

## DECISIO LI.

*An testamento facto in scriptis, & jam perfecto, & signato, tabellionique tradito ut illud approbet, si testator coram iisdem testibus aliquid disponat, possit talis dispositio sustineri quasi continuative facta cum actu precedente valido, an vero in ea requiratur nova solemnitas, & censeatur nova dispositio, & qualis haec sit? Ad Ordin. lib. 4. tit. 80. §. 1.*



**N** ultimis ingruentis morbi angustijs laborans Antonius Pirez de Barros testamentum in scriptis condidit clausum, heredem instituens filium naturalem: quod cum approbasset tabellio in forma Ordin. lib. 4. tit. 80 §. 1. testator volens ulterius progredi, & aliam dispositionem praecedenti annectere coram iisdem approbationis testibus, & tabellione in legata prorupit, & postquam verbo suam voluntatem aperuit coram omnibus, & nominato uno ex testibus, ut ejus nomine signaret: antequam tamen haec expedirentur, occubuit. Cumque legatarij virtute ultimi elogij sua legata peterent, de nullitate dispositionis fuit oppositum: & tandem sententia lata, qua nullum in hac parte testamentum declaratum fuit a iudice.

**I** Cumque ad Senatum causa delata esset, varie a Sapientissimis Senatoribus deliberatum extitit: primus enim D. Emmanuel Coutinho de Castelbranco multis decorandus nominibus sensit sententiam revocandam pugnans pro validitate dispositionis, quia licet de jure sit, ut dispositio sit nulla, quando testator incepit disponere, nec perfecit, ex l. si quis 25. ff. de testam. Ruynus in l. Gallus §. idem credendum in fin. ff. de liber. & posthum. In hoc tamen casu perfecta resultabat dispositio, quia testator observaverat formam legis Regiae ad unguem, & licet ratione subsequenter dispositionis,

dum ad legata divertit, videatur actus imperfectus ratione voluntatis: qui defectus nocet, etiam inter liberos, ex gloss. in l. fin. vers. nec impletum ff. fam. hercisc. Padilla in l. ex testamento num. 8. C. de fideicommiss. Surdus decis. 292. à num. 15. Tamen in praesenti non voluntatis, sed solemnitatis versatur defectus, quae in dispositione inter liberos nocere non solet, l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam. l. fin. C. fam. hercisc. Craveta conf. 689. Fachineus lib. 4. controvers. cap. 4. vers. ceterum, late Menochius lib. 4. praesumpt. 5. & 10. maxime quia ultima illa dispositio censebatur priori validae inesse, quia in continenti, & sub eadem solemnitate gesta, l. juris gentium §. quinimò ff. de pact. & tandem quia hoc legatum, de cuius validitate agebatur, erat relictum consobrinae, cuius defunctus fuerat, dum in humanis ageret, tutor: ex quo apparebat legatum relictum esse pro exoneranda conscientia, & sic pium, in quo juris civilis solemnitas conquiescit, Tiraquell. de pia causa in praefat. & privil. 149. & 155. Valasc. cof. 108. num. 8.

**2** In contrariam ivit sententiam D. Nonius d' Afonseca in confirmationem inclinans, secutus Iabolenum in d. l. si quis, ibi: *Magis cepisse eum testamentum facere, quam fecisse varus, & c.* sequitur Gomes l. 3. Taur. num. 18. & 105. Gama decis. 381. num. 3. Unde cum in praesenti testamentum fuerit perfectum, approbatum per tabellionem cum legitimo testium numero, de ipsius validitate



ditate nequit dubitari ; licet non poterit perficere , quæ addere intendebat, ex Aretin. per text. ibi in l. pen. n. 2. C. de hæred. instituend. Curtius Jun. conf. 12. num. 2. Ruynus conf. 1. num. 21. lib. 2. Barbosa in privatis schol. ad l. 2. ff. de hæred. instit. num. 58. Solum namque nullitati locus esse potest circa ea, quæ subsequuntur post approbationem, quæ necessario corruunt, quia cum testator coram eodem tabellione, & testibus disposuerit, censetur sub eadem solemnitate disponere voluisse, & requiritur ut testes, & tabellio signarent: unde vel dicamus testamentum clausum, vel apertum, cum non fuerit observata forma Ordin. lib. 4. tit. 80. in princip. & §. 1. debet dispositio haberi pro imperfecta ratione voluntatis ex notatis à Gamma decis. 81. num. 4. Et licet verum sit, quod volens probare testamentum per solos testes audiendus sit, ut per Covarr. in cap. relatum 1. de testam. num. 11. vers. tertia conclusio, sive legatum in testamento, sive in codicillis relictum dicamus, semper deficiunt testes, quia non proponebantur interrogati parte citata, & succedit regula cap. 2. de testibus, Farin. 2. tom. de opposit. contra testes quæst. 72. Ordin. lib. 3. tit. 62. §. 1. & lib. 1. tit. 85. in princip. & lib. 3. tit. 1. §. 13.

3 Ego quinto loco deliberans sentiebam, quod de jure communi duæ testamentorum sunt species, in scriptis scilicet, & nuncupativum, de utroque in l. hac consultissima in princip. & in §. per nuncupationem: quod idem de jure Regio statutum est in Ordin. lib. 4. tit. 80. licet aliud videatur in ea probari, quatenus in principio agit de solemnitate testamenti publici, seu aperti à tabellione confecti, ac in §. 1. de secreti, seu sigillati in §. vero 4. agit expresse de testamento nuncupativo, quasi de illo nulla fuerit facta mentio: qua occasione aliquando vidimus magni nominis viros firmantes plures dari in his Regnis testamentorum species: in quo proculdubio aberrant, quia testamen-

tum nuncupativum dupliciter potest fieri, verbaliter scilicet coram testibus prolata ultima hominis voluntate, ut in d. §. per nuncupationem, & in d. §. 4. DD. in l. 3. Taur. Covarr. in cap. cum eses de testam. Burgens. in d. l. 3. num. 637. & 819. Quod potest etiam fieri in scriptis, ut per supracitados, dummodo tamen fiat palam, & testibus agnoscentibus, quod in eo continetur, non implicite, ut de jure fieri poterat, ex Burgens. in d. l. 3. num. 252. sed explicite, ut in d. §. cavetur, ibi: *Sendolhes primeiro lido*: notat Burgens. ubi supra num. 637. concordat Tellius ibi 5. part. num. 2. & de hac nuncupativi testamenti specie agit Ordin. d. tit. 80. in princip. & in §. 3. & §. fin. docent DD. in d. §. per nuncupationem, & explicat d. l. 3. Taur. quæ nuncupativum dicit testamentum factum per tabellionem: unde testamentum in scriptis de jure Regio illud est, quod Ordinatio vocat *Cerrado*, de quo in §. 1. concordat d. l. 3. & l. part. 1. & 2. tit. 1. partit. 6. de cujus solemnitate Roland. conf. 36. num. 2. Valasc. conf. 177. num. 6.

4 Quapropter in dubio, quando non constat qualiter defunctus voluerit testari, ad solemnitatem observatam recurrendum est juxta notata in l. non codicillum C. de testam. tradit Corneus conf. 68. num. 14. vol. 3. Socin. vol. 2. conf. 232. las. in l. quæ dotis num. 46. ff. solut. matrimon. Proinde quando in scriptis testamentum reperitur factum in secreto, testibus minime lectum, & manifestatum, indubitanter resolvendum est, quod testator voluit testari in scriptis, secus vero si testibus omnia sint lecta, & publicata, ita post alios Afflict. quæst. 143. num. 9. & Gregor. in l. 2. tit. 1. part. 6. gloss. 1.

5 Ex quibus dubitari potest in presenti: An codicillus hic post testamentum celebratus valuerit? Et videbatur minime valere: quia cum testamentum in scriptis præcessisset, eodem modo censi debet testatorem voluisse postea disponere in codicillis coram eodem



eodem notario, & iisdem testibus, quia codicilli testamenti jura sequuntur ex text. in l. abintestato ff. de jur. codicill. ibi: *Testamento autem facto jus eius sequuntur: l. conficiantur eod. tit. ibi: Ut per fideicommissum testamento facto, & c. l. posthumus §. si paganus ff. de injust. rupt. ibi: Sine dubio universa, quæ ibi scripta sunt, in causa fideicommissi erunt.* Unde cum testator continuative disponere censendus sit in scriptis, nec scriptura fuerit perfecta, cum nec signata, nec subscripta, necessario corruere debet, l. ex ea ff. de testament. Oldrad. conf. 119. quem sequitur Cabed. decis. 169. ubi iudicatum refert D. pater meus Franciscus de Caldas Pereira de empt. cap. 19. à num. 4. faciunt, quæ Valasc. conf. 149. Gama decis. 45. & 126.

Cujus rei efficax est argumentum, quod testator ibi varia legata confinxerat, & in prioribus ipse, & testes signarunt, in posteriori autem (de quo hic agitur) id efficere non potuit morte præventus: quare ille actus debet dici imperfectus ratione voluntatis, & succedit reg. d. l. ex ea l. fideicommissum §. 1. ff. de legat. 3. elegans consilium Pauli 365. ubi nec ad pia valere talem dispositionem consuluit: sequitur Decius conf. 159. & conf. 488. num. 10. quem citat D. pater meus d. cap. 19. in fine. Atque in his terminis non valere testamentum dixit Senatus Neapolitanus ex Afflict. quæst. 143.

7 Sed adhuc parumper subsistendum est, quia ille, qui testatur in scriptis, si se non restringit specialiter ad illam testandi formam, est recepta traditio, quod si deficient solemnitates necessariæ, ut valeat testamentum tanquam in scriptis, debet sustineri tanquam nuncupativum, ex regul. l. 3. ff. de milit. testament. post Menchac. Crassus §. testamentum quæstion. 10. Mantica de conjectur. volunt. defunct. lib. 1. tit. 7. num. 2. forma enim testamenti in scriptis, & nuncupativi non sunt repugnantes, post Cynum Fulgos. advertit Menoch. lib.

4. præsumpt. 1. num. 6. Ubi dicit communem etiam, quando testator verba expresserit, quibus constet voluisse testari in scriptis, nisi se specialiter ad illam formam restrinxerit, eleganter Mena quæst. 1. num. 40.

Ex quibus principijs notabam, quod in præsentî testamento post perfectum illud testator codicillos componebat nuncupativè quidem, quia illud testamentum, quod coram tabellione, & testibus fit, non definit esse nuncupativum, ut supradixi, Valasc. conf. 177. num. 6. Unde de jure Regio solum testamentum in scriptis est, quando testamentum testibus non legitur, ad cuius rei imaginem pariter codicillos condere licet, vel in scriptis, vel nuncupativè, quia testamentorum jura sequuntur d. l. abintestati ff. de jure codicillor.

8 Unde cum in præsentî constet testatorem post testamentum perfectum ad aliam disponendi formam transiisse, seu divertisse, nuncupativè scilicet coram testibus, & tabellione, codicillos per nuncupationem fecisse censendum est: atque solum restat, ut videamus, an dispositio sit perfecta, ut prioribus tabulis detrahere possit, tam ratione voluntatis, quam solemnitatis. Et quoad primum non obstant, quæ ex Oldrad. & Cabed. supra deduxi, ut voluntatis arguerem defectum: nam Oldradus procedit, quando testator non perfecte disposuit, sed solum præparabat animum ad disponendum, & sic Oldradum communiter interpretari dixit D. pater meus d. cap. 9. num. 7. Neque etiam obstat decisio Cabed. quia licet in principio disputet casum, tamen in fine cõcludit, ideo testamentum, de quo ibi, non valuisse, quia solemnitates necessariæ deficiebant, ne valere posset, ut nuncupativum, prout erant testes non omni exceptione maiores: at vero in nostro casu reperitur perfecta dispositio respectu voluntatis, quia nihil deficiebat, nisi testatoris signum, secundum quæ eleganter Mena d. numer. 40. adeo ut




testis à testatore rogatus jam esset, qui pro testatore signasset, quod quidem ultimam solemnitatem actus respicit.

9 Circa autem solemnitatem ultima erat congressio, & apparebat, quod testes non fuerant interrogati parte citata plusquam tres, addita insuper tabellionis fide, cum tamē quatuor adhiberi debuissent, juxta Ordin. lib. 4. tit. 68. §. 1. quia licet illa Ordinatio solū quatuor testes desideret, debet ultra quatuor adhiberi ta-

bellionis fides sumpto argum. ab Ordinatione tit. 80. in princip. & §. fin. Atque ideo confirmata fuit sententia, qua judicatum fuit legatum non deberi, ea tamen declaratione, ut posset Actor interrogatis legitime testibus suum jus prosequi, quia quando solemnitas omnis actus reperitur, valet, ut valere potest, licet non valeat, ut gestus est, Gregor. in l. 1. tit. 1. part. 6. ubi gloss. 1. Afflict. decis. 145. sic limitata regula l. non codicillum C. de testam.

## SUMMARI A.

- 1  *Es maioratus præscribuntur cum titulo, & bona fide 40. annorum spatio.*
- 2 *Immemorialis præscriptio omnibus nocet.*
- 3 *Quadraginta annorum præscriptio equiparatur immemoriali.*  
*Interpretatum cap. cum persona de privil. lib. 6.*  
*Res alienari prohibita non prohibetur præscribi. ibi.*  
*Titulus, ut aliquid operetur cum spatio 40. annorum, debet omnibus nocere. ibi.*
- 4 *In rebus maioratus non reperitur prohibita, nisi præscriptio ordinaria.*
- 5 *Longe differt immemorialis à præscriptione 40. annorum cum titulo.*  
*In re prohibita alienari præscribenti obstat mala fides. ibi.*
- 6 *In immemoriali titulus non requiritur.*
- 7 *Vbi persona non est capax possidendi, nec immemorialis sufficit.*  
*Possessioni, ubi reprobata non est, multa privilegia competunt. ibi.*
- 8 *In rebus maioratus due prohibitiones considerantur à testatore, & à lege.*  
*Res Ecclesie non simpliciter alienari prohibentur, sed secundum quid. ibi.*
- 9 *Non convertuntur hæc duo: quæcumque quæri possunt 40. annis cum titulo, eadem possunt immemoriali, & è converso.*  
*Immemorialis habetur pro titulo. ibi.*
- 10 *Quæ 40. annis cum titulo quæruntur, verum est, quod possunt quæri immemoriali.*  
*Qui non potest nocere pacto, pariter nec præscriptione. ibi.*
- 11 *Alienationis prohibitio est realis, & rem sequitur.*
- 12 *Idem defectus tituli respectu rerum maioratus præscribendarum reperitur cum præscriptione 40. annorum.*
- 13 *Explicatur Molina lib. 2. cap. 6. num. 51.*  
*Differunt præscribere contra maioratum, vel pro maioratu. ibi.*
- 14 *Quod servitus discontinua non nisi immemoriali cursu præscribatur, quomodo*



quomodo intelligi debeat.

15 Præscriptio, & sententia quomodo differant.

16 Præscriptio foxyetur legis auctoritate.

17 Qui alienavit se in sua vita, non alios excludit.

18 In quibus casibus præscriptio 40. annorum cum titulo noceat omnibus successoribus.

19 Interpretatur l. 2. C. de usucapion. pro emptore.

20 Explicata l. 1. C. de præscription. longi tempor.

21 Explicata l. 2. §. si à pupillo ff. pro emptore.

22 Explicata l. 1. ff. de fund. dot. al.

23 Spatium, quo vixit alienans, non computatur.

## DECISIO LII.

An res maioratus per 40. annos præscribi possint? Ad Ordin. lib. 4. tit. 100.

**I**Um Blasius Esteves hortum possideret, quem ipse adquisierat à quodam fideicommissi possessore, quem post mortem suam in forma maioratus proximiori consanguineo restituere fuerat rogatus: quædam Margarita Vas eum pulsavit, ubi primum diem clausit extremum, gravatus, ut hortum dimitteret: tuebatur se Reus præscriptione 40. annorum cum titulo emptionis, & bona fide; quia rem à fideicommissario pro alodiali emerat. Unde illa oriebatur quæstio: An res maioratus præscribi valeant quoad omnes successores spatio 40. annorum cum titulo, & bona fide? Iudex sententiam protulit contra Reum: & Senatus scidit se in vota contraria. Peritissimi namque Senatores Nonius d' Afonseca Cabral, quem sequebatur Iurisconsultissimus D. Dicacus de Brito de Carvalho, revocandam dicebant, eo quod data bona fide, quæ alias in dubio præsumitur l. pen. C. de eviction. & cum titulo habito à possessore maioratus juncta 40. annorum possessione, non est dubium præjudicium inferri omnibus successoribus; quorum opinio suadetur, quia triti juris est immemoriam præscriptionem omnibus

nocere, arg. l. 3. §. ductus aquæ ff. de aqua quotidian. Gregor. in l. 10. tit. 26. part. 4. verbo ni le empece in fin. Gomez l. 40. Taur. num. 90. & est communis ex multis citatis à Molin. lib. 4. cap. 10. num. 3. & 10. Pinel. in Auth. nisi tricennale à n. 39. C. de bon. matern. Hieron. Portoles in tract. de consortib. & fideicommiss. cap. 20. à n. 11. Matienço in l. 8. gloss. 5. tit. 7. lib. 5. novæ Recopil. à n. 25.

3 Unde cum receptum sit 40. annorum præscriptionem æquiparari immemoriam quoad omnes effectus arg. text. in cap. cum personæ de privil. lib. 6. Ubi ad probandam exemptionem ab Ordinario, cum jus resistat præscribenti, & tempus immemoriam requiratur, præscriptio 40. annorum sufficit, ut per illum text. dicit Archidiacon. Ioan. Andr. Dominic. & alij, quos sequitur Molin. lib. 2. cap. 6. num. 25. Velasques in l. 41. Taur. gloss. 6. n. 6. Gutierr. lib. 5. pract. cap. 2. n. 11. & 12. Caldas Pereira forens. quæst. 23. n. 101. Cabed. 2. p. decis. 41. n. 2. Salazar de usu, & consuet. n. 36. Unde cum communis opinio hæc duo inter se æquiparet, à communi in iudicando recedere non licet in hoc Regno ex Ordin. lib. 3. tit. 64. Quod efficacius suadetur, si consideremus, quod contra possessorem maioratus 30. vel 40. annorum cursus sufficit: ergo ut aliquid titulo tribua-



mus, dicendum est cum titulo contra omnes præscribi: sicut alias videmus servitutes discontinuas non præscribi, nisi immemoriali tempore, Covar. lib. 4. variar. cap. 12. num. 21. cum titulo tamen tempore ordinario, l. ultim. C. de præscript. longi tempor. Gomez 2. tom. cap. 15. num. 28. Covar. lib. 1. variar. cap. 17. num. 15. Facit pro hac parte, quod res alienari prohibita non prohibetur præscribi gloss. ult. vers. sed certe, in l. unic. C. si adversus usucapion. gloss. penult. in l. ult. C. quibus causis in integrum restitutio, & ibi DD. & Bart. num. 22. Felin. in cap. cum non liceat de præscript. num. 8. communis ut per Gabriel lib. commun. tit. de præscript. conclus. 13. vers. contrariam, Pinel. in d. Auth. nisi, à num. 25. Menchac. de succession. creation. §. 26. à num. 110. Sicut alias videmus res ecclesiarum alienari esse prohibitas, & tamen præscribi posse, sicut & res minorum, toto tit. C. de rebus eccles. & in tit. C. de præd. minor. & ff. de rebus eorum, sicut & res litigiosas, ut in tit. C. de litigios. cap. ecclesia, ut lite pendent. Ordin. lib. 4. tit. 10. & tamen his casibus præscriptio admittitur l. 2. §. si à pupillo ff. pro emptor. l. 1. C. si quis ignorans l. 1. C. de long. tempor. præscript.

Quod maxime suadetur, quia præscriptio contractu, vel ultima voluntate tolli non potest à privatis contra leges eam inducentes in favorem boni publici, l. nemo potest ff. de leg. 1. l. jus publicum ff. de pact. Unde illa prohibitio debet intelligi in voluntaria alienatione, non in necessaria, quæ fit ex necessitate juris l. 1. ff. de fundo dotal. talis enim dicitur præscriptio l. 1. & 3. ff. de usucapion. quæ dicitur alienatio legalis à gloss. in l. usucapio 7. C. de pign. facit l. Stichus 36. ff. de usufructu legat. quam expendit Pinel. ubi supra num. 26. Menchac. n. 127. arg. l. qui hæredi §. si pars ff. de condit. & demonstrat. Unde illa obtinuit concordia, quod licet præscriptio ordinaria non admittatur in his, quibus alienandi prohibitio obstat,

tamen longissimi temporis admittatur ut in maioribus, ut colligitur ex Paulo in l. ultim. §. si autem C. commun. de legat. quem sequuntur communiter DD. ex Ripa numer. 114. in l. filius familias §. divi ff. de leg. 1. Molin. lib. 4. cap. 10. num. 1. & 2. Doctissimus Gamma decis. 344. n. 2. quæ conciliatio suadetur ex d. §. ubi autem, ibi: *Nec longi temporis præscriptio, &c.* Ubi solum ordinaria excluditur expenso textu in sensu directo, & contrario: ad idem facit l. 1. cum seq. C. de legib. cap. 2. §. contractibus de rebus eccles. quia licet ordinaria præscriptio excludatur, quia deficit titulus, non tamen excludi debet longissimi temporis, in qua titulus necessarius non est, & à fortiori illo extante facilius admittenda est. Constat namque, quod etiam stante illa prohibitione potest dari alienatio merito jure valida, & titulus sufficiens ad longissimi temporis præscriptionem, prout contingit, quando jus non resistit, licet non assistat secundum communem, de qua per Covar. in reg. possessor. 2. part. §. 7. numer. 5. quia potest dari titulus justus cum aliquo justo juris errore l. 2. §. si à pupillo C. pro emptor. Felin. in cap. de quarta de præscript. numer. 24. Ias. d. §. divi 2. lectur. numer. 156. Veluti si incipiat præscriptio contra instituentem, vel habeatur titulus à tertio, d. l. 2. in fin. C. pro emptore, communis ex Pinel. ubi supra num. 36. Gabriel num. 14. Molin. d. cap. 10. num. 1.

Quod corroboratur, si attendimus, quod aliud est prohiberi præscriptionem à Principe, qui potestatem habet prohibendi, tanquam juris humani inventum princip. Instit. de usucapion. aut si à lege prohibeatur, & aliud prohiberi à privato, qui legi humanæ subest, quam ipse tollere non potest, Doctores in d. §. divi, & in l. ea lege C. de condict. ob caus. & in l. si creditor 7. §. ult. ff. de distract. pignor. d. l. jus publicum cum vulgaribus. Quare satis operatur talis prohibitio,



hibitio, si ordinariam tantum tollit, non vero eam, quæ longissimi temporis cursu est stabilita.

4 Quibus non obstantibus contrarium sensi, & notabam, quod licet in rebus fideicommissis subjectis præscribendis non reperiatur prohibita nisi ordinaria præscriptio in l. fin. §. si autem C. communia de legat. ita ut longissimi temporis admitti valeat, vel titulata, vel etiam sine titulo, hæc utique perpetuam exclusionem quoad omnes operari non potest, ex reg. l. i. C. de annuali exceptione, quia non valentibus agere non currit tempus, ex Decis. in l. i. num. 27. C. qui admitti, Balb. de præscript. 2. part. 6. princ. num. 21. Paul. conf. 467. num. 2. lib. 3. Crotto in l. filiusfamilias §. divi num. 142. ff. de legat. 1. late Soares allegat. 3. & latissime Menchaca de succession. creation. §. 26. à n. 126. & 131. Molin. lib. 4. cap. 10. Osafcus decis. Pedam. 177. Gabriel conf. 163. à num. 12. lib. 1. Menoch. conf. 304. Cephalus conf. 624. lib. 5. à numer. 58. Gama decis. 26. num. 5. Peregrin. art. 41. de fideicommiss. à num. 16. licet Pinel. in d. Auth. à num. 54. contra communem insurgat, & ante eum Corneus conf. 304. n. 31. lib. 3. quorum opinio tanquam communi contraria respuenda est.

5 Nec obstabunt fundamenta factionis contrariæ: nam ad primam respondetur longe inter se differre in præscriptione rerum maioratus, præscriptionem 40. annorum ab immemoriali, nam quoties jus commune est contra præscribentem, & illi resistit, ut in præscriptione rerum maioratus d. l. fin. §. sed quia, & seqq. C. comun. de legat. etiam si præscriptio 40. annorum sit, titulus necessarius est à principio cap. 1. de præscript. in 6. cap. si diligenti de præscript. ubi gloss. ult. & communis ex Paris. num. 46. cap. dudum 31. de decim. gloss. 1. in reg. possessor, ubi Covar. 2. part. num. 2. & 1. resol. cap. 17. num. 6. Si enim titulus deficit, præsumitur præscribens possidere mala fide, & ideo titulus ad eam purgandam à principio requiritur. Abbas in

cap. pervenit num. 3. de emption. & in cap. 4. de præscript. num. 26. & in d. cap. si diligenti n. 35. ubi Paris. 46. Menchac. Illustrium cap. 87. n. 4. Atque ex his patet non esse verum, quod res maioratus sine titulo præscribuntur, quia cum juris præsumptio obstet, nec de titulo in re prohibita alienari appareat, vere resultat mala fides, quæ nullum maioratus possessorem excludit, quia requiritur causa aliqua extrinseca, quæ possessionem justificet, prout est titulus, l. ult. ibi sine titulo C. de fund. patrimon. lib. 11. Ordin. lib. 2. tit. 35. §. ibi: *Sem titulo algum:* sic in præscriptione 100. annorum si jus resistit, titulus requiritur cap. si diligenti de præscript. Cabed. 2. part. decis. 41. num. 2.

6 In immemoriali vero titulus non requiritur, Covar. d. reg. possessor 2. part. §. 3. n. 2. refert plures Gabriel lib. comun. tit. de præscript. conclus. 1. n. 3. Valasc. quæst. 8. n. 36. quia habet vim justituli, & constituti etiam in his, quæ non nisi à Principe obtineri possunt, d. l. 3. §. ductus aquæ cap. super quibusdam §. præterea de verbor. signif. Concilium sess. 25. de reformat. cap. 9. Mantua lib. 1. locorum cap. 19. Paris. conf. 27. ex num. 31. lib. 6. Covar. 1. variar. cap. 10. 14. Roland. conf. 3. à n. 53. & cõs. 47. n. 41. lib. 1. Garcia de expensis cap. 9. n. 20. Imò nec admittit probationem defectus tituli quasi contra præsumptionem juris, & de jure dixit Menchaca illustr. cap. 81. ex n. 13. Ubi ait ex immemoriali titulum potius induci, quam præsumi: adeo ut non noceat allegatio tituli injusti, nisi ita sit vitiosus, quod malam fidem inducat, Gabriel ubi supra n. 53. Menchac. à n. 11. Roland. conf. 59. n. 17. lib. 4. veluti si persona præscribentis sit incapax possidendi, quia tunc nec sufficet immemorialis, cap. qualiter cap. clerici cap. decernimus de judic. cap. 1. de præscript. lib. 6. quia etiam immemorialis non procedit sine possessione, quæ capacem non facit, sed supponit, reg. sine possessione lib. 6. neque eo casu vim tituli habebit, neq; constituti, aut privilegij, DD in cap. causam quæ



præscript. & in cap. quanto de consuetud. Gabriel ubi supra num. 26. vel quando à lege ipsa prohibetur, & damnatur omnino, de quo Ordin. lib. 2. tit. 45. §. 6. & §. fin. & tit. 28. & lib. 4. tit. 43. §. 13. in fine, & lib. 2. tit. 46. & lib. 1. tit. 78. §. 14. & lib. 2. tit. 53. §. 5. licet alias multum per leges Regias tribuatur possessioni, ubi reprobata non reperitur lib. 2. tit. 27. §. 1. & §. fin. lib. 1. tit. 75. §. 3. lib. 2. tit. 45. §. 10. & tit. 9. §. 1. & tit. 27. §. 1. & tit. 87. in princip. & lib. 1. tit. 88. in princip.

8 Unde cum de jure sit, quod in rebus maioratus sit prohibita alienatio à testatore, l. cum pater §. libertis ff. de legat. 2. & à lege ut in l. fin. §. fin. autem C. communi de leg. simpliciter, & absolute sine dubio etiam comprehenditur præscriptio l. alienationis ff. de verbor. sign. l. ubi lex ff. de usucapion. ut in bonis dotalibus l. si fundum ff. de fundo dotal. in bonis feudalibus cap. Imperialem de prohib. feud. alien. per Frider. hæc duplex prohibitio alienationem tollit etiam in casu permissio, Gama decis. 116. num. 5. & in hoc differunt bona maioratus à bonis ecclesiæ, vel minoris, quorum alienatio non est simpliciter prohibita, sed secundum quid, idest sine debitis solemnitatibus, cap. sine exceptione 12. quæst. 2. DD. in cap. cum non liceat de præscript. Balb. in tractat. de præscript. 5. part. secund. princip. quæst. 4. Inde fit, quod non convertuntur inter se hæc duo, quæcunque quæri possunt 40. annis cum titulo, eadem possunt immemoriali, & è converso: quia longe dispar ratio est immemorialis, & 40. annorum præscriptionis cum titulo: quia illa habetur pro titulo constituto, & privilegio, ac subinde multo potentior, & in reservatis Principi non admittit probationem tituli deficientis, nec ipsius scientiam requirit contra quem, & ei reservata præscribitur, multa congerit Gabriel ubi supra conclus. 1. maxime quia immemorialis necessario præcedit maioratus vinculum, de cujus initio constat:

immemorialis vero non habet initium, non potest ergo converti cum præscriptione 40. quæ vinculum subsequitur, & contra ipsum dirigitur: alias enim non erit immemorialis, l. 2. §. idem La. beo ibi: Memoria in contrarium extet: ff. aqua pluvia, Garcia de expens. cap. 9. num. 29. Covar. in regul. possessor 2. part. §. 3. num. 7.

10 Unde regula absolute vera est in primo casu, ut ea, quæ 40. annis cum titulo quæri possunt, possint & pariter immemoriali, quia concludit à maiori, cap. super quibusdam §. præterea de verborum. Ratio plana est: quia cum præscriptio in his casibus sit prohibita, & propter juris resistantiam requirat causam extrinsecam, quæ purget virum, illud nulla alia causa esse potest, quam titulus, qui quidem haberi non potest à possessore, cui alienatio interdicta est, qui cum sit nullus à principio, adhuc 40. annorum præscriptio sine titulo manet, quia licet respectu alienantis valeat, & ipsius præjudicium, quandiu ipse vixerit, non tamen successoribus nocere potest, ut dixit Gomes d. l. 40. Tauri num. 90. & in feudis Mastrillo decis. 105. num. 18. & plures relati à Menoch. conf. 701. num. 100. omissa opinione Pineli ubi supra num. 55. Qui omnem præscriptionem admittit, & alijs, quæ involvit Gilchenius de præscript. part. 3. cap. 13. & succedit doctrina Bald. in cap. 1. §. quid ergo de investitur. de re alien. quod qui non potest nocere pacto, pariter nec præscriptione, Decius conf. 445. Soares d. alleg. 3.

11 Deinde quia alienationis prohibitio est realis, & res sequitur alienatas, & prædia ipsa conveniuntur, arg. l. Imperatores ff. de publican. ultra Molin. lib. 4. cap. 10. à num. 1. Cabed. 1. part. decis. 96. num. 2. Nec quidquam obstat bona fides præscribentis ex d. l. ubi lex, ibi: *Bona fides, &c.* & est communis ex Everard. conf. 230. col. pen. Gomez d. num. 50.

12 Quod si quis objiciet hoc procedere



cedere in ordinaria præscriptione, non vero in longissima, ut per Bald. 5. part. quæst. 9. Ruynum conf. 41. num. 16. lib. 1. Respondetur, quod idem defectus tituli reperitur in quadragenaria præscriptione, ut supra diximus: & ideo requiritur immemorialis, ut per Menoch. d. conf. 701. num. 104.

13 Nec obstabunt, quæ ex Molin. lib. 2. cap. 6. num. 51. & 52. adduci solent, ubi testatur communem, quod quadragenaria præscriptio æquipolleat immemoriali, nam si attente legatur, agit ibi Molin. de præscribendo maioratu, & in favorem ipsius contra tertios, respectu quorum non dubitamus illa duo per viam regulæ illis casibus æquiparari posse, quia in maioratu constituendo tripliciter præscribitur: vel tempore longissimo, & immemoriali, vel 40. annis cum titulo, ut per Molin. vel per binum actum cum temporis longissimi cursu, ex reg. cap. cum de benefic. de præbend. in 6. Gama decis. 218. num. 2. Valasc. conf. 111. num. 8. & 132. num. 21. Cabed. decis. 121. n. 3. Surdus conf. 140. num. 45. lib. 1. licet Ordin. lib. 1. tit. 62. §. 51. etiam ad præsumendum maioratum immemoriale tempus requirat, ibi: *Que a memoria dos homens, &c.*

At vero contra ipsum maioratum, in quo expressa, vel saltem tacita datur alienandi prohibitio commixta cum prohibitione legis, quæ titulum inficiunt propter juris resistantiam, nulla præscriptio admitti potest, nisi illa, in qua titulus necessarius non est, ( licet jus, & ejus præsumptio resistat ) qualis est immemorialis, & ab ea opinione in judicando, & consulendo non recedendum dicit Menchac. d. §. 26. num. 131. & super Ducatu de Bejar se ita obtinuisse: nec aliud probat d. cap. cum personæ, in quo nihil probatur ex his, ad quæ adducitur, ut per Salazar de usu, & consuetud. cap. 1. num. 36. Nec talis sententia vera est ex supradictis, nec ex illo textu deducitur.

14 Nec obstat, quod servitus dis-

continua, quæ non nisi immemoriali tempore præscribitur l. 1. §. fin. l. 2. §. penult. ff. de aq. pluvia arcend. cum alijs, ut per Borrell. conf. 46. num. 21. Caldas Pereira receptar. quæst. 5. num. 33. Cavalcan. 5. part. decis. 3. num. 5. & decis. 6. num. 50. Landensis in repetit. l. servitudes num. 2. Vital. lib. 2. variar. lection. cap. 13. Castillo de usufruct. cap. 68. num. 6. & 7. Et tamen in hac servitute præscribenda admittunt Doctores temporis ordinarij cursum, non solum cum titulo, sed cum allegatione ipsius, Mascard. conclus. 1042. num. 68. & 74. Borrel. d. conf. 46. num. 23. communem dicit Caldas Pereira ubi supra num. 35. Cavalcan. d. decis. 3. num. 8. & decis. 6. num. 28. Castillo d. cap. 68. num. 9. Quia respondetur, quod in hac præscriptione nulla reperitur de non alienando prohibitio, & sic nil mirum, si cum titulo non reprobato à lege ad juris ordinarij regulas talis præscriptio reducatur, non omitam, quod contra hanc ultimam partem, quod sufficiat tituli allegatio: plures insurgunt contrariam dicentes esse veram, ut per Eguinatum Duar. Conan. Donel. quos citat Osualdus in Donelo enucleato lib. 1. cap. 11. lit. D. idem tenet Cujat. Balduin. Corraf. Longoval Fulvius relati à Gilchenio d. loco num. 4. novissime Schiforde Guerus ad Fabrum tract. 6. quæst. ultim.

15 Nec pariter obstabit, quod non minus tribuendum est præscriptioni, quam sententiæ, quæ omnibus successoribus nocet, late Pinel. in l. 1. C. de bon. n. 48. 3. part. & in l. 1. 3. p. n. 48. Gomes l. 40. Taur. n. 72. Covar. practic. cap. 13. a num. 6. Zevallos quæst. 636. Mastrillo decis. 172. D. Caldas Pereira d. quæst. 23. num. 77. Quia respondetur sententiam declarare rem non esse maioratus, nec extra hunc casum considerari potest, nisi quando judicet rem fuisse præscriptam tempore immemoriali, ex quo etiam ponitur illa res extra prohibitionem non alienandi, quia supponitur maioratui annecti non potuisse: cumque



cumque in hac parte à lege ipsa auctoritatem accipiat sententia, nihil mirum si omnibus noceat, ne rei status sit in incerto, & sufficiat, ut semel appareat rem non esse maioratus, nec ut talem possideri potuisse, quod diversum est in præscriptione, in qua res ipsa supponitur maioratui annexa, & præscriptione eximi, in quo datur legis resistencia.

16 Nec obstabit, si quis dicat etiam præscriptionem foveri legis auctoritate in bonum commune: atque ideo non est ejus minor auctoritas, quam sententiæ, l. fin. ff. pro suo, Palat. in rub. 69. ante num. 33. Cyrier lib. 3. de primo quæ fin. Quia satisfit, quod in hoc casu circa res maioratus præscribendas præscriptio non comprobatur, quinimò à lege reprobatur d. §. fin. autem: qui licet loquatur in ordinaria, tamen cum in hoc casu 40. annorum spatium expectandum sit cum titulo, adhuc titulo lex resistit, & ideo præscriptio longissima non procedit ex ratione legis, ubi lex ff. de usucapion. ut supradixi.

17 Qui enim alienavit, se, non alios excludere potuit l. facta §. si quis bonorum ff. ad Trebell. ubi hæredis negligentia in non insinuando testamento infra tempus statutum non nocet fideicommissario: sicut alias si intra tempus præscriptum bonorum possessionem non petit, Alvarad. in cap. 1. §. hoc quoque, col. fin. de successione feud. quæ opinio contradictore caret teste Gregor. ubi supra col. 4. ad fin. & apud Hisp. nos magis sine dubio est, ubi ex l. 45. Taur. transfertur ipsa possessio in sequentem.

18 Ut igitur præscriptio 40. annorum cum titulo noceat successoribus in maioratu, aliqui enumerantur casus, in quibus hæc immemoriali æquivalet: nempe si incipiat contra institutorem, quia cum initium habeat habile, & titulum, qui eo tempore concedi potuit lege non resistente l. si fundus ff. de fundo dotal. Ubi non impeditur cæpta usucapio, quod fundus fiat dota-

lis, & cum successore compleri poterit ad imaginem præscriptionis contra minorem, quæ inchoata cum prædecessore completur in minori ætate, D. Caldas Pereira ad l. si curatorem, verbo sua facilitate num. 48. Molin. d. cap. 10. num. 1. & eodem cap. 10. num. 5. in idem Gomes d. l. 40. num. 90. vers. tertio, ut procedat, quando titulus habitus sit non à possessore maioratus, sed à tertio: quia illa prohibitio alienandi est personalis, & ex qua non transeunt effectus in posteriores possessores, ubi cum pluribus Doctoribus dicit communem, & videtur comprobari ex l. Stichus 36. ff. de usufruct. legat. ubi legatarij non habuerunt causam à prohibitis, faciunt quæ Bald. in l. 2. C. de usucapion. pro empt. Paulus in l. fin. §. quia C. commun. de legat. Crotus in d. l. filiusfamilias §. divi num. 143. Ripa 115. Pinel. in d. Auth. à numer. 35. Verum ex supradictis hæc opinio videtur non securi, cum prohibitio sit realis, quæ omnem possessorem sequitur ex Cabed. ubi supra, & semper res illa est inalienabilis, ut prosequitur Romuleus de testator. præcept. num. 145. & seqq. ultra quam quod illi Doctores in contrarium citati loquuntur in fideicommissio, ut patet ex Molin. de maioratib. tractat. 2. disp. 577. à num. 5.

19 Nec tandem obstant, quæ ultimo ponderavimus, ex illa hominis prohibitione non censi prohibitam nisi ordinariam præscriptionem, cum alijs rationibus, quas ad propositum adduximus: quia satisfit, quod in prohibitione alienandi rem maioratus datur prohibitio hominis juncta cum prohibitione legis, argum. l. 2. C. de usucapion. pro emptor. ubi usucapi non possunt servi pupillorum alienari prohibiti ex l. lex quæ C. de administ. tutor. Ac proinde propter hujusmodi concursum hominis, & legis censeatur prohibita alienatio indirecta, quæ fit per præscriptionem, quæ alias foret admittenda, si sola hominis daretur prohibitio, ita Imol. Alex. Cuman. Ripa num. 35. in d. §. divi Balb.



Ripa num. 35. in d. §. divi, Balb. 5. part. 5. princip. num. 34. vers. non obstat, Menchac. success. creation. §. 26. num. 118. facit Auth. de alienat. & emphyt. §. sanctissimas in princip. Ubi prohibitio hominis concurrens cum prohibitione legis efficit, ne res Ecclesiæ alienari possint in redemptionem captivorum, in quo casu alias poterant alienari a tanto jure gloss. 1. ad fin. in l. ult. C. de rebus alien. gloss. in l. ea lege C. de condict. ob caus. post alios Molin. lib. 1. cap. 12. num. 32. Gama decis. 116. num. 5. vel melius dici potest (quia constat dictam prohibitionem legis post d. l. 2. fuisse latam in d. l. lex quæ, ut ponderat Aretinus cons. 22. col. 4. Ias. in d. §. divi num. 23.) quod in d. l. 2. supposita prohibitione testatoris, quæ auctoritatem habet a lege, qua indulgetur, ut quis disponat de rebus suis, ita ut lex sit ipsa dispositio, Auth. de nuptijs col. 4. l. peto §. fratre ff. de legat. 2. Ideo supposita tali prohibitione deficit in præscribente titulus, qui non potuit dari emptori, l. si diutina C. de long. tempor. Nec obstat, quod etiam stante prohibitione testatoris potuit considerari justus error, qui sufficeret loco justitituli, l. quod vulgo ff. pro emptore: quia satisfit, si titulus detur jure approbatus, etiam ex justo errore poterit dari præscriptio, non obstante prohibitione testatoris: nec in eo textu de eo agitur, quia casus manet omissus in dispositione juris: quod etiam admittimus in maioratibus, ut ubi titulus haberi potest justus in casibus, in quibus quadragenaria immemoriali æquiparatur, præscriptio procedere possit quadragenaria, & omnibus nocere, non tamen illud per viam regulæ constitui potest.

20 Sic explicabis text. in l. 1. C. de præscript. longi tempor. ex quo deducunt, quod res litigiosa, non obstante legis prohibitione, si alienata sit, potest usucapi ex gloss. ibi, & in l. alienationis ff. de verbor. signific. Pinel. in Auth. nisi num. 25. C. de bon. matern. quia verius

videtur, quod in eo textu non agitur de præscriptione in re prohibita, & litigiosa, & lite pendente alienata juxta l. lite C. de litigios. Auth. de litigiosis eod. Covar. pract. cap. 15. num. 6. Sed de re alienata cessante jam lite, ibi: *Post motam, & omissam questionem res ad nova dominia transierit, &c.* advertit Felin: in cap. causam in ultim. vers. item de testibus, Ias. in l. 2. num. 15. C. de edendo, Cumanus in l. ubi lex in fin. ff. de usucapion. ubi dicit communem non esse in contrarium.

21 Sic pariter explicabis l. 2. §. si a pupillo ff. pro emptore, ubi contra legis prohibitionem res pupilli præscribi possunt, l. sequitur 4. §. si pupilli ff. de usucapion. l. apud Celsum §. item quaeritur ff. de doli exceptione l. 1. C. si adversus usucap. Quod quidem ex eo procedit, quia res pupillorum, licet prohibeantur alienari, ut in l. bonæ fidei ff. de acq. rerum domin. l. 1. 3. & ultim. C. si quis ignorans res minores, l. 3. C. quibus non objicitur longi temporis, l. ult. C. in quibus caus. in integrum restitutio: tamen illa prohibitio non est simplex, & absoluta, sed secundum quid, & sine certis solemnitatibus, quibus observatis alienari possunt, l. 1. & per totum ff. de rebus eorum, l. lex quæ C. de administr. tutor. prosequitur Cujat. lib. 11. observat. cap. 12. Unde d. l. bonæ fidei debet intelligi, quando deficit justus titulus, quo stante res minoris præscribi potuisset, & sic deficit titulus, qualis necessarius est: unde ex hoc capite impeditur in eo textu præscriptio, non vero ex natura prohibitionis legalis. Nec obstat, quod res pupilli longissimo tempore sine titulo præscribi possunt: ut ponderat Capola in l. fin. C. in quibus caus. num. 10. & 17. quia d. l. ultim. solum longum tempus excludit, ut in d. l. ult. ibi: *Nullum longi temporis, &c.* l. 3. C. de auth. præstanda, ibi: *Longi temporis, &c.* Menchaca de success. creation. §. 10. à num. 39. quia ultra alias responsiones Pauli, & aliorum, de quibus latissime D. Caldas Pereira, verbo sua

facit



facilitate num. 46. Ex superioribus patet resolutio, quod in præscriptione longissimi temporis nulla reperitur prohibitio respectu rerum minorum præscribendarum, excepta pupillari ætate, l. sicut ibi: *Pupillari ætate dumtaxat, &c.* Unde cum nulla directa prohibitio legis contra longissimi temporis præscriptionem detur, nihil impedit, ut detur titulus, vel tempore inducatur habilis ad acquisitionem.

22 Sic pariter explicabis l. i. ff. de fundo dotali ibi: *Quia hæc alienatio non est voluntaria: ubi videtur Paulus sentire, quod in rebus dotalibus alienari prohibitis lege Iulia non impeditur alienatio ex causa necessaria, qualis est ex causa præscriptionis, quæ fit ex necessitate legis, ut supra diximus: sed hic textus debet intelligi de ea causa necessaria, quæ nullo modo pendet à voluntate eorum, quorum res alienantur, quia impedire non possunt alienationes ex necessitate causæ præcedentis contra illos invito; præscriptio autem, licet postquam completa est, dici possit fieri ex necessitate legis, tamen dum est in fieri, completur ex actibus voluntarijs continuatis contra eum, qui patitur præscriptionem, qui præsumptione legis suppositiva alienare censetur, & sic præscriptio dicitur habere vim pacti, & conventionis inter partes d. l. alienationis ff. de verbor. signific. notat gloss. in l. i. C. de servit. recepta, ut per Gam. decis. 276.*

Unde fit, quod in maioratibus tunc præscriptio erit necessaria, quando una ex causis enumeratis à Molin. d. cap. 10. præcesserit, veluti ex debitis institutoris, vel simili, unde tunc præ-



scriptio 40. annorum admitti poterit, ut res præscribatur in totam, quando ille, contra quem præscribitur, est plene dominus rei possessæ, quia præscriptione utile, & directum dominium acquiritur. At vero possessor maioratus, licet dominus ad vitam, non tamen est plene dominus, cum usufructuario accedat, & ex voluntate sua non potest pati, ut præscribi possit dominium perpetuo, quod ipse habet restrictum ad vitam suam: debet ergo censi ejus voluntas restricta ad jus, quod habebat, ut contra eum solum eo spatio 40. annorum præscribatur.

23 Illud unum semper tenendum est, quod in casibus, in quibus expresse cavetur, præscriptionem 40. annorum sufficere, ut successoribus noceat semper spatium temporis, quo vixit alienans, computari non debet, Auth. nisi tricennale C. de bonis matern. ibi: *Ex quo suæ potestatis esse apparuit: l. unum §. sed si fundum ff. de legat. 2. ibi: Princeps ceteris, &c.* Celsus in l. servo 27. §. 1. ff. de legat. 1. Decius conf. 445. num. 47. Alciat. l. filius §. divi num. 48. Socin. lib. 1. conf. 50. num. 5. ubi agit de parte vendente emphyteusim pro se, & filijs, Valasc. de jur. emphyt. quæst. 49. num. 6. & quæst. 38. num. 24. Rodoan. de rebus eccles. quæst. 2. cap. 3. num. 6. Guido quæst. 150. Balbus 1. part. 6. princip. n. 17. Gregor. in l. 7. tit. 6. part. 6. gloss. 3. Gamma decis. 93. num. fin.

Ex quibus confirmavimus sententiam ex his fundamentis, quibus accesserunt D. Ludovicus Mendez Barretto, & Ignatius Collaço de Brito viri consultissimi.



## SUMMARI A.

- 1  Ribus modis in hoc Regno matrimoniū contrahitur.
- 2  Quando contrahitur in forma legis Regiæ bona communicantur.
- 3 Leges de societate agentes habent etiam locum inter conjuges.
- 4 Societas matrimonialis ab alia in quibus differat. Inter conjuges non datur societas conventionalis, sed legalis. Inter conjuges de jure nulla fiebat communicatio. ibi.
- 5 Matrimonio simpliciter contracto, an saltem inducatur communicatio respectu acquisite? Confutatur opinio Valasc. ibi. Confutatur sententia Gamæ. ibi.
- 6 In matrimonio in forma juris contracto legata, & donationes non communicantur. Ampliatur, licet obvenerint propter societatem. ibi.
- 8 Licet legata non communicentur, fructus tamen communicantur.
- 9 Explicatur Ordin. lib. 4. tit. 44. §. 2.
- 10 Explicatur Ord. lib. 5. tit. 38. §. 2.
- 11 Confunditur intellectus Barbosa.
- 12 Tripliciter conjuges contrahere possunt.
- 13 Adultera occisa quomodo communicet in bonis mariti. ibi. Adultera lex non favet.
- 14 Quando contrahitur cum pactis, dicuntur conjuges contraxisse in forma juris.
- 15 Quæ expressio requiratur, ut legata veniant.

## DECISIO LIII.

An matrimonio contracto per dotem, & arrhas lucra obvenerint ex legato, vel simili causa communicanda sint: & an uxor, vel maritus renunciare possint quæsitis? Ad intellectum Ordin. lib. 4. tit. 46. & tit. 44. §. 2. & lib. 5. tit. 38. §. 2.



Contraxit matrimonium Violante Alvarez cum Petro Alphonso Fariha, Adamus Garcia frater sponsæ dotem constituit dicto P. in quantitate quinquaginta mille nummorum ex bonis communibus, tam ipsius dotantis, quam sororis, ea conditione adjecta, seu declaratione, quæ sic se habebat: E. declararãõ, que sendo caso que a di-

ta Violante Alvarez faleça primeiro que o dito Pedro Affonso, sem de antre ambos ficarem filhos, em tal caso os herdeiros da dita Violante Alvarez se sabirão somente com os ditos sincoenta mil reis, com que ella entra neste dote, & nam poderãõ herdar cousa algũa na fazenda do dito Pedro Affonso, que ora tem, & ao tal tempo tiver. E sendo caso que o dito Pedro Affonso faleça primeiro, que a dita Violante Alvarez, em tal caso ella serã meeira em toda sua



*sua fazenda, &c.*

Uxor prius decessit: agunt ipsius hæredes contra maritum, ut dotem, & acquirentium dimidietatem solvat, seu restituat. Prætor Curialis sententiam protulit, qua Reum condemnat in principali, & dimidio omnium acquirentium matrimonio constante. Cumque res ad Senatum delata esset, dubitabatur primum, an ex forma dotis matrimonium contractum fuerit juxta formam legis Regiæ lib. 4. tit. 46. vulgo, *por carta d' ametade*: An vero secundum jus commune? Deinde, an contractu celebrato in forma juris Romanorum omnia acquisita communicanda sint: An vero sola illa, quæ ex quæstu? Tertium, an legata, & similia quoad fructus saltem communicentur?

1 Et quoad primum advertendum est tribus modis in hoc Regno matrimonium posse contrahi ( licet duobus tantum contrahi dicat Barbof. 1. part. l. 1. num. 32. in fin. ) vel secundum legem Regiam d. tit. 46. quæ disponit, ut bona omnia communia sint simpliciter contrahentium, vel constituta dote, & arrhis, de quo est Ordin. lib. 4. tit. 47. Ubi disponit, quod tertiam partem dotis non excedant, Cabed. decis. 177. & 183. num. 2. DD. in l. si constante ff. solut. matrimon. ubi late Barbof. vel tandem per dotem sine arrhis, adjectis contractui pactis, & conventionibus, quas ad unguem observari jubet Ordin. d. tit. 46. His duobus ultimis modis dicitur matrimonium contrahi in forma juris communis sine bonorum generali communicatione: probat Ordin. lib. 4. tit. 60. ibi: *Por dote, & arrhas*, & ibi: *Ou quando casasse por outro contrato dotal*: explicat Cabed. d. decis. 183. num. 3.

2 Et de singulis sigillatim agens noto primo: quod quando contrahitur in forma legis Regiæ, bona communicantur inter conjuges ex lege virtute conventionis præcedentis, ut intendunt gloss. in cap. cum societas 27. quæst. 2. Covar. de sponsal. 2. part. cap. 7 §. 1. num. 5. & lib. 3. resolution. cap.

19. num. 2. Gomes in l. 50. Taur. num. 69. Gama decis. 314. num. 4. Barbosa, ubi supra.

3 Ex quorum dictis videtur dicendum, quod leges de societate agentes habent etiam locum inter conjuges, & ultra text. in d. cap. cum societas, & cap. 2. de donation. inter vir. quod ad id expendit Gama ubi supra, & cap. 2. de sponsalib. ibi: *Ad instar eorum, qui societatem, &c.* facit l. 1. ff. de ritu nuptiar. l. adversus C. de crimin. expil. hæredit. l. cum hic status §. oratio, vers. si inter virum ff. de donat. inter vir. l. alimenta §. ult. ff. de alim. l. ex diverso 18. in fin. ff. solut. matrimon. Hæc tamen sententia vera non est, & ultra ea, quæ adducunt Covar. ubi supra num. 5. Garcia de expensis cap. 13. num. 14. Tellius in l. 16. Tauri num. 12. Pyrrhus in consuetud. Aurelian. tit. de societate inter virum, cap. 1. Duaren. in rubr. solut. matrimon. tit. de nuptijs cap. 1. Adverto nullibi in jure hanc communicationem in vim societatis reperiri inductam inter conjuges, quia principalis conventio conjugum tendit ad individuum consuetudinem, cap. illud de præsumpt. & ad tria bona, de quibus in cap. cum societas 27. quæst. 2. minus principaliter de bonis agitur, nec regulis societatis, quæ non ad quæstum instituitur, sed ad alium finem altioris ordinis.

4 Quod suadetur, quia in illa quæstus uberius, in hac proliis fecunditas, in illa quædam conventio rerum ad commodiorem usum, in hac ad matrimoniales usus, non rerum, sed corporum ad invicem traditio consideratur, in illa semper attenditur æqualitas, in hac nulla inæqualitas in contrahendo reprobatur, quia non de eo agitur principaliter, illa pluribus casibus dissolvitur, l. 4. vers. dissociamur ff. pro socio §. solvitur Instit. de societate, hæc nullis, quia à Deo conjuncto nemo separat, adeo ut post separationem tori duret communitas, Covar. d. §. 1. num. 6. Gama decis. 357. Avendan. respons. 20. n. 9. plures differentias prosequitur Valasc.



lasc. de partition. quæst. 5. à num. 12. Atque ex his debet dici in proposito non dari societatem conventionalem, sed legalem, & impropriam, ita ut leges tituli ff. pro socio, in proposito applicari valeant, quando eadem detur ratio, & non sequatur absurdum, argum. l. non possunt ff. de legib. cap. cum dilecta, ibi: *Rationis similitudine deconforma utili*: explicat Cannanus lib. 8. cap. 1. ex Plutarcho, & Duaren. in rubr. solut. matrimon. tit. de nuptijs d. cap. 1. Nec leges, quæ de socijs loquuntur, habere possunt locum in conjugibus, inter quos de jure communi nulla fiebat communicatio bonorum, ex Tiraq. de jure marit. gloss. 8. num. 111. Gerardus singul. 99. nec acquirentium, quæ ex propria acquirebantur industria, Marienç. in l. 2. tit. 9. lib. 5. Ordinar. sed sibi retinebat maritus, & uxor acquisita, Tellius l. 16. num. 13. l. ex pecunia C. de jur. dot. l. mutum interest C. si quis alteri, vel sibi, Boer. decis. 81. num. 3. Navar. in manual. cap. 17. num. 155. Barbosa. 1. part. l. 1. n. 34. Valasc. conf. 103. Sicque debet explicari Barbosa. in l. si ab hostibus §. fia. n. 60. dum eos omnium bonorum socios sæpe dicit.

5 Unde dubitat eleganter Valasc. d. conf. 103. quando matrimonium contrahitur in forma juris communis dote constituta, & nihil amplius disponitur, an saltem eo casu debeat induci generalis societatis ratio respectu acquirentium, ut sicut in matrimonio simpliciter contracto omnium bonorum generalis sit societas à lege, vel consuetudine, ut quocumque titulo acquisita communia fiant, & dividantur, de quo Barbosa. Gama, & alij supra citati.

Ita pariter hoc casu dicendum sit respectu acquirentium, ubi vir ille sequitur eo casu petendam esse interpretationem, non à jure communi, sed à jure Regio, quod nostrum jus commune constituit, ut scilicet censeantur contrahentes in lucris, de quibus non egerunt, nec specialiter contraxerunt, se conformare cum dispositione Ordinationis, ut

acquisita ex quocumque titulo fiant communia: quam opinionem etiam amplexus est Gama decis. 314. n. 5. cujus meminuit Valasc. de partit. cap. 6. num. 37. in fin. Sed profecto videtur obstare, quia Ordin. Regia, quæ generalem communicationem induxit inter conjuges, illud disponit, nisi aliter contrahentibus placeat, jubens ut eorum serventur pacta: unde fit, quod ex contrahendi modo colligamus, quæ contrahentium fuerit mens, quidum accedunt ad contrahendum per dotem in forma juris communis, ab eodem jure communi volunt suam actionem interpretari, & ex dispositis sequentia arguimus, Cassanate conf. 48. num. 34. Gama decis. 51. num. 8. Valasc. conf. 83. n. 5. non enim voluntas minus verbis, quam factis aperitur, l. Paulus ff. rem ratam haber. Socin. conf. 125. num. 1. lib. 1. Mascard. concl. 418. num. 28. Menoch. lib. 3. præsumpt. 57. n. 11. Videndus Barbosa. in l. si cum dotem, num. 36. Sicque confunditur sententia Gamæ sup. d. loco, quam confutat Barbosa 4. part. l. 1. num. 100. pro qua est optima lex Regia lib. 4. tit. 60. in fine, ibi: *Salvo se no contracto dotal quando casarão fora do costume do Reyno, &c.* Ubi supponit interpretationem petendam à jure communi Romanorum, non à Regio, quando in forma juris communis contrahitur.

6 In secundo autem dubio, quando per dotem contrahitur, in dubium revocari solet, quomodo acquisita dividenda sint, & sumpto argumento à societate, illud secundum jus est, quod sicut ille, qui secundum Regni consuetudinem contrahit, dicitur generalem contrahere societatem, ut omnia quovis titulo quæsitæ, inter conjuges communia sint juste quæsitæ, sive ex opera, & industria, sive ex liberalitate alterius, legato, donatione, hæreditate, & simili, l. 3. in princ. ff. pro socio, l. societatem 74. ff. eod. sive societas sit expressa, sive tacita, Ruyn. conf. 104. num. 2. lib. 1. Roland. conf. 91. lib. 1. num. 30. Tamen quando per dotem contrahitur, ita ut solum acquisita communia fiant, quia tunc da-



ur quædam similitudo societatis ad quæstum contractæ, & particularis, l. coiri ff. pro socio, Barbof. 1. part. l. 1. n. 34. ff. solut. matrimo. & legata, & donationes, & hæreditas illi solum acquirantur, cui obveniant, l. nec adjici 9. duo 72. ff. pro socio, l. Aristo 45. vers. & cum quæstus ff. de acq. hæred. post alios Gutierr. præctic. lib. 2. cap. 119. à princ.

7 Quod quidem ampliandum est, licet legatum, vel hæreditas obveniant propter societatem, quia hæc causa non dicitur proxima donationis, l. socium qui 61. ad fin. illo titulo, Bart. num. 4. in l. cum oportet C. de bon. quæ liber. Abb. num. 5. in cap. postulasti de concess. præbend. Palatius in rubr. §. 65. n. 65. Roland. conf. 10. n. 8. vers. quinto, & n. 15. vers. non obstat, Tiraq. caus. cessante limit. 20. n. 4. Gutierr. ubi supra n. 5. prosequitur late Barbosa in l. 1. part. 1. num. 34. Xuarez de las ganancias n. 45. Gomes 2. tom. cap. 5. num. 4. Gama decis. 358. num. 1. Matienço l. 2. tit. 9. lib. 5. Ordinam. gloss. 3. n. 10. idem Barbof. 4. part. l. 2. n. 10. & in l. si ab hostibus §. fin. n. 67. quibus addo Ioannem Luppum de lucratis constante matrim. cap. 8. alias §. 64. num. 63. fol. mihi 264. Unde Barbosa infert in d. l. 1. part. 1. n. 34. quod ante à conjugibus obtenta non communicabuntur, quia pactum censetur referri ad postea acquirenda, non vero ad jam retro acquisita. Unde licet ex venditione illius rei prius habitæ secuta societate emptio fiat, adhuc illa res emptæ non erit communis, licet inciderit in illud tempus, quia censetur fieri ex causa præcedenti, & subrogata res emptæ loco venditæ, l. si donatæ §. si sponsus ff. de donation. inter vir. Tiraq. lib. 1. retract. §. 32. gloss. unica num. 12. Palat. in rubr. §. 62. n. 4. plures citati à Matienço in l. 2. tit. 9. lib. 5. gloss. 2. n. 4. Unde infert Barbosa ad usum fructum consolidatum contracto matrimonio, & ad fructus industriales, in quibus conjugis industria observatur, quia hi communicabuntur, quia ex quæstu,

& industria quærentur.

8 Illud tamen observandum, quod licet proprietas legatorum, & hæreditatum non acquiratur, nec communicetur uxori, vel è contra, tamen fructus ex his rebus percepti communes fiunt, ex Cassan. in consuetud. rubr. 4. §. 2. verbo totus num. 6. Barbosa ubi supra num. 36. Valasc. de partition. cap. 6. n. 37.

9 Ex supra positis explicatur Ordin. lib. 4. tit. 44. §. 2. dum in societate certæ negotiationis legata non venire decernit, ut procedat, quia in societate rei particularis solum veniunt, quæ ex titulo oneroso acquiruntur, non vero, quæ ex lucrativo, ex Pinel. in l. 1. part. 1. num. 36. C. de bon. matern. licet idem Pinel. aliter sentire videatur, in l. 4. num. 2. C. de bon. matern. quem citat, & ab eo discedit Valasc. de partition. d. cap. 6. num. 23. quem sequitur Barbosa in l. si ab hostibus §. fin. ff. solut. matrim. num. 61. per text. in l. de fideicomisso, C. de transaction. Ripa in l. fæminæ, n. 39. C. de secund. nuptijs.

10 Sic patet explicatio ad Ordin. lib. 5. tit. 38. §. 2. dum marito occidenti uxorem ex intervallo, & juste non permittit, ut lucretur dotem, & legata, seu donationes: quæ Ordinatio cum loquatur indistincte, & generaliter, sic generaliter videtur innuere, quod in omni dote communicantur legata, & donationes, quæ lucrativo titulo acquiruntur, & non oneroso: Nec difficultatem tollit intellectus, quem ad illam legem assignat Barbosa in d. l. si ab hostibus §. fin. n. 67. asserens quod illa lex loquitur de contrahentibus per dotem juxta formam juris communis, quod comprobari videtur ex verbis ipsius, ibi: *Que lbe forem dados em dote*: junctis verbis Ordinationis lib. 4. tit. 47. ibi: *Que a mulher trouxer em seu dote*: per quæ verba disponit, quando de contractu dotali agit. Unde addit, quod cum illa Ordinatio agat de contrahentibus secundum jus, ideo legata, & donationes maritus non lucretur, quia cum illa societas sit particularis,



cularis respectu acquirentium non communicantur legata, sed propria uxoris sunt, qui quidem sensus, prima facie aridet, & etiam Iurisconsultissimos decipere potest.

**11** Verum, ni fallor, aliter se res habet, & alius est verus sensus legis Regiæ, quæ simpliciter, & genericè disponit sine restrictione ad hunc, vel illum casum: & quando ad aliquem casum deberet applicari, semper visa erat loqui secundum formam contrahendi communem ab eadem lege traditam in d. tit. 46. Cui difficultati non satis respondet Barbosa num. 69. dum per subauditum intellectum, vel à sensu contrario pariter dispositum asserit in hoc casu; non enim est credendum hoc Legislatorem prudentissimum latuisse, & quod disposuisset in casu minus usitato, & ad ea, quæ juris communis sunt, respexisse, omisso eo quod erat juris Regij, quod nostrum est jus commune, ut eleganter Gama decis. 50. num. 5. & decis. 314. Valasc. d. cons. 103. Palat. in rubr. de donat. num. 8. & §. 68. num. 26. Covar. pract. cap. 27. num. 4. ad fin. quia quando aliquod dubium versatur inter utrumque casum, semper lex Regia solet se explicare, & casus distinguere, ut fecit Ordin. lib. 5. tit. 6. §. 20. ubi in simili dubio clare distinguit casus, & lib. 4. tit. 48. in princ. ibi: *Ou por carta de ametade, ou por dote, & arrhas.*

**12** Quare dicendum est, quod lex Regia procedit in omni adultera, sive per dotem, sive juxta legem Regiam contraxerit, quod comprobo primo ab ipsa lege, quæ generaliter disponit in omni marito occidente uxorem juste, & ex intervallo, non ignorans quod non solum duobus, ut Barbosa sentit, sed tribus modis potest matrimonium contrahi, & forte talibus pactioibus, quæ impedirent legatorum communicationem, vel eam permetterent, etiam quando juxta legem Regiam matrimonium esset contractum, vel per dotem; possunt enim sua pacta adjungere contrahentes, per quæ partim juri communi accedant,

partim Regio, quæ observari oportet, communicationem impediendo in certis rebus, vel in certis tantum eam inducendo, quare in civiliter lex ad unum solum casum accommodatur, relictis reliquis indecisus, quos à contrario sensu dirimere est cæcutire. Deinde ab absurdo comprobo, quia si ille sensus admitteretur, grave daretur absurdum, & alienum à Legislatoris sensu, nam sequeretur, quod adultera sic occisa, quæ fortasse cum parva dote juxta legem Regiam contraxit, dimidietatem bonorum mariti consequeretur, ut ipse Barbosa fatetur d. num. 69. ibi: *Quam adultera videtur in bonis mariti, &c.* Atque ex hoc sequeretur, quod ipsius adulteræ hæredes, quam juste occidere licet, possent à marito revendicare partem, quam per communionem habebat in bonis viri, sicque lex illi faveret, dum juste occideretur, cum tamen lex eadem tali adulteræ adimat acquisita, & marito donet, ut patet ex ipsa lege Regia, ibi: *E se tiverem outros bês, que ambos ouvessem adquirirido, esses averá o marido in solidum.* Cum ergo lex Regia in odium adulteræ illi adimat ex proprio labore, & industria quæsitam, quomodo fatendum est, quod eidem donare intendisset dimidietatem bonorum mariti? hoc namque esset contra lucem ire, & in medio sole caligare.

**13** Quod sensus illius legis est, quod quomodocumque contrahitur matrimonium, noluit lex favere adulteræ, imò in ejus odium vinculum legale societatis, & consuetudinariæ communicationis dissolvit, disponens, quod si maritus solum adulteram occiderit, licet juste, quia tamen imperfecte se habuit, & quodammodo in officio defecit, nec plene satisfecit Reipublicæ, tunc solum lucrata matrimonio constante retineat, & à fortiori sua propria bona, quæ tempore contractus matrimonij habebat, & modo extant, ridiculum enim erit adulteram repellere à lucratis pro parte sua, & eam admittere ad dotem mariti



arg. l. Titia ff. cond. & demonstr. Uxor vero eo casu suam dotem integram etiam retineat, & ejus hæredes, si in forma juris contraxit, ipsam dotem cum legatis, & donationibus, sin minus, dotem quam secum adduxit integram sine ulla communicatione; quia lex reputavit uxorem adulteram communicatione indignam, eamque repellit, atque arcet, quasi à principio illa resolutiva conditio inesset contractui, nisi peccaret in legem conjugij, ne ex actu, & toro à se violato commodum aliquod consequeretur, & ideo lucrata marito tribuit.

Quæ ratio decidendi aperte ostenditur ab ipsa lege Regia, dum paulò infra addit: *Que se a matar juntamente com o adultero, ou a acusar, que em tal caso averá todos os bẽs da mulher*: quæ verba exceptionem à supra positis continent, quæ debet esse de regula, Decius in l. 1. n. 20. ff. de regul. jur. Medices in pri. reg. n. 31. Cagnol. in d. l. 1. n. 29.

Unde fit, quod si supra limitate disposuerat, tantum quando per dotem, & arrhas matrimonium fuerat contractum, ineptè postea excipit, quando uxorem cum adultero occiderit, quia eo etiam casu non debebant venire legata, quia sub illa dote legata, & donationes non veniunt, quod tamen lex aliter disponit, ibi: *Averá todos os bẽs da mulher*: quod non magis convenit doti, quam donationibus, & alijs rebus undecumque quæsitis: igitur non convenit secunda pars Ordinationis primæ: Atque ideo verius videtur, quod quando maritus vel accusat, vel utrumque occidit, omnia bona uxoris ex quocumque titulo illi obvenerint, lucratur in recompensam injuriæ sibi illatæ ob adulterium, non habita distinctione, vel per dotem contraxerit, vel in forma legis Regiæ, patet, ibi: *Todos seus bens*: appellatione enim bonorum nõ sola dos, sed & legata continentur, quod quidem à lege posse fieri nemo ambigit, & comprobatur ex Ordin. lib. 5. tit. 25. §. 7. Ubi accusata uxore maritus tam dotem, quã

legata percipit; quando adultera filios non habeat, prosequitur Farin. quæst. 142. n. 111.

14 In ultimo tandem casu quando pacta matrimonij contractui adjecta sunt, tunc etiam per dotem, & arrhas contractus celebratus censetur, ex his quæ Cabed. d. decis. 183. num. 3. & succedit totus titulus ff. de pactis dotalibus: Unde dubitari solet inter eos, qui contrahunt in forma juris communis, an possit in pactum deduci, ut legata, & hæreditates communicentur, & hanc clausulam usu receptam tradit Valasc. d. cons. 103. num. 26. Licet ipse sentiat, quod quando nihil exprimitur, debent censi contrahentes se conformare cum dispositione Ordinationis, ut omnia fiant communia: quam opinionem supra confutavimus, & retenta contraria dubitari solet, quæ expressio requiratur, ut legata, & hæreditates in communionem deduci valeant, in quo inhærendo opinioni doctissimi Garæ decis. 358. Resolvendum est, quod tribus modis potest contrahi matrimonium in forma juris communis, vel sub dictione, seu clausula universalis, ut communicentur omnia bona, vel omnia acquisita, vel secundo cum pacto, ut communicentur acquisita simpliciter, vel tertio sine ulla declaratione. Primo modo videntur contrahentes velle, ut omnia acquisita fiant communia, illa enim est potentia signi universalis ad imaginem societatis omnium bonorum, in qua omnia bona, tam præsentia, quam etiam futura continentur, l. 3. in princip. vers. cum specialiter, l. 5. in princip. l. coire 7. l. qui societatem universalium 74. ubi gloss. ff. pro socio, Gomes de contractib. cap. 5. num. 3. Menoch. præsumpt. 56. num. 38. Frater Ludovicus cap. 61. col. 3. Decius cons. 68. à princ. col. 4. & cons. 548. In secundo casu, quando exprimitur, ut communia sint acquisita, non veniunt nisi ea, quæ ex natura actus venire debent, quia cum societas illa sit particularis, in ea legata, nec donationes continentur, Gama decis. 358. &



& expressio censetur facta eo modo, quo à jure inest, quæ naturam actus non immutat: nec obstabit, quod locutio indiffinita æquipollet universali, l. si servitus 22. ff. de servit. urban. l. si pluribus 45. ff. de legat. 2. cap. quia circa de privil. Unde videtur hæc clausula æquipollere universali: Quia respondetur, quod illa regula procedit, quando eadem omnino ratio est in his, quæ sub universali comprehenduntur; secus vero si diversa, quia tunc magis operatur universalis, quam indiffinita conventio, gloss. in cap. ut circa, verbo aliorum in princip. de elect. in 6. communis ut per Covar. 1. resol. cap. 13. num. 9. & colligitur ex l. quæsitum 76. §. illud, juncta l. hæres 98. §. 1. ff. de legat. 3. & ex l. si cui in princip. ill. titulo junct. l. periculis 4. §. habeo ff. de auro, & argent. legat. Unde in hoc contrahendi modo illa indiffinita universali non æquipollet, nec legata comprehendendi possunt. In tertio tandem casu acquisita communia non sunt, sed acquirentis fiunt ex Barbosa d. n. 100. ubi supra.

Ex quibus cum in præsentis maritus, & uxor contraxissent, quod decedente primo sine liberis hæredes ipsius solum dotem 50. mille nummorum deducerent, & reliqua bona marito acquirerentur. Si vero uxor supervixisset marito, tunc dimidietatem omnium bonorum haberet, succedente primo casu ex vi pacti initi, hæredes uxoris non plus petere possunt, quam dictam summam, nec aliquam partem acquirentium habere possunt, quia lucris censetur uxor renuntiasse in favorem mariti, juri enim non repugnat acquisitis renuntiare in eventum alicujus conditionis, Barbosa in l. divortio in princip. in fine vers. ac proinde, l. 9. tit. 9. lib. 5. Ordin. &

illud insinuat illa particula solum, vel tantum, de qua Felin. in cap. contingit de arbitr. num. 3. Ias. in l. 1. num. 9. ff. si quis jus dicent. Caldas Pereira de renovat. q. 1. n. 15. Azeved. in l. 2. tit. 13. lib. 8 novæ Collection. Surdus de alim. quæst. 2. tit. 1. num. 2. & decis. 291. num. 19. Atque ex his sententiam Præsidis confirmavit Senatus, tamen ex sententia doctissimi Nonij d' Affonseca Cabral, & Michaelis de Barreira, & Petri Alvarez Sanches me reluctante evictum est, ut hæredes mulieris etiam haberent dimidietatem acquirentium (quæ non veniant ex legatis, vel hæreditate) quibus non satis renuntiatum erat per illud verbum *Somente*: Scriba Chaves.

Conducit ad illud, quod supra diximus, quod ex modo contrahendi colligimus formam contractus, an accedat juri communi, vel Regio, quod in alio casu judicavimus. Nam cum quidam Antonius de Mello Insulæ da Madeira fidejussisset pro quodam debitore, tandem in ejus bonis petebatur executio: uxor opposuit, quod bona, quæ capiebantur, erant dotalia, in dote autem nihil de arrhis agebatur, sed quædam simplex dotis constitutio aderat; in fine tamen exprimebatur, quod casu, quo maritus sine liberis decessisset, dos integra conservaretur uxori, nec dimidia pars ad patrem ipsius veniret; quæ clausula repugnabat communicationi legis Regiæ, quia si dos fieret communis, utique pater admitteretur filio sine filijs decedente, Ordin. lib. 4. tit. 82. §. 4. Et ideo Senatus censuit contractum fuisse celebratum in forma juris, & confirmavit sententiam Præsidis, quæ respectu bonorum dotis executionem annullabat: Scriba Antonio Carvalho.



## SUMMARIA.

- 1 **D** Os promissa filio testibus probatur, non tamen genero.
- 2 Ex pollicitatione nec Civili, nec Canonico jure oritur obligatio.  
Pacta nuda de jure Canonico produ-  
cunt actionem. ibi.
- 3 Pollicitatio quando detur.
- 4 Pollicitatio facta absenti, & prae-  
senti quomodo differunt.
- 5 Ex pollicitatione considerata in sua  
propria natura nulla producitur  
actio.  
Durasse promissorem in eadem vo-  
luntate quomodo probetur. ibi.
- 6 Pollicita dote durante eadem vo-  
luntate, & parte à genero accepta-  
ta efficax datur obligatio.  
In his, quae deferuntur ex disposi-  
tione legis, non est necessaria partis  
praesentia. ibi.
- 7 Ubi lex requirit publicam scriptu-  
ram, an quinque testes requiran-  
tur.  
Mediatoribus contractus an adhi-  
beatur fides. ibi.  
Singularibus testibus an detur fi-  
des. ibi.
- 8 Quae in eo sint opiniones.
- 9 Testes absolute singulares non fa-  
ciunt plenam probationem.  
An tales sint, qui de uno actu con-  
tinuato per suas partes deponunt.  
ibi.
- 10 Differentia quae sit, quando agitur  
de aliquo probando in genere, vel  
in specie.  
Genus nisi probetur per actus spe-  
ciales, non potest percipi sensu cor-  
poreo. ibi.
- 11 Testes quando dicantur convenire  
in fine, ut conjungi possint.  
In probatione praesumptiva duae  
praesumptiones adesse debent res-  
pectu ejusdem actus. ibi.
- 12 Explicatur cap. cum causam de  
probatione.
- 13 Testes singulares tunc probant,  
quando alijs adminiculis juvan-  
tur.
- 14 Duo testes, qui in fine conveniunt,  
in dote probant, licet singulares.  
In criminalibus apud nos testes  
singulares non probant. ibi.
- 15 Mater tenetur dotare filiam mor-  
tuo parente.
- 16 Testes esse mediatores non efficit,  
quo minus faciant fidem.



*An dos promissa à matre coram testibus, qui singulares sunt de actibus promissionis plene probent cum alijs adminiculis? Explicatur Ordin. lib.5. tit.13.*

*§.7. & tit.71. §.7. & lib.3. tit.59. §. 19.*



Um D. Francisca da Sylva filia Senatoris Petri da Sylva, qui Cancellarius maximus Indiæ extitit, dum fata, Deusque sinebant, contrahere vellet matrimonium cum Ludovico de Mendoça Furtado, mater ejus D. Mecia Ferreira dotem promisit genero, scilicet, quinque millium ducatorum in mobilibus, & vasis argenteis, & insuper maioratum, qui erat nominationis: quæ quidem promissio, seu pollicitatio genero, & filia absente facta coram illis testibus, seu conjugij mediatoribus proponebatur, non simul coram omnibus, sed diversis actibus, seu vicibus: secutis nuptijs sub spe promissionis præhabitæ, distulit dicta D. Mecia stare promissis, & facto implere, quæ verbo testata fuerat: litem movit gener, & filia contra socrum, & matrem: illa in articulis agnovit, se dotem promississe solum quinque mille aureorum, & non amplius, quæ jam exolverat in mobilibus ab ea enumeratis, fidemque suam ad plura non obstrinxisse. Iudex sententiam protulit contra Ream, eamque condemnavit in 20. mille aureis petitis ab Actoribus. Cumque res esset ad Senatum devoluta, in varias sententias itum est, atque ego quinto loco sequentia notabam. Quod in hoc processu de aliquibus dubitabatur: primo, an ex illa promissionis forma pollicitatio daretur, & an ex ea efficax in dote oriretur obligatio: secundo, an testes deponentes de singulis actibus promissionis plenam efficerent probationem dotis promissæ: tertio, an mater teneatur dotare filiam, & compelli pos-

sit dotem constituere ex verbis suæ promissionis.

**I** Et quoad primum illud supponendum est, quod Actores Regio juvantur diplomate ad probandam dotem in forma juris communis; obstat enim agentibus Ordin. lib.3. tit.59. in princ. nam licet promissio dotis filio facta possit testibus probari, etiam stante dicta lege Regia, non tamen genero, Cabed. arest. 72. ex reg. l. si pater marito C. de dotis promiss. ubi gloss. notat Boer. decis. 328. Ruin. conf. 204. num. 3. lib. 1. prout in præsentis factum extiterat, Ordin. d. tit. 59. §. 11. Atque ideo oportuit Regio diplomate juvari, pungit Valasc. allegat. 72. num. 23. Gama decis. 32. & in hoc casu debebat diploma Regia manu signari, quia excedebat quantitatem concessam Senatoribus Aulicis in suo Regimine §. 76. quo alij testes non admittuntur quam specialiter in schedula, seu supplica nominati.

**2** Quo supposito quoad primum videtur de jure notissimum, quod ex pollicitatione nedum Civili, sed & Canonico jure nullam produci obligationem ex Panorm. in cap. cum inter ad fin. de electione, Molin. de primog. lib. 4. cap. 2. num. 62. Matienço l. 7. tit. 10. lib. 5. Ordinam. gloss. 2. num. 15. sentit gloss. in rubr. C. de dotis promiss. Alex. in l. qui absenti §. fin. in fin. ff. de acquir. poss. Novell. de dote 6. part. speciali 1. num. 2. Nata conf. 253. num. 5. lib. 2. Gomes in l. 50. Tauri num. 19. & in hoc differt à pacto nudo, quod de jure Canonico actionem producit, cap. 1. de pact. & attento Civili exceptionem, l. juris gentium §. igitur nuda ff. de pa-



etis, quia saltem ex eo nascitur obligatio naturalis, l. Stichum §. naturalis ff. de solution. quæ exceptionem parit, princ. Instit. de exception.

3 Quando autem talis pollicitatio detur, non sine dubio est. Doctores sentiunt dari, quando aliquid absenti promittitur non interveniente nuntio, vel epistola; secus vero si promittatur præsentis, quia hoc casu inest pactum, quia concurrat præsentis consensus, qui dicitur consentire in sibi utilibus, l. qui patitur ff. mandat. reg. is qui tacet de reg. jur. lib. 6. Quare debet differre hoc pactum à simplici pollicitatione, l. 3 ff. de pollicit. communem testatur Alex. in l. 1. ff. de pact. Ias. in rubr. ff. de verbor. num. 6. Ripa 21. Galeaula 47. sed videtur nimis restringere Iurisconsulti diffinitionem positam in d. l. 3. quia Iurisconsultus ibi non simpliciter ait pollicitationem esse solam promissionem, sed offerentis; quæ quidem dictio præsupponit præsentiam ejus, cui offertur, juxta l. Iulianus §. offerri ff. de action. empt. l. si solum ff. solution. Auth. offeratur C. de litis contestat. pugnat etiã text. in l. ex pollicitatione 9. ff. de pollicit. l. sciendum §. dictum ff. de ædilit. edict. & licet hæc opinio videatur verior, & à modernioribus secuta, ut per Decium in rubr. C. de pact. Alciat. in rubr. de verbor. in princip. Loriot. de pactis, axiom. 10. Angel. in §. præterea in l. n. 11. Instit. de exception.

4 Tamen prior est communis; ego tamen puto verius utroque modo pollicitationem dari posse, vel si fiat absenti promissio, vel præsentis, cum ea differentia, quod quando pollicitatio nuda fit absenti, qui consensum adhibuit, dum promittens in eadem voluntate persistebat, licet tunc attentata origine pollicitatio sit, gloss. in l. nuda, C. de contrah. & committend. stipul. tamen ex superveniente consensu pactum fit, argum. l. si stipulet 35. §. fin. ff. de verbor. obligat. Barbosa 3. part. l. 7. num. 14. in fine. Si autem fiat pollicitatio præsentis, si ipse tacet, etiam pactum

resultat, quia licet figura attentata sit pollicitatio, attentata juris præsumptione pactum est, quia præsens in sibi utilibus dicitur consentire, d. l. qui patitur, ff. mandat. Barbosa d. n. 14.

5 Unde inferendo ad dotem resolvendum est, quod si pollicitatio consideretur in sua propria natura sine pacto expresso, vel tacito, nulla ex ea producitur actio, etiam favore dotis, Barbosa ubi supra num. 15. & in hunc sensum debent accipi gloss. in rubr. C. de dotis promiss. quia regula l. 3. ff. de pollicitation. etiam dotem comprehendit: quare si fiat absenti, si durante promissore in eadem voluntate absens consentiat, pactum inducitur, & favore dotis competit actio ex Alciat. in rubr. de pact. num. 12. & à fortiori si fiat præsentis, & tacenti, l. 10. tit. 11. part. 4. ubi Gregor. gloss. 2. durasse autem promissorem in prima voluntate constabit, si opus promissum inchoaverit, vel partem solverit, argum. l. 1. ff. de pollicitation. atque ita debet exponi rubr. C. de dotis promiss. ubi Cynus, & Fulgos. & l. fin. C. ad Velleian. ibi: *Pollicitus est*, l. unica §. accedit C. rei uxor. action. l. fin. in princ. C. de jure dotis, & quæ Azor in summa C. de dotis promiss. num. 2. Quibus locis hæc satis confuse traduntur.

6 Ex quibus in prima quæstione dicendum est efficacem dari obligationem in præsentis: primo, quia si dicamus nudam pollicitationem à principio intercessisse, tamen cum constat pollicentem in eadem voluntate durasse, & promissionem fuisse acceptatam à genero, qui sub dictæ promissionis spe contraxit matrimonium, & dotis partem recepit, utique utriusque contrahentis constat consensum durasse, quousque completum fuit opere matrimonium. Insuper quia D. Mecia destinato nuntio ad promittendum genero dotem, illam promisit, ut apparebat ex testimonio ipsius: quo casu pollicitatio præsentis facta censetur, cum nuntius mandantem referat, cui gener acqui-



acquievit ex sua parte implens causam: in quo nisi dicamus expressum tacitum resultare consensum, non est dubium, etiam si tacuerit, & ipso jure pactum inducitur favore generis, & in favorem uxoris absentis fingitur stipulatio, l. unica §. accedit C. de rei uxor. action. l. fin. in princip. C. de jur. dot. Nata conf. 253. num. 5. lib. 2. Novell. 6. part. privileg. 78. num. 3. quia in his, quæ deferuntur ex dispositione legis, non est necessaria partis presentia, l. cum pater 79. §. furdo ff. de legat. 2. Barbosa ubi supra n. 15.

7 In secundo dubio tres adsunt testes interrogati vigore Regij diplomatis, quibus objicitur primo, quod quando lex requirit publicam scripturam, non minus quam quinque testes admitti possunt l. testium 14. C. de testibus, Misinger. lib. 1. observ. 5. num. 2. Mascard. conclus. 479. num. 1. Secundo, quod testes erant mediatores contractus matrimonij, ut ipsi deponunt, atque ideo nulla illis fides adhibenda erat ex his, quæ Farinac. de opposit. contra test. quæst. 60. num. 442. Gama d. decis. 32. num. 1. Tertio, quod testes erant singulares deponentes de actibus particularibus, ex quo eorum fides vacillat, ex his, quæ notantur in cap. licet causam de probation. Simanc. de catholic. cap. 62. num. 18. Rojas de hæretic. 2. part. num. 122. Zevallos quæst. 703. Gutier. practicar. quæst. 12. lib. 3. à n. 6. & seqq. Mascard. ubi supra n. 7.

8 Et notandum est, quod post longam controversiam, an testes singulares probent, & conjungendi sint, ut plenam efficiant probationem in civilibus, una & altera obtinuit communis, de qua Zevallos ubi supra, cum alijs distinctionibus inter causas criminales, & civiles, de quo per Clarum §. fin. quæst. 53. num. 18. & seqq. & quæst. 63. Aymon de antiquitat. 4. part. in cap. sed à principio, & conf. 73. à num. 32. Menchaca de succession. creat. §. 4. num. 46. Covar. lib. 3. resolut. cap. 3. num. 5. Ioseph. Ludovic. decis. 9. Gutier. lib. 3. pract.

quæst. 12. num. 1. Mascard. d. conclus. 479. Cardolo verbo testis num. 41. Menoch. de arbitrar. cas. 235. num. 23. Gabriel lib. 1. commun. tit. de testio. conclus. 2. Gomes 3. tom. var. cap. 12. n. 12. Menoch. conf. 186. n. 24. plures citat Cened. ad Decretal. collect. 172. n. 2. & seqq.

9 Quorum dicta colligendo, illud videtur verius in praxi receptius esse, quod testes absolute singulares non efficiunt plenam, & ordinariam probationem, ex text. in cap. bonæ 29. cap. cum dilecti 32. de electione, Thomas 2. 2. quæst. 70. articul. 2. ad 2. Penha in Director. 3. part. quæst. 72. quia semper deficiunt in numero, cum duo non sint, licet mille testes singulares adsint, Cened. ubi supra num. 3. Peres lib. 2. tit. 15. l. 8. Roland. conf. 50. volum. 4. num. 6. Tales tamen non dicentur hi, qui de uno actu continuato deponunt per suas partes, ut in illis, qui per foramen de visu testantur, non eodem ictu, sed diversis vicibus, Felin. in cap. licet ex quadam num. 2. de testibus, Rebuff. de reprob. test. num. 534. & post Bart. in l. quærebatur ff. de testament. milit. Lazarus de momento temporis cap. 19. n. 1.

10 Circa duo tamen adhuc Doctores non bene conveniunt: primum quando agitur de aliquo in genere probando: secundum quando in specie testes in fine conveniunt, an conjungendi sint: in primo licet aliqui aliter sentiant, verius est etiam, quando agitur de probanda jurisdictione, usura, & similibus in genere, duos requiri testes in singulis actibus probandis, ex Decio in cap. licet causam de probation. num. 7. Abb. conf. 42. lib. 1. Rojas d. 2. part. num. 134. Menchac. d. §. 4. num. 45. decis. Pedam. 72. Bursatus conf. 96. num. 14. & conf. 117. num. 10. Roland. conf. 48. num. 29. lib. 4. Mascard. ubi supra num. 3. & conclus. 947. num. 1. Ratio est: quia sicut genus prædicatur de suis speciebus, quas sub se continet, l. semper in generalibus ff. de reg. jur. ita per illas ostenditur, & probatur, nec potest aliquid

ostend



ostendi in genere, nisi ostendatur saltem in aliqua ex speciebus suis : sicut id, quod non est verum, nec probatum in aliqua specie, non potest dici verum, aut probatum in suo genere ex Salyc. num. 16. in l. testium C. de testibus, Anton. num. 20. in cap. cum oporteat de accusation. Mascard. concl. 856. num. 10. genus enim nisi probetur per actus speciales, non potest percipi sensu corporeo, de quo solum testes deponere possunt, cap. testes 3. quæst. 9. Innocent. in cap. cum causam de testibus, sequitur Gutierr. ubi supra n. 12. licet aliter sentiat Clarus d. q. 53.

11 In secundo casu obscure traditur, quando testes conveniant in fine, ut conjungi valeant, de quo in l. qui sententiam C. de pænis. Et illud videtur dicendum, quod quando agitur de probando certo aliquo actu, actus ille dicitur finis, & substantia rei: si vero agitur de probanda aliqua re in genere, prout jurisdictione, quæ ex pluribus actibus resultat, tunc particulares illi actus sunt finis, & substantia rei; ita ut quando testes in illis concordaverint, dicentur convenire in rei substantia, licet diverse loquantur de circumstantiis, vel alijs accidentibus: sicut alias in probatione præsumptiva, quæ ex diversis præsumptionibus insurgit, quælibet præsumptio specialis actus debet duobus testibus comprobari, ex l. milites §. oportet C. de quæstion. Bald. conf. 154. lib. 2. Aymon conf. 57. num. 5. Unde sicut in probatione præsumptiva perficienda duæ præsumptiones requiruntur, & in probatione indiciali duo indicia, sic pariter illa præsumptio, vel illud iudicium *Duobus debet testibus comprobari*, Valasc. conf. 154. num. 20. Barbosa 1. part. l. 2. in princ. n. 84.

12 Sicque debet explicari cap. cum causam de probation. quod testes ibi conjungantur, quia concordant in substantia rei, Gabriel lib. commun. sub titulo de probation. n. 14. sic pariter procedit cap. ultimum de succession. ab intestato, de cujus intellectu agit Costa

in l. si ex cautione fol. 243. quia ibi agitur de confessione facta in testamento, quæ plene obligat, si testator non supervivat, Felin. ibi num. 24. maxime parte præsentis, l. hæredes §. ultim. ff. de testam. Bart. in l. Lucius §. quisquis ff. leg. 2. Mascard. conclus. 345. n. 33. vel dic quod testes ibi deponentes de confessione non erant singulares, & deponebant de eodem actu, in quo juvabant illum unicum testem deponentem de professione.

13 Hæc tamen opinio, quæ verior est, non simpliciter accipienda est, sed eo temperamento, quod ex testibus singularibus plena inducatur probatio, quoties illorum fides alijs adminiculis coadjuvetur: sicque debet interpretari Bart. in l. admonendi n. 48. ff. de jurejur. qui indistincte docuit, ut duæ semiplenæ probationes debeant conjungi. Cujus opinio in hoc Regno observari debet ex Ordin. lib. 3. tit. 64. in princ. maxime quando pro ea est communis opinio, de qua per Zevallos d. quæst. 703. licet ex moderniorum sententia alia communis in contrarium adsit, quia lex Regia jubet sequi communem, non contra communem, maxime quando pro prima communi est Bart. opinio, qui indistincte duos testes efficere plenam probationem, licet singulares, si ad eundem finem tendunt, supponit.

14 Unde inferendo ad nostrum casum sine dubio est, debere horum duorum testium dicta conjungi, ut plena dotis efficiatur probatio, cum agatur de probanda dotis certæ promissione: super cujus probatione deponit primus testis, se de mandato Rex dotem promississe, & ejus jussu, cui accedit alius testis, qui pariter de eadem promissione plene deponit, & se fuisse dotis mediatorem, quibus duobus testibus in fine convenientibus præmissionis factæ, licet de diversis actibus, accedit alius testis, qui profitetur, se Rex audivisse asserere se dotem filix constituisse illius quantitatis, de qua priores testes deposuerunt: insuper additur pro adminiculo



culo confessio ipsius Reæ, quæ agnovit in articulis se constituisse dotem, licet non tam amplam, quæ confessio comprobatur illud, quod à testibus dictum fuit, & ipsorum fidem maxime juvat: & facit, quia quando plures actus habent unam tantum originem, & unam causam, illa origo recte probatur per testes singulares respectu actuum, Gu-tierr. ubi supra num. 10. Quod etiam obtinet in delictis, ut probationes, quæ in fine conveniunt, jungantur, tenuit Barbosa in l. 2. 1. part. in princip. num. 81. ex glossa in cap. veniens de testibus, etiam quando probationes sint diversæ speciei, quod apud nos non puto verum ex Ordin. lib. 5. tit. 13. §. 7. & tit. 71. §. 7. Ubi in illis casibus specialibus testes singulares admittuntur, & non aliàs: nos vero agimus in civilibus, & de probationibus non diversæ, sed ejusdem speciei, & tot adminiculis, & dictis aliorum testium, de quibus in processu roboratis: quod si objiciatur ex his duobus testibus solam confessionem dotis probari, quæ confessio parte absente tantum semiplenam facit probationem: fatisset, quod confessio parte etiam absente in dote plenam probationem efficit, l. cum de indebito §. ultim. ff. de probation. Mascard. conclus. 343. n. 34. Gabriel de confess. cōcl. 1. n. 35.

15 In tertia quæstione non est dubium matrem teneri dotare filiam, quando defuncto parente ipsa bona possidet, in quibus filia legitima parentis debetur, licet enim dotare filios sit patris officium l. fin. C. de dotis promiss. Gomes in l. 80. Taur. num. 12. Tamen deficiente patre, matrem illa obligatio sequitur: nec obstat l. nec mater C. de jur. dot. quæ matrem non adstringit ad dotandam filiam, ut per Vivium lib. commun. verbo mater fol. 87. Quia fatisset procedere vivente marito, quia eo mortuo, pariter ac ipse officio judicis compelli poterit, ut dotet, si dives sit, ex Cyn. Bald. & Salycet. in d. l. nec mater, & est recepta sententia ex Claudio

in l. 1. ff. solut. matrimon. col. 3. Ias. in §. fuerat num. 15. Instit. de action. Boer. quæst. 129. num. 3. Corras. in l. qui liberos ff. ritu nupt. num. 112. & eam teneri per modum alimentorum dicit Alex. in d. l. 1. num. 21. quam obligationem etiam pro modo facultatum extendit Ripa ibi num. 97. & sic non bene constant quæ Gomes l. 50. Tauri num. 24. quem refutat Covar. lib. 3. resol. cap. 19. n. 3.

Atque ex his Senatus censuit, ex illis duobus testibus cum alijs adminiculis dari legitimam dotis promissæ probationem, juncta Reæ confessione in articulis emissa, non ad integros 20. mille aureos petitos, sed ad dictos quinque mille aureos à matre confessos, & ad maius de Estremós, in quo testes illi conveniebant.

16 Cui decisioni non obstat, quod testes erant mediatores contractus matrimonij, ex quo in testes produci non poterant, ut per Mascard. concl. 1039. Gabriel sub titulo de testibus, concl. 20. Decius conf. 463. n. 12. Paris. conf. 58. num. 82. vol. 4. prosequitur Gama in simili casu d. decis. 32. num. 1. Respondetur enim, quod licet mediatores, & proxonetae attento jure communi propter causæ affectiones repellantur, tamen de jure Regio aliter se res habet, quod quidem nostrum jus commune est, ut per Cabed. decis. 106. num. 9. & decis. 100. num. 13. & 211. de jure enim Regio etiam proxonetae admittuntur ad testificandum ex Ordin. lib. 3. tit. 59. §. 19. & lib. 4. tit. 2. §. 2. & lib. 1. tit. 48. §. 21. Imò quod magis est, quod quando non dubitatur de contractu, si super quantitate rerum solum controvertitur, proxonetae dicto, & testimonio standum est, ex d. §. 19. in fine. Cum ergo in præsentem constet, illum testem consanguineum, nuntium, & mediatorem dotis fuisse, & Rea non diffiteatur se dotem promississe quoad quantitatem ipsius, mediatori plena fides adhiberi deberet: ex quo apparet dubiam reddi opinionem doctissimi Gamæ ad dictam



Etam legem Regiam, quia in matrimonio probando mediator admittitur ex Mascard. ubi supra n. 24. & 28.

Nec pariter obstat, quod in contrarium adducebatur ex l. testium, quod

hoc casu quinque requirebantur testes, quia duo sufficiunt. Valasc. d. alleg. 72. n. 19. Sic iudicavimus 3. Novembris 1616. fuit Scriba Gomes.

## SUMMARIA.

**M**arito immobilium, & ususfructus alienatio prohibita est.

2 Explicata Ordin. lib. 4. tit.

98. §. 2.

3 Pater usumfructum sibi à lege delatum remittere potest.

4 Maritus licet non alienet quasita, tamen alienare potest quærenda. Ponderata Ordin. lib. 4. tit. 48. ibi.

5 Possessori maioratus licet administrationem in sequentem transferre.

6 Si pater filio remittit fructus maioratus, non tenebitur filius conferre fratribus.

7 In repudiatione fructuum adventitiorum non datur fraus.

8 Contrarium verius quod uxor agit pro parte ususfructus renuntiati.

9 Ordin. explicata lib. 4. tit. 98. §. 2. Ratione fructuum datur commu-

nicatio etiam in societate particulari. ibi.

10 Pater non conficiens inventarium privatur bonis, & usufructu.

11 Explicatur Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 1.

12 Maritus potest nocere uxori omitendo.

13 Marito solum imputatur, si dolo desijt acquirere.

14 Si maritus aluit filios alterius matrimonij, secunda uxori sua pars salva esse debet.

15 Divisio fructuum pendentium quomodo fieri debeat matrimonio separato.

16 Confutatur opinio Valasci in dividendis fructibus.

17 Divisio quomodo facienda.

18 Fructuum non mutuorum divisio fit, computato valore ipsorum.

19 Quomodo in redditibus certis, prout est census, fiat divisio.



## DECISIO LV.

*An pater in præjudicium secundæ uxoris possit filijs primi matrimonij fructus legitimarum remittere? Et an alimenta data filijs secundæ uxoris pro sua parte solvenda sint? Explicatur Ordin. lib. 4. tit. 48. & tit. 98. §. 2.*



**F**ilij Doctoris Petri Nunez da Costa Senatoris Aulici eo defuncto contra novercam D. Mariam de Faria super bonorum divisione litē moverant, & circa plura torquebantur, allegando nullitates partitionum, super quibus iudex sententiam protulerat, plures insuper errores proponentes, qui resarciendi forent: & quia Senatui placuit, ut illæ partitionibus læsiones componerentur juxta praxim, quæ vetat eas annullari ex his, quæ Valasc. de partition. cap. 39. num. 70. juncta Ordin. lib. 4. tit. 96. §. 18. Dubia, quæ in processu versabantur, in eo erant, an potuerit pater post secunda vota remittere filijs primi matrimonij usumfructum, quem habebat in bonis legitimæ ipsorum. Secundum, an alimenta, quæ filijs primi matrimonij de communibus bonis præstita fuerunt, deberent pro sua parte uxori exolvi. Tertium, an fructus pendentes ex prædijs censualibus essent dividendi, ut fierent communes, etiamsi tempore mortis penderent.

1 Et quod attinet ad primum dubium sine illo est, quod soli marito sicut immobilium, sic ususfructus alienatio interdicta est à lege Regia lib. 4. tit. 48. in princip. ibi: *Em que cada hum delles tenha o usufructo*: qui inter immobilia computatur, ex Tiraquell. de retract. 1. part. §. 1. gloss. 5. num. 55. Casfan. in consuetud. Burgund. rubr. 10. §. 1. gloss. 3. num. 24. quia est pars fundi legalis, idest integralis non subjectiva, seu prædicamentalis, text. in l. qui usumfructum, ubi Bart. num. 3. Angel.

Alex. & Imol. ff. de verbor. l. 4. ff. de usufruct. l. si ab emptore ff. de evict. idem Bart. in l. Mævius §. fundo ff. de legat. 2. exornat Peralta in l. Lucio Titio 23. ff. de leg. 1. num. 1. Unde vel ususfructus est, & pars fundi dicitur, quia causatus à domino rei possessæ, Pinel. in l. 1. 2. part. num. 10. C. de bon. matern. gloss. in princip. Instit. de usufruct. DD. in l. 1. ff. solut. matrimon. Barbosa in l. usufructu illo titulo à principio.

Vel sit formalis, qui est servitus de per se, & ejus separatum ab ipso dominio, ut per Ias. in l. plane 34. §. pen. ff. de leg. 1. Bart. in d. l. qui usumfructum, ubi Ias. numer. 5. utroque modo alienatio prohibetur inconsulta uxore propter grave ipsius præjudicium, sicut cætera immobilia, de quo Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 19. Valasc. conf. 77. num. 3. & conf. 83. & 85. num. 6. D. Caldas Pereira verbo cum non absimilis num. 33. & de emptione cap. 8. num. 6. & 7. Barbof. in l. 1. part. 5. ff. solut. matrim.

2 Obstat adhuc Ordin. lib. 4. tit. 98. §. 2. quæ permittit patri indistincte, ut remittere possit filijs usumfructum adventitiorum, quæ renuntiatio non videtur requiri expressa, quia sufficit tacita, si ex conjecturis colligatur patrem noluisse, ut sibi acquireretur, sicut sufficit tacita prohibitio, ne ususfructus patri acquiratur, ex Paulo in l. cum filio n. 18. Alex. num. 24. in fin. Ripa 69. ff. de leg. 1. Valasc. conf. 108. n. 34.

3 Secundo obstat, quod in nostro casu sine dubio videtur, ut pater usumfructum sibi à lege delatum beneficio legis cum oportet C. de bonis quæ li-



ber. remittere possit, cum constet ipsum cum dicta secunda uxore per dotem in forma juris communis contraxisse, Ordin. lib. 4. tit. 47. adjectis pactis dotalibus circa dotis soluto matrimonio restitutionem, quæ pacta efficiunt, ut per dotem, & arrhas contraxisse censeantur, Cabed. decis. 103. num. 3. Unde fit, quod cum inter sic contrahentes non habeant locum leges, quæ agunt de socijs omnium bonorum, quia hic contrahendi modus proprie accedit societati particulari, quia solum respicit lucra constante matrimonio acquisita, utique hæc lucra solum communicantur, quæ ex quæstu, vel industria conjugum acquiruntur, non vero quæ ex lege, vel legitima successione, vel legati, vel donationis titulo deducitur ex l. coiri ff. pro socio l. 7. cum seqq. eod. tit. gloss. in l. 3. §. 1. verbo cum specialiter eod. Palat. in repetit. rubr. §. 65. n. 63. Gama decis. 358. n. 1. & habetur in l. 3. tit. 9. lib. 5. Ordinam. ubi Matienço in gloss. 1. Barbof. in l. si ab hostibus §. fin. ff. solut. matrim. á n. 67. Cum igitur in hac specie nulla communicatio fiat inter conjuges, non debet censerī interdicta alienatio, quæ solum uxoris præjudiciū intuetur, quod hic non versatur.

4. Tertio, quia licet marito non liceat alienare acquisita matrimonio constante, quando immobilia sint, tamen quærenda alienare potest uxore inauoita, & inconsulta: sicut aliàs uxor, cujus in his rebus imbecillior est conditio, hæreditatē, & legatū sibi relictū, & jã delatum absque marito repudiare potest, & donationē, firmat Tiraq. in leges cõnubial gloss. 5. n. 31. quem citat Menchac. quæst. forens. cap. 13. n. 3. Quæ traditio licet in uxore dubia sit, quia mariti auctoritas læditur, insuper imprudēs uxor ruet forte hæreditatem lucrosam repudians, ut pōderat idem Menchac. citata l. 54. Tauri, quam in eo juri convenire contendit, quia hæreditatem adire, est quasi contrahere: quod cum mulier efficere nequeat ex Ordin. lib. 4. tit. 47. pater nec repudiare poterit ex reg. l. is

potest ff. acq. hæred. & facit l. magis puto §. fundū ff. rebus eorum, Tiraq. autem debet intelligi de uxore habente bonorum administrationem. In viro tamē dispar est ratio, sicque procedit l. qui autem §. 1. ff. quæ in fraud. creditor. quia habet bonorum administrationē etiam in abutendo, sed etsi §. consuluit ff. de petit. hæred. In cujus rei confirmationem pondero verba Ordinationis lib. 4. tit. 48. in princ. ibi: *Nem bens em que cada hum aelles tenha*: quæ supponunt interdctam esse alienationem bonorum jam acquiritorum: & in fine ibi: *Qualquer officio que tiver*: & in §. 2. ibi: *E cobrar essa possessão*. In quo ostendit egisse de re possessa, & alienata, non vero de quærendis, prosequitur Pinel. in l. 1. de bon. matern. 3. part. num. 103. & facit d. l. qui autem, & l. si postulante ff. ad Trebell. per quæ jura Gozad. conf. 97. num. 3. & 4. firmat creditoribus ex tali repudiatione fraudem non fieri, l. non fraudantur ff. de reg. jur. quod etiam procedit in legato, licet hoc videatur ipso jure quæri etiam ignoranti, ut in l. à Titio ff. de furtis, & sic repudiari non posse, ut dixit Alciat. in l. alienationis ff. de verbor. signif. non advertens, quod ille textus etiam loquitur in legato in verb. sed & illud. Atque Frideric. conf. 9. eleganter voluit Prælatum posse repudiare legatum ecclesiæ delatum, sequitur Lappus allegat. 26. Roman. conf. 184. alij, quos citat Alex. in l. legatum ff. de leg. 1. num. 2. ubi Socin. n. 2. quia non dicitur damnum pati in repudiatione, cum ejus patrimonium non diminuatur, l. 3. ff. de damno infect. textus autem in d. l. magis puto §. fundum, specialiter procedit in minore, sicut etiam l. in fraudem 45. ff. de jur. fisci: ubi favore fisci, non licet jura delata repudiare, & dicit casum specialem Gozadin. conf. 97. num. 7. gloss. 1. in l. 12. tit. 10. part. 5. Tellius in l. 4. num. 62. Vel dici potest in d. §. fundum veram dari alienationem, & ideo ibi annullari repudiationem, sed non est talis alienatio, quæ videatur fieri in fraudem credi-



creditorum, quia ad hanc requiritur patrimonij diminutio, ex Cagnolo in l. non fraudantur ff. de reg. jur. & sic ad hunc tantum effectum, ne fraus committatur, repudiatio legati fieri potest, non vero ad alios juris effectus, quia iuri alienat, qui legatum repudiat, argum. l. nemo ex socijs ff. pro socio.

5 Ultimo facit, quia possessori maioratus licet administrationem in sequentem transferre, l. patrem ff. quæ in fraud. creditor. per quem textum tenent Doctores posse patrem non retinere partem fructuum adventitiorum, quam lucratur ex filij emancipatione l. cum oportet §. cum autem C. de bon. quæ liber §. hoc quoque Instit. per quas person. nec creditores hanc remissionem revocabunt, ut iudicatum dicit Albericus ibi.

6 Unde si pater filio maioratum restituat in vita, utique filius nec fratribus fructus ex eo perceptos restituet, nec conferet: quod comprobatur Regia Ordin. lib. 4. tit. 97. in princ. ubi non adstringit filium ad conferendum fructus in vita ex donatis à patre perceptos, sed tantum post mortem patris, ibi: *Será obrigado trazer a collaçam as novidades, que os bens que assim tiver, renderem depois da morte dos doadores até o tempo das partilhas, &c.* Molin. de justit. disp. 238. vers. quando Valasc. de partition. cap. 13. num. 14. Unde cum filius non conferat fructus perceptos in vita, multo minus conferet perceptos post mortem; quia post mortem ad ipsum filium devolvitur maioratus successio, qui eum capit à primo instituyente: & dicta Ordinatio, dum fructus post mortem perceptos auferendos dicit, procedit, quando res donata erat conferibilis, quia per mortem patris redit ad patrimonium defuncti, & efficitur communis inter hæredes, cujus fructus eo casu augent hæreditatem. Cum igitur maioratus non sit conferibilis, nec fructus à morte defuncti, argum. l. unum ex familia ff. de leg. 2. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 4. numer. 6. l. Hærenius ff. de usur. Valasc. de partition. cap. 30.

num. 14. Mieres de maiorat. 4. part. quæst. 24. Molin. de justit. disp. 635. cessat collatio.

7 Sic igitur similiter & pater donare potest fructus sibi obvenientes à filio, quia in ea repudiatione fraus non inest, nec uxor potest conqueri, cum non alienatio sit, sed non acquisitio, quod marito licet, ex his, quæ Cabed. decis. 109. 1. part. Valasc. de partition. cap. 3. num. 5. nec morte mariti tales fructus ad collationem spectare possunt, ex supradictis tetigit Gama decis. 118. prosequitur Valasc. de partit. cap. 13. n. 144.

8 Verum his non obstantibus contrarium est verius in puncto juris, imò uxorem legitime agere posse pro sua parte ususfructus recuperanda, quam pater filijs remittere minime potuit: quæ veritas ex responsione ad objecta melius apparebit.

9 Non obstat in primis Ordin. d. tit. 8. §. 2. quia illa Ordinatio supponit terminos habiles, ut pater dimittat usumfructum, quando nullum aliud in eo consideretur præjudicium, quam ipsius alienantis, veluti quando in viduitate est, nulla secuta communicatione cum secunda uxore, prout in præsentibus, quia tunc obstat legis resistentia, d. tit. 48. quæ ususfructus alienationem impedit inconsulta uxore.

Nec obstat secundum fundamentum, quod matrimonium fuerit contractum per dotem, & arrhas, atque inita particularis societas, in qua non veniunt nisi acquisita ex quæstu: quia hoc procedit respectu proprietatis rerum quæsitarum, non vero respectu fructuum ipsarum, in quibus datur communicatio inter conjuges ea lege contrahentes, Barbof. l. 1. 1. part. num. 36. Cassan. rub. 4. §. 2. num. 6.

Nec obstat tertium, quod prohibitio Ordinationis solum quæsitata respicit, non quærenda: quia satisfit, quod alienatio adventitiorum, vel ususfructus debet fieri à patre, antequam illi acquiratur, aliàs minime fieri potest; nam licet per momentum resi-



deat in communione, sit acquisitum inalienabile: faciunt quæ Decius conf. 260. num. 5. Alex. in l. 3. ff. de damno infecto; quod quidem pariter procedit in hereditate, vel legato, Cabed. d. decis. 109. à num. 1. optime D. pater meus in repet. de inoffic. testam. n. 198.

10 Quare licet ita foret de jure in nostro casu, respondendum tamen ex alia ratione sustineri placuit usufructus alienationem, nempe quod constabat parentem post obitum primæ uxoris inventarium non confecisse, quo casu à lege Regia privatur pater ultra successionem filij, etiam usufructu: quæ quidem pæna ipso jure inducitur per Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 8. sic passim interpretata in Senatu: faciunt quæ Tiraquell. in l. si unquam verbo revertatur num. 119. Illud namque important illa verba: *Por esse mesmo feito*: prout in similibus casibus disponit Ordin. Regia lib. 2. tit. 16. in fin. & tit. 17. & lib. 2. tit. 45. §. 42. & §. 55. & tit. 48. §. 9. & lib. 4. tit. 71. in princ. & lib. 5. tit. 6. §. 10. & alibi.

11 Nec obstat, quod eadem lex Regia agit de privatione usufructus in oratione separata; ibi: *E se esse for seu pay, serà privado do usufructo de seus bens.* Ubi utitur verbo *serà*, quod non est latæ sententiæ, sed ferendæ, juxta gloss. verbo probetur, in l. jubemus §. fin. C. de sacros. eccles. Tiraq. ubi supra à n. 20. Cabed. 1. part. arest. 73. Quia satisfit, quod in eo versiculo censetur repetita clausula, *Por esse mesmo feito*, quam supra lex posuerat non conficiendis inventarium intra duos menses: quam etiam legem praxis non solum ad parentes, sed ad alium quemcunque, qui inventarium conficere tenetur, extendit, Valasc. de partition. cap. 8. num. 40. Gamma decis. 122. & 184.

12 Unde cum maritus possit nocere uxori per omissionem, seu gerendo actum, ex quo pæna afficiatur, hæc alienatio non censetur comprehensa sub prohibitione legis, cum ex necessitate juris procedat, atque ideo potest

maritus non solvendo canonem nocere uxori, & emphyteusim amittere, maxime si propria ipsius sit, non uxoris, Menoch. conf. 88. num. 42. & conf. 182. num. 14. Surdus decis. 102. num. 6. & decis. 286. numer. 8. Cabed. decis. 154. 1. part. Sic promissionem à defuncto factam, cui ipse successit, adimplere potest, Corras. in l. 2. ff. de servit. num. 9. Menchac. illustrium cap. 32. numer. 13. Tiraq. ad leges Connubial. gloss. 8. num. 184. Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. part. num. 24. Roland. conf. 21. n. 3. Burgensis in præmio legum Tauri num. 306. Ex quo fit, quod cum maritus bonam fidem agnoscens confessus fuerit se inventarium debito tempore non confecisse, & cum semper habuisset animum remittendi usumfructum filijs primi matrimonij, non puto illam confessionem fraudulentam, cum ex inspectione inventarij appareat extra tempus debitum fuisse confectum.

13 Atque ex his in hac prima parte sententiam revocandam duximus, quia marito non potest imputari, nisi probetur dolo delijisse acquirere, l. sed et si lege §. proinde ff. de petit. hæred. ibi: *Sive dolo possessionem noluerit admittere*, l. 2. ff. de hæred. vel actione vendita §. sed et si, ibi: *Dolo malo factum est quominus ad eos perveniat*: & ibi declarat textus, quando dicatur commissus dolo, & est bonus casus in l. 1. §. et si ff. si quis omitt. causa testam. ibi: *Dolo autem malo fecerit, quominus possideat, eventit, ut perinde teneatur, ac si hereditatem adivisset.* Unde cum de dolo mariti non appareat, imò ejus confessio veritate actorum comprobetur, illius dicto standum est.

14 In secunda autem questione, an alimenta filijs præstita matrimonio constante debeant pro sua parte uxori præstari? Dicendum est cū Bald. in l. hac editali C. de secundis nupt. quem sequitur Burgos quæst. civili 8. num. 18. quos citat, & sequitur Valasc. conf. 118. à num. 2. idem Bald. in l. si paterno numer. 2. C. de secund. nupt. & cum Surd. tit. 6. quæst.



6. quæst. 11. num. 4. & tit. 4. quæst. 12. num. 4. uxori suam partem solvendam, cum ipsa non teneatur filios alienos ex suo alere, alimenta enim filiorum primi matrimonij solum ad patrem spectant ex ratione Ordin. lib. 4. tit. 95. §. 4. Valasc. conf. 103. num. 36. Gama decis. 177. & decis. 366. n. 6. & quia iudex aliter sensit, ejus in hoc sententiam revocavimus.

15 In tertia quæstione circa fructus pendentes dividendos iudex pronuntiaverat, ne dividerentur, cum ante diem, quo colligi deberent secundum legem locationis, maritus decessisset. Quæstio quidem est ardua, quotidiana, & scitu digna, quam tetigit Valasc. in sua praxi partition. cap. 29. per tot. licet ibi egerit de divisione fructuum, quando matrimonium fuit contractum in forma juris communis, & omiserit casum, in quo secundum legem Regni contrahitur, in quo fructus rerum tanquam capitale communicantur, quia contrahentes ad instar sociorum omnium bonorum contrahere censentur.

Insuper vir ille doctissimus fructuum divisionem inter conjuges faciendam decernit ex dispositione l. divortio ff. solut. matrimon. Ubi ex Papiniani sententia communis habet ex verosimilitudine uxoris fructus primum vindemiæ reputari fructus sequentis anni, ita ut simul cum illis fructibus sequentibus unum corpus efficiant, & marito acquirantur pro tempore matrimonij, & quo maritus sustinuit onera conjugij, explicat Barbosa in d. l. divortio à numer. 10. & 12. vers. ego opinionem Papiniani.

16 Verum miror virum illum doctissimum non advertisse hæc, quæ tradit, & deducit ex intellectu d. l. divortio, apud nos servari non posse, cum in d. l. divortio fructus dividantur ratione onerum matrimonij, l. pro oneribus C. de jure dot. pro rata temporis. At vero apud nos ratione societatis tacitæ, quæ versatur circa fructuum, & acqui-

sitorum communicationem, de quo apud Hispanos etiam extat l. 5. tit. 9. lib. 5. Ordin. Unde marito fructus non sunt adjudicandi pro rata temporis, quo onera subjicit, ut ipse docet numer. 19. sed potius dividendi sunt æqualiter, quasi inter socios: quod apud Hispanos ita faciendum testatur Ayora de partition. cap. 9. num. 1. & post eum Barbosa in d. l. divortio in princip. numer. 27. vers. sed potius, ubi dicit non standum legi divortio, sed recurrendum ad regulas l. pro socio 38. in fin. ff. pro socio, l. videamus §. ex causa ff. de usur. Gregor. l. 26. tit. 11. part. 4. Gomes l. Tauri 50. num. 11. Matienç. l. 4. tit. 9. lib. 5. Ordin. gloss. 1. num. 2. & ibi Azeved. num. 27. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 11. num. 6. quos Barbosa citat, idem Barbosa num. fin. in fin.

17 Unde fit, quod si apud nos uxor contrahat per dotem, & fructus rerum dotalium jam collegerit, tunc fructus illi marito non acquirantur, sed augeant uxoris dotem, sicut alia quælibet mobilia, quod si pendent fructus, tunc dotem augment pariter, ut & rei, & fructuum fiat æstimatio l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopilat. Ayora d. cap. 9. num. 3. Si vero contrahant secundum legem Regiam, si collecti sint, communicabuntur, utique non tanquam fructus, sed tanquam capitalia. Si vero fructus pendent, ut quia pendebat vindemia tempore matrimonij secundum legem Regiam contracti, tunc fructus communicabuntur quasi inter socios, cum jam ex re communi percipiantur, ex reg. l. si quis putans 6. §. 1. ff. commun. divid. l. qui scit in princip. ff. de usur. in quo non videtur bene advertisse Barbosa d. num. fin. vers. tamen & nati, dum hoc ultimo casu fructus communicari sentit tanquam capitalia, cum potius cõmunia sint, quia fructus ex capitali jam cõmuni percipiuntur, unde nequam diverso jure utatur à divisione legis divortio.

18 Ex quibus sequitur, quod si agimus de fructibus ex dote dividendis soluto jam matrimonio, tunc vi-




detur habenda ratio l. 10. tit. 4. lib. 3. fori, quæ eleganter distinguit, an fructus seminati sint, & appareant ex arboribus, quia tunc dividuntur pro rata temporis; sed quia lex illa apud nos non extat, recurrendum est ad jus commune, & ad decisionem d. l. divortio, prout sensit Valasc. d. num. 19. sed aliter Barbosa ubi supra numer. 27. Imò æqualiter fructus dividendos dicit ex Gregorio in l. 26. tit. 11. part. 4. gloss. fin. Gomez in d. l. 50. num. 11. Quod apud nos locum habet, cum tacita etiam contrahatur societas respectu acquiritorum, prout apud Hispanos disponit d. l. 5. tit. 9. lib. 5. Ordin. quia tamen inconvenit, ut fructus futuri, & immaturi in medio anni cursu dividantur, fiet eo tempore secundum statum præsentem æstimatio fructuum, & illa æstimatio dividetur, ita ut augmentum, quod postea accreverit, cedat lucro domini, pungit Ayora d. cap. 9. num. 3. Azeved. in d. l. 4. tit. 9. lib. 5. num. 27. Quod quidem tam procedit in matrimonio contracto per dotem, & arrhas, ac contra-

cto secundum legem Regiam, cum utroque casu æqualis fructuum detur communicatio, nisi aliter contrahentibus placeat; quod quidem tam in naturalibus fructibus, quam in civilibus obtinebit, quando scilicet fundus locatus est.

19 Unde in censu, vel alijs similibus pensionibus, in quibus nullum periculum considerari potest, sed certo solvendæ sunt, dempto, seu compensato exactionis labore, vel alijs, quæ extrinsecus considerari possunt, & facta computatione temporis, quo societas illo anno duravit, fiet divisio fructuum, qui etiam æstimari debent secundum præsentem statum, ut scilicet superstes conjux solum solvat, quantum illa pars fructuum suo tempore colligendorum modo valeat, & æstimari debeat.

Unde in præsentem non bene se iudex gessit, negans pensionum debitarum divisionem, quasi decedente marito ante diem solutioni adjectum nihil ei fuerit acquisitum: Scriba Gaspar Garces.

## SUMMARI A.

- 1  *Contractus affecurationis validus est: susceptio periculi nõ reddit conventionẽ illicitam. ibi.*
- 2 *Interpretat. cap. navigãti de usur.*
- 3 *Affecurationis contractus magis assimilatur emptioni. Causæ mercatorum ex bono, & æquo deciduntur. ibi. Trajectitia pecunia quæ sit. ibi.*
- 4 *Pecunia affecurata excedit mutui terminos.*
- 5 *Interesse, ut hoc casu sit justum, ex natura contractus, & communi usu æstimandum.*
- 6 *Contra naturam affecurationis non est, ut fiat in navi mercibus vacua scienter.*
- 7 *Dominus mercium dupliciter periculum suscipit: Vel in pecunia data, vel in navi refecta. ibi.*
- 8 *Si suscipitur in re aliena, illud periculum emitur.*
- 9 *Quando affecurationis periculum suscipitur in navi, an ipsa diruta affecuratores teneantur in totum? Navis, quæ reficitur eadem carina manente, eadem est. ibi.*
- 10 *Navis corpore extante affecuratores non tenentur.*

*Quid*



*Quid si magister à pluribus sub  
periculo ejusdem navis pecunias*

*exposcat. ibi.*

## DECISIO LVI.

*De assecuratione mercium sub periculo navis. Ad Ordin. lib. 4. tit. 67.*



**E**duardus Fernandez Solix 600. mille nummos cuidam navis magistro navigaturo in Indias Occidentales dedit sub pacto solvendi 70. pro 100. cujus pecuniæ periculum in navis corpore suscepit sub forma, & clausulis consuetis juxta regium diploma in domo publica assecuratorum servatū. Navis à piratis capta fuit, & expilata, bellicisque quassata tormentis à piratis, postea dimissa, quia inutilis reperiebatur, portum proximiorum magno cum labore, & periculo navigantium appulit, ubi refecta est. Hanc pecuniæ quantitatem Magistro sub gravibus usuris traditam dictus Eduardus assecuravit in publica domo, & secuta jactura assecuratores pulsabat: ipsi multa opponebant, inter quæ illud erat, quod navis extabat, & vivebat, ut ita loquar, quare cum non perierit, non commissa erat obligatio, licet enim constaret per partes refectam fuisse, ut ad navigandum utilis redderetur, tamen eadem carina manente eadem est navis. Insuper quod ab alijs Magister summas receperat, quæ excedebant valorem navis, & sic quod incepit non valere contractus assecurationis pro excessu. Tertio, quod saltem deberet fieri computatio valoris navis, quæ extabat. Quibus non obstantibus sententia condemnatoria lata est, & placuit prudentissimis Senatoribus confirmandam, quibus accessi: & quia res est quotidiana, in animum induxi eam altius aperire. Et notabam materiam resolvendam esse sub sequentibus dubijs. Primum erat: An hic modus con-

trahendi valeat, & sub quo intéresse? Secundum: Assecuratorum periculum in quo consistat? Tertium: An salva manente navi teneantur assecuratores, & pro qua parte?

**1** Et quoad primum de validitate contractus assecurationis nemo ambigit, quia illa susceptio pericali, & dubij eventus recipit æstimationem in pecunia, D. Thomas 2. 2. quæst. 99. art. 8. August. de doctrin. Christian. 3. tom. lib. 1. cap. 28. & 2. tom. cap. 108. ex regula 1. periculi ff. de nautico fænore, l. si jactum ff. de action. empt. l. sed etsi quis ff. si quis caution. l. fistulas §. frumenta ff. de contrah. empt. prosequitur Valasc. conf. 64. num. 2. & conf. 18. à princip. Rebello de obligation. justit. lib. 16. de contract. assecuration. quæst. unica num. 1. Molina Theolog. 2. part. disp. 507. à princ. Santarens. in tract. de assecurat. in princ. num. 6. 6. tomo tractatum fol. 348. Surdus conf. 306. num. 4. Stracha in titulo de assecurat. in princ. num. 44. Ubi pro hac opinione citat text. in l. & hæc distinctio ff. locati, & addit quod susceptio periculi non reddit conventionem illicitam, nisi & ipsa sit illicita, cap. fin. de usur. facit l. juris gentium §. item si quis pactus ff. de pact. l. Ariston. ff. mandat. l. 1. & l. si in venditione ff. pericul. & commod. reivend.

**2** Nec obstat cap. naviganti de usur. ubi Gregorius IX. ex assecuratione pecuniæ susceptæ à creditore usuram esse diffinit: quia ultra responsionem Stracha ubi supra in princ. num. 30. & 31. & Santarensis in princ. num. 7. & Valasci conf. 18. num. 4. respondetur, quod ille textus ex mente maiorum Medinæ, Soti, & aliorum, quos citat



Navarr. in cap. fin. de usur. à princip. & in summa cap. 17. num. 184. habet esse usuram, si creditor exigat assecurationem, quam mutuarius alias non iniret, quia si assecuratio cum debitis circumstantijs fiat, & soluta sit pecunia mercedis assecurationi correspondens, etiam cum mutuuario, nil impedit, ut valeat, Stracha ubi supra num. 31. sequitur Rebello ubi supra num. 13. late Molin. disp. 308. omnino videndus.

3 Supposito igitur, quod sit licitus contractus lege maris receptus, & comprobatus, & quod emptioni potius assimiletur, ut censet Valasc. d. conf. 64. num. 8. quem sequitur Molina ubi supra vers. ad quam autem: licet Rebello ubi supra dicat innominatum num. 4. cum Sylvestro verbo negotiatio quæst. 5. & stricti juris, quod repugnat bonæ fidei, quæ inter mercatores semper exuberat, quorum causæ ex bono, & æquo judicantur, ultra alios Barbofa in l. 1. ff. de judic. art. 1. numer. 127. Puto non bene Valascum regulas trajectitiæ pecuniæ, & nautici fænoris ad assecurationis negotium accommodasse, d. conf. 18. num. 6. quia trajectitia pecunia est illa, quæ trans mare vehenda mutuo datur periculo creditoris, l. 1. ff. de nautico fænore, dictaque est usura, quæ pro hac pecunia solvitur, usura nautica, l. fæneratori ff. illo titulo. Unde si pecunia data sit ad merces emendas in portu, vel alias res, non est talis pecunia trajectitia, Donel. in titulo C. de nautico fænor. n. 4. ad fin.

4 Ex quibus apparet hanc pecuniam excedere communis mutui terminos, quia cum deberet fieri accipientis, & recipienti perire, §. is qui Instit. quibus modis re contrahitur oblig. tamen contra naturam mutui creditor in se periculum recipit, & ideo hoc periculum maiori lucro pensatur, l. 5. ff. illo titulo, & ideo in l. fin. illius tituli hæc usura dicitur pæna, l. qui Romæ §. Calimachus ff. de verbor. obligation. Ex quibus apparet in assecurationibus nostri sæculi longe aliter negotium ge-

ri, nam vel merces immittuntur, vel pecunia in navi aliena, super quibus fit assecuratio, & non est trajectitia, quia non est mutua. Deinde mutuatur nauticæ pecunia, ut navim componat, vel victum emat, & in hac pecunia mutuans subit periculum in ipsa navi, & pariter non est trajectitia, quando in portu ex illa pecunia merces, vel aliud emitur, desinit esse trajectitia: quare constat aliunde resolutionem petendam.

5 Quale autem debeat esse interesse in assecurationibus, ut sit justum, hoc semper æstimandum est ex natura actus, & communi hominum æstimatione, Rebello ubi supra num. 3. argum. text. in l. si voluntate C. de reivindic. Ordin. lib. 4. tit. 13. ibi: *Verdadeira, & geral estimaçãõ*: Pinel. in l. 2. 3. part. cap. fin. num. 15. Matienço l. 1. gloss. 2. & 4. tit. 11. lib. 5. Zevallos quæst. 644. á num. 1. Valasc. conf. 43. num. 5. Gama decis. 94. Azeved. l. 1. tit. 11. lib. 5. num. 11. Consuetudo namque regionis, & patrisfamilias attenditur, D. Caldas Pereira, de nomin. quæst. 7. num. 11. & quæst. 23. num. 7. & 10. Bart. in l. neque ff. de legib. Morla in empor. tit. 2. quæst. 26. num. 7. Unde obiter illud tenendum, quod non bene sentit Rebello numer. 8. dum absolute sentit non valere assecurationem, nec pretium deberi, si merces non extant, quæ assecurari possint, quia licet in assecurationibus omnis fraus removeri debeat, ut in eo, qui assecuravit, cum sciverit, vel scire potuerit, (quia hæc duo æquiparantur, ut probat lex Regia lib. 3. tit. 21. §. 5. & §. 6. in fin. & tit. 86. §. 16. & tit. 88. in princip. & tit. 91. in princip. ibi: *Tevezaçãõ de saber*: & lib. 4. tit. 10. §. 9. & tit. 48. §. 5. & lib. 5. tit. 14. in fine) merces esse deperditas, non valet contractus, ut in suo casu Gama decis. 181.

6 Tamen contra naturam assecurationis non est, quod in nave mercibus vacua partes convenienter scienter super assecuratione, & componant, quod si navis non perveniat ad portum, earum pretium solvatur, quia talis contractus



Soto lib. 6. de just. quæst. 7. art. 1. quem sequitur Molin. d. disput. 507. vers. longe diversus, sicut ex parte assessorum nihil interest, ut navis, super qua fit assessoratio, plus vel minus valeat, ut statim dicam.

7 In secunda quæstione: In quo consistat assessorum periculum, notandum est, quod dominus mercium, vel pecuniæ duobus modis periculum ejus subit, vel tradendo merces Magistro navis, ut trajiciantur, & tunc subit periculum in re sua, quæ secundum vulgares regulas domino suo perire debet, quocunque modo sine fraude pereat, l. statuas ff. de religios. & sumpt. Paulus in l. nave Sauphei ff. locati, Santarenensis 3. part. ex num. 5. Palat. in repet. cap. per vestras § 9. num. 5. & 6. Valasc. conf. 18. num. 2. Vel secundo casu, quando pecuniam dat Magistro navis ad navem ipsam reficiendam sub usuris, subeundo periculum ipsius in ipsa navi, & sic in re aliena: & hic est usitatissimus contrahendi modus, cujus contractus meminit Mercado 4. lib. de contractib. cap. 13. Molin. d. disput. 507. vers. paucis dicam, ubi tenet dissuadendum tanquam non licitum ob excessum usurarum, & quando nihil aliud obstat, in manu paciscentium est intra limites justitiæ contrahere.

8 Utroque casu licite contractus assessorationis fieri potest, vel dominus rei suæ periculum sustineat, vel illud sustineat sub re aliena, & non sua, quia tunc illud periculum emittitur d. l. periculi pretiam ff. de nautic. fænor.

9 In tertia quæstione multa occurrunt, quæ ipsam dubiam reddere possunt in secundo membro supraposito, quando quis periculum subit in ipsa navi, & plaustris, seu armamentis ipsius, si contingat, (prout in nostro casu contigit) quod navis à piratis capta sit, & tormentis quassata cum magno detrimento malorum, & armamentorum dimittitur, an eo casu assessoratores teneantur in totum, vel solum respectu

damni illati in corpore navis: & præfenti casu non parum urgebat, quod postquam navis à piratis capta fuit, Magister portum adit, ubi refecta navi per partes, & instructa in patriam remeavit: dicebant assessoratores se nulatenus teneri, cum incolumis navis evasisset, quia etiam si dilacerata esset, cum tamen postea refecta fuerit, eadem carina manente, non est dubium eandem navem esse, Paulus in l. sed etsi ff. de acquir. rerû domin. l. Mutius ff. de reivend. ibi: *Nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*: l. quod in rerum 24. §. fin. ff. de legat. 1. explicat Conan. lib. 3. cap. 6. col. 2. quia navis, quæ per partes tantum refecta est, & pristinæ saluti restituta, eadem navis est, & non diversa, secundum id, quod in l. quod tamen 10. ff. quibus modis ususfructus, quia refectio magis conservandi, quam amittendi dominij causa facta est, ex Caio in l. si ita legatum ff. de leg. 1. ibi: *Si eadem domo destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, dicimus interire legatum*: tradit Afflict. decis. 392. Brunus de refectioe conclus. 5. num. 47. & lib. de interitu conclus. 5. & 7. idem Afflict. in cap. 1. §. fin. num. 31. Capic. Corrad. Bello conf. 1. num. 7. & habetur in l. si grege ff. de legat. 1.

10 Ex quibus videtur assessoratores, qui periculum subeunt in corpore navis, quod illa vivente non tenentur: unde si à piratis capiatur, & destruantur armamenta, rostra, vel clavus, malaque proscindantur, utique si tunc evadat, debet æstimari navis in eo statu, in quo relicta fuit, ut illud pretium deteriorationis solvant; residuum vero à Magistro petatur: quod si contigerit Magistrum à pluribus personis pecuniam sub eodem periculo suscepisse, ut quotidie videmus, adeo ut maximam pecuniæ quantitatem accipere soleant sub periculo navis, quam ad saxum allidunt, ut divites evadant: hoc, inquam, casu, non fit computatio inter assessoratores, vel creditores, sed quilibet tenetur pro summa securata, quia ex contractu



tractu convenit de tali periculo in illa navi, & valet conventio, licet in ea alij similem sponfionem faciant, quia rem fuppositam æquivalere fponfionibus, feu affecurationibus nihil ad eos pertinet, ut fupra diximus valere affecurationem etiam fine rebus, dummodo fiat fcienter. Ideo quilibet pro fua affecuratione folvet, & pro parte navis, quæ extat, fit computatio valoris ipfius refpectu etiam omnium creditorum, &

quilibet à Magiftro integrum valorem exponcit, quia ficut ille à pluribus pecuniam accepit, quæ excedebat valorem navis, fic pariter omnibus refpondet pro valore navis, quæ refat incolumis, ut qui pecuniam dedit, quæ refpondeat dimidietati navis, quando navigabat, fic pariter dimidium ejus partis, quæ extat, accipiat, ejufque valorem, & fic de cæteris: Sicque placuit Senatui in hoc cafu faciendum: Scriba Viana.

## SUMMARI A.

- 1 **P**rivilegium Hospitalis, ut redditus operibus pijs applicati, fi tempore debito non diftribuantur, Hospitali Regio applicentur, debet obfervari.
- 2 Dubitare non licet de juribus indulti apoftolici.
- 3 Difficultates, quas fi defunctus promeditaffet, aliter difpofuiffet, confiderandæ funt.  
Pro commutandis operibus pijs quando ad Pontificem recurrendum. ibi.
- 4 Quando commutatio fit nulla præcedente caufa, neceffario S. Pontifex adeundus eft.
- 5 Privilegium Hospitalis reftringendum.
- 6 Quando dubitatur de mente concedentis, non folum verba, fed & men concedentis attendi debet.
- 7 Explicantur verba Bullæ.
- 8 Sensus longo ufu receptus obfervandus eft.
- 9 Privilegij apoftolici interpretatio cujus fit.
- 10 Quando caufa eft gravis, S. Pontifex adeundus eft.
- 11 Quando relictum eft pauperibus, datur certitudo in genere.  
Quando legatum eft factum pauperibus certi loci, non pertinet ad Hospitalæ. ibi.

## DECISIO LVI.

An redditus capellæ operibus pijs deputati, fi ab administratoribus debito tempore non expendantur, debeant Hospitali hujus civitatis applicari ratione Bullæ à Summo Pontifice obtentæ?

**C**onveniebatur Antonius Correa Vieira coram Provifore Capellarum, ut exolveret, & ad-

impleret opera in institutione expreffa, quam condidit Emmanuel Lamego, in qua continebantur hæc verba: Serà obri-



obrigada a pessoa, que eu nomear na dita Capella, a mandar dizer em todos os annos por dia dos finados duas missas cantadas, & offertadas com doze paens, & duas canadas de vinho; & hũa destas missas se dirã em Nossa Senhora do Loreto, & outra em S. Frãcisco por vinha mulher, que Deos baja, &c. Petebat Procurator Hospitalis Regij hujus almæ Urbis, ut illa pia opera, quæ tempore statuto non erant adimpleta, dicto Hospitali applicarentur, sicut expressum erat in Bulla sibi concessa. Cujus verba sunt: *Nos hujusmodi supplicationibus inclinati auctoritate Domini Papæ, cujus pœnitentiariæ curam gerimus, & ejus speciali mandato super hoc vivæ vocis oraculo nobis factò, vobis, ut de cetero, omne illud, quod per sententias dictorum expeditorum penes Administratorem maiorem præfatum ad implendum voluntates defunctorum, ut præmittitur, hætenus forsitan depositum fuit, & in futurum deponetur. Dummodo si quæ certis personis, aut locis relicta fuerint, illis omnino persolvantur, reliquum in necessitatibus præfatis ipsius Hospitalis exponere, & exponi facere liberè, & licitè possitis, & valeatis, & ad illud alias in alijs operibus quantumcumq; pijs exponendum minime teneamini, nec ad id à quoquam quavis auctoritate compelli valeatis, veris existentibus præmissis tenore præsentium indulgemus, &c.*

Cujus Bullæ præmissa coram deputato executore ipsius justificata fuere, qui sententiam protulit in confirmationem ipsius, cujus verba sunt, ibi: *E o dito Procurador, que hora he, & polo tempo for, poderão livremente despender, & cõmutar todo o dinheiro, que ao presente está depositado, & pelo tempo se depositar por mandado do Ouvidor, & Desembargadores do dito Hospital para comprimento dos testamentos, & vontades dos defuntos naquellas obras pijs, a que o dito Hospital he obrigado, & a elles melhor lhe parecer, nam serão deixadas a pessoas, ou lugares certos, & assim, & da maneira, que lhe he concedido, &c.*

I Opponebatur contra petitionem Hospitalis ex verbis Bullæ sibi nihil

aliud permissum esse, quam posse exigere illud, quod deponeretur apud Hospitalis depositarium pro operibus pijs adimplendis sine ulla relatione, seu mentione loci, vel personæ, cum qua, vel in quo tale opus implendum sit, ibi: *Dummodo si quæ certis personis, vel locis relicta fuerint, illis omnino persolvantur: Unde quando actum sit de pecunia nondum deposita, quæ vel eroganda erat in certis operibus, prout missis, vel similibus in certa Capella peragendis, jam certo loco applicantur, nec sub verbis dictæ Bullæ comprehendi debent, quæ cum privilegium contineat, debet restringi, ut minus noceat, reg. odi. de reg. jur. lib. 6. facit optima Modestini decisio in l. legatum ff. de usu, & usufructu, ubi ait, quod in his operibus peragendis datur etiam respectus ad memoriam defuncti, ibi: *Vt memoria defuncti alio, & licito genere celebretur, l. legatum ff. administrat. rerum, ibi: Vt in eo munificentia ejus, qui legavit in scriptione notetur: Ubi Valens considerat defuncti memoriam, & utilitatem, ut illo loco, & tempore operæ impleantur, & non alio.**

2 Quam difficultatem ut evaderent Hospitalis procuratores, tres offerebant sententias conformes latas in judicio Ecclesiastico in casu magis arduo, in quibus decisum erat, quod ea, quæ testator jubebat expendi in ornamentis, & fabrica certæ Capellæ transacto tempore, non censebantur ex eo certæ personæ, vel loco applicata, sed quod ad Hospitalem spectabant, in alijs pijs operibus eroganda; cujus sententiæ verba sunt: *Mostrase o instituidor mandar fazer no mosteiro de S. Francisco desta Cidade hũa Capella, & que nella se puzesse retabolo, & ornamentos, declarando logo que para todas estas cousas tomava a terça de todos seus bens, & deixar o dito testador para missas, & ornamentos da dita Capella, que fossem necessarios, todas as rendas em cada hum anno do seu casal do Grajal, não deixando as sobreditas rendas a pessoa algũa certa, ou nomeada, que as*  
dita;



*ditas missas ouvesse de dizer, nem menos deixando o dito Casal à sobredita Capella, pelo que a clausula limitativa da dita Bulla, em que o juiz à quo fundou sua sentença, não ha lugar neste caso, antes conforme a dita Bulla o dinheiro depositado das ditas rendas, em que já he direito adquirido ao mesmo Hospital para os gastos em outras obras pias, senam pode já gastar em Missas da Capella, nem ornamentos, &c.*

3 His nervosis fundamentis ex utraque parte pugnabatur, & pro intelligentia hujus hæsitationis sequentia notabam. Primo, quod dubitare non licet de viribus apostolicæ concessionis, cum ad Summum Pastorem pertineat defunctorum pias dispositiones commutare, ut per Doctores per text. ibi in cap. tua nobis de testam. Clement. quia contingit de religios. domib. sicut alias in profanis commutatio requiritur per sæcularem Principem, l. i. l. legatum ff. de administrat. rerum l. liberto §. Lucius ff. de annuis legatis, Covarr. in cap. 3. de testam. & in d. cap. tua nobis num. 7. Nam licet defuncti voluntas legem contineat, & observari debeat in specifica forma, Auth. de hæred. & Falcid. §. ultim. Lucas de pæn. l. i. C. de expensis ludorum, Bald. conf. 129. lib. 1. vers. in contrarium, Simon de Prætis lib. 1. interpretat. 1. fol. 3. facit l. verbis legis ff. de verbor. l. omnium C. de testam. ibi: *Voluntates enim hominum audire volumus, non jubere*: unde voluntas non solum quoad substantiam implenda est, sed quoad modum, l. sed si ante ff. ad Trebell. Spino in rubr. de testam. part. II. num. 68.

4 Tamen quia aliquando vel in implemento dispositionis novæ oriuntur difficultates, quas si defunctus præmeditasset, verosimile est, quod aliter disposuisset, ut probat text. in l. in confirmando ff. de confirm. tutor. ibi: *Vel morum ante celata, vel ignorata emergerit improbitas*: l. utilitatem eod. tit. ibi: *Utilitatem pupillorum prætor sequetur, non scripturam testamenti*: sequitur Bart. in l. nemo potest ff. de legat. 1. Paris. l. 2. conf.

21. Craveta conf. 147. Clarus §. testamentum quæst. 66. & in tutore in testamento designato resolvit Monticulus de inventar. cap. 1. num. 44. Menoch. lib. 1. præsumpt. 46. num. 14. Mantica lib. 6. tit. 5. cap. 10. Montan. de tutel. cap. 37. reg. 2. n. 144. Simon de Prætis lib. 5. interpret. 1. dubit. 1. num. 58. 60. & 61. facit l. in his ff. de condit. & demonstr. Sarmiento select. lib. 1. cap. 8. num. 22. Ideo mutationem recipiunt ea, quæ disposita sunt, & mens observatur, dum verba non observantur. Et quanquam videatur ex supradictis semper ad Pontificem recurrendum fore, ex d. Clem. quia contingit, ubi Cardin. num. 3. & in cap. nos quidem, ubi Abb. num. 6. Imol. 13. de testam. Pinel. in rubr. de rescind. 1. part. cap. 2. num. 19. Rochus de jure patron. tit. de Diocæsan. consens. quæst. 25. à num. 3. Ripa de peste fol. 126. num. 28. Hypol. singul. 194. Navarr. lib. 3. conf. 31. num. 1. Covarr. variar. cap. 6. n. 2. Mieres de maior. 4. part. quæst. 1. n. 10. Molin. lib. 3. cap. 3. num. 11. Gomes l. 40. Taur. num. 89. Lara de Capellan. lib. 1. cap. 14. num. 16. Tamen ommissa distinctione illorum, qui differentiam constituunt inter pia opera jam executata, vel quæ adhuc pendent, ut dixit Imola in l. ff. de condit. instit. Guillelm. in cap. Raynutius verbo reliquit, n. 20. refert Lara d. cap. 14. num. 19. & 35.

5 Resolvendum est, quod quando commutatio fit nulla præcedente causa, quæ obstet operis executioni, tunc necessario Pontifex adeundus est, qui ob causas extrinsecas, quæ dispositionem non ingrediuntur, opera commutet, ex reg. d. l. in his, ibi: *Et vero, quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti juris rationem expediiri*. Quando vero in executione mandatorum difficultas orta sit, tunc sufficit Episcopum adire, ut in pluribus locis decidit Concil. Trid. sess. 25. de reformat. cap. 4. & 8. & sess. 7. cap. ultim. & sess. 22. cap. 6. de reformat. Lara ubi supra num. 24.

Ex quibus fit, quod cum in præsentia nulla



nulla difficultas versaretur ex parte operis, sed commutatio petita fuerit ad commodum Hospitalis, non per alium quam Pontificem potuit expediri.

6 Unde fit, quod cum hæc commutatio, & juris regulas infringat, & testantis ultimum elogium non modice violet, privilegiumque Hospitalis in eo contineat, debet restringi, ut minus noceat, sicut alias de jure est, ut odiosæ dispositiones restringantur, quæ à jure communi exorbitant, cap. 1. de filiis præbyteri. reg. odia de reg. jur. lib. 6. reg. quæ à jure eod. tit. Illud tamen semper observandum est, quod etiam in odiosis dispositionibus lata, & latissimam interpretationem fieri debet, quæ & verbis conveniat, & intentioni concedentis non repugnet; non solum enim quando constat concedentem velle, quod lata, vel latissima fiat interpretatio, illa facienda est juxta reg. cap. intelligentia de verbor. quia pro ea mens pugnat; sed etiam ubi talis interpretatio menti non repugnat, ex reg. l. non aliter ff. de leg. 3. Tiraq. verbo libertis num. 5. Sicque procedit text. in d. cap. intelligentia, cap. ad audientiam, & cap. ex parte de decimis, cap. quia circa de privil. l. si ancillas in fin. ff. de legat. 1. ibi: *Nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata*: Covarr. 1. resolut. cap. 20. num. 7. & lib. 3. cap. 5. in fin. Riminald. in rubr. de donation. num. 87. Tiraq. in d. l. si unquam verbo libertis num. 53.

7 Quando autem intentio concedentis colligatur, si dubium incidat, non solum attendi debent verba concessionis, sed etiam conjecturæ ipsius, quia non solum per expressa, sed & per legitimas conjecturas de dispositione constare dicitur, cap. 1. ibi, manifesta de cleric. non resident. l. licet Imperator. ff. de leg. 1. ibi: *Evidens diversa voluntas, quæ ex multis colligitur*. Tiraq. in d. l. si unquam, verbo donatione num. 158. sic procedit text. in cap. dilecti de decim. cap. suggestum eod. Bart. & reliqui in l. Titia ff. de auro, & argent. legat. Covarr. in cap. indicante, n. 4. & 5. de testam. Tiraq. de

pia causa privil. 25. Sarmiento lib. 3. select. cap. 3. n. 3. facit l. 3. ff. de cond. Princ. cap. olim de verbor. signif. Roland. conf. 80. n. 46. lib. 3. Menoc. cōf. 103. n. 36. lib. 1.

8 Ex quibus inferendo ad verba nostræ Bullæ, ibi: *Dummodo si quæ certis personis, &c.* licet videbatur, quod cum missæ, de quibus in institutione agitur, essent cantandæ in capella designata sub eleemosyna monachis elargienda, & quod tam ratione loci, quam personarum res erat certa, quia illæ missæ etiam habent rationem eleemosynæ monasterio relictæ, & sic certis personis debentur. Tamen secundum latam verborum significationem sequenda est concedentis mens, quæ non repugnat, imò pro Hospitali pugnat, cui ob magnas necessitates, & indulgentiam Summus Pontifex voluit elargiri ea omnia, quæ operibus pijs essent applicata, dummodo tempore debito non implerentur, exceptis his, quæ certis personis, vel locis essent dicata: quæ certitudo personæ, vel loci non debet accipi pro quacunque applicatione, quæ in certo loco debet impleri, sed quando ipsi loco legatum relictum est, vel personæ, ita ut non sufficiat esse relictum, ut in tali monasterio missæ celebrentur, ut ex hoc dicamus loco, seu monasterio, aut monachis aliquid relictum, cum locus, & monachi secundario, & per subauditum intellectum admittantur, sed quando directè ipsi monasterio, vel capellæ relinquitur, quia tunc solum S. Pontifex non intèdit legatarijs præjudicare, nec in dubio censetur illud efficere, ex reg. l. 2. ff. ne quid in loco public. l. nec avus C. de emancip. liber. Bald. in l. testamentum C. de testam. nisi quando ad usus illicitos relinquatur, ut in l. legatum ff. de usufruct. legat. tunc enim dispositio comprehendit omnia opera non impleta, licet ex illis implendis aliquod commodum certo loco, vel personis tribueretur; alias enim inutile esset indultum Hospitali concessum; quia omnia opera pia in aliquo loco impleri debent, & rata sunt, quæ sine destinatione loci relinquuntur: quare ex



conjecturata concedentis mente ex Surdo conf. 81. num. 33. & 106. num. 30. & 179. num. 62. & materia subjecta ex eodem Surdo conf. 81. num. 2. & conf. 3. num. 24. debent intelligi etiam hæc, quæ in certis locis sub promissione elemosynæ peragenda sunt, transacto tempore Hospitali esse applicanda, nisi aliqua persona specialiter reperiatur substituta. Nec obstant pariter verba dictæ Bullæ, quatenus de deposita pecunia agit, in quo videtur se restringere ad certam speciem operarum, ratione quarum competeat Hospitali jus ad obligandum partes, ut pecunias ibi deponerent; quia illa verba similiter exponi debent, quod illico transacto tempore, quo opera pia implenda forent, pecunia deponi debeat apud Hospitalis ministros, ut in usus Hospitalis expendatur, & supponit, quod olim jam illa potestas judici causarum Hospitalis competeat.

9 Qui quidem sensus verborum, & Brevis merito amplectendus est, quia ultra quod tot juribus comprobetur, in super dictis tribus conformibus sententijs in judicio Ecclesiastico latis corroboratur, ubi iudices extitere ex vi commissionis apostolicæ; constat namque inferiorem nullum de privilegijs à Sede Apostolica concessis cognoscere posse gl. verbo interpretatus in cap. 1. de postulat. prælator. gloss. verbo æstimare in cap. ordinarij, vers. si vero de offic. Ordin. in 6. Pallat. in rep. cap. notab. 2. §. 1. n. 49. Sylvester verbo interpretatio quæst. 2. & verbo iudex n. ultim. Rota ad Seraph. 2. part. decis. 83. Henriq. 1. præsumpt. lib. 7. de indulgentijs cap. 29. n. 3. ex reg. l. 1. & ult. C. de legibus, quia ejus est interpretari, cujus est concedere, cap. inter alia, vers. ut igitur de sent. excommun. Doctor. in cap. cum venissent de judic.

Quare non immerito dubitari posset de sententijs apud sæcularia tribunalia latis circa hujus, vel alterius Brevis interpretationem; certum enim est in jure, quod quando in interpretatione alicujus Brevis vertitur Sedis Apostolicæ præ-

judiciū, vel Principis concedentis, nullus præter Romanum Pontificem de viribus privilegij cognoscere potest, per text. in d. cap. cum venissent de judic. ex Anton. & Abb. ibi n. 3. Beroi 13. cap. cum venissent de in integr. restit. cap. cum tempore de arbitris, Rota decis. 83. n. 6.

10 Quando autem de privilegij interpretatione agitur incidenter sine ullo præjudicio Sedis Apostolicæ, vel Principis, (nisi dubium sit valde grave, & difficile, ut vix explicari valeat, vel pendeat ab intentione Pontificis, qui cõmode adiri potest, quia tunc semper Princeps adiri debet, ex Abb. notab. 1. in cap. 1. de juram. calumn. cõmunem dicit idem Abb. in d. cap. cum venissent n. 3. Decius 4. facit l. 1. & 2. C. de relation.) tunc apud inferiores causa institui potest, Bald. in l. si qui ff. de appell. & in d. cap. cum venissent, ubi Beroius n. 13. Decius in l. in ambiguis n. 2. Henriq. d. cap. 29. n. 4. facit cap. 1. de postulat. prælator. cum alijs citatis à d. gloss. ibi: *Verbo interpretatus.*

11 Unde cum in præsentī ageretur de re gravi, & difficili, interpretatio licet incidenter fieret, & inter partes, tamen non aliter quam à Sede Apostolica fieri oportebat, atque ex ejus cõmissione per alios iudices quam delegatos ab eadem Sede, qui per tres sententias conformes ita interpretati fuere privilegij verba: cui sententiæ non immerito standum esse noster Senatus sanxit anno 1577. iudice Antonio Cerqueira, viro quidem illius tempestatis summæ authoritatis, & Jurisconsultissimo, quæ sic se habet:

*Acordaõ, &c. que o supplicante he agravado pelos Desembargadores do agravo da Casa do Civel em confirmarem a sentença do Provedor, & pronunciarem, que os rendimentos do Casal do Grajal da contenda se gastem em missas, & ornamentos na Capella, que o instituidor Vosque Annes Cortereal ordenou no Mosteiro de S. Francisco, & se não applicuem ao Hospital author, & corregendo em seu agravo, vistos os autos, & a Bulla Apostolica, & sentenças dadas, & como*



Como se mostra esta duvida estar já determinada contra o Reo em favor do Hospital A. por tres sentenças conformes Ecclesiasticas, & ser por ellas julgado, & declarado os rendimentos do dito Casal não serẽ deixados a pessoa algũa certa, & nomeada, que as ditas missas ouvesse de dizer, nem ha lugar certo, por onde a clausula limitativa da dita Bulla não haja lugar neste caso. O que visto, & como se outrosim mostra, os rendimentos da contenda nam serem gastados no tempo devido em missas, & mais obras pias na dita Capella conforme ao testamento do dito instituidor, & serem adquiridos ao dito Hospital, a que por bem da dita Bulla são applicados, para se despendem em outras obras pias, com o mais que dos autos se mostra, condenaõ ao Reo, que pague, & entregue ao administrador do dito Hospital o rendimento, que do dito Casal se achou estar por despendem na conta, que pelo dito Proveder foi tomada nestes autos, & condenaõ ao Reo nas custas delles. Lisboa 2. de Março de 77. Jorge Bulhão. Domingos Lameira. Antonio Cerqueira.

Quibus omnibus maturè perpensis secuti antiquorum vestigia, quia non sunt mutanda, quæ jam certam interpretationem habuerunt, sententiam Provisoris duximus confirmandam in favorem Hospitalis latam. Scriba Lemos.

Idem judicatum fuit in processu contra Ludovicum Mendez Lobo, in quo judicarunt insignes D. Nonius d' Affonseca Cabral, Didacus de Brito, quibus ipse accessit. Scriba Michael Jorge.

12 In alio processu contra Ioannem Pinto administratorem capellæ perti-

nentis ad Georgium Fernandez d'Evora, Scriba Simone de Lemos, Dubitabatur, an deberet Hospitali applicari legatum relictum à testatore pro dotandis consanguineis pauperibus, & illis deficientibus, quod distribueretur inter pauperes loci arbitrio hæredis singulis annis, quia non constabat hæredem, vel successorem statuto tempore distribuisse, & videbatur non pertinere ad Hospitale ex verbis Bullæ, ibi: *Si qua certis, &c.* quia non obstante reg. §. incertis, & l. quoties §. hæres ff. de hæred. instit. illud legatum non dicitur relictum personis incertis, sed certis in genere, quia secundum jus universitas pauperum certæ personæ vicem gerit, ut universitas, vel Respublica institui potest l. omnibus ff. ad Trebell. l. si hæres 76. §. vices ff. de leg. 1. l. municipibus ff. de cond. & demonstr. Bald. in l. id quod pauperibus C. Episcop. & cler. 1. opposit. Ubi concludit, quod hoc casu datur incertitudo in specie, certitudo vero in genere, quæ sufficit, ut relictum valeat, quasi testator solam declarationem hæredi, vel Episcopo commiserit, l. si quis ad declinandam l. nulli C. illo titulo; quia sufficit, ut certificari possit, l. quidam relegatus ff. de reb. dub. licet Costa in cap. si pater, verbo pauperes num. 3. sentiat favore pietatis valere ex d. l. si quis, ibi: *Intuitu pietatis, &c.* Ex quibus judicavimus Hospitale carere actione, quia illud legatum debebatur certis personis, & erat erogandum pauperibus illius loci, Costa ubi supra num. 2.

SUMMARIA.

1 **M**ilitibus Militiarum an competat privilegium fori ecclesiastici.  
2 Habent forum ex privilegijs summi Pontificis.  
Ratio quæ fuerit concedendi talia

privilegia. ibi.  
Clerici Orientales, & Occidentales conjugati privilegio, & foro gaudent. ibi.  
3 Habere bona, vel uxores ducere non impedit, ut privilegio gaudere possint.  
Z 2



- possint.  
Milites inter religiosos enumerat  
Regia Ordinatio.
- 4 Militiarum exemptio non potest nocere Principibus secularibus. ibi.
- 5 Non est dubitandum potuisse Pontificem illos eximere.
- 6 Princeps secularis an possit causam militis criminalem, vel civilem, quæ ex crimine descendat seculari judici committere.
- 7 In Principe nostro duo sunt respectus, & qua Rex, & qua Magister Ordinum.  
Quatenus Magister est inferior prælatus, & juri tenetur obtemperare. ibi.  
Causas appellatione remota committere non potest. ibi.
- 8 Non potest causam Equitis committere judici seculari.  
Pontifex potest committere laico aliquos actus jurisdictionis etiam Ecclesiasticæ.
- 9 Prælatus inferior non committit laico, nisi causas civiles, & pecuniarias.
- 10 Attento juris rigore etiam committunt spirituales.  
Corruit commissio, quæ quotidie fit, ut judex secularis cognoscat quasi ex commissione magistri. ibi.
- 11 In inquisitione generali quomodo contra Equites procedi possit.  
Acta suo judici tenetur remittere etiam nemine petente. ibi.  
Explicatur Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 25.
- 12 Quando Eques non est notoriè privilegiatus quia non habet Commendam recte, de eo inquiri potest, quousque qualitas, ex qua competit privilegium, probetur.
- 13 Probatio qualitatis debet fieri coram seculari.
- 14 In praxi observatur, quod si petatur remissio Equitis, probata illa qualitate reddituum, statim fit remissio.
- 15 Equites ad suum judicem quando declinare possunt.
- 16 Actio civilis, quæ descendit ex crimine, est criminalis.  
Explicatur Ordin. lib. 2. tit. 3, §. 1. in fine.
- 17 Quid quando petatur ab Equite satisfactio injuriæ.  
Satisfactio injuriæ dupliciter consideratur. ibi.  
Explicatur textus in cap. per tuas de simon.
- 18 Iudicium criminale illud est, in quo agitur de crimine licet civiliter.
- 19 Si agitur pro damno dato in patrimonio, civilis est actio.
- 20 In criminibus mixti fori an declinare possint?
- 21 Equites nec in civilibus possunt in seculari conveniri.
- 22 An possint impunè impetrare inhibitorias.  
Explicatur Ordin. lib. 2. tit. 14.  
Inhibitoria quædo dicatur in fraudem jurisdictionis secularis. ibi.
- 23 Non statim debet pars condemnari, in cujus favorem fuit expedita inhibitio.  
Explicatur Ordin. d. tit. 14.  
Quando judex ex officio inhibet, pars non punitur.  
Illa Ordinatio debet intelligi de inhibito



*inhibitorijs proprijs.*

24 *Iudex inhibitus, si supplicat ad Regium tribunal, non statim sublevandus, sed examinatur processus.*

*Interpretata Ordin. lib. 1. tit. 9. §. II. ibi.*

25 *An Senator delinquens in officio, si sit eques, sit remittendus ad suū judicem.*

*Interpretata Ordin. lib. 2. tit. 3. §. I.*

26 *Clericus minister Regis non se submittit foro seculari.*

27 *Equites ministri non prohibentur declinare.*

*Injuria aliam non parit actionem, quam criminalem. ibi.*

*Ordinatio lib. 2. tit. 3. §. I. in fin. non videtur bene compilata. ibi.*

28 *Explicata Ordin. Regia tit. 4.*

*lib. 2.*

*Clerici à suo Principe corriguntur tanquam filij à parentibus. ibi.*

29 *Explicata lex novissima reformationis justitiæ. §. 6.*

30 *Clerici his casibus respondent in seculari pro damno dato in patrimonio, & non ultra.*

31 *Quid de ministro tonsurato, qui eques non est.*

*Explicatur reformatio justitiæ, §. 15.*

32 *Sententia non potest fieri pro damno, quod constiterit ex libris, qui in actis non fuere producti.*

33 *Sententia debet fieri cum certa quantitate, non incerta.*

34 *Sententia conditionalis licet valide fieri possit, non tamen ferenda conditionaliter.*

DECISIO LVIII.

*An eques Militiæ D.N. Iesu Christi possit suo privilegio renuntiare, ita ut à secularibus iudicibus judicari valeat? Et an sententia ferri possit condemnatoria pro ea summa, quæ ex libro constiterit, quæ est apud Indos?*

*Ad Ordin. lib. 2. tit. 12. §. I.*



**N** causa, quam Procurator Regij patrimonij contra illustrissimum Comitem da Vidigueira instituerat, intendebat dictus Regius Procurator, quod Comes condemnari debuisset in maximam pecuniæ quantitatem, quam in India exhauserat, quando Vici-Regis officio, & dignitate functus est, exercendo donationes de bonis Regij patrimonij contra formam regiminis sibi concessi, quando illius Orientalis Imperij habenas moderaturus dis-

cesserat. Dubitabatur, an posset illustrissimus Comes conveniri in consilio Regij patrimonij, cum ipse sit Miles Ordinis Iesu Christi, & professionem emisit, nec alium possit habere iudicium in crimine, vel causa civili, quæ ex crimine descendat, præter iudicem sui Ordinis, ut disponit Ordin. lib. 2. tit. 12. §. I. & quamvis allegaretur contra dictum Comitem, quod ipse per terminum signatum se illi iudicio submitterat, adhuc dubitabatur, an illa fori renuntiatio valida esset, cum offendat regulam cap. si diligenti de foro comp.



Cumque inter iudices electos ad causam cum dictis consiliarijs patrimonij Regij extitisset, ibi coram illustrissimo Vice-Rege Domino Michaeli de Castro Ulyssiponensi Archiepiscopo dignissimo multa mota sunt dubia, tam circa dictam iudicij incompetentiam, quam circa causam donatorum, de quibus in actis perfecte non constabat.

Deveniendū igitur ad primum, quod respicit Militum, seu Commendatorum privilegium, illa dubia sese offerunt, an possit Magister Ordinum committere sæculari, ut inquirat contra milites?

Quid quando inquisitio sit generalis? An possit miles deauratus declinare ad suum iudicem sine metu alicujus pænæ?

Quid, an possit impetrare inhibitorias à suo iudice?

Quid, si sit minister alicujus Tribunalis Regij, an amittat privilegium fori?

Tandem, an sufficiat consuetudo in contrarium, vel expressa fori renuntiatio ipsius Militis?

1 Et quod attinet ad primum, notandum est, quod licet aliqui non infimæ authoritatis Doctores asserant, quod militibus militarium Ordinum nullum competit privilegium fori in Hispania, quinimò ut laici iudicandi sint, siquidem uxores ducunt, & inter sæculares sæculari modo vivunt sine observantia castitatis, cujus observantia est de tribus essentialibus votis religionis, cap. cum ad monasterium de statu regul. D. Thom. 2. 2. quæst. 186. artic. 3. 4. & 5. quia licet verum sit, quod castitatis præceptum etiam observetur in castitate conjugali, cap. hæc scripsimus 30. dist. cap. Nicena 31. dist. tamen non illa est castitas, de qua vota religionum loquuntur, ex quo fori privilegio nullo modo gaudere possunt, ut dixit gloss. in Clem. 1. de religios. domib. & in Clem. cum ex eo de sent. excomm. sensit Abb. in cap. 2. de foro comp. Frederic. conf. 145. Speculat. in tit. de statu monachor. vers. 36. quaritur Ioann.

Andreas in cap. veniens de verbor. signif. lib. 6. Gregor. Lopez in l. 1. tit. 7. part. 1. verbo, *Señal de orden*: plures citat Marta de iurisdic. 2. part. cap. 32. à num. 14. & iudicatum dicit in Rota 23. Martij anno 1579. eandem persequitur Sarmiento in 1. defens. ad 55. & 56. monitum Navarr. & fuit Bart. in l. semper §. quibusdam ff. de jure immunit. Camillus Borrell. ad Bellugam rub. 7. num. 7. Azevedo in l. 14. tit. 5. num. 3. lib. 3. Recopil. & l. 1. tit. 14. lib. 6. num. 5. Ubi expresse tenuit non esse religiosos hos deauratos Milites, quia sæcularem vitam profitentur. Bobad. lib. 2. polit. cap. 19. num. 10.

2 Tamen ipsimet Doctores agnoscunt, quod hæc opinio habet locum de rigore juris, non tamen observabitur, quando detur specialis S. Pontificis concessio, seu approbatio Militiæ, eximens per privilegium Militum personas à sæculari foro, ut resolvit Gregor. ubi supra versiculo, pro parte vero contraria, ubi inquit, quod priscis temporibus hi equites in Hispania intra Religionis claustra vivebant, & commorabantur, quousque tempore Pauli III. dispensati proponuntur, ut possint uxores ducere, ut nobilitas Hispaniæ conservationi consuleretur, quæ alias facile extingui posset, cum omnes nobiles sub Militijs degerent. Dispensatio autem non mutat statum præcedentem, nec regulam perimit, sed illa stante illius vinculum relaxat, sequitur Marta ubi supra num. 18. In cujus confirmationem adducit Gregor. exemplum clericorum Orientalium, qui cum uxores ducant, non tamen privilegio clericali exuuntur, & Occidentalium, qui contrahendo conservant fori privilegium, cap. 1. de cleric. conjug. lib. 6. Trident. sess. 32. de reformat. cap. 6. Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 27.

3 Ex quibus non obstantibus deauratis, quod bona possideant, & uxores ducant, cum ad id amplissimis Hispania fruatur privilegij huic Regno commutatis per alia moderniora Bre-



via, in quorum obsequium Ordin. Regia lib. 2. tit. 12. §. 1. illis concedit, ne in criminalibus actionibus, vel in civilibus, quæ ex crimine descendant, in iudicio sæculari pulsentur, eosque inter religiosas personas connumerat, Ordin. d. lib. 2. tit. 3. in princip. ut jam Alexander III. declaraverat, ut refert Gregor. ubi supra vers. præterea, & Militenses Equites vere Beneficiatos dixit Cabed. decis. 64. 2. part. num. 11. Unde pluribus placuit illos etiam gaudere canonis privilegio, cap. si quis suadente 17. quæst. 4.

4 Nec obstabunt, quæ Marta, & alij ponderant, quod hæc Militiarum exemptio poterit operari respectu Pontificis concedentis, non vero respectu Principum sæcularium, quibus hæc privilegia nocent, qui recte insurgere possunt, non observando exemptiones sibi concessas, ut in Regno Neapolis fieri testatur Marta ubi supra n. 21. Respondetur enim, quod hæc cessant in hoc Regno, ubi Militia Iesu Christi, quæ incepit sub Rege Dionysio anno 1326. sub Ioanne XXII. à Regibus ipsis fuit petita, & acceptata, cuius Ordinis ipsi Principes magni Magistri existunt, atque ideo omnibus gratijs, & exemptionibus sibi concessis à Sede Apostolica fruuntur, quod agnoscunt Ordinationes Regiæ d. tit. 12. §. 1. & d. tit. 3. Concilium Trident. sess. 24. cap. 11. dixit Navarr. in tractat. de redditib. Eccles. quæst. 1. num. 55. & quæst. 3. num. 27. & conf. 21. lib. 3. & conf. 13. Borrel. ad Bellugam ubi supra lit. F. Camillus Salernus in proæmio constit. Neapol. §. præfatis incipit pro conclusione, Humad. in schol. ad Gregor. in d. l. 1. num. 1. Cened. ad Decretales cap. 29. num. 4. facit l. 14. tit. 5. lib. 3. ibi: *Omni- tro algum religioso.*

5 Nec dubitari potest, quod poterit S. Pontifex eximere à foro sæculari personas, & causas talium militum ex justis rationibus, quibus moveri potuit: sicut aliàs potuit causas clericorum temporales ecclesiæ iudicio

reservare, cap. 2. de foro comp. cap. cum sit generale, cap. si clericus eod. tit. prosequitur Marta 1. part. cap. 8. per tot.

6 His suppositis merito dubitari potest: An possit Princeps sæcularis causam alicujus Militis criminalem, vel quæ ab eo descendat, sæculari iudici committere, ut illum puniat, & coerceat? Et puto indubitabile quod non, clericus enim, vel religiosus se iudicio sæculari pacto submittere nullo modo potest, d. cap. si diligenti, non enim consensus partis capacem potest reddere iudicem, aliàs vetitum, & prohibitum, argum. l. privatorum C. de iurisd. omn. jud. qui defectus pariter versatur respectu partis, quam superioris, vel Principis: nec obstat, quod in hoc Regno ipse Rex est magnus hujus Militiæ Magister, in quem ipsius protectio recumbit, quia Rex quatenus magnus Magister est Prælati Ecclesiastici ordinarius Militiarum ex concessione Apostolica, & qua talis est, juri Canonico derogare non potest, nec ejus vincula relaxare; illud enim totum Summo Præsuli reservatum extitit in signum suæ supremæ potestatis, cap. proposuit de concess. præbend. Paris. cons. 5. num. 84. vol. 4. Decius cons. 588. n. 5.

7 Cumque igitur in nostro Principe hi duo respectus considerentur: primus naturalis quæ Rex, & dominus, alter accidentalis, quatenus magni Magistri vices gerit, cum magisterium non sit qualitas, quæ ipsum tanquam Regem committetur, imò per accidens modo unitum sit Regiæ Coronæ, & quamvis tanquam Rex sit lex animata, ut dicit Ordin. lib. 3. tit. 66. ad med. & legibus solutus, Ordin. lib. 3. tit. 75. §. 2. l. digna vox C. de legib. tamen quatenus Magister est inferior subditus, quia alterius supra se vices gerit, nec jura infringere potest: unde licet ut Rex possit committere causam appellatione remota, tamen tanquam Magister illud minime efficere potest, ex Bald. in cap. cum omnes de constitut. Felin. in cap. quod super de maiorit. & obedient.



Gomes in l. 40. Tauri num. 10. Gregor. in l. 13. in fin. tit. 23. part. 3. Roland. conf. 91. num. 18. vol. 2. Nec insuper partes recusationis remedio privare potest, licet alias sicut Rex easdem recusatione remota committere valeat, cap. postremo de appell. cap. suspicionis de offic. delegat.

8 Unde fit, quod non potest Princeps, quatenus magnus Magister, causam Equitis committere secularibus iudicibus, non Equitibus, aut Clericis, nisi causa pecuniaria fuerit, & civilis, quia ex parte iudicis datur incapacitas, ex parte committentis potestatis defectus; licet enim verum sit, quod Summus Pontifex potest committere laico aliquos actus jurisdictionis Ecclesiasticæ, vel civiles sint, vel criminales, & etiam spirituales, ut per gloss. 2. in cap. decernimus de iudic. & in cap. præter, vers. verum, verbo ducibus 32. dist. & in cap. bene quidem verbo laico 96. dist. gloss. in cap. Mennam. 2. quæst. 5. quas probat Decius num. 6. Ripa 40. & 73. in d. cap. decernimus, Aufrer. de potest. sæcul. reg. 4. fall. 30. Covarr. in cap. alma 1. part. §. 11. num. 3. Navarr. in princip. de pœnit. numer. 83. & in manual. cap. 27. n. 6. Henriq. 2. part. summæ tit. de excomm. cap. 24. in princip. lit. B. facit cap. Adrianus 2. cap. in sæculo 63. dist. Carolus Regalium Franc. jure 1.

9 Tamen Prælati inferiores non possunt laicis committere, nisi causas pecuniarias, & mere civiles; non vero criminales, aut spirituales, gloss. verbo præter in d. cap. bene quidem 96. dist. & in d. cap. præter, vers. verum. 32. dist. gloss. verbo causæ pecuniariæ in d. cap. decernimus gloss. in cap. contingit de arbitris, DD. ibi, & in cap. per tuas de simon. Unde licet Episcopus non possit consentire, ut iudex laicus possit prorogari à clerico ejus subdito, ex reg. cap. significasti de foro comp. tamen potest ei delegare causæ cognitionem; est enim magna differentia inter consensum, & delegationem; quia primo ca-

su cognoscit nomine proprio virtute jurisdictionis prorogata; in secundo vero ex vi commissionis, & nomine delegantis, quasi in ejus locum subrogatus, in quo non datur cognitio præsumptuosa, quam solum reprobatur text. in d. cap. decernimus, ibi: *Præsumant*: sed cognitio, quæ jure permixta est.

10 Quod si quis adhuc instet, quod attento juris rigore prælati non solum criminales, verum & spirituales causas laico committere possunt, quia in suis Diocesis Episcopi eadem potestate funguntur, ac Summus Pontifex in toto orbe, qui eas laico committit, dummodo non sint omnes causæ absolute, ut per Martam 2. part. cap. 6. num. 29. Tamen communis opinio est in contrarium, & eam sequi tenemur maxime in Principe, & Prælato inferiori; quia licet supradicta habere possent locum in Episcopo, qui ordinarius est, & æqualem potestatem accepit Pontifici, nisi in specialiter reservatis, ut per Soto in 4. dist. 32. Henriq. in summa 2. part. lib. 12. de impedim. matrim. cap. 3. numer. 2. Tamen in magno Magistro non procedunt, qui ordinarius est, modo extraordinario, & ex apostolica concessione.

Atque ex his confunditur illud, quod Regio diplomate continetur, quod quando Regis jussu aliquis Senator inquit, ibique convictum reperit Equitem, procedat ad ulteriora ex tacita commissione, quam Princeps intendit facere tanquam magnus Magister Ordinum; nam ex supra dictis corruit prædicta tacita commissio seculari facta, cum nec sufficiat expressa.

11 Adhuc tamen duo casus occurrere possunt animadversione digni: primus, quando inquisitio fiat generalis, & in ea deprehendatur, vel vincatur de crimine Eques, seu Commendator, seu perceptor Commendæ, qui notorius Eques privilegiatus est: secundo, quando convenitur Eques non perceptor Commendæ, qui notorie non est privilegiatus, nisi redditus habeat com-

peten-



petentes. Primo casu inquirens culpam scribit, eamque suo iudici remittit etiam parte non petente, ex Salycet. in l. fin. C. de exhibend. reis, Aviles prætor cap. 27. gloss. verbo requieran, num. 1. in medio, Bobadilla d. cap. 19. num. 36. ibi: *Si prendio al hombre, que no es Sacerdote notorio*: & disponit Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 23. in Beneficiario notorio, ut statim remittatur, priusquam in vinculis conjiciatur: & inde apparet, quam velo levato procedant, quia statim Equites capiunt, quasi ex tacita Principis commissione liceat, nam licet Prælati possint per laicos aliquando clericos capere ex Ordin. lib. 2. tit. 9. §. fin. tamen hoc procedit in laico deputato ad executionem sententiæ Ecclesiasticæ, non tamen extendi debet ad illum, qui pronuntiat præsumptuosè jurisdictionem exercens, quod canones non patiuntur, cap. qualiter, cap. clerici de iudic.

12 In secundo autem casu quando delinquens est Eques sine Commenda, quæ ipsum notoriè privilegiatum reddat, quia privilegio fori non gaudet, nisi competentes habeat redditus, qui ascendant quindecim mille nummos, ut explicat Valasc. conf. 131. num. 5. quousque de suo doceat privilegio, quilibet iudex sæcularis cognoscere potest, quousque illa qualitas, quæ ipsum à jurisdictione ordinaria eximit, probeatur, sicut alias observatur in clerico in minoribus, vel conjugato, Trident. sess. 23. de reform. cap. 16. cap. 1. de cleric. conjugat. in 6. Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 27. qui remitti non possunt, quin prius capiantur, Ordin. lib. 5. tit. 124. §. 13. & expensas litis exolvant lib. 3. tit. 67. §. 5.

13 Et quamvis nonnulli afferant, hanc probationem debere fieri in ecclesiastico, quia nobilior est jurisdictio, in cap. si iudex de sent. excomm. §. fin. lib. 6. & quia involvit cognitionem jurisdictionis Ecclesiasticæ, cujus laicus est incapax, ex Bald. in l. si qua per calumniam num. 3. C. de Episcop. & cleric. Alex. conf. 149. num. 4. lib. 6. Capic.

decis. 112. num. 6. Barbosa in l. Titia ff. solut. matrim. num. 31. Tamen receptius est in hoc Regno iudicem sæcularem esse competentem ad cognitionem facti qualitatum, seu privilegij, ut disponit Ordin. d. §. 27. & §. 21. agens de Beneficiatis, juncto §. 23. agens de Beneficiatis notorijs: sicque fieri Neapoli testatur Caravita in ritibus Curia ritum 135. num. 4. & in Ducatu Mediol. Clarus in praxi §. fin. quæst. 36. num. 21. & in Gallia Rupelanus lib. 4. institution. forens. quæst. 6. quæ praxis in hoc Regno habuit ortum à Bulla Pij II. concessa Regi Alfonso Quinto anno 1461. Ubi cavetur, quod clerici, qui in habitu non incederent, judicia sæcularia subirent, ut refertur in Extravaganti l. 5. tit. 4. lib. 2. quod quidem in eadem forma concessum est in causis Equitum per Bullam Leonis X. quod si redditus non habeant competentes, numerentur inter sæculares, quoad fori privilegium, ut habetur in d. Ordin. lib. 2. tit. 12. in fine. Unde quandiu de tali qualitate non docent, illud iudicium competens est, ex reg. l. si quis ex aliena ff. de iudic. ubi Barbosa num. 602. Gutierr. præct. lib. 1. quæst. 5. num. 3. licet Bobadilla in Hispania aliter fieri testetur lib. 2. cap. 18. num. 106.

14 Ex qua praxi profluxit Senatus Arentum, quod habetur in libro dos absentos fol. 142. vers. quod quando Iudex Ordinum Militarium Equitem à sæculari vendicaret ex officio, si in literis requisitorijs includeretur certitudo reddituum competentium, statim fieret remissio sine alia justificatione, quia illo modo efficiebatur Eques notorie privilegiatus: & hoc ultimo casu poterit Syndicus expensas litis, & inquisitionis petere; quia ejus jurisdictio est mero jure competens, licet exceptione elidibilis, & succedit Ordin. lib. 3. tit. 67. §. 5. & lib. 1. tit. 24. §. 44. & circa expensas videndus Barbosa in l. eum qui temere ff. de iudic. à num. 73.

15 In tertia quæstione, an Equites possint ad suum iudicem declinare; impunè



impunè, & sine dubio est, quod possint, cum non alium habeant, nec habere possint iudicem, ex Ordin. d. tit. 12. §. 1. Cabed. de jure patron. cap. 10. Gregor. in l. 1. tit. 7. part. Navarr. lib. 3. conf. 13. Quæ Ordinatio fuit desumpta ex Aresto Eboræ edito, relato lib. ultim. Senatus fol. 72. & lib. 3. fol. 108. conducit Ordin. lib. 2. tit. 3. in princip. & eod. lib. 2. tit. 1. §. 4. ibi: *Salvo nos casos crimes, assim criminal, como civilmente intentados.*

16 Nec aliter poterat statui; actio enim civilis, quæ descendit ex crimine, est criminalis, ex gloss. 3. in l. 3. C. de sepulchr. violat. & in §. in summam verbo extraordinaria Instit. de injur. DD. in rubr. de judic. ubi Abb. num. 5. Navarr. 31. Correa in fragmentis fol. 16. num. 24. Unde cum hoc casu petita remissione nullum fiat præjudicium Regiæ jurisdictioni, nulla pæna locum habere potest, annuit Ordin. d. lib. 2. tit. 3. §. 1. in fin. *E isto por se assim izentar de nosa jurisdicão.* Ubi ostendit, quod solū intendit punire illos, qui in fraudem jurisdictionis Regiæ declinant, quod nullo modo equitibus applicari potest, qui sæper alterius sunt fori respectu criminaliū causarū. Unde fit, quod solum illius Ordinationis pæna locum habebit in laicis, qui ad Ordines Minores se remitti postulant, ut hac via à Regum potestate eximantur; constat enim hos de ejus jurisdictione esse, ut in fine dicam, qui contra legum Regiarum formam se remitti postulent, & sufficiat tentasse, licet non sequatur remissio, ut dixit Vaz allegat. 21. num. 30. Covarr. practic. cap. 33. n. 6. & in specie dixit Avendan. Prætor. lib. 1. cap. 15. num. 22. Gutierr. lib. 1. practic. quæst. 11. & in suis scholijs dictavit Franciscus de Sá excelsi ingenij vir ad l. 4. ff. de acq. hæred.

17 Et ut melius hæc percipiantur, quæ quotidiana, & attendenda, aliquos casus percurram, in quibus non minimæ quotidie dubitationes incidunt. Primus sit, si petatur ab Equite satisfactio injuriæ, vel damni ab eo illati; quia ad satisfactionem illius nascitur

civilis actio, quæ ex crimine descendit, pro qua apud suum iudicem pullari debet, ex Ordin. d. tit. 12. §. 1. & tit. 1. §. 4.

Tamen distingui debet, quod vel satisfactio illa descendit ex crimine jam perpetrato, cui adhæret, vel rursus est satisfactio damni per se subsistens sine alia specialis criminis nota. Primo casu licet aliqui Doctores teneant, quod hæc pæna civiliter petita est actio mere civilis, ut probat text. in l. Gaius ff. ad Syllan. ubi agitur de pæna applicanda fisco, & tamen textus vocat illam pecuniariam, quasi diceret, quod est civilis, ex reg. l. ultim. ibi: *In criminalibus*; & ibi: *In pecuniarijs*, ff. de ferijs, l. 1. in princ. ff. de testib. Auth. sed hodie, ibi: *In criminali*; & ibi: *In pecuniaria*, C. de Episcop. & cleric. Deinde ex text. in cap. per tuas de simon. ubi dicitur agi de simonia civiliter, quam explicationem sequebatur Correa in fragmentis fol. 15. resolvens cum multis, quod actio furti vi bonorum raptorum, & similes sunt civiles, sequitur Cabed. decis. 14. 1. part. num. 3. moti ex Ordin. lib. 3. tit. 18. §. 14.

18 Tamen attento jure communi, & Regio, quod nostrum jus commune est, illa opinio sustineri nequit; quia iudicium criminale illud est, in quo agitur de crimine civiliter ad utilitatem partis, ex d. gloss. 3. & in §. in summa Instit. de injur. verbo extraordinaria, quas DD. commun. sequuntur, Abb. in rubr. de judic. n. 5. Beroius 62. Ripa 92. Navarr. 31. Clarus §. fin. quæst. 1. n. 2. quod idem secuta est Ordin. tit. 12. §. 1. & d. §. 4. dum disponit, quod actio civilis ex crimine est criminalis, & pro tali reputanda: nec aliud probat Ordin. d. §. 14. nam in principio, quo movetur Cabed. & Correa, non colligitur, quod disponat, quod civilis actio ex crimine pro civili habeatur, imò semper supponit, quod sit criminalis, quia supponit, quod reus in carcere detineri potest, ad hoc ut feriæ locum habere possint. Bene ergo constat, quod solum ad illum finem ponderat causæ civilitatem, non vero



vero, ut etiam iudicet mere civilem, cum supponat capturam, quæ causæ civili regulariter non convenit.

19 In secundo autem casu si causa vertitur super damno dato in patrimonio alieno, quamvis descendat ab spolio, vel injuria non proprie sumpta, sed à facto injurioso, his casibus Regia ordinatio inhærens juris communis regulis induxit, quod actio super his damnificationibus mota haberetur pro mere civili, ut deducitur ex Ordin. lib. 2. tit. 1. in princip. Ubi obligat Prælatos exemptos, ut in sæculari pro damno dato, & violentijs respondeant: idem statuit in §. 1. agens de reconventionem, ubi disponit, quod clerici reconveniri valeant in sæculari pro damno dato in alieno patrimonio, vel pro refectione injuriæ: idem prosequitur d. tit. 18. §. 14. in fin. ibi: *Porèm se o A. demandar emenda, & vingança de algũa injuria, ou offensa, que lhe fosse festa, &c.*

Unde ad similitudinem Clericorum Commendatores, seu Præceptores Ordinum, si pro damno pulsentur in alieno patrimonio dato declinatoriæ locus non erit, quia actio civilis est, & habebit locum Ordin. d. tit. 3. §. 1. in fin.

20 Idem debet accipi in casibus mixti fori, usuræ, simoniæ, & similibus, vel concubinatus, quia cum lege Regia cautum sit, quod hæc crimina sint mixtæ cognitionis, Ordin. lib. 2. tit. 9. fraudatur jurisdictio Regia, si ad forum Episcopi declinant, sed adhuc adverti debet, quod si criminaliter conveniantur, vel ad pœnam ex crimine, non possunt in foro sæculari conveniri, quia illa Ordinatio agit de laicis, qui ad forum Ecclesiæ vocari possunt, & non è converso; quia lex temporalis non potuit ligare Clericos, Auth. Cassa C. de sacros. eccles.

21 Quod si libere philosophandum est, Equites Militiarum visis Brevis, & indultis Ordinum, non solum in criminalibus, ut dixi, & his, quæ ex criminibus descendunt, sed etiam in

mere civilibus suos habent iudices à Sede Apostolica concessos: sicque exprimitur in Bulla trium instantiarum impetrata à Rege Sebastiano, licet eam in practica observari non videam, ex Ordin. quæ aliud disponit lib. 2. tit. 12. §. 1. Cujus initium (Ne lateat) ex eo profluxit, quod cum tempore invictissimi Regis Emmanuelis Equites Militiarum adhuc iudicem deputatum non haberent, qui de eorum causis criminalibus, & civilibus cognosceret, Rex ipse iudicibus locorum ordinarijs scripsit, ut ipsi de Equitum causis cognoscerent civilibus, donec iudex certus Equitibus assignaretur ex commissione ipsius tanquam magni Magistri, nisi in Curia, vel in alijs locis, ubi iudices Ordinum assisterent, continuataque hac possessione, seu cognoscendi forma, in confirmationem ipsius lege Regia postea illa cognitio concessa fuit iudicibus ordinarijs, quam antea ex commissione obtinebant, quod an fieri potuisset, sapiens iudicabit.

In quarto dubio, an possint Equites inhibitorias impetrare impune, ut remittantur?

22 Regia Ordin. lib. 2. tit. 14. disponit, ne publicentur inhibitoriæ sine Principis facultate, & assensu, pœnam imponens his, in quorum favorem emanaverint. Quæ Ordinatio si simpliciter accipiatur, prout verba sonant, maxime videtur offendere Ecclesiæ libertatem. Cum notum sit Prælatos posse censuras proferre, & inhibitorias, ut subditos revocent, & ut suam tueantur jurisdictionem juxta cap. si iudex de sent. excomm. lib. 6. Adeo ut etiam alijs armis uti liceat, cap. ex tenore de foro comp. Bobad. lib. 2. cap. 17. num. 60. Franciscus Marcus quæst. 215. Menoch. de retinend. remed. 3. numer. 356. Non potest ergo prohiberi, ut ipsi inhibeant iudicibus sæcularibus ex gloss. in cap. accusatus de hæretic. Monach. in cap. cum Episcopus de offic. Ordin. in 6. Bald. in cap. 1. de pace jur. firman. & in l. falsus num. 21. C. de furt. Covarr.



pract. cap. 9. num. 7. Gregor. in l. 21. tit. 4. part. 3. gloss. 1. Boer. decis. 114. num. 2. idem Covarr. pract. cap. 24. numer. 3. Rota decis. 58. num. 2. de appell. Cacheran. decis. 5. num. 7. Barbof. in l. Titia num. 39. ff. solut. matrim. Aufrer. de potest. Eccles. cap. 1. num. 7. vers. nemo potest, prosequitur Zevall. 4. part. quæst. 897. num. 986. & lib. 2. cap. 19. n. 36. Salzedus in pract. cap. 12. num. 4. Atque ex his videtur, quod hæc Ordinatio sustineri non potest, ex his, quæ considerat Alex. num. 12. Iaf. 1. lectur. num. 74. & 2. lectur. n. 108. Ripa n. 82. in l. filius §. divi ff. de leg. 1. Iacobus de repræsalijs 2. part. num. 7.

Quare hæc Ordinatio debet exponi, quando judici sæculari inhibitum est in casibus, qui ad ipsius jurisdictionem spectant attento jure communi, vel Regio; his enim casibus inhibito offendit Regiam jurisdictionem. Unde hæc Ordinatio non potest procedere in causis notorijs, & quæ attentata natura sua ad forum Ecclesiæ spectant: etsi attente legatur, agit de inhibitoria, & avocatoria, qua à iudice cognoscente causa avocatur ad iudicium ecclesiæ, patet ibi: *Ou o juiz, que da causa do impetrante conhecer*: in quo supponit, quod iudex, qui cognoscebat jam se iudicem, pronuntiaverat procedens ad ulteriora cap. 1. de litis contestat. communis in rubr. de iudic. ubi Ripa numer. 45. Cujac. lib. 11. observat. cap. 21. Ubi resolvunt instantiam causæ incipere à contestatione. Unde jam in hoc casu præcesserat contestatio, cum de causa cognosceretur; competentia enim iudicij in limine ipsius proponitur, Ordin. lib. 3. tit. 20. §. 9. & lib. 1. tit. 6. §. 9.

Quare tunc in fraudem inhibitoria dimanat, quando iudex sæcularis jam se pronuntiavit competentem, & hoc casu inhibito sine Regia facultate nequit expediri, vel in casibus mixti fori, in quibus semper non bene expeditur ex Bald. in l. consulta num. 1. C. de testam. Marta 2. part. cap. 42. num. 22. & 3. part. cap. 7. Zevall. 4. part. d. quæst.

897. num. 994. Vel quando Ecclesiasticus inhiberet in causis violentiæ, in quibus Reges cognoscunt ex vi concordantiæ cum Prælati, ut refertur inter leges Ioannis Primi cap. 2. Menoch. remed. 15. recup. quæst. 18. & de Retin. remed. 3. quæst. 52. num. 323. & 327. Craveta conf. 258. vol. 1. Guido decis. 1. & 85. num. 149. Cacheran. decis. 116. Theaur. decis. 517. Rota decis. 361. Marta 2. part. cap. 39. num. 15. & 16.

22 Ex quibus sequitur non legitimum, sed adulterinum potius esse sensum traditum huic Ordinationi, quod ubi primum constat inhibitoriam expeditam fuisse, statim condemnetur pars in cuius favorem emanavit, licet non constet ad ipsius instantiam fuisse impetratam: qui sensus videtur suaderi ex verbis ejusdem Ordinationis, ibi: *Aquelle, em cujo favor a inhibitaçãõ for feita, pagar á quinhentos cruzados*: sic supponens, quod sola præsumptio sufficiat ad condemnationem, quia admodum violenta est: faciunt quæ Barbof. in l. 2. part. 1. num. 82.

Sed longe aliter se res habet; ex eadem enim Ordinatione colligitur, quod loquitur de eo, qui inhibitionem impetravit, & postea eam publicari fecit, ibi: *Iuz, que da causa do impetrante conhecer, a não faça publicar*: quibus verbis cum litigante loquitur, qui dictam inhibitoriam impetravit, quem prohibet, ne eam publicare intendat, & ibi: *E lho mandaremos passar alvará, per que o ajamos por bem*: quæ verba preces impetrantis præcessisse supponunt; & continuativè disponit, quod si publicetur, ille, in cuius favorem facta fuerit impetratio, condemnetur, intelligens de illo, qui impetravit. Solumque hoc notabile colligitur ex hac Ordinatione, quod non sit necessarium, ut probetur, quod publicatio facta fuit de mandato impetrantis; quia sufficit eam impetrasse, ut publicatio subsequuta ejus industria facta præsumatur.

Alias enim sequeretur, quod quoties iudex ex officio inhiuisset, plecteretur



tur ille, in cuius favorem inhibitio expedita fuit, cum sit de jure, quod iudex ex officio inhibere potest, quando ita viderit expedire, ut resolvit Peres in l. 10. tit. 1. lib. 3. Ordinam. Gutierr. pract. lib. 1. quæst. 10. & 11. n. 3. Aze. ed. ad l. 3. tit. 4. n. 2. lib. 1. Recop. Salzed. cap. 12. num. 4.

Unde hæc Ordinatio debet restringi ad inhibitorias, quæ propriè, & verè tales sunt, nec debet extendi ad requisitorias, quas iudex Ecclesiasticus ex officio expedit ad defensionem suæ jurisdictionis, consonat nova Iustitiæ reformatio §. 15. ubi agens de requisitorijs nulla pæna illos, in quorum favorem expediuntur, prosequitur.

24. Ex quibus fit, quod quando iudex aliquis inhibetur in causa, de qua cognoscit, si ipse inhibitus supplicat ad tribunal Regium, ex Ordin. lib. 1. tit. 9. §. 11. non debet statim provideri, ex eo solum quod inhibitoria emanaverit sine licentia Principis, ut videtur insinuare eadem Ordinatio, quam sic non recte accipit Valasc. conf. 159. n. 14.

Quia hic sensus nequaquam sustineri potest; si enim inhibitoria iusta sit, & secundum Canonum præcepta, non sufficit, ut publicaretur sine approbatione Principis sæcularis, ut non valeat inhibitio ex decreto Concil. Trident. sess. 25. de reformat. cap. 3. explicat Cened. ad Decretal. collectan. 17. n. 2. Gaspar Rodriguez lib. de redditibus quæst. 17. n. 73. Azeved. lib. 2. tit. 6. l. 2. Salzed. in practic. cap. 102. vers. parique, & dum in eadem Ordinatione pæna imponitur, non corruunt gesta, nec lex sæcularis annullare potest ea, quæ per Ecclesiasticos sunt servato juris ordine.

Nec aliud probat Ordin. d. §. 11. quia solum eo tendit, ut doceat, ad quod tribunal illa gravamina pertineant, quando scilicet iudices inhibiti sint, vel se pronuntiaverint ihibitos, quæ decrevit coram iudice Regio terminanda, quia Regiam involvebant jurisdictionem, ne forsan iudices inferiores præjudicare possent Regiæ jurisdictioni

pronuntiando se ihibitos: non tamen jubet, ut statim provideatur, eo quod sine Regia licentia inhibitio publicata fuerit, quia circa hoc debent acta examinari, an iuste excommunicatus fuerit, vel ihibitus, ne detur jurisdictionis Regiæ abusus.

25. Quinta quæstio est, quando Eques in aliquo tribunali inservit Catholicæ Majestati, vel Senatoris, vel Cõsiliarij officio fungens, an in erroribus in officio commissis debeat remitti ad suum iudicem?

Hic articulus est difficilis. supposita Ordinatione lib. 2. tit. 3. §. 1. in fin. & lib. 1. tit. 7. §. 35. iusta Reformatione Iustitiæ §. 13. quæ disponunt, quod ministri Regij, qui ad Ordines convolaverint, vel jurisdictionem Ecclesiæ, amittant officia, quæ à Rege obtinuerint: Et videtur sine dubio, quod loquitur de Equitibus, qui se remitti postulant ad privilegia Ordinum, seu Militarium, si attendimus ad verba, quibus eadem Ordin. in princip. tituli utitur, ubi egit de Equitibus, & est similis lex Castellæ l. 4. tit. 4. lib. 1. novæ Collection. Azeved. in l. 6. tit. 1. lib. 4. Gomes 3. tom. cap. 10. n. 7. Covarr. pract. cap. 33. n. 6.

Tamen hæc Ordinatio debet intelligi consideratis terminis habilibus, scilicet in illis casibus, in quibus Comendatores in sæculari respondere tenebantur, ibi: *Por se izentar da nossa jurisdicão*: quibus verbis supponit illos teneri in eo foro respondere, quam ut illudant, declinant; quod quidem locum habere non potest respectu criminalis actionis, etiam civiliter motæ; quia in his ipsi de jure exempti erant à sæculari jurisdictione, cum habeant privativum iudicem, quem remittere nec pacto expresso possunt: Ergo nec tacito, quod prorogatione fit acceptando sæculare officium, de quo est in terminis text. in cap. cum cõtingat de foro compet.

26. Quando enim Clericus Principi sæculari inservit in aliquo tribunali, personam non submittit coer-



tioni, nec à Principe in alio puniri potest, quam in pecuniaria pœna, & officij ipsius privatione; nam jactura officij inter civilia computatur, per text. ad id expressum in cap. per tuas de simon. Ubi communis resolvit, quod ex eo quia ibi agebatur ad effectum, ut Abbas ab administratione removeretur, illud iudicium erat civile, resolvit Clarus d. §. fin. quæst. 1. num. 3. vers. quintus; licet aliter sentiat Robertus lib. 4. sentent. cap. 9. Ex quo textu videtur desumpta hæc Ordinatio, dum sola privatione officij punit, tanquam mere civili.

27 Unde videtur, quod supposita hac lege dicti Equites non prohibentur ad suum iudicem recurrere, sub amissione tamen officij prius obtenti, quod tamen procedere non potest in causis criminalibus, quia in his alium iudicem non habent, & impunè videntur posse eos suum iudicem adire, sed in civilibus, vel si pro refectione alicujus injuriæ pulsantur non propriè sumptæ (quia aliàs actio erit criminalis, & infamiam irrogabit, Correa in fragmentis fol. 25.) Nam licet de jure communi pro omni injuria criminalis, & civilis actio competat, d. §. in summa de injur. l. constitutionibus §. ultim. & l. fin. ff. de injur. Tamen apud nos injuria aliam non parit actionem, quam criminalem; quia nihil de patrimonio alieno diminuit, & fuit inventa actio injuriarum ad vindictam injuriæ, l. cum emancipati, §. emancipatus, ff. collatione bonorum, Correa ubi supra n. fin. Unde dum Ord. lib. 2. tit. 1. §. 1. in fine, & lib. 3. tit. 18. §. 14. in fine, loquuntur de refectione injuriæ, debent intelligi de injuria improprie sumpta, prout sumitur pro non jure facto, & pro damno injuriosè dato in patrimonio alieno: quare hæc Ordinatio lib. 2. tit. 3. §. 1. in fine, potest intelligi de illis officialibus, qui se ad Ordines Minores remitti postulant, prout sunt Scribæ, vel etiam Senatores, qui etiam conjugati privilegio gaudere possunt, si affixi proponantur ali-

cui ecclesiæ, juxta formam Concilij Trid. sess. 23. cap. 6. de reform.

Et certè hæc Ordinatio non videtur bene compilata, quia si de Militibus agit, illis imponit pœnam privationis officij, eo quod se remitti postulât, cum tamen ipsi habere non possint alium iudicem, & etiam si velint, prorogatio nulla erit, d. cap. si diligenti. sicut & laicorum prorogatio respectu Episcopi annullata est in Ordin. lib. 2. tit. 1. §. 14. si agit de officialibus tribunalium, prout Senatoribus, vel Scribis, videtur etiam offendere Ecclesiasticam libertatem indirectè. Quare melius collocaretur, si simpliciter prohiberet, ne ullus Senator, Scriba, vel alius quicumque minister haberet Minores Ordines, cum quibus ad functionem publici muneris nemo admitteretur, quia hæc exclusio justa erat ob rationem publici regiminis, & cessarent, quæ Salycetus in Auth. cassa C. sacros. eccles. & quæ DD. in l. 1. ff. de his quæ pœnæ nomine, & alijs in locis.

28 Nec aliud suadet Ordin. lib. 2. tit. 4. ubi in civilibus, quæ ex criminibus descendunt, Reges puniunt Beneficiatos, qui Regiæ majestati inserviunt, argum. l. fin. ff. de decret. ab ordin. faciend. cap. 1. de sent. excomm. lib. 6. Soares de censur. disputat. 22. sect. 1. n. 48. l. si quis Curiales C. de Episcop. & Cleric. Tiraq. uel. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 8. num. 46. Gutierr. d. quæst. 10. num. 1. Cujus cognitionis consuetudinem defendit Aufrer. in Clem. pastoralis de officio Ordinar. regul. 1. fallent. 27. Cassan. in consuetudin. verbo justitia, & addit Soares lib. 4. contra Angliæ errores cap. 34. n. 26. quod ideo est tolerabilis illa lex, quia aliter Reges illos clericos non admitterent in servitium domus Regiæ.

Sed adhuc obstat, quod non possunt ipsi se submittere Regi sæculari in his, quæ ex crimine descendunt contra Canonum decreta: & dupliciter potest responderi, quod in hoc tit. 4. non cognoscit Princeps de crimine



civiliter, sed solum de damno resarciendo parti ab ipsis clericis illato, non per modum iudicij, sed ad imaginem parentis, prout declarant illa verba: *D'alguns damnos, ou crimes por elles cometidos, para satisfação da parte.* Deinde quod si adhuc superest scrupulus, omnia cessant ex antiqua concordia edita cum invictissimo Rege Ioanne Primo, & à Summo Pontifice, ut suppono, confirmata, cuius verba sunt: *A este responde El Rey, que isto elle o não faz de novo, mas os Reys antigos sempre assim o costumaram, & he rezão, porque elles são seos, & de sua casa, & elle os deve castigar, assim como o padre seos filhos, segundo he conteúdo em hũ artigo del Rey Dõ Dinis feito entre elle, & a Cleresia, & de Direito o pode fazer, & elle os não tomara por seos Capellaes a outraguisa no que elles mais perderão, que de os castigare, porẽm que sobre isto não deo, nem entende dar outra pena corporal, & assim o aceitaram os Prelados.*

29 Ostat tamen adhuc nova Reformatio iustitiæ §. 6. dum in his, quæ tangunt Regium patrimonium, statuit, quod ministri Equites declinare non possint ad forum Episcopi. Nec satisfacit, quod hanc legem intelligamus, ut civiliter clerici conveniantur in illo tribunali, quia cum sit licitum clericis, Regibus, & Principibus inservire in sæcularibus tribunalibus, non obstante prohibitione juris, ne Clerici, vel monachi, de quo apud nos extat apostolica concessio: prout in Hispania inservire testatur Azeved. in l. 1. tit. 4. lib. 2. novæ Recopilat. & Gregor. in syntagmat. jur. 3. part. lib. 47. cap. 25. num. 6. Ubi testatur, quod in Parlamento Franciæ plures clerici aderant, quanvis hodie solus Abbas S. Dionysij admittatur, forte ex his, quæ ad propositum Plutarchus problem. 118. & Carolus de Grafal. lib. 2. Regal. jur. 15. Azeved. in add. ad Pisam in Curia lib. 2. cap. 21. lit. A. & in l. 1. num. 1. tit. 4. lib. 2. Recopil. Quod utinam apud nos observaretur, nostra enim tribunalia occupant novum ambitionis genus, nec est, qui à præsepi-

bus arceat.

30 Et quamvis nullo jure fulciatur, ut possint à Rege puniri civiliter propter crimina cõmissa in officio, & minus apud nos visa Ordin. d. tit. 12. §. 1. Tamen generali usu receptum est, ut tales ministri clerici respondeant in sæculari pro damno dato in patrimonio Regio ad ipsius satisfactionem, & ad ipsius restitutionem, sicque debet explicari d. §. 6. ibi: *Declinare para o juizo das Ordens, se não conbecera nelle do que assim tocar a minha fazenda.* Quod ita debet accipi, ut non cognoscatur nec criminaliter, nec civiliter ex crimine, sed pro damno dato in patrimonio Regio. Quia respectu hujus damni satisfactio civilis tantum pertenditur, quæ civilis est, ut aperte probant Ordinationes lib. 2. tit. 1. in princip. & §. 1. in fine, & lib. 3. tit. 18. §. 14. in fine. Unde hic est verus illius §. sensus, & hæc consuetudo conformis est illi, quæ in alijs Regnis observatur, quam validam supponit Soares adversus Angliæ errores lib. 4. cap. 34. n. 26. & fuit Guillelm. verbo & uxorem 2. distinct. num. 155. & n. 165. Cassan. in consuetud. rubr. 1. §. 5. n. 71. Plaça de delictis cap. 19. num. 23. Redin. de majest. Princip. §. sed etiam, num. 183. Decian. in tract. criminal. 1. tom. lib. 4. cap. 9. num. fin. Doctores in cap. Sacerdotibus per text. ibi: *Ne clerici, vel monachi:* Covarr. 1. practicar. cap. 33. num. 6. Clarus §. fin. quæst. 36. n. 25. Farin. 2. tom. tit. de inquisit. q. 8. n. 98.

31 Quid autem dicendum est in ministris non Equitibus, sed tonsuratis? Et primo dubito, an Senatores hoc privilegio fori clericalis gaudere possint conjugati, cum vestis Senatoria non sit tonsuralis, sed mere sæcularis, & potius insigniæ subeat rationem, quam vestis, solumque Præsides, Scribæ, & alij officiales hoc privilegio gaudere poterunt, si talares induant vestes, & Concilij Tridentini supra citati requisita observent? Unde licet remissio non impediatur, ta-



men remissum sequetur pœna privationis, non sub ratione pœnæ, sed sub ratione inhabilitatis, sicque debet exponi eadem Iustitiæ Reformatio §. 15.

Cujus tamen §. 15. sensum non satis percipio, dum Equites punit eadem pœna, si remissionem petant, cum tamen ipsi alium nec habeant, nec habere possint judicem, nec ex actu necessario puniri valeant: deinde dum jubet, ut si Promotor crimina remitti petat, non fiat remissio Principe inconsulto; non enim hoc bene convenit juris principijs, melius intuenti remitto cogitandum.

Ultimo, licet circa ea, quæ supra resolvimus, aliquid aliter de consuetudine habeatur, nihilominus juri Canonico præjudicium ex tali usu non gignitur, etiamsi sit immemorialis cap. clerici de judic. ubi Abb. Rota 14. de consuetud. alias 840. in antiquis Aufrer. de potestat. sæcul. reg. 1. in princip. Covarr. practic. cap. 31. num. 5. Roland. conf. 4. lib. 1. num. 11. Gutierr. Canon. cap. 34. n. 23.

Quibus perpensis, mihi, & D. Hieronymo Pimenta de Abreu visum fuit nullo modo posse cognosci de actione contra dictum Comitem mota in illo judicio, in quo civiliter ex crimine agebatur, prout patebat ex libello, & conclusione ipsius, sed declaravit Regius Procurator, quod solam satisfactionem Regij patrimonij intendebat, atque hac declaratione cognovimus, Comite absoluto; nõ cõstitit enim dictum Comitem tempore suæ administrationis excessisse in donationibus, nec testes de eo congruam reddebant rationem, cum excessus donationum non ab alijs sciri possit, quam ab officialibus, & calculatoribus, quibus rationes redditæ forent: insuper licet in uno anno Comes excederet, tamen si in sequentibus annis compensaret, non putabam excessisse ex ratione text. in l. ex illo vino ff. de vitico vino, ibi: *Ex superiore anno eum numerum amphorarum baredem daturum, &c.* Ordin. lib. 4.

tit. 27. Valasc. de jur. emphyt. quæst. 27. num. 24. facit l. 23. tit. 8. part. 5. Barbosa in l. divortio §. fin. num. 6. ff. solut. matrim. Mantica de tacitis lib. 5. tit. 8. n. fin. Rebello de obligat. justit. part. 2. lib. 14. quæst. 8. n. 11. Gratian. disceptat. cap. 195. n. 14.

32 Dubium tamen fuit grave, an hoc casu posset fieri condemnatio in eo, quod ex libris Indiæ constaret, Comitem excessisse, facta prius calculatione? Et obtinuit non posse, quod relatio illa debebat fieri ad ea, quæ sunt in actis, quia judex non potest se referre nisi ad ea, quæ sibi nota sunt, tanquam judici: cum igitur de his, quæ ex actis non constant, non possit esse certus tanquam judex, relatio ad illa facta non valebit, ex Panorm. in cap. cū venerabilis num. 18. & ibi Decius num. 37. de exception. dicit receptum Ias. ibi num. 11. & 19. Alex. conf. 53. n. fin. lib. 5. Vantius de nullit. ex defectu processus num. 103. Covarr. resol. lib. 1. cap. 1. num. 9. nec obstabit l. ait prætor §. si judex ff. de re judic. Ubi Alex. num. 12. tenet, quod facta relatione ad ea, quæ extra acta sunt, sententiam valere potuisse, quia secundum Iason ibi num. 11. testamentum, de quo in textu fit mentio, erat in actis productum: deinde dum facit mentionem de fideicommissio probato per testes, debet intelligi de testibus in actis productis, ut per Iason. ibi num. 17. Sed quia hic sensus divinat, sequendus est Ripæ intellectus ibi num. 9. quod potest ferri sententia cum relatione ad instrumenta, quæ extra acta, & processum sunt, quando partes in eo conveniunt, nec de eo dubitant, sed cõformes sunt; tantumque dubitant de quantitate fideicommissi: quia tunc bene procedit d. §. si judex, & cap. cum venerabilis de exception. quod cum in præsentî non daretur, imò Comes repugnaret se non excessisse, nullo modo talis relatio fieri poterat.

Deinde, quia sententia debebat ferri in quantitate certa, aliàs erat nulla Ordin. lib. 3. tit. 66. §. 4. l. pen. C. de



C. de sent. quæ sine certa quantitate, l. quid tamen §. Pomponius ff. de receptis arbitris; quia qui non exprimit certam quantitatem, non videtur plene cognovisse de causa, & sententia est nulla, l. prolatam C. de sentent. Bart. in d. §. si iudex num. 1. receptus ex Iason. num. 14. Nam licet fructus, & usuræ non requirant condemnationem certam, quia remittuntur liquidationi, cap. cum ad sedem de rest. spoliat. id quidē ideo admittitur, quia sunt accessoria sententiæ jam certæ, Bart. in l. terminato num. 2. C. de fructib. Paulus conf. 270. quod secus esset, si sententia certam condemnationem non contineret, nec aliud probat l. in summa §. 1. ff. de re judic. Ubi etiam in usuris videtur re-

quirere condemnationem certam; quia satisfit, quod in eo textu ideo sententia vitiatur, quia erat incerta, non solum quoad quantitatem, sed quoad substantiam usurarum: quia iudex non condemnavit, an deberentur, & à quo tempore; quod secus esset, si iudicaret illas deberi à tali tempore, licet earum quantitatem non expressisset; quia postea in executione liquidaretur, d. l. terminato. Nec obstat Ordin. lib. 3. tit. 77. dum admittit sententiam conditionalem, quia licet valeat sententia conditionalis, tamen ideo non admittit, quod ita fieri possit, licet mero jure valida sit. Atque ex his sententia prolata fuit absolutoria pro Illustrissimo Comite.

SUMMARIA

1  *Bi femina exclusa est, & masculus ex ea.*

*Ubi duo masculi concurrunt, ille præferatur, qui à masculo descendit. ibi.*

*Duplex qualitas prævalet. ibi.*

2 *Femina duobus modis excluditur, vel in totum, vel secundum quid, extantibus scilicet masculis.*

*Radix infecta descendenti nocet. ibi.*

3 *Ubi femina absolute non excluditur, masculus ex eo alium masculum juniorem excludit.*

*Quando maioratus feminas aliquo casu admittit, non videtur attendisse ad agnationem. ibi.*

4 *Qui in belli acie occumbunt, censentur vivere per gloriam.*

*Interpretata Ordin. lib. 2. tit. 35.*

*§. 1.*

*Fictio non debet extendi ad casus*

*non expressos. ibi.*

*Ordinatio cõprehendit omnem casum, in quo defunctus, si viveret, esset præferendus. ibi.*

5 *Qui reperitur in linea possessoris, ceteris præferendus est.*

*Linea possessoris solum est in consideratione. ibi.*

6 *Linea primogenituræ in quo differat à linea possessoris.*

*Secundogenitus vivente primogenito non potuit acquirere jus primogenituræ. ibi.*

*Lineæ constituuntur in personis filiorum. ibi.*

*Filij admittuntur ad imaginem successorij edicti. ibi.*

7 *Lex Regia lib. 4. tit. 100. admittit lineas.*

*Interpretatur Ordin. lib. 4. tit. 100. §. 2.*

*Vocato proximiori non cessat representatio. ibi.*



*Proximitas gradus metienda est inter constitutos in linea. ibi.*

8 *Admissis lineis non tollitur representatio.*

*Potestas nominandi naturalem data in maioratu, in quo femina ad-*

*mittitur, referenda est ad successores masculos.*

*In conditionibus attenditur conditio personæ. ibi.*

*Donatio Principis ex ejus mente interpretanda est. ibi.*

## DECISIO LIX.

*An masculus ex femina sit præferendus feminae ex masculo in pari gradu?*

*Ad Ordin. lib. 4. tit. 100. §. 2. & lib. 2. tit. 35. §. 1.*



**I**nviertissimus Rex Ioannes III. maioratum constituit ex Præfectura de Tamaracá in favorem Petri Lopez de Sousa illis conditionibus, quod dictum maioratum dicto Petro, ejusque successoribus hæreditario jure concedebat masculis, & fæminis, ita ut semper masculus præferatur fæminæ maiori.

Secundo, quod in defectum masculi fæmina succedat, vel si in pari gradu transversalium non reperiatur masculus, fæmina proximior præcedat.

Tertio, quod dum descendentes adfint masculi, & fæminæ, non succedat bastardus, illis tamen deficientibus admittantur, dummodo non sint ex damnato coitu ordine legitimorum.

Quarto, quod legitimis, & bastardis deficientibus ascendentes admittantur masculi, & fæminæ ordine supradicto.

Quinto, quod deficientibus descendentibus, & ascendentibus succedant naturales; hoc tamen casu poterat possessor transversalem eligere, quem maluerit, qui naturalem excludet.

Sub his conditionibus devenit maioratus ex Petro Lopez de Sousa ad ejus filiam D. Hieronymam d' Albuquerque, quæ nupsit D. Antonio de Lima; post illos eorum filia successit D. Elisabeth de Lima, quæ sine liberis

decessit: contendunt de successione duo sobrini, alter Luppus de Sousa, alter D. Ludovicus de Castro Comes de Monfanto, quia uterque est nepos magni Martini Alphonfi de Sousa Indiæ Proregis, qui erat frater primi vocati Petri Lopez de Sousa.

Verum Luppus se præferendum assererat, quod ex filio masculo Petro Lopes de Sousa juniore prognatus esset; Comes vero de Monfanto erat filius D. Agnetis Pimentel filia ejusdem Proregis, qui se præferendum astruebat, qui ex sua persona succedebat, & erat maior natu ipso Lупpo.

Quæstio igitur erat: An masculus ex fæmina senior præferendus sit in successione maioratus masculo juniore ex masculo.

Secundo, an etiam sit præferendus dictus Luppus de Sousa, quod ejus pater Petrus Lopez de Sousa in acie occubuerit cum Rege Sebastiano ultimo, quasi censeatur vivere per gloriam, ut daret ejus linea.

Tertio, quia ultima vita D. Elisabeth de Lima dictum Luppum nominaverat, dubitabatur de validitate nominationis, & an posset nominare, quia illa fuit concessa quando naturalem haberet, & non alias.

I Cum quæstio hæc esset de apicibus juris ardua, & inter magnates, ejus decisio Senatoribus sacri Palatij commissa fuit: & in prima quæstione



videbatur Comitem de Monsanto excludendum, quia à fæmina descendebat, ex reg. l. si viva mat. C. de bon. matern. nam ab eo gradu, & jure, quo fæmina ipsa excluditur, masculi ex ea descendentes pariter excluduntur, cap. 1. §. hoc autem de his qui feud. dare poss. cap. 1. de succession. frat. notat Bald. in l. 1. num. 3. de Senator. Feraldus de privil. Franc. num. 44. Corset. de potest. Reg. quæst. 65. late Tiraq. de primog. quæst. 12. num. 5. & quæst. 14. n. 5. Pinel. in l. 3. C. de bon. matern. sub num. 19. Valasc. de jure emphyt. quæst. 41. num. 5. Rojas de succession. cap. 3. num. 31. communem dicit Brunus de exclus. fæmin. art. 6. ante num. 93. art. 12. sub num. 235. Quod non solum procedit in his dispositionibus, in quibus agitur de conservanda familia, & agnatione, sed in alia quacunque dispositione, ut fatetur Valasc. d. quæst. 41. in fin. licet ipse contrarium sequatur, Ias. in l. Gallus §. nunc de lege num. 10. ff. de liber. & posthum. Gratus plures citans, & dicens communem conf. 120. num. 14. Unde licet in hoc maioratu masculus fæminæ præferatur, tamen quando masculus cum alio masculo concurrat, ille præferri debet, qui eam qualitatem habet, quod ex masculo descendit; quia is proximior censetur; quia duplici qualitate juvatur masculinitatis ex masculo productæ, quia habet maiorem conjunctionem, ex Ruyno conf. 167. n. 11. lib. 4. Socin. conf. 94. num. 13. lib. 1. Paris. conf. 49. num. 18. lib. 2. Multa jura citat Alexander Raudensis de succes. Regni Portugal. conclus. 10. fol. 35. Mantica de conjectur. dicit judicatum lib. 8. tit. 18. Peregrin. de fideicom. artic. 26. num. 2. Molin. lib. 3. cap. 1. num. 47. Menoch. conf. 172. num. 31. lib. 2. Surd. conf. 185. num. 3. lib. 2. quia tunc nec ex propria persona filius potest admitti, quia radix est infecta, ut per supracitatos.

2 Verum hæc regula non ita indistinctè accipienda est, sed sub distinctione, quod vel fæmina per institutio-

nem omnino excluditur à maioratus successionem, vel non excluditur: imò admittitur, licet excludatur, solum quando masculi extent. Primo casu qui à fæmina descendit, necessario venit excludendus, sicut ipsa excluderetur, si viveret; quia radix infecta nocet illis, qui ab ea trahunt originem: filius namque habet necessariam relationem ad suum principium, idest ad matrem, & ideo magis attenditur principium, quàm finis, l. 3. §. scio, vers. inspecto initio ff. de minor. Cumque initium sit inhabile, eandem contrahit inhabilitatem, qui ab eo procedit eodem vitio continuato, ne excludamus matrem, & admittamus filium, qui ab ea causam habet, & locum, qui ab ejus persona derivatur, occupat, Palat. in rubr. §. 69. n. 34. Gomes l. Taur. 40. num. 61. Bertrand. conf. 245. n. 2. lib. 3. Baeça de non meliorand. filiab. c. 7. n. 35.

3 In secundo vero casu quando ex forma institutionis fæminæ omnino exclusæ non sunt, sed propter masculos; ita ut fæmina non extante filio masculo succedere possit prout in nostro casu; tunc masculus senior descendens ex fæmina in pari gradu cum masculo, qui alias ex masculo descendit, illum excludit: nec obstat, quod ejus mater, à qua originem trahit, jam proponitur exclusæ à masculo, qui occupavit successionem: & sic qui ab ea descendit, debet etiam censeri exclusus, ex reg. d. l. si viva matre: quia satisfit, quod mater est exclusæ actu, sed non potentia, quia dum masculus eam excludit, adhuc in matre exclusæ consideratur potentia succedendi in maioratu, cujus ipsa est capax, si casus eveniat ut ipsa admitti possit, vel si descendens ab ea masculus cum alio masculo juniori concurrat, qui ex sua persona admitti poterit: & hoc casu masculi m ex fæmina seniozem præferendum dixit Costa de succession. Regni fol. 145. vers. nam et si descendens, qui ponderat ad id Ordinationem lib. 2. tit. 35. §. 14. faciunt quæ Bart. in l. liberorum



ante num. 17. ff. de verbor. signif. Peraltes lib. 2. de maiorat. quæst. 6. num. 54. Everardus conf. 228. resolvens pro nepote ex fæmina contra nepotem ex masculino, quando fæmina non erat omnino exclusa, & datur paritas gradus: & fuit sententia Cornei conf. 199. num. 6. lib. 1. Et ratio videtur esse; quia quando lex, vel institutio maioratus fæminam omnino non excludit, non videtur attendisse ad conservationem agnationis, cum filiam præferat nepoti masculino propter gradus disparitatem. Unde masculus præfertur propter sexum, non propter agnationem: Ergo cum nepos ex filia reperiatur masculus, non est cur excludatur, ut arguit Socin. in l. Gallus §. unic. de lege num. 5. ff. de lib. & posth. Unde in specie Ordinationis lib. 4. tit. 37. §. E. finando se, nepos ex filia excludit nepotem ex filio, si senior sit, sentit idem à Costa fol. 174. vers. diversum: atque ex hac ultima sententia hic articulus decisus fuit.

4. In secunda quæstione probabatur in actis Petrum Lopez de Sousa in belli acie occubuisse, atque ex eo dictus Luppus de Sousa allegabat, quod ipsius pater debebat censeri vivus, ut admitteretur ad successionem hujus maioratus, qui sororem matrem Comitis de Monsanto sine dubio excluderet, argum. text. in §. bello amissi Instit. de excus. tutor. l. bello amissi ff. eod. quæ decidendi ratio maioratibus convenit ex Peralta in rubr. ff. de hæred. instit. num. 130. Aldobrandinus in §. 1. Instit. de excus. tutor. num. 11. & 24. Comprobat Ordin. lib. 2. tit. 35. §. 1. Ubi ad repræsentationis beneficium assequendum huic fictioni standum dicit Valasc. conf. 148. n. 2. Gama decis. 307. & decis. 147.

Verum obstat, quod hæc fictio solù à lege Regia d. §. 1. approbatur inter descendentes, ibi: *Filhos daquelle, que os ditos bês possuir*: cumque agat inter patrum, & nepotem, ut illa fictione juri valeat nepos contra patrum,

alios casus videtur exclusisse, quando inter transversales esset contentio, quia fictio non debet extendi ad casus non expressos.

Sed verius videtur, quod hæc Ordinatio loquitur secundum subjectam materiam: nam cum ageret de interpretatione Legis Mentalis, quæ transversales repellit omnino, ideo inter patrum, & nepotem fictionem induxit, non limitative ad illum casum, nec excludens, quod in alijs casibus, qui occurrere possent, idem admittendum foret, cum illud relinquatur dispositioni juris communis, tanquam casus omissus, secundum quod in omni casu, in quo defunctus, si viveret jus suum, conservaret, quando in acie belli occumbit, fictione legis fingitur vivus per gloriam. Nec hæc fictio magis uni casui, quam alijs applicari potest; nam sicut de tutelis ad maioratus extenditur, sic habere debet locum inter descendentes, ac inter transversales, ut in omni casu admitti dixit Alvarados lib. 2. cap. 3. §. 3. num. 40. Aufrer. dec. 443. Tiraq. de primogen. quæst. 40. num. 227. Gabriel lib. 4. commun. tit. de succession. ab intestat. conclus. 2. num. 17. Costa de succession. Regn. 1. part. num. 34. & 2. part. num. 20. Valasc. quæst. 50. n. 16. Gama d. decis. 307. num. 14. Ayala de jure milit. lib. 3. cap. 3. n. 23. facit l. 1. C. de filijs official. & mil. qui in bello, ubi Cujatius: unde si vixit tempore delati maioratus, se, suosque successores admisit, reliquis exclusis, quia ipse verus possessor fuit.

5. Ex quo fit, quod cum ipse possederit, & Luppus de Sousa reperiatur in linea possessoris, quam ejus parens per fictionem ingressus est, utique ipse legitimus hujus maioratus successor habendus est; nam attento jure communi una solum linea datur, quæ prærogativam habet, quæ est possessoris, à qua non potest fieri saltus ad aliam; quia reliquæ non considerantur, de quo est text. in cap. 1. de natur. success. feud. ibi: *Et sic in infinitum ex latere omnes per masculu-*



*me uos descendentes, &c. & ibi: Sed om-  
nibus ex hac linea deficientibus omnes  
aliæ lineæ æquales vocantur: idem probat  
text. in cap. 1. de succession. fratrum,  
Molin. de primogen. cap. 6. num. 34. &  
50. & lib. 3. cap. 4. num. 13. Alvaradus  
de coniect. cap. 3. §. 3. num. 45. Ratio est;  
quia habet jus de præfenti per occupa-  
tionem lineæ tenens caput ipsius, quod  
jus sic formatum succedendi ad suos  
descendentes transmittit.*

6 In eoque differt à linea primo-  
genituræ, quam occupat primogeni-  
tus nascendo absque ulla actuali oc-  
cupatione, cap. Ioseph de verbor. signif.  
& licet controversum foret, an requi-  
reretur, quod primogenitus occupas-  
set successionem, tamen obtinuit solam  
spem succedendi sufficere, Tiraq. de  
primogen. quæst. 40. num. 6. ex Auth.  
Bald. in l. cum antiquioribus num. 10.  
C. de jure deliber. & de hac agit l. 40.  
Tauri, & postea Ordin. lib. 4. tit. 100.  
Reliquæ autem lineæ, quas Paulus con-  
siderat lib. 2. conf. 164. num. 5. an sint in  
consideratione, non sine dubio est ex  
his, quæ Covarr. pract. 38. num. 6.  
Molin. lib. 3. cap. 6. num. 31. Et videtur  
suaderi non esse, quia secundogenitus  
vivente primogenito est impossibile, ut  
tempore, quo exclusus erat, acquire-  
ret jus primogenituræ, illudque trans-  
mitteret ad legitimos descendentes, cum  
non sit jus formatum, sed quædam spes,  
cujus transmissio soli primogenito con-  
cessa est: verum contrarium, quod sci-  
licet quilibet ex filiis suam constituat  
lineam suo ordine, ita ut descendentes  
à prima, vel secunda reliquos ex remo-  
tioribus excludant: dixit servandum  
Castillo lib. 3. cap. 15. n. 2. Socin. conf.  
33. num. 8. lib. 3. Decius conf. 179. n. 4.  
Ruynus conf. 27. num. 4. lib. 3. Ad in-  
star successorij edicti securus senten-  
tiam Pauli, quem receptum dicit Gui-  
lhelm. de Monsenate in tractat. de suc-  
cess. Regni Franc. 1. dub. n. 8. Molin.  
d. cap. 6. num. 29. Covarr. d. cap. 38. n. 6.  
Gutierr. pract. lib. 3. quæst. 66. num. 16.  
& quæst. 67. num. 46. & conf. 13. n. 11.

& Canon. lib. 2. cap. 14. n. 20.

7 Quare non infeliciter dici po-  
test, quod nostra lex Regia videtur  
amplexa sententiam Pauli, qui lineam  
in persona uniuscujusque filij admisit,  
quod comprobatur ab ipsa Ordin. lib.  
4. tit. 100. ibi: *De maneira que sempre o  
filho, & seus descendentes legitimos por sua  
ordem representem a pessoa de seu pay,  
posto que o dito pay nam ouvesse entrado  
no tal morgado: si advertimus, quod in eo  
versiculo Ordinatio loquebatur de trās-  
versalibus detecta linea descendentium  
possessoris, & in his filium transversalis  
cum suis omnibus descendentes ad-  
mittit, ut excludat secundogenitum:  
quod fieri non potuit, nisi considere-  
mus, quod omnes filij primi institutoris  
suam lineam constituerunt inter se, li-  
cet non occupassent successionem con-  
ditionaliter, & cum potentia succeden-  
di, quando locus aperiretur, & ut ita  
dicam, in habitu: quod aperte convinci-  
tur ex illis verbis, ibi: *Posto que o dito seu  
pay nam ouvesse entrado no morgado: in  
quibus ostendit agere de transversali-  
bus omnino respectu ultimi possessio-  
ris, inter quos tamen eadem in infini-  
tum repræsentationem pollicetur, dum-  
modo descendant à primo instituyente:  
quod nullo modo stare potest, nisi in  
transversalibus sua constituatur lineæ, ut  
quisque suo ordine præcedat.**

Nec hunc sensum excludunt verba  
Ordinationis eod. tit. 100. §. 2. in fin. cum  
ad successionem maioratus vocat pro-  
ximiorum ultimo possessori: quod qui-  
dem stare non potest, si consideremus  
in singulis filiis lineas constitutas fuis-  
se, quia si ex linea succederetur, utique  
remotior ex illa linea præferendus fo-  
ret proximiori ex illa, ne fieret saltus,  
qui non datur, nisi quando prima lineæ  
in totum extincta est: patet ergo Ordina-  
tionem ad lineas non attendisse, dum  
proximiorum ultimo possessori vocat.

Satisfit enim, si consideremus, quod  
ille §. desumptus fuit ab Extravag. 6.  
part. tit. 1. l. 13. & post illum novi cō-  
pilatores legum eadem Ordinationem

in tit,



in tit. 100. construxerunt. Unde ille §. additus fuit, tanquam continens declarationem præcedentium, & ita accipi debet, ut non deroget præcedentibus, ut sit sensus, quod semper proximitas ultimi possessoris attendatur, quod non excluditur, etiamsi lineas admittamus, quia illas non admittimus, nisi in transversalibus descendentes à primo institutore, quos lex Regia æquiparat ipsis descendentes legitimis per rectam lineam, ibi: *Sendo descendentes do instituidor*: unde Ordin. in d. §. 2. procedit sine dubio in transversalibus non descendentes à primo instituyente, circa quos non immutavit ea, quæ juris communis sunt, secundum quod transversales solum habent repræsentationem usque ad secundum gradum Auth. post fratres C. de suis & legit. hæred. nec in illis linearum fit consideratio, sed quilibet suo gradu, & proximitate admittitur: atque ideo eleganter Ordinatio utitur illis verbis: *Sendo do sangue do instituidor*: quæ verba in nova compilatione addita fuerunt, non enim in Extravaganti erant posita: ex quo mihi persuadeo, quod compilatores animadvertentes, quod aliqua resultabat contrarietas ex utraque dispositione, se explicarunt, apponentes illa verba, ut denotarent, quod agebant cum transversalibus non descendentes, sed transversalibus tam respectu possessoris, quam primi institutoris, & ideo requirunt, ut sint de sanguine. Cum igitur hic de his omnino transversalibus agat, in princ. vero d. tit. 100. agat de transversalibus descendentes, nulla contrarietas est, sed utraque dispositio in suo casu observanda est.

Vel dici potest, quod dum Ordinatio proximiorum ultimo possessori vocat, non admittit repræsentationem, quæ admittit generaliter, ita ut quando repræsentationi non sit locus, proximior admittatur, qui sit de sanguine instituentis ex doctrina Socin. in l. si cognatis ff. de rebus dub. Surdus conf. 370. num. 10. lib. 3. Menoch. conf. 507. num. 11. quando vero repræsentatio sit admit-

tenda, proximior sit ille, qui repræsentando fit proximior; exulavit enim illorum opinio, qui sentiebant vocato proximiori agnato cessare repræsentationem, quos citat Castillo lib. 3. cap. 19. num. 199. & lib. 2. cap. 20. à num. 7. Ubi d. cap. 19. num. 302. infinitos citat Authores pro hac receptissima sententia, quibus accedit nostra Ordinatio, quæ admittit repræsentationem: & hoc §. 2. vocat proximiorum, ea illæsa suis casibus manente: unde quando lex admittit lineam, prout in descendentes ab institutore, proximitas gradus metienda est à constitutis in linea, quasi non sit in gradu, qui non sit in linea: sicut alias non consideratur sexus, nisi in gradu, nec ætas nisi in sexu, prosequitur Osascus decis. 23. n. 30. & 34. Cassanat. conf. 38. n. 114.

8 Unde patet non civiliter dici, quod admittit linearum consecutione cessabit repræsentatio; quia aperte decipiuntur, qui hoc putant, nam admittit lineis fovetur repræsentatio, quia descendens ex prima linea in infinitum repræsentat avum, vel proavum in dicta linea constitutum, tanquam caput ipsius, ut præferatur proximiori constituto in secunda linea, & inter omnino transversales non tollitur repræsentatio usque ad secundum gradum, per quam fit a lege proximior, qui est remotior, & post illos gradus quilibet proximitate gradus, prærogativa sexus, & ætatis præferetur.

9 Circa ultimum dubium quæ nominationem ab ultima vita factam respicit, ex ea dicta nominatio impugnabatur, quia nominans non habebat filium naturalem, unde cum semper sit observanda institutionis forma, quæ nominationem admittit, quando naturales habeat liberos, illis non extantibus deficit conditio, cum verba sint limitativa ex Bart. in l. 1. §. deinde ff. de postulad. Alex. conf. 59. lib. 3. Decius conf. 227. n. 3. Craveta conf. 89. n. 3.

Obstat tamen, quod illa nominandi facultas concessa ad excludendum naturalem, qui in institutione erat admittitur, respicit favorem possessoris, ut