

*E se o alugador da casa não pagar o aluguer ao tempo que prometteo, o senhor della o não poderá por si penhorar; & ibi: Mas poderá mandar fazer isso ao Alcaide; & ibi: E se o senhor da casa não achar a pessoa a que alugou; & ibi: E achando se depois que o senhor da casa. Quæ lex cum sit exorbitans, non potest extendi ad casum, in quo non loquitur, & dato contrario sequeretur absurdum, quia cum prædicta Ordinatio permittat dominum domus executionem facere in bonis secundi conductoris, posset idem pro pensione ejusdem anni à duobus pignorari, à domino scilicet domus, & à primo conductore, si iste exactam per executionem pecuniam in usus suos converterat, cum tamen aliàs de jure communi secundus conductor solvendo primo à domino liberetur, ita quòd per eum à domo ob non solutam pensionem expelli non possit, licet primus conductor pecuniam, quam à secundo accepit, consumat, dominoque domus tradere prætermiserit, tradit *Com. 2. var. cap. 3. num. 12.* Igitur si Ordinatio permittit domus dominum pignorationem facere in bonis secundi conductoris generaliter, (in quo includere videtur casum, quo ille jam primo conductori solverat) expressè censetur denegare hoc jus executivum primo conductori adversus secundum; ex quo credo apud nos prædictum jus illi non competere, nisi id mandato domini domus fiat, aut veluti excessa actione, si fortè jam ex propria domus domini satisfecit, velitque se indemnem servare.*

60 Ampliatur decimò, ut etiam executivè procedatur adversus conductorem minorem, quia in consequentiam actus permisi bona minoris obligantur, *Gloss. L. fin. Cod. de leg. tutel. Bald. & Angel. L. Item quia, ff. de pact. dicit communem laj. L. si constante, ff. solut. matr. per quæ ita resolvit Rebuf.*

dict. art. 4. gloss 2 num. 41.

Limitatur tamen primò prædicta Ordinatio, quia ut dominus domus possit ad pignorationem procedere, debet prius requirere, & monere conductorem primum, sive secundum, quem domi invenerit, quod solvat, eoque in solutione cessante, potest per officialem pignora capere: dicta Ordinatio ibi: *Poderá requerer o que achar na casa;* quod & ipsum in pignoratione ex sententia facienda habetur in *Ordin. lib. 3. tit. 86. in princip. notat Valasc. de jur. emphyteut. quest. 20. n. 17. ad fin.* qui ex hoc infert, quòd si nemo in domo inveniatur, nõ posse pignorationem fieri in bonis ibi existentibus, sed necessariò ad eundem, potest tamen fieri arrestum ex in fine dicendis.

Limitatur secundò: quia tantum in bonis in domo conducta pignorationem fieri potest, non verò extra illam sint, licet conductoris esse probetur, ex text. in *dict. L. in prædijs, vers. videndum, tradit Rebuff. dict. gloss. 2. numer. 37. Soar. dict. notabil. 11. vers. Item est alius casus, Menoch. de adipisc. remed. 5. numer. 134. Aviles Prætor cap. 10. verbo, execucion num. 47. Carroc. de locat. 5. part. tit. de invest. & illat. quest. 22. num. 12. Gratian. For. cap. 117. num. 5. Gurb. dist. 4. num. 9. Roderic. dict. art. 3. n. 32.*

In domo autem existere dicimus, etiam si non sint intra ipsam domum, sed in area, porticu, vel diversorio juncto domui, *L. 3. ff. quibus in caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. Rebuff. dict. gloss. 2. num. 24.* nam & bona in eadem loca illata sunt tacitè pro pensione hypothecata, *L. eo jure, § 1. eod. tit. Bart. L. cætera, §. hoc Senatus, ff. leg. 1. Neguz. de pign. 2. part. membr. 4. n. 139. Mascard. concl. 210. n. 3.*

Limitatur tertio, ut solum parata executio locum habeat pro pensione in bonis domi inventis, si illa conducto-

ris sint; secus in aliena. *Rebus. d. gloss. 2. num. 36. Valasc. dict. quest. 20. n. 17. vers. Tertia*, licet ejus littera corrupta sit, *Roderic. dict. art. 3. num. 31.* Ratio est: quia sicut bona aliena expressè obligari nequeunt nisi domino consentiente, *L. 1. §. 1. ff. pign. ita & multò minus tacitè, L. rem alienam, ff. pign. act. gloss. L. certi, Cod. locat. Bart. d. L. Item quia.*

Nec obstat *Ordinatio dict. §. 3.* dum determinat quòd si conductor in domo non inveniatur, possit dominus domus requirere pro solutione pensionis secundum conductorem, vel illù, qui in domo rem aliquam habuerit, & quòd si solvere neglexerit, pignorationem faciat, ibi: *Ou o que nella ti ver alguma cousa que lhe pague o aluguer, e não o querendo pagar, pòde-o por isso mandar penhorar.* Quia illa *Ordinatio* tam in primo, quàm in secundo casu, semper in secundo conductore loquitur, qui conduxit domum à primo: multiplex est domus usus, vel ad habitandum, vel ad concludendas, & servandas merces, ut videre est in horreo tritici, vini, aut olei, & ad alterum ex his duobus effectibus ædes conducuntur: quare dum *Ordinatio* dicit, quòd non invento illo, cui dominus domum locavit, & in illa inveniatur alium, intelligitur de secundo conductore, qui à primo subconduxit ad habitandum; & in illis verbis, ibi: *Ou o que nella ti ver alguma cousa*, intelligitur de secundo, qui subconduxit à primo, non ad habitandum, sed ad servandas merces. Iuxta quem intellectam juris regulis consonum, & planum jam cavebis à prava sententia eorum, quos refert *Valasc.* ubi proximè, qui per istam *Ordinatio* putabant posse pro pensione pignorationem fieri in bonis qualitercumque in domo conducta inventis, etiamsi tertij essent fortè in deposito, quod esset absurdum. Sic etiam confirmabis aliam

Tom. I.

resolutionem, quam tradit *Rebus. dict. gloss. 2. num. 31.* ubi dicit non posse pro pensione domus pignorationem à domo domino fieri in bonis hospitis ibi inventis: quam dicit elegantem limitationem *Valasc. dict. num. 17.* licet stabularij possint retinere bona hospitis pro salario prandij, aut cenæ. *Bald. dict. L. certi juris quest. 2. Cod. locat.*

Limita quartò: quia licet possit pignoratio fieri pro pensione, non tamen fiet pro deterioratione domus, nec licet invecata, & illata in domum sint tacitè pro deterioratione etiam hypothecata, *L. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. Bart. L. solutum, §. solutam in fin. ff. pign. act. Neguz. dict. membr. 4. part. 2.* adeo quòd fidejussor pro pensione datus conseatur etiam pro deterioratione intervenire, *L. amissi, §. fidejussores, ff. fidejussor. Cepol. caut. 127. Roman. singul. 52. late Hippol. de fidejuss. quest. 8.* tamen cum *Ordinatio* in deterioratione non loquitur, cum agit de pignoratione facienda, ad illa trahi non potest, juxta regulam *L. si servum §. Prætor ait, vers. non dixit Prætor, ff. de acquir. hered. resolvit Rebus. dict. gloss. 2. num. 32. Valasc. d. num. 17. vers. quarto.*

Limita quintò: quia prædicta pignoratio ante solutionis tempus fieri nequit, *Ordinatio dict. §. 3.* ibi: *E se o alugador da casa não pagar o aluguer ao tempo que prometteo:* tradit *Rebus. dict. gl. 2. num. 43.* si tamen ante solutionis tempus conductor fiat suspectus de fuga ad cautionem præstandam, cogendus est, aut arrestum in bonis ejus pro quantitate pensionis totius anni conductionis faciendum est, ex *gloss. verb. reverentiam, L. pen. Cod. de bon. libert. resolvit Rebus. dict. num. 43.* Hic autem suspectum de fuga accipere debemus non solum qui bona non possidet, sed generaliter omnem illum, de quo est suspicio, quòd deserta domo

E

con-

conducta ante conductionis finitum annum, intendit aliò migrare; nam licet bona possideat immobilia, aut cautione, vel arresto securam facere totius anni pensionem cogendus est, non enim in manu ejus est, extractis è domo conducta bonis suis, privare locatorem jure suo pensionem executive exigendi ex regula text. in *L. 2. §. 1. ff. solut. matrim.*

66 Limita sexto, ut parata executio, de qua in dicta Ordin. quam locator propria potest autoritate facere, solum procedat in prædijs urbanis, non verò in rusticis, cum Lex Regia in illis non loquatur; potest tamen ex causa impetrari à judice, quòd pro securitate pensionis fiat arrestum in fructibus, *Carol. in consuet. Parisiens. 2. part. gloss. 1. verb. arrestum, à num. 10. Gail de arrestis Imperij, cap. 11. num. 6. maximè si fundum velis deletere, Borrel. 2. part. decis. tit. 37. de sequestr. num. 44.*

67 Dominus tamen prædij, qui locavit pascua, potest pro pensione autoritate propria pecora capere, & detinere dum ibi sunt, non postea. *Menoch. de recuper. remed. 11. num. 8. Cavalc. dec. 23. num. 31. & dec. 44. n. 47. part. 1. Guarb. qui plures refert dec. 40. à num. 1. & 7. & præfertur emptori pecorum, licet antea ab eo empta essent, ex regula text. in *L. interdum, L. hujus enim, ff. qui potior. in pign.* refert judicatum *Camil. Borrel. 2. part. decis. tit. 37. de sequestr. n. 196. cum seq.**



Quintus casus.

De pacto, quod debitore in termino non solvente, executio fiat sicut ex sententia.

SUMMARIUM.

Instrumentum habet paratam executionem, si in eo sit clausula, quòd debitore in termino non solvente, executio fiat in ejus bonis, sicut si condemnatus esset; quòd procedit de jure communi, num. 68.

Utrum hoc procedat de jure Regni, n. 69.

Ut prædictum instrumentum virtute prædicti pacti possit exequi, requiritur quòd imploretur judicis officium, nam licet de jure communi creditor autoritate propria executionem peragere possit, contrarium observatur de jure Regio, n. 70.

Talis executio non potest fieri nisi de pacto constet per publicum instrumentum, vel ejus vim habentem, n. 71.

Alius casus saltem notabilis, in quo instrumentum paratam habet executionem, sicut sententia, est, si in eo sit clausula, quòd debitore in termino non solvente, executio fiat in ejus bonis, sicut si condemnatus esset per sententiam, hoc enim casu, ostenso judici instrumento, decernet executorium mandatum, prout in sententia fit. Istum casum ponit *Bart. L. creditores, vers. Quinto principaliter, Cod. de pignor. & in L. tale pactum, §. qui provocavit, ff. de pact.* latè *Soares L. post rem judicatam in declaratione Legis Regni in princ. à num. 8. ubi vocat tamolam quæstionem, ff. de re judic.*

Re-

Rebus. 1. tom. ad Leges Galliae, titul. de chirograph. recognit. num. 104. & titul. de luer. oblig. art 6. gloss. 3. à num. 23. Gallez. de Camer. oblig. 2. part. in 3. partic. quæst. 5. num 3. Neguz. de pign. 4. part. princip. à num. 8. Avendanib. L. 4. tit. de las excepciones num. 1. lib. 3. ordinam. Coler. de process. execut. 1. part. cap. 5. à num. 41. & 3. part. cap. 2. num. 5. & cap. 8. à num. 8. Azin. de execut. §. 1. quæst. 15. à num. 1. Boer. dec. 295 num. 10. Canar. de execut. instr. quæst. 32. num. 68. Franc. Marc. dec. 396. lib. 1. Seraph. de privileg. juram. privileg. 77. num. 4. Thesaur. dec. 26. num. 6. Gail. de pac. public. lib. 2. cap. 2. num. 26. & 28. defendit Scac. de judic. lib. 1. cap. 62. num. 23. ubi dicit communem, & usu receptam, quidquid contradicat Bald. dict. §. qui provocavit, Barb. L. alia, §. eleganter num. 47. ff. solut. matrim. Egid. L. ex hoc jur. 2. part. cap. 13. clausul. 6. num. 6. ff. de jud.

Hæc communis apertè probatur ex text. in dict. §. si quis provocavit, cujus verba sunt hæc, ibi: *Qui provocavit, pactus est intra diem certam pecunia qua transegerat non soluta judicatis se satisfacturum, judex appellationis nullo alio de principali causa discusso, justam conventionem veluti confessi sequetur.* Qui textus expressus est in materia, quia per transacti nem sententia fuit novata, L. 4 §. si ex conventionem, ff. de re judic & ita non illa, sed pactum habuit paratam executionem. In idem facit text. in L. cum quasi 30. §. si plures, ibi: *Perinde obligati erunt, ac si ob eam rem ex causa judicati ageretur,* ff. fideicommiss. libert. Tertiò ex text. in dict. L. creditores, ff. pen. Cod. pign. act. ubi valet pactum, quod debitore in termino non solvente, possit propria auctoritate creditor ré ipsius debitoris in pignus capere: concordat Ordin. lib. 4. tit. 57. in princip. de quo statim dicemus: si potest ex pacto, capi po-

terit in judici le, judicis implorato officio. Quarto, quia valet pactum, quod debitore in termino non solvente, in ejus persona fiat realis executio per capturam, judicis officio implorato, Ord. lib. 4. tit. 76. §. 2. de quo infra. Igitur & idem in executione bonorum externorum, quibus persona præponitur, ex regula cui licet lib. 6. Quintò, quia jus exequendi ex sententia, & ex pacto æquiparantur, dict. L. pen. L. dotis, ff. solut. matr. Igitur sicut sententia habet executionem paratam, ita & pactum id intendens ex regula æquiparatorum, de qua glossa, & Doctores in L. si quis servo, Cod. de furtis. Sextò, quoniam sententiam nullam possunt partes facere exequibilem per pactum, ut notatur in L. 2. Cod. commun. utriusque judic. & in cap. significasti de for. competent. est doctrina mirabilis Abb. cap. de causis col. 2. vers. in glossa verbo, partium, de officio deleg. quem sequuntur cõmuniter omnes secundum Gallez. d. 2. part. 3. partic. quæst. 4. num. 3. late probat Coler. dict. tract. 1. part. cap. 5. à num. 66. Ergo simplex pactum, ut agnoscant omnes, qui resolvunt nõ posse partes ordini judiciario renunciare, ut sententia in vim sententiæ valeat, sed in vim pacti, notat Felin. dict. cap. de causis num 6. & ibi Dec. num. 8. Imol. numer. 7. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 6. num. 17. Ex qua consideratione apertè refelluntur argumenta supradictorum Doctorum tenentium contra communem non valere pactum, quòd fiat executio, sicut ex sententia, debitore in termino non solvente, quorum motiva sunt non posse ordinem judicarium per partes remitti, quinimo & posse partes convenire, quòd processus ab executione incipiat, renunciando in hoc judiciario ordini, cum hæc præposteratio favorem privatum recipiat separatum ab utilitate publica, resolvit Boer. dec. 295. n. 10. Cot. d. cap. 5. n. 42. & n. 66.

69 An autem supradicta communis in hoc Regno servanda sit, est satis dubitabile, attenta *Ord. lib. 4. tit. 72.* per quam negativam tenent *Cald. forens. quæst. 8. num. 4. lib. 1. & de empt. cap. 25. num. 53. Aegid. dict. claus. 6. num. 6.* Itam tamen sententiam limitat idem *Cald. dict. cap. 25. numer. 53.* & sequenti, quando clausula instrumenti inquit quod creditor propria auctoritate possit executionem facere, tunc enim dicit, instrumento judici ostenso, posse absque partis citatione executionem facere, argumento *Ord. lib. 4. tit. 76. §. 3.* Cum verò liceat libere in jurisprudentiæ theatro philosophari, non credo doctissimos viros recte Ordinationis intellectum percepisse, habet enim in hæc verba ibi: *Se alguma pessoa em qualquer contracto prometter dar, ou fazer alguma coisa a tempo certo sob certa pena, & não a dando, fazendo, ou pagando ao dito tempo, logo seja feita execução em seus bens, sem elle mais ser citado, nem ouvido com seu direito: mandamos que tal desaforamento não valha, posto que logo assi a tal convença seja julgada por sentença, & que sem embargo do tal contracto, & sentença, se não faça execução por ella, sem o condemnado ser chamado, & ouvido com seu direito sobre essa execução.* Pro intellectu notandum est in casu illius duplicem concurrere conventionem. Prima, qua conventum est, quod debitore in termino non solvente, executio fiat. Secunda, quod fiat debitore amplius non citato, nec audito. Secundam tantum damnat Lex Regia, non primam, ut etiam de jure communi resolvunt *Roman Paul. de Castr. Aret. & Alex. in dict. L. Alia, §. Eleganter,* & ibidem *Barb. num. 47. col. 2. Valasc. cons. 175. num. 24.* Nec leges nostræ Regiæ facilè discedunt à receptis traditionibus juris communis, ut testatur idem *Barb. in L. si quis posteaquam num. 233. ff. de jud. quod evidentius*

demonstratur ex verbis ejusdem Ordinationis, ibi: *Se não faça execução por ella, sem o condemnado ser chamado, & ouvido com seu direito sobre essa execução:* ubi non extinguit jus exequendi ex contractu proveniens, sed tantum illud suspendit, donec vocetur, & audiatur debitor, ut alleget an aliquam adversus executionem habeat exceptionem; dictio enim, *sem*, id est, usque donec, suspensiva est, non distinctiva, ut declarat *Visso in tract. de dict. non dict. 296. August. Barb. dict. 379.* voluit enim Lex Regia quod executio ex conventionem maiore non fieret rigore, quam fit ex sententia, nam ut sententia exequatur, prius condemnatus citandus est. *Ordin. lib. 3. tit. 86. in princ. Mend. à Castr. 1. part. lib. 3. cap. 21. num. 1.* cujus citationis effectus est, ut cum exceptionibus suis audiatur, *Ord. d. tit. 86. §. 21. ibi: & passado o termo dos pregoens, não será necessario ser o condemnado mais requerido para dizer se tem embargos à arrematação, porque o requerimento que lhe foy feito que pagasse, ou desse penhores, basta:* potest enim condemnatus in executione multas exceptiones allegare, quibus suspendatur, aut evertatur executio; de quibus plenè dicemus infra *lib. 6. cap. 9.*

Et sic prædicta Ordinatio in illis verbis, ibi: *Se não faça execução por ella, sem o condemnado ser chamado, & ouvido,* declaranda est per aliam *dict. tit. 86. in princ. & tit. 87.* cum executio, quæ fit ex partium conventionem, æquiparetur illi, quæ fit ex sententia, *L. penult. Cod. pignor. act.* quod ulterius suadet ex verbis sequentibus ibi: *Sem o condemnado ser chamado, & ouvido com seu direito sobre essa execução:* hoc est, audiendus prius est debitor, an habeat, quod alleget super illo modo exequendi.

Vel etiam dici potest Ordinationem solum damnare executionem quoad poenam, ut ibi: *prometter dar,*

on fazer alguma cousa a tempo certo sub certa pœna ; quia cum multæ sint justæ causæ, & impedimenta, quibus debitor à pœna liberetur, de quibus infra lib. 2. cap. 14. noluit Lex Regia, cum id tempore contractus non appareat, sed à futuro pendeat, ne executio pro pœna ipsa fieret nisi prius audito debitore, nam aliàs instrumentum illiquidum paratam haberet executionem contra regulam *Ordin. lib. 3. tit. 25. §. 6* ex qua ratione regulariter instrumenta quoad pœnam, ut illiquida executionem non habent, ut dicemus infra lib. 2. cap. 14.

70 Declarabis primò istum casum, ut prædicti pacti virtute solum iudicis implorato officio possit executio fieri per ejus officiales, non per creditorem, nam licet de jure communi dato prædicto pacto possit creditor auctoritate propria executionem peragere, ut per text in dict. *L. creditores* notat ibi *Bart. in dict. §. eleganter num. 10. gloss. & DD. in L. Miles, §. judicati, ff. re judicat. Ruin. cons. 252. num. 7. lib. 4. Valasc. cons. 173. num. 25.* tamen in nostro Regno executio fieri nequit, nisi per officiales justitiæ. *Ord. lib. 4. tit. 57. §. 1. Valasc. dict. cons. 173. num. 20. & 23. Cabed. 1. part. dec. 210. numer. 5. Barb. s. dict. §. eleganter numer. 47. vers. quinimo, Cald. d. q. 8. n. 2.*

71 Declarabis secundò non posse fieri prædictam executionem nisi de pacto constet per publicum instrumentum, vel per scripturam publicæ vim habentem, aliàs si per chirographum, illud prius recognosci debet à debitore, resolvit *Rebuf. 1. tom. ad Leges Gal. tit. de chirogr. recognit. in præfat. num. 104.* quod similiter in cæteris casibus dicendum est.

Sextus casus.

De instrumento cum clausula, quòd debitore in termino non solvente, procedatur, sicut si esset Regis debitor, aut depositarius justitiæ.

SUMMARIUM.

Si partes convenerint quòd debitore non solvente in termino, executio fiat in forma Camere fiscalis, ac si debitum esset Regis, talis pactio habet executionem paratam, num. 72.

Si instrumentum habet clausulam, quod perinde habeatur, ac si juratum esset, aut quòd procedatur tanquam contra depositarium justitiæ, habet paratam executionem, n. 73.

CUM debitores Camere fiscalis executivè conveniantur, *L. abstinendum, Cod. quorum appellat. non recip.* ut infra casu sequenti, si inter partes conventum sit, quòd debitore in termino non solvente, executio fiat in forma Camere fiscalis, ac si debitum esset Regis, istud instrumentum paratam habet executionem, docet *Bart. dict. L. creditores, Guid. Pap. dec. 208. in fin. ubi testatur de prax. Peregrin. de jur. fisc. lib. 6. tit. 7. n. 18. Avendaanb. L. 4. tit. de las excepciones, num. 1. lib. 3. ordinam. Matthæus Coler. de process. execut. 1. part. cap. 5. num. 42. Zachias in addit. ad Gallez. de Camer. oblig. quest. 2. à numer. 24. & dec. 67. num. 2. cod. tract. ubi ita iudicatum refert in quodam, qui se obligavit cum clausula, more Camere Ducalis, & hac ratione habere paratam executionem obligationem Cameralem, quæ communiter fit Romæ per advenas, tenet *Scac. de appeblat. quest. 17. limit. 9 num.**

num. 5. & 29. Zachias ex dict. num. 24.
 73 Sic instrumentum habens clausulam, quod perinde habeatur, ac si juratum esset, executionem habet paratam, *Surd. de aliment. tit. 9. quæst. 24. num. 1. Zachias dict. dec. 67. num. 3.* Sic denique cum depositum, maximè si iustitiæ sit, executivè exigatur, *Rebuff. ad Leg. Gal. 1. tom. tit. de lit. oblig. gloss. 3. num. 18. Azin. de execut. §. 1. cap. 4.* de quo dicemus infra cap. 8. qui in instrumento voluit excuti, ac si depositarius esset, similiter executivè pulsabitur, quod similiter ad similes pactiones extendere poteris: cujus resolutionis ratio illa est; quia licet partes fingere non possint faciendo ex debito privati debitum Regis, ut per *Bart. & omnes in L. si is qui pro emptore num. 21. & 24. ff. de usucapion.* possunt tamen imitari introducendo in sui præjudicium, quod solum in favorem fisci disponentis, vel similis introductum est, quod licet ex regula text. in *L. penult. Cod. de pact.*

Septimus casus.

De debito Cameræ fiscalis.

SUMMARIUM.

Pro debitis Regis executivè proceditur; quoa privilegium concessum fuit aliquibus Proceribus, & Universitatibus, ut in Ducatu Brigantia, & Averij, ut expressum est in suis privilegijs, & in Academia Conimbricensi, n. 74.

Hoc privilegium procedit, quando debitum est liquidum, n. 75.

Solum proceditur executivè contra debitorem fisci non verò contra debitore debitoris; n. 76.

Hoc privilegium paratæ executionis non cõpetit conductoribus fisci, nisi expresse indultum sit, n. 77.

PRO Regijs debitis executivè proceditur bona, & personam capiendo, *L. Missi opinatores, Codic. de exact. tributor. lib. 10. L. Publica, Cod. de ferijs, L. abstinentum, Cod. quorum appellat. non recip. Auth. de mandat. Princip. §. Coges, gloss. & Barb. L. 1. Cod. præscript. 30. vel 40. annor. Bald. L. 1. Cod. cina. ex L. ubi etiam Salicet. num. 3. Marant. de ord. judic. 4. part. distinct. 9. num. 65. Soar. L. post rem judicatam, notab. 7. num. 1. ff. de re judic. Bolan. in Curia Philippic. 2. part. §. 4. num. 6. Alfar. de offic. fiscal. gloss. 16. à num. 55. Rebuff. 1. tom. ad leg. Gal. tit. de sentent. execut. art. ult. gloss. 1. num. 3. Peregrin. de jur. fisc. lib. 6. tit. 7. num. 5. & 7. Gail. lib. 2. observ. 44. num. 1. & in tract. de arrestis imperij cap. 11. n. 32. Aviles Prætor cap. 10. verb. execution num. 44. Celer. de process. execut. 3. part. cap. 2. à num. 37. Cravita super ritibus Curia ritu 127. num. 3. Gutier. de Gabel. quæst. 164. à num. 2. Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1. part. §. 8. à num. 1. Crassis de exceptionibus in prælud. num. 30. Quemada in quæstionibus fiscalibus quæst. 9. in fin. probatque Ord. lib. 2. tit. 53. §. 1. Quod procedit in quocumque fiscali debito, quantumvis ex contractu descendat, secundum eos, quidquid ad debitum ex tributis, & publicis functionibus restringat *Azeved. L. 1. tit. 21. num. 57. lib. 4. recopil.* Et illud privilegium paratæ executionis aliquibus Regni Proceribus, & Universitatibus concessum est, ut constat ex *Ord. lib. 2. tit. 52. §. 9.* & in Ducatu Brigantia, & Averij expressum est in suis privilegijs, & in Academia Conimbricensi notat *Gam. dec. 66. in princ. & dec. 95. n. 1.**

Declarabis primò, ut procedat tantum, cum debitum est liquidum per confessionem partis, vel aliter, ita quod non cadat probabilis negatio, ut in tributis, si verò tamen est illiquidum,

dum, & incertum, ordinariè agendum est, *L. hi qui cum fisco*, *Cod. convenien. dis fisc. debitor. lib. 10.* *Bald. & Salicet. dict. L. 1. Cod. condit. ex Leg. Angel. L. fin. §. super publicis*, *Cod. ubi quis decurio*, *Lucas de Pen. L. 1. col. 3. Cod. conduct. lib. 11.* *Soar. dict. not. 7. num. 2. & 4. Coler. dict. cap. 2. numer. 41. & 42. Aviles dict. num. 43. Gutierr. d. quest. 164. à num. 6. Peregrin. dict. not. 5. vers. si verò debitum non est liquidum*, qui *num. 6.* limitat in officiali, qui administravit introitum aerarij, nam revisores deputati super computis, & rationibus, viso libro rationum absque alia partis citatione possunt executionem facere, *L. 2. §. si de frumentaria, ff. de ministr. rer. ad Civit. pert.* ubi notat *Bart. Afflict. cap. 1. num. 4. de novo beneficio.*

76 Declarabis secundò, ut solum executivè procedatur adversus ipsum fisci debitorem; secus quando contra debitorem debitoris, adversus eum enim ordinariè agendum est, nisi ipse debitum fateatur, *dict. L. 1.* ubi notat *Bald. & Salicet. Gloss. Ang. Imol. & Alex. L. à Divo Pio, §. sic quoque, per text. ibi, ff. de re judic. Soar. dict. notab. 7. num. 3. Peregrin. dict. tit. 7. num. 19. & 27. Aviles dict. num. 43. Gutier. dict. quest. 164. à num. 6. Ord. lib. 2. tit. 52. §. 6.* sic etiam a lverfus tertium bonorum fisci debitoris possessorem ordinariè, non executivè agitur, *Ord. dict. tit. 52. §. 4.* sed hæc via ordinaria non intelligitur de libello, sed quòd possessor exceptionibus audiatur, ut innuit *Ord. eod. tit. 52. §. 5.* ubi processum contra tertium vocat executionem.

77 Declarabis tertio, quia hujusmodi paratæ executionis privilegium fisci conductoribus non competit, nisi expressè hoc eis Princeps indulserit, ut let, quia mutata persona mutatur etiam rei conditio, *L. Per procuratorem, ff. de acquir. hered. ita Guid. Pap.*

dec. 208. Rebuff. dict. 1. tom. tit. de luer. oblig. art. 11. gloss. 3. numer. 19. Ex consuetudine tamen prædicti conductores executivè agunt, cum Regis nomine ad exactiorem procedant, ut testatur *Pirrhus L. pen. Cod. de conveniend. fisc. debitor. lib. 12.* *Rebuff. dict. tit. de sent. execut. art. ult. gloss. 1. numer. 3.* de quo dicemus infra *lib. 5. cap. 7.* & apud nos est Regimen *Gabel. cap. 23.* Ratio est: quia hi conductores habent jura filii, & Principis, *L. Creditor*, ubi *Bart. & Bald. ff. de act. empt. Peregrin. de jur. fisc. lib. 6. tit. 5. num. 33. Grat. Forens. cap. 970. n. 25.* Imò & solvens pro alio fisco repetit à debitore executive, & per capturam, & per eandem judicem, *Surd. cons. 444. Grat. Forens. cap. 154. num. 22. & 23.*

Octavus casus.

De instrumento depositi.

SUMMARIUM.

Instrumentum depositi paratam habet executionem. De jure Regio dantur novem dies depositario ad tradendum depositum. Item depositarius contractus similiter executivè pulsatur, n. 78.

Hoc procedit, cum depositum per instrumentum probatur; secus si per testes, num. 79.

Hæc executiva via procedit in deposito vero, non autem in confessato; secus tenent alij, n. 80.

Instrumentum depositi executionem habet paratam, cum pro deposito consequendo imploratur officium judicis; secus si agatur actione depositi, n. 81.

Iste modus executivus exigendi depositum solum admittitur contra depositarium, non contra ejus hæredes, aut successores, n. 82.

Parata executio non impeditur per exceptionem compensationis, retentionis, aut per reconventionem, n. 83.

78 **I**nstrumentum item depositi paratam habet executionem, *L. penult. ibi: illico redire modis omnibus cōpellatur; & ibi, quā celerrimē, Codic. depositi, ita Bart. & Paul. de Castr. ibi, num. 3. Alex. L. si cum dotem, §. eo autem tempore, ff. solut. matrim. Aret. §. pen. Instit. quib. mod. re contr. ubi lason in addition. ad Portium, Barbacia cap. bona fides de deposito, Bald. cons. 384. n. 1. lib. 1. Mathesilan. sing. 5. Roland. cons. 27. num. 1. vol. 1. Campeg. de dot. 6. part. quæst. 3. Boer. dec. 295. num. 7. Rebuff. dict. tom. 1. tit. de lit. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 16. Soar. *L. post rem iudicatam, notab. 5. à princ. Canario de execut. instr. quæst. 7. Bertach. in reperiatorio, verb. instrumenti executio num. 8. Azin. de execut. §. 1. cap. 3. à princip. Cumia super scriptibus Curie cap. 7. n. 2. & cap. 29. num. 12. Thesaur. dec. 26. num. 8. in fin. Tusch. in suis sing. liter. 1. num. 43. Mozius de contract. tit. de deposito, Rub. quomodo annulletur, seu deficiat depositum num. 2. Perez *L. 4. tit. 8. lib. 3. ordinam. vers. sciendum, ad fin. pag. 624. col. 2. Aviles Prætor cap. 10. verb. executio, num. 4. Coler. de process. execut. 3. part. cap. 1. num. 23. & latè cap. 2. num. 16. Scacia lib. 1. de iudic. cap. 62. num. 11. Crassis de except. in prælud. num. 25. Surd. dec. 323. num. 7. Reynos. observ. 45. n. 8.***

De jure Regio dantur novem dies depositario ad tradendum depositum, quo cessante detruditur in carcerem, *Ord. lib. 4. tit. 49. §. 1. ibi: E não o entregando do dia q̄ lhe for mandado a nove dias, seja preso, & não seja solto até que o entregue. Reynos. dict. n. 8. Mend. à Castr. lib. 3. cap. 21. num. 57. Est tamen ista Ordinatio difficilis, quia loquitur in depositario justitiæ, quod depositum, nulla data dilatione, exe-*

cutivè per capturam bonorum, & personæ exigitur, *Rebuff. dict. gloss. 3. num. 18. Azin. dict. §. 1. cap. 4. quo argumento huic depositario novem dies non esse concedendos de jure Regio tradit Mend. d. n. 57.*

Item depositarius contractus similiter executivè nulla concessa dilatione novem dierum pulsatur, ut est expressum in *Ordin. lib. 4. tit. 76. §. 5. notat Phæb. 1. part. dec. 89. numer. 8. qui in hac perplexitate positus dicit novem illos dies depositario justitiæ de jure Regio indulgeri, Ord. lib. 4. tit. 49. §. 1. iecus in depositario contractus, ut in dict. titul. 76. §. 5. sed cum nulla sit congrua ratio differentiæ inter depositarium justitiæ, & depositarium contractus, cur magis primo, quàm secundo prædicta dilatio concedatur, quinimò durius agatur cum depositario justitiæ, quàm cum depositario contractus, *Ord. dict. titul. 49. §. 1. restringenda est ad casum, in quo loquitur, quando depositarium iudici tradidit, cui parere ob reverentiam, vel timorem in excusatione est, ut mitius cum eo agatur, expecteturque per novem dies ad depositum reddendum, sentit Mend. à Castr. d. n. 57.**

Declarabis primò, iste casus ut solum procedat, cum depositum per instrumentum probatur, iecus si per testes, tunc enim executionem paratam non habet, tradit *Angel. dict. L. penult. Cod. deposit. Curt. L. Tale pactum, §. qui provocare, col. ult. ff. pact. Mathesilan. dict. sing. 6. Aviles dict. num. 4. Coler. dict. cap. 11. à num. 23. Azin. dict. cap. 3. num. 2. Scacia dict. cap. 62. n. 11. vers. secundo, Crassis dict. prælud. n. 28. Si tamen inveniatur confectum instrumentum ex dictis testium, qua fortè interrogati sunt ad perpetuam rei memoriam, illud executionem paratam habebit, *Avil. dict. num. 4. ut etiam in guarentigijs dicemus infra lib. 4. cap. 4. Sic & depositum probatum per chiro-**

chirographum habet paratam executionem, *Coler. dict. cap. 2. num. 16.* In Francia tamen solent iudices per modum provisionis cogere depositarium ad restituendum, licet depositum non probetur per instrumentum, sed per testes, ut refert *Rebuff. dict. numer. 16. Azin. d. n. 2.*

80 Declarabis secundò, ut procedat tantum in deposito, de quo constat per reale numerationem, non verò in deposito confessato, illud enim executionem paratam non habet, tradit *Ad. ditto ad Bart. dict. L. si cum dotem, §. eo autem tempore, Rebuff. d. gloss. 3. num. 19. Azin. dict. cap. 3. à num. 5. Cumia dict. cap. 19. num. 14. Crassis, qui plures refert dict. prælud. num. 26. Phæb. dict. dec. 89. num. 7.* ubi refert iudicatum. Quorum ratio est; quia privilegia deposito concessa solum procedunt in deposito, de quo constat per veram numerationem, de quo in instrumento notarius attestetur coram se esse factum, non verò in eo, de quo solum constat per partis confessionem, *Cagnol. L. contractus, ff. regulis jur. num. 16. Socin. cons. 143. num. 15. lib. 1. Tiraquel. lib. 2. retract. §. 4. gloss. 6. num. 14. Musius ubi supra num. 14.* sed hanc declarationem non servant auditoria, praxis vè forensis, ut per *Azin. dict. cap. 3. num. 7.* & contra eam tenet *Boer. dec. 295. num. 8. Roland. cons. 17. num. 18. lib. 1. Nata cons. 436. per tot. Reynol. dict. num. 8. Scacia dict. num. 11. vers. quid tenendum.* Nec servatur in Francia secundum *Rebuff. d. gloss. 3. num. 16. in fin.* nam & deposito competere privilegia deposita, verius est secundum *Curtium L. 1. num. 16. ff. si cert. petat. & in L. Bona fides num. ult. ff. deposit. Roland. cons. 17. à num. 15. Thesaur. dec. 26. num. 8. Barb. L. Divortio, §. aonationes num. 14. ff. solut. matrim.*

81 Declaratur tertio, quia solum eo casu instrumentum depositi executio-

nem habet paratam, cum pro deposito consequendo iudicis officium imploratur; secus si ageretur actione depositi, tunc enim licet summarie agendum sit, non tamen executive procedetur. Ita *Parpalia ad L. 2. num. 9. ff. si cert. petat. Cumia dict. cap. 29. n. 13. Scacia dict. num. 11. vers. quid tenendum, Crassis d. prælud. n. 29.*

Declaratur quarto, ut iste modus 82 executivus exigendi depositum solum admittatur contra ipsum depositarium, non contra ejus hæredes, aut successores. *Mend. & Castr. qui iudicatum refert 1. part. lib. 3. cap. 21. n. 57. & cap. 22. n. 19. in fin.*

Declaratur quinto, ut parata executio instrumenti depositi, nec per exceptionem compensationis, retentionis pro expensis, aut per reconventionem impediatur ob bonam fidem illius contractus. *Aviles dict. verb. executionis num. 3. & latè Phæb. dec. 89. numer. 1.* Contrarium tamen iudicavit Senatus in lite *Ioannis Soares da Costa cum Iosepho Coelho Homem*, ubi depositarius *Emmanuel Rodriguez de Andrade* admissus fuit cum exceptionibus, eò quòd depositum venditum fuit de consensu creditoris, absque facto iudicis, anno 16 Scriba *Laurentius Correa* item admissus fuit.

Sublimita, quòd si depositarius exceptionem oppoiverit, & de facto fuerit admissus actore tacente instrumentum, perdit virtutem paratæ executionis. *Aviles dict. verb. executionis, num. 4. ad fin.*

Nonus casus.

De instrumento computi
finalis.

SUMMARIUM.

Instrumentū calculationis factæ à publico calculatore habet paratam executionem iudice approbante, n. 84.

Hoc non procedit, si computum ab ipsis partibus fiat, vel ab officiali, cuius munus non sit calculare; secus si computum sit confirmatum à iudice, & quando partes in iudicio recognoverunt ipsam scripturam computi, & quando computum in scriptura publica, vel ejus vim habente continetur, n. 85.

Computum non habet executionem paratam si partes allegent errorem, de stylo Regni non auditur pars, nisi factò deposito, n. 86.

Utrum calculatio possit fieri absente parte, n. 87.

84 **I**nstrumentum item calculationis factæ à publico calculatore, aut à partibus electo, iudice approbante, executionem habet paratam, *Authet. de sanctissimis Episc. S. œconomos, ubi gloss. & Angel. col. 9. Rebuff. dict. 1. tom. ad Leg. Gal. tit. de lit. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 37. Boer. dec. 295. num. 14. Azin. de execut. §. 1. num. 19. Castilh. L. 27. Taur. num. 19. Avil. Prætor cap. 30. verb. faga pagar, Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 1 part. §. 6. n. 1. Coler. de process. execut. 3. part. cap. 2. à num. 34. Boland. in Curia Philippic. 2. part. §. 4. n. 1. Roderic. de execut. cap. 1 art. 3. n. 20.*

85 Declara primò, ut tantùm procedat in computo factò à publico calculatore, vel privato à iudice, vel à partibus electo, iudice auctore, ut pro-

ximè; non verò si computum ab ipsis partibus fiat, aut à publico officiali, cuius munus non sit calculare, tunc enim cum sit mera scriptura privata executionem paratam non habet: ita habetur in *L. 2. ibi, Instar: Obtinere minime potest rei judicatae computatio à tabularijs facta, nisi sententia procuratoris fuerit comprobata, Cod. de jur. fisc. lib. 10. advertendo quòd tabularij, de quo ibi, officium non erat calculare, ut notat gloss. ibi, & habetur in *L. 2. Cod. numer. & Aelvarius lib. 12. notat Bald. dict. 2. Cod. jur. fisc. lib. 10. & cons. 134 lib. 3. Boer. auct. dec. 295. numer. 14. & 15. Azin. dict. cap. 19. ad fin. Castilh. Avil. & Parlador. & Boland. ubi proximè, Scob. de ratioc. cap. 31. à numer. 1. Gutier. lib. 1. practicar. quest. 27. n. 2. Bobadilh. lib. 5. politic. cap. 4. num. 84. Roderic. d. n. 20.**

Quare ista declaratio sublimitanda est, ne procedat quando iudex còputum à partibus, vel per privatum gestum confirmavit, ut in *dict. L. 2. Pichard. in mandat. ad praxim § 5. num. 16. Roeric. articulo 3. num. 21. Apud nos verò ex stylo, & praxi non aliter computum quantumvis à publico calculatore factum habet paratam executionem, nisi sententia iudicis còfirmetur, juxta text. in *dict. L. 2. Pichard. dict. num. 16. quod procedit cù incidenter fit in iudicio; secus de calculo expenlarum processus.**

Secundò sublimitanda est, quando partes recognoverunt in iudicio ipsam scripturam privatam computi, tunc enim ob recognitionem executionem habet paratam. *Boer. dict. dec. 295. num. 16. Parlador. auct. num. 1. Coler. dict. n. 34. cum seq. Roderic. d. n. 2. Pichard. d. n. 16.*

Sublimitatur tertio, si computum ipsum partium in scriptura publica, aut publicæ vim habente continetur, tunc enim procedetur summarie in forma *Ord. lib. 3. tit. 25. Roder. d. n. 2.*

De-

Denique sublimitatur in casu text. ni *L. siego, §. dotis, ff. jur. dot.* quem pro singulari refert *Roman. L. qui jure, ff. acquir. possess. Boer. d. n. 14. Azin. d. cap. 19. in princ.*

86 Declarabis secundò prædictum computum paratam executionem non habere, si partes ejus allegent errorem, imò judex rationes revidendas committit revisori, si id officium in urbe extat, alias alij personæ ab ipso electæ, *Ordin. lib. 1. tit. 90. in fin. princip. tradit Paul. & Ias. in L. 1. Codic. de error. calc. Parlador. dict. §. 6. numer. 3.* speciale namque est in computo, quod semper possit ob errores retractari, *d. L. 1. etiam usque ad longum tempus, L. calculi, Cod. de administrat. rerum ad civitat. pert. gloss. & Bart. dict. L. 2. Cod. jur. fisc. lib. 10. Alex. cons. 153. lib. 6. Socin. cons. 92. lib. 4. Paris. cons. ult. lib. 1. latè Mascard. concl. 252.* Ex stylo tamen, & praxi Regni ad allegandum errorem in calculatione expentaram processus, pars non auditur, nisi factò prius deposito quantitatis calculatæ, & sic in effectu executio parata non suspenditur, testatur *Mend. à Castr. lib. 3. cap. 21. numer. 42. ad fin. Cost. de stylis Supplicat. annot. 13. num. 20. ad fin. Ord. lib. 3. tit. 87. in princip. etiam si detur appellatio, Scobar de ratioc. 1 part. cap. 38. à n. 8. victor tamen sine cautione non recipit, Pichard. d. n. 16.*

87 Utrùm autem calculatio possit absente parte & non citata fieri? Affirmat *Bart. per text. ibi in L. 2. §. si de frumentaria, ff. de administrat. rer. ad civit. pert. Ias. in L. ne quidquam, §. ubi decretum, ff. officio Proconsul. Avendanh. de exequend. mand. 1. part. cap. 9. num. 3.* Contrarium tamen ex diverso probat *Parlador. dict. §. 6. à num. 5.* Mediam sententiam video cõmuniter praxim servare, quòd scilicet pars non citatur, ut calculationi intersit; post cõputum verò factum prius-

quàm judex per sententiam computum confirmet, mandat partibus ejus copiam præstari, & diximus suprà n. 75. Rationes verò postquam à judice per sententiam approbatæ sunt, auditis super eis partibus, ipsarum executio per appellationem non suspenditur, *Authent. de sanctiss. Episcop. §. æconomus col. 9. Castilh. L. 27. Taur. vers. Item sententia, Aviles dict. verb. faga pagar, Avendanh. de exequend. cap. 10. num. 37. Azeved. L. 22. titul. 5. lib. 3. num. 3. Roderic. dict. art. 3. numer. 21. Gutierr. & Scobar ubi suprà.*

Decimus casus.

De instrumento cum clausula, quòd debitor priusquam certam summam in creditoris manu deponat, cum jure suo non audiatur.

SUMMARIUM.

Debitor non auditur absque deposito in manu creditoris, si ita conventum sit n. 88.

Quod procedit etiam si debitor offerat exceptiones in continente probandas ab extrinseco, sicut evenit in sententia bis confirmata n. 89.

Si verò exceptiones ab intrinseco probentur, hoc est ex ipso instrumento, tunc non procedit prædicta resolutio, & auditur debitor, n. 90.

Alienatio rei immobilis absque consensu uxoris est nulla, n. 91.

Si ex instrumento constet, quòd non est soluta gabella, casu quo contractus nullus est, ex Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14. tunc auditur debitor sine deposito, n. 92.

Debitor similiter audiendus est, si opponat exceptionem simulationis, & usuræ probatam ex instrumento, n. 93.

De

Debitor non auditur cum exceptione lesionis enormissimæ absque deposito, n. 94.

Debitor non admittitur absque deposito ad allegandam nullitatem probandam ab extrinseco, 95.

Debitor in diem auditur absque deposito, si conveniatur ante adventum diei, si ex instrumento constat non venisse diem; secus verò, si ex instrumento non appareat dies, quo solutio facienda est, tunc non admittitur pars ad probandum diem non venisse, 96.

Debitor auditur absque deposito ad allegandam nullitatem probatam ex ipso instrumento; secus ab extrinseco, n. 97.

Debitor auditur, si constet ex instrumento Tabellionè non interrogasse an clausulam depositariam voluerint in contractu inseri, 98.

Debitor auditur sine deposito, si contractus sit celebratus per procuratorem, qui non habet mandatum expressum ad inserendam prædictam clausulam, n. 99.

Debitor auditur absque deposito, si exceptiones veniunt ex natura contractus, seu negotij super quo instrumentum confectum est, n. 100.

Fidejussor audiendus est absque deposito cum exceptionibus cedendarum actionum, n. 101.

Fidejussor potest absque deposito opponere exceptionem executionis debitoris, n. 102.

Fœmina auditur sine deposito, fidejubens, sive sola, sive cum marito, cum exceptione Velleani, n. 103.

Debitor auditur absque deposito cum exceptione rei non traditæ, aut pretij non soluti, n. 104.

Filiusfamilias auditur sine deposito cum exceptionibus ex Macedoniano, n. 105.

Debitor auditur sine deposito cum exceptione solutionis, quavis ab extrinseco probentur, n. 106.

Debitor non auditur sine deposito nec in prima, nec in secunda instantia, num. 107.

Debitor utrum audiatur sine deposito post capta pignora: pro utraque parte disputatur, & conciliantur opiniones, n. 108.

Debitor si carceretur, utrum audiatur sine deposito, n. 109.

Debitor facta executione inauditus, potest postea audiri ad solutionem factam revocandam, n. 110.

Debitor egens non auditur absque deposito, si obligatus est cum clausula depositaria, n. 111.

Heredes debitoris obligati cum clausula non audiuntur sine deposito, n. 112.

Si sint plures heredes, an teneantur in solidum deponere, an verò quilibet deponendo suam partem audiatur, num. 113.

Filius hæres quando intendit agere contra patris contractus asserendo se esse læsum in legitima, auditur sine deposito, n. 114.

Utrum debitor cum clausula depositaria in manu debitoris teneatur deponere in manu hæredis creditoris: disputatur pro utraque parte, n. 115.

Effectus clausulæ depositariæ utrum operetur effectum contra singularem successorem: pro utraque parte disputatur, n. 116.

Effectus clausulæ depositariæ transit activè ad singularem successorem, sive cessionarium, n. 117.

Debitor cum dicta clausula non auditur, quando pendente in iudicio ordinario litigio super rescissione contractus, a creditore in alio iudicio pro observantia contractus pulsatur, n. 118.

Prædicta conclusio procedit, etiamsi agatur de nullitate contractus, antequam dies solutionis veniat, n. 119.

Prædicta conclusio non procedit, si ante diem solutionis debitor obtinuit sententiam ad rescissionem contractus, tunc enim auditur sine deposito, n. 120.

Debitor non auditur sine deposito, quan-
vis iustam velis exceptionem oppone-
re, n. 121.

Debitor stante prædicta clausula non
auditur, quanvis creditor in libello pe-
tat alternativè, n. 122.

Limitatur prædicta resolutio, quando
creditor passus est debitorem suo libel-
lo, seu petitioni sine deposito responde-
re, n. 123.

Limitatur in minore, qui auditur sine
deposito, si restitutionem adversus con-
tractum imploret, n. 124.

Prædicta limitatio solum procedit in cõ-
tractibus celebratis cum ipso minore,
aut cum ejus curatore, n. 125.

Limitatur in exceptionibus dilatorijs, re-
spicientibus legitimationem personarum,
quia tunc debitor auditur sine deposito,
n. 126.

Limitatur, quando debitor à Principe
impetravit dispensationem, & quæ re-
quirantur ad validitatem dispensatio-
num, n. 127.

Utrum limitetur, quando creditor susce-
ptus ob supervenientem paupertatem
pro utraque parte disputatur, n. 128.

Debitor non cogitur deponere maiorem
summam quam à creditore recepisse
constiterit, licet maiorem deponere pro-
miserit, n. 129.

Ut debitor adstrictus sit cum clausula
depositaria, necessario requiritur, quòd
ex ipsa scriptura probetur receptio, non
verò per testes, n. 130.

Debitor non auditur sine deposito, si re-
cepit quantitatem post celebrationem
scripturæ, n. 131.

Clausula depositaria suum operatur effe-
ctum, si ve apponatur in instrumento
publico, si ve in scriptura privata & in
distracta non cogitur deponere, num.

132. Si debitum non est liquidum, auditur de-
bitor sine deposito, n. 133.

Debitor auditur in eis, quæ sunt extra
principale debitum, ut si petatur pæ-
na, aut interesse, n. 134.

Tom. I.

Debitor quanvis non audiatur sine de-
posito, tamen auditur contra ipsam
clausulam, n. 135.

Debitor auditur, si elapsi sint triginta
anni, super præscriptionis articulo, n.
136.

Debitor sine deposito potest allegare debi-
tum esse per judicem arrestatum, num
137.

Debitor auditur, quando allegat sibi esse
concessam dilationem quinquennalem
à maiore parte creditorum, n. 138.

Debitor sine deposito auditur, quando
exceptio est ne conveniatur ultra quam
facere potest, aut ultra vires heredi-
tarias, n. 139.

Debitor non tenetur deponere, si scriptu-
ra si ve sit publica si ve privata, non
sit recognita, n. 140.

Ista clausula nõ operatur effectum, nisi de
consensu expresso partium Tabellione
interrogante coram testibus inseratur,
n. 141.

Alter casus est, in quo, si non di-
rectò, saltem indirectò, & cau-
sative, ut possit debitor de jure suo do-
cere, summa in contractu comprehensa
ab ipso executivè exigitur; quod eve-
nit, quando in contractu cautum est,
quòd ipse debitor nullo modo audie-
tur de jure suo, priusquam certam
quantitatem deponat in creditoris ma-
nu, quo stante pacto, si ipse in iudicio
conventus velit cum exceptionibus
audiri, confestim adque ulla mora
debet in creditoris manu facere præ-
dictum depositum, quod veram solu-
tionem continet, *L. qui decem 72. ff. solut. L. acceptam, Cod. de usur.* si verò
non deponat, adversus ipsum proce-
ditur, aut summarie ex instrumento,
aut ordinariè, prout qualitas causæ
poposcerit, ac si ipse absens esset, vul-
gò à *revelia*, de cujus clausulæ vali-
ditate licet multi dubitaverint, ut per
Gam. dec. 369. Cabed. 1. part. dec. 37. num. 2. Barbof. L. Alia, §. Eleganter,

F

num.

num. 47. in princ. ff. solut. matrim. Valasc. conf. 85. num. ult. & conf. 173. n. 24. Thom. Vas allegat. 100. num.

Egid. L. Ex hoc jur. 2. part. cap. 13. clausul. 1. num. 2. ff. de just. & jur. Med. à Castr. in practic. lib. 3. cap. 22. num. 30. Phæb. 1. part. dec. 12. numer. 1. tamen hodie expressè approbata est per novam legem dominicam, de qua Egid. d. clausul. 1. à n. 10.

Per istam igitur pactionem, & clausulam, qua non vult debitor audiri priusquam deponat debitum in creditoris manu, reducitur ad terminos executionis sententiæ bis confirmatæ de jure Canonico, de qua in Clement. 1. de re judic. & executionis cujusque sententiæ apud nos, de quo in Ord. lib. 3. tit. 86. §. 1. & 15. non enim similiter condemnatus debitor auditur priusquam deponat pignora, solvat ve debitum, justas quantumvis velit exceptiones executioni opponere, & per istas leges regulanda est prædicta pactione, nec per executionem sententiæ, quæ si stet de jure communi, secundum quod non erat præfixus terminus exceptionum exclusivus in solutione, & deposito, sed condemnatus per quatuor menses ad solvendum post sententiæ in rem judicatam transactam expectabatur, L. fin. Cod. usur. rei judicat. eoque intra illum terminum non satisfaciendo, capiebantur manu militari pignora, quæ etiam non nisi post duos menses distrahebantur, L. Debitorum 31. ff. re judicat. quam practicam notant gloss. in notabilibus in dict. Clement. 1. Bartol. & Alex. L. à Divo Pio, §. in venditione, ff. re judicat. Barbosa. L. si debitori, à num. 170. cum duobus sequentibus, ff. de jud. interimque apposita exceptio admittebatur, cum executionem, quæ illo tempore, omni casu debebat esse in suspenso, non impediret, ut plenè omnia ista prosequuti erimus infra lib. 6. cap. 9.

In qua erronea applicatione dum

illam pactionem comparant executioni sententiæ, quæ fiebat de jure communi, errant, & labuntur Regnicolæ, ex quo errore in alios deteriores dilabuntur, quod breviter in utili, & quotidiana materia brevi expediam calamo, undecumque sparsa colligendo, & adnotando ea, quæ notà digna videbuntur.

Unde ampliatur primò præfata resolutio, ut procedat, etiamsi debitor exceptiones offerat in continenti probandas ab extrinseco, adhuc enim non admittetur, nec audietur sine deposito. Ratio est: quia cum hujusmodi pactione, & clausula æquiparatur executioni sententiæ bis confirmatæ, de qua in Clement. 1. & executioni cujusque sententiæ apud nos, de qua in Ord. lib. 3. tit. 86. §. 1. & 15. in terminis autem prædictorum jurium non auditur condemnatus cum exceptionibus, quantumvis in continenti probandis ab extrinseco, priusquam solvat, aut pignora deponat, cum à L. jus excipiendi rejectum sit ad tempus post solutionem, aut depositum factum, resolvit Alex. Ias & Rep. in L. 4. §. condemnatum num. 15. ff. de re judicat. Cov. pract. cap. 25. num. 2. Lancet. de attentat. 2. part. cap. 17. numer. 113. limit. 3. Gabr. lib. 2. commun. tit. de execut. rei jud. concl. 1. num. 10. vers. tenendo, Scac. de appellat. quæst. 19. remed. 1. concl. 4. num. 71. Valasc. de partition. cap. 9. numer. 45. qui omnes loquuntur in terminis text. in Clement. 1. & in terminis Ord. dist. §. 1. & 15. ibi: Nam seja ouvido com embargos de qualquer qualidade que seião, atè pagar, ou dar penhores: resolvit Perer. de man. Regia 1. part. cap. 9. num. 24. ad fin. & latè probamus infra lib. 6. cap. 9. Sequitur igitur nec obligatum per contractum, in quo est prædicta stipulatio, quod non audietur priusquam deponat, nullatenus audiendum cum exceptionibus, etiam in continenti probandis

dis ante prædictum depositum. Ex quo liquidè apparet falsam esse sententiam eorum, qui illum admittendum credunt absque deposito, cum exceptionibus in continenti probandis, hoc metientes ab executione sententiæ, quæ de jure communi fiebat, quam tenent *Reynos. observat. 45. numer. 6. Phæb. dec. 12. num. 4. Pereir. dec. 34. num. 4.*

Hæc tamen ampliatio declaratur primò, ut solum procedat, quando probatio exceptionis in continenti oblatâ, est faciendâ ab extrinseco, per extrinsecas scilicet probationes, non verò quando est faciendâ ab intrinseco, hoc est, ex ipso instrumento contractus, tunc enim audietur debitor absque deposito, quia non ipse est qui infringit instrumentum, sed ipsum se infringit, creditorque illud offerendo in judicio, simul in ipso exceptionem debitoris proponit, cum ejus actio jam illa modificata exceptione in judicium prodeat, Argumento text. in *vers. si quid autem, ibi: Impune vis fiet ei, quia ipse sibi impedimento sit quominus reficiat, ff. itinere actiue privato: & ex hac ratione, quando exceptio ex ipso apparet instrumento, iudex etiam parte non opponente supplere potest agentem repellendo, *Ancharran. conf. 211. num. 4. Vant. tit. quis possit dicere de nullitate num. 52. & 53. ideoque & in terminis sententiæ bis confirmatæ, antequam solvat, admittitur condemnatus cum exceptionibus ex ipsa sententia, & actis in continenti probatis, cum non tam ipse, quam victor agens ex illa sententia se repellat, notat *Cov. dict. cap. 25. num. 2. cõmunis ex Gabr. dict. concl. 1. num. 8. vers. contrarium, Scac. dict. remed. 1. concl. 5. numer. 27. Valasc. dict. cap. 39. num. 46. Similiter igitur in terminis clausulæ depositariæ audietur debitor sine deposito cum exceptionibus, ex ipso instrumento à creditore probato, in continenti pro-***

Tom. I.

batis, resolvit *Valasc. conf. 85. num. 7. Reynos. observ. 45. a num. 25. Egid. dict. claus. 1. num. 3. Pereir. dec. 34. n. 3. Cavalc. dec. 28. num. 4. vol. 2. Roland. conf. 40. num. 40. col. 2. Carol. de Crass. qui plures refert in tractatu de except. except. 13. num. 3. & dicam infra lib. 6. cap. 9.*

Ex quo jam primo inferitur, quòd si ex instrumento super re immobili factò constat debitorem esse conjugatum, nec tamen consensum uxoris fuisse præstitum, quo casu alienatio rei immobilis nulla est, *Ordin. lib. 4. tit. 48. ipsum excipiendo de prædicta nullitate ex instrumento probata, audiendum sine deposito, Valasc. dict. conf. 85. per totam, maximè num. ult. Reynos. dict. observ. 45. num. 23. Cabed. 1. part. dec. 37. num. 4. Pereir. dict. n. 3. Sousa L. Fæminæ 2. part. num. 37. ff. de regul. jur. minimè verò admittendum, si ex instrumento non appareat ipsum esse conjugatum, sed probatio extrinseca petenda sit secundum eos.*

Secundò inferitur, quòd si instrumento non cõstet esse solutam gabel- lam, quo casu contractus nullus est, *Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14. similiter audiendum cum prædictæ nullitatis exceptione debitorem sine deposito, Pereir. d. dec. 34. n. 3.*

Tertiò inferitur ad illum, qui vult opponere contra instrumentum ipsum, allegando usurarium, aut simulatum; nam si probatio faciendâ est ex ipso instrumento, admittitur sine deposito; secus si ab extrinseco. *Valasc. dict. conf. 85. num. ult. Thom. Vas alleg. 100. num. 1. ad fin. Egid. dict. clausul. 1. num. 3. Reynos. observat. 45. num. 36. Cabed. 2. part. arest. 26. ubi limitat, quando ante diem solvendi opponit de simulatione scripturæ; quidquid dubitet idem Cabed. 1. part. dec. 37. num. 5. & contradicat Mend. à Castr. in præct. lib. 3. cap. 22. num. 40. part. 1. Quinimò etsi coram Eccle-*

F ij

fiasti-

fiastico iudice debitor de uturæ labe agat ad contractus rescissionem, adhuc interim conventus à creditore in sæculari iudicio ad contractus observantiam absque deposito non audietur allegans litispendentiam in foro Ecclesiastico; quin etiam nec deposito facto ex prædicta exceptione faciet in lite superfedere; quia ut hoc eodem *lib. 1. cap. 7.* ostendimus, iudex sæcularis in executione instrumenti superfedere non tenetur ob litispendentiam super contractus rescissione in foro Ecclesiastico; quidquid reclamet *Mend. d. n. 40. Reynos. observ. 45. n. 38.*

94 Quartò inferitur, quòd etiam si debitor contra instrumentum opponat de læsione enormissima, aut enormi, minimè audiendum absque deposito, si probatio ab extrinseco, non ex ipso instrumento petenda sit. Ita *Ægid. dict. claus. 1. num. 3.* sentit *Valasc. dict. num. ult.* quidquid immeritò repugnet *Mend. à Castr. dict. cap. 22. numer. 43. & 44. Phæb. dict. dec. 12. num. 7.* & licet cogitandum relinquat *Cabed. d. dec. 37. n. 5.*

95 Quintò generaliter inferitur debitorem absque deposito non admitti ad allegandam quamcumque nullitatem ab extrinseco, & non ab ipso instrumento probandam. Ita *Valasc. dict. conf. 88. n. ult. Thom. Valasc. dict. alleg. 100. num. 1. in fin. Ægid. dict. clausul. 1. num. 3. Mend. dict. cap. 22. numer. 39. ad fin. Reynos. observat. 45. num. 32.*

Ratio est: quia licet annullata clausula etiam depositaria, & cæteræ corruant, *gloss. verb. Faviana, L. si patronus, §. Patronum, ff. si quid in fraud. patron.* *Tiraquel. de constit. 3. part. limit 7. num. 28. & 33. Pinel. 2. L. Cod. res. 2. part. cap. 2. n. 26. Duenb. regul. 144. limit. 2. Surd. dec. 7. n. 29. Molin. de just. tract. 2. disput. 586. n. 3. vers. ad secundum;* tamen cum de

prædicta nullitate non constet ex ipso instrumento, & debitor sibi legem do. fuerit, quòd non audiretur sine deposito cum aliqua exceptione, interim instrumentum suam habet executionem, cum illud validum præsumatur, dum non probatur contrarium, *L. cum precibus, Cod. de probat.* Unde cavendum est à *Mend. dict. cap. 22. n. 38.* dum tenet admittendum debitorem sine deposito cum falsitatis exceptione, ejus enim opinio solum est vera, cum falsitas ex ipso apparet instrumenti tenore; secus si ab extrinseco probatio quaerenda est.

Sextò inferitur ante diem conventum posse opponere sine deposito de dilatione sibi competente, si ex ipso apparet diem non venisse. Ita *Mend. dict. cap. 22. num. 41.* Ratio est: quia cum ex instrumento apparet diem non venisse, ipse agens se ipsum repellit præsentando instrumentum, quod ipsum ab agendo excludit, *L. stipulatio ista, §. Incertum, L. Liber homo 2. §. diem 2. ff. verb. L. 1. §. fin. in fin. ff. quand. dies leg. cedat. L. qui mandatum ff. mandat. L. obligationum, ferè post princip. ff. oblig. & action.* Si verò dies, quo solutio facienda sit, in instrumento non invenitur expressus, minimè absque deposito audietur debitor ad probandum per extrinsecam probationem diem adhuc non venisse, quem contrahentes extra scripturam constituerunt; nam cum sine die promissum statim debeatur, & peti possit, *L. Eum qui Kalendis, §. fin. ff. verb. §. omnis, Inst. eod. & ex instrumenti tenore non appareat diem aliquem fuisse solutioni præfixum, rectè poterit creditor statim agere juxta ipsius instrumenti formam, cui standum est, dum contrarium non probatur, ut in dict. L. cum precibus, debitorque sine deposito contrarium allegans non audiatur. Qua ratione, & eodem modo in conditione ratiocinandum est; nam si illa*

ex.

expressa est in instrumēto, benè admit-
tetur debitor sine deposito allegans il-
lam adhuc non esse impletam; nam
cum ex instrumēto constet con ditio-
nem inesse, ipse creditor ex instrumē-
to conditionali agens se ipsum repel-
lit, dum non probat illam esse imple-
tam, cum interim nihil debeatur, *L.*
si is cui 41. ff. de obligat. & action. *L.*
Julianus, §. *In diem*, *L. penult. vers.*
creditor, ff. ex quib. caus. in posses. eat.
L. Eo tempore, ff. de pecul. Bart. *L. 1.*
num 32. ff. si cert. petat. *Alex. L. cre-*
ditores ff. verb. *Tiraquel. lib. 1. retra-*
ctus. §. 1. gloss. 1. num. 24. *Matiens. L.*
7. tit. 11. lib. 5. recopil. gloss. 6. num. 33.
Barbos. 4. part. rubr. ff. solut. matrim.
num. 25. ad fin. de quo latè dicemus
infra *lib. 3. cap. 5.* ubi multipliciter am-
pliamus, & limitamus. Si verò condi-
tio expressa non est in instrumēto, li-
cet debitor velit ab extrinseco probare
contractum sub certa conditione fuis-
se celebratum, adhuc non auditur
absque deposito, cum instrumētum
purum appareat, eo ipso, quòd condi-
tio in ipso expressa non invenitur, *dict.*
§. *omnis*, cum similibus.

97 Septimò infertur debitorem cō-
ventum ex instrumēto ob solemnitati-
um defectum nullo, cujus nullitas ex
ipsius tenore appareat, admittendum
ad hoc allegandum sine deposito; se-
cus si nullitas ab extrinseco proban-
da sit: cujus rei varia exempla pone-
mus infra *lib. 4. cap. 1.* Ratio deduci-
tur ex suprà resolutis: nam si nullitas
ex instrumēti tenore apparet, credi-
tor ipsum præsens nullum, se ipsum
repellit, & à iudice ex officio repelli
potest, sine partis allegatione, *Gallez.*
de Camer. obligat. 2. part. ad 4. partic.
quest. 2. num. 5. *Azin. de execut. §. 3.*
cap. 259. sive nullitas ab extrinseco
probanda est, jam requirit factum de-
bitoris, ad quod non admittitur abs-
que deposito,

98 Octavò infertur admittendum si-
Tom. I.

ne deposito debitorem, si ex instru-
mento non constat Tabellionem par-
tes interrogasse, an clausulam deposti-
tariam voluerint in contractu inferi,
illosque expressè coram testibus con-
sensisse: ita habetur in *L. Novissima*:
quod meritò constitutum est, ne ex
tam perniciofa clausula ex Tabellio-
num consuetudine inserta absque de-
bitoris cōsensu ipse teneretur, *Agid.*
dict. clausul. 1. num. 10. quod & ante
alim inerat *Cabed. 1. part. dec. 37. n.*
1. notat etiam *Pereir. dec. 34. num. 1.*
vers. hæc depositi; ubi ex hoc infert,
quòd si prædicta clausula ponatur in
verbis executivis instrumēti, nihil
operatur.

99 Nonò tandem ex dicta declara-
tione primæ ampliationis infertur sine
deposito audiendum debitorem, si cō-
tractus per procuratorem celebratus
sit, nec ex instrumēto constet procu-
ratorem expressum habuisse manda-
tum ad inferendam prædictam clau-
sulam, nam cum ex instrumēto hac
ratione constet de nullitate clausulæ,
quam *L. Novissima* absque expressa
contrahentium voluntate inferi no-
luit, ipse creditor non tantum per de-
bitoris exceptionem repellitur, quan-
tum se ipsum repellit, *Argum. text.*
in dict. L. Veteres. Quòd autem pro-
curator non possit sine expresso man-
dato prædictam clausulam inferere,
patet: quia si ex prædicta *L. Novissi-*
ma, ea non valet, nec obligat, nisi con-
trahentes in illa expressè consentiant,
multò minùs valebit, si per procura-
torem adjiciatur expressum domini
consensum non habentem, cum pro-
curator sit tantum organus vocis do-
mini ipsius, *L. Ossa in fin. ff. relig. &*
Jumpt. fun. gloss. fin. L. si procurator, ff.
dot. mal. except. & ita Lex illa Novissi-
ma expressum requirens contrahen-
tium consensum, intelligitur illum
requirere exhibitum per se, aut per
procuratorem expressum ad hoc man-
datum

datum habentem, qua ratione clausula guarentigia absque expresso domini mandato à procuratore adjici nequit, *Zachias dec. 57. in princ. & dec. 122. num. 7. de Camer. obligat. & in addit. ad Gallez. quest. 5. à num. 27. eod. tract.* Unde respuenda est sententia *Mendesij dict. cap. 22. num. 30.* tenentis adjectionem clausulæ depositariæ factæ à procuratore sine speciali mandato valere.

100 Declaratur secundò prædicta prima ampliatio, ut non procedat in exceptionibus, quæ veniunt ex natura contractus, seu negotij, super quo instrumentum confectum est, eas enim potest debitor absque deposito opponere, quantum vis promississet liberè, & sine controversia solvere, vel deponere, *L. Quæro, §. Inter locatorem, ff. locat. tradit Carroc. de execut. 1. part. quest. 14. numer. 11. & 18. Carol. de Grassis de except. except. 10. num. 2. & except. 13. num. 3.* Nam & rejiciente statuto omnes exceptiones, istas non censetur excludere, *Dec. cons. 507. n. 6. Felin. cap. ex parte 2. num. 2. ubi Dec. num. 57. de offic. delegat. Roman. cons. 76. numer. 8. Canar. de execut. instrum. quest. 26. Azin. de judic. §. 31. cap. 26. Menoch. lib. 2. præsumpt. 48. num. 14.* Ratio est: quia istæ exceptiones licet in instrumento expressæ non sint, tamen à jure subintelliguntur, & ita in continenti, & notoriè ex ipso probantur instrumento, ac si in ipso essent expressæ, & creditor ex illo agens se ipsū repellit, *Bart. L. 1. §. Parvi refert, ff. quod vi, aut clam, Crassus de except. dict. except. 13. n. 5. & 6.*

101 Ex quo primò deducitur fidejussorem conventum ex instrumento, in quo est clausula depositaria, absque deposito audiendum cum exceptione cedendarum actionum, quia & hæc exceptio subintelligitur à jure ex natura contractus *Bald. in L. si non sortem num. 5. ff. condit. indeb. Menoch. dict. n.*

14. *Carroc. dict. quest. 14. numer. 12. Rebuff. 1. tom. ad L. Gal. titul. de lit. oblig. art. 1. gloss. 9. num. 40. latè Crassus de except. dict. except. 10. numer. 13.* quod aliquando potest importare liberationem toto debito, quoniam si creditor ex factò proprio non potest actiones cedere, ut quia liberavit alios confidejssores, aut debitorem per pactum personale de non petendo, in totum repellitur à fidejssore convento, *L. Stichum 95. §. creditor, ff. solut. Glossa Magna, L. Ita stipulatus §. 1. ff. fidejss. Franq. dec. 47. num. 6. Duenb. regul. 164. Molin. tract. 2. de just. disp. 544. n. 3. Bolan. in Labyrinth. commerc. lib. 2. cap. 6. numer. 41. Pereir. dec. 17. à num. 16. Phæb. 2. part. dec. 180. n. 7.* quæ omnia proficua sunt ad multos alios extrafidejssores, quibus debent actiones cedi, quos cumulat *Ioannes Grassis de cess. jur. §. 6. per tot. Jacob. de Arena, tract. de cess. rubric. 6. per tot. novissimè Bolan. dict. cap. 6. num. 37. & 39.*

Secundò deducitur fidejssorem posse similiter sine deposito opponere exceptionem executionis debitoris principalis, quòd scilicet prius excutiatur, nam & hæc exceptio venit ex natura contractus, censeturque in instrumento inesse, & consequenter nunquam censetur rejecta, *Bald. in Authent. præsentem num. 4. Cod. de fidejssor. Alban. cons. 328. numer. 4. Crassus d. q. 14. n. 12.*

Tertiò deducitur, quòd cum fœmina fidejubens, sive sola, sive cum marito, possit Velleano juvari, quod juris beneficium ex natura actus venit, *Gam. dec. 131. Valasc. cons. 127. Barbos. 3. part. L. 1. num. 59. ff. solut. matrim. Agid. dict. L. ex hoc jure, 2. part. cap. 7. à num. 18.* ipsa cum prædicta Velleani exceptione absque deposito audietur: ita in specie *Pereir. dec. 34. n. 5.*

Quartò deducitur posse debito rem-

rem absque deposito opponere exceptionem rei non traditæ, aut pretij non soluti; quia ex natura actus venit, à jureque subintelligitur in instrumentis omnium reciprocorum contractuum, ipseque creditor agens se ipsum repellit, dum non constat ex sua parte contractum non adimplevisse, *Bald. L. Ex his prædijs numer. 1. Cod. de evict. Caphal. cons. 312. numer. 100. & cons. 407. numer. 15. & 19. Roland. cons. 53. numer. 32. Canar. de execut. instrum. quæst. 27. Surd. dec. 19. numer. 3. Brun. à Sole in compendio resolut. jur. verb. exceptio implementi, Crassis dict. except. 13. numer. 8. in specie Mend. dict. lib. 3. cap. 22. numer. 46. Reynof. observ. 45. à n. 39.* Quæ ratione debitor ex instrumento conventus poterit opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, *Ægid. dict. L. ex hoc jure, 1. part. cap. 11. n. 56. ad fin. quæ omnia cessant, si Tabellio in instrumento testetur coram se pecuniam fuisse numeratam, aut rem traditam, Mascard. concl. 361. n. 46.* quo casu si debitor velit exceptionem prædictam, non obstante Tabellionis testimonio, opponere, sine deposito non audietur.

105 Quintò deducitur filiumfamilias ex instrumento mutui conventum, in quo insit depositaria clausula, absque deposito posse Macedoniani exceptionem allegare, quia & ista exceptio à jure venit, & non censetur exclusæ, cum à jure subintelligitur in instrumento. *Canar. dict. tract. quæst. 18. & 19. Menoch. dict. præsumpt. 48. numer. 38. Azin. in prax. jud. §. 31. cap. 48. Old. de restit. in integrum quæst. 17. numer. 103. Crassis dict. tract. except. 27. à n. 1.*

106 Declaratur tertio prædicta prima ampliatio, ne procedat in solutionis exceptione, cujus probatio ab extrinseco in continente offeratur, hanc enim opponere potest debitor sine deposito, *Phæb. 1. part. dec. 12. & 2. part.*

dec. 130. numer. 1. & 2. Reynof. observ. 45. numer. 49. Ratio est: quia quantumvis contrahentes, vel statutum omnino omnem auferat excipiendi facultatem, nunquam eorum mens est solutionis exceptionem tollere, cum solutio sit finis, ad quem omnis obligatio ordinetur, qua facta cessat omnis instrumenti virtus, *Bart. L. si non sortem, §. 1. numer. 5. ff. condit. indebit. Angel. L. Non tantum, §. quod si, ff. petit. hered. Alex. cons. 2. numer. 7. lib. 5. Gigas de pensionibus quæst. ult. numer. 1. Menoch. dict. præsumpt. 48. n. 33. Azin. dict. §. 31. cap. 46. Scares in Thesaur. commun. liter. S. numer. 41. Crassis dict. tract. except. 25. à princip. quod idem extendendum est ad exceptionem compensationis, transactionis, & similis solutionis vicem habentis, prout in executione sententiarum infra dicemus lib. 6. cap. 9.*

Ampliat secundò iste decimus casus, ut dato prædicto pacto, debitor absque deposito non solum non audiat in prima instantia, sed nec etiam in secunda: quanvis enim appellatione interposita acta ad superiorem remittantur, ille reum debitorem sine deposito audire non potest, cum semper vigeat eadem pactionis obligatio. Ita *Mend. dict. cap. 22. numer. 32. Phæb. dict. dec. 129. n. 9. vers. Adverte, Pereir. dec. 34. n. 2.*

Declaratur primò ista ampliatio, ut non procedat post capta pignora pro rei judicatæ executione, tunc enim debitor auditur veluti factò deposito per capta pignora. *Cabed. 1. part. dec. 37. numer. 3. Mend. dict. cap. 22. numer. 48. Ægid. dict. L. Ex hoc jure, 2. part. cap. 13. claus. 1. numer. 6. Pereir. d. dec. 34. numer. 2.* Contrarium tamen, quòd nec hoc eventu audiat absque deposito, tenet *Phæb. dict. dec. 129. à numer. 6. Reynof. observ. 45. à n. 44.*

Facile autem concordabis discordantes sententias, si distinguas in-

ter casum, quo in contractu expressum est, quod debitor non audietur allegans de jure suo, nisi debitum deponat, & inter casum, quo adjicitur alia qualitas, quod scilicet non audietur, nisi facto deposito in manu creditoris: in primo casu procedit prima sententia, jam enim captis pignoribus depositum factum censetur, *Ord. lib. 3. tit. 86 §. 1. & 15.* Secus in secundo casu, quia licet factum per pignora depositum proponatur, deficit tamen illa qualitas depositi faciendi in creditoris manu: pignora enim pro rei judicatae executione capta non in manu creditoris, sed justitiæ, vel sequestri ab ipsa deputati deponuntur, *Ordin. dict. §. 1. & 15.* ut infra dicemus *lib. 6. cap. 12.* & depositum in manu creditoris factum solutio est, *L. qui decem 72 ff. solut. L. acceptam, Cod. de usuris, Barb. in L. si mora num. 86. ff. solut. matrim.* quem effectum pignora capta non operantur adeo creditori proficuum, judicialiter enim cum ordinariis dilationibus substantantur, & venduntur, & multoties eorum pretium ad debiti non sufficiunt satisfactionem, & sæpissimè à tertio oppositore evincantur; quod non cadit in pecunia in manu creditoris deposita, prout debitor in contractu spondit, & in hoc sensu procedit sententia *Reynosi, & Phæb.* ubi proximè, qui testantur ita praxim hodiernam servare.

Nec adversus hanc sententiam obstat consideratio, de qua *Perer. dict. num. 2.* quod scilicet mens partium sit quod duret clausulæ depositariæ effectus usque ad rem judicatam, illa enim ex proximè traditis apertè confunditur, nam & executio multoties rei subterfugijs in longius trahitur, debiti que sui frutione creditor interim privatur; quod non continget, si pecunia in ejus manu deponetur, prout hoc præcavens in contractu expressit. Nec etiam obstat alia consideratio *Cabed.*

dict. num. 3. quod scilicet per sententiam prior novatur obligatio, ita quod jam non ex instrumento, ubi prædicta clausula extat, sed ex sententia agitur, apertè enim destruitur, quia per litis contestationem, vel sententiam non fit jus partis deterius, imò illa novatio cum necessaria sit, non voluntaria, ad augmentum venit, non ad immutandam, aut tollendam prioris obligationis qualitatem, & prorogativam, *L. si alienam 29. ff. novation.* ubi notat *glos. sa Bart. Paul. & omnes.* Ad evitandam verò opinionum varietatem dicit *Cabed. dict. num. 3.* consultius esse quod in contractu exprimatur, nec in executione debitorem absque deposito audiendum. His igitur casibus, in quibus etiam captis pignoribus in rei judicatae executionem, debitor non auditur ante depositum cum exceptionibus adversus executionem, vel sententiam etiam post sex dies à die pignorationis, ratione prædicti impedimenti ipse audiendus est, sic limitata *Ord. lib. 3. tit. 87. in princip. tradit. Egid. dict. clausul. 1. num. 6.* de quo infra dicemus *lib. 6. cap. 9.*

Declaratur secundo, ne procedat, cum debitor incarceratus est, tunc enim absque deposito audiendus est, quia quodammodo depositum factum proponitur: ita *Mend. à C. str. dict. cap. 22. num. 48.* ubi judicatum refert: licet verò hæc, & similes limitationes sint æquitatis plenæ, tamen in se non est vera, cum ipse debitor per suam conventionem ademerit facultatem allegandi de jure suo, quousque quantitatem deponat in creditoris manu, cui obligationi per ejus capturam non satisfit, & licet in carcerem à creditore detrudatur, hoc non fit ad supplendum depositum, sed ad cogendum debitorem ut solvat, vel deponat, facit illud, quod melius est, pignori incumbere, quàm in personam agere, *§. Furti autem, Instit. oblig. quæ ex delict. Rebuff.*

buff. 1. tom. ad L. Gal. tit. de lit. oblig. art. 4. gloss. 2. n. 27.

110 Declaratur tertio: quia si ex eo quod non deposuit, debitor fuit condemnatus, & executatus inauditus, postmodum si exactio debiti facta sit absque deposito, admittetur ad solutionem factam revocandam per debiti conditionem, cum clausulæ contractus per solutionem jam in totum sit satisfactum. Ita *Pereir. dec. 34. num. 7.*

111 Ampliatur tertio supradicta resolutio, ut obligatus sub clausula depositaria absque deposito non audiatur in iudicio, etiam si præ egestate deponere non possit. Ita sentiunt in effectu omnes Doctores, qui resolvunt necessariam esse Regis dispensationem, ut quis ob paupertatem à deposito liberetur, ut est *Valasc. cons. 85. num. ult. Phæb. dict. dec. 129. num. 2. & 3. quid. quid contrarium piè, & non ineleganter probet Ægid. dict. clausul. 1. à num. 7.*

112 Ampliatur quarto, ut non tantum ipse debitor, sed nec ejus hæres audiatur sine deposito, cum obligationis qualitas ex persona hæredis non immutetur. *L. 2. §. ex his, ff. verbor. ita Gam. dec. 369. Mena. dict. cap. 22. n. 31. Phæb. dict. 2 part. ar. 54. Thom. Valasc. allegat. 100. n. 1. ad fin. Ægid. dict. claus. 1. n. 6. Pereir. d. dec. 34. n. 8. vers. secunda.*

113 Declaratur primò hæc ampliatio: quia si sint plures hæredes, quilibet suam partem tantum deponendo audiatur, quantumvis reliqui suas portiones non deponant. Ita *Mend. dict. cap. 22. num. 31. Phæb. 1. part. dec. 12. num. 9. ubi iudicatum refert Pereir. d. dec. 34. num. 8. in fin.* Sed hoc dubitationem patitur; quoniam depositam est conditio sine qua debitor ad allegandum de jure suo non admittitur, conditio autem facit actum individuum, *L. cui fundus 55. L. Qui auo-*

*bus, L. penult. in princ. ff. condition. & demonstrat. quia non aliter ex contractu conditionali agi potest, nisi conditio in forma specifica integrè sit impleta, L. Legata, §. 1. L. Julianus, L. qui hæredi, ff. eodem tit. per quæ ita notat Bart. Paul. & Alberic. dict. L. Cui fundus, Gom. 2. tom. variar. cap. 10. num. 25. illat. 4. quæ ratione vendito fundo sub pacto quod illius possessio non tradetur, nisi pretium prius solvatur, emptore decedente duobus relictis hæredibus, alter ex eis non admittitur offerendo suam pretij portionem, & postulando fundi partem, sed uterque necessariò debet offerre, ex qua simultanea oblatione integra pretij fiat representatio, nam alia ratione conditioni non paretur, probat text. in *L. fistulas 78. §. qui fundum, ff. contrab. empt.* Unde similiter videtur alterum ex hæredibus deponendo suam debiti partem non audiendum, ex quo integra summa in creditoris manu, prout promissum est, non deponitur, cum testator noluerit audiri nisi prius facto deposito: nisi sustinendo sententiam Senatus, dicas aliud esse, cum unus ex hæredibus agit implendo conditionem pro parte, præter creditoris voluntatem, cum integra prius implenda sit ratione individuitatis, & sic procedat text. in dict. *L. qui fundum cum supract.* aliud, quando quilibet ex hæredibus separatim à creditore convenitur pro sua debiti portione, quia per hoc ipse dividit voluntariè, aliàs dividuam obligationem, quare si ille simul cunctos hæredes conveniat protestando unius partis deposito non esse contentum, nisi integra summa deponatur, non video cur quilibet pro sua parte, nisi integrè facto deposito, audiatur.*

Declaratur secundò prædicta ampliatio, ne procedat, quando filius patris hæres agere intendit adversus patris contractum, læsum se in legitima asse-

asscendendo per ipsum, audiatur namque sine deposito, quia aliàs in manu patris esset, adjecta prædicta clausula, filiorum legitimas gravare faciendo contractus, dotes, & donationes inofficiosas contra regul. text. in *L. Quoniam in prioribus, Cod. inofficios. testam. Mend. d. cap. 22. num. 31. ad fin. Agid. dict. claus. 1. n. 5.* ubi uterque iudicatum refert.

115 Declaratur tertio, ut ampliatio passivè, non activè procedat, imò hæredem creditoris postulare non posse, quòd in forma contractus depositum in sua manu fiat, prout testatori promissum erat, quia cum testatoris industria, & fidelitas ad depositum prædictam electa sit, cessat deponendi obligatio in persona hæredis, ut audiatur debitor absque deposito ex regula text. in *L. Inter artifices, ff. solut.* ita *Gam. dec. 369.* Ex diverso verò adhuc prædictam clausulam depositi ligare, ipsumque in persona hæredis faciendum, tenet *Thom. Valasc. dict. allegat. 100. num. 1. Perer. dict. dec. 34. num. 8. vers. secunda clausula,* moti ex eo, quia obligationis qualitas ex persona hæredis non mutatur, *dict. L. 2. §. ex his ff. verborum.*

Sed nec una, nec altera opinio mihi applaudit: non prima, ex ratione text. in *dict. L. 2. §. Ex his;* non secunda, ex regula text. in *L. Inter artifices.* Verius igitur dicendum est in hoc casu debitorem non audiendum sine deposito, depositum verò non faciendum in manu hæredis creditoris ex notabili doctrina *Bald. L. si autem, ff. negot. gest.* ubi tradit illum, qui solutionem recipere non potest, posse petere, quòd pecunia sequestretur, & ponatur in deposito, & ex hoc debitorem à solvendo non liberari, sequitur *Alex. L. Non solum in princip. ubi etiam las. ff. solut. matrimon. qui citant text. in L. si reus paratus, ff. procurat. Abb. capit. querelam num. 11, de elect. Parlador.*

lib. 2. ver. quotid. cap. fin. 3. part. §. 2. num. 8. ubi ex hac ratione tenent procuratorem ad agendum, personam vè creditoris conjunctam, qui licet ob deficiens mandatum ad recipiendum suspensionemque personæ recipere non possint, solutionem tamen cogere posse debitorem quòd deponant. Facit etiam, quia in prædicta clausula depositaria duo includuntur; alterum, quòd debitor deponat; alterum, quòd in creditoris manu deponat; unde licet istud secundum cesset mutata creditoris persona, cujus fidelitas in contractu approbata est ex regul. text. in *L. Inter artifices,* non est cur primum non subsistat; ex quibus ista nostra distinctionem in effectu ponit *Gam. dict. dec. 369. num. 5.* vir doctissimus, licet pro contraria parte citetur.

Ampliatur quinto principaliter prædicta resolutio, ut præfata clausulæ effectus etiam adversus tertium rei successorem singularem transeat, ipseque ob clausulam à prædecessore suo adjectam, absque deposito super re illa non audiatur. Ita *Mend. dict. cap. 22. num. 23. vers. Quinto, Phæb. 1. part. arest. 15.* Ratio (licet ipsi non adducant) ea est: quia exceptio rei coherens contra singularem transit ejus successorem, *L. 4. §. Item queritur, vers. de Actoribus,* ibi: *Et per hoc æque traditur rei quidem coherentem exceptionem etiam emptori nocere ff. dol. mal. except. Franc. Regul. is qui in jus num. 2. & ibi Din. num. 8. lib. 6. Bart. in L. Tertius, §. si quis prius numer. 7. & ibi Imol. num. 4. ff. aqua plu. Cald. de empt. cap. 24. num. 56.* Unde cum inter debitorem, & creditorem convenit, quod ille super ea re non audiatur, nisi prius factò deposito, nec etiam audietur ejus singularis successor, ad quem res illa transit. Sed hoc declarandum est, ut tantum procedat, cum singularis successor causam habet ab illo, qui clausulam depositariam

riam adjecit; secus si ab alio, ut est maioratus, aut emphyteusis successor, notat *Phæb. 2. part. arest. 55.* cujus rei ratio ponitur in dicto verticulo de actor. ibi: si autem actoris accessione utitur, æquissimum visum est eum, qui ex persona actoris utitur accessione, pati dolum actoris, ac si diceret, eo ipso, quod rem ipse vult à debitore habere, eaque potiri ex contractu, quæ ille cum creditore gessit, ei nocere debet exceptio, quæ debitori nocebat; quæ ratio cessat, cum rem ab alio habet.

117 Ampliatur sexto, ut pariter clausulæ depositariæ effectus transeat activè ad singularem successorem, sive cessionarium. Ita *Mend. dict. cap. 22. n. 51.* Ratio est: quia jus excipiendi transit activè in singularem successorem, cum exceptio realis est, vel in rem scripta, remque respiciens, *L. Ait Prætor cum sequenti, ff. de jur. jur. L. si mater §. Idem Iulianus, ff. except. rei judic. Bart. dict. §. si quis prius, Tiraque. retractu lignagier §. 1. gloss. 9. n. 130. & 131. Peregrin. de fideicommiss. art. 53. num. 16.* Hæc tamen ampliatio declaranda est, prout supra declaravimus *ampliat. 4. declarat. ult.*

118 Ampliatur septimo, ut sine deposito debitor non audiatur, quando pendente judicio, quo ipse ordinariè adversus creditorem pro contractus rescissione agit, ab eo in alio judicio pro contractus observantia, & implemento pulsatur, sine deposito enim litispendentiam allegare non potest, ipsaque non obstante, condemnabitur executioque in ejus bonis fiet. Ita *Mend. dict. cap. 22. num. 33.* Ratio est: quia licet lis pendeat super nullitate instrumenti, vel privilegij, cujus virtute quis est in possessione, vel quasi possessione rei, aut alicujus juris, non est interim, dum non fertur sententia, suæ possessionis cōmodo privandus. *Lancelot. de attent. 2. part. cap. 17. limit. 13*

nam. 152. cum sequenti, Scacia de appellat. quæst. 19. remed. 1. conclus. 5. n. 21. de quo plura dicemus hoc lib. 1. cap. 7.

Declaratur primo prædicta ampliatio, ut procedat, etiam si debitor de nullitate contractus, & instrumenti agat, antequam dies solutionis veniat, adhuc enim, si lite pendente dies solutionis veniat, creditorque debitorem ad contractus observantiam impellat, ipse in hoc judicio absque deposito non audietur, sed condemnabitur, & exequetur. Ita *Cabed. 2. part. arest. 26. Pereir. dec. 34. num. 6.* licet reclamet *Mend. dict. cap. 22. num. 42.* falso ductus fundamento, quod scilicet nullitatis exceptio undecumque probanda clausulæ depositariæ effectum impediatur, quod supra *ampliat. 1.* verum non esse demonstravimus.

Declaratur secundo, ut ista ampliatio locum non habeat, quando ante diem solutionis debitor ad contractus rescissionem ordinariè egit, & sententiam obtinuit, tunc enim die solutionis veniente, si ipse à creditore ad contractus implementum conveniatur absque deposito cum rei judicatae exceptione, audietur, cum vulnerata jam, & extincta sit vis instrumenti, ex his, quæ *Pereir. de man. Reg. 1. part. cap. 9. num. 20.* Illud autem notandum superest tum demum debitorem absque deposito admitti ad agendum per viam actionis ad contractus rescissionem, si ante diem solutionis agat, quia qualitas depositi ad tempus faciendæ solutionis relata videtur; tacitè enim censetur debitor promittere solutionem in termino cum exceptionibus absque deposito non impediturum, resolvunt *Mend. dict. cap. 22. num. 5. Pereir. dict. dec. 34. n. 6.* Unde contrarium erit, si in omnem casum, & eventum debitor caveat non audiendum, etiam ante solutionis diem.

121 Ampliatur octavo, ut debitor absque deposito non audiat, licet non frivolam, sed justam velit exceptionem opponere, in omnem enim casum mens partium dirigitur, praxisque recepit; quidquid contradicat *Speculat. tit. de oblig. & solut. §. 1. vers. instrumentum, super verb. nullam aliam contrariam exceptionem, Canar. de execut. instrum. q. 1. n. 2.*

122 Ampliatur nono, ut nec absque deposito audiat stāte prædicta clausula, licet creditor agens libellum, seu petitionem alternativè concipiat, ut puta, quod solvat, vel ponat calculum, quia illa verba, vel ponat calculum; non tollunt necessitatem depositi, sed in id tendunt, quod si debitor per calculum se minus debitorem ostendere intendat, hoc facto prius deposito juxta instrumenti formam demonstrat, aliter non audiendam, *Cabed. 1. part. dec. 62. Pereir. dec. 34. num. 6. ad finem.*

123 Limitatur tantum multipliciter prædicta resolutio, effectusque dictæ clausulæ, & primo, ut non procedat quando creditor passus est debitorem suo libello, seu petitioni sine deposito respondere, ex hoc enim tacitè juri suo censetur renunciare, & subinde in tota lite debitor absque deposito audietur. Ita *Phæb. 1. part. dec. 12.*

124 Limitatur secundo in minore, ille enim absque deposito audietur, si in integrum adversus contractum vel clausulam imploret. *Mend. dict. cap. 22. num. 49. Phæb. dict. dec. 12 num. 6. Egid. dict. L. Ex hoc jure 2. part. cap. 13. claus. 1. num. 4. Reynos. dict. observ. 45. num. 5.* Nam & minor restitutione adversus sententiam implorata, non præstitis pignoribus, ejus executione suspensa auditur, *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 4. sic limitata Ord. lib. 3. tit. 86. §. 1. de quo infra lib. 6. cap. 9.* Ad hanc autem restitutionem impetrandam non est necessaria læsionis probatio, quia ista

clausula est evidenter nociva, notat *Egid. dict. num. 4. col. 2.* in eis enim quæ sunt evidenter nociva, ut minor restitutionem impetret, non est necessaria aliqua læsionis probatio. *Bald. L. 1. ff. minor. Cald. L. si curatorem, verb. sua facilitate, n. 2. & à n. 26.*

Declaratur hæc limitatio, ut solummodo procedat, cum contractus per ipsum minorem, aut ejus tutorem, seu curatorem ejus nomine celebratus est; secus vero si per ejus patrem, aut alium, cui ipse minor successerit, adhuc enim restitutione non juvatur, *L. Emilius, ff. minorib. & ita absque deposito non audietur, Phæb. 2. part. arrest. 54. col. 2.*

Limitatur tertio in exceptionibus dilatorijs respicientibus personarum legitimationem, has enim absque deposito allegare potest debitor, ut in exceptione suspensionis, aut incompetentiæ judicis resolvit *Cabed. 1. part. dec. 37. num. 6. Mend. dict. cap. 22. num. 45. Phæb. 1. part. dec. 12. numer. 4. Reynos. observ. 4. num. 4. & 5. Pereir. dec. 34. num. 5.* quoniam qui dicit nolle in judicio audiri absque deposito, intelligit de judicio competenti. Idem erit, si allegat debitor procuratorem pro creditore agentem legitimū mandatum non habere. Idem, si opponat adversus agentis personam, quod illegitimet, *Phæb. dict. dec. 12. num. 8.* in quo per plura exempla videndus est *Carol. de Crassis de exception. except. 4. per tot.*

Limitatur quarto, quando debitor à Principe impetravit dispensationem in prædicta clausula, ut absque deposito audiretur, quam dispensationem Princeps ex justa causa solet concedere, *Valasc. conf. 85. n. ult. Phæb. 2. part. dec. 129. num. 2. & 3.* si vero, ut solet, in instrumento conventum sit, quod debitor dispensationem non postulavit, & quod impetrata non uteretur, simplex dispensatio non sufficit,

cit, quia aliàs ut subreptitia non valebit, ut notat *Mend. d. cap. 22. num. 34.* sed necessario tot requiruntur dispensationes, quot sunt renuntiationes, Principique specialis omnium istarum renuntiationum mentio facienda est, & ut dispensatio sit sufficiens, debet in omnibus relaxare, *Felin. cap. constitutus col. 8. de rescript. Afflict. dec. 220. col. 4. & dec. 30. in fin. Paris. cons. 43. à num. 15. lib. 1. & cons. 92. lib. 2. Roland. cons. 34. column. 3. & 4. lib. 1. Valasc. cons. 130. num. 15. & 16.* Impetrata vero in prædicta forma dispensatione, ea liberè debitor uti potest, quantumvis in contractu eam non postulare promiserit, jus enim superioris semper censetur exceptum, *cap. venientes de jur. jur. ad quæ reducenda sunt tradita per Phœb. dec. 129. n. 10.*

128 Limitatur quinto, quando creditor post contractum factus est suspectus, ita quod ob supervenientē paupertatem, vel malos mores depositum in ejus manu non sit securum, hoc enim eventu debitor sine deposito audiendus est. Ita *Ægid. dict. claus. 1. num. 9.* qui addit ibi, ante *versic. hæc sententia*, creditorem data cautione posse debitorem ad faciendum depositum cogere.

Hæc limitatio non est vera, ut supra ostendimus *ampliat. 4. declarat. ult.* quia ob mutationem status creditoris cessat obligatio deponendi pecuniam in ejus manu, non cessat tamen obligatio deponendi saltem apud publicum depositarium, & ita absque deposito nullatenus audietur.

129 Limitatur sexto: quia debitor non cogitur deponere maiorem summam, quam à creditore recepisse cõstitit. licet maiore deponere promiserit: ita *L. Novissima* cautum est, quæ promulgata fuit decimaquinta die Februarij anno millesimo sexcentesimo decimoquarto, ut testatur *Mend. dict. cap. 22. num. 35. Pereir. dec. 34. num. 8.*

Tom. I.

Ægia. dict. claus. 1. num. 10. qui n. 2. benè explicat, quod dicatur per creditorem receptum, qua ratione cohæres, qui à cohærede partem hæreditatis per trãfactionem recepit, vel similis, qui recepit id, quod evidenter suum est, ad depositum non cogetur, in casu contraventionis, *Cæphal. cons. 667 Roland. cons. 60. num. 34. lib. 4. Giurb. dec. 103. num. 19.* sic & conductor, qui locationis tempore finito, mercedeque conventu soluta à locatore ob læsionem in contractu convenitur, deponere non cogitur, ut audiatur, non obstante clautula, cum adhuc non appareat an aliquid creditoris penes se habeat. Ita *Phœb. 1. part. arrest. 74.*

Declarabis primò summam per 130 debitorem receptam necessario esse probandam per instrumentum, non per testes, nec sufficere partis confessionem in instrumento fieri, ne prædictæ legis fraus fiat. Ita *Mend. dict. cap. 35.* Sed hoc non est verum ex dictis supra *num. 80.* nisi probetur verè nihil fuisse receptum.

Declarabis secundo sufficere ex 131 post facto post instrumentum illam integram summam per debitorem ante iudicium motum esse receptam, hocque probetur, hoc namque sufficit, ut absque deposito non audiatur integræ illius summæ, licet tempore celebrationis instrumenti, cum in eo depositaria clausula inserta est, nihil receperit. Ita *Ægid. dict. clausul. 1. n. 11.*

Declarabis tertio, quod licet illa 132 lex novissima solum loquatur in publicis instrumentis, tamen ex ejus mente ad omnes contractus, quantumvis sine scriptura, aut per scripturam privatam, cum prædicta clausula celebratos intendenda est, in distracto enim non cogitur debitor deponere plusquam recepit. Ita *Ægid. dict. clausul. 1. num. ult.* Fidejussor verò licet nihil receperit, ad depositum cõpelletur, cum fingatur recepisse, quod

G

de.

debitor principalis recepit, ex *L. 1. ff. de fidejussor.*

133 Limitatur septimo in exceptione illiquiditatis instrumenti, illam enim allegare potest debitor absque deposito, ut si dicat instrumentum esse conditionale ad diem, aut in summa illiquida, & postulare potest quod prius fiat liquidatio, vel ordinariè agatur, non summarie ex instrumento, effectus enim clausulæ depositariæ ad causam principalem debiti, eisque defensionem, non ad accessoria, & iudicij præparatoria dirigitur, interim enim dum instrumentum non est liquidum, nec iudicij præparatoria ordinata, debitum non rectè petitur. *Mend. dict. cap. 22. num. 36. Phæb. dict. dec. 129. n. 4. & arest. 53. Reynos. observat. 45. n. 20.*

134 Limitatur octavo: quoniam debitor, non obstante prædicta clausula depositaria, auditur sine deposito in eis, quæ sunt extra principale debitum, ut si petatur pœna conventionalis, aut interesse post moram debitum, resolvit *Mend. dict. cap. 22. num. 37.* qui iudicatum refert. Cujus limitationis duplex potest esse ratio: prima, quia prædicta clausula in contractu adjecta solum ad debitum dirigitur, ut illud creditor absque ulla debitoris contradictione consequi possit; clausula autem inserta ad qualificandum unum capitulum non potest ad alium referri, *L. fin. ff. quand. dies leg. ced. Cald. de potest. eligend. cap. 11. num. 26.* quare nihil mirum, si non comprehendat pœnam, nec interesse. Secunda, & fortior ratio est: quia secundum dictam legem novissimam solum cogi potest pars ad deponendum summam, quam à creditore recepit, pœna autem summam non recipit, igitur pro illa deponere non cogetur. Quæ ratione *Phæb. 2. part. arest. 53.* dicit, quod data pecunia sub censu, vulgo, *a razão de juro*, cum clausula deposti-

taria, debitorem super redditibus absque deposito audiendum. Quod tamen, & illud de interesse difficultatem habet, quia simpliciter accepto fidejussore, in omnem causam receptus censetur, & consequenter tenetur ad fructus, interesse, & cætera accessoria, juxta sententiam *Fulgosij L. centum capuæ col. 3. ff. eò quòd certo loco*, & hypotheca in re imposita extenditur ad fructus, *L. Paulus §. Micipia, ff. de pignor. L. 1. Cod. part. pign. Gregor. L. 16. tit. 13. part. 5. Pater Molin. tract. 2. de justit. disput. 529. n. 29. Bolan. in labyrint. comerc. lib. 2. cap. 3. num. 13.* unde videtur clausulam depositariam in principali adjectam, ad interesse, & redditus extendi; quæ verò in se debitor habet ex patrimonio creditoris, cum ipsi debeantur juxta regulam *L. qui actionem, ff. regul. jur.* unde ad evitandas difficultates expressè solet in contractu adjici clausula, etiam pro redditibus, & fructibus.

Limitatur nonò: quoniam licet debitor absque deposito adversus contractum, & debitum non audiat, auditur tamen contra ipsam clausulam, dum disputatur, an illi standum sit. Ita *Perer. dict. dec. 34. num. 5. vers. Quinto.* Unde in praxi solet debitor à iudice instrumenti copiam postulare ad allegandam invaliditatem, vel cessationem clausulæ, quæ illi indulgenda est, & auditur cum omnibus exceptionibus per istas limitationes congestis, isteque modus deducendi ad praxim omnia, quæ hætenus diximus.

Limitatur decimò: nam debitor absque deposito, non obstante prædicta clausula, audietur, si elapsi sint triginta anni, quibus omnis actio præscribitur, cum enim per præscriptionem extinctum sit principale debitum, *L. sicut Codic. de præscript. 30. Ordinat. lib. 4. titul. 79. in princip.* ita

& omnis clausula præscripta censetur, ex regula *L. cum principalis, ff. regul. jur.* ita resolvit *Mend. dict. cap. 22. num. 52.* Sed & hoc dictum emendatione indiget, quia non indistinctè debitor audiatur, nisi super præscriptionis articulo, an debitum per illa sit extinctum, vel non, ista namque exceptio in tenore ipsius instrumenti fundatur, ex quo apparet præscriptionis tempus esse elapsum, ut constat ex dictis supra *ampliat. 1.* quare præscriptionis exceptione non probata fortè ob malâ fidem ex adverso probatam, reincidimus in clausulam depositariam; repro- bata enim prædicta exceptione instru- mentum in suo robore manet.

137 Limitatur undecimo: quia debitor sine deposito potest allegare debi- tum esse per judicem arrestatum, sive sequestratum, ex his quæ in executio- ne sententiæ hac exceptione suspen- denda dicemus infra *lib. 6. cap. 9.* obli- gatus enim ad solvendum sub pœna, liberatur, si solvenda quantitas seque- strata proponatur. *L. fin. ff. leg. com- miss. Curtius L. unic. quæst. 16. num. 60. Cod. prohib. sequestr. Perez L. 1. tit. 10. q. 15. lib. 3. ordinam.*

138 Limitatur duodecimo, ut regula non procedat, quando debitor allegat sibi concessam dilationem quinquen- nalem à maiori parte creditorum, hæc enim exceptionem potest absque de- posito opponere, quia etiam in execu- tione sententiæ, in qua condemnatus non auditur, antequam solvat, vel de- ponat, *Ord. lib. 3. tit. 86. §. 1.* & ista- men cum hac exceptione auditur, *Phæb. 1. part. arrest. 24.* & dicam in- fra *lib. 6. cap. 9.*

139 Limitatur decimotertio: quia absque deposito potest debitor oppo- nere exceptionem, ne conveniatur ul- tra quam facere potest, aut ultra vires hæreditarias, nam has exceptiones cõ- demnatus per sententiam bis confir- matam allegare potest absque depõsi-

Tom. I.

to, licet regulariter non audiatur, an- tequam solvat, vel deponat condem- nationem. *Clement. 1. de re jud. notat Cov. practic. cap. 25. num. 7. vers. deci- motertio,* & latè dicemus infra *lib. 6. cap. 9.*

Limitatur decimoquarto: quia ¹⁴⁰ non auditur debitor absque deposito, cum clausula in instrumento publico, seu scriptura privata recognita, vel publicæ vim habente inserta est, non aliàs, tunc enim, ut veritas obligatio- nis, & clausulæ in pendentis est, à pro- batione extrinseca dependens, & inte- rim debitor absque deposito auditur. *Phæb. 1. part. arrest. 75.*

Limitatur decimoquinto: quia ¹⁴¹ clausula ista non obligat, nisi de con- sensu expresso partium, Tabellione in- terrogante coram testibus, inseratur, ut habetur in *dict. L. extravaganti,* *Ægid. dict. clausul. 1. num. 10.* quod ante illam legem optabat fieri *Cabed. 1. part. dec. 37. n. 1.* vide supra *num. 98.* *Pereir. dec. 34. n. 1.*

Vndecimus casus.

De contractu, in quo est clausula deneganda audientia, donec debitor debitum solvat.

SUMMARIUM.

Utrum valida sit clausula, in qua debitor se obligat ad solvendum, denegata audientia ante solutionem? Pro utra- que parte disputatur, n. 142.

¹⁴³ Similiter sicut in casu præcedenti creditor executione debitum cõ- sequitur absque mora, quando debitor, stante clausula in contractu, agen- tem creditorem remove intèdit suas exceptiones exponendo, nam ille ex

vi prædictæ clausulæ potest ipsum debitorem ab opponendo excludere, donec realiter solvat, qui si velit de jure suo docere, debet præcisè solvere, aliàs in causa absque mora, ipso non audito, vulgò, à *revelia*, procedatur, tradit *Gam. dec. 369. num. 3. vers. doctissimi, Pereir. dec. 34. num. 8. vers. secunda clausula*, ubi fatentur validitatem prædictæ clausulæ.

Nec refragatur *Ord. lib. 4. tit. 72.* ubi annullatur contractus, per quem conventum est, quod debitore in termino non solvente, confestim executio fiat, eo amplius non audito, nec vocato. Respondetur enim aliud esse in totum defensionem, jusque excipiendi tollere, aliud in tempus differre: primo casu non valet pactum, nec statutum tale quid permittens, ut juri naturali repugnans; secus in secundo, quia quod differtur, non aufertur: ita est elegans verbum, & dictio *Bald. L. ult. §. in computatione, Cod. jur. deliber. cujus doctrinam dicit perpetuo menti tenendam Soar. L. post rem judicatam, in declarat. Legis Regni, §. venio ad 2. part. num. 2. ff. de re judicat.* Secundum primum casum loquitur præfata *Ord.* ut per *Gam. dict. dec. 369. n. ult. & juxta secū dum procedit præfens clausula*: cætera de hac clausula vide in præcedenti, nam omnes ampliaciones, & restrictiones ibi positæ, isti identicæ conveniunt.

§. II.

Duodecimus casus.

De executione parata circa
carcerem.

SUMMARIUM.

Si partes convenerint, quòd debitore non

solvente in termino, possit statim ad ipsius capturam procedi, ut in carcere detineatur donec solvat, valet pactum, num. 1.

Captura non potest fieri per privatam personam, sed iudex aprecandus est, qui suo ministerio prehensionem faciat. Fallit, si creditor debitorem fugientem inveniat, n. 2.

Limitatur prædicta regula in nobili, qui non ducendus est ad carcerem, sed in domo sua sub homagio duci debet, n. 3.

Privilegium nobilitatis renuntiare non valet, n. 3.

Tale pactum utrum obliget heredem debitoris: pro utraque parte disputatur, n. 4.

Plures casus, in quibus prædicta clausula non obligat, remissive, n. 5.

Propria autoritate potest quis ad capturam procedere in illis personis, quæ ad obedientiam perpetuam pertinent, num. 6.

Vir potest capere uxorem suam adulterantem, n. 7.

In criminibus capitalibus quilibet ad solam partis instanciam à iudice capiendus est absque delicti probatione; si verò intra octo dies culpa formata non sit, relaxabitur, n. 8.

Talis prehensio fieri nequit à familia iudicis, vulgò, *Alcayde*, ou *Meirinho*, nisi ab ipso iudice correctore ve subleatur, n. 9.

Auditores dominorum non possunt decernere in prædicto casu, n. 10.

Ut ad capturam procedatur, non est necesse quod pars offensa requirat; sed sufficit quòd iudici dicatur aliquem esse in prædictis criminibus culpabilem, n. 11.

Dies cæptus non habetur pro completo, n. 12.

Ut procedatur ad capturam, non requiritur plena probatio, sed sufficit semiplena, n. 13.

In flagranti delicto quilibet capi potest absque ullo iudicis mandato, & quando

do dicatur flagrans, n. 14.

Judex incompetens potest capere delinquentem in flagranti, & persona particularis, siue sit interessata, siue non, n. 15.

Regularis practica procedendi ad capturam, & quae requirantur, & in quibus casibus, & quomodo proceditur extra dictos casus, n. 16. & 17.

SI per instrumentum partes conveniant quod debitore in termino non solvente, possit statim ad ipsius capturam procedi, ut in carcere detineatur donec solvat, ostenso praedicto instrumento judici, parte aliter non citata, ad personae capturam per iustitiae ministros faciendam mandatum expediet, Ord. lib. 4. tit. 76. §. 2. ibi: *E se o devedor prometter ao credor pagar lhe a certo tempo, & não lhe pagando, que seja prezo até que pague, se não pagar ao tempo que se obrigou, deve ser prezo per mandado de justiça, sendo para isso requerido, posto que allegue, & mostre que tem bens por onde pague. Notat Valasc. cons. 173. à num. 26. Barb. L. alia, §. Eleganter à num. 44. ff. solut. matrim. Gail. lib. 2. observ. 49. latè Math. Coler. de process. execut. 1. part. cap. 6. à num. 10. & per totum, Roder. de annuis redditibus lib. 1. quæst. 1. n. 1. & 2. Cald. de empt. cap. 29. num. 46. & lib. 1. Forens. quæst. 8. n. 5. Aegid. L. ex hoc jure 2. part. cap. 13. claus. 7. num. 1. & 2. ff. de justit. Phæb. qui judicatum refert dec. 15. secundum quos, dato hujusmodi pacto, non requiritur, quòd procedat debiti liquidatio, vel sententia; sed sufficit judici instrumentum ostendere in corpore debiti liquidum, ut prehensionem decernat, cum tamen jure ordinario ad capturam ob debitum deveniri non valeat, nisi praecedat libellus, litis contestatio, sententia, & bonorum excoffio, L. consentaneum, ubi Bart. Cod. quomodo, & quando judex, L. cum ex*

Tom. I.

eo, Cod. ad L. Iul. pecul. Ord. lib. 4. tit. 76. §. 1. Gallez. de Camer. obligat. 2. part. in 3. partic. quæst. 4. num. 3. dicemusque latè infra lib. 6. cap. 12. Sic etiam possunt partes pacisci, quod debitore in termino non solvente, ejus persona judicis ministerio arrestetur; hoc est, veluti sub homagio jubeatur ei quòd non discedat à domo, palatio, aut civitate, donec solvat. Afflict. de constitut. Neapolit. de cultu pacis rubr. 8. num. 23. Coler. dict. 1. part. cap. 7. & 8. per totum.

Declarabis primò: quia hujusmodi personae captura fieri nequit per ipsam privatam creditoris personam, licet hoc in contractu causetur; sed necessario judex deprecandus est, qui suo ministerio prehensionem faciat. Ord. dict. tit. 76. §. 6. ibi: *E concertandose o credor, & o devedor que não pagando a divide a tempo certo, o possa o credor por sua propria authoridade prender, tal convenção não valha, nem possa o credor por virtude della prender seu devedor, mas requeira à justiça, a qual vista a convenção o mande prender, posto que allegue, & prove que tem bens por onde pague. Valasc. dict. cons. 173. à n. 28. Math. Col. dict. 1. part. cap. 6. à num. 10. qui extendit ad casum, quo creditor velit creditorem à se captum in publicos carceres ducere; quod nec ad hoc admittatur communis ex Barb. dict. §. eleganter à num. 36. latè Quezada diversarum quæst. cap. 8. n. 2. & Baer. de inope debit. cap. 1. num. 35. & 36. Cald. dict. num. 46. Scau. de judic. lib. 1. cap. 62. num. 27. vers. contrarium, Phæb. dict. dec. 15. num. ult. Extendit etiam ad conventionem juratam Aegid. dict. claus. 7. n. 3.*

Hoc tamen fallit, si creditor debitorem fugientem inveniatur, tunc enim ipsam potest propria autoritate capere, captumque ducere in publicos carceres, nec alio in loco ipsum detinere potest ultra viginti quatuor

G iij

ho

horarum spatium, *Ord. lib. 4. tit. 76. §. 3. vers. Perem: L. Ait Frator, §. si debitorem, ff. quæ in fraudem creditorum: alia Orainat. lib. 5. tit. 95. §. 3. latè lafon. in §. 1. numer. 72. Instit. de action. Duenb. regul. 175. Gail lib. 2. observ. 44. à princ. Valasc. cons. 66. num. 33. ubi num. 15. ampliat in debitore nobili; & numer. 22. ampliat in debitore Clerico; hocque prehendi jus cessionario etiam competit, communis ex *Marant. L. si Actor, numer. 2. ff. procurator. & potest tertio cedi, & demandari, Ord. dict. §. 3. ibi: Elle per si o poderá prender, ou mandar prender. Phæb. 2. part. arrest. 84. ad fin.**

3 Declarabis secundò, quod non obstante hujusmodi pactione, iudex debet nobilem non ad publicum carcerem, sed ad ejus domum sub homagio ducere, cum nobilis proprio nobilitatis privilegio renuntiare non valeat. Ita *Coler. dict. 1. part. cap. 7. n. 11. & 12. Gutier. de jurament. confirmat. 1. part. cap. 16. num. 61. Cævalh. commun. lib. 2. quæst. 688. n. 5. & 6. Phæb. 1. part. dec. 48.*

4 Declarabis tertio, ut prædicta pactio hæredem debitoris non liget, nec capi possit, cum sit conventio personalis. *Bart. L. si deceſſerit, ff. qui satisfidare cog. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. titul. de liter. obligat. art. 3. gloss. 2. n. 1. Coler. de process. execut. dict. 1. part. cap. 10. à num. 333. ubi dicit communem: imò nec testator potest expressè personam hæredis obligare, Rebuff. dict. gloss. 2. num. 12. Barz. de guarentig. 1. part. quæst. 9. Contrarium verò, imò quod ob prædictam debitoris pactionem possit ejus hæres in carcerem detrudi, tenet *Bart. sibi contrarius, & Alex. L. Postulante, ff. ad Trebel. Surd. dec. 315. num. 3. Has discordantes sententias concordat Barb. dict. §. eleganter num. 45. ad fin. quod aut pactum prædictum personam respicit, & hæredem non comprehendit; vel diri-**

gitur in debitum, ut si dicat, quod debitor capiatur, & tunc liget hæredem, possitque in carcerem detrudi; requiritur tamen, quod prius constet, quod sit hæres. *Boer. dec. 10. & nos latius dicemus intrà lib. 6. cap. 12.*

Plures alij casus sunt, in quibus prædicta pactio non obliget, sicque è carcere relaxandus, ponit *Coler. dict. 1. part. cap. 6. à num. 102. ubi decem cumulat.*

Item alius est casus, in quo quis executivè propria autoritate potest ad capturam procedere, in illis scilicet personis, quæ ad obedientiam perpetuam pertinēt, ut monacho, servo, filiofamilias, & uxore, docet *Bald. L. 1. Cod. ubi quis de curiali, alia ve conditione convenitur, las. in additione ad glossam, verb. in iudicio in princ. Instit. de act. expressa Ord. lib. 5. tit. 95. §. 4. ibi: E está Ley não haver a lugar no que encarcerar seu filhofamilias, ou escravo pelos castigar, & emendar de más manhas, & costumes, porque em tal caso os poderá prender. Quæ deducta est ex regula in *L. unic. Cod. de privat. carceribus, Molm. de justit. tract. 3. disp. 2. numer. 17. & 18. Boerius dec. 304. à num. 2.**

Item vir potest alium cum uxore sua adulterantem capere, *Ord. dict. tit. 95. §. 2.* Item fur nocturnus, aut diurnus liberè à domus domino capi potest autoritate propria, quinimo occidi nocturnus potest, diurnus verò non aliter, nisi telo se defendat, *L. Itaque §. Lex ff. ad Leg. Aquil. L. 1. Cod. quando liceat unicuique sine jud. se vend. Molm. de just. tract. 2. disput. 684. num. 1. Clar. §. Homicidium num. 47. vers. ult. defensio; qui tamen plura requisita congerit, ut fur occidi possit. Item milites ad hostes deficientes possunt à quolibet capi, & si resistant, occidi. *L. 2. Cod. quando liceat unicuique sin. jud.**

Item in criminibus capitalibus ex Lege

Lege novissima quilibet ad solam partis instantiam absque alia delicti probatione à iudice capiendus est, captus verò relaxabitur, nisi in termino octo dierum ei culpa formata probetur, aut per iudicis inquisitionem, aut per partis querelam testibus adhibitis. Habetur in reformatione justitiæ §. 14. cujus verba sunt: *Nos delictos que provadas merecem pena de morte natural, poderám os Corregedores, Ouvidores dos Mestrados, & Juizes de fóra destes Reynos, & Senhorios de Portugal prender as pessoas que lhes disserem que são culpadas, antes de formar a culpa, com declaração, que dentro em oito dias sendo o caso seráo obrigados a tiralas, & não se provando por ella culpa aos prezos dentro do dito termo, seráo logo soltos sem appellação, nem aggravão que o impida, ficando-lhes seu direito reservado contra a pessoa que injustamente os fez prender, para lhe pedir as perdas, & dānos; & sendo caso de querela, a parte querelará, & dar a sua prova dentro do dito termo, porque se mostre tanto que baste para haver de ser prezo, & não provando, será logo solto na fórmula que fica dito. Notat Barb. in remission. ad Ord. lib. 1. tit. 65. §. 37. numer. 4. Phæb. 2. part. dec. 143.*

Ex qua lege primò nota ex verbis ibi: *Poderám os Corregedores, Ouvidores dos Mestrados, & Juizes de fóra*, quòd hujusmodi prehensionem familia iudicis, vulgò, *Alcaide, Meirinho*, ad partis instantiam facere nequit, nisi hoc ab ipso iudice, Correctore, vel Auditore habeat in mandatis, cum Lex prædicta Regia hoc prædictis personis reservet; manemusque in regulis ordinarijs, secundum quas miniter aliquem absque iudicis mandato in scriptis capere non valet. *L. Neminem, Cod. de exhibend. Reis, Ord. lib. 1. tit. 75. §. 10. ubi Barbos. plures refert.*

Secundò nota ex eisdem verbis,

ibi: *Prender as pessoas que disserem que são culpadas*, quod ex generalitate horum verborum non est necessarium, quod ad instantiam partis offensæ hujusmodi captura fiat, sed sufficit à quocumque dici iudici, & manifestari aliquem esse in prædictis criminibus culpabilem, ut valeat etiam ex officio ad capturam procedere. *Phæb. 2. part. arrest. 93. in fine.*

Quartò nota ex verbis, ibi: *Com 12 declaraçãõ que dentro em oito dias*, octo dies, de quibus hic, debere esse completos, nec diem octavum inceptum haberi pro completo, ut carceratus valeat ob non formatam culpam postulare, quod è carcere relaxetur, nisi in nona die; itè & diè etiam capturæ in hoc termino computandum de momento ad momentum incipiendo, dictio enim, *intra*, hoc est, *dentro*, includit utrumque diem, tam illum, quo incipit terminus quem, qui finitur, *L. si quis dixerit 133. ff. verb. sign. L. si ita stipulatus, ff. verbor. obligat. L. qui ante, ff. eodem, L. qui bon. §. fin. ff. damno infecto, L. Intra, ff. de minoribus, cum pluribus Iuribus, & Doct. ibi Aug. Barb. de diction. diction. 199. Thom. Vas alleg. 76. n. 41.*

Quintò nota ex verbis, ibi: *Nam 13 se provando por ella culpa*, ad hanc probationem non requiri, quod sit plena, imò sufficit semiplena, aut etiam præsumptiva, si ve iudicium, ut carcer decernatur. *Ord. lib. 1. tit. 65. §. 17. ibi: E achandose que alguma testemunha o culpa; & tit. 7. §. 25. ibi: Sabem, ou presumem; & lib. 3. tit. 60 §. 5. ibi: Por qualquer presumpçãõ: Saliceto L. Nullus Cod. de exhibend. reis, Grammatic. cons. 30. criminali numer. 1. Barbos. in L. si quis postea num. 75. ff. de jud. alter Barbos. in remis. ad Ord. dict. tit. 65 §. 37. n. 3.*

In flagranti etiam delicto quilibet capi potest absque ullo iudicis mandato. *Ordin. lib. 1. tit. 75. §. 10.*

ibi: *Salvo achando algum em flagrante maleficio: & tit. 21. §. 1. & tit. 65. §. 37. Pegad. in practic. criminal. 1. part. cap. 4. num. 6, Farin. quæst. 21. à num. 137. Barbof. ad Ord. dict. tit. 75. §. 11. Scacia de judic. lib. 1. cap. 78. numer. 4. Et non solum dicitur quis in flagranti delicto capi, cum intercipitur in ipso actu maleficij, sed etiam cum ministri justitiæ superveniunt post crimen patratum, & delinquentes insequuntur, & capiunt, priusquam in actus divertant extraneos, quia scilicet in fuga sunt, vel latitatione. Bart. L. si quis in servitute in princip. ff. de furt. Joseph. Cumia super ritibus Siciliae cap. 54. num. 144. Farin. quæst. 21. numer. 156. Scacia dict. num. 4. fuitque declaratum in L. Novissima, de qua Phæb. 2. part. arrest. ult.*

15 Capere autem delinquentem in flagranti potest etiam iudex incompetens, qui ad capiendum jurisdictionem non habet. Argument. L. si quid ff. offic. Proconsul. & in Auth. de defens. Civit. §. Audiens, col. 3, Pegad. dict. cap. 4. num. 7. qua ratione & secularis iudex potest in flagranti delinquentem Clericum capere, Ord. lib. 2. tit. 1. §. ult. suoque iudici tradere, Bartol. dict. L. si quis in servitute, Gom. 3. var. cap. 9. numer. 3. Marant. de ordin. judic. 4. part. distinct. 11. num. 69. Clar. §. fin. quæst. 28. versic. si vero loquimur, Molin. de just. tract. 3. disp. 56. num. 2. Scacia dict. cap. 78. num. 5. vers. Amplia, Pegad. d. cap. 4. num. 8. Pereir. de man. Reg. 1. part. cap. 10. numer. 6. quinimo & persona particularis potest in flagranti delinquentem capere, sive sit persona interessata, qualis est offensus, consanguineus, vel amicus, L. Interdum 2. §. Qui furem, ff. de furt. sive non sit persona interessata, L. Fur est manifestus, ff. eod. Bart. dict. L. si quis in servitute num. 1. & 3. Cumia dict. cap. 54. num. 144. Farin. dict. quæst. 21. num. 139. & 140. Scacia dict. num. 5.

Pegad. dict. num. 8. Quod etiam procedit respectu Clericij, ut etiam cum quicumque laicus valeat in flagranti crimine deprehensum capere, Bartol. dict. L. si quis in servitute num. 2. Cumia d. n. 144. Farin. quæst. 8. numer. 122. Scacia dict. num. 5. vers. Amplia, ubi dicit communem. Captus verò in flagranti delicto debet prius ad iudicem duci, quam ad carcerem, si commode fieri potest, nam cum captura personæ fieri nequeat absque iudicis mandato, iste, dum ejus captura à iudice non approbatur, verè incarceratus non dicitur. Ord. dict. §. 16. Coler. de process. execut. 1. part. cap. 2. num. 98. Scacia d. cap. 78. n. 6.

Item apud nos alius est casus in criminalibus, in quo à captura incipitur, veluti si pars offensa querelam interponat coram iudice, tresque, aut quatuor testes in delicti probationem offerat, nam si testibus his secretè, parteque non citata, examinatis, tantum arbitrio iudicis probetur, quòd delinquens capi mereatur, ejus confestim à iudice captura decernitur. Ord. lib. 5. tit. 117. §. 12. explicat latè Barbof. L. Hæres absens, §. Proinde à numer. 41. ff. de iudic. Hujusmodi autem procedendi modus solum conceditur in certis criminibus notatis in Ord. dict. tit. 117. in princ. & generaliter in omni eventu, & crimine, in quo probatione facta delinquens puniendus veniat pœna flagellorum, aut exilij; & supra, ut ibidem habetur in fin. princip. Quod ita constitutum est, ut delinquentes facilius caperentur, sicque in effectu querela est accusationis futuræ præparamentum, Barbof. dict. §. Proinde num. 44. quinimo & in aliquibus criminibus ante querelam nequit offensus ad accusationem delinquentis procedere, nisi ille captus jam sit, vel securatus, ut in homicidio probat Ord. dict. tit. 117. §. ult. & in crimine hæresis, vel blasphemix Ord. d. eod. lib. 5. tit. 2. §. 4. in cri-

crimine concubinatus curialis, *Ordin. dict. lib. 5. tit. 27. §. 3.* item & concubinarij conjugati, *Ord. dict. lib. 5. tit. 28. §. 5.* & concubinatus Clericorum, & Religiosorum, *tit. 30. §. 3.* Extra casus verò exceptos potest offensus, omiſſa querela, accusationeque criminali, civiliter agere pro satisfactione injuriæ, & damni, *Ord. dict. tit. 117. §. 21.* querela verò debet proponi intra annum, *Ord. dict. tit. 117. §. 1.* & perfici intra viginti dies, *eod. tit. §. 12.*

Denique & in casibus, in quibus de delicto potest inquisitio à judice fieri, ubi primum ex interrogatis testibus aliquis invenitur culpabilis, judex ipsumprehendendum decernet. *Ord. lib. 5. tit. 119. in princip.* Notabis tamen quod si captus ex inquisitione, querela, vel simili causa se prætendat à judice gravatum, quia absque sufficiente probatione, vel similiter ad capturam processit, potest ipse à judicis pronuntiatione ad Senatum provocare, ubi ei, si gravatus invenietur, provisio indulgetur in forma *Ord. lib. 5. tit. 119. in princip.* quod remedium ut brevius praxis admisit.

Extra præcitatos verò casus nemo potest carcere mancipari, nisi prius constet de culpa, quod dicimus (*de poſ. da culpa formada*) *L. 2. Cod. de exhibend. reis, Ord. lib. 5. tit. 119. in princip.* ubi contrafaciens punitur, *Clar. §. fin. quest. 28.* & providetur capto per supplicationem ab injusta pronuntiatione ex non servata Lege Regia, juxta *Ord. lib. 5. tit. 119. in princip.* & sic servat praxis.



Decimus-tertius casus.

De fidejussore de judicato solvendo.

SUMMARIUM.

Fidejussor de judicato solvendo ex ipsa sententia adversus debitorem lata potest conveniri: utrum executive repetere possit à debitore, n. 18.

Ipsè judex executor, qui fidejussorem excussit ad favorem creditoris, manet competens ad executiendum debitorem ad favorem fidejussoris, n. 19.

Hoc procedit in fidejussore judicij, non verò contractus, n. 20. & 23.

Fidejussor de judicato solvendo, quod solvit repetere potest, si debitor vivit; secus si è vita decedat, n. 21.

Licet creditor possit compellere fidejussorem de judicato solvendo executive ad solutionem, tamen ipse fidejussor potest petere, ut excutiatur debitor condemnatus, si non renuntiavit executionis beneficium, n. 22.

Fidejussio de judicato solvendo non extenditur ad augmentum, & fructus post sententiam perceptos, n. 24.

QUOD fidejussor de judicato solvendo ex ipsa sententia adversus debitorem lata executive conveniatur, dicemus latè infra *lib. 5. cap. 11. & lib. 6. cap. 7.* Nunc verò nobis agendum est de repetitione ejus quod solvit, an executive eam facere possit à debitore pro quo solvit. Expressim affirmat text. in *L. fin. §. fin.* ibi: *Quia per medium fidejussorum statim pecuniasolvere compelletur: Cod. de usuris rei judicat. ubi Bart. & Angel. idem Bart. L. 1. in fin. ff. judicat. solv. Clar. §. fin. quest. 95. in princip. Tirag tract. res inter alios acta, limit. 1. vers. Et id quidem, Lancelot. de attent. 2. part.*

2. part. cap. 20. limit. 6. principal. num. 13. & 14. Azin. in prax. judic. §. 31. cap. 2. ampliat. 22. num. 1. & 9. & in tract. de execution. §. 1. cap. 18. num. 1. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. tit. de liter. obligat. art. 6. gloss. 3. à num. 33. Duenh. regul. 337. ampliat. 5. Soares de los Emplazamientos, §. sed pone num. 22. & in L. Post rem judicatam notabil. 9. num. 2. Aviles Prætor cap. 10. verb. execucion num. 38. Coler. de process. execut. 2. part. cap. 2. num. 6. Scacia de appellat. quæst. 17. limit. 6. membr. 4. num. 112. Cancer. lib. 2. var. cap. 5. à num. 95. & lib. 3. var. cap. 17. num. 301. Camil. Borrel. 2. part. titul. 32. de execut. num. 167. Phæb. 2. part. dec. 18. n. 8.

19 Imò & idem judex, qui fidejussorem excussit ad favorem creditoris, manet etiam competens ad excutiendum debitorem ad favorem fidejussoris, licet aliàs fuisset incompetens ad excutiendum debitorem. L. cum eorum, Cod. sentent. & interloc. Barb. in L. venditor num. 183. ff. de judic. quid quid contradicat gloss. L. cum vendenti, Cod. ubi caus. fisc. cujus sententia teneri potest in fidejussore contractus secundum Bald. dict. L. cum eorum, quem sequitur Soares dict. §. sed pone num. 24.

20 Declarabis primò istum casum executivum, ut solùm in fidejussore de judicato solvendo procedat, non ita in fidejussore contractus, is enim quod solvit creditori, nequit à debitore executivè exigere, L. Græce, §. si à debitore, ff. fidejussor. L. A sententia in princip. ff. de appellat. L. Præsent. §. adjudicantis, Cod. his qui ad Eccles. confug. L. Duobus, §. Id igitur, & ibi Bald. ff. jur. jur. Speculat. tit. de execut. sentent. §. sequitur, vers. sed nunquid, gloss. & Ioan. Andreas cap. 1. de injur. lib. 6. Hippolyt. Rebuff. de fidejussor. quæst. 52. Nata cons. 345. n. 1. Rebuff. dict. gloss. 3. num. 34. & 36. Soar. dict. num. 24. & in dict. L. Post rem judica-

tam in declaracion. Legis Reg. §. visum est supra num. 1. Scacia dict. membr. 4. num. 213. qui etiam ibi explicat, quid in fidejussore de judicio fitti: Coler. d. cap. 2. n. 7. Cancer. ubi proximè, Borrel. dict. tit. 32. à num. 159. Avil. dict. num. 38. ubi etiam cautelam ponit, ut possit fidejussor contractus, quod solvit, executivè à debitore repetere, nempe quod ipse sibi faciat à creditore actionem judicati cedi contra debitorem, & ita dicit praxim servare post Montalvum, quem refert.

Declarabis secundò prædictum casum, ut tum demum fidejussor de judicato solvendo possit, quod solvit, executive à debitore repetere, si ipse vivit, nam si è vita decedat, hæres ejus, priusquam executive pulsetur, summarie audiendus est, & legitimandus. Guid. Pap. dec. 26. & 21. Rebuff. ad Leg. Gal. titul. de liter. obligat. art. 6. gloss. 3. num. 35. Azin. dict. cap. 18. n. 2. Borrel. dict. tit. 32. n. 161.

Illud item memineris, quòd licet creditor post sententiam possit ex ea, quantumvis contra debitorem lata, fidejussorem de judicato solvendo executivè ad solutionem compellere, ut in dict. L. fin. §. fin. Cod. de usur. rei judicat. Ord. lib. 3. tit. 92. Rebuff. ad Leg. Gal. tit. de liter. obligat. art. 5. gloss. 9. num. 8. Aviles dict. verb. execucion, num. 41. Scacia de judic. lib. 1. cap. 62. n. 3. tamen ipse fidejussor petere potest, quòd prius debitor condemnatus excutiatur, d. L. fin. Ord. lib. 3. titul. 92. Duenh. regul. 335. ampliat. 5. Barhis de guarentig. 2. part. quæst. 14. ad fin. licet contradicat Bald. in apostilis ad L. 2. ff. qui satisfac. cog. Didacus Ferrerius in addit. ad Guid. Pap. dec. 26. Camil. Borrel. dict. tit. 32. de execut. num. 166. qui negant hanc excussionem fieri præterquam ad instantiam fidejussoris contractus, non ita fidejussoris de judicato solvendo: quorum sententia procedet solùm, quando

do fidejussor de iudicato solvendo renuntiavit executionis beneficio, ut in *Ord. lib. 3. tit. 86. §. 3. vers. a qual fiança.*

23 Sed & illud notandum est, tum demum ex sententia adversus debitorem lata posse fidejussorem de iudicato solvendo executivè conveniri, quando ille in iudicio fidejussit; secus si per cōtractam extrajudicialem se obligaverit iudicatum solvere, quia tunc res non est liquida iudici, nec obligatio sive confessio dicitur coram iudice fieri, *Ord. dict. tit. 92. ibi: Fianço alguma pessoa outra em juizo, prometendo pagar por ella tudo o em que for condenada: Bart. dict. L. 1. num. 3. ff. jud. solv. Bald. dict. L. fin. §. fin. Soar. dict. notabil. 9. num. 1. & in L. 2. tit. de los Emplazamientos vers. sed pone, num. 13. Sed obstat ex diametro Ord. lib. 3. tit. 37. §. 1. quæ etiam contra fidejussorem, qui extrajudicialiter iudicatum solvere promisit, executionem præstat: quod plus convincitur ex §. seq. Nisi dicas esse ibi casum specialem; in iudicio autem fidejussio facta censetur, si apud acta fiat, *Bald. dict. L. fin. §. fin. Soares dict. §. sed pone num. 15. nihil vero interest, an promiserit jam iudicatum, vel de futuro iudicandum solvere, utroque enim casu executivè ex sententia probatur, L. Tale pactum §. qui provocavit, ff. pactis, ubi extollit Bald. dicens non esse alibi, Soar. dict. notabil. 9. n. 1. Aviles dict. verb. execucion n. 44.**

24 Fidejussio autem ista de iudicato solvendo non extenditur ad augmentum, & fructus post sententiam perceptos, *L. 1. ff. de in lit. jurand. Hippolyt. rubric. de fidejussor. quest. 8. Cæpola caut. 127. Rebuff. dict. gloss. 9. n. 1. utrum verò cum executivè ex sententia contra debitorem lata fidejussor de iudicato solvendo convenitur, debet ipse conventus ad executionem citari, disputat latè *Cancer dict. cap. 17. a**

num. 302. qui negat: cujus sententia apud nos non procedit, ubi contra neminem executio fit, quin prius citetur, Ord. lib. 3. tit. 86. in princip.

Decimusquartus casus.

De pensionibus census Emphyteusis, & Beneficij.

SUMMARIUM.

Pro pensionibus census executivè proceditur, & forma procedendi, & à quo jure hæc praxis proveniat, & qua de causa, n. 25.

Pro pensionibus census, & emphyteusis potest procedi adversus tertium possessorem executivè, n. 26.

Pensiones præteritas potest quis à novo successore executivè petere, n. 27.

Census quando constitutus est super pluribus prædijs, & à diversis possessis, potest dominus census, quem malit ex possessoribus, in solidum exequi, n. 28.

An contra colonum rei censitæ possit agi executivè pro pensione census, n. 29.

Ut procedatur executivè pro pensione census, non est necesse quòd ostendatur instrumentum statim, n. 30.

Eadem practica servetur pro pensione emphyteusis, n. 31.

Idem servetur pro pensione beneficiorum, n. 32.

Utrum debitor census liberetur dimittendo prædium, remissivè.

PRO pensionibus census solet apud nos executivè agi jussu iudicis captis pignoribus, debitore in solutione cessante, cui post capta pignora diem dicit apparitor ad apparendum coram iudice allegaturo, an exceptionem habeat, vel impedimenta cur pignora vendi, & distrahi non debeant, & eo non apparente, aut appa-

• apparenre, & aliquid relevans non allegante, à iudice in quantitate prædicta condemnatur, & deinceps fit liquidatio, & executio, testatur de praxi *Mend. à Castr. 1. part. lib. 3. cap. 25. num. 56. Pereir. dec. 63. num. 5. & ult. in fin.*

Sed quo jure hæc praxis irreprehit, non est omnino expeditum, quia nulla est Lex juris communis, vel Regij, quæ viam executivam pro census exactione decernat, & si apud exteros census executivè exigitur, hoc ex clausula guarentigia provenit in instrumentis appolita secundum vim guarentigiæ, quod generale est in Hispania, Francia, Italia, & Germania in omnibus contractibus instrumentalibus, in quibus prædicta clausula adjicitur, ut supra meminimus *hoc lib. cap. 1.* Planè apud nos clausulæ guarentigiæ non sunt in usu, nec instrumenta contractuum habent executionem paratam sicut sententiæ, sed summarie per decendum agitur, *Ord. lib. 3. tit. 25. in princ.* Igitur casus iste per regulas guarentigiorum decidi nequit, tum vel maximè, quod si à guarentigijs decisio in dubijs emergentibus petenda esset, res maneret mille difficultatibus involuta, quas praxis omnino respuit.

Quam justè autem praxis Regni viam executivam in censibus induxerit, satis patet; quia nequis quotannis cogatur pro singulis annuis præstationibus litigare, quæ ab unico, & indubitato certæ obligationis principio, & fonte procedunt, permittit jus scriptum, quòd quis in iudicio agat, ut alius debitor annuarum præstationum per sententiam declaretur, insimulque ex præsentis ad futuros annuos redditus condemnetur, ita ut illa eadem sententia absque nova lite quotannis novam operetur pro singulis præstationibus executionem, *L. 1. ubi gloss. Magna ad fin. Cod. de fideicommiss.*

ubi etiam notat *Bald. Alberic. Angel. Salicet. Paul. & lasen text. L. 1. Co d. sent. quæ sint cert. quantit. Gom. 2. tom. var. cap. 11. num. 47. & in L. 40. Iaur. num. 48. vers. Tertio, Greg. L. 1. tit. 2. part. 3. gloss. fin. Paailh. dict. L. 1. num. 29. Cod. fideicommiss. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 14. num. 1. & 18. Gal lib. 1. observ. 74. num. 2. Barbos. in L. non potest videri num. 112. ff. de iud. & in L. 2. num. 14. Cod. præscript. 30. cù pluribus *Aylon. ad Gom. dict. cap. 11. n. 48.**

Sic servatur in praxi per *Fontanel. part. 2. dec. 126. num. 1. & 2.* & Leges nostræ Regiæ, quæ magis litium limites execrantur in locationibus domorum, cõstituerunt quòd ne domus dominus teneretur quotannis pro singulis pensionibus litigare, possit auctoritate propria, absque ulla debiti probatione, per ministros justitiæ inquilinum captis pignoribus ad solutionem compellere; quod Legislator eo modificavit temperamento, ne ex ista tam lata facultate calumniativa libertas luxuriaret; quod si ex rei exceptionibus appareat indebita fuisse capta ejusdem pignora, veluti quia ipse jam pensiones solverat, vel actor non erat domus dominus, ut asseverat actor, in triplo ejus, quod à Reo exegerat, ipsi applicando condemnetur. Ita habetur *in Ord. lib. 4. tit. 23. §. 3. de quo late diximus supra casu 4.*

Supposito autem pro indubitato, quòd consuetudo procedendi executive in exactione census apud nos à guarentigia non venit, nec item à lege aliqua juris communis, vel Regij in casu loquente, nec ex pacto aliquo, si ve conventionem partium, & interpretatio juris nostri scripti, si ve non scripti non ab exteris, sed à nostris Ordinationibus petenda sit secundum *Cabed. 1. part. dec. 211. numer. 2.* indubitanter credendum est istam consuetudinem ex *Ord. lib. 4. tit. 23. §. 3.* quæ
in

in locationibus domorum loquitur paulatim fluxisse, illamque Legem Regiam ratione convenientiæ, bonique publici, ex stylo Regni, judicantiumque opinione ad præstationes cæsuum fuisse ampliaturum, cum eadem in utroque casu versetur ratio, nec sit novam legem in uno casu loquentem, ad similem casum, in quo loquitur, ampliari. *L. Illud ff. ad Leg. Aquil. Tiraquel. L. si unquam, verb. libertis num. 45. & 46. Cod. revocand. donat. Simon. tello de decretis lib. 2. tit. 6. num. 19. Farin. in fragment. liter. E, à n. 51.*

26 Ex quo jam primò cessat labor scribendum in disputatione illa, utrum ex instrumento census, vel emphyteusis possit pro annuis præstationibus, seu pensionibus adversus tertium possessorem executive agi. Quæ disceptatio si ex guarentigijs decidenda esset, vel ex *Ord. lib. 3. tit. 25. in princ. & §. ult.* rarò adversus tertium via executiva aperiretur, cum instrumentum non habeat executionem contra illum, qui in eo non est nominatus, nec contraxit, nisi in casibus, de quibus plene agemus infra *lib. 5. cap. 10. & in specie notat Gutier. L. Nemo potest num. 35. ff. leg. 1. Roderic. dict. quæst. 9. num. 53. & 61. versic. secundo limita, Cald. lib. 2. Forens. quæst. 36. num. 23. versic. eleganter infero, Amator Roderic. de execut. cap. 4. num. 48.* qui tenet pro censu executive non agi contra tertium, nisi ipse recognitionem fecisset, vel census sit in re impositus cum clausula de non alienando. Cum tamen in praxi redditus census executive exigantur tam ab hærede, quàm à singularibus successoribus, ut testatur *Mend. à Castr. dict. cap. 21. num. 56. Parlador 4. part. §. 4. num. 18. & §. 5. num. 5.* quod ex eo procedit, quia consuetudo ista ab *Ord. dict. tit. 23. §. 3.* proficiscitur, secundum quam absque ulla liquidatione, vel justificatione domus dominus executive pensionem exigit à quo-

cumque, quem in domo sua invenierit, licet cum eo non contraxerit super solvenda pensione, sive quia agens locatori successit, vel Reus conductori per titulum universalem seu particularem.

27 Quod enim habet dominium successor locatoris in ædibus, habet etiam successor domi census respectu annuæ pensionis in repercienda, *Pont. dec. 52. n. 11. Martines de censib. cap. 3. num. 175. Marius Guurb. dec. 79. num. 8. in fin. quod dominium sequitur rem, L. Imperatores, ff. public.* Unde & præteritas pensiones potest quis à novo successore executive petere juxta dictam Legem *Imperatores*; prædia enim ipsa conveniuntur ut ibi, sicque servat praxis, de qua *Mend.* ubi proximè. Novus autem successor præteritas, quas solverit, pensiones ab antecessore, qui fuerat in solvendo morosus, repetit. *Pereir. dec. 66. alias 67. num. 1. & 2.* Quod procedit, quando census impositus est super re, nam si super fructibus prædij fuisset impositus, præcise dominus census non novum rei censitæ possessorem, sed antiquum, qui fructus perceperat, convenire debet, declarat *Cald. de extinct. cap. 4. n. 25. & 39.*

28 Quinimo & si census constitutus sit super pluribus prædijs à diversis possessis, sive in uno prædio, quod postmodum in plures successores, sive particulares, sive universales, divisum est, potest census dominus, quem malit ex successoribus, & possessoribus, in solidum impetere, *Valasc de jure emphyt. quæst. 32. num. 15. vers. Illud insuper, Afflict. dec. 153. Perez L. 1. tit. 2. gloss. 1. lib. 8. ordinam. Navar. in comment. de usuris quæst. 16. num. 114. Azeved. L. 1. tit. 15. num. 15. lib. 5. recopilat. Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 4. part. §. 1. num. 2. Surd. dec. 32. num. 6. Roderic. dict. quæst. 9. n. 6. Molin. de justu. tract. 2. disp. 383. n. 13.*

& disput. 391. num. 3. in fin. Cald. de extinct. cap. 3. num. 35. Pereir. dec. 92. Mend. dict. num. 56. Ille tamen, qui solidum solvit, iuste petet sibi actiones cedi, ut cæteri possessores pro rata contribuunt, *L. Cum possessor, ff. de censib. Parlador. dict. §. 1. n. 21.*

29 Sed an contra colonum rei censitæ possit pro solutione census executive agi, disputat *Pereir. dec. 66. n. 3.* qui in colono partiario loquendo dicit ad solutionem non compellendū, si jam locatori suam portionem solvit, solūque domino census superesse remedium arrestandi, sive sequestrandī fructus ad locatorem spectantes: & præstat rationem; quia colonus iste non possidet, *L. Colonus, ff. de vi, & vi armat. Ord. lib. 3. tit. 45. §. 10.* & sic non dicitur rei censitæ possessor, & conductori sufficit, ut liberetur, quod solvat ei, à quo prædium habet conductum, *L. si urbana prædia, ff. de condit. indeb.* Sed hæc sententia solū procedit in colono partiario, non ita in colono, qui omnes fructus percipit, domino autem locatori solam pensionem in pecunia solvit, iste enim ad onera prædij realia, census, & tributa tenetur. Communis in *L. 1. Cod. annon. & tribut. lib. 10. ubi gloss. & Bart. & cæteri, Pinel. L. 1. Cod. de bon. matern. 2. part. num. 72. ampliat. 10. Valasc. de jure emphyt. quest. 17. num. 27. & quest. 26. num. 7. vers. ex prædicta, Molin. tract. 2. disput. 496. num. 2. Brito de location. in cap. 2. part. 3. à num. 36.*

30 Secundò ex dictis deducitur non errare illos iudices, qui ad solam partis instantiam, non ostenso census instrumento, nec probata possessione recipiendi annuas pensiones, executivum mandatum decernunt, nam licet alterum ex his requiri dicat *Mend. dict. num. 56. vers. sed hæc omnia*, itaque aliqui scrupulosi iudices servent, imò &

requirunt census instrumentum, ut communiter Doctores publicum executio decernatur, & ipsam solvendi obligationem per testes probari sufficere inficiantur, ut videre est per *Tolled. de contractus consuetudine, verb. tanquam num. 56. Scacia de appellat. quest. 17. limit. 9. num. 63.* qui ex eo ducuntur, quia in exteris provincijs census executio à guarentigio instrumento venit, quod, ut executio decernatur, præcisè offerendum est, nec sufficit testibus probari, ut late dicimus infra *lib. 4. cap. 4.*

Sed cum apud nos census executio parata à guarentigia non veniat. nec à simplicis scripturæ publicæ probatione, quæ secundum nostras leges tantum viam summariam decem dierum non executivam præstat, *Ordin. lib. 3. tit. 25. in princip.* ne extra contrahentium personas egrediatur, ubi ibidem §. fin. sed veniat ab *Ord. lib. 4. tit. 23. §. 3.* quæ domino ædium executionem concedit paratam adversus quoscumque, qui in ædibus inventi fuerint habitare, quin ad hoc executionis mandatum à iudice impetrandum desideretur instrumentum conductionis offerri, vel aliter probari per testes, quòd ipse agens sit ædium dominus, aut in possessione existat recipiendi pensiones in manu illius conductoris, sed simplex ejus supplicatio sufficiat: ita similiter in censu dicendum est, reservato tripli recurso adversus agentem ipsi Reo excusso, si forte indebite exactionem fieri liquidò ostendat, ut in *Ord. dict. §. 3.* Si verò Reus post pignorationem compareat, & censum neget, cū per ipsius negationem res dubia efficiatur, *L. 3. Cod. quibus ad libert. proclam. non licet,* non procedetur ad condemnationem, & pignorum distractionem, nisi actor de titulo doceat, vel possessione, prout & in locationibus domuum fit, & ita pro-

procedit resolutio, de qua *Mend.* ubi supra.

³¹ Sic etiam omnia supradicta in censu pariter ad pensiones emphyteutis praxis prætendit, licet de jure parata executio pro pensione domino directo non concedatur secundum *Va. lasc. de jure emphyteut. quæst. 20. n. 17. Molin. 2. tract. disput. 489. ad fin.*

³² Item & pensiones beneficiorum ob Cameralem obligationem, quæ communiter adjicitur, Romæ in pensionum constitutionibus executive exiguntur, *Gigas de pensionibus quæst. 51. num. ult. & quæst. 71. n. 1.* Utrum verò debitor cæsus ab executione liberetur rem dimitteudo, sive pro pensionibus præsentibus, sive pro præteritis conveniatur, dicam infra *lib. 6. cap. 12.* quod quotidie contingit in praxi.

Casus decimusquintus.

De arresto, Lusitanè *Embargo.*

SUMMARIUM.

Arrestum diffinitur, n. 33.

Arrestum regulariter concedendum non est, nisi in casibus exceptis in jure, n. 34.

Arrestum conceditur, quando timetur dilapidatio, & si res sit, quæ servando servari non potest, venditur auctoritate judicis; & quæ sint res, quæ servando servari nequeunt, n. 35.

Utrum concedatur arrestum in prima instantia, an in secunda, num. 35. & 66.

Quando reus est suspectus de fuga, quia stabilia non habet, conceditur arrestum, n. 36.

Utrum requisita, quæ ad concessionem sequestrationis requiruntur, exacte serventur in praxi: pro utraque parte disputatur, n. 37.

Tom. I.

Quamvis debitor non sit suspectus, si sit inops, potest ad sequestrum pecuniæ devenire, n. 38.

Idem si debitor alibi morans habeat bona mobilia in domicilio creditoris, conceditur sequestrum priusquam inde exportentur, Ibid.

Ut arrestum decernatur, debet constare saltem semiplenè de debito, & si est periculum in mora, potest judex decernere arrestum, & quòd creditor intra duos dies probet requisita, numer. 39. & 40.

Tenentiæ, seu perceptiones, quas quis à Rege habet, non sequestrantur ante sententiam, n. 39. & 44.

Utrum ad concessionem arresti requiratur citatio, n. 41.

Arrestum à quocumque judice etiam incompetenti potest fieri, ubi est periculum in mora, n. 42.

Utrum judex Ecclesiasticus possit decernere sequestrum in bonis laicorum: & differentia inter judicem sæcularem, & Ecclesiasticum, n. 43.

Arrestum conceditur absque legitimatione personarum, quando periculum est in mora, & die feriato in honorè Dei, n. 45.

Ut arrestum teneat, debet res esse in debitoris dominio, & arrestum in rem meam facilius conceditur, si inventa fuerit in civitate, quam alius me invito retinet, n. 46.

Fructus agri, ex quo mihi census, seu pensio solvitur, possunt arrestari, donec solutio fiat; & res vendita, dum pretium non solvitur, n. 47.

Et potest etiam fieri in animalibus in prædio meo inventis pro damno dato, Ibid.

Et etiamsi debitor decessit in civitate relicto hærede in alio loco, possum res mobiles arrestare, priusquam exportentur, & distraherentur, Ibid.

Salaria Senatorum arrestari nequeunt, nisi ob debitum procedens ab erroribus officij, n. 48.

Hij

Idem

Idem in libris Scholarium, & Advocatorum, & Magistratum, Ibid.

Idem in armis militum, dum vadunt ad bellum, Ibid.

Injustum autem arrestum faciens tenetur parti læsæ ad interesse, n. 49.

Arrestum fieri nequit nisi si juxta quantitatem debiti, si fiat in pecunia, num. 50.

Arrestum factum ad petitionem unius creditoris non proficit alijs antequam nomine uniuscujusque impetretur, n.

51.

Arrestum concessum non potest relaxari nisi ab ipso iudice, & ab ejus superiore, n. 52.

Arrestis pluribus in eadem re ad diversorum instantiam concurrentibus, non ex tempore arresti, sed ex natura debiti metiendum est; secus si per sententiam arrestum ab aliquo fiat, num.

53.

Arrestum per satisfactionem tollitur.

Fallit, quando fit virtute sententiæ.

Item si fiat ob retardatas partitiones,

& quando admittitur cautio, debet esse

cum pignoribus, vel fidejussoribus,

nec sufficit juratoria, n. 54.

In hujusmodi cautione debet satisfacere de iudicato solvendo, & re non baratanda; utrum verò teneatur dare cautionem de iudicio sisti, in loco ubi res erat, negativa verior, n. 55.

Fidejussor pro relaxando arresto datus non tenetur ultra valorem rei arrestatæ, n. 56.

Postulans relaxationem arresti censetur Reus, non Actor, si possessor erat, & ideo potest ad relaxandum sequestrum procuratorem citare, si generalis sit, n.

57.

Arrestum factum in manu aliena valet, si ipse potest impedire ne dominus rei eam exportet, n. 58.

Arrestum concedi debet causa juris servandi, & non per calumniam, & ideo jusjurandum debet iudex deferre, n. 59.

Arrestum fieri nequit in rebus existentibus in basilicis Regijs, & quare, num. 60.

Utrum arrestum concedatur contra venientes ad mundinas, ubi securitas datur, n. 61.

Quando hæres differt implere voluntatem defuncti, arrestantur bona, num. 62.

Item sequestratur bona, in quibus usufructuarius habet usumfructum, si non caveat, n. 63.

Sequestratio fit, quando neuter ex successoribus maioratus possessionem occupavit, sed uterque properat ad illam occupandam cum præparatione armorum, n. 64.

Si maritus dotem uxoris devastat, sequestratur dos, n. 65.

In casu, quo sequestratio concedi potest appellatione pendente, à quo iudice discernenda sit, an ab inferiore, aut à superiore, n. 67.

Sententia super revocatione sequestri est interlocutoria, n. 68.

Arrrestum nihil aliud est, quàm impedimentum, seu interdictum ne res loco, vel statu suo moveatur: seu est rei controversæ mobilis, five immobilis ex justa causa jussu magistratus penes aliquem facta depositio. Coler. de process. execut. 1. part. cap. 2. num. 58. Scacia de iudic. lib. 1. cap. 38. num. 3. Hoc Latini sequestrum vocant, Coler. dict. cap. 2. numer. 157. Scacia dict. cap. 38. num. 1. Itali saximentum, Papiens in forma sequestri, seu saximenti gloss. 1. num. 1. Scac. dict. num. 1. Galli arrestum, seu seifina, Pechius de jur. sistendi cap. 1. numer. 4. Cod. dict. cap. 2. num. 184. & Germani appellat foramer, Coler. dict. cap. 2. num. 6. Scacia dict. num. 1. Cathalani, emparam, Cancr. lib. 2. var. cap. 4. Nostri vocant sequestro, Ordin. lib. 3. tit. 31. per tot. & tit. 73. § 2. Item dicunt Embargo, & Embargar, Ord. lib.

lib. I. tit. I. §. 40. & lib. 4. tit. 6. §. 1. & 2. & tit. 44. §. 8. Cabed. 1. part. dec. 8. num. 32. & dec. 81. num. 1. per hujusmodi arrestum res quodammodo ab executione incipit, & ita is casus inter ceteros executivos non absurde ponitur, qui in praxi quotidie versatur, sed neminem habemus ex Regnicolis, qui materiam ejus explicuerit plenè, ex quo veluti sine lege, & doctore cæcutientes iudices in partibus diversimode judicant.

34 Illud pro regula in materia servandum est, arrestum, seu *Embargo*, regulariter à iudice concedendum non esse, nisi in casibus jure, vel consuetudine exceptis, istud namque edictum prohibitorium est: ita in specie *Gail de arrestis Imperij cap. 11. à num. 30.* & in sequestratione probat *L. 1. Cod. prohib. sequestr. pecun. cap. 1. ut lite pendente cap. 1. ubi gloss. de sequestrat. possess. Afflict. dec. 98. num. 2. Coler. dict. cap. 2. sub num. 81. Scacia dict. cap. 38. num. 4. Valasc. conf. 1. quest. 1. num. 35. Reynof. observ. 37. num. 1. ubi ejus Additionator plures congerit.*

35 Casus autem excepti, frequentiores in sequestro, in materia nostra sunt sequentes. Primus est, quando petitur res immobilis, & illa dilapidatur, vel fructus ejus, aut probabilis timetur dilapidatio, vel si petitur res mobilis, & timetur dilapidatio, similiter subtractio, sive interitus, tunc enim confestim sequestrum fit, ne iudicium postea reddatur illusorium, re non existente tempore sententiæ, per quod executio reddatur inanis, *L. si Prætor, ff. de iudicijs, L. Imperatores, §. ult. ff. de appellat. Gail. lib. 1. practicar. observ. 147. num. 3. Scacia dict. cap. 38. num. 7. Reynof. observ. 37. num. 19. Valasc. conf. 191. num. 37. Mascard. conclus. 1298. Pax de tenuta cap. 10. num. 15. Borrel. in summa decis. tom. 2. tit. 37. n. 32.*

Et si res sit, quæ servando servari non possit, autoritate iudicis vendi-

Tom. I.

tur, pretiumque in sequestro ponitur. *Gail. dict. lib. 1. observ. 148. num. 2. & 3. Scacia dict. cap. 38. num. 8. Azeved. L. 1. tit. 12. lib. 4. recopitat. numer. 23. Reynof. dict. num. 19.* Illa autem dicitur res, quæ servando servari non potest, quæ in sua bonitate naturali conservari ut plurimū nequit ultra triennium, *Gloss. singularis, verb. usucap. in L. 1. Cod. si adversus usucapion. Iason L. 1. §. fuit quæsitum num. 31. cum sequent. 2. Lect. ff. ad Trebel. Scac. dict. cap. 38. n. 9.*

Sed huic primo casui refragatur text. in dict. *L. Imperatores, & Ord. lib. 3. tit. 73 §. 2.* quæ solum in secunda instantia permittit rei sequestrationem, quando prima sententia pro actore lata est, & Reus appellans fructus dilapidat, *Lancelot. de attentat. 2. part. cap. 12. de attentat. appellat. pendente. limit. 12. num. 11.* Sed concordando dicas, quod ut Reus est solvendo, ita quod dilapidatis, & consumptis fructibus possit creditor suum consequi post sententiam, vel non est solvendo, primo casu non est in prima instantia concedendum sequestrum, sed ad plus fiet fructuum descriptio, & inventarium, argument. *Ord. lib. 3. tit. 73. §. ult.* In secunda verò instantia omnino sequestratio rei fiet, licet Reus sit solvendo, si probetur ipsum fructus dilapidare: & ita loquitur dict. *L. Imperatores, & Ord. dict. §. 2. Reynof. observ. 37. num. 27.* ubi *Additionator.* Si verò Reus non est solvendo, etiam in prima instantia sequestrum decernetur, ne postea sit inanis executio: & ita procedunt jura supra citata, & *Ord. lib. 3. tit. 31. in princip.* Sed loquitur in bonis immobilibus petitis: sic concordat *Coler. dict. cap. 2. num. 126. Scacia dict. cap. 38. num. 12.* qui addit nec in hoc eventu decernendum sequestrum, nisi saltem summarie constet de bono jure actoris, juxta ea, quæ dicemus infra.

H iij

Se.

36 Secundus casus est, quando Reus est suspectus de fuga, ut quia stabilia non possidet, nec mobilia sufficientia, quæ fugæ suspicionem removeat, hoc enim eventu, si reus non caveat de iudicio sisti, fit sequestrum in quacunque re sua ubicumque inventa fuerit, quæ debito æquivalet, & hac non inventa, ille in carcerem detruditur. *Ord. dict. tit. 31. § 2. & 3. Curt. de sequestrat. quest. 6. num. 33. Coler. dict. cap. 2. num. 86. Scacia dict. cap. 38. à num. 6. Valasc. conf. 66. Reynos. observ. 37. à num. 20. & in arresto tenet Gail. lib. 2. observat. 44. à princip. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. tit. de lit. obligat. art. 6. gloss. 3. à num. 70. Borrel. 2. part. dec. 1. tit. 37. de sequestrat. n. 30.*

37 Hæc autem, & similia requisita, quæ in sequestro à Doctoribus commiscuntur, hodie de consuetudine in arresto, sive embargo, non ita exacte servantur, secundum Gail. dict. observ. 44. num. 1. Coler. de process. execut. 3. part. cap. 7. num. 24. Sic videmus quod id arrestum, sive embargo in persona, quæ ex aliqua causa in carcere invenitur detenta, distinguitur, an sit suspectus de fuga, vel sit solvendo, aut non, imò oblata debiti probatione arrestum decernetur, in carcerem, quo captus debitor invenitur, sive ob causam civilem, sive criminalem, quousque creditori solvat, detineatur, *Ord. lib. 4. tit. 77. in princip. & lib. 1. tit. 24. § 45.* ex quo multi tradunt quamlibet justam causam sufficere, ut arrestum, sive embargo decernatur. *Gail. de arrestis Imperij cap. 11. num. 30. & cap. 1. num. 11. Barbof. L. si alienam n. 14. ff. solut. matrim. Cancr. dict. cap. 4. à num. 6.* quod manere videtur iudicis arbitrio ex regula *L. 1. ff. de jur. deliberand.* imò et si sine legitima causa iudex arrestum faciat, illud omnino servandum est, eique obtemperandum, nisi pars appellationis remedio ipsum tollendum curet per ea, quæ tradit

Felm. cap. cum M, num. 41. de Consti. tut. docet Barbof. dict. num. 14. qui n. 11. disputat, utrum causa necessario exprimenda sit in mandato arresti.

Unde licet debitor non sit suspectus, allegetur tamen illum in inopiam labi, pecuniamque, quam habet in tali loco, si ad manus veniat, facile consumpturum, in quo difficilior reddatur exactio, iudex decretum decernet, ut de consuetudine testatur *Bart. & Iacob. de Arena*, quos refert, & sequitur *Coler. dict. 1. part. cap. 2. num. 183.* Item ex consuetudine si res mobilis debitoris alibi morantis in domicilio creditoris inveniat, potest ibi, priusquam inde exportetur, in ea arrestum fieri. *Rebuff. dict. gloss. 3. num. 41. Boer. dec. 218. num. 1. Franc. Marc. dec. 396. in princip. part. 1. Gail. dict. observat. 44. numer. 10. & 11. & de arrest. dict. cap. 11. numer. 21. Coler. de process. execut. 3. part. cap. 7. à num. 20. Cavale. dec. 3. per tot. part. 1. Cancr. dict. cap. 4. & num. 6.* quæ ita latè fortassis induxit consuetudo, quia illa sola mobilia solent arrestari, vel remota, in quibus minus præjudicium invenitur, nec de domo, & manu debitoris eripiendo, sed quando in potestate tertij existunt, ad arrestum proceditur, facta & inhibitione, ne rem illam domino tradat, aut pecuniam solvat, donec impetrans arrestum de jure suo doceat, cui mandato statim obtemperandum est: text. optimus in *L. fin. ff. lege commiss. Bart. L. Non solum, §. morte num. 35. ff. nov. oper. nuntiat. ubi Iason num. 29. dicit receptum Barbof. dict. L. si alienam à n. 11. ff. solut. matrim.* multotiesque videmus, & experientia docuit, quod morosi, & rebelles debitores facto arresto in pecunia sua extra potestatem suam in manu aliena posita facilius solutioni assentire, quam in pecunia de marsupio extrahenda, esset, quam ne extraherent, importunis dilationibus, &

subterfugijs lites sustinerent, & prote-
larent; facto verò arresto five embar-
go, cum pecunia extra se sit, & non-
dum conversa in sanguinem, rarò, si se
agnoscunt debitores, ad iudicium pro-
vocant; si verò indebitè se viderint à
creditore impetitos, data cautione de
iudicio fisci, facillimè arrestum relaxa-
tur, ut statim videmus.

39 Ut verò arrestum decernatur, de-
bet de debito iudici constare saltem
semplene per testes, scriptum ve pri-
vatum, aut similem probationem, *Re-
buff. dict. gloss. 3. num. 43. Borrel. dict.
tit. 32. de sequestris à num. 16.* imò et-
iam præsumptivam probationem suf-
ficere, tenet *Coler. dict. 3. part. cap. II.
num. 89.* sentit *Ord. lib. 3. tit. 31. §. 3.*
ibi: *Tomando primeiro algum summario
conhecimento nos casos que per testemu-
nhas se podem provar, per que ao me-
nos se mostre conjecturadamente ser o
dito Reo obrigado ao que lhe he deman-
dado;* quidquid contrarium, imò re-
quiri debitum per instrumentum pu-
blicum probari, teneat *Bart. L. jube-
mus 2. num. 6. Cod. erog. mil. annon. lib.
12. & in L. litibus num. 21. Cod. de a-
gricol. & cens. lib. 11. Bald. cap. olim n.
4. de rescript. Milanens. dec. 12. n. 29.
part. 1. Borrel. dict. tit. 37. num. 31.* &
licet plenam probationem saltem per
testes faciendam requiri teneat *Scacia
dict. cap. 38. num. 24. Reynof. observat.
37. num. 22.* imò si periculum est in
mora, potest iudex arrestum decerne-
re cum clausula, quòd creditor debi-
tum, & causam suspicionis intra duos
dies post factum arrestum justificet,
extracto prius ab eo juramento super
prædictis, qua justificatione facta, ar-
restum sustinetur, aliàs ea non facta,
relaxatur, & habetur pro invalido, *Re-
buff. dict. gloss. 3. num. 43. in fin. Coler.
dict. cap. 11. num. 75. Reynof. observat.
57. numer. 24.* quæ praxis expressim
probatur in *Ord. lib. 4. tit. 77. in princ.*
ibi: *E não chegando à dita quantia, de-*

ve fazer certo a dita divida per teste-
munhas até dous dias peremptoriamen-
te, & não mostrando a divida por escri-
ptura, ou testemunhas, não deve ser o pre-
zoretendo na cadea pelo dito embargo.
Speciale est solum in tenentijs, seu
perceptionibus, quas quis à Rege ha-
bet, quod in eis arrestum, seu embar-
go fieri nequit ante sententiam. *Re-
gimen da Fazenda cap. 211. ibi: Po-
rém os ditos embargos não se farám, sal-
vo tenao a parte sentença da dita divi-
da, & por ella mandarám embargar os
ditos Corregedores, & de outra manei-
ra não.*

40 +
Causa autem suspicionis, ob
quam iudex ad arrestum decernendum
moveatur, debet summarie, & saltem
semplene probari, quia cum ar-
restum sit regulariter prohibitum, debet
de causa arresti constare, nec iudici
illam asserenti creditur, nisi probetur,
*Gail. dict. cap. 11. num. 3. & dict. cap. 1.
num. 11.* sed quod totum hoc iudicis
arbitrio committatur, qui etiam iux-
ta periculum in mora possit juramen-
to partis credere, tenet *Coler. dict. 1.
part. cap. 2. num. 106. Scacia d. cap. 38.
n. 8.*

41
Quinimo nec debitor ad istam
justificationem, nec ad concessionem
arrestu citandus est ob periculum in
mora, ne ipse de arresto certioratus
rem subtrahat, *Coler. dict. tract. 3. part.
cap. 7. num. 20.* ubi *num. 19.* extendit
ad arrestum ex conventionem in bonis,
vel persona faciendum, *Scacia dict.
num. 28. Magon. dec. 6. in princip. Bor-
rel. dict. tit. 37. num. 24.* qui tamen co-
gitandum relinquit; quidquid con-
trarium, imò sequestrum absque par-
tis citatione factum esse nullum, te-
neat *Gabr. commun. titulo de citat.
concl. 1. num. 285. Gam. dec. 331. n. 1.
Guarb. dec. 25. num. 3.* quorum senten-
tia solum procedit in sequestris, quæ
ordinarie in immobilibus fiunt, quæ
ex loco amoveri nequeunt, aliàs secus;
H iij quia

quia ubi est periculum in mora, partis citatio non requiritur. *Ord. lib. 5. tit. 117. §. 12. & lib. 3. tit. 55. §. 9. & 10.*

42 Item huiusmodi arrestum, seu embargo potest à quocumque iudice fieri etiam incompetenti ob periculum in mora, *Rebuff. dict. gloss. 3. à num. 55. Coler. dict. 2. part. cap. 1. num. 98.* nam quando est periculum in mora, incompetencia non attenditur, *Ord. lib. 1. tit. 54. §. 2.* sic & iudex incompetens potest fugientem debitorem capere, *Cov. 2. var. cap. 20. numer. 14.* & in flagranti delicto potest quicumque iudex, sive minister aliàs incompetens delinquentem capere, ut diximus supra casu 12. Quod tamen secus est in sequestro immobilium ordinariè petito, præcise enim faciendum est à iudice, qui jurisdictionem habeat in debitorem, aliàs nullum est. *Roland. cons. 65. num. 28. Cavalcan. dec. 3. num. 11. part. 1. Borrel. dict. tit. 37. de sequestris num. 23. & latè à num. 100.*

43 Ex his difficultatem patitur sententia Senatus, de qua *Cabed. 1. part. dec. 86.* ubi iudicatum est non valere arrestum factum ab Ecclesiastico iudice in manu laici cum inhibitione, ne alteri laico pecuniam solveret; imò addit *Cabed. ibi num. ult. ad fin.* debuisse Ecclesiasticum deprecari per literas huiusmodi arrestum à iudice sæculari; & fundamentum Senatus fuit; quia Ecclesiasticus est incompetens respectu laici, *cap. si Clericus laicum de foro compet.* & his medijs traheret ad suum forum tam illum, in cuius favorem fit arrestum, quàm illum, in cuius manu arrestum fit.

Sed pro sustinenda sententia Senatus advertendum est iudicium Ecclesiasticum ultra ambitum Ecclesiæ, & spectantia ad spirituale nullum habere territorium, *cap. licet ex suscepto de foro compet. cap. causam 2. qui filij sint legitimi, Belluga in speculo Princip.*

rubric. 14. §. Nunc videamus num. 37. Azeved. L. 14. tit. 1. num. 2. & 3. lib. recopilation. & ita ad bona temporalia laicorum manum porrigere nequit, cum in alieno existant territorio, L. cum unus, §. pen. ff. bon. auctorit. iudic. possid. cap. postulasti in fin. de foro compet. Qua ratione nec etiam in casu, in quo ipse est competens, iudex contra laicum potest executionem in ejus bonis facere, imò necessario debet iudicem sæcularem deprecari, *Barb. L. qui prior num. 111. ff. de jud. Parlador. rer. quotid. lib. 2. cap. fin. 2. part. cap. 2. num. 1. Perer. dec. 117. numer. 3. & à num. 16. latèque dicemus infra lib. 6. cap. 11.*

Quod secus evenit in iudicibus laicis, qui licet in privilegio, simili ve causa sint incompetentes, respectu debitoris tamen habent jurisdictionem in territorio, ubi res arrestatur, & si eveniret iudicem sæcularem intra suum territorium præcipere arrestum fieri, omnino esse nullum, ut in iudice Ecclesiastico dicimus, ratione rei sitæ in territorio iudex in ea jurisdictionem habet ad arrestum, licet debitor alibi certi iudicis privilegium habeat, *cap. 1. de privileg. lib. 6. Ord. lib. 3. tit. 1. §. ult. Barbof. L. hæres absens, §. Proinde, art. de for. rei sitæ num. 3. in specie Rebuff. dict. gloss. 3. n. 41.*

In tenentijs, & perceptionibus, 44 quas debitor à Rege habet, illud etiam speciale est, quòd in eis arrestum fieri nequit, nisi ex mandato *dos Vedores da Fazenda*, & solum ad deprecationem correctorum Curix, non aliorum iudicium. *Regimen da Fazenda cap. 211. ibi: Mandamos aos ditos Vedores que daqui em diante fação, & mandem fazer assim os ditos embargos nos assentamentos, tenças, & quæsqver desembargos das pessoas, para que os nossos Corregeedores da Corte passarem as taes provisões, & recados para se poderem fazer*; & ita in praxi executor sententix

tiæ deprecetur Quæstorem maximum, vulgo *Vedor da Fazenda*, *Cost. de stylo annotat. 7. num. 38.* qui dicit huac styllum lege non justificari,

Item etiam ob periculum in mora arrestum fit absque ulla legitimatione personarum, nam quando est periculum in mora, in iudicio admititur persona etiam illegitima, quæ aliàs nõ admitteretur. *Barbos. L. si longius, §. si filiusfam. num. 18. ff. judic. Martens. lib. 6. tit. 3. gloss. 1. à num. 3.* Et die etiam feriata in honorem Dei, & Sãctorum ob periculum in mora arrestum, seu embargo fieri valet. *Ias. L. de pupillo, §. si quis rivos, per text. ibi, ff. Nov. oper. nuntiat. Rebuff. dict. gloss. 3. num. 6. Cancer. dict. 2. lib. var. cap. 4. num. 27.* Nam & fugitivus debitor hujusmodi diebus capi potest, *Glossa L. fin. ff. ferijs*, & citatio similiter talibus diebus fieri valeat, si in procinctu ad iter debitor sit, aut actio tempore sit peritura. *Ord. lib. 3. tit. 1. §. 17.* Procurator etiam sine mandato potest arrestum implorare ob periculum in mora, sicut & debitorem fugientem capere. *Rebuff. d. gloss. 3. n. 59.*

Ut verò arrestum teneat, debet res esse in debitoris dominio, quod præsumitur, si ab eo invenitur possessa, *L. fin. ff. rei vendit.* & ita si debitor, vel tertius, in cujus manu arrestum fit, alleget, & excipiat rem non esse debitoris, ipsi hoc probare tenentur, *Rebuff. dict. gloss. 3. à num. 51.* probatoque tertij dominio arrestum tollitur, *Cancer. dict. cap. 4. num. 28.* arrestare tamen possum in manu tertij pecuniam, quam ipse debet debitori meo, Argumento *L. Hæres in fin. ff. ad Trebel.* *Rebuff. dict. gloss. 3. à n. 63. Mansuer in pract. rubr. de execut. §. Item si creditor, Cabed. 1. part. dec. 8. numer. 32.* & multò facilius possum arrestum impetrare ad rem meam in Civitate inventam, quam reus me invito detinet. *Rebuff. eadem gloss. 3. num. 62. Boer. dec. 218. à princ.*

facit *Ord. lib. 4. tit. 45. §. ult.* Unde justè impetratur arrestum in equis, vel rebus alijs ductis per urbem, ubi recognoscuntur per dominos, donec transeunt, resve portantes caveant de iudicio sisti, & re non baratanda. *Palat. cap. per vestras, §. 18. sub num. 2. Borrel. dict. tit. 37. n. 45. & 46. Surd. conf. 68. n. 11.*

Item fructus agri, ex quo mihi census, seu pensio solvitur, possunt arrestari, donec solutio fiat, testatur de consuetudine *Gail de arrestis Imper. cap. 11. num. 25. Pereir. dec. 66. num. 3.* Et generaliter in fructibus pendentibus ob suspicionem futuræ fraudis, potest arrestum fieri. *Parisiens. in consuetudine Paris. 2. part. gloss. 1. verb. arrestum num. 50. Gail dict. cap. 11. n. 26.* Et res vendita, dum pretium non solvitur, potest arrestari. *L. si soluturi, ff. solut. gloss. L. Iulianus, §. Offerri, ff. act. empt. & in L. qui pendentem 26. Cod. eod. tit. Ord. lib. 4. tit. 5. §. 1. vers. Mandamos, Cavalcan. dec. 4. numer. 5. part. 1. Borrel. dict. tit. 37. à num. 60.* Et in animalibus in prædio meo inventis, pro damno dato potest arrestum fieri, donec satisfiat. *Bart. L. Hoc amplius, §. de his, per text. ibi num. 3. ff. damn. infecto, Borrel. dict. tit. 37. n. 57.* Et si debitor meus decessit in Civitate relicto hærede alibi cõmorante, possum res mobiles arrestare, priusquam exportentur, vel distrahantur, donec hæres caveat de iudicio sisti. *Rebuff. qui testatur de praxi dict. tit. de lit. obligat. art. 9 gl. 3 n. 4. & 5.*

Salaria tamen Senatorum arrestari nequeunt nisi ob debitum procedens ab erroribus in officio, & tunc solum ad mandatum Rectoris Iustitiæ. *Ord. lib. 1. tit. 1. §. 40. Cabed. 1. part. dec. 8. num. 32.* Idem est in libris icholarium, & Advocatorum, seu Magistratum, & in armis militum, dum vadant ad bellum. *Glossa L. Nepos Proculo, ff. verbor. significat. Rebuff. dict.*

dict. art. 6. gloss. 3. num. 68.

49 Injustum autem arrestum faciens tenetur parti læsæ ad interesse. *L. si oleum, ff. de del. Carroc. de sequestrat. 3. part. quest. 16. Cancer. dict. cap. 4. num. 30. in novis. n. 36.*

50 Et arrestum fieri nequit nisi juxta quantitatem debiti, non in plus. *Regimen da Fazenda dict. cap. 211. ibi: E o tal embargo não sera feito, nem se fará em mayor quantia, que aquella que for assima da divida, & assim ofaram os ditos Corregedores, & mais não.* Quod intelligendum est, quando fit arrestum in pecunia; secus si in specie aliqua; nam licet plus valeat integra, teneri potest, & arrestari, cum divisionem non patiat, in quo plures declarationes in executione sententiæ adjiciemus infra *lib. 6. cap. 12.* Ex quo modici effectus disceptatio videtur, de qua *Cancer. dict. cap. 4. num. 44.* ubi disputat an ille, qui pro debito decem impetravit arrestum in quadraginta, possit postea impetrare arrestum pro sexaginta: & affirmat; quia in primo arresto non inducitur litis pendentia, & adhuc sibi satisfactum non est, supponit enim falsum, quod quis possit impetrare arrestum ultra debiti quantitatem.

51 Factum verò arrestum ad petitionem, & instantiam unius creditoris, non proficit alijs, antequam nomine uniuscujusque impetretur, & intimitur, unde sublato, & relaxato primo arresto, potest ille, qui rem, vel pecuniam habebat in manu sua arrestatam, liberè illi tradere ad quem pertinet, quin teneatur pro arrestis aliorum creditorum ipsi adhuc non intimatis, in aliquam ve poenam incidat, *Azeved. L. 2. tit. 2. num. 6. lib. 4. recopilat. Bolanus in Labyrinth. commerc. lib. 2. cap. 6. num. 15.* Sin verò ad multorum instantiam arrestum fiat, & intimitur parti rem detinenti, non aliter, quàm omnibus auditis relaxatur. *Rebuff.*

tom. 3. ad L. Gal. tit. de sequestris art. 1. gloss. 2. numer. 22. Borrel. dict. tit. 37. n. 199.

Postquam autem semel arrestum constitutum est, nequit ab alio relaxari, quàm ab ipso judice, qui illud fecit, vel ab ejus superiore. *Regimen da Fazenda dict. cap. 211. ibi: E os desembargos que nesta materia se embargarem, se não darão às partes, salvo com recado, & certidão dos ditos Corregedores. Perez L. 1. tit. 10. lib. 3. ordinam. dub. 2. col. 2. Giurb. dec. 25. num. 8. & 9.* Imò si ille, in cujus manu res, vel pecunia arrestata est, eam absque contrario ejusdem judicis decreto parti tradat, non manet à deposito liberatus, imò illud judicialiter reddere, cum oportuerit, captura personæ compellendus est. *Paul. de Cast. L. Acceptam num. 3. vers. & adverte, Cod. de usur. Roman. cons. 287. ad med. Sylvester Zachias dec. 99. num. 1. & 2. de Cameral. obligat. Verall. dec. 155. part. 1. Borrel. dict. tit. 37. n. 126.*

Pluribus arrestis in eadem re, vel pecunia ad diversorum instantiam concurrentibus, prælationem non ex tempore arresti, sed ex natura debiti metiendam esse, tradunt *Bollognetus cons. 30. num. 7. Col. de process. execut. 3 part. cap. 11. numer. 85. Cancer. dict. cap. 4. num. 36. Agrid. L. Ex hoc jur. 2. part. cap. 1. num. 20. col. 2. ff. de just.* Sed hoc limitandum est, nisi per sententiam arrestum ab aliquo fiat, istud enim cæteris præferatur in forma *Ordin. lib. 3. tit. 91. in princ. & dicemus infra lib. 6. cap. 9.*

Arrestum sive sequestrum per satisfactionem tollitur, *L. si fidejussor, §. fin. ff. qui satisfac. cog. Gail. lib. 1. observat. 148. num. 5. Mansier. in addition. ad practicam Papin. in forma sequestri, in glossa, audeat, verb. fidesus-sionem, Scaccia dict. cap. 38. num. 29. dict. 3. part. cap. 7. num. 23. & cap. 11. num. 93. & 1. part. cap. 2. sub num. 83. plures*

refert, & sequitur *Camil. Borrel. dict. tit. 37. à num. 127. Cancer. dict. cap. 4. num. 16. aliàs 20 Valasc. conf. 66. num. 15. Reynof. observ. 37. num. 47. Phæb. 2. part. arest. 87. quod primo fallit in casu Clementin. unic. de sequestrat. poss. Scacia dict. cap. 38. n. 30.*

Secundò fallit, cum arrestum fit virtute sententiæ, quia fortè ob periculum in mora non est processum ad executionem, hujusmodi enim sequestrum non satisfatione, sed ex solutione tantum tollitur, *Ias. dict. L. si fidejussor, §. si satisfatum num. 17. Gallez. de Camer. obligat. Borrel. dict. tit. 37. à num. 129. Cancer. dict. cap. 4. num. 17. & 18. aliàs 20. & 21. Idem est cum ex instrumento exequibili ob guarentigiam, vel Cameralem obligationem, aut similiter arrestum fit, secundum eosdem, ultra quos *Scacia dict. cap. 38. n. 31.**

Tertiò fallit, cum sequestrum fit ob retardatas hæreditatis partitiones, *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 13. Phæb. dict. arrest. 87. vers. in uno, Reynof. observat. 37. num. 26. & ibi Addit. Cautio autem ista quando per illud arrestum relaxatur, debet esse cum pignoribus, vel fidejussoribus, nec sufficit juratoria cautio, quantumvis debitor sit pauper, & integræ famæ. *Ias. dict. L. si fidejussor, §. fin. num. 18. Scacia dict. cap. 148. num. 6. & lib. 2. observ. 47. num. 13. Mynsing. centur. 2. observat. 11. à princip.**

In hujusmodi cautione debet satisfidare de iudicio sisti, iudicato solvendo, & re non baratanda, *gloss. verb. satisfatio, dict. L. si fidejussor, §. si satisfatum, Caballin. in mililoquio 643. Borrel. dict. tit. 37. à num. 141. Rebuff. dict. art. 6. gloss. 3. à num. 55. minimè verò placet, quod ipse ibi addit, cogendum illum, cujus res arrestata est, cavere de iudicio sisti in loco illo ubi res erat, arrestumque initum, cum contrarium sit jure expressum in *L.**

quod si Ephesi §. 1. ibi: Absolvere Reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est: ff. eo quod cert. loc. nam aliàs cogeretur indebitè suo foro cedere.

Fidejussor autem pro relaxando arresto datus non tenetur nisi usque ad rei arrestatæ valorem, & non ultra, nisi aliud conventum sit, ut post *Roman. tradit Cancer. dict. cap. 4. n. 48.*

Sequestrum, sive arrestum relaxari postulans, reus censetur, non Actor, si rei possessor erat, aut citatus, *Angel. L. Non cogendum, §. fin. ff. procurat. Carroc. de sequestrat. 3. part. quest. 18. Tusch. liter. A, conclus. 118. num. 27. & liter. S, concl. 202. num. 9. Giurb. dec. 25. num. 1. & 2. Ex quo illud notabile consequitur, quòd ad relaxandum sequestrum potest procurator sequestrantis, seu arrestantis citari, quantumvis sit clausula in mādato, quòd prima citatio à domino incipiat; illa namque clausula solum operatur in iudiciis passivis, non ita in activis; unde cum relaxationem arresti postulans, reus sit, alius verò Actor, rectè ejus procurator generalis ad hoc citari valet, non obstante prædicta clausula. Ita *Giurb. dict. dec. 25. num. 3.**

Eatenus verò arrestum, seu inhibitiō facta in manu rem alienam detinentis valet, si ipse potest impedire, ne rei dominus eam exportet, aliàs secus: unde si ego Petro locavi horreum meum, eique ipsius tradidi claves, non potest in manu mea fieri arrestum super tritico in horreo condito, quia cum claves non habeam, non possum impedire, ne Petrus suum triticum extrahat. Ita *Carroc. dict. tract. de sequestr. 3. part. quest. 17. numer. 35. Cancer. dict. cap. 4. n. 35.*

Item nota arrestum debere à creditore causa sui juris conservandi, & non per calumniam postulari ad æmulationem, unde semper ei debet iudex jura-

juramentum deferre. *L. de Pupillo, §. qui opus, ff. nov. oper. nuntiat. Borrel. dict. tit. de sequestr. n. 19.*

60 Notabis deinde in mercibus particularium, dum in Basilicis Regijs existunt, vulgo, *nas Alfandegas, & Casa da India*, arrestum fieri non posse nisi ob debitum Regis, ut in earum Regimine cautum est *cap. 128.* quod ex duabus rationibus constitutum accipimus, tum ne tributorum solutio retardetur; tum etiam ne diu Basilicæ Regiæ mercibus arrestatis impediatur, locusque quotidie venientibus mercibus aperiatur, & ita non sufficit tributa esse Regi persoluta, ut arrestum concedatur, nisi simul concurrat, quod merces extra Basilicam extrahantur ad januam, habent præ manibus mandatum arresti, & ministrum justitiæ, qui mandatum ipsum exequatur, mercesque arrestatas in deposito collocet competente.

61 Nec arrestum potest fieri venientibus ad nundinas, ubi securitas datur, *L. 1. Cod. de Nundinis, Pechius de jur. sistendi cap. 7. n. 3. Fontanel. 1. part. dec. 233. n. 8.*

Utrum verò id privilegium securitatis illo casu vel similibus extendatur etiam ad debitores fugitivos, vel de fuga suspectos? Negat *Angel. L. Dies festos, Cod. de ferijs, Soar. L. 2. fori, lib. 2. tit. de los emplazamientos, vers. sed attende num. 27. Pech. dict. cap. 7. num. 7. Roman. cons. 11. num. 23. Fontanel. dict. dec. 233. à num. 2.* quia debitor suspectus de fuga non gaudet privilegij legalibus, *Cacialup. de debitore suspecto quest. 8. Ludovic. Maro cons. 8. num. 4. Fontanel. num. 7.* & ita tenent mandatum securitatis contra eum expedire posse, si non caveat.

62 Alter etiam est casus, in quo fit arrestum in re, & fructibus, est enim cum hæres differt implere voluntatem defuncti, *cap. si hæredes de testament. & ibi notat gloss. verb. interdicti-*

tur, & latè Cov. ubi tenet ultimam voluntatem habere executionem paratam; unde hoc sequestrum nec fidejussione tollitur, quia ex fructibus iudex implere debet voluntatem defuncti, ut ibi, & cap. 3. eod. tit. Ordin. lib. 1. tit. 50. in princ.

Item sequestrantur bona, quando usufructuarius est suspectus, & idoneos fidejussores præstare non potest, *Gail. lib. 2. observat. 47. num. 2. Seraphin. de privileg. jurament. privileg. 18. num. 41. Reynos. observat. 37. n. 30. ubi Addit. plures congerit.*

Sequestratio etiam fit, quando nemo ex successoribus maioratus possessionem occupavit, sed uterque properat ad illam occupandam cum præparatione armorum, *L. equissimum, ff. de usufruct. Gom. in L. 45. Taur. Valasc. cons. 79. num. 17. & 191. num. 33. Reynos. observat. 37. num. 32. ubi Addition.*

Si maritus in odium uxoris dotem illius devastat, sequestratur dos, *L. si cum dotem, §. si verò dotem, ff. solut. matrim. Reynos. dict. observat. 37. num. 41. ubi ejus Addition.* Plures alios casus, in quibus ad sequestrum proceditur, cumulant Doctores, præcipuè *gloss. in L. 1. Cod. prohibet. sequestrat. pecun. & in cap. 2. verb. sequestrari de sequestrat. post Molin. de justit. tract. 2. disp. 522. vers. sequent. & idem Reynos. observ. 37. à num. 19.* frequentiores verò sunt relati.

Si lis pendeat super re, non proceditur ad sequestrum, nisi in casu de quo egimus supra proximè *num. 39.* quia talis sequestratio est spoliativa, & attentata, *cap. 1. & per tot. ut lite pendente, cap. significante de appellation.* adeo ut nec Princeps lite pendente cum privato eum spoliare possit. *L. Meminerint, Cod. unde vi, L. ultim. Cod. si per vim, Gam. dec. 331. Reynos. observ. 37. n. 2. ubi Additionator.*

In casu verò, quo sequestratio cõcedi

cedi potest pendente appellatione, à quo iudice decernenda sit, an ab inferiore, an à superiore? Si appellatio præsentata sit iudici ad quem, tunc ad illum pertinet iurisdictio; si verò acta non sint præsentata in gradu appellationis, tunc iudex primæ sententiæ est competens, & non innovat. *Valasc. cons. 156. num. 9. Cardos. verb. Appellatio. num. 17. Mascard. concl. 148. n. 2. Lancelot. de attentat. 2. part. cap. 12. limit. 12. num. 17.* quidquid contrarium iudicasset Senatus in causa Mariæ Ferreira Velha cum Iosepho Gonçalves de Oliveira, Scriba Dominico Correa de Affonseca.

68 Sententia super revocatione fequestri est interlocutoria, & inappellabilis, *Gratian. Forens. cap. 531. n. 91.*

§. III.

Casus decimus-sextus.

De instrumento cum pacto manus injectionis, & ingrediendæ possessionis auctoritate propria.

SUMMARIUM.

Si in instrumento pactum sit, quòd debitor in termino non solvente, possit creditor ingredi possessionem, an validum sit, n. 1.

Creditor propria auctoritate rem ejus mobilem capere in pignus non valet, si rixæ timeantur, n. 2.

Si nemo sit qui resistat, valet pactum, n. 3.

Utrum resistantia sit necessaria cum armis, an sufficiat quòd sit verbalis, num. 3.

Utrum creditor possit in possessionem ingredi, si in instrumento debitor se constituat possidere precario, aut per con-

Tom. I.

stitutum nomine creditoris, n. 4.

Utrum sufficiat resistantiam fieri per quemcumque, vel sit necessario faciendâ per debitorem, n. 5.

Utrum non obstante resistantia verbali, vel cum armis, possit virtute pacti conventi possessio capi concomitantibus iustitiæ ministris, n. 6.

Quamvis pignoris possessio virtute pacti conventi possit à creditore absque iudicis auctoritate capi, attamen hoc non procedit in possessione ad acquirendum dominium, ad hoc enim requiritur iudicis decretum, n. 7.

Capere possessionem propria auctoritate in pignus licet, quando debitum est liquidum, n. 8.

Ut creditor possit propria auctoritate ingredi possessionem, necessarium est, quòd in conventionem exprimat, nec sufficiat pactum, quòd debitor in termino non solvente, parata sit executio sicut in sententia, huiusmodi enim parata executio ad iudicem refertur, n. 9.

Hoc pactum in manus injectionis, vel ingrediendæ possessionis contra tertium possessorem non procedit, n. 10.

Qui possessione sua spoliatus est, potest auctoritate propria eam in continente reparare; si verò recurrat ad iudicem, iam sibi præclusa est via per se possessionem recuperare, n. 11.

Possessio recuperatur tripliciter, scilicet in continente, propria auctoritate; deinde elapso eo termino in continente, intra annum, & diem; ultimo, si post annum, & diem per viam libelli, quòd vocatur vis veteris, n. 12.

Alter casus executivus est, cum pactio fit, quòd debitor in termino non solvente, creditori propria auctoritate liceat ingredi possessionem alicujus rei immobilis debitoris, aut capere rem ejus mobilem in pignus, ex huiusmodi enim pacto absque ulla lite potest creditor auctoritate propria à pignorum captura incipere,

pere, *L. Creditores L. 3. L. penult. Cod. de pignor. L. si quis sub hoc pacto, Cod. si servus exportandus ven. & utrobique scribentes, Ord. lib. 4. tit. 57. in princip. ibi: E sendo em algum contrato concordado pelas partes que o credor possa por sua authoridade penhorar o devedor não lhe pagando a dívida a tempo certo, nam o poderá por tal convenção penhorar per si, salvo achando o credor o penhor de todo desembargado, & sem alguma contradicção, em maneira que se não possa seguir rixa alguma sobre a penhora, & em outra maneira não poderá o credor fazer penhora per si mesmo sem authoridade de justiça, ainda que no contrato se dá poder para o per si fazer. Notant *Cæpol. cautel. 60. Decius cons. 191. n. 9. Canarius de execut. quæst. 32. num. 69. Menoch. remed. 1 recuperand. numer. 261. Coler. de proces. execut. 1 part. cap. 5. à num. 14. 83. & 95. ubi testatur communem, & in viridi observantia in praxi receptam. Valasc. cons. 173. à n. 12. communis ex *Cald. de empt. cap. 25. num. 39. & in L. si curatorem, verb. sua facilitate num. 57. Scacia de judic. lib. 1. cap. 62. n. 27. vers. contrarium, Pereir. dec. 70. n. 2.***

2 Declarabis primò, ut hoc tantum creditori liceat, si nemo sit qui resistat, nè aliàs rixa, vel tumultus ex pignoratione suboriat. *Ord. in dict. princip. ibi: Achando o credor o penhor de todo desembargado, & sem alguma contradicção, em maneira que se não possa seguir rixa alguma sobre a penhora. Bart. dict. L. 3. quæst. 3. & 4. Rip. L. obligatione generali num. 23 ff de pignor. Tiraquel. de Const. 1. part. num. 37. Menoch. dict. remed. 9. numer. 262. Valasc. dict. num. 12. Cald. dict. cap. 25. num. 34. Coler. dict. cap. 1. n. 98. Scacia dict. cap. 62. n. 28.*

3 Circa hanc declarationem aliqua sunt dubia. Primum, utrum sit necessarium esse resistantiam cum armis, vel sufficiat solo verbo fieri? In resistantia

cum armis, & actuali, quod impediatur pignorationem auctoritate propria per creditorem faciendam, non est dubium. *Bart. dict. L. 3. num. 18. & 19. in fin. & ibi Bald. num. 3. & 4. Iason L. 1. num. 104. Cod. de jur. emphyt. Valasc. dict. cons. 173. num. 18. Coler. dict. cap. 1. à num. 98. Scacia dict. numer. 28. ubi dicit communem, licet reclamet & Salicet dict. L. 3. num. 12. ex eo motus, quod illa repugnantia sit injusta, & contra pactum: qui convincitur ex regula text. in *L. Non est singularis, ff. de regul. jur.* Cum verò solo verbo resistantia fit per debitorem cum juris sui protestatione, hoc pignorationem non impedire, tenet *Bart. Bald. & Ias. dictis locis Negusant. de pignor. 4. part. membr. 3. num. 14. Segismund. autem Scacia dict. num. 28. distinguit inter casum, quo debitor ex justa causa resistit, & tunc dicit huiusmodi resistantiam verbalem sufficere ad possessionem creditoris impediendam, & inter casum, quo sine justa causa resistit, & tunc dicit huiusmodi resistantiam non officere. Valasc. tamen n. 18. ex verbis *Ord. dict. princ. ibi: Sem alguma contradicção, tenet verbalem resistantiam sufficere.***

Secundum dubium est, utrum si in instrumento se constituat debitor dignus precario, aut per constitutum nomine creditoris possidere, possit ille, non obstante resistantia facta etiam cum armis, rei possessionem ingredi? Affirmat *Bart. dict. L. 3. sub num. 19. & 25. in fin. Aretin. L. si ex stipulatione num. 1. ff. acquirend. possess. Abb. cap. de cetero num. 1. de re judicat. Alex. cons. 82. num. 8. lib. 2. Negusant. dict. n. 14. Coler. dict. part. 1. num. 115. cap. 5. dicit communiter hanc partem Doctorum tenere, *Scacia dict. n. 28. vers. si verò: quia debitor impedienda creditorem ne intret, in sum possessione civili, & naturali spoliatur, spoliatus autem potest in continenti per vim possessionis.**

sessionem suam recuperare. L. 3. §. Cum igitur, ff. de vi, & vi armat. Distinguendum tamen inter casum, quo creditor in continenti, cum resistentia fit, ingreditur, & inter casum, quo ex intervallo, ut primo casu, ingredi valeat ex dicta ratione; secus in secundo. Ita Bart. dict. num. 19. Ias. dict. n. 104. Menoch. remed. 5. de adipiscend. n. 81. & 84. Coler. dict. 1. part. cap. 5. n. 120. & 123. Scacia d. n. 28. vers. contrarium.

Tertium dubium est, utrum sufficiat resistentiam per quemcumque fieri, vel sit necessariò faciendà per debitorem? In quo indistinctè tenendum est sufficere quemcumque resistere ex generalitate Ord. dict. princip. ibi: Sem contradicão alguma: sentiuntque Doctores omnes suprà citati.

Denique dubitari potest, an non obstante resistentia verbali, vel cum armis, possit virtute pacti cõventi possessio capi cõcomitantibus justitiæ ministris? In quo prùs nota urbanus facturù creditorè, si ad judicem accedat, eique ostendat conventionis instrumentum, postuletque suam familiam, ut possit cum ea possessionem ingredi. Scacia dict. cap. 62. num. 27. in fin. Camil. Borrel. qui plures refert 2. part. decis. tit. 19. num. 167. Sed & hoc casu data resistentia, negat ingredi possessionem posse creditorem Scacia ibidem num. 28. vers. Præterea in fine, addens quòd si judex aliter faceret, pessimè faceret, & deberet puniri si ex resistentia aliquid mali eveniret. Contrarium tamen innuit expressa Ord. in princip. ibi: Naõ poderá por tal convenção penhorar per si, salvo achando o credor o penhor de todo desembargado, & sem alguma contradicão, em maneira que se naõ possa seguir rixa alguma sobre a penhora, & em outra maneira naõ poderá o credor fazer a penhora per si mesmo sem authoridade de justiça. Igitur cum ministris justitiæ data resistentia,

Tom. I.

pignoratio virtute pacti fieri valet, illa enim est justitiæ prærogativa, quod militari manu possit resistentes cohibere, imò & aliquando occidere. Ord. lib. 5. tit. 49. §. fin. Utrum autem recurrens ad judicem, amittat jus ingrediendi possessionem auctoritate propria, explicat Cald. dict. cap. 25. numer. 57. ubi affirmat, nisi creditor protegetur, vel judex sit incompetens.

Declarabis secundo: quia licet pignoris possessio virtute pacti conventi possit à creditore absque judicis auctoritate capi, ut in dict. Ord. Salicet. dict. L. 3. num. 7. Scacia dict. cap. 62. num. 29. vers. quid dicendum; tamen secus est in possessione ad acquirendum dominium, ad hoc enim omnino judicis decretum requiritur, & auctoritas, secundum eundem Scaciam ibi, qui sic intelligit Bart. dict. L. 3. n. 4. Sed & in hoc casu dato legitimo titulo ad translationem domini, licentia, que in contractu ad possessionem propria auctoritate occupandam, possit illam occupare, si nemo resistat, disponit Ord. lib. 4. tit. 78. §. 8. Cald. dict. cap. 25. n. 33.

Declarabis tertio, ut tantummodo liceat ingredi possessionem propria auctoritate in pignus, quando debitum liquidum est; secus si illiquidum, nisi & hoc in pacto caveatur. Bartol. dict. L. 3. num. 14. Scacia dict. cap. 62. num. 30.

Declarabis quarto: quia, ut creditor possit propria ingredi auctoritate possessionem, necessarium est, quòd in conventionem exprimat, nec sufficit pactum, quod debitore in termino non solvente, parata sit executio, sicut in sententia, hujusmodi enim parata executio ad judicem refertur, & non ad partem. Coler. dict. cap. 5. n. 41. Scacia dict. cap. 62. n. 31.

Denique declarabis: quia hujusmodi pactum injectionis manus, vel ingrediendæ possessionis contra ter-

tium possessorem non procedit: communis ex *Cald. dict. cap. 25. num. 40.* de quo tamen vide latè *Bart. dict. L. 3. à num. 23. Scac. dict. cap. 62. à n. 24. & 32.*

- II** Item & autoritate propria executivè potest ille, qui possessione sua spoliatus est, eam in continenti recuperare. *L. 3. §. Eum qui, L. Qui possessionem, ff. de vi, & vi cap. olim o 1. de restit. spoliat. Menoch. remed. 1. recuper. à num. 384. Gom. L. 45. Taur. n. 190. Duenb. regul. 191. Valasc. cons. 88. n. 5. Cald. de nominat. quæst. 16. numer. 18. Molin. de justit. tract. 2. disput. 16. à n. 14. Pereir. de man. Reg. 1. part. cap. 21. num. 12. Ord. lib. 4. tit. 58. §. 2. ibi: Assim como se hum for forçado na posse de alguma cousa, & a quizer logo por força recobrar, podeloha fazer.* Quod autem tempus importet hoc in continenti, in judicis arbitrio manebit, qui rei, & personarum qualitatem consideravit; potest enim hoc inter tales personas contingere, quòd duo, vel tres dies sufficiant, & inter tales, quod duo menses satis non sint, exponit *Ordin. dict. §. 2. gloss. dict. verb. in continenti, dict. §. Eum qui,* communiter recepta ex *Menoch. dict. remed. 1. num. 385. Marant. disput. 1. num. 27. column. 2. Gom. dict. num. 190. Valasc. dict. cons. 88. n. 6. Molin. dict. disput. 16. num. 16. & 17. Cabed. 1. part. dec. 172. numer. 4. & 5.* Si verò poterat possessionem in continenti recuperare, recurrat ad judicem, jam sibi præclusa est via per se possessionem recuperare ex regula *L. si mulier, §. fin. ff. quod met. caus. Menoch. dict. remed. 1. num. 385. Valasc. dict. cons. 88. num. 7. qui num. 9. testatur ita praxim Regni servare.*

- 12** Ex quo notabis triplicem esse modum recuperandæ possessionis; nam primo in continenti propria autoritate potest eam spoliatus recuperare, *Ord. dict. §. 2.* Secundo, elapso eo in continenti, intra annum tamen, &

diem potest judicialiter ad eam summarie agere. *Ord. lib. 3. tit. 48. & tit. 30. §. 2.* Tertio denique post annum & diem, cum jam vis nova non sit, possessorque ex spoliati patientia justo titulo rem detinere censeatur, via ordinaria libelli pro pensione recuperanda conveniendus est, innuit *Ord. dict. tit. 48. Valasc. sic declarandus cons. 95. n. 12. & ex his intelliges Ord. lib. 1. tit. 66. §. 11.* quæ in prima sui parte determinat, quòd si Decuriones Civitatis, vel oppidi viderint bona, vias, aut servitutes publicas ab aliquo usurpatas, judicialiter mota lite coram iudice agant de jure publico cum illo possessore, causamque usque ad sententiam, & executionem persequantur. Et in secunda parte decidit quòd si viderint aliquas vias, aut servitutes publicas usurpates, confestim per se habito super re testium summario coram spoliatore, aut ejus colonis, sine uxoris citatione rem ad antiquum statum restituant appellacione remota: quæ *Ord. primo intuitu difficilis est, & in se contraria. Emmanuel Barb. ibi in remissionibus num. 3.* dicit illam in secunda parte intelligendam de possessione nova intra annum, & diem, & in prima parte de vi veteri; sed non placet, quia solum in continenti potest quis propria autoritate possessionem recuperare, ut in *Ord. dict. §. 2.* & potest illud in continenti intra annum, & diem, jam non propria autoritate, sed judicialiter, summarie tamen sine strepitu judiciorum agendum est, *Ord. dict. tit. 48.* Dicendum igitur est illam Legem Regiam in secunda parte, dum Decurionibus propria autoritate concedit posse recuperare possessionem oppidi, intelligendam, cum id in continenti agant, ut patet ex verbis ibi: *E logo per si:* quæ verba similiter inveniuntur in *Ord. dict. tit. 58. §. 2.* In prima verò parte dum determinat, quod per litem judicialiter bona, &

servitutes publicas recuperent exponendi, est loqui in tempore postquam illud in continenti transeat, juxta temporis mensuram, & diversitatem, ita ut intra annum, & diem summarie secundum formam *Ord. lib. 3. tit. 48.* & postea ordinarie, sive ad possessionem, sive ad proprietatem agendum sit juxta proximè resoluta.

Casus decimusseptimus.

De venditione pignoris conventionalis.

SUMMARIUM.

Pignus convētionale distrahi potest non solvete debitorē in termino, & praxis procedendi, n. 13.

Judex non potest condemnare debitorem ultra pignoris valorem, n. 13.

Utrum creditor possit propria auctoritate pignus vendere: distinguuntur tres casus; & quid in utroque, n. 14.

Tale pignus distrahi debet sub hasta publica, n. 15.

3 **S**iquidem de pignoribus in præcedenti casu fuit sermo, convenienter in isto de venditione pignoris agendum est, in quo & alter casus executivus notari potest quotidie practica bilis, adveniente die solutionis, debitore que moram in solvendo faciente, solet creditor, qui pignus in manu habet, ad ipsius procedere distractionem, in quo praxis ita servat, quòd creditor facit per judicem moneri debitorem, ut accedat ad redimendum pignus in certo termino, vel ad allegandum, quas exceptiones habeat ad pignoris venditionem impediendam: si monitus debitor in judicium accedat, exceptionesque adversus venditionem opponat, illa suspensa, de eis cognitio judicialis habetur; sin verò in judicio

Tom. I.

per se, nec per procuratorem appareat, expectatur in sequens auditorium, quo nec tum temporis comparere sit processus conclusus ad judicem, qui absque alia probatione debitorem condemnat ad debitum petitum juxta valorem pignoris. & non ultra, intimataque debitori sententia, si ipse non appellet, judicialis fit subhastatio pignoris ex pretio, quo creditori satisficit: ista est praxis satis juri conformis, quam à peritioribus Magistratibus servatam vidi; de qua etiam videndus *Bolanus in Curia Philippic. 2. part. §. 14. num. 6.* Ex eo autem non solent judices debitorem condemnare ad debitum ultra pignoris valorem, licet creditor maius esse asseveret; quia cum creditor hoc eventu ad debiti probationem nullum offerat documētum, nisi ipsam pignoris constitutionem, quæ in id facta est, ut securum maneat debitum, & hac ratione illud pignus transcendere non præsumitur, ut notatur in *L. qui habebat 99. ff. legat. 3.* imò semper præsumitur æquale, gloss. verb. religere, *L. 2. Cod. de pignor. Fōtanel. dec. 208. num. 10. & dec. 210. n. 14. part. 1. Surd. dec. 44 num. 16 Gaito de credit. cap. 4. quæst. 9. numer. 1094.* quia præsumitur creditorem esse curasse suum creditum. Ultra factam probationem à creditore nequit judex ad debitoris condemnationem procedere, quantumvis ipse per contumaciam absit. *Ord. lib. 3. tit. 15. & tit. 20. §. 19. & 20. & 21.*

Sed hæc de recurrento ad judicem pro pignoris conditione magis ad justificationem causæ, & processus, quàm ad juris videntur necessitatem pertinere, ut constat ex *L. si conveniret 1. ff. de pignor. act. L. Creditor hypothecas, Cod. de distract. pignor. Ord. lib. 3. tit. 78. §. 17.* quæ jura expressim extrajudicalem creditori pignoris venditionem permittunt, quare juxta prædicta jura distinguendum est inter casum,

casum, quo expressè facultas ad vendendum pignus in contractu à debitorè concessa est, & inter casum, quo super hoc cautio 'nulla in contractu intervenit, & denique inter casum, quo expressim conventum est ne pignus venderetur. Primo casu in mora constituto debitorè, sive per lapsum diei, sive per interpellationem, confestim potest creditor, nulla facta debitori denuntiatione, nec monitione, quòd vult pignus vendere, ad illius distractionem procedere, glossa *verb. testato ad L. Creditor hypothecas ex dict. L. si convenerit, Neguzant. de pignor. 6. part. membr. 1. num. 1. Communis ex Gregor. L. 41. gloss. 2. & in L. 48. gloss. a quinquier, tit. 13 part. 5. Villalob. in antinomia liter. P, numer. 13. & 14. Pater Molin. de justit. tract. 2. disput. 538. num. 3. Sentit Ord. dict. §. 7. dum decidit quòd si ratione conventionis de pignore in tempore vendendo creditor ad venditionem properet, potest obviam ire debitor offerendo ei debitum, & monendo eum, ne pro modico debito grande pignus distrahat; cui si non acquiescat, potest ei ex parte judicis protestationem facere, ne pignus ipsius vendat, debitumque oblatum recipiat, qua protestatione præhabita, quidquid postmodum creditor gesserit, veluti attentatum post appellationem à iudice revocabitur; hujus autem protestatio nihil proficit, nisi debitor solutionem debiti offerat, & pecuniam deponat. L. 1. & 2. Cod. debitorem vendit. pignor. impedire non posse, Neguzant. dict. membr. 1. à num. 6. Molin. dict. disput. 538. num. 19.*

In secundo verò casu similiter existente debitorè in mora, potest creditor pignus vendere, sed requiritur quòd priùs fiat debitori denuntiatione de futura venditione, glossa *dict. verb. testato, & de jur. Cod. post denuntiationem debitor expectabatur per bien-*

nium. L. fin. §. Sin autè, Cod. de jur. domin. impetr. pignor. dict. L. 42. Villalob. dict. liter. P. n. 15. Molin. dict. disp. 538. n. 4.

In tertio tandem casu, quando conventum est, ne pignus venderetur, ut creditor ad pignoris venditionem procedere valeat, trina debitoris denuntiatio cum intervallis temporis requiritur, dict. L. si convenerit gloss. *verb. testato, Neguzant. dict. membr. 1. n. 3. Pinel in L. 2. Cod. de rescind. 2. part. cap. 2. à num. 4. Molin. dict. disput. 538. num. 5. ad effugiendas istas difficultates praxis magis recipit recursum ad iudicem in supradicta forma, excepto primo casu, cum facultas ad vendendum in contractu concessa est, ut in Ord. dict. tit. 78. §. 7.*

Quamvis verò privatim à creditore pignus vendatur, semper sub hasta publica, ut omnis dolus, & fraus evitetur, distractio facienda est, L. fin. Cod. de jur. domin. imp. gloss. *verb. bona fide, dict. L. Creditor hypothecas, Sodochus de subhastation. cap. 3. num. 33. Molin. dict. disput. 538. num. 3. Cald. de emption. cap. 11. num. 16. Faber, de error. pragm. decad. 1. error. 10. lib. 1. Castell. tom. 4. cap. 42. num. 71. Fontanel. dec. 223. num. 22. part. 1. imò nec valet pactum in contrarium, Cald. proxim. Molin. tract. 2. disput. 538. vers. quando antecessit, Neguzant. dict. membr. 1. num. 3. Sed hoc difficultatem patitur ex Ord. lib. 1. tit. 86. §. 1. ibi: *E por esta maneira levem o seu salario, & assim lhes seja contado, & não doutra, & assim as adellas dos penhores, & cousas que lhes dão a vender; ubi supponitur pignora vendi posse privatim sine publica subhastatione. Sed responderi potest illam Legem Regiam procedere, & loqui in casu, quo in tempore, quo pignus distrahendum est, convenit inter debitorem, & creditorem, quòd venditio privatim fiat, Argumento doctrinæ, gloss. *verb. iudicium, L.***

L. si quando, §. Et generaliter, Cod. in offic. testam. ubi docet filium, qui à parte antea non poterat titulo honorabili institutionis sibi à patre faciendæ renuntiare, posse valide in actu testandi prædicto juri cedere. Nisi dicas eadem publicitate res per adellas vendi, ac per præconem, & sic æquiparantur in dict. Ord. tit. 86. aliàs 87. §. 1. juncto princip.

Casus decimus octavus.

De retentione.

SUMMARIUM.

- Retentio conceditur, quando res sine vitio ad manus creditoris devenit loco pignoris, n. 16.*
- Hoc restringitur ad bona debitoris tantummodo, n. 17.*
- Regulariter solum conceditur, quando compensatio non habet locum ob rei naturam, n. 18.*
- Cum res ad manus creditoris devenit, quæ ei est obligata pro alio debito, tunc cessante debito, pro quo est obligata, retineri non valet, n. 19.*
- Si res nulla ex causa est creditori obligata, retineri potest ratione impensarum vel alij debiti contracti in utilitatem ipsius rei, licet per actum nullum, n. 20.*
- Si verò ex alia causa ad manus creditoris devenit, nullatenus retineri valet. n. 21.*
- Retentio ratione melioramentorum omni possessori, & detentatori competit, n. 21.*
- Retentio competit conductori etiam pro pecunia, quam solvit creditoribus locatoris, & pro melioramentis tam in conductore, quam commodatario.*
- Scriptor potest retinere quinternos, in quibus scripsit, non verò exemplaria, n. 22.*

Utrum Tabellio, Advocatus, & procurator acta retinere valeant pro salario: pro utraque parte disputatur, n. 23.

Retentio conceditur emptori, quando res emptæ est oneribus affecta, ad hoc ut non compellatur pretium solvere, donec res ab oneribus eximatur. Ibid.

Et etiam quando res sub hasta fuit vendita, & jussu judicis, n. 24.

Una res pro alia retineri non debet, n. 25.

Retentio cessat, si victor petat, quod possessor juret valorem, & deposuerit in judicio quantitatem juratam, & si pars recuset juramentum subire, amittit beneficium retentionis, n. 26.

Multi sunt casus, in quibus ex-¹⁶cutivè, & autoritate propria licet rem alienam retinere. Primus est, cum res tua sine vitio ad manus meas devenit, possum enim eam loco pignoris propter debitum, quod mihi debes, retinere, docet gloss. verb. retinebitur, *L. si non sortem, §. Si centum, per text. ibi, ff. condit. indebiti*, ubi Doctores extollunt, *Brusat. cons. 73. num. 28. lib. 1. Surd. dec. 46. num. 9. Zachias dec. 130. num. 6. de Camer. obligat. ubi*¹⁷ *numer. 7. restringit ad bona debitoris, Gratian. Forens. cap. 706. num. 14. quod regulariter procedit, quoties compen-*¹⁸ *satio ob rei naturam locum habere non potest, tunc enim retentio competit, ut in dict. §. si centum, Corneus cons. 61. vol. 3. à num. 27. Paris. cons. 110. n. 31. lib. 1. Pater Molin. tract. 2. disput. 560. num. 19. & disput. 297. num. 8. Gabr. tit. de jur. jurand. concl. 7. num. 2. Carol. de Crass. tract. de except. contr. statutum, except. 16. num. 16. Quinimò nec vitium, cum causa illius debiti res ad manus creditoris devenit, *Surd. dec. 46. num. 10. Gratian. dict. num. 14.* Obstat tamen, quia res alienæ pre-
textu debiti retineri non possunt, *L. final. Cod. commod. L. si non induceta, Cod.**

Cod. in quib. caus. pign. Barb. L. Divortio, §. ob donationes n. 4. ff. solut. matrim.

- 19 Pro resolutione, ut plenè habeas, distingue cum *Bart. dict. §. si centum n. 8.* què ibi *DD.* sequuntur secundum *Ias.* ibi *num. 10.* quòd aut res illa, quæ ad manus creditoris devenit, est ei à debitore pro alio debito obligata, & tunc retinere licitè valet, *L. 1. Cod. etiam ob chirog. pecun. pignus teneri posse, Neguzant. de pignor. 1. part. 5. membr. 3. à num. 46. Gregor. L. 22. tit. 13. part. 5. Duenh. regul. 167. ampliat. 9. latè Molin. tract. 2. disput. 535. num. 8.* qui multipliciter declarat. Aut res illa nulla ex causa est creditori obligata, & tunc vel retinere intendit ratione impensarum, seu aliud debitum contractum in utilitatem ipsius rei, & similiter licita est retentio, *L. In rebus, §. possunt, ff. commod. L. Paulus, ff. dol. except. L. si in area, ff. condit. indebit. Gorn. L. 46. Taur. num. 2. Valasc. de jur. emphyt. quest. 25. n. 25. Garcia de expens. cap. 7. num. 3. Barbof. dict. L. Divortio, §. fin. 2. part. num. 1. vers. recepta, & num. 2. juncto 13. & 14. & part. 1. numer. 68. & 70. Gam. dec. 310. & ibi Men. Molin. dict. tract. 7. disput. 463. n. 8. & 12.*

Vel intendit creditor retinere rem, non ratione melioramentorum, sed prætextu alterius debiti, & tunc retinere similiter potest, si ratione illiusmet debiti res illa ad eum devenit, licet per actum nullum, *L. si non sortem, §. si centum, L. Eleganter, §. Qui reprobus, ff. pignor. action. Neguzant. de pignor. membr. 5. principal. à num. 3. cum sequentibus, Barbof. in L. Divortio n. 2. Surd. dec. 46. num. 4. Cyriac. contr. 18. num. 37. Carleval de judic. tit. 2. disput. 8. num. 7. Gratian. Forens. cap. 16. num. 36. & ita judicatum fuit in causa Alphonsi Dique cum Emmanuele Freire Zagal anno 1699. Scriba Dominicus Luis de Oliveira.*

- 21 Sin verò ex alia causa res ad ma-

nus creditoris pervenit, nullatenus pro debito retineri potest, *dict. L. fin. §. commod. & dict. L. si non indueta*, quæ jura in hoc casu loquuntur, & procedunt; in dotalibus autem rebus speciale est, quòd nequeant prætextu debiti retinere, quod ex privilegio ipsis indultum est, *L. unica, §. Taceat, Cod. rei uxor. action. Barbof. dict. §. ob donationes num. 1. ad fin. cum sequentibus, ff. de solut. matrimon.*

Prætextu melioramentorum retentio omni, & cuicumque possessori, & detentatori rei competit, ut *dict. L. si in area*; unde etiam conductori permittitur, *L. si colonus in fin. ff. vi. Garc. de expens. cap. 1. num. 16. Valasc. de jure emphyteut. quest. 25. numer. 22. Tusch. lit. C. concl. 608. numer. 25. & liter. R. concl. 36. num. 7. Gratian. dec. 7. n. 12. Peregrin. de fideicommiss. art. 50. n. 41. Carroc. de locat. tit. de merced. num. 31. Sola ad statuta Sabaudie tit. de excus. sion. gloss. 9. num. 1. Giurb. dec. 63. num. 11. Themud. dec. 148. n. 1. & 3.*

Quæ retentio conductori competit etiam pro pecunia, quam creditoribus locatoris solvit, & pro anticipata pensionis solutione, *Bursat. conf. 101. num. 6. Ludovic. dec. Lucensi 38. num. 18. Cartar. dec. 11. Giurb. dec. 61. num. 10.* Eandem retentionem pro melioramentis tam in conductore, quàm in commodatario expressit *Ord. lib. 4. tit. 54. §. 1. & in possessore maioratus, & emphyteusis, Ord. eod. lib. tit. 95. §. 1.* tradunt *Valasc. Garc. Barbof. & Molin. dictis locis.* Unde & scriptor potest retinere quinternos, in quibus scripsit, licet non exemplaria, in quibus non extat melioratio, donec sibi salarium solvatur.

Utrum verò Tabellio, Advocatus, & procurator id similiter in actis facere possint, affirmant *Bartol. dict. §. si centum num. 8. & ibi Iason numer. 10. Marant. de ordin. judic. 6. part. tit. de actor. edict. num. 59. Garc. dict. cap. 1.*

num. 16. per text. in *L. Argentarius in princip. ff. de edend.* In nostro vero Regno contrarium servatur, quod ne hoc prætextu litis cursus retardetur, nequeant notarij, vel procuratores acta pro salarij solutione retinere, sed in separato processu à iudice pro salarijs executionem adversus debitores litigantes impetrent. *Ord. lib. 1. titul. 24. §. 41. & 45.* Quod tantum intelligendum est procedere, dum lis pendet, nam si ea finita sit, secus erit, ut in *Calculatore expensarum* probat *Ord. eod. lib. tit. 90. §. 1. in fin. ibi: E depois de taxado o salario da conta, o feito tornará à mão do Contador, da qual não se fará até ser pago do que assim for taxado.* Et si dicas Legem Regiam specialiter loqui in *Calculatore*, cujus modicum salarium est, quod si demissio processus legeretur, per litem consequi plus expensarum, & gravaminis pateretur, quàm commodi, contra regulam text. *L. Mediterraneæ Cod. de ann. & tribut. lib. 11.* melius in idem allegari potest *Ord. dict. tit. 24. §. 42.* ubi victori, sive actor sit, sive Reus, tam in civilibus, quàm in criminalibus, tempore quo extrahit sententiam ex processu per notarium, præcipit quod tam suas, quàm victi solvat expensas ab ipso victo, postmodum ex eadem sententia recuperaturus, nisi fortè absolutio tam à principali, quàm ab expensis fiat, victorque, & victus in diversis habitent domicilijs.

24. Retentio cõpetit etiã emptori, quãdo res empta est oneribus affecta ad hoc, ut non cõpellatur pretium solvere, donec res ab oneribus eximatur. *L. si post perfectionem, Cod. de eviction. Surd. dec. 195. num. 6. Barbof. L. De arvisione n. 69. ff. solut. matrum. Cancr. 1. part. var. cap. 3. numer. 26. Gusman de eviction. quest. 50. num. 7.* Quod etiam procedit, quando res sub hasta publica vendita est, quia pretium retinere potest, quousque res ab oneribus libera tra-

datur. *DD. à Divo Pio, §. si post additum, ff. de re judicat. Gusman. de eviction. quest. 33. num. 5. Castilh. lib. 4. cap. 42. ex num. 61.* Et etiam conceditur retentio, quando ad postulacionem creditoris res sub hasta fuit vendita. & jussu iudicis, factoque deposito. *Rot. Roman. dec. 381. num. 6. & 7. Hermosilh. ad Gregor. gl. §. 1. L. 32. tit. 5. part. 5. n. 249.*

Una res pro alia retineri non valet. *L. fin. ubi DD. Cod. commod. L. si non inducta, Cod. in quibus caus. pign. cum pluribus Peg. ad proæmium Ord. gloss. 43. n. 104. pag. 59.*

Cessat tamen retentio, si victor petat, quod possessor juret valorem, & deposuerit in iudicio quantitatem juratam, quia tunc mittitur in possessionem, & causa currit super melioramentis, & hæc est praxis Regni, de qua *Cabed. 1. part. dec. 201. Barbof. L. Divortio, §. fin. 2. part. numer. 34. Valasc. de partit. cap. 6. num. 23. & de jur. emphyteut. quest. 25, num. 23. Caldas de empt. cap. 23. num. 7. idem Valasc. cons. 111. cum pluribus alijs Peg. ad dictum proæmium dict. gloss. 43. numer. 108.* Et si pars recuset juramentum subire, amittit beneficium retentionis. Ita iudicatum fuit in causa da *Camera de Benavete com o Administrador da Casa de Aveiro, Escrivao Ioab de Carceres Ribeiro, anno 1700.* Cætera de materia vide *Peg. dict. gloss. 43. à num. 101.*



Casus decimus nonus.

De sententia in rem judicatam
transacta, & de mandato ju-
dicis cum clausula.

SUMMARIUM.

Sententiæ instrumentum paratam ha-
bet executionem, n. 27.

Quod procedit, quando petitur officium
judicis, secus si per actionem in factum,
n. 28.

Sententiæ arbitratorum paratam habet
executionem, n. 29.

Sententia perdit executionem, si novata
sit, n. 30.

Si vero victor accipiat pignora, & fide-
jussores à victo, non ex hoc dicitur no-
vata, n. 30.

Mandatum cum clausula utrum para-
tam habeat executionem, pro utraque
parte disputatur, n. 31.

Concordantur opiniones, n. 31.

Si in mandato inserta sit pœna in casu
inobedientiæ, quando incurratur, n.
33. & 34.

Mandatum judicis sine clausula justifi-
cative comparendi non valet regulari-
ter, n. 35.

Utrum si pars incurrat pœnam commi-
natam, possit iudex ex causa pauper-
tatis illam minuere, n. 36.

27 **I**nstrumentum item sententiæ pa-
ratam habet executionem, si illa
in rem judicatam sit transacta, *L. Post
rem judicatam, ff. de re judicat. l. 1.
Cod. execut. rei judicat. cap. quoad con-
sultationem eodem tit. Ord. lib. 3. tit. 86.
in princip. Soar. dict. L. Post rem judi-
cat. not. 1. Aviles Prætor, cap. 10. verb.
execucion, num. 3. Azeved. l. 1. tit. 21.
lib. 4. glossa, verb. sententias sub n. 13.
Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. 1. part. 1.*

*§. 1. à num. 1. Coler. de process. execut.
3. part. cap. 2. num. 3. Pax in prax. 4.
part. tom. 1. cap. 1. num. 1. Scacia de ju-
dic. lib. 1. cap. 62. à num. 12. Cancer. lib.
3. var. cap. 17. à num. 26. Pichard. in
manud. ad prax. 2. part. §. 5. num. 12.
de quo plura dicemus infra lib. 6. cap.
6. & 9.*

Declarabis primò, ut hoc tan-
tum procedat, cum executio per offi-
cium judicis postulatur; secus verò si
per actionem in factum, tunc enim
ordinariè per libellum, sive summa-
riè per decendum agendum est, *Ord.
lib. 3. tit. 25. §. 8. Marant. de ordin. ju-
dicior. 6. part. tit. de execut. num. 8. Co-
ler. dict. 3. part. cap. 9. num. 6. & 7. &
cap. 1. num. 4. Surd. dec. 170. numer. 2.
Scacia dict. num. 12. Borrel. 2. part. dec.
32. numer. 182. & 183. latè Scacia de
sentent. gloss. 14. quest. 11. à num. 11.
Rodrig. de execut. cap. 5. n. 4.*

Declarabis secundò, ut eadem
parata executio similiter sententijs ar-
bitratorum de jure Regio concedatur.
*Ord. lib. 3. tit. 16. §. 2. ibi: Tal senten-
ça se dará à execução pelos Juizes ordi-
narios, quer no compromisso fosse posta
pœna, quer não, assim como se daria à
execução sendo dada pelos Juizes ordi-
narios. Quod etiam de jure Castellæ
constitutū est in L. 24. tit. 21. lib. 4. re-
cup. Soar. dict. L. Post rem judicatam
notabil. 8. num. 1. & 2. Parlador. dict.
cap. si n. 1. part. §. 2. num. 1. Molin. de
just. tract. 5. disput. 35. num. 5. Pichard.
suprà dict. num. 5. de quo tamen dice-
mus plenius infra lib. 2. cap. 6. ubi et-
iam quod in sententia arbitratoris, vel
delegati.*

Declarabis tertio, ut hæc non
procedant, si sententia novata est, ex
hoc enim perdit executionem para-
tam, *L. 4. §. ex conventionem, ff. de re
judicat. l. si causam, Cod. de execut. rei
judicat. l. Minor 25. ff. minorib. Soar.
dict. L. Post rem judicatam, notabil. 1.
& in declarat. Legis Regni, limitat. 8.
num.*

num. 2. *Parlador. dict. 1 part. §. 12. limitat 6. num. 42. & dict. §. 1. num. 20. Roderic. de execut. cap. 1. num. 17.* Ex quo verò victor pignora, sive fidejussores à victo accipit, non dicitur sententiam novare, *dict. §. si ex conventionne, Azin. in prax. judic. §. 31. cap. 2. limit. 16. n. 4. Cancer. dict. cap. 17. num. 273.*

Utrùm autem idem procedat in mandato judicis cum clausula justificativa, si ten' eris te gravatum compareas, quod vulgo dicimus, (*mandado com clausula de embargos*) an si pars in termino non compareat, nec exceptiones opponat, mandatum judicis in rem judicatam transeat, habeatque executionem paratam? In quo affirmat gloss. fin. cap. ex parte 1. de verbor. significat. *Bald. in rubr. com. epist. & ibi Salicet. & in L. 1. num. 6. eod. titul. Abb. cap. 1. de caus. possess. Marant. de ordin. judic. 6. part. tit. de sentent. num. 27. ad fin. Afflict. dec. 167. numer. 4. Parlador. dict. §. 1. num. 22. Blan. in Cur. Philipp. 2. part. §. 3. num. 2.* quorum ratio est: quia hujusmodi mandatum executivum cum clausula, si senseris te gravatum compareas coram nobis recepturus justitiæ complementum, alternativum est, comparendi scilicet, vel acquiescendi præcepto, unde ex quo non apparuit, videtur alteram partem alternativè eligere acquiescendi præcepto, illudque lubinde quasi partis approbatione manet firmam, stabile, & irrevocabile; taciturnitas enim ejus, qui vocatur ad assentiendum, vel contradicendum actui, inducit consensum sibi præjudicialem, & approbationem, *L. de etate, §. qui tacuit ff. interrog. action. Abb. cap. vestra de locat. Afflict. ad Constit. Siciliæ in prælud. quest. 2. Averdand. de exequend. mandat. 2. part. cap. 30. numer. 4.* sicut pars elegisset alteram partem alternativæ comparendo, mandatum executivum in simplicem ci-

tationem non resolveretur, gloss. I. de pupillo, §. meminisse, verb. eam, ff. nov. oper. nuntiat. quam ibi sequuntur cõmuniter DD. ubi *Bart. Angel. Imob. & Ripa, idem Bart. L. 1. num. 3. Cod. execut. rei judicat. Bald. L. 2. Cod. episcop. aud. las. in L. Nequicquam, §. ubi decretum num. 6. ff. offic. proconsul. Afflict. Marant. & Parlador.* ubi proximè, *Gail. lib. 1. observ. 19. n. 5.*

Contrariam verò sententiam, imò parte non comparente, mandatum executivum cum clausula, ex hoc paratam executionem non habere, tenet *Bart. L. jus alimentorum, ff. ubi pupil. educ. Paul. de Castr. dict. §. Meminisse, Angel. §. Curare, Instit. de action. num. 10. Ioan. Andreas ad Speculat. titul. de advocato, §. sequitur, Alex. L. Filiusfamilias, §. Divi n. 30. ff. leg. 1. Iason. dict. §. ubi decretum n. 6. Gail. dict. lib. 1. observ. 15. & 134. à num. 3. in quo facit *Ord. lib. 3. tit. 15. in princip. ubi reo contumaci, & in judicio ad quod vocatus est non comparente, jubetur in causa progredi, illamque juxta probationes ab actore factas determinari, ita quòd sui cõtumacia nihil juri actoris addat, non enim, nisi causa cognita, prout justitia exegerit, res uni, vel alteri tribuenda est. L. Interlocutio, L. Program. L. fin. Cod. comminat. epistol. vim rei judic non habere.**

In ista contrarietate *Parlador. dict. 32 §. 1. num. 22.* concordat discordantes sententias, ut prima affirmativa procedat in rebus modici momenti, secunda verò in rebus grandis præjudicij. Ego tamen adverto duo concurrere in eodem mandato executivo cum clausula, in quibus præsens quæstio vertitur, parte non comparente in rem judicatam transeant, primum circa id, quòd parti præcipitur, quòd faciat, vel non faciat; secundum circa pœnam in mandato parti non obtemperanti impositam. In primo distinguendum

dum est, quòd vel mandatum præcessit causæ cognitio, & sententia, & nullum dubium est, parte acquiescente, ipsum mandatum, quantumvis sine clausula justificativa sit conceptum, in rem judicatam transire. *Bart. L. Defendente, ff. auctorit. tut. Iason dict. §. ubi decretum n. 7. limit. 3.*

Vel mandatum non præcessit sententia, causæque cognitio, & tunc iterum subdistingendum est; nam vel mandatum emanat super materia, cuius iustitiæ dubitationem recipit, aut super materia, in qua nulla potest esse disceptatio: primo casu, quantumvis pars non compareat, non ex hoc mandati præceptum transit in rem judicatam. *Dicta L. Interlocutio, L. Programma, L. fin. Cod. com. epistol.* non enim causa incipere debet ab executione, priusquam de iuribus partium à iudice cognitio fiat, *L. 1. Cod. execut. rei judic.* quantumvis Reus contumaciter absit. *Ord. dict. tit. 15. in princip.*

In secundo verò casu secus est; quia in eis, quæ etiam invita parte, & contradicente determinantur, & indulgentur, nulla ipsius partis citatio, & expectatio desideratur, sed statim suum consequuntur effectum, *L. 4. §. Illud, ff. fideicommiss. libert.* Ex quo in illis casibus, in quibus etiam sine clausula justificativa mandatum concipi potest, illud parte non opponente in rem judicatam transeat, ut si mandetur filio, servo, aut liberto, quòd non sit contumeliosus, & inobediens parenti, seu domino sub pœna, *L. 1. §. Cum patronus, ff. offic. præf. urb. L. Nequicquam, §. de plano, ff. offic. Proconsul. L. 1. ff. jur. patron. L. 1. ff. obseq. patrono præst.* aut si tutori mandetur, quòd pecunias pupillares in proprios usus non convertat, *L. Tutor qui repertorium 8. §. si deponi, ff. administrat. tutor. L. jus alimentorum 3. vers. Comminari, ff. ubi pupillus educ.*

idem in mandatis de non offendendo, *Ord. lib. 3. tit. 78. §. 1. 6. & 7. Gail. dict. lib. 1. observ. 13. & observat. 4. per tot.* si iudex mandat, quòd partes non moveantur, nec veniant ad arma, ut tumultus, & seditio evitetur. *L. æquissimum 17. ff. usufruct. L. penult. ff. de sicar. idem Gail dict. num. 3. & in tractatu de pace cap. 5. num. 10.* & secundum hanc distinctionem Doctorum sententiæ concordandæ sunt.

Quoad pœnam item, cum ejus validitas, & obligandi jus à validitate, & obligatione præcepti pendeat, dicendum est, tum demum parte non comparente, sequutaque postmodum inobedientia, pœnam comminatum incurri, cum præceptum ipsum in rem judicatam transijt, ut quia post sententiam, causæque cognitionem emanavit, vel in materia, in qua partium non admittitur disceptatio, prodijt, & sic loquuntur jura in *d. L. 1. §. Cum patronus, dict. L. Tutor qui repertorium, §. si deponi, L. Nam saltem, §. 1. ff. offic. præf. vigil.* Si verò præceptum in rem judicatam non transit, nec item pœna, *L. Factum à iudice, L. Non videtur qui jussu, ubi glossa, ff. re judic. L. Quoniam Cod. appellat.* Sed & hæc solum procedunt, cum apparet iudicem non solum voluisse comminari, sed etiam pœnam inferre, nam si constet voluisse tantum comminari ad terrorem, vel sumus in dubio, ex inobedientia quis pœnam non incurrit, *gloss. cap. 1. de sagittar.* ubi docet, quòd si mandatur alicui sub pœna excommunicationis, est comminatio, nec ex inobedientia erit excommunicatus. *Alex. §. Divi n. 29. & ibi etiam Ioann. de Imol.*

Licet autem ex præcepto, quòd in rem judicatam transit, pœnæ etiam incurratur data inobedientia, non ex hoc pœna executivè ex dicto mandato exigì potest, quia licet constet ex mandato pœnam esse impositam non ob-

obtemperanti, non adhuc apparet, an pars non obtemperaverit, quia ratione etiã in pœnis ipso jure incurſis declaratoria ſententia in judicio contraditorio requiritur, *cap. Cum ſecundum de hæreticis lib. 6.* Unde pars inobediens ad pœnam ordinariẽ conveniẽda eſt, & ſequuta ſententia, fit executio. *Bart. L. 2. §. 1. ff. ſi quis in jus vocat. non ierit Alex. §. Divi num. 30.* omnes que ſupra citati. Adde diſtinguentem *Bart. L. 1. in princip. numer. 15 & ibi laſ. num. 28. ff. ſi quis jus dicent.*

35 Denique notabis mandata judicum ſine clauſula justificativa comparendi, ipſo jure non valere ex regula *L. 1. Cod. execut. rei judic.* nec habere vim ſimplicis citationis, nec partem ad comparandum obligare, aut aliquem ſimilem producere effectum, *cap. Conquerẽte de reſtit. ſpoliator. Bald. L. ad peremptoriam in fin. ff. de judic. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. titul. de lit. obligat. art. 6. gloſſ. 2. per totam, Gail obſerv. 13. in princ. & obſerv. 19. à n. 2. eodem lib. & dict. tract. de pace publica, cap. 5. à princip. Parlad. r. dict. §. 1. num. 2. à qua regula aliqui caſus excipiuntur, quos ſuprà congeſſimus.*

35 Utrum verò ſi incurrat pars multam, ſeu pœnam comminatam, poſſit judex illam in ſententia declaratoria ex cauſa fortè paupertatis minuere? Affirmant *Bart. & laſ. d. L. 1. in princ. uterque n. ult. per textum expreſſum in L. final. Cod. modo mulctar.* Quinimo & regulariter ita fieri debet, quoniam judices ad terrorem ultra menſuram delicti ſolent pœnas cõminari, & pœna incurſa, & in judicio petita, ſuperfluum debet reſecari, ad juſtamque menſuram trahi, *L. Sancimus, Cod. de pœn. hocque jure utimur.*

Casus vigefimus.

De confeſſione judiciali.

SUMMARIUM.

- Confeſſio in jure facta paratam habet executionem, n. 37.*
- Confeſſus in judicio cenſetur proprio ore condemnatus, n. 38.*
- Si per ſtatutum debeatur gabella ex quolibet condemnatione, illa non debebitur ex præcepto de ſolvendo, n. 39.*
- Nec extrahitur ſententia, ſed tantummodo mandatum de ſolvendo nomine judicis, n. 40.*
- Appellari non licet à præcepto de ſolvendo; ſecus ſi exprimat cauſam erroris, & hoc caſu habebit tantum effectum devolutivum, n. 41.*
- Confeſſio judicialis tunc habet paratam executionem, quando fit ante libellum, lite nque conteſtatam; ſecus ſi poſt, tunc enim jam ſententia condemnatoria eſt, n. 42.*
- Confeſſio judicialis paratam habet executionem, quanvis fiat ſine cauſa, n. 43.*
- Confeſſio judicialis non ſolum habet executionem contra conſitentem, ſed adverſus ejus hæredem, n. 44.*
- Ut competat beneficium executionis paratæ propter confeſſionem, requiritur quod fiat in judicio competentis, num. 45.*
- Requiritur ſecundò, quod fiat coram judice ſedente pro Tribunali, n. 46.*
- Requiritur tertio, quod fiat parte præſente, aut ejus procuratore, n. 47.*
- Requiritur quarto, quod confeſſio ſit certa; ſecus ſi incerta: quod limitatur, n. 48.*
- Requiritur quinto, quod confeſſio fiat in re ex qua contra conſitentem poſſit dari actio contra conſitentem, alias non habet executionem paratam, n. 49.*

Requiritur etiam quod confessio non sit erronea, nam potest revocari ante executionem præcepti de solvendo, num. 50.

Utrum sponte confessis debeant dari decem dies ad solvendum. Affirmant aliqui de jure Regni. Contrarium statutum est, n. 51.

37 **C**onfessio etiam in jure facta paratam habet executionem nulla expectata sententia, *L. post rem judicatam, ff. re judic. l. 1. ff. & Cod. de confess. l. Provincæ, §. Notandum, ff. ad Leg. Aquil. l. si debitori, ff. de juat. l. Certum, §. 1. ff. de confess. notant gloss. Bart. & omnes in prædictis juribus, Marant. de ordin. judic. 6. part. tit. de confessione num. 21. Mascard. de probat. quest. 7. à num. 7. & concl. 344. à n. 5. Soar. dict. *L. Post rem judicatam*, notab. 3. à princ. Aviles Prætor cap. 10. verb. *execucion num 10. Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. final. 1. part. §. 4. à n. 1. Pax in prax. 4. part. tom. 1. cap. 1. num. 53. Cald. Forens. lib. 2. quest. 31. num. 1. Bolan. in Curia Philip. 2. part. §. 5. n. 1. Pichard. in manud. ad prax. 2. part. §. 5. n. 5. Roder. de execut. cap. 1. art. 2. 4. & 21.**

38 Confessus enim in judicio censetur proprio ore condemnatus, ita quod nullæ sunt judicis partes in condemnando, sed tantum in ferendo præcepto de solvendo, *L. 1. Codic. de confess. Ordin. lib. 3. tit. 66. §. 9.* quod præceptum de solvendo non est sententia condemnatoria propriè, ut docet gloss. juncto text. dict. *L. 1. ff. de confess. ex quo ibi deducit Bart.* quod si per statutum debeatur gabella ex qualibet condemnatoria sententia, illa in præcepto de solvendo non debetur: sequitur Soares dict. notab. 3. num. 1. ad fin. unde apud nos ex præcepto de solvendo non solvitur decima in Cancellaria, Cabed. 1. part. dic. 16. num. 6. Thom. Vas alleg. 98. numer. 4. qui latè

39

explicat in seqq. Costa de Stylis Supplicat. annot. 13. num. 8. Nec ex præcepto de solvendo judici debentur sportulæ. *Ord. lib. 3. tit. 97. §. 3. Roland. conj. 87. num. 22. lib. 2. Cabed. dec. 16. num. 7.* Nec extrahitur sententia ex processu, sed tantum mandatum de solvendo nomine judicis conceptum, quod per Cancellariam non transit, *Ord. lib. 3. tit. 66. §. 9. Cabed. dict. dec. 16. num. 6. ad fin. Mend. à Castr. 1. part. lib. 3. cap. 21. num. 63.* non enim præceptum de solvendo est sententia, sed executionis præparatio. *Bart. l. 1. ff. confess. Parlador. dict. §. 4. numer. 19. Mend. à Castr. dict. 1. part. lib. 3. cap. 21. n. 63.*

Quare nec à tali præcepto de solvendo potest appellari, *Specul. tit. de appellat. §. In quibus, col. 1. Angel. & Paul. dict. l. si debitori, idem Parlador. dict. num. 19.* quia cum debitor sponte debitum confiteatur, sponteque præceptum de solvendo recipiat, non potest dici gravatus, & si non est gravatus, non potest appellare, *L. Aut Prætor §. Permittitur, ff. minor. si verò in appellatione exprimat causam erroris, audiendus est. Angel. Aretin. l. Ejus qui numer. 10. ff. appellat. recipiend. Marant. tit. de appellat. num. 292. Gregor. Lop. l. 2. tit. 22. part. 3. gloss. 1. Barbof. ad l. si debitori n. 136. ff. judic. Calvol. in praxi judic. §. Appellat. conclus. 5. num. 25.* sed hoc calu appellatio effectum tantum devolutivum, non suspensivum habebit. *Parlador. dict. §. 4. num. 2. Canar. de execut. instrument. quest. 46. & 47.*

Declarabis primò confessionem in judicio factam tunc demum habere executionem paratam, quando ipsa sit ante oblatum libellum, litemque contestatam; secus si post, tunc enim jam sententia judicis condemnatoria, quæ exequatur, expectanda est. *L. Julianus, l. Qui stichum, ff. de confess. tradit glossa Magna, & ibi Bart. dict. l. 1.*

Cod. eod glossa, & omnes in L. 1. Codic. litus contest. Mascard. concl. 344. à n. 3. Soar. dict. notabil. 3. à numer. 2. Aviles dict. verb. execution, num. 27. Gutierrez. lib 1. pract. quest. 126. Azeved. L. 5. à num. 31. tit. 21. lib. 4. recopilat. Thom. Vas alleg. 98. num. 8. Cald. dict. quest. 31. numer. 1. licet contradicat Parlador. dict. §. 4. numer. 4. & 5. Roland. dict. num. 1. Roderic. dict. art. 2. numer. 24.

43 Declarabis secundò confessio- nem in iudicio factam paratam habere executionem, quantumvis sine causa fiat. L. sicut. ubi Bald. Cod. repud. hæ- red. Soar. dict. notabil. 3. num. 8. Par- lador. dict. §. 4. num. 8. Aviles d. verb. Execution num. 10. Cald. dict. quest. 31. n. 2.

44 Declarabis tertio prædictam cõ- fessionem tam contra confitentem, quàm adversus ejus hæredem para- tam habere executionem. Franc. cap. Cum speciali, vers. Tertia quero, de ap- pellant. Hippol. rubr. de probationibus n. 97. Parlador. dict. §. 4. n. 18.

45 Denique declarabis non omni, & cuicumque confessioni hujusmodi paratæ executionis beneficium com- petere, plura enim debent concurrere. Primo namque requiritur, quod con- fessio in iudicio fiat competenti, vel saltem incompetenti prorogabile, nam si fiat in iudicio omnino incom- petenti executionem non habet, L. 1. & per tot. Cod. si à non competent. judic. Soares dict. notabil. 3. num. 10. Aviles dict. verb. execution, num. 28. Parlador. dict. §. 4. numer. 1. ad fin. Roderic. dict. art. 2. n. 31.

46 Secundò requiritur quòd coram iudice sedente pro tribunali in causis plenam cognitionem desiderantibus confessio fiat, vel coram notario ex commissione iudicis, gloss. L. Nolue- rit, §. fin. ff. Interrogat. act. Bart. L. Cum scimus, Cod. agricol. & censit. lib. 12. Marant. dict. tit. de confess. num. 30. Tom. I.

& 31. Mascard. dict. concl. 344. num. 7. & concl. 348. num. 14. & 15. Aviles dict. verb. Execution numer. 22. & 23. Parlador. dict. §. 4. num. 5. Thom. Vas dict. alleg. 98. num. 3. Tertio, quòd 47 fiat parte adversa præfente, aut ejus procuratore, L. Certum, §. si quis ab- senti, ff. de confess. las. L. Tale pactum, ff. pact. commun. ex Alex. conf. 112. num. 34. lib. 6. Aviles dict. verb. exe- cucion num. 25. & 26. Roderic. num. 37. & 38. Non tamen requiritur partis acceptatio, cum in sibi utilibus præsumatur consentire, Marant. dict. tit. de confess. num. 2. Duenb. reg. 119. Soar. in Thesaur. commun. verb. Con- fessio, Joseph. Ludov. dec. 9. num. 22. Par- lador. dict. §. 4. num. 6. Cald. dict. quest. 31. num. 3. quidquid contrarium cõ- munem dicensteneat las. L. Error n. 3. Cod. jur. & fact. ignorant.

Quarto requiritur quod confes. 48 sio sit certa, nam si quid incertum de- bitor confiteretur, confessio executio- nem non haberet paratam, dict. L. cer- tum, gloss. dict. L. 1. Cod. de confess. Mas- card. dict. quest. 7. num. 25. Soar. dict. notabil. 3. num. 13. Aviles dict. verbo Execution num. 23. Parlador. dict. §. 4. num. 9. Bolan. dict. §. 5. num. 2. Sed hoc non indistinctè procedit, imò re- gula est, quod in illis casibus, in qui- bus valet incerta sententia, de quibus infra lib. 3. cap. 1. valet etiam incerta confessio, habetque executionem, ut in iudicijs universalibus; secus verò cum incerta sententia non valet. Ita Bart. dict. L. 1. opinion. 3. Cod. de confess. Soar. dict. num. 13. Roder. dict. art. 2. num. 29. Item etiam non dicitur in- certa, & obscura confessio, si Reus di- cat se decem plus minusve debere, L. Publica, §. final. ff. deposit. ubi notat Bart. Bald. rub. quest. 6. Cod. depositi, Parlador. dict. §. 4. num. 9. Roder. dict. art. 2. num. 28. Sed nec dicitur incer- ta confessio, si Reus dicat credere se decem debere, gloss. cap. ex literis de

jur. jur. commun. ex Curt. tract. de de
posit. n. 52. Parlador. dict. § 4. num. 10.
Roderic. dict. n. 28.

49 Quinto requiritur quod confes-
sio fiat in re, ex qua contra confiten-
tem possit dari actio, alias non habet
executionem, dict. L. Stichum, ff. con-
fess. Exemplum est, si quis fateatur
legatum in testamento relictum, quod
est nullum, Bart. L. Admonendi num.
39. ff. jur. jur. Bald. L. Alia num. 4.
Cod. his quib. ut indign. Mascard. dict.
quest. 7. num. 39. Parlador. dict. §. 4.
n. 17.

Denique requiritur quod con-
fessio non sit erronea, nam potest re-
vocari ante executionem præcepti de
solvendo, Bart. L. Non fatetur per
text. ibi ff. de confess. extollit Soar. dict.
notabil. 3. num. 12. Quid verò si Reus
confessioni admisceat aliquam quali-
tatem, utrum ex hoc executionem
impediat, dicemus infra lib. 4. cap. 9.

Utrum autem sponte confessis
51 debeant dari decem dies ad solven-
dum? Affirmat Ias. L. Error n. 25.
Cod. jur. & fact. ignorant. communis
ex Scacia de judic. lib. 1. cap. 62. n. 18.
ubi tenet istos decem dies de consue-
tudine subrogari loco quatuor men-
sium, quia condemnatis nullum datur
tempus ad solvendum, Ord. lib. 3 tit. 86
in princip. nullum etiam sponte con-
fessis tempus ad solvendum indulge-
bitur.

Et per quem iudicem debet fie-
ri executio præcepti de solvendo ex
confessione, explicat Bart. & Sali-
cet. L. 1. Cod. de confess. Soar. dict. no-
tabil. 3 ad fin. ubi resolvunt idem di-
cendum, quod in executione senten-
tiæ decretum est, de quo dicemus in-
fra lib. 6. cap. 11.

Casus vigesimus primus.

De testamento.

SUMMARIUM.

Testamentum pro legatis in eo scriptis
paratum habet executionem contra
hæredem, n. 52.

Contraria sententia comprobatur, num.
53.

Concordantur diversæ sententiæ, num.
54.

Utrum ex testamento legata peti possent
adversus hæredem summarie per de-
cendum, pro utraque parte disputa-
tur, n. 55.

Testamentum quoad acquirendam pos-
sionem bonorum hæreditatis para-
tum habet executionem, & intellectus
ad L. fin. Cod. de edict. Div. Adrian.
tollend. 56. & 63.

Talis parata executio solum conceditur,
quando nullus adest legitimus contra-
dictor, & quis dicatur legitimus num.
57.

Contradictor legitimus est, qui invenitur
in possessi ane tempore mortis testatoris,
n. 58.

Si tempore mortis testatoris non posside-
bat, sed præoccupavit possessionem,
iudicio defuncti legitimus est contra-
dictor, n. 59.

Si verò mortuo defuncto occupavit pos-
sionem propria auctoritate ex titu-
lo habito ab alio, sive in ejus vita, sive
post mortem ipsius, non est legitimus
contradictor, n. 60.

Si verò possideat ministerio legis, legiti-
mus est contradictor, n. 61.

Si possessor allegat titulum parem titulo
hæredis, & in continenti de jure suo
doceat, est legitimus contradictor, n.
63.

Hæres amittit viam executivam, & be-
neficium L. ult. Cod. de edict. Div.
Adrian.

Adrian. si possessorem citet ad causam missionis in possessionem, n. 64.

Si tertius non possidens allegat titulum non à defuncto, sed ab alio habilem ad translationem dominij in vita defuncti, aut post ejus mortem, utrum possit impedire ne hæres in possessionem mittatur. Pro utraque parte disputatur, n. 65.

Appellatio à missione in possessionem ex remedio L. final. Cod. de edicto Divi Adriani, non suspendit, n. 66.

Si possessio est vacans, potest hæres propria auctoritate possessionem occupare; & idem in legatario observatur, & in successore maioratus, n. 67.

Utrum hæredi competat via summaria decendij adversus possessorem, tenet Mend. sed confunditur manifestè, n. 68.

52 **T**estamentum pro legatis in eo scriptis paratam contra hæredem habere executionem probat text. in Auth. de hæred. & fals. §. Non autem, vers. illud quoque. col. 1. ubi gloss. verb. decreto, Ang. num. 57. Alex. L. fin. num. 13. Cod. de edict. Div. Adrian. tol. ubi etiam Ias. num. 16. Dec. L. in testamentis num. 6. ff. regul. jur. Alciat. L. Pecunie §. Actionis, num. 1. ff. verbor. significat. Socin. Sen. cens. 103. lib. 3. Paul. de Castr. cons. 91. col. 4. lib. 1. Duen. regul. 15. ad fin. Boer. dec. 295. numer. 12. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. tit. de lit. obligat. art. 6. gloss. 3. num. 24. Perez L. 2. tit. 14. lib. 5. Ordinam. vers. ulterius, pag. 249. & in L. 4. tit. 8. lib. 3. ordinam. vers. sciendum ad fin. pagina 624. Parlaator. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. part. §. 9. à num. 2. Pax in prax. 4. part. tom. 1. cap. 1. numer. 19. & 20. Roland. in Cur. Philippic. 2. part. §. 7. num. 2. qui omnes testantur ita praxim servare.

53 Contrariam verò sententiam, imò legata via ordinaria postulanda, ex text. in L. ait Prætor, §. si judex, Tom. I.

ff. de re judicat. tenet ibi Alex. & in L. Si cum dotem, §. eo autem tempore, ff. solut. matrim. Dec. dict. L. fin. num. 16 Gom. L. 45. Taur. numer. 137. Menoch. remed. 4. recuper. à n. 694. Segur. L. si ex legat. num. 64. ff. verbor. Peralt. L. 1. num. 85. ff. legat. 2. Soares L. Post rem judicatam notabil. 6. ff. re judicat. Cov. cap. Rainuntius §. 10. n. 2. de testam. Aviles Prætor cap. 10. n. 8. verb. execucion, Azeved. L. 1. tit. 22. num. 20. lib. 4. recopilat. Coler. de process. executiv. 3. part. cap. 2. numer. 32. Thesaur. dec. 26. num. 10. Barbosa. ad Ord. lib. 3. titul. 25. in princ. numer. 11 Scacia de judic. lib. 1. cap. 62. num. 9. Pichard. 2. part. manud. §. 5. num. 14. Qui tenent priorem opinionem, respondent ad text. dict. §. si judex, quod ex quo ibi fuit pro legato ordinario actum non consequitur, non posse etiam executivè agi, cum etiam ex sententijs similiter executivè, vel ordinarie agi valeat. L. 4. §. si ex conventionem, ff. re judic.

In ista contrarietate Bald. in Auth. hoc amplius apposit. 2. Cod. de fideicommiss. eleganter dicit, quod si judex ad instantiam legatarij faciat præceptum hæredi quod legatum solvat intra terminum, hæresque testamentum fateatur nihil opponendo, hoc eventu posse legatum via ordinaria exigi; si verò opponat, & justis excusationibus arguat, & traditionem legati remoretur, ordinariè audiendus est. Sequitur Benedic. dict. cap. Rainuntius, verb. si absque liberis 2. n. 191. Boer. dec. 295. num. 12. Soar. dict. notabil. 6. num. 6. Parlaa. dict. §. 9. n. 4. Pax dict. num. 20. Azin. de execut. §. 1. cap. 11. à num. 3. Azeved. dict. n. 20. Gutierr. lib. 1. pract. quæst. 80. num. 1. vers. Quare, Bolan. dict. n. 2. Pichard. dict. num. 14. testatur de prax. Roderic. de execut. cap. 1. art. 3. numer. 16. & 17.

In legato verò pio speciale est, quod,

quod, nulla expectata hæredis confessione, possit executivè judicis implorato officio exigi. *L. Hereditas ad fin. ff. petit. hæredit. Bald. L. fin. num. 12. Codic. Codicill. Peralt. dict. L. 1. num. 85. Gutierr. dict. quæst. 80. num. 4.* At in prælegato idem dicendum, quod in legato, tradit *Pichard. a. §. 5. n. 15.*

55 An autem summarie per decendium ex testamento legata peti possint adversus hæredem in forma *Ord. lib. 3. tit. 25.* affirmat *Perez L. 1. tit. 2 lib. 5. ordinam. gloss. en las demandas col. 2. pag. 92. Mend. à Cast. lib. 3. cap. 22. num. 10.* quod notabile est, si verum est; quia omnis hæredis allegatio decendij spatium circumcluditur; obstat tamen, quia ex instrumento agi nequit summarie nisi inter eas personas, quæ contraxerunt, *Ord. dict. tit. 25. §. fin.* in instrumento vero testamenti nullatenus hæres intervenit, nec legatarius, imò à solo testatore conditum est.

Ex nova tamen ratione, quidquid præcitati non advertant, hæc sententia sustineri valet; quoniam, ut infra latè ostendimus *lib. 2. cap. 2.* dicta Ordinatio præstans viam summariam instrumentis contractuum, etiam procedit in quasi contractibus, resolvit *Soar. dict. L. Post rem judicatam in declarat. Leg. Reg. limit. 8. n. 3. Perez L. 4. tit. 8. lib. 3. pag. 638. vers. Quid autem, & citati ab Azim. de execut. §. 1. cap. 14. num. 1.* At hæres adeundo hæreditatem ex testamento, censetur quasi contrahere cum legatarijs, obligando se ad solutionem legatorum, quæ in illo testamento continentur; *L. Apud Iulianum, §. fin. cum Lege sequenti, ff. ex quibus caus. in possess. eat. §. Hæres Instit. de obligat. quæ ex quas. contr. contrah. Menchaca de success. creat. §. 17. num. 49. & §. 1. num. 24. Valasc. cons. 52. num. 1. Cald. de potest. eligend. cap. 16. num. 39. Molin. de just. tract. 2. disput. 555. num. 3.* Liquidata igitur hæreditatis aditione,

aut in præambulo iudicio, aut ex adjuncto instrumento potest ex testamento hæres à legatarijs summarie pro legatis conveniri, jam enim non agitur ex instrumento inter alios gesto, sed ex ipso quasi contractu gesto inter hæredem, & legatarios, qui in ipsa aditione subauditur. Illud etiam notandum est, hæctenus in legatis resoluta pariter procedere in prælegati *Parlador. d. 1. p. §. 9. n. 6.*

Testamentum item quoad acquirendam possessionem bonorum hæreditatis, paratam habet executionem; nam si institutus hæres iudici competentis præsentet testamentum non cancellatum, non abolitum, nec ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine ulla vituperatione appareat, desideretque ex talis testamenti vi in possessionem bonorum mitti, illico à iudice executive mittendus est. Textus est in *L. ultim. Codic. edict. Div. Adrian.* ubi notant *gloss. Bart. Alex. Paul. & omnes, Gom. L. 45. Taur. à num. 134.* omnium plenissimè *Mentoch. remed. 4. ad piscend. à princip. Boer. dec. 291. num. 12. Rebuff. 1. tom. ad Leg. Gal. tit. de liter. obligat. art. 6. gloss. 3. à num. 20. Soar. dict. L. Post rem judicatam notabil. 4. Azim. de execut. §. 1. cap. 11. num. 1. & 2. Coler. dict. 3. part. cap. 2. à num. 30. Parlador. lib. 2. rev. quotia. cap. 5. à princip. & cap. fin. 1. part. §. 9. num. 1. Perez dict. L. 4. vers. sciendum ad fin. pag. 624. Scac. dict. lib. 1. de judic. cap. 62. num. 8.* ubi dicit omnes ita communiter tenere, & tract. de appellat. part. 17. limit. 6. n. 7. *Pichard. dict. §. 5. num. 12. & 13. Roderic. dict. art. 2. n. 14. & 15. Gratian. hurenf. cap. 895. à n. 1.*

Quibus autem huiusmodi parata executio competat ex dicta *L. fin.* utrum hæredi instituto in re certa, aut in quota hæreditatis, aut filio in legitima instituto, fideicommissarijs universalibus substitutis, executoribus testa-

menti;

menti; item an competat hæredibus ab intestato venientibus, vel in testamento nuncupativo, & similibus, vide plenè *Menoch. dict. remed. 4. à numer. 57. Gom. d. L. 45. à numer. 135. Gam. dec. 153. numer. 3. Valasc. cons. 126. à n. 17. Peregrin. de fideicom. art. 48. à princip. Cald. de nominat. quæst. 8. num. 4. & num. 18. 25. & 26. Molin. de justit. tract. 2. disput. 638. num. 3. Scac. dict. limit. 6. membr. 4. & 9. Pichard. dict. n. 12. 13. & 15.*

57 Declarabis primo hujusmodi paratam executionem tum demum concedi, quando nullus adest legitimus contradictor, aliàs secus. *Bald. dict. L. fin. per text. ibi notabil. 4. Dec. num. 16. vers. sexto nota, Menoch. dict. remed. 4. num. 693. Ies. ph. Ludovic. dec. 23. n. 24. Thesaur. dec. 26. num. 9. Scac. dict. num. 8. Pichard. dict. num. 12.* Pro plena vero hujus declarationis explanatione, & ut appareat quis ad impediendam hujusmodi summariam executionem dicatur legitimus contradictor, sequentes casus distinguendisunt. Primus est, cum aliquis est in possessione bonorum, & se opponit. Secundus, cum oppositor non possidet.

58 In primo casu cum aliquis in possessione bonorum invenitur tempore, quo hæres ex testamento, si in possessionem eorum mitti desiderat, iterum subdistingendum est; nam vel ille, qui in possessione invenitur, jam tempore mortis testatoris possidebat, & nullatenus eum hæres summariè expellet, sed causa ordinaria tractanda est, dicta *L. fin. ibi: Mittatur in possessionem earum rerum, quæ tempore mortis testatoris fuerunt. Menoch. dict. remed. 4. num. 597. Gom. dict. L. 45. Taur. num. 147. Parlador. dict. cap. 5. num. 5. Valasc. cons. 192. numer. 43. Giurb. de feud. success. 2. gloss. 12. §. 38.*

59 Si verò tempore mortis testatoris non possidebat, sed postmodum

præoccupavit possessionem, aut eam ex judicio defuncti præoccupavit, ut quia in vita rem ei vendidit, aut donavit cum clausula constituti, seu facultate occupandi possessionem, & similiter est legitimus contradictor ad impediendum ne hæres summariè in possessionem mittatur, *L. 1. §. rediguntur, ff. quorum legat. quia cum iste judicio testatoris possideat, nequit hæres petendo missionem, in possessionem testatoris judicium impugnare. Ita Bart. dict. L. fin. num. 9. vers. secundo casu, & ibi Bald. num. 49. Decius num. 41. & 42. Alex. cons. 83. n. 6. vers. Et subdit. lib. 2. Menoch. dict. remed. 4. à numer. 588. & 630. Gom. dict. num. 147. Giurb. de feud. success. §. 2. gloss. 12. num. 38. & 51. Gratian. dict. cap. 895. num. 7. Seraphin. dec. 801.*

Idè si possessor possessionem ex testamento defuncti præoccupavit voluti titulo legati, aut fideicommissi: similiter namque est legitimus contradictor, si in continenti de jure suo doceat, *Bart. dict. L. fin. num. 2. Roland. cons. 1. num. 71. lib. 1. Menoch. dict. remed. 4. à numer. 634. & 642. vel si possessionem occupavit non ex judicio defuncti, sed hæredis; & legitimus item censetur contradictor, cum hæres contra proprium factum nequeat se in possessionem mitti postulare. Ita Dec. L. fin. num. 41. vers. secundo, Menoch. dict. remed. 4. à n. 584.*

Cum verò, mortuo defuncto, 60 possessionem occupavit propria, aut aliena autoritate ex titulo habito ab alio, quàm à defuncto, sive in ejus vita, sive post mortem ipsius, non est censendus legitimus contradictor, quia cum vitiosam habeat possessionem, non potest impedire quominus hæres in locum, & possessionem, quam testator tempore mortis habebat, reponatur. Ita *Bart. ad L. fin. num. 20. & ibi Alex. num. 23. Iason. numer. 23.*

Roland. conf. 78. num. 27. lib. 3. dicit receptam, & veriore sententiam, *Menoch. dict. remed. 4. à numer. 598.* ubi late probat. Nisi in continenti de jure suo, & antecessoris dominio doceat, quia licet in interdicto recuperandæ non admittatur spoliator cum exceptione dominij ad impediendam spolij restitutionem, quanvis ipsius in continenti probationem afferat, *L. si quis ad se fundum, Cod. de vi publ. Barbos. L. Divortio, §. ob donationes num. 17. & 18. ff. solut. matrim. Sanch. de matrim. lib. 10. disput. 12. numer. 10.* tamen cum remedium dictæ *L. fin.* non sit recuperandæ, imò magis accedat ad interdictum adipiscendæ possessionis, in quo regulariter exceptio dominij in continenti probata admittitur, *gloss. & DD. in L. si de vi, ff. judic.* talem exceptionem non excludet, eò vel maximè, cum hujusmodi possessor verum dominium asserat, hæres verò quasi dominium ei præferendus est, ex regala illa, quòd habens dominium excludit habentem publicianam, *gloss. L. si ve autem, §. si duobus, ff. public. per quæ ita docet Bart. ad L. fin. num. 21. ubi Paul. n. 7. Dec. num. 43. Menoch. dict. remed. 4. num. 605. cum sequenti, Gorn. dict. L. 45. Taur. num. 150. & numer. 147. vers. Tertio dicit communem, Partador. dict. cap. 5. num. 7. & 25.* Licet contradicat *Berius cap. 4. num. 31. de restie. spol. & in hoc sensu intelligendus est Mend. à Castr. lib. 4. cap. 10. numer. 19.* dum ex sententijs, & arrestis Senatus intendit non posse hæredem mitti in possessionem bonorum hæreditatis, cum aliquis in possessione invenitur; nam id verum est, cum ille tempore mortis testatoris possidebat, vel postea occupavit possessionem ex judicio defuncti, seu hæredis, & si ex titulo ab alio habito possidere cœpit, docet in continenti de suo, & antecessoris dominio; benè verum est, quòd

ex quo realiter possidet, semper citandus est, & summarie audiendus, *Valasc. de partit. cap. 3. à n. 4.*

Aliquando denique invenit bona ab alio occupata, qui neq; testatoris, neque tertij judicio, & determinatione cœpit possidere, sed ex ipsius legis ministerio, ut evenit in conjugate superstite, quæ in hoc Regno manet ab ipsa lege in possessione casualis, ut in *Ord. lib. 4. tit. 95. in princip. & §. 1.* & hunc etiam legitimum contradictorem necessariò dicemus, ut hæres in dictæ *L. fin.* mitti non possit in possessionem hæreditatis, imò si ille mittatur, conjux iste dicat se spoliatum, remedioque recuperandæ possessionis ei succurratur. *Ord. dict. princ. Valasc. de partit. cap. 6. num. 15.* Sic etiam apud nos, si alter ex hæredibus, sive suus sit, sive extraneus, masculus, sive fœmina, possessionem hæreditatis præoccupaverit, cæteri cohæredes de manu ejus habere debent partitionem, & nequeunt expostulare, quod etiam in possessionem ex dictæ *L. fin.* mittantur. *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 9. late Valasc. de partit. cap. 4. in princ.* ubi causas istiusmodi constitutionis ponit.

In secundo autem casu cum nemo bona hæreditaria possidet absque ullo libello, alicujusve citatione, hæres ex testamento à judice in possessionem mittendus est, ut constat ex dictæ *L. fin.* in quo aperte est differentia inter casum, quo nemo invenitur possidere, & casum, quo aliquis in possessione est, nã si aliquis possideat, is prius citandus est, & summarie audiendus, nisi ex oblati exceptionibus causa ad ordinarium judicium transmittenda judici videatur. *Argum. Ord. lib. 3. tit. 25. in princ. Menoch. dict. remed. 4. quæst. 56. num. 57. Valasc. dict. cap. 3. à numer. 4.* imò si fiat missio in possessionem possessore non citato, cõfestim decretum missionis revocabitur. *Bart. dict. L. fin. n. 21. Menoch. ubi*

ubi proxime numer. 627. pro quo in praxi consequendo ad Senatum per supplicationem recurritur secundum *Mend. a Castr. dict. cap. 10. n. 25.*

Nemine vero possidente, missio in possessionem non impeditur, licet tertius se opponat, jus in prædictis bonis habere asserendo, nam cum is non possideat, sicut si testator viveret, ipsum deberet ordinariè convenire, illo in possessione sua usque ad sententiam conservato, *L. I. ff. alienat. jud. mut.* ita & similiter convenire debet hæredem in nihilo possessione sua mutata, donec per sententiam condemnatus sit, *Menoch. dict. remed. 4. n. 556.* quod procedit, etiamsi alleget titulum à defuncto in vita. *Curt. jun. dict. L. fin. num. 70. Menoch. ubi proxime num. 557. & 558. & 630. & 631.* ubi dicit communem, & *num. 642.* dictis locis *Boer. dec. 156. num. 1.* Quinimo & si oppositor non possidens alleget deficere ea, quæ sunt de intentione hæredis, ut puta, si dicat testamentum esse cancellatum, abolitum, vel res illas non à testatore tempore mortis possessas, adhuc enim non auditur ad impediendam missionem, quia cum non possideat, sua non interest missionem fieri, & sic non est audiendus. *L. I. ff. appell. recip. Menoch. supra num. 560. & 578.* addens *num. seq.* judicem ex officio debere inquirere, an prædictæ qualitates concurrant, nè judicium maneat illusoriū ex regula *L. si Prætor, ff. de judic.*

63 Sed hæc cessant, cum tertius oppositor alleget titulum parem titulo hæredis, ut quia præsentat aliud testamentum ejusdem, vel alterius testatoris, quo in prædictis bonis se institutum hæredem ostendit, & se potius asserit in possessionem mittendum, si enim summarie in continenti de jure suo doceat, missionem prædicti hæredis impedit, *dict. L. fin. vers. sin autem,* ubi *Dec. num. 40.* ubi dicit comunem *Ruin. cons. 28. num. 2. lib. 5. Menoch.*

dict. remed. 4. num. 559. & 581. Gom. L. 45. Taur. numer. 147. Parlad. dict. cap. 5. num. 10. in quo est differentia inter oppositorem possidentem, vel non possidentem, nam si iste oppositor, qui allegat titulum parem, & meliorem, titulo hæredis non possideat, ut missionem in possessionem impediatur, debet in continenti summarie de jure suo docere, ut proximè notavimus; si verò possideat, ordinario judicio agendum est. *Bart. dict. L. fin. numer. 21.* ubi *Alex. Roland. cons. 78. num. 27. lib. 3. Menoch. à num. 565.* ubi proximè, licet reclamet *Dec. dict. L. fin. num. 42. Parlador. dict. n. 10.*

Sicut etiam si oppositor titulum parem, & meliorem titulo hæredis allegans, postquam hæres in possessionem missus est, supervenisset petendo similiter mitti, necessario debet judicio ordinario cum prius misso experiri. *Bart. dict. num. 21. Menoch. dict. remed. 4. num. 626. vers. primus.* Item hæc cessant, cum tertius non possidens citatus fuit ad causam missionis in possessionem, nam licet pari titulo, & meliori hæredis non fulciatur, jam ex quo citatus est, approbata censetur ejus persona, & pro vero contradicatore legitimatus, qui aliàs audiendus non esset ad impediendam missionem hæredis in possessionem. *Menoch. dict. remed. 4. num. 555.* ubi *num. 611.* idem extendit ad casum, quo iste citatus supervenit post commissum decretum de mittendo hærede in possessionem, quod ante eum docuit *Bart. dict. num. 21. vers. quando quis venit,* & ibidem *Bold. num. 42. Dec. num. 45. & las. n. 23.* unde hoc est optima cautela, quod si quis citandus necessario videatur, citatio ita concipiatur, quod compareat, si habeat jus comparendi, ex hoc enim ejus persona non approbatur. *Cæpol. cautel. 68. n. 2. Menoch. n. 620.* ubi proximè.

Cum verò tertius oppositor non possi-

possidens titulum à defuncto non allegat, sed à tertio, habilem ad translationem dominij habitum in vita defuncti, aut post ejus mortem, est grandis controversia, utrum possit impedire ne hæres mittatur in possessionem illorum bonorum, super quibus est quæstio, quæ defunctus tempore mortis possedit? In quo negativam tuetur *Gom. dict. L. 45. Taur. num. 150.* quia sicut defunctus ordinariè conveniendus erat, et in possessionem manutenendus usque ad sententiam, ita & hæres. Ex contrario verò pugnat *Menoch. dict. remed. 4. numer. 572. vers. hanc extensionem*, de quo tamen latius erit sermo infra *lib. 6. cap. 9.*

66 Declarabis secundò istum vigesimum primum casum adeo esse executivum hujusmodi remedium *dict. L. fin. Cod. de edict. Divi Adrian.* quod nec appellatio in eo habet effectum suspensivum, si judex pronuntiet hæredem in possessionem mittendum, *L. Quisquis Cod. quorum appellat. non recip. L. ult. ff. appellat. recip. Menoch. dict. remed. 4. quæst. 100. num. 826.* ubi dicit communem omnium *Marchesan. de commission. 2. part. in commiss. appellat. cap. 2. numer. 56. Rungel. de appellat. §. 2. cap. 3. num. 649. Scacc. de vi plures, refert dict. limit. 6. membr. 4. num. 6. Mend. à Castr. lib. 3. cap. 22. num. 10. vers. Effectus autem;* quod intelligendum est procedere, quando hæres, non obstante tertij oppositoris contradictione, in vacantem possessionem à tertio occupatam mittitur; secus quando mittitur in possessionem à tertio occupatam, tunc enim appellatio effectum etiam suspensivum habet. *Scacc. ubi proxime num. 35.*

67 Declarabis tertio, quia si possessio est vacans, potest hæres, omisso judice, propria autoritate possessionem occupare, & Tabellio, si ei justus titulus occupandæ possessionis, veluti

testamentum, aut codicillus ostendatur, licet in eo facultas apprehendendi possessionem expressim non inveniantur à testatore concessa, instrumentum adeptæ possessionis conficiet. *Ordin. lib. 4. tit. 58. §. ult. Bart. d. L. fin. n. 16. Cod. eod. Edict. Divi Adrian. & ibi Dec. num. 4. Menoch. dict. remed. 4. num. 421. Soar. de las herencias à num. 1. Molin. de justit. tract. 2. disput. 13. num. 10. Mend. à Castr. lib. 4. cap. 10. num. 19. Valasc. conf. 191. num. 11. & 12. & de parit. cap. 3. num. 1.* Quod idem & in legatario, ut innuit prædicta Ord. potest enim propria autoritate possessionem rei legatæ vacantem occupare, nec incidit in poenam *L. Non dubium, Cod. de legibus*, nisi cum apprehendit possessionem jam præoccupatam per hæredem, notat *Bart. & omnes dict. L. Non dubium, Marant. de ordin. judic. 4. part. distinct. 7. num. 10. Gom. dict. L. 45. Taur. numer. 132. & lib. 1. var. cap. 12. num. 10. Molin. dict. tract. 2. disput. 194. num. 16. & 17. Valasc. dict. conf. 191. numer. 14.* Idem in successore maioratus, vel capellæ latè probat *Valasc. dict. conf. 191. per totum;* si verò titulo contractus quis velit possessionem occupare autoritate propria, hoc debet ei in cōtractu concessi aliàs secus. *Ord. dict. tit. 58. §. 3. latè probat Cala. de empt. cap. 25. à numer. 32. junctis præcedentibus à numer. 15.* generaliter autem quicumque vacantem possessionem occupavit in ea per judicem tuendus est, nisi verò sit intrusus sine titulo. *Ord. lib. 2. tit. 19. ibi: Semeteo na dita posse sem ter algum titulo. Valasc. conf. 191. à n. 23.*

Ex supra resolutis cavendum est 68 à *Mend. à Castr. lib. 3. cap. 22. num. 10.* dum resolvit hæredem, præsentato non cancellato, nec vitiato testamento, posse adversus rei possessorem summarie per actionem decem dierum agere in forma *Ord. lib. 3. tit. 25. §. fin.* nam manifeste confunditur; quia remedium