termino debitori fidejussores non tenentur, saltem ope exceptionis.*

3 *Prorogato termino fidejussores non manent deobligati.*


Interpretata l. si cum Hermes C. locati. ibi.

Interpretata l. ult. ff. de prætor. stipul. ibi.

4 *Fidejussor simpliciter datus omni tempore tenetur.*

DECISIO XX.

An prorogato termino ad solvendum principali debitori expiret fidejussoris obligatio? Ad Ordin. lib. 4. tit. 59.

A  *Cceptis mutuo 600. nummis à Francisco da Rocha Dominus Ioannes de Vasconcellos, pariterque ejus filius D. Alphonsus de Vasconcellos, se obligarunt tanquam duo Rei, & principales debitores, ut ab utroque, & ab altero, prout creditor mallet, pecuniam exigere posset: cum*

statuto tempore solutum non esset creditori, contra D. Joannem sententiam Franciscus obtinuit, illamque mandavit executioni, qua sibi addicti fuerunt redditus annui, seu panes civiles ipsius debitoris, ut illos possideret tribus annis continuis, ut ex præstatione illorum annorum sibi solveretur, salva rei proprietate. Perfecta hac additione de no-

vo convenerunt, ut creditor ab additione destitisset eo pacto, ut intra annum perfecte illi solvatur, sin minus, sententia in suo robore permaneret non novata, ut debitæ mandari valeat executioni, transactis jam duobus annis creditor se liberalem debitori exhibens de novo mandatum dedit, ut ipse illos redditus pro tertio anno, & alijs ulterioribus recipere posset; eo tamen addito, ut sua sententia novata nullatenus remaneret.

Obijt dictus D. Ioannes de Vasconcellos. Petijt creditor à filio correo fidejussore, & principali debitorie solutionem, quam ipse recusavit, eo quod ex ultimo contractu, in quo ipse non intercesserat, patri longius tempus esset assignatum à creditore, & remissi redditus, ex quibus ipse sibi solvere posset, quare non poterat amplius teneri, cū facto suo creditor se tali solutione privasset, in quem casum ipse obligatus non existebat.

Præses Curialis Reum in totum absolvit. In Senatu aliter iudicatum fuit: nam D. Hieronymus Pimenta d'Abreu vir peritissimus, in cuius manus causa incidit, sensit in prioribus duobus annis Reum condemnandum, & à tertio absolvendum, respectu cuius creditor debitum suum remisit, quando jam dominus per additionem effectus erat, imò cum in illo ultimo anno, *Elle hiana folha do assentamento para receber a tença em lugar do dito Dom Ioão.* Ex quo jam erat verus dominus effectus per adjudicationem pignoris, ex Bald. in Auth. & qui jurat C. de bon. author. jud. possid. & in cap. quoniam frequenter §. ult. in fin. ut lit. non contestat. Tiraq. de retract. lignag. §. 1. gloss. 14. num. 13. Cui sententiæ accessit Franciscus de Brito & Meneses, nostri Collegij literis, & moribus ornamentum, quem feliciter Senatus possidet, & Episcopales expectant infulæ, ex eo fundamento, quia illa ultimi anni remissio non potest dici debiti prorogatio, quia prorogatio est ejusdè rei, quæ adhuc est extensio, l. sed si

manete ff. de precario. Unde cū extensio facta fuerit, quando jam illi solutū erat, potius dici debet nova concessio, quam temporis prorogatio, qua filius nullo modo teneri potest, qui in tali contractu non intercessit.

1 Petita fuit revisio, in qua deliberans concedendam dixi ex sequentibus fundamentis: quia licet executio jam facta novata censeretur, si post eam perfectam creditor rem iterum liberam debitori dimittat, quia per transactionem inducitur novatio ex Bald. in rubr. de transact. ad fin. Gozadi. cōf. 38. Ronchegal. in l. 3. num. 19. ff. de duob. reis, quos citat Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. num. 42. Tamen ipsa sententia principalis nunquam novata censeretur, sicut de jure non novatur acceptis pignoribus, vel fidejussoribus, quia semper salva manet iudicati actio cum sua executione parata, sicut antea ex Rebuff. 1. tom. ad leges Gall. tit. de liter. obligator. art. 1. gloss. 9. num. 22. Ex ea ratione, quia illud, quod de novo additur, est accessorium principali obligationi, quæ nunquam censetur novata, quia illud fit, ut magis sit cautū creditori, ex Bart. in l. 4. §. si ex conventionne ff. de re judic. num. 2. nec sumitur novandi præsumptio, quæ in creditoris damnum fieret: colligit Paulus ibi num. 3. Soar. l. post rem 1. notabil. num. 2. ff. de re judic. Alciat. in l. creditor num. 2. in princip. ff. si cert. petat. receptum dicit Ripa in cap. inter cæteras, num. 70. de rescript. Negus. de pignor. 1. membr. 5. part. à num. 6.

2 Sicut alias pariter dubitari consuevit: An prorogato tempore debitor respectu fidejussorum, pariter novat censeretur prior obligatio pro tempore prorogato? Et non teneri fidejussores probat text. in l. si cum Hermes C. locati, las. in l. lecta num. 9. ff. si cert. petat. saltem ope exceptionis, ex l. pen. ff. de prætor. stipul. ubi Bart. num. 4. prosequitur Fachin. lib. 2. cap. 88. & fuit Specul. in tit. de fidejuss. §. 1. vers. nec illud autem quæritur, Felin. in cap. de causis

causis de offic. deleg. col. 3. Nata conf. 202. num. 6. pro quo expenditur text. in l. item quæritur §. qui impleto ff. locati, ibi: *Si non alius pro eo in priori obligatione res obligaverat, ejus enim novus consensus erit necessarius.* Deinde facit regul. d. l. si cum Hermes C. locati, ibi: *Non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi cōpetēs judex nō ignorabit.*

3 Verum contrarium, quod prorogato tempore fidejussores non maneat deobligati, tenuit Rotta decis. 859. in antiquis, & consuluit Socin. conf. 21. à num. 10. lib. 1. Iason in l. 1. C. de judic. Decius in d. l. lecta num. 13. ff. si cert. petat. Gomez variar. resolut. lib. 2. cap. 13. num. 19. Covar. in rubr. de pact. in princip. num. 6. Thesaur. decis. Pedamont. 125. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 11. Cujus assertionis ratio est: quia prorogando terminum non videtur creditor in antiqua obligatione voluisse sibi præjudicare, l. Lucius §. Paulus ff. admistr. tutor. l. Labeo §. si per fidejussorem ff. de arbitris. Nec aliud evincit d. l. si cū Hermes, quia agit, quando principalis erat obligatus ad certum tempus, ita ut tempus pertineat ad finiendam obligationem, quia tunc tacite fidejussor videtur eodem modo se obligasse: atque ideo tempore prorogato teneri non potest, l. si unus §. 1. & ibi Alex. ff. de pact. & conf. 72. lib. 6. num. 7. Nos vero agimus, quando principalis, & fidejussor indiffinite obligati sunt, prout censetur intervenisse, quando principali simpliciter obligato ipse tacite fidejubet sine ulla limitatione, Bald. in l. tam mandatori num. 5. C. de non numer. pecun. & est receptum ex Panorm. in cap. constitutus de fidejuss. Ias. in d. l. lecta n. 9. Decius conf. 93. ad fin. Nec pariter obstat d. l. pen. ff. de prætor. stipul. quia non dicit, prorogato tempore non inducit novationem, sed solum quod propter prorogationem paratur exceptio, si ex prima obligatione agatur, ut dum durat tempus prorogatum, non valeat agi ad solvendum, transacto autem tempore superest prima obligatio

illæsa, explicat Alex. d. conf. 72. num. 6.


4 Ex quibus cum in præsentem post primum contractum secundus celebratus fuerit, per quem solum renuntiatum fuit executioni jam factæ, utique sententia semper in suo robore mansit, ut per illam alterum ex correis, quem mallet creditor, conveniret, defunctoq; parente omnis obligatio in filium transivit, argum. l. si Titius, ff. de fidejuss. ibi: *Sed ita demum onus alteri totum irrogandum est: l. reos ff. de duobus reis. Conaa. lib. 5. cap. 4. num. 3.*

Unde fit, quod nec ex illo tertio contractu cum solo parête gesto, in quo illi mandatum elargitur, ut redditus futuros recipere possit, aliquid videtur innovatum fuisse circa primam sententiam habitam contra utrumque correum, quia non potest censeretur dictum creditorem post sibi factam solutionem præstito tali mandato à prima obligatione destitisse, quia in eo ultimo contractu sola temporis prorogatio concessa considerari potest, quia cum ipse ab additione jam destitisset, dum mandatum concessit patri, ut redditus perciperet pro futuris annis, quousque ipse creditor voluntatem exequendi aperiret, utique in hoc solum temporis prorogationem attendit, cum aliud, quod dare posset, non habuisset: quod enim per additionem acceperat, jam remiserat debitori per priorum duorum annorum remissionem, ultimus vero contractus, ut redditus ultimi anni, & deinceps in posterum reciperet, est vera prorogatio executionis faciendæ, quæ non deobligat fidejussorem indiffinite datum, ut in præsentem est, & supra notavi: Atque ideo sentiebam correum omnino teneri pro omnibus annis, non tanquam patris hæredem, sed ex sua persona, & contractu: sicque obtinuit revocata sententia: Scriba

Azevedo.

SUM-

SUMMARI A.

1  Apella tunc dicitur instituta, cum certa quota administratoribus assignata est.

Natura maioratus non repugnat, ut duo eligantur ad maioriā. *ibi.*

2 Maioratus est quid individuum, quod ad unum tantum deferri debet.

Primus institutor potest inter duos dividere maioriā, non vero sequentes. *ibi.*

3 Conditio nominandi in primo vocato apposita an censeatur repetita in sequentibus?

Qualitas adjecta in primo gradu censeatur repetita in secundo. *ibi.*

4 Eligendi facultas primo concessa

non censeatur in sequentibus repetita.

In maioratibus ea debet desumi interpretatio, quæ naturæ actus magis conveniat. *ibi.*

Talia sunt prædicabilia, qualia sunt subiecta. *ibi.*

5 In capella, seu maioratu semper censeantur vocati seniores.

Eligendi facultas, quia naturam maioratus violat, debet restringi ad primo nominatum. *ibi.*

6 Ultima clausula derogat præcedentibus.

7 In dubijs ea est assumenda interpretatio, ut cesset contrarietas.

8 Modus succedendi præscribitur per 40. annorum spatium.

DECISIO XXI.

Quomodo interpretanda sint verba institutionis maioratus, quibus successoribus concedebatur electio, an sit perpetua, vel in primo ex nominatis extinguatur? *Ad Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 53.*

nter Didacum Dominicum, & Margaritam Alvarez de Quintanilha mota erat questio super maioratus successione, in quo reperiebatur clausula quædam, qua primo vocatis dabatur electio: cuius verba sic habent: Os quaes bês, & propriedades mândo, que andem sempre juntas, sem se poerẽ apartar, nem alhear, senão sempre serem vivos, & andarẽ em poder, & administração delles de Diogo Vaz, & de Ioão de Quintanilha, os quaes ambos faço admini-

stradores delles: & falecendo hum delles, ficará a administração delle ao outro, & delles a seus filhos, & herdeiros para sempre com a dita obrigação.

E porẽm o possuidor, que estes bens possuir, poderá por sua morte nomear hũa pessoa, que a dita fazenda administre em seu lugar, & isto averá lugar em elles ambos administradores, que cada hum delles poderá nomear a sua parte da administração, & isto durará para sempre.

Contigit, quod mortuo uno ex duobus administratoribus superstiti ex substitutione facta relicta est integra admi-

administratio, qui filium nominavit, hic cum sine liberis decessisset, sororem juniorem elegit, quæ pariter decessit, & aliam sororem nominavit post se neglecta seniori, quæ litem movit possessori, dicens nullam suam nominationem, & sui authoris extitisse, quia electio concessa in priori testamento non censetur repetita in ulterioribus gradibus, & quod maioratus debuit deferri ad seniorem, quia frater ejus sororem nominare non potuit, nec illa aliam, sed quod ipsa Actrix, quæ senior erat, post fratrem vocabatur. Præses pro possessore judicavit, & ultra ea, quæ ex doctissimis deliberationibus D. Custodij de Figueiredo viri quidem doctissimi, & Gondissali de Sousa, qui nulli cedit literis, & ingenio, notandum duxi.

1 Quod in hoc casu non maioratus institutus proponitur, sed capella, cum certa quotta administratoribus assignata sit, Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 53. Molin. de just. 3. tom. disputat. 576. num. 15. Gama decis. 224. num. 9. post med. Valasc. conf. 82. num. 5. Flores ad decis. 27. idem Gama decis. 30. Unde vel capella, vel maioratus sit institutus, fideicommissum perpetuum datur, ut bona perpetuo deferantur illis, qui nominati fuerint, & eorum successoribus. Nec naturæ maioratus repugnat, ut duo à primo institutore eligantur administratores, quia res quantumcumque individua à pluribus teneri potest, l. unum ex familia §. si duos ff. de legat. 2. ubi Bart. qui in §. sequenti notavit gravatū restituere uni de familia, posse pluribus restituere, Soares in l. quoniā in prioribus C. in offic. testam. fol. 187. n. 7. Gomez l. 40. Tauri ante n. 49. Idem probatur in §. sed si fundum illius legis, ibi: *Quibus voles, aut cui voles*: intelligendo quod est alternativa legis, non testatoris, secundū quod habens facultatem eligendi in numero plurali concessa, potest unum eligere: quemadmodū est contra d. §. si duos, potest plures eligere, qui in numero singulari facultatem habet uni relinquendi: quæ fuit sententia Dyni, quem alij sequuntur.

2 Quæ traditio, licet in maioratibus, qui per plures successores transferunt, admitti posse, non videatur, quia repugnat rei individuitas, quæ ad unum, & proximior tantum deferri potest, d. l. unum ex familia ff. de leg. 2. gloss. in l. 2. tit. 15. part. 2. Adeo ut ad maiorem pertineat, quia is dicitur proximior, Covar. lib. 3. resolut. cap. 5. num. 3. Gomez d. num. 59. Pinel. in l. 1. de bon. matern. 3. part. num. 17. Tamen in primo instituyente sine dubio est posse administrationem inter duos dividere, quoad vixerint, ut altero eorum mortuo successio ad unum deferatur, quia non est inconveniens, quod res quantumcumque individua à pluribus teneatur, ex Decio in cap. prudentiam de offic. delegat. num. 10. agente de jurisdictione, quæ pluribus committi potest, Gaspar Vaz in l. Imperium ff. de jurisdic. omn. jud. num. 274. Sicut alias servitus individua itineris potest pluribus cedi, Galeaula in l. stipulationes non dividuntur, num. 36. ff. de verbor. oblig. Sicut & in jure patronatus probat Guillelm. in cap. Raynuntius, verbo, & uxorem, num. 146. & geminos ad Regni successionem admittit Bald. in Auth. ex testamento C. de collation. sequitur Jas. in l. ex tribus ff. cond. caus. dat. n. 18. Cirier lib. 1. de primog. quæst. 6. Menchac. illust. c. 90. n. 11. Tiraq. de primog. quæst. 17. per totā.

3 Deinde concessa in testamento primo vocato facultate eligendi ad fideicommissum, grave est dubium. An extingatur talis facultas in persona primo nominati, vel ad successores porrigatur? Pluribusque placuit, quod ea clausula in primo gradu adjecta omnibus procedere debet, quasi semper repetita sit, quia id verosimile est defunctum responsurū fore, si esset interrogatus, ex Alex. lib. 2. conf. 130. n. 1. & 4. Pro quorum opinione facit text. in l. quæsitum 13. ff. de testibus. Ubi ad casum omissum Papinianus docet fieri posse extensionem l. si pluribus ff. de leg. 2. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 14. Decius cōf. 190. col. 3. agens de cōditione viduitatis à marito uxori addita in primo le-

gato, ut censeatur in secundo repetita, idem Decius conf. 218. num. 8. Jaf. in l. Barbarius ff. offic. præsid. num. 3. Casfan. conf. 11. num. 68.

Juvat alia resolutio, quæ habet qualitatem adjectam in primo gradu censeferi repetitam in omnibus alijs gradibus substitutionum. Guido quæst. 485. Bart. in l. 1. C. de impuber. Decius conf. 270. n. 2. las. in l. qui filiabus ff. de leg. 1. num. 3.

Verum contraria opinio in hoc casu magis videtur juris principijs cõformis, ut talis eligendi facultas ad successores minime extendatur, arg. l. boves §. hoc sermone ff. de verbor. signific. Quæ sententia juvatur ex Modestini ad propositum responso in l. liberi 8. ff. assignat. libert. Ubi licet patrono concedatur potestas assignandi libertum uni ex filijs filio tamen, cui ille assignavit, eadẽ facultas non impartitur: & in specie notavit Gregor. in l. 32. verbo no valdrã, vers. adverte tit. 9. partit. 6. Cujus rei illa videtur esse ratio, quia cū simus in materia fideicommissi perpetui in familia relictæ pro filijs, & hæredibus (nam illud verbum herdeiros, semper ad filios restringitur ex Costa in cap. si pater, verbo si absque liberis n. 19. vers. quarto principaliter) illa debet sumi interpretatio, quæ naturæ actus magis cõformis sit, quæ est, ut ad seniores deferatur gradus, & sexus prærogativa observata, & sic cesset lectio, per quam à familia exire potest, maxime ubi electio libera pertenditur: bonus text. in l. antiquitas C. de usufructu. Ubi Imperator rejiciens antiquas altercationes legatũ proprietatis usufructu reservato hæredi dicit restringendũ ad personã primilæedis, ibi: *Talem usumfructum cum hærede finire*: quia talia sunt prædicabilia, qualia sunt objecta. Et ita legatũ usufructus finitur cū primo hærede, ne contra usufructus naturã ad alios extendatur: facit l. apud Iulianũ §. si quis alicui ff. leg. 1. meminit Alex. ad Bart. in l. boves §. hoc sermone ff. de verbor. signif. & in l. 1. num. 84. ff. de offic. ejus, Gama

decif. 59. num. 13. Molin. lib. 1. cap. 11.

5 Unde idem videtur dicendum in maioratu, vel capella, quæ ad familiam spectat, in qua censeantur vocati prius seniores, cū res sit individua, Molin. lib. 3. cap. 1. in princ. & lib. 1. c. 3. Covar. lib. 3. resolut. cap. 5. n. 3. Tiraq. de primog. quæst. 7. n. 6. Gomes in l. 40. Tauri n. 56. Quare illa clausula eligendi, quia naturã maioratus violat, est restringenda ad primam electionem, arg. d. l. boves, d. l. antiquitas; dicitur enim casus omissus, & manet in dispositione juris, l. cõmodissime ff. de liber. & posthum. l. si extraneus ff. condit. ob caus. cap. susceptum de rescript. lib. 6. & cessare debet extensio de persona ad personam, l. Titius §. Lutatius ff. de liber. & posthum. quod cum testator non expresserit, videtur omisisse apud Labeonem §. hoc edictum ff. de injur. Valasc. quæst. 8. num. 34.

6 Nec obstat, quod illa verba testamenti liberam eligendi facultatem important, ita ut in eadem clausula, & oratione videatur testatrix recedere à prima forma, qua vocaverat agnatos, & descendentes, concedendo liberam electionem, & ultima dispositio derogat præcedentibus, l. qui filiabus ff. de leg. 1. Valasc. conf. 82. nam. 15. Menoch. lib. 6. præsumpt. 37. facit elegans text. in l. si tibi certam ff. de adim. legat. Ubi legatare Petro, ut restituat Sempronio, si postea relicta sit eidem Petro sine mentione restitutionis, utiq; censeatur testator à prima dispositione recessisse.

7 Respondetur enim, quod in quacũq; dispositione ea interpretatio assumenda est, ex qua omnis contrarietas conquiescat, explicat pluribus citatis Tuschus concl. 144. n. 5. & seqq. Unde cum in prima parte dispositionis omnes descendentes vocaverit, de illoq; succedendi ordine egerit, non est dicendũ, quod illico voluit ab hac dispositione recedere, quando utraque clausula stare potest, arg. l. quod Labeo ff. supellect. legat. l. si in æqualibus 12. ff. hæred. instit. Decius conf. 317. n. 4. Si consideremus, quod in principio divisa administra-

tione censuit illam divisionem non perpetuam esse, sed ad vitam primo nominatorum, quando sine filiis decessissent, nam si filios habuissent, uterque suam partem ad illos transmitteret, quasi duo essent maioratus instituti, filiorum enim existentia facit deficere substitutionem l. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Trebell.

Unde quando in secunda parte electionem concedit, ut personam post se administrator eligat, non pugnat cum prima clausula, quæ descendentes vocat, quia ita debet accipi, ut electio illis primis vocatis concessa non intelligatur, ut eligere valeant extraneos, sed unum ex filiis, ne dicamus, quod in continenti se corrigit, gloss. in l. non ad ea 88. ff. de condit. & demonstr. ut clausula sequatur naturam dispositionis, in qua ponitur, ex Alex. conf. 129. lib. 2. Oldrad. conf. 243. num. 2. quæ interpretatio ex natura rei, & aliquando loci desumitur, Mantica de conject. lib. 6. tit. 8. num. 6. & 9. & illa potius sequenda conjectura, quæ magis juri accedit, Cravetta conf. 35. num. 24. Ne alias dicamus, illam priorem clausulam frustra positam, ita ut primo vocati ex filiis eligere valeant, non vero extraneos, quibus capellæ administratio relicta non est.

Nec obstabit, quod hæc electio primis concessa inter liberos videtur perpetua, ita ut ad omnes transeat, ut paulo infra innuunt illa verba: *Porém o pos-*

suidor: quæ ad omnem possessorem diriguntur etiam extraneum: ut alias verbum, *possuidor* accipitur in Ordin. lib. 4. tit. 100. in princ. quia satisfit illa verba declarari debere per sequentia, ibi: *E isto averà lugar em elles ambos*: quibus suam voluntatem aperuit ostendens, quod electio ad alios non extendebatur, ne sibi ipsi contraire videbatur, & ex eadem ratione non debent obstare ultima verba: *E isto durará para sempre*: quia ex materia subjecta non debent referri ad proxime dicta, sed ad totam dispositionem capellæ, quasi dixerit, quod illud vinculum sic constitutum perpetuum sit, non vero electio perpetua.

8 Cui resolutioni non obstat temporis spatium, quo hæc capella per electiones possessa est, quia licet succedendi modus, vel ut una linea alij præferatur, per quadraginta annos mutari possit, Cabed. decis. 121. num. 2. Molin. lib. 2. cap. 6. num. 26. Valasc. conf. 95. n. 4. & conf. 132. num. 17. DD. in cap. cum de beneficio de præbend. lib. 6. Surd. conf. 147. lib. 1. num. 45. Gama decis. 345. num. 215. Pelæs lib. 4. quæst. 20. num. 63. idem Valasc. conf. 111. num. 8. Tamen in præsentis non sufficiens temporis spatium effluxit, ut præjudicium successoribus generari potuisset. Ex quibus Senatus censuit Actricem sororem seniore, non obstante nominatione ultima possessoris, præferendam: Scriba Chaves.

SUMMARI A:



Ravamina processus inferioris Senatus an reponantur in superiori?

Moniales sunt persona miserabiles, nec possunt ad Curiam trahi. ibi.

2^a Miserabiles persona citantur coram Præside, quando sunt in eodem loco.

3^a Moniales, licet jurisdictionem habeant, non ideo amittunt suum privilegium. Interpretata Ordin. lib. 3. tit. 5. §. 3.

- 4 *Litis pendentia non datur, ubi datur diversus petendi modus.*
Agens pro violentia oblato libello videtur recedere à forma summaria.
- 5 *Super proprietate, & possessione rei non potest ad diversos iudices iri.*
- 6 *Rex Lusitaniae ex concordia inita cum Prælati cognoscit de violentiis.*
- 7 *Extraordinarium remedium per viam violentia ad Regem nunquam*

tollitur.

Interpretata Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 2. an imponat necessitatem agendi in seculari?

- 8 *Sedimina, seu passalia Ecclesiarum dotalia bona sunt, nec possunt alienari.*
- 9 *Passalia unitæ Ecclesie in emphyteusim concedi possunt, ac quæcumque alia bona Ecclesiarum.*
Passalia, si Ecclesia uniatur, desinunt esse dotalia, & alienari possunt. ibi.

DECISIO XXII.

An successor in emphyteusi Ecclesiastica passalium Ecclesie unitæ debeat restitui, si contingat à domino spoliari? Ad Ordin. lib. 4. tit. 58.



Offidebat Didacus de Soufa cū Domina Magdalena ejus uxore emphyteusim prædecessoribus ejus datam passaliū cujusdam Ecclesie, quæ unita erat monasterio de Lorvaõ. Cūque ab uxore, quæ secunda vita erat, ipse in tertiam esset electus, cum translatione possessionis, tempore ipsius obitus moniales dicti Monasterij possessionem dictæ emphyteusis occuparunt deturbato à sua possessione dicto Didaco, qui coram Curiali Præside Portuensis Senatus litem instituit intra annum juxta formam Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 2. Cum tamen jam eo tempore coram iudice executore Bullarum, cui causa unionis, & emphyteuticationis prædictæ commissa fuerat cum clausula, ut possessores in sua possessione tueretur, agere cæpisset, qui cognitionem causæ assumpserat, censurasque prætextu dicto violentiæ promulgaverat, Moniales judicij incompetentiam opposuerunt, eo quod judicē habebant, & erant Ræx, gaudebantque privilegio Ordin. lib. 3. tit. 5. §. 3. Cui exceptioni cum non fuit

set delatum in Senatu, fuit in processu supplicatum, & tandem in favorē Actoris sententia promulgata fuit, à qua cum fuisset supplicatum, circa tria versabatur hujus causæ labor. Primò circa gravamen in processu interpositum: secundo circa litis pendentiam in iudicio Conservatoris: tertio circa merita, An Actori cōpeteret restitutionis beneficium ad possessionem, à qua deturbatus proponebatur?

Et circa primum illud advertendum est, quod ob ressecandas litigantiū fraudes, quibus lites fiunt immortales, nostra lege Regia sancitum est, ne à qualibet interlocutoria liceat provocare, vel supplicare ad superiorem, nisi certis enumeratis casibus, ut per Ordin. lib. 3. tit. 20. per totum: in reliquis, qui ordinem processus respiciunt, libera conceditur judici facultas ordinandi, & disponendi, d. t. 40. §. 49. qui si circa hūc processus formandi ordinē partē læserit, in eodē processu suum gravamē exprimit, & exponit, ut quando acta, & processus ad superiorem per appellationem deferretur, illud gravamē reponatur juxta Ord. lib. 3. tit. 20. §. 38. & 47. & tit. 5. lib. 1. §. 6.

Et

Et quando causa illa ad Senatum aliquo modo devenit, etiamsi ad alium finem, quia tunc etiam reponi debet parte petente, ut per Ordin. d. tit. 20. §. fin. & lib. 1. tit. 16. §. 1. Et in dubium revocari solet: An gravamina processus illius, qui in inferiori Senatu ordinatur, possint in superiori Supplicationis Senatu reponi causa ad eum delata? Et stylus recipit deferendum: cui consonat Ordin. Regia lib. 3. tit. 70. §. 8. & tit. 84. §. 11. & lib. 1. tit. 6. §. 4. & 20. & tit. 58. §. 27. Unde fit, quod licet incompetencia iudicij per legem Regiam solum per instrumentum gravaminis expediatur, de quo est Ordin. lib. 3. tit. 20. §. 9. & lib. 1. tit. 6. §. 9. Tamen ab incompetencia Senatus inferioris, cui ibi delatum non est, potest supplicari in processu, ut in maiori Curia deferatur, quando causa in illam introducit. Ex quibus in hoc gravamine processus videbatur monialibus providendum, quæ juste conquerebantur se non posse ad Curiam trahi, quia moniales sunt personæ miserabiles, Cabed. decis. 54. & Valasc. alleg. 65. à num. 35. & alleg. 66. Rebuff. 1. tom. fol. 295. Castillo lib. 3. quotid. controvers. cap. 29. à num. 17. Quibus privilegium competit, ut coram suo ordinario iudice pulsari debeant, quando Reæ sint. Ordin. d. lib. 3. tit. 5. §. 3. l. unica. C. quando Imperator inter pupillum l. 3. tit. 10. part. 2. ubi gloss. 6. & l. 8. tit. 3. lib. 4. novæ Recopilat. ubi Azeved. Cabed. 1. part. d. decis. 54. & 173. & 213. num. 3. Benincas de privil. pauper. quæst. 5. num. 41. Mascard. conclus. 1061. Bobad. in Polit. lib. 3. cap. 14. num. 75. Trentacinq. variat. resolut. lib. 2. tit. de citation. resolut. 2. num. 25.

2 Nec obstat Ordinatio dicto loco, dum disponit, quod miserabiles personæ, viduæ, & similes in causis violentiæ declinare non possint ad suum iudicem, ibi: *Salvo se a contenda for sobre força, nova guarda, & deposito soldada, ou jornal, por q̄ nestes casos poderá o Autor, ainda q̄ privilegiado não seja, demandar perante os Corregedores da Corte.* Ubi videtur ele-

ctionem iudicij committere actori: ut similiter disponit eadem Ordin. lib. 3. tit. 6. §. 5. Quia Ordin. d. §. 3. procedit, quando Præsidis Curialis tribunal est in eodem loco, ibi: *Se o dito Corregedor, ou Luiz estiver no dito lugar aonde se a tal demanda devia tratar: supponens quod si alibi degant, non possunt trahi ad iudicium Præsidis, vel iudicis novarum actionum: nec aliud probat Ordin. Regia lib. 3. tit. 12. §. 1. ubi hanc distinctionem non facit, quia debet una per aliam explicari.*

3 Nec pariter obstabit, quod dictæ moniales dominæ terrarum, & jurisdictionum sunt: quo casu nullo fori privilegio gaudent ex Ordin. lib. 3. tit. 5. §. 3. in fine, ibi: *Porém se as viúvas, ou mulheres honestas, que nunca forem casadas, tiverem jurisdição, não gozarão dos privilegios outorgados por esta Ordenação às viúvas.* Cum ergo moniales tanquam honestæ mulieres viduarum gaudeant privilegio, illud utique non habent, quando alicujus Castri, vel jurisdictionis dominæ existunt, Covar. practic. cap. 7. num. ult. Quia satisfit, quod verba illius Ordinationis non videntur convenire monialibus, quæ jam sponsæ Christi D. maximi sunt, quibus infimul cum privilegio honestatis competit privilegium miserabilium personarum. Unde licet tanquam dominæ, & potentiores reputentur, non tamen ideo amittunt privilegium honestatis, & miserabilium personarum, quod ex alio capite illis competit. Deinde quia illa Ordinatio agit de mulieribus in sæculo, & in ditione Regû degentibus, non vero de monialibus, quibus licet competat jurisdictionis in communi, non tamé in individuo, prout lex Regia requirit. Ex quibus causa monialium circa iudicij incompetenciam videbatur iusta, & in gravamine processus illis providendum: verum cum in hac incompetencia sola versaretur simplex nullitas, quæ ab urbe, & ab orbe hodié exulat, ut in Hispania testatur Gregor. l. 10. tit. 4. part. 3. apud Italos Afflict. decis. 372. apud nos

Gama decis. 324. & 337. Valasc. conf. 65. ad fin. & de jur. emphyt. quæst. 6. num. 14. & de partition. cap. 39. num. 72. Et causa sit introducta in Senatu, ad quem erat ventura, vel hoc vel illo iudicio finiretur, circa causæ merita iudicandum placuit.

4 Secundum dubium erat litis pendentia, cum circa eandem possessionem coram iudice conservatore actum fuerit: verum nec huic exceptioni deferendum censuimus, quia non erat idem petendi modus, quia coram conservatore actum fuerat, ut censuras promulgaret virtute Bullæ, cuius ipse erat executor. At vero in iudicio Præsidis actum erat ordinarie pro violentia commissa, & cū sit diversus petendi modus, non inducitur litis pendentia, argum. l. cum quæritur ff. de re iudic. nec de iudicio summario ad plenarium litis pendentia datur, l. pen. ff. de his qui sunt sui, l. à divo §. si super rebus ff. de re iudic. Barbosa in l. divortio §. fin. num. 55. Lara de capell. fol. 395. num. 91. Surdus de aliment. quæst. 127. n. 5. & 6. Sicut alias ex mutatione cujlibet qualitatis causa petendi diversa iudicatur. Gotfred. de testib. cōclus. 1. à n. 5. Suar. alleg. 5. n. 4. Gutierr. pract. lib. 1. quæst. 71. Cabed. arest. 83. Sicq; accipienda est Ordin. lib. 3. tit. 83. ibi: *Na causa da appellaçõ, rezão nova*: Peres l. 4. tit. 11. lib. 3. fol. 673. Valasc. cōf. 65. Nec obstabat, quod in materia violentiæ summarie proceditur ex Ordin. lib. 3. tit. 48. ibi: *Procedaõ em os feitos delias sem ordem, nem figura de juizo*: Cabed. decis. 72. idem tit. 33. §. 4. & in illo tit. 48. §. 2. & tit. 58. & lib. 4. tit. 54. §. fin. Quo admissio in utroque iudicio summarie agebatur, quia satisfit, quod et si in sæculari pro violentia actum fuerit, tamen quando oblato libello agitur, videtur agens recedere à privilegio causæ summaria, & ordinarie velle agere, quia potest renuntiare privilegio in suum favorem introducto, Ordin. lib. 3. tit. 33. §. 6. ibi: *Salvo se elle renunciar o privilegio da reconvençãõ*: arg. Ordin. lib. 1. tit. 52. §. 10. & lib. 3. tit. 18. §. 2. & lib. 3.

tit. 24. in princ. nisi quando sit summarium in favorem Rei arg. Ord. lib. 4. tit. 54. §. fin. ultra alios Cabed. decis. 72. prosequitur Abb. ubi additio in cap. 1. de libel. oblation. Cotta in memorabil. verbo arbiter, Azeved. ad l. 19. tit. 9. lib. 3. n. 3. & seqq.

5 Nec pariter obstabit, quod super proprietate, & possessione rei non potest ad diversos iri iudices, cap. 1. de caus. poss. gloss. magna, ubi communis in cap. ult. de iudic. gloss. verbo indistincte in cap. 1. de sequestr. gloss. 1. in cap. 1. de caus. poss. probat l. nulli C. de iudic. l. ordinarij in fin. C. de reivindicat. l. 1. ff. de quibus rebus, Cujat. lib. 2. observ. cap. 35. Cabed. decis. 32. num. 3. 1. part. facit Ordin. lib. 3. tit. 33. §. 2. Ubi durante prima lite non potest reus in alio iudicio conveniri super diversa re, cap. ult. de rescript. cap. dispendia eod. tit. in 6. Auth. & consequenter C. de sent. & interloc. ex qua deducta fuit illa Ordin. d. §. 2. Barbosa in l. qui prior ff. de iudic. à num. 10. Maranta de ordine j. dic. part. 4. decis. 6. num. 13. Bernardus Muscatel. in praxi part. 3. gloss. actorem num. 4. Ergo à fortiori super eadem, licet proponatur diversus petendi modus: quo fundamento Ordin. lib. 4. tit. 58. §. 1. agens de spoliato, dum permittit spoliatori, ut ordinarie agere possit, debet exponi, ut agere possit coram eodem iudice, qui de causa possessionis cognovit; non vero coram alio: quia reg. d. l. nulli etiam habet locum licet causa possessionis jam sit finita, d. l. ordinarij, ibi: *Prius exhibitis mancipijs de possessione iudicetur, ac tum demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur*. Bart. in d. l. nulli, ubi communis ex Jas. num. 12. Jacobin. num. 9.

Satisfit enim, quod illæ traditiones nullo modo conveniunt nostro casui, in quo Reges invictissimi tam attento jure, quam ex concordia, & contractu cum Prælati inito de violentijs cognoscunt, etiam inter personas Ecclesiasticas: verba concordia hæc sunt, ibi: *Que a costume sempre foy em este Reyno,*
 & he

*& he que das forçãs novas, que são feitas atè hum anno, ainda que seja entre Clerigo, & Clerigo, & sobre cousas Ecclesiasticas, se aquelle, que he forçado, o que a citar perante o juiz secular, que o pode fazer, &c. refert Cabed. decis. 82. & decis. 76. num. 4. Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 2. Valasc. conf. 162. num. 4. Gaspar Roiz de annuis reddit. lib. 1. quæst. 17. à num. 55. Et ideo Rex dicitur Vicarius, quem vocat Prætozem magnum Valasc. conf. 79. num. 2. ibi: *Recurritur ad Regem tanquam magnum Prætozẽ, quia ipse est iudex, & expulzor violentiarum:* & Vicariũ Dei gloss. 1. in l. 1. tit. 1. part. 2. adeo ut etiam super rebus spiritualibus ratione violentiæ se intrmittere valeat defensionis gratia, Avendan. de exequend. cap. 1. num. 25. Guillelm. verbo absque liberis num. 45. Henriques 2. part. Summæ fol. 1305. Azeved. lib. 1. tit. 5. l. 6. num. 3. Barbosa in l. Titia num. 39. & 47. Gutierr. lib. 1. practicar. quæst. 20. Aviles prætor. verbo Mandamientos, num. 10. fol. 53. late Zevallos 4. part. contra cõmunes quæst. 1. num. 130.*

7 Unde licet in præsentì actum fuerit coram dicto Conservatore, ut censuras proferret, adhuc coram eo iudicium non proponebatur susceptum, nec si susciperetur, obstaret extraordinario remedio recursus ad Regem pro violentia reparanda, cui partes nunquam renuntiare censentur: imò nec possunt in his casibus, in quibus Regia potestas, vel Regum indulta, vel concordix offenduntur. Et licet verum sit, quod Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 2. non imponit necessitatem, ut coram iudice sæculari pro violentia contra Ecclesiasticos agatur, cum liberum sit partibus iudicem Ecclesiasticum, vel sæcularem adire, quem malint, & respectu cognitionis debeat considerari præventio, ut patet ex verbis illius Ordinationis, ibi: *Poderà o Clerigo, &c.* Quæ verba non necessitatem, sed voluntatem designant l. non quidquid ff. de iudic. ibi: *Non quidquid iudicis potestati committitur, juris necessitati subjicitur:* exceptis illis casibus,

in quibus necessario in sæculari agendum est, ut in Ordin. lib. 1. tit. 12. §. 5. Covar. pract. cap. 35. num. 2. vers. ceterum, Jacobus de Grassis decis. aurea lib. 4. cap. 18. num. 138. Sese de inhibition. cap. 8. num. 37. Tamen in nostro casu cum ad finem censurarum ageretur, ut tueretur in sua possessione Actor, hoc non impedit, ut ipse per libellum restitutionem postulet.

8 Circa ultimum de meritis causæ placuit, Actorem restituendum pristinx possessioni emphyteusis perpetuæ, quem domina Abbatisa, & moniales spoliare non poterant, & nullitatem tituli arguere, ut restitutio impediat: nam licet sedimina, seu mansus Ecclesiæ, vulgo passalia, quæ in ambitum Ecclesiarum consistunt, ex Ordin. lib. 2. tit. 22. ibi: *Nos assentos das Igrejas de nosso padroado, & nos passaes conjuntos a ellas:* late D. Caldas Pereira de renovat. quæst. 15. num. 15. dotalia bona censentur, quæ alienari nequeunt à Prælati, argum. l. 4. l. dotale 13. ff. de fund. dotal. Donel. lib. 12. jur. Civil. cap. 20. num. 26. eleganter Cujat. tom. 3. fol. mihi 1811. de feudis in tit. de his qui feud. dare poss. vers. Mansum, ibi: *Mansus autem est fundus, unæ quis se, & familiam suam tueri satis commode potest:* & paulo infra idem: *Anonius Carolum Magnum, ne inopia coacti ministri divini cultus in eo segnius elaborarent, edixisse, ut singulis Ecclesijs mansus tribueretur unus, quod etiam constitutionibus Caroli ab Ansegiso Abbate collectis legitur, eo addito ut pro manso illo Ecclesiæ nullum servitium, nullum censum senioribus debeant, &c.* Cui prohibitioni accedit extravagans ambitiosæ de rebus Ecclesiasticis Pauli Veneti, qua sancitum est ecclesiarum bona alienari non posse ultra triennium: Gama decis. ult. in fin. quam ibi dicit receptam in hoc Regno: licet agenti incumbere onus probandi extravagantem esse usu receptam dicat Rodoan. de rebus eccl. quæst. 36. num. 20. Quæ quidem extravagans reperitur confirmata per Breve Pauli lib. motuum fol. 367. Quod

tamen postea revocatum fuit per aliud Breve à Pio IV. fol. 416. de cuius explicatione, & an procedat in donatione fructuum, Caranta in summa Bullarum tit. de alienat. rerum Eccles. vers. tertio declaratur, Molin. disput. 466. vers. in tertio, explicat Covar. lib. 2. variar. cap. 16. num. 6. in fin. Castillo de usufruct. lib. 1. cap. 54. num. 25. Gutierr. Cannon. cap. 8. Cavalcan. decis. 43. 45. & 46. Cened. collectan. 32. ad 6. Rodoan. de rebus eccles. quæst. 15. num. 13. Rotta in novis decis. 14. diversor. num. 3. Thefaur. decis. 131. num. 6. Tamen sedimina, & passalia ecclesiarum unitarū adeo à prima natura deflectunt, & jus primævum amittunt, ut possint in emphyteusim libere concedi, ac alia quæcunque bona ecclesiarum, & cum iisdem solemnitatibus, quæ regulariter requiruntur, absque eo quod necessaria sit Summi Pontificis auctoritas, ut usu receptum est in reliquis passalibus, quæ in emphyteusim concedere Prælati volunt. Unio enim beneficij uniti nomen extinguit, adeo ut in posterum denominetur ab eo, cui unitum est: plene notat Hostiens. post gloss. in cap. 1. ne sed. vacant. ubi Abb. 2. col. Quod sine dubio procedit in unione perpetua, quia tunc mutat statum, & res unica sequitur naturam illius, cui unitur, cap. recolentes de statu monachor. cap. visis 16. quæst. 2. ubi Scribentes, & in Summa 16. quæst. 1. Probus in cap. super eo

de præbend. in 6. faciunt quæ tradit Brunus de augmento vol. 11. tractat quæst. 5. fol. 113. Mandos. regul. 22. quæst. 12. num. 8. quia unio temporalis potius dicitur dispensatio palliata resolvit Cassad. super reg. quæst. 31. num. 5. & in titulo de unione quæst. 2. num. 9. Mandos. in reg. 12. quæst. 6. num. 5. Et ideo dicitur, quod Ordinarij non possunt unire ad vitam, cap. sicut unire de excess. prælator. ubi. communis, Concil. Trident. sess. 24. cap. 17. ibi: *Unionibus ad vitam*: nisi dicas, quod hoc casu unio ad vitam perpetua dici potest, secundum notata in l. juris peritus ff. de excusat. tutor. gloss. in Clem. 2. de rescriptis, Panorm. in cap. quanto, col. pen. de jurejur. Jas. in l. sufficit ff. de condit. indeb. num. 2. Alex. conf. 206. volum. 7. col. fin. quibus causis, & quo tempore unio præsumatur, late Menoch. lib. 6. præsumpt. 180. à principio.

Sicque bona dotalia ipsius, dotalia esse desinunt, & fiunt alienabilia, & libere ab inferioribus prælatis cum debitis solemnitatibus in emphyteusim concedi valent sine speciali, Summi Præsulis confirmatione: sicque percepi sæpius judicatum fuisse in judicio Ecclesiastico: & sententiarum tenorem referam in nostro libro de Manu Regia latorum in judicio Collectoris: hujus processus fuit Scriba Quintal.



SUMMARI A.



Inter creditores hypothecarios præfertur ille, qui anteriorem habet hypothecam.

Prælatio consideratur etiam ratione pignoris. *ibi.*

Interpretata l. is cui ff. ut in possess. legat. §. qui prior.

In prætorio pignore creditores ex eadem causa concurrunt equaliter *ibi.*

2 Differentia non est constituenda; vel prior hypotheca sit generalis, vel specialis.

Interpretatur l. 2. C. de pignorib. *ibi.*

Creditor habens specialem, & generalem hypothecam, non potest uti generali, nisi quando per specialem illi solui non potest. *ibi.*

3 Licet res posteriori creditori sit tradita, prior creditor admittetur, quia jus non metitur à traditione, sed à jure.

DECISIO XXIII.

Quando concurrunt duo creditores cum generali hypotheca, quis eorum in executione præferendus sit? Ad Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1.



Um Antonius da Costa, & Domina Elisabet de Gamboa sententiam exequerentur habitam contra Emmanuelé de Matos, pro ejus executione captæ fuerunt binæ domus, & creditori in publica subhastatione addictæ, quarum statim vendidit

Fiscus non præfertur prioribus creditoribus, licet ipsi solum habeant specialem hypothecam. *ibi.*

4 Fallit in bonis post primam obligationem quasitis.

Pariter in rebus tributarijs. *ibi.*

Interpretata l. fin. §. qui negotiatori ff. qui potiores. *ibi.*

Pupillus præfertur, quando ex ejus pecunia tutor emit. *ibi.*

Sic pariter miles. *ibi.*

Vel mutuum datum est ad refectioem. *ibi.*

Vel quando res propria venditur cum hypotheca. *ibi.*

5 De jure Regio qui priorem habet hypothecam, solum revocat solutū, quando ignoravit litem motam.

6 Executio non retractatur, si bona debitori suppetant.

7 Prioritas in sententia non sufficit, si alius præcedit in executione.

8 Interpretata Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1.

unam Baptistæ de Colonia, alteram domum Francisco de Paiva. Contra quos emptores Reus rei vendicationem intentavit, proponens nullitatem additionis, & obtinuit, ut sibi restituerentur. Emptores contra venditorem per evictionis beneficium insurgentes litem

tem

tem moverunt, & quia eo tempore Antonius da Costa obiit, contra uxorem pro sua dimidietate litem fuere profecuti: & primus Franciscus de Paiva sententiam obtinuit, quam cum exequi distulisset, Baptista de Colonia, Rea ad iudicium vocata, quæ statim debitum agnovit, sententiam reportavit, quam statim extraxit, & prius pro executione pignoraavit Ream in sententia lata in favorem dictæ Reæ, quia alia non suppetebant bona, & executionem perfecit: eandem etiam sententiam in pignus accepit dictus Franciscus, & uterque contendebat super jure prælationis (uterque namque habebat generalem bonorum venditoris hypothecam) in qua erat prior dictus Colonia, qui prius sententiam habuit, opponebatque contra sententiam secundi creditoris, quod adeptus fuerat fraudulenter, & per confessionem patris, ut sibi præjudiciû fieret: & insuper se fuisse legitime impeditum, ne exequeretur, per quædam impedimenta à secundo creditore objecta. Secundus vero creditor se perfecisse executionem asserbat, & præferendum ex Ordin. lib. 3. tit. 91. §. 1. Pro quo Præses sententiam protulit excluso primo creditore, & quia res est dubia, & satis quotidiana in Senatu, notandum duxi.

I Quod inter creditores hypothecarios præfertur ille, qui anteriorem habet hypothecam, l. potior ff. qui potiores, ibi: *Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, & accipit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit, poterat enim, licet convenit, non accipere ab eo pecuniam*: l. creditor eod. tit. ibi: *Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, & alius vendicat hypothecaria actione, exceptio prioris utilis est, si non mihi ante pignori hypothecæ ve nomine sit res obligata, sive alio possidente prior creditor vendicat hypothecaria actione, & ille excipiat, si non convenit, ut sibi sit res obligata: sic in meo supra relatam replicavit, &c.* Cujat. in Pa-

ratlita ejusd. tit. l. si fundum 4. l. diversis 8. C. eod. tit. l. 27. tit. 13. part. 5. Barbosa in l. 1. ff. solut. matrim. 6. part. num. 6. Stracha de decoctorib. ultim. part. num. 11. Budeus in tit. de pignor. sub tit. quibus modis pignus à princip. Ferrar. in praxi sub tit. de forma libelli, in actione hypothecaria §. sub eadem obligatione num. 9. Negus. de pignor. 2. membr. 5. part. princ. à princ. Dynus in reg. qui prior de reg. jur. lib. 6. Dueñas reg. 168. à princip. Matienç. in l. 7. tit. 16. lib. 5. n. 3. gloss. 5. Gutierr. practic. lib. 5. quæst. 99. num. 6. Cassan. in Catalog. 12. part. consider. 99. in princip.

Quod quidem obtinet, etiam in pignore dato, ratione cujus de prælatione inter creditores contenditur, vel illud sit conventionale prætorium, vel iudiciale, vel unus prætorium pertendat, iudiciale alter, vel conventionale, l. si posteaquam ff. ut in possess. legator. Negus. 2. membr. 5. part. à princ. & 4. part. 2. membr. num. 32. Nec obstat l. is cui §. qui prior ff. ut in possess. legat. ibi: *Qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei, qui postea mittitur, inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur*: l. si finita §. si plures l. prætor ait §. ejus rei ff. de damn. infect. Ubi probatur admitti concursum, non vero attendi prioritatem obligationis: quia respondetur, quod illa jura agunt de prætorio pignore, quando quis mittitur in possessionem, ut in titulo de prætorio pignore, in quo quando creditores ex eadem causa nascuntur, omnes concurrunt. Sicque procedunt jura supra citata: quando vero ex diverso titulo, ille præfertur, qui prior est tempore, d. l. is cui §. postquam, ibi: *Postquam rei servanda creditores possidere cæperint, legatorum servandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habebitur.* Cassan. d. confid. 99. ampliatur. 10. Prateus reg. 4. & 15. limit. 7.

2 Nec aliqua differentia constituenda est, vel prior hypotheca sit specialis, vel generalis; posterior vero sit specia-

specialis, vel an prior sit tacita, vel expressa l. 2. ibi: *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur, &c.* ff. qui potiores in pignor. habeant. l. licet, l. si generaliter C. eod. tit. Budeus in tit. de pignor. sub tit. supra citato num. 88. Negul. d. 2. membr. 5. part. num. 14. Nec aliud probat l. 2. C. de pignor. ibi: *Quavis constet specialiter quædam, & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & æquale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est, ideoque si certum est posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum dirigere debitum, at quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses provinciæ jubebit:* ubi posterior specialis hypotheca præfertur priori generali, quatenus ex eo textu prohibetur creditori agere ex generali hypotheca priori: nam in eo textu habebat prior creditor hypothecam specialem, & generalem simul omnium bonorum debitoris. Quo casu ratio non patitur, ut omissa dicta speciali hypotheca utatur generali in præjudicium secundi creditoris specialis; nisi casu, quo per suam specialem illi satisfieri non possit: explicat Covar. lib. 3. resolut. cap. 18. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 7. num. 21. Paris. conf. 50. num. 36. lib. 1. Conan. lib. 4. comment. cap. 17. num. 6. Negul. 2. membr. 5. part. num. 51. & primo membr. 3. part. num. 20.

3. Unde licet res posteriori creditori sit tradita, prior creditor admitteatur, ut eam revocet, ut sibi solvatur, quia jus in hypotheca acquiritur ex ipso contractu, non à traditione, l. 1. ff. de pignor. actione, ibi: *Pignus contrahitur non sola traditione, &c.* l. contrahitur 4. de pignor. Sicut alias fiscus non præfertur creditoribus anterioribus, licet ipsi solum habeant hypothecam tacitam, l. unica C. rem alien. gerent. in l. si fundum C. qui potiores, ibi: *Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro, nam & privato potuisset.* Negul. 4. membr. 2. part. num. 109. Covar. d. cap.

18. num. 2. Capic. decis. 129. Peregrin. de jure fisc. lib. 6. tit. 6. num. 16. Cujat. lib. 6. observat. cap. 4.

4. Quod tamen fallit in bonis post obligationem quæsitis, quia in his fiscus præferetur l. si qui 28. de jur. fisc. ibi: *Si qui mihi obligaverat, quæ habet, & habiturus esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potior rem esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est, prævenit enim causam pignori fiscus:* l. satis notum C. in quibus casib. pign. Præteus ubi supra limit. 8. Peregrin. ubi supra num. 5. Barbof. in d. l. 1. 2. part. num. 21. & 7. part. num. 1. Nec obstat l. fin. ff. qui potiores, vers. item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisivit, ubi fisco præfertur prior creditor, quia ex eo procedit, quia bona quærenda erant hypothecata specialiter. Sicut alias ipse in rebus tributarijs præfertur pro tributis creditoribus anterioribus: nec aliud probat l. fin. §. negotiatori ff. qui potiores, ibi: *Idem debitor conductor horreorum Cæsaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni positus ad lapidum venditionem officium suum extendit, quæsitum est, an jure pignoris eos creditor retinere posset, respondit secundum ea, quæ proponerentur, posse.* Qui textus licet videatur probare, fiscum non præferri ob tributa sibi debita priori creditori, cum tamen præferri debuisset, quia ille, ex cujus pecunia marmora empta fuerunt, solum habet prælationem in personali alijs creditoribus agentibus personali actione l. quod quis ff. privileg. creditor. ibi: *Vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum:* quia ille sive ante, sive postea contrahat, præfertur in personali ei, qui credidit in refectionem, Gu-tierr. lib. 5. practicar. quæst. 98. num. 1. Cassan. d. consider. 99. limit. 2. gloss. 2. per text. ibi in Auth. quo jure C. qui potiores: & est communis ex Salycet. num. 3. in l. licet C. qui potiores, ibi: *Tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter*

cialiter obligatum, convenit omnibus anteferris, juris auctoritate declaratur. Gutier, ubi supra num. 3. Quia potest dici, quod in eo textu creditor præfertur fisco, quia ipsa marmora specialiter fuerunt creditori obligata, & succedit regul. d. l. licet: Hic enim casus est exceptus, sicut & alij, in quibus secundus creditor præfertur priori, ut in emptione militiæ, l. fin. junct. Auth. quod obtinet C. de pignor. Item in pupillo secundo creditore, cujus pecunia tutor emit, l. idem 7. ff. qui potiores. Item in re empta ex pecunia militis l. si ut proponis C. rei vindicat. Item quando mutuum datum est ad refectionem domus l. interdum ff. qui potior. ibi: *Vt puta si in rem istam conservandam impensum est, veluti si navis fuit obligata, & ad eam rem armandam, vel reficiendam ego credidero:* prosequitur Gutier. ubi supra num. 4. Item in venditione rei propriæ, quando actum est, quod ipsa remaneat specialiter obligata pro pretio, quia tunc in ea venditor necessario præferendus est reliquis creditoribus etiam anterioribus, Anton. de Fan. de pignor. 4. part. princip. num. 33. & 2. membr. 5. part. princip. num. 18. Bald. Novel. de dote 10. part. princip. in princ. num. 3. Matienço d. gloss. 5. num. 7.

5 Attento autem Regio jure creditor, vel privilegiatus, vel qui priorem habet hypothecam, soluta secundo creditori revocat, quando ignoravit litem moveri, vel fuit absens, vel alio legitimo impedimento detentus; alias enim sibi præjudicavit ob negligentiam: quæ decisio desumitur ex l. pen. §. 1. ibi: *An jus avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, &c.* & ibi: *Puto non obstare rei judicatæ exceptionem.* ff. de exception. rei judic. facit l. edicto 13. §. cum autem ff. de jur. fisc. quia facile succurritur legitime impedito. Paulus in l. si fidejussor §. si in solidum ad fin. ff. de fidejuss. Alexand. in l. 4. §. condemnatum num. 17. ff. de re judic.

6 Et tandem addit, ne retractetur semel facta executio, si alia bona debi-

toris reperiantur; quod intelligi debet, etiam si sint bona fidejussoris ipsius debitoris, quia bona fidejussoris reputantur debitoris, ut efficiant unum patrimonium, l. si plures §. præterea, junctâ gloss. verbo aggregandæ ff. de fidejuss. Alex. in l. si constante ff. soluto matrim. num. 3. Hippolyt. singul. 3. & in rubric. de fidejuss. num. 179. Cassan. in consuetud. rubr. 5. §. 2. num. 14. Valasc. conf. 13. Bertasolus de clausul. instrum. claus. 42. gloss. 8. num. 6.

7 Quibus fundamentis Præsidis sententiam revocandam duximus: constabat enim, quod creditor Franciscus de Paiva, qui prius sententiam obtinuit, erat posterior in hypotheca, & licet prior in sententia obtinenda, tamen Baptista de Colonia post sententiam habitam in simul pignoravit: quo casu necessario præferendus erat, ex ratione Ordin. d. lib. 3. tit. 91. §. 1. *O que primeiro fizer execucao, ou penhora.*

Nec obstat, quod primæ sententiæ fuerunt objecta impedimenta à parte adversa, & interim secunda sententia obtenta, & facta executio, quod prodesse non potest parti, nec nocere illi, qui primo sententiam obtinuit, qui suam executionem perficeret, nisi fuisset impeditus: & succedit Ordin. in §. 1. ibi: *Salvo se o que primeiro ouve sentença, & primeiro foi credor, teve algum legitimo, & taõ urgente impedimento, por que nam pode executar, &c.*

8 Quia illa Ordinatio eo tendit, ut conservetur jus prioris creditoris: & est desumpta ex l. inter eos, ff. de re judic. ibi: *Inter eos, qui ex eadem causa debentur, occupantis melior est conditio, nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus, sicut fit in de peculio actione, nam & fit occupantis, melior est causa:* ad idem l. in judicati ff. illo tit. ibi: *In judicati actione non prius ratio haberi debet ejus, cui prior reus condemnatus fuerit: nec dicit, quod qui habuit prius sententiam, præferatur, sed qui prius executionem fecerit.* Unde illa verba Ordinationis, *Seo que ouve primeiro sentença, & primei-*