

legatum rei alienæ n. 4.

- 32 Secundò fuit oppositum à Capitulo prædictum *text. in cap. relatū 12.* non loqui de Episcopis, sed de aliis Beneficiariis inferioribus, ad quod respondi Episcopos, & Beneficiarios inferiores esse à jure æquiparatos, quoad hanc prohibitionem testandi *ex d. cap. 1. & cap. 7. de testament.* & cum æquiparatorum eadē fit ratio, venit ad praxim deducenda dispositio *in dicto cap. relatum,* etiam in Episcopis, *ita Solorsan. de jur. Ind. lib. 3. cap. 20. à n. 79.*
- 34 Tertiò fuit oppositum, Beneficiarios Episcopis inferiores de cōsuetudine Hispaniarum testari posse, ut passim apud DD. invenitur, & quotidie videmus, unde dicebat Capitulum consuetudinem, de qua *in text. in d. cap. relatum* intelligi debere de illa Hispaniarum consuetudine, sed respondi, hoc esse falsum, consuetudo namque, de qua DD. multo post jus canonicum introducta fuit, nec consuetudo, de qua *in text.* fuit ratio decidendi, sed ea de qua *supra n. 24.*
- 35 Quartò fuit oppositum à Capitulo, nostros legatarios servitia præstita ostendere debere, esseque æquivalentia legato; ad quod respondi, servitia, de quibus *in text. in d. cap. relatum,* non debere esse tam ultra modum, ut strictè remunerationem peterent; sed sufficit esse talia, ut remunerationem de quadam honestate, & morali gratitudine mereant,

ut cum aliis tenet *Solorsan. supra num. 83.*

36 Quintò fuit oppositum ex parte Capituli doctrinam à nobis expositam *sup. à n. 1. 2. 4.* intelligendam esse de vestibus quotidianis parvi valoris secundum *Cardos. verbo collatio n. 35.* sed respondi, non sic servandum esse, quia *Cardos. dicto loco* loquitur tantummodò de collatione inter filios testatoris, in quibus datur ratio æqualitatis, quæ debet observari ad unguem in prædicto casu, quæ non datur in præsentī.

37 Deinde, ut vestes pretiosæ reputentur, vel quotidianæ, attendi debet qualitas donantis, & donatarii *l. jus alimentorum ff. ubi pup. educ. debet, Bald. in l. juravit. col. 4. de probat. & l. de bonis §. qui pupillo ff. de carb. edit. & l. cum plures §. cum tutor. ff. de administrat. tut. Afflic. dec. 315. n. 3. Navar. in man. cap. 17. n. 166. Cardos. in prax. loc. supra cit. Afflic. decis. 315. n. 14.* exemplificans in nobilibus, quod & in divitibus pariter esse admittendum existimat *Alex. cons. 42. n. 4. lib. 5. Palac. repet. rubr. §. 11. n. 11. Roland. cons. 10. n. 17. lib. 1. Menoch. lib. 2. de arbitrar. cas. 218. n. 5. Bald. in l. penult. §. 1. col. 2. in princip. infra eod. cum aliis Barb. in l. quæ dotis ff. solut. n. 74. idem Sanch. ubi supra n. 19. & 20. Guerreir. dict. tract. 1. lib. 1. cap. 10. n. 104. & seqq.* & cum in nostro casu testator Princeps Ecclesiæ esset, quatenus vestes legavit festivas,

&

& pretiosas comprehendere etiam censetur, Bartol. in leg. liberor. §. ult. ff. de legat. 3. & in l. ult. §. uxori cod. delegat. Menoch. lib. 4. præsumpt. 161. n. 31. Pech. de testament. inter conjuges lib. 5. cap. sub n. 6. Surd. decij. 150. n. 91. Aug. Barb. appellat. 267. n. 10.

38 Sexto Capitulū adhærens verbis testatoris, ibi: Os nossos vestidos, colchoens, e mais roupas do nosso uso instabat legatum solum comprehendere usitatas vestes; sed respondi, quòd tam vestes usitatas, quàm non usitatas sub legato venire, quia illud debet attendi, ad quod res principaliter paratur, l. quanvis 28. ff. de aur. & argent. legat. & ibi Bart. n. 1. & ex his, quæ Barb. appellativ. 267. à n. 1. usque ad n. 9.

40 Tandem aliis omissis in favorem legati fuit judicatum per sententiam sequentem: Os embargos offerecidos ao procedimento da duvida dos Reverendos Procuradores da Mitra hei por provados vistos os autos, testamento, com que falleceo o Illustrissimo Bispo desta Cidade D. Joaõ de Sousa, pelo qual como confite serem os vestidos, e mais roupas do uso, deixadas em remuneraçã dos serviços, naõ só pela forma, com que a dita disposiçã se acha feita, mas ainda pela nomeaçã, e distincã de criados, por quem manda sejaõ só repartidos, porque evidentemente se mostra a mente do testador, pois na forma de Direito isto basta-

va para se haver o legado por remuneratorio a serviços, quando naõ concorressẽ para assim se entender as circumstancias, e palavras, que no ditto testamento se vem expressas sem embargo do legado pecuniario, que aos meismos legatarios se deixa; porque sendo em satisfacã de ordenados, senaõ pôde duvidar fossẽ da mesma forma a dos vestidos alẽ de que podia dellis o Illustrissimo testar, pois como recebidos pela Igreja por alimentos pela obrigaçã, em que está de vestir a seu Prelado, podia este deixallos, a quem lhe parecesse, por serem já proprios do Bispo depois de feitos, quando se queiraõ considerar adquiridos intuitu ecclesiæ, porque os bens desta qualidade senaõ podem suppor portaes; portanto mando se entreguem as roupas, e vestidos aos supplicantes, Elvas 24. de Mayo de 1728. Sousa.

Cui sententiæ fuerunt à Capitulo opposita impedimenta, sed tandẽ sunt rejecta: cum tamen ad Supremum Senatium appellatum fuisset, sententia fuit nihilominus confirmata: in qua fuerunt Judices Zagallo, Alvim, & Freitas.

COGITATIO XX.

An jubilatus canonicus collatione turnaria gaudeat?

SUMMARIUM.

1 Hypothesis narratur.

2 Pre-

- 2 *Præsentationes simultaneæ per ordinem successivum inter compatronos dividi possunt.*
- 3 *Unusque ut mandatarius, & præsentatio tanquam ab omnibus facta habetur.*
- 4 *Turnarius tamen uti dominus, & absolutus collator est.*
- 5 *Ut turnus constituatur, omnium consensus intervenire debet, prout etiam requiritur ut dissolvatur.*
- 6 *Neque post factum restringitur.*
- 7 *Conferre beneficia, & officia fructus præbendæ, & canonicatus est.*
- 8 *Canonicus ex privilegio divinis non adsistens omnes fructus lucratur.*
- 9 *Et ita præsentationes facere potest.*
- 10 *Privilegium in odium retroqueri non debet.*
- 11 *Jubilatus canonicus interesse non tenetur.*
- 12 *Canonicus adhuc in sacris non initiatus turno gaudere potest.*
- 13 *Judicatum fertur.*

I Capitulum Elbense, Sede Episcopali vacante, præsentationes (sic vulgò appellantur,) officiorum, & beneficiorum suo tempore vacantium, atque ad Capitulum pertinentium tali ordine inter se divisit, ut quilibet canonicus præsentaret incipiendo à Dignitatibus, devolutoque ordine ad canonicum scholæ Præfectum, is præsentationem fecit, cum vero ob merita emeritus ipse foret, ut sæpe usu venit, Capitulum dubitavit ratam habere præsentationem, & noluit eam approbare ex valde irrationabili fundamento, eo scilicet, quod ipse Præfectus scholæ divinis officiis non interesset, quoniam in tali or-

dine jam emeritæ militiæ esset.

Unde consultus de prædicto casu, sequentia cogitavi: ut discordiæ, quarum communio mater, sedarentur, ex praxi introductum fuit, ut beneficia, seu officia simultaneæ præsentationis per ordinem successivum ab uno conferrentur, tenent *Card. de Luc. de benefic. discurs. 1. n. 32. & discurs. 32. Leuren. de benefic. 2. tom. disp. 697. n. 1. cum aliis Scarfant. part. 1. lib. 1. tit. 2. n. 42. & seqq.*

Ille namque, cui nominandi ordo contingit tanquam mandatarius, seu vicarius totius capituli suam præsentationem facit, habeturque tanquam ab omnibus facta fit *Leuren. supra Rot. cor Seraph. decis. 980. n. 11. & decis. 635. n. 8. p. 18. recent. cum aliis idem Scarfant. n. 53.*

Habetur tamen ipse tanquam absolutus dominus, & absolutus collator, quia apud se omne jus conferendi translatum retinet *Scarfant. supra n. 54.*

Ut constituatur talis nominandi, seu præsentandi ordo, requiritur omnium consensus, neque sufficit maior pars *Scarfant. supra n. 42.* & ideo etiam ad dissolvendum, seu mutandum eundem ordinem requiritur omnium, nemine discrepante, consensus ex regula satis trita: *nihil tam naturale ff. de reg. jur. ex ordine namque constituto quilibet præsentans consideratur, ut particularis,*

laris, & particulare interesse habens quoad ordinis exercitium, ideo ex renitentia unius mutari nequit, *Scarfanton. p. 2. lib. 4. tit. 2. n. 20.*

6 Ex his colligitur Capitulum post ordinis orbem expletum declarare non posse non esse in eo comprehensos Canonicos emeritos; conferre namque officia, & beneficia est fructus Canonicatus, & Præbendæ *August. Barb. ad text. in cap. cum olim de maiorat. & obed. n. 4. & 5. Tondut. I. p. cap. III. n. 2. Garc. de benefic. p. 5. cap. I. n. 245. Lagun. de fruct. q. I. cap. 31. Scarfanton. d. lib. I. tit. 2. n. 51. Cassad. de pens. decis. 3. n. 6. in terminis turni, Farin. decis. 603. n. 1.*

8 Unde sicut Canonicus emeritus, licet divinis non assistat, omnes fructus sui Canonicatus, & distributiones lucratur ut ex declaratione *S. Congregat. & signanter in S. Angeli in Vado 15. Aprilis 1690. lib. 40. Decret. fol. 255. ait Scarfanton. dict. I. p. lib. 2. tit. 6. num. 13.* ita

9 etiam lucrari debet præsentandi ordinem, tanquam sui beneficii fructus, & optima cum ratione, quia privilegium in odium non retorquetur, *l. nulla juris ratio ff. de legib. l. quod favore cod. eod. tit.* optime in rem videntur facere verba *Quintiliani Declamat. 7. fol. mibi 101. omnium Beneficiorum ita natura est, ut non sit necessitas, sed potestas, quidquid in honorem alicujus inventum est desinet privilegium vocari posse,*

*si cogas. Cuncta (si videtur) jura percurrere nusquam adeo pro nobis sollicita lex est, ut quod præstat extorqueat. Item Senec. lib. 2. controu. 8. pag. 770. quidquid aut præmii, aut honoris nomine datur in utramque partem sumi liceat, alioquin desit. præmium esse, cui necessitas jungitur, unde si emeritum fieri præmium dici potest, quo tandem jure emeritus illo privaretur? Ad quod facere videtur *Ord. lib. I. tit. 84. in princip. ibi: Porque sem razão seria não lhes ser util seu privilegio, idest, ne fas enim esset juum in ipsius rem non cedere privilegium.**

Quare gravamen à Capitulo **II** fuit illatum per illam declarationem canonicum privando sua vice, qui ut emeritus non tenebatur interesse conciliis, & congregationibus, quæ habentur pro tractandis negotiis Ecclesiæ, & Capituli, ut declaratum refert à Sacra Congregatione, *Scarfanton. d. lib. 2. tit. 6. in animadversionib. sub n. 18.*

Et in tantum non dependet à **12** corporali præsentia in Capitulo præsentatio, seu nominatio ad Beneficia, ut etiam Canonicus, nondum sacris initiatus, sua vice fungi, & præsentare possit; ut judicatum refert *Farinac. in noviter novissimis decis. 603. & ad contraria respondet decis. 600. idem judicatum refert Scarfanton. d. lib. I. tit. 2. à num. 72. Leuren. de Benefic. tom. I. q. 318.*

Ex his asserui non esse bene à Capitulo

Capitolo declaratum, & contra illud fuit judicatum per appellationē anno 1730. in Metropolitana Ebo- renfi.

COGITATIO XXI.

Utrum maritus solvere debita ab uxore contracta ratione litium ad separationem tendentium teneatur?

SUMMARIUM.

- 1 Hypothesis in facto proponitur.
- 2 Maritus uxori pro divortio agenti alimenta, & sumptus litis subministrare tenetur.
- 3 Expendenti pro alio actio negotiorum gestorum, vel de in rem verso competit.
- 4 Uxor utiles contractus celebrare potest, & n. 22. & 23. & seqq. ubi declaratur.
- 5 Uxor, marito absente, in Judicio esse potest, & contrahere.
- 6 Uxor Judicio Ecclesie separata sui juris manet, communicatioque cessat, & n. 20. ubi declaratur.
- 7 Alienareque valet, & sustinentur alienationes licet postea reintegretur matrimonium.
- 8 Casus pro negativa resolvitur, & nn. seqq.
- 9 Uxor sub viri potestate est, & quare?
- 10 Absque viri specifica licentia, neque contrahere, nec distrabere, aut alienare potest, & numer. 13.
- 11 Quo jure prohibeatur? & n. 12.
- 12 Consuetudo longeva lex est.
- 13 Factum Judicis factum partis est.
- 14 Sequestrum de muliere factum, ab obsequiis matrimonii maritum non privat, & n. 15.

15 Sequestrum à dominio, possessione vè non privat.

16 Uxor propria auctoritate divertens alimentis privatur.

17 Qua ratione uxori alimenta debeantur?

18 Alimenta semper in domo ea presentis recipi debent.

19 Alimenta præterita peti quando possint ab uxore?

21 Maritus pro uxore non tenetur.

UXOR quædam in hac Ulissiponensi Curia non alia, quam propria auctoritate, subnixâ à marito divertit: ab eodemque se affici sævitiis apud Ecclesiasticum Judicem probare intendit. Cum vero id parum procederet, sævitiæque pro improbatis judicarentur; appellavit tandem; omnesque instantias persecuta eundem in omnibus exitum sortita fuit, sed de propria sententia non decedens, tam pertinaciter se gessit, ut & excommunicationem, & carcerem toleraret: ob quarum litium expensas, seu alia quacumque de causa, ære alieno oppressa fuit. Quam ob rem ab uxoris creditoribus in Judicium vocatum maritum in prima instantia Judex absolvit. At cum processus ab utraque parte nullo juris fulcimento nitetur, in appellationis instantia à marito consultus, pro eo sequentia cogitavi.

A contrariis ordiendo in creditorum favorem facit maritum, pendente separationis litigio, tene-ri uxori agenti alimenta, & litis expensas ministrare *Themud. tom. I. decis.*

decis. 38. num. 7. Petr. Barb. 2. p. rubric. ff. solut. matrimon. 43. vers. nam si propter, & n. 46. Caphall. conf. 127. n. 3. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præf. 9. n. 8. Covas. pract. cap. 6. n. 6. ubi Faria optima decis. apud Farinac. Selectar. tom. 3. decis. 470. penes quem limitationes videbis; unde cum maritus alimenta in casu præsentis uxori litiganti non præstitisset, quatenus illa suppetant ad debita tenetur.

3 Supposita sic obligatione mariti, ei creditores per mutuum uxoris ejus factum ipsiusmet mariti negotium gesserunt; unde adversus eum actionem negotiorum contrariam, seu de in rem verso intentare poterant tot. tit. ff. negot. gest. & de in rem vers.

4 Mulier matrimonio copulata absque mariti consensu contractus utiles celebrare potest, Gom. ad l. Taur. 54. sub n. 2. Ægid. in l. ex hoc jur. ff. de just. & jur. 2. p. cap. 7. sub n. 23. & à n. 53. Guerreir. tom. 2. lib. 6. cap. 7. n. 120. cum sequentibus. ubi alios casus refert, & alios casus dict. tom. 1. 7. n. 117. cum seqq.

5 De Judiciis ad contractus validum est argumentum; sed uxor, absente marito, potest esse in Judicio, Reynos. observ. 28. ita contrahere potest eodemmodo: Ægid. supra dict. num. 55.

6 Tandem uxor Judicio Ecclesiæ separata, tanquam sui juris remanet, igitur non datur communicatio

post separationem circa bona acquisita, judicatum refertur à Gam. decis. 357. Covarr. de Spons. 2. p. cap. 7. §. 1. à n. 5. Videndus Barbos. ff. de solut. 2. p. rubric. à n. 48. tenet Pon. cap. 4. n. 20. & ego judicatum vidi in Senatu Portuensi in quoddam processu à Conimbricensi civitate per appellationem transmissio, & vide Guerreir. tom. 2. lib. 6. cap. 1. à num. 140. ubi declaratur.

Unde divortio facto, mulier potest libere contrahere, bonaque alienare, quæ quidem alienationes sustinentur etiam postea reintegrato matrimonio, Gabriel lib. 1. conf. 161. n. 2. quem refert, & sequitur Noguero. alleg. 29. n. 7. ergo &c.

His tamen, & aliis minime obstantibus, in casu præsentis maritum ad nihil teneri firmo pede resolvi tunc; & nunc cogitans, idem censeo ex sequentibus.

Ob illam semper flectus dignam ambitionem, & vanam divinitatis cupiditatem primæ matris nostræ Evæ, omnes uxores, ut servæ maritis suis subjectæ sunt Genes. cap. 3. ibi: Sub viri potestate eris, & ipse dominabitur tui.

Quapropter, absque licentia speciali mariti, mulier contrahere, distrahere, atque alienare nequit, Covarr. de Spons. c. 7. §. 1. à n. 1. Soar. in l. 13. tit. das deudas, Greg. Lop. in l. 6. glos. 4. q. 5. tit. 11. p. 6. Gom. in l. 44. Taur. Vela differt. 9. n. 1. Carlev. de judic. tit. 3. disput. 19. Salgad. labyrinth.

labyrinth. p. 2. cap. 14. à n. 62. Molin. de justit. tract. 2. disp. 274. Barb. in l. 1. p. 1. à n. 23. ff. solut. Ægid. ad l. si ex hoc jure ff. de just. & jur. 2. p. dict. cap. 7. n. 25. judicatum refert Phæb. tom. 1. decis. 98. Guerreir. tract. 2. lib. 6. cap. 2. n. 57. ubi alios refert.

II De jure Castellæ est expressum in l. 2. & 3. tit. 3. lib. 5. *recopil. de jure nostro* Regio ait Ægid. *supra* non esse decretum sed solum adesse longæ-

12 *vam consuetudinem ita observantem, quam quidam consuetudinem, dico ego, pro jure reputari ex vi Ord. lib. 3. tit. 64. in princip. ibi: ou costume: Deinde mihi videtur per argumentum à contrario, seu de correlativo (ut sic dixerim) esse expressum in lib. 4. tit. 48. & satis colligi ex §. 2. meliusque ex Ord. d. tit. 66. ex verbis ibi: E que possa fazer della, idest, & quod ex illa disponere libere possit per argumentum ab speciali.*

13 Unde hæc inhibitio, seu prohibitio contrahendi, cessare non poterat in casu præsentis ex vi illius separationis, etiamsi esset facta Judicis autoritate, quæ abfuit, factum namque Judicis factum partis reputatur *l. si ob causam, & ibi DD. ff. de eviction.*

14 Et etiam quia sequestrum de muliere factum, lite pendente separationum, in praxi receptum, maritum non privat ab obsequiis matrimonii, quia matrimonium consistere videtur, *Petr. Barb. 2. p. rubr.*

ff. solut. matrimon. sub n. 41.

Quod confirmatur ex eo, quia **15** per sequestrum judiciale privatio dominis non datur, possessionis vè, *l. licet ff. de positi, de quo Reyn. observ. 37. n. 12.* Unde in præsentis casu maritus semper adversus uxorem retinuit eandem potestatem ex matrimonio proveniente; ipsaque mulier legibus matrimonii semper alligata fuit, unde solvitur argumentum à separatione deductum.

Et multo fortius cum talis **16** uxor propria autoritate divertit, quo in casu spolium commisit, & non potest alimenta petere, *cap. literas de restit. spoliat. Farinac. quest. 143. n. 228. & 238. Barb. de solut. d. 2. p. rubr. n. 42. & 43.*

Pro quo facit, quia alimenta **17** mulieri debentur propter obsequia præstanda in domo mariti, *Barb. supra num. 42.* sed mulier in præsentiarum cum obsequium deseruisset, debet etiam alimentis carere, ut ipsemet *Barbos.*

Secundò facit, alimenta sem- **18** per administranda in domo ipsa alimenta præbentis, *Barb. in l. 2. p. 1. ff. solut. matrimon. n. 27.* cum aliis *Augustin. Barb. in repert. verbo alimenta pag. mibi 7.* sed mulier à domo mariti aufugit: ergo alimentis caret.

Idem esset dicendum, licet **19** mulier in præsentis casu Judicis autoritate sequestrata esset, quia cum mulier, durante lite, alimenta non petiisset,

petiisset, & nunc aperte constat ex re judicata veritati accedente mulierem sine causa, irrationabiliterque litem separationis intendisse, pervenit res ad casum, à quo incipere non poterat, unde alimenta præterita nunc petere nequit, neque ejus loco creditores, sicut non poterat tempore litis, si tunc constaret de innocentia mariti, & calumnia uxoris.

20 Confirmatur ex eo, quia divortio facto auctoritate Ecclesiæ, licet non detur excommunicatio postea acquisite, ut *num. 6.* hoc intelligitur respectu conjugis innocentis, non vero nocentis, & causam separationi dantis *Petrus Barb. 2. q. rubr. ff. solut. n. 48. Covarr. & Gam. supra dict. n. 8. citati.*

21 Quibus rectè perpensis, & attendita *l. 3. cod. ne uxor pro marito,* certum quidem est maritum in præsententi debita ab uxore contracta solvere non teneri, & ita fuit judicatum in Supplicationis Senatu super hac causa *anno 1730.*

22 Neque obstant contraria *ad Gom. l. 54. Taur. n. 2.* respondetur, procedere, quando maritus est absens, vel mortuus, atque Judicis copia deberi nequit, ut ipsemet *Gom. vers. quia tenet Hontalb. de jur. supervenient. tom. I. q. 2. n. 122.* & eodem modo respondetur *ad Aegid. d. 2. p. cap. 7. n. 23.* Quæ quidem requisiti in præsentiarum deficiebant, ac per consequens insanabilis nullitas intervenit.

Ad dicta *num.* respondetur, 23 quòd ad hoc ut contractus utilis dicatur, debet dari utilitas apparens à principio usque ad finem, & semper in hoc casu erit in potestate viri, velle, vel nolle approbare, ut ipsemet *Aegid. se explicat dict. n. 54.*

In præsentiarum nulla utilitas 24 considerari potest in favorem mariti, imò contrarium, quia si mulier à creditoribus mutuam pecuniam non accepisset, adversus maritum non litigaret, eique ad expensas causam non præberet, nec ipsum litibus fatigaret, eum spoliando ab obsequiis matrimonialibus, & sævitias ei falsò imputando; igitur favorem cum pecuniis præstare ad maritum tot molestiis, atque injuriis afficiendum, magis damni, quam utilitatis habet: & ideo creditores nullam actionem negotiorum gestorum, & de in rem verso intendere poterant; ad alia argumenta ex supradictis responsum manet.

COGITATIO XXII.

De tributo decimæ litium in casu notabili.

SUMMARIUM.

- 1 Casus in facto narratur, quæstioque formatur, & n. 2.
- 3 Doctores de tributo decimæ agentes referuntur.
- 4 De qua condemnatione decima solvatur?
- 5 Ultra actoris petitionem sententia proferri non debet.

- 6 De quo non actum fuit, decima non debetur.
- 7 Nec de facto aestimationem non recipiente.
- 8 De sententia super domus expulsionem quae decima debeatur?
- 9 Dominium ex hypotheca non transfertur.
- 10 Procurator ad decimam non tenetur.
- 11 Decimae tributum odiosum, & contra id in dubio judicandum est.
- 12 Judicatum affertur.
- 13 Comprobatur.
- 14 Alia quaestio; remissive.

I HAc Ulyssiponensi Curia inter duos advenas in ea commorantes mota, atque decisa fuit quaestio, uter eorum solveret in domo publica vectigalium, vulgò *Alfandega*, vectigal quarumdam venalium mercium è foris transmissarum, uterque namque litigantium ad id mandatum habebat à vero illarum domino, alter pure, & simpliciter; alter vero intermedio illius domini (idest mercium) creditore.

2 Habens simpliciter mandatum sententiam in suum favorem reportavit, unde publicanus Cancellariae adversus alterum litigantem decimam exegit respectu valoris illarum mercium; ex quo ortum fuit dubium, an decima in casu praesenti deberetur, & ex quo? Ego vero cogitans adversus publicanum per sequentia resolvi.

3 In primis, de hoc tributo decimae agunt *Cabed. I. p. decis. 16. cum duabus seqq. Thom. Vaz, allegat. 77.*

cum seqq. August. Barb. ad text. in authentic. generaliter cod. de Episcop. & Cleric. n. 6. Portug. p. 3. cap. 1. à n. 32. de simili tributo in Regno Castellae Parlador. quotid. lib. 2. cap. fin. p. 6. §. unic. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 20. tom. 3.

Secundum regulam 6. Cancellariae solum debetur decima respectu illius, de quo reus condemnatus est, quando talis multa super certam summam, aut aestimabilem quantitatem cadit, ut considerat *Thom. Vaz, allegat. 78.*

Ultra petatum ab actore, per sententiam judicari nequit, *Ord. lib. 3. tit. 66. §. 1. vers. Nem julgará;* in praesentiarum solummodo actum, & judicatum fuit uter litigantium illas merces expediret; de earum namque dominio nihil petatum, nihil dictum nihil negatum, & tandem nihil judicatum fuit: ergo decima non debetur respectu mercium valoris, ac per consequens nec respectu expeditionis, hoc namque factum inestimabile est.

Confirmatur ex regula 8. Cancellariae, ubi condemnatus tradere alicui domum habitandum ex vi locationis contractus, non debetur decima respectu domus, sed tantummodo respectu conductionis pretii, cujus ratio in eo consistit, quia cum de domino domus non ageretur, nec super eo daretur multa, non erat locus tributo decimae; hoc namque debetur multae respectu,

si æstimabilis erat, ut in exemplo locationis.

9 Ex parte publicani oppositum fuit quod in processu mota fuit quæstio de dominio, ex eo, quia allegabatur hypotheca super illis mercibus ex parte condemnatorum; ad quod respondi ex vi hypothecæ, seu pignoris dominium non transire in creditorem, remanet namque pene debitorem, *Paccion. de locat. cap. 40. n. 37. Salgad. labyrinth. p. I. cap. II. à n. 15. Merlin. de pignorib. lib. 4. cap. 5. quæst. 130. cum seqq. & quæst. 184. Altimar. de nullitat. contract. rubr. I. q. 5. n. 2. tom. I.* Unde argumentum magis favet, quam offendit, & similis farinæ erant alia argumenta publicani, ideò in eis immorari non licet.

10 Tandem duxi, condemnatos à principio usque ad finem litis ut procuratores Lamberti (qui erat ille creditor domini mercium, de quo in figuratione casus,) litigasse, unde prædictus Lambert debitor erat decimæ, si hæc deberetur, & ita ejus nomine procuratores ad executionem minimè tenerentur *l. hoc jure ff. solut. Leuren in jus canonic. tom. 2. quæst. 964. n. 4.*

11 Deinde tributum hoc decimæ valde odiosum est, *Parlador. dict. lib. 2. cap. fin. part. 6. §. unic. à n. 3.* Unde in dubio adversus id judicari debet.

12 Et in casu præsentis exit sententia sequens: *Acordaõ em Rela-*

ção &c. os embargos recebidos fol. julgaõ provados, vistos os autos, para effeito de declararem naõ estaõ os Embargantes obrigados a pagar a dixima de toda a carregaçãõ, porque se lhe fez a penhora, por defenderem esta causa como Procuradores do Cavalheiro Lambert da Cidade de Londres, e como taes impugnaraõ sempre a restituicãõ, ou entrega das fazendas aos correspondentes do Cavalheiro Delaya da Cidade de Paris, Beroardi, e Medici, sem embargo de juntarem procuraçãõ em seu nome, porque o fizeraõ remetendo-se aos endoços das letras que logo juntaraõ, como tambem a procuraçãõ de Lambert; nem contra elles faz a attestacãõ dos homens de negocio, por sómente dizer serem os endoços huns verdadeiros pertencentes para disporem das fazendas, ou os a quem saõ remetidas, como Senhores, que vem a ser Procuradores, e assim o declarar toda a inquiricãõ dos Embargantes, que saõ homens peritos no commercio, sem que o Embargado mostre o contrario, porque se conclue naõ estarem obrigados a pagar mais, que a utilidade, que de similhante agencia podiaõ ter, e he estylo lucrarem de suas commissõens, que foy o unico fundamento, porque impugnaraõ a entrega de toda aquella carregaçãõ; portanto absolvendo-os de pagarem dixima de toda a fazenda, os condemnaõ sómente a que paguem a dixima

ma respectivè as commissoens, que poderião conseguir, o que na execucao se liquidará, e fique sómente no que respeita a este interesse a penhora em seu vigor, e divididas as custas em tres partes, paguem os Embargantes huma, e o Embargado duas. Lisboa Occidental 7. de Outubro de 1730. Salter, Silva, Moraes. Escrivaõ da Chancellaria da Corte, Francisco Soares Marinbo.

13 Adversus hanc sententiam impedimenta obtuli, verumtamen sunt rejecta, quod meo Judicio sanè videtur doctissimè, fundatur namque judicatum in regula 8. Cancellariæ, de qua Thom. Vaz alleg. 80. unde prædicta sententia in rem judicatam transivit, non obstantibus etiam impedimentis ex parte publicani objectis.

14 In executione verò altera quæstio orta est, scilicet, an tributum, decima, an vigesima pars esset respectu curæ demandatæ, de qua postea suo loco dicemus, quia adhuc sub Judice lis est.

COGITATIO XXIII.

In quibus actionibus laudatio, seu nominatio, atque interpellatio, vulgò authoritas, locum habeat? ad intellectum Ord. lib. 3. tit. 44. in princip.

SUMMARIUM.

1 Laudatio tantum in actione reali locum habet.

- 2 In personali actione denegatur, & n. 3. 4. & seqq.
- 5 Creditor debitorem sui debitoris impedire potest, ne solvat.
- 6 Quæ inhibitio vim sequestri habet.
- 7 Quid agere debeat iste debitor, si a creditore suo conveniatur? & n. 8. & n. 9. ubi quando inhibens agit.
- 8 Cautio [ut ita loquar] juratoria quando non sufficiat?
- 10 Debitor conventus à tertio an appellare teneatur? & n.
- 11 Eviçtio quid sit, & unde dicta.
- 12 Eviçtionis actio exempto dicitur, sed post rem eviçtam oritur.
- 13 Ut emptor adversus venditorem, & similes agat, actionem habere necesse ei est.
- 14 Debitori, ut ipse à suo creditore se defendat, exceptio sufficit.
- 15 Exceptio facilius, quam actio datur.
- 16 Cur in actione reali laudatio admittatur, & in personali denegatur? & nn. seqq. junctis antecedentibus.
- 17 Debitor coactè solvit.
- 18 Emptor volunturiè emit.
- 19 Facilius illi, quam huic, subveniendum est.
- 20 Uterque, scilicet, debitor, & emptor, voluntariè contrahunt.
- 21 Modus per quem in actione personali admittatur laudatio, denuo, absque legis offensione, apperitur, & n. 22. 23. 34. & 35.
- 24 Cessionarius aliquando adversus cedentem regressum habet.
- 25 An cedenti nuntiare teneatur, ut sibi regressus competat? & nn. seqq.
- 26 L. qui concubinam, §. si hæres ff. de legatis 3. de reali actione loquitur.
- 27 Ita L. libera cod. de sentent. & interlocut.
- 29 Cessionarius uti cedentis procurator agit.
- 30 Cedens debitum cessum verum esse ostendere tenetur, & instrumenta consignare,

consignare, vel exhibere, ad quod requisitus esse debet, & n. 33.

31 Cessionarius absque instrumentis temere agit, eique regressum denegatur.

36 An in causis super servitutibus notis, laudatio admittatur? & n. seqq.

37 Servitutes naturam rerum immobilium sequuntur.

38 In servitutibus possessio tum civilis, tum naturalis datur.

39 Pro eisque actionem in rem dari indubitati juris est.

I **E**O quidem tempore, quo in animum induxeram Ordinationes commentari, cogitans super hac lib. 3. tit. 44. in princip. notabam verba sequentia: *Em todo o caso, em que alguem for demandado por causa movel, ou de raiz, idest, in omni casu, quo quis in litem vocatus fuerit pro re mobili, vel immobili &c.* in quibus verbis à Legislatore nostro docemur laudando auctori, idest, a se chamar por authoria, tantummodo esse locum quando quis convenitur reali actione de re mobili, seu immobili, ut etiam probatur ex principio Ord. hoc lib. tit. 45.

2 Ideo non procedit in personalibus actionibus, ut tenet Barb. ad hanc. Ord. n. 2. judicatum refert Gam. decis. 101. ubi ad doctrinam Baldi respondet Pereir. de man. Regia cap. 32. n. 15. Silv. in dict. Ord. n. 14. in rubric. post hæc scripta in lucem proditus.

3 Contra hanc veram conclusionem clamat Flor. ad eund. Gam.

supra, ubi etiam in puncto juris veram appellat, non tamen (ut dicitur) securam; distinctionem adhibens, scilicet, quando debitum justè petitur, vel injustè apparenter; quorum in primo veram etiam decisionem, secundo vero teneri conventum repugnare, posseque auctorem laudare in sequestri depositario compulso à Judice, ut solvat, tenet Azeved. ad l. 13. lit. 9. lib. 3. novæ recopilat. n. 18. & 19.

Tutior igitur est differentia Anton. Gabriel. de restit. Spoliator. lib. 5. conclus. 5. n. 79. cum aliis, scilicet, quòd quando quis convenitur factò proprio, non possit laudare; secùs aliter; per istas tamen distinctiones à nostra lege non recedo, nec à conclusione ex ea desumpta.

Ponamus tamen Mævium debitorem fuisse requisitum à Titio, ne solveret suo creditori Sempronio, sed ipsimet Titio, cui Sempronius ille debitor existerat, (quod quando fieri possit autoritate propria, vel Judicis decreto, vide Cald. forens. q. 21. à num. 11. Gusman de evict. q. 35. à n. 146.) quæ quidem requisitio vim sequestri habet ex l. Si nomen cod. quæ res pignoris obligar. cum multis Cyriac. forens. contr. 116. n. 1. & 2. qui plenè de materia agit, & ejus substantiam affert novissime in lucem proditus Peg. tom. 6. forens. cap. 162. per tot. Si hujusmodi debitor requisitus à suo creditore conveniatur quomodo teneatur

cur se agere? *Azeved.* in suo casu tenet, debere resistere, & appellare, cum aliis *Gusman supra n. 164.* si ergo appellare tenetur, locus erit laudando auctori, ad idque ei debet Judex tempus assignare: ac proinde conclusio nostra fallere videtur.

- 8 Sed non fallit, quia in prædicto casu ipsi convento aliter subveniendum est, nempe si creditor agat, suo debitori cautionem præstare tenetur, ut securus debitor maneat adversus tertium illum, *Cald. supra n. 15. Gusman dict. quest. 35. n. 153.* quæ quidem cautio erit solum fidei-jussoria, seu pignoratitia, & jurato promittere non sufficit, idem *Cald. supra n. 17. & 18.* si autem tertius ille agat, & solvi sibi petat, an possit de mandato Judicis illi solvi, quæstionis est, de qua *Cancer. 2. p. cap. 4. n. 24.* cum aliis *Gusman. supra n. 158.* & ut securius maneat debitor de praxi recepta, vel consilio, debet creditori suo denunciare mandatum Judicis, protestans se resistere non posse, *Gusman. supra n. 165. Cancer. supra n. 27. Azeved. in dict. l. 13. n. 18.* quo casu non tenetur appellare debitor, DD. tamen hi de consilio loquuntur, ut ex ipsis videbis, quod quidem consilium si sequi vis, age eo modo, de quo infra n. 21.

- 11 In perquirendo tamen, cur in personali actione non sit locus auctori laudando, seu nominando, ut conventus regressum habeat contra tertium, hoc opus, hic labor est, ad

quod notandum venit evictionem esse rei propriæ recuperationem, quam aliquis justo titulo acquisitam habet, *Leuren. in jus canonic. sub tit. de empt. tom. 3. q. 300. n. 1.* & unde dicta, vide *Gusman. de evict. in prælud. n. 12.*

Deinde notandum evictionis actionem, licet appelletur ex empto, oriri, evicta re, ita cum *Bart. & aliis idem Gusman. in prælud. n. 21.*

Nunc advertite; ut conventus actione reali regressum habeat contra suum actorem, debet habere actionem; ut autem debitor à suo creditore liberetur, exceptio sufficit; exceptio verò facilius datur, quam actio, *l. 1. §. cui damus ff. de superfic. Tusch. lit. E. concl. 374. Scac. de Judic. lib. 2. cap. 2. n. 121.*

Unde, ut victo in actione reali actio aquiratur, aliquid magis requiritur, nempe, laudare, seu nominare authorem, quod non est necesse convento personali, ut liberatio per exceptionem competat, & hæc nostra ratio confirmatur ex his quæ infra n. seqq.

Alia ratio esse potest, quia debitor solvit coactus, & ex necessitate, emptor autem emit voluntarie, ideo facilius succurritur debitori solventi, quam emptori, ut in simili notat *Glos. ad text. in l. ait Prætor §. permittitur, verbo auditurum non esse ff. de minorib. 25. ann.* hæc tamen ratio mihi displicet, quia tam emptor, quam debitor voluntate sua

sua liberè contrahunt, & postea sicut debitor coactus solvit Judicis decreto, ita emptor per sententiam præcisè rem dimittit.

21 Si tamen voluerimus sequi DD. supra citat. qui de securitate, & consilio requirunt denuntiationem creditori faciendam observata lege nostra, Judex poterit ad instantiam conventi mandare, ut certior fiat creditor de lite mota, non tamen suspendetur litigium, in quo satisfi dispositioni nostræ Ord. quia solum suspendetur in actione reali.

22 Unde non pugnat supradictum adversus nostram Ord. & conclusionem ex ea de sumptam, hujusmodi namque Judicis mandatum expeditur, sicut quilibet protestandi actus.

23 Doctores namque, cum dicunt debere notificari Judicis mandatum, sententiam jam supponunt, unde si petatur denuntiatio, durante lite, suspendi in ea non debet, si vero jam fit finita præstanda venit cautio à tertio, ex dictis à Cald. supra n. 16. argumentum Ord. lib. 3. tit. 86. §. 3.

24 Sed adversus nostram Ord. casus alius figurari potest, cessionarius, idest, emptor nominis, vel recipiens in solutionem aliquando habet regressum, seu evictionem contra suum cedentem, de qua re, & qua actione, videndi sunt Burgund. de evict. cap. 11. & 12. Gusman de evict. q. 28. & quest. 35. Pereir. decis.

38. plures dat *Olea de cess. jur. tit. 5. q. 13. & tit. 7. q. 3. Peg. forens. cap. 3. à n. 368. Urceol. cons. for. cap. 2. & 25* ut hunc regressum habeat idem Gusman dict. cap. 28. n. 32. cessionarius tenetur cedenti nuntiare, sicut quilibet emptor idem tenet cap. 35. à n. 39. tenent relati apud *Oleam d. tit. 7. q. 3. n. 12.* Sed sic est, quod in hoc casu non datur actio realis, vel quæstio mota super re mobili, vel immobili, sed super actione personali, & tamen necessaria est denuntiatio, ergo adversus nostram conclusionem &c.

Sed respondetur DD. al-26 ferentes supra, necessariam esse denuntiationem ricti in l. qui concubina §. si hæres ff. delegat. 3. ubi legato servo generaliter, stichus servus traditus fuit, qui victus est; sed in hoc casu datur actio realis, & movetur quæstio super dominio servi; unde nihil mirum, quod legatarius teneatur hæredi denuntiare.

39 Similiter supradicti DD. alle-27 gant text. in l. libera cod. de sent. & interlocut. ubi serva data in solutionem, se afferere in libertatem summa ope nixa est, quo casu certum est dari actionem realem libertatem vindicantis; sicque quæstio de re datur, unde requiritur, & denuntiatio intervenire debet.

At verò, quando ceditur, vel 28 debitum in solutionem, ut regressus competat, non requiritur denuntiatio; Cald. de empt. cap. 31. n. 75.

Gusman. de evict. cap. 5. num. 36. alii apud Oleam dict. q. 3. n. 14. & hanc contrariam opinionem verissimam putat idem Olea ibi n. 15. adhibita distinctione, de qua Posth. ego etiam verissimam judico de jure nostro Regio visa Ord. in præsent.

29 Ratio differentiæ in eo stat, quia cedens debitum, ut solet fieri, constituit procuratorem, & ita sufficit, ut cedens illi litigio per procuratorem adsistat *Gusm. de evict. d. q. 5. n. 36. in fin.*

30 Deinde alia ratio esse potest in eo consistens, cedens debitum illud esse verum in substantia ostendere tenetur *Olea d. q. 3. num. 3. cum plurib. Urceol. cons. forens. cap. 2. n. 6. ideo debet consignare, vel instrumenta exhibere, Urceol. sup. n. 7. & 8. Merend. controvers. jur. lib. 22. cap. 26. ad idque cedens requisitus esse debet Urceol. supra.*

31 Unde temerè agit cessionarius absque eo, quod habeat instrumentum debiti cessi (ut ita dicam) & ideo, si succumbat, est in culpa, cum causam absque instructione necessaria adsumeret, sicque si cedentem non requisiverit, non habebit adversus eum regressum, probatur ex distinctione *Oleæ supradict. q. 3. n. 15. scilicet, quòd quando cessionarius est bene instructus debiti instrumenta habens cedentem laudare non tenetur, secus vero si non est instructus.*

32 Cum vero cedens, vel in so-

lutionem rem corporalem dans satisfacit eam tradendo cessionario, quæ quidem traditio ad defensionem non sufficit cessionario, ideo ut ei detur regressus, tenetur nominare, & laudare cedentem, in quo casu procedit opinio prima, de qua supra requirens denuntiationem; casu vero cessionis debiti, tota defensio consistit in instrumento debiti, ideo non requiritur denuntiatio, & tunc procedit secunda opinio; remanetque defensa nostra *Ordin. & conclusio ex ea deducta.*

In eo tamen casu, quo requiritur denuntiatio, seu requisitio, ut cedens instrumentum demonstret, agi potest priusquam intentetur actio adversus debitorem, cui cessum est, quia hanc per actionem intenditur, ut cedens contractum adimpleat; sicut adversus venditorem ad rem venditam tradendam, quod certissimi juris est; & cum similis denuntiatio aliquam litem non suspēdat, illæsa manet *Ord. nostra.*

Si vero cessionarius sine instrumento adversus debitorem, cui cessum est, agat, & ab hoc fuerit oppressus, ita ut ad objectiones respondere nequeat, adhuc cedenti requisitionem facere poterit, sed iurgium non suspendetur, ut nostræ *Ordin. satisfaciamus; quia cum in hoc casu similem requisitionem sufficiat esse factam in appellationis instantia dummodo possit allegari defensio, Cald. de empt. cap. 31. n. 80. Ægid. in l. si*

l. si ex hoc jure ff. de justit. & jur. l. p. cap. 8. n. 82. litis suspensio non est necessaria.

35 Similiter procedendum erit, si semper, ut securus existat cessionarius, vult requisitionem, seu protestationem facere cedenti, quia ad hoc admittendus erit sine præjudicio cursus litis, sic namque nostræ legi satisfacimus: & cum de jure cōmuni omni tempore requisitio sufficiat, satis consultum manet cessionario, tuque expertus Advocatus, ut DD., hominumque diversas sententias effugas, longius evagari in requirenda hac denuntiatione, seu protestatione, ne formides.

36 An pro servitutibus, & aliis accessoriis, seu quando res est obligata competat actio ad interesse quanto minoris, seu exempto, vel resolutio contractus, prout casus occurrerit? Vide Burgund. de evict. cap. 45. & 47. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 38. Cald. de empt. cap. 31. à n. 55. Gusm. de evict. cap. 54.

37 Quoad nos quæritur, an in hujusmodi actionibus emptor venditorem, vel alio titulo transferentem nominare debeat, sitque admittendus cum suspensione litis in forma nostræ Ord. & breviter dico, quod sic, quia hujusmodi servitutes, & similia rebus immobilibus cohærentia saltem sequuntur naturam rerum immobilium, Ord. lib. 3. tit. 47. in medio princip.

38 Deinde in servitutibus datur

possessio quasi civilis, & naturalis, Gom. 2. tom. var. cap. 15. n. 25.

Et pro eis datur actio in rem 39 §. *equè si agat*, & §. *item serviana Inst. de act.* unde emptor, ut habeat regressum adversus venditorem, si ab eo in similibus fuerit tradita possessio, & postea conveniatur ab alio, debet venditorem requirere.

COGITATIO XXIV.

An in criminalibus actionibus habeat locum laudatio ad intellectum Ord. lib. 3. tit. 44. in princip.

SUMMARIUM.

- 1 *Introductio.*
- 2 *Ex delicto duplex actio oritur; utraque qualis sit?*
- 3 *Quandoque intentanda?*
- 4 *Si civiliter pro crimine agatur, laudationi locus est, secus si criminaliter.*
- 5 *Cur in criminalibus laudatio non admittatur? & nn. seqq.*
- 6 *Cum de meritis propriæ personæ agitur, personarum accessio non datur.*
- 7 *Frustra fit, quod valere nequit.*
- 8 *Pena authores delicti sequitur.*
- 9 *In delictis tum mandans, tum mandatarius puniuntur.*

A Quæstionem præpositam notari debent verba d. Ord. ibi: *Assim em feito civil, como crime civilmente intentado, idest, ita in civili causa sicut in criminali civiliter intentata, ex quibus verbis cogitatum, dicendum duplicem actionem oriri*

tam ex criminalibus publicis, quam privatis, & agi posse tam civiliter, quam criminaliter; datur namque criminalis actio ad publicam vendictam, & pœnam; civilis vero in factum pro interesse partis, & ad prosecutionem familiaris rei, *l. fin. ff. de privat. delict. l. ultim. ff. de furt. l. nihil aliud. ff. & obligat. l. unic. cod. quando civilis actio*: ubi communiter DD. *Marant. de ord. Judiciar. 4. p. dict. 1. à n. 3. Farinac. q. 100. à n. 7. Cald. Pereir. ad leg. unic. cod. ex delicto defunct. 1. p. relect. n. 8.*

3 Hæc ita tantum de jure procedunt, ut possit offensus prius intentare actionem criminalem, postea vero civilem, vel è contra *ex text. in leg. unic. cod. quando civilis actio*; tenent DD. relati à nostro *Barb. hic, n. 1. & à Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 6. à num. 1.* quod quidem procedit de jure civili, de jure vero regio *Cogit. 26.* dicendum, favente Deo, speramus.

4 Unde, si ex crimine agitur civiliter ad prosecutionem rei familiaris, reus admittendus erit ad authorem nominandum, seu laudandum, secus vero, si criminaliter agatur, ut clarius probatur *ex Ord. nostra in princip. & in fine princip. cum aliis Silv. ad rubr. nostræ Ord. n. 22.*

5 Rationem autem, quare non admittatur authoris nominatio in criminalibus, lex nostra nobis occultat; aperienda tamen videtur multifariè, & in primis considerari po-

test, quia in criminalibus agitur de imponenda pœna corporali, & licet aliquando sit pecuniaria, semper hæc pœna respicit merita personæ delinquentis; quando vero in Judici- 6 cio agitur de meritis personæ, non datur accessio personarum, *regul. in Judiciis de reg. jur. in 6. ubi August. Barb. n. 2.* unde cum in criminalibus reus venit puniendus, attentis meritis suæ personæ, non erit locus nominandi seu laudandi authorem; frustra namque fit, quod va- 7 lere non potest, *Barb. axiomat. lit. F. n. 175.*

Deinde pœna sequitur authores delicti, *l. absentem ff. de pœn. l. Sancimus cod. eod. tit.* unde si reus fuit in culpa delicti, ipse, & non alius eam purgare debet.

Licet namque quis de manda- 9 to alterius delinquat, tam mandans, quam mandatarius puniuntur, ut prosequitur per multas quæstiones semper videndus in criminalibus, *Farinac. tit. de consultorib. auxiliatorib. & mandatorib. q. 135. cum seqq. Gom. tom. 3. var. cap. 3. n. 39. Decian. crimin. lib. 9. cap. 39. n. 1. Menoch. de arbitr. cas. 353. n. 2. Cabal. resol. crimin. cas. 264. n. 22. Bajard. ad Clar. §. fin. quæst. 89. n. 6. Giurb. crim. cons. 7. n. 10. Guasin. defens. 28. cap. 18. n. 7. Conciol. verb. mandatum resolut. 8. n. 1.*

COGITATIO XXV.

An in actione furti criminaliter intentata authoris laudationi locus sit, & agitur de intellectu Ord. lib. 3. tit. 44. §. I.

SUMMARIUM.

- 1 *Questionis introductio.*
- 2 *Superfluitas vitanda est.*
- 3 *An in actione furti, criminaliter etiam mota, laudationi locus sit? & n. 4. cum seqq. n. 9. negative resolvitur, & seqq.*
- 5 *Dictio-cæterum- idem quod sit, & quid significet? & n. 10.*
- 6 *Ille, penes quem res furata invenitur, tanquam fur puniendus erit, & n. seqq. & n. 16.*
- 7 *Actio civilis, & criminalis an cumulari possint?*
- 10 *Ord. lib. 3. tit. 44. & §. I. intelligitur, & nn. seqq.*
- 11 *A natura rei ob superfluitatem recedendum non est.*
- 12 *Aliquando verborum superfluitas in lege datur, ut ejus dispositio clarior fiat, & n. 13.*
- 14 *In eo, quod explicabiliter iterum affertur, superfluitas non datur.*
- 17 *Ord. lib. 5. tit. 60. §. 5. & 6. intelligitur.*
- 18 *Furtum ex inventione rei penes aliquem non probatur.*
- 19 *Ord. lib. 3. tit. 44. §. 2. declaratur.*
- 20 *Et d. tit. §. I. intelligitur.*
- 21 *Ad securitatis chartam consequendam non sufficit allegare rem furtivam ab alio emptam fuisse.*
- 22 *Cui minus denegatur, quod magis est fortius denegandum erit.*
- 23 *Questio cogitatione sequenti decidenda prommittitur.*

Primus §. Ord. in 3. tit. 44. vel verborum superfluitate laborat, vel à regula exceptionem continet disputatione dignissimam: primum patet ex eo, quia dupliciter in principio hujus Ord. à Legislatore nostro erudimur, semel, scilicet, in vers: *E assim em feito civil*, idest, *tam in causa civili*; iterum in vers: *E em feito crime &c.* idest, *& criminali causa &c.* laudando, authori non esse locum in criminalibus, nisi quando civiliter actum fuerit: quid ergo nos docet hic §. si eadem superfluitas datur; quæ quidem est vitanda in interpretatione, & dispositione, Roland. à Valle lib. 3. cons. 62. à n. 30. Tusch. pract. lib. 5. tom. 7. conclus. 895. n. 36. Menoch. cons. 81. n. 32. Farin. in recent. p. 2. decis. 75. n. 8. & decis. 702. n. 3. August. Barbof. axiomat. 216. n. 1.

Si autem continet exceptionem à regula, dicendum videtur, quod licet in criminalibus laudando authori locus non detur, datur tamen, quando agitur de furto, licet criminaliter intentetur, & ita tenet novissimè adhuc §. Doctissimus Jurisconsultus Emmanuel Gonçalves da Silva, adhuc vita, atque literis florens, in hac Ulyssiponensi Curia Ordinationes commentans, atque doctis suis illustrans.

Licet tamen prædictus D. auctoritatem suam non firmet, pro ea tamen sequentia facere videntur: in ultimo versiculo nostræ Ord. generalis

ralis regula stat auctori laudando locū denegans in criminali causa, statimque in nostro §. casus furti sub-
 jicitur per dictionem *ceterum* nostro idiomate *porem* quæ quidem di-
 ctio idem significat, quod *sed* Augustin. Barb. dict. 51. quæ aliquando importat diversitatem in jure, & in facto, aliquando vero diversitatem non importat. Videndi August. Barbos. dict. 360. à n. 1. Lexicon Calvin. lit. U. verbo *verum* fol. mibi 938. pag. 2. col. 2. utralibet harum significatione retenta, §. noster exceptionem à regula continet, nempe in actione furti, sive criminaliter, si-
 nè civiliter agatur, semper laudandi auctori locus erit.

6 Secundò facit pro hac parte argumentum à superfluitate, de qua supra n. 1. & 2.

Tertiò facit doctrina innumerosorum DD. quos refert Farin q. 137. n. 5. dicentium illum saltem tortura de furto puniri, penes quem res subrepta inventa fuerit; & tanquam fur puniendus venit per Ord. lib. 5. n. 60. §. 5. & 6. Unde cum Ordin. in nostro §. mentionem de furto faciat, ibi: *Dizendo, que lbe fora furtada*, idest, *dicens eam sibi subreptam esse*, intelligi debet de actione criminali: ergo &c.

7 Quarto facit §. *secundus hoc tit.* quatenus ait, illum ultimo loco laudatum auctore omne furti onus pati debere, ut ibi: *Com todo o encargo do furto*, idest, *cum toto onere*

re furti &c. ex quibus verbis manifestum manet, actionem criminalem esse; si namque civilis foret, idiomate alio se explicaret, nempe: *Ficarà obrigado a entregar a cousa*, idest, *tradere rem cogetur*, ad quod solum actio civiliter mota tendit.

8 Quintò, & ultimò facit doctrina, de qua Cald. in l. unica cod. ex delict. defunct. 1. p. relection. n. 68. junctis his, quæ numeris antecedentibus, ubi testatur, in hoc Regno debere fieri cumulationem actionis criminalis, & civilis; posseque unam per se principaliter exercere, resoluta namque una, extinguitur, & altera.

9 His tamen, & aliis minime obstantibus, contrarium est tenendum, nempe, etiam in actione furti civiliter agendum fore, ad hoc, ut laudando auctori locus sit, quæ quidem resolutio probatur ex responsionibus ad contraria præstitis.

10 Ad primum namque argumentum de dictione *porem*, idest, *ceterum*, seu *verum*, respondetur, DD. ibi allegatos non solum dicere per hujusmodi dictionem diversitatem importari à jure, sed etiam à facto; ergo sensus est, cum Legislator in ultimo versiculo nobis dixisset non esse locum auctori laudando in casu criminaliter intentato, statim subjiciens furti casum per adverbium *porem* non solum diversitatem importat à jure, sed etiam à facto, præstito hoc intellectu, idest, quando

quando fuerit civiliter motum.

11 Ad secundum respondetur, quòd licet superfluitas vitanda esset, ex hoc tamen recedendum non erit à natura rei, *Farinac. in recentiorib. 2. p. decis. 75. n. 8. Augustin. Barb. axiomat. 216. n. 1.*

12 Unde cum Legislator in principio nostræmet *Ord.* constanter pro regula posuit, non dari locum ad authorem laudandum in actione criminaliter mota, non est recedendum à regula dupliciter intimata (ut dictum manet,) propter superfluitatem, & ratio est, quia in statutis, & legibus frequenter verborum superfluitas invenitur, non ut aliquid diversum importet, sed maioris perspicuitatis gratia, *glos. verb. inculcatio in l. lecta ff. si certum petatur, Cuman. cons. 55. n. 4. vers. quamvis, Castrens. cons. 75. notandum n. 2. vers. frequenter lib. 2. & alii, cum quibus, idem Aug. Barb. d. axiomat. 216. n. 6.*

13 Quod quidem apparet in hac nostra *Ord. in princip.* quia non obstante, quod jam in princip. in versiculo: *Assim em feito civil, como crime*, erat impliciter dispositum per argumentum à contrario sensu, laudandum non esse authorem in causa criminali; attamen in versicul. final. idem perspicuitatis gratia nobis explicitè demonstrat.

14 Unde in nostramet §. I. ejusdem *Ord.* nobis præstat exemplum in actione criminali civiliter tamen

mota, modum indicans practicandum in admittenda ipsa actione laudandi authorem, vulgò: *Authoria.*

Ex quo inferitur dicendum, **15** quando explicitè, & distinctè declaratur id, quod erat impliciter dispositum, (ut in nostro casu ad oculum patet) non datur superfluitas; probant hanc verissimam limitationem *Ruin. cons. 89. n. 17. vers. nec obstat. vol. 4. Tiraq. in l. si unquam verbo revertatur, n. 26. cod. de revocand. donat. quos sequitur Gonçal. dict. glos. 6. n. 33. & cum aliis idem August. Barb. d. axiomat. n. 8.*

Ad tertium respondetur, re- **16** gulam esse generalem, quòd licet res furto ablata penes aliquem inveniat, inde non oritur contra eum iudicium, seu præsumptio mala ad torturam sufficiens, ut cum *Joan. de Platea in §. conceptum per illum text. col. 2. vers. Sed nunquid ille Inst. de obligat, quæ ex delict. nascunt. Afflict. in §. injuria in 3. notat. n. 37. de pact. jurament. firmat. Gandin. in rubr. de furib. & latronib. n. 5. Bald. in l. incivilem n. 3. & ibi etiam Odofred. n. 5. Fulgos. n. 2. vers. mihi tamen videtur, Salicet n. 1. col. 2. vers. quero an eo ipso. Post glos. ibid. in verbo incidatis, cod. de furt. Cirill. in summ. criminal. part. 3. rubr. de q. §. 9. n. 1. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 29. n. 9. & ibi Arelat. in addit. lit. A. post Marsil. in locis per eum relatis. Anton. Gom. de delict. cap. 13. rubr. de tortur. reor. n. 12.*

Menoch.

Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 29. n. 12. relatis per Mascard. Cardin. Tusch. præcl. concl. verbo furtum. conclus. 555. n. 18. tenet, & probat Farinac. d. q. 117. n. 1. & contrarium procedit, quando datur mala fama, & consuetudo in persona inquisiti: de quo videndus idem Farinac. supra.

17 *Similiter ad Ord. lib. 5 tit. 60. §. 5. & 6. procedit namque ejus dispositio in specialibus casibus, nempe §. 5. quando datur (ut sic dicitur) verisimilitudo, quod res sit furto ablata, quia tunc emens præsumitur sciens furtivam rem esse, quod sufficit, ut tanquam fur puniatur, de quo vide Farinac. supra n. 16. & à n. 24. plura demonstrat, per quæ rem esse furto ablatam cognoscitur; §. vero 6. procedit ex specialitate loci propter magnitudinem populi, confusio namque furandi causam præstat, & ita convenit emptiones refrenare ut furta, & latrocinia evitentur.*

18 *Unde etiam in nostro Regno regula concipitur negativa, nempe, quod furtum non probatur ex eo solum, quia res furtiva penes aliquem invenitur per argumentum à contrario sensu ex d. Ord. lib. 5. tit. 60. §. 5. & 6.*

19 *Ad quartum argumentum deductum ex §. 2. nostræmet Ord. ex verbis ibi: Todo o encargo do furto dicendum est, similia verba idem importare, atque dicere cum om-*

ni onere actionis, quia ultra rei restitutionem datur onus expensarum, datur etiam onus appellandi, & similia.

Unde firmum manet, quod ut 20 in actione furti locus habeatur laudando auctori civiliter mota esse debet, quod quidem probatur ex verbis nostrimet §. ibi: Que lbe fora furta da, a qual fosse achada em poder doutro &c. per similia namque verba agens non dicit, reum talem rem penes se inventam furatam esse, sed ab eo talem rem petit, dicens eam sibi fuisse subreptam; ex quibus verbis nullatenus colligitur, actionem criminaliter esse intentatam, nam ut hoc concluderet, factum delinquendi in persona rei continere deberet.

Confirmatur nostra resolutio 21 ex Ord. lib. 5. tit. 129. §. 5. (de quo àn declaretur, seu abrogetur per §. primum Reformat. just. vide Leyt. de securit. q. 6. à n. 8.) ubi non admittitur ad securitatem concedendam clausula, in qua supplicans ait, probaturum, rem furtivam ab aliquo emis- se: si autem hujusmodi defensio non admittitur in supplicatione pro securitate in casu furti; multò minus tanquam laudandi auctoris actus admittenda veniret in hujusmodi actione criminaliter mota; per ar- 22 gumentum, quia cui non conceditur quod est minus, nullatenus, quod est maius concederetur, l. 1. §. si stipulanti. ff. de verbor. obligat. l. in eo. ff. de reg. jur. cap. nulli 44. Surd. decis.

decis. 65. n. 5. Farinac. decis. 10. n. 6. part. I.

23 Ad quintum, & ultimum argumentum in procinctu paratam, habeo responsionem in cogitatione sequenti: ubi utilissimam, at sæpe manibus volvendam, & quam non facile quidem ita decisam apud DD. est invenire, quæstionem resolvemus.

COGITATIO XXVI.

An post Judicium criminale finitum, actor ad civile reddere possit, & an l. unic. cod. quando civilis actio criminali præjudicet, in hoc Regno Lusitaniæ locum habeat?

SUMMARIUM.

- 1 Casus affertur.
- 2 Adversus fures variæ actiones introductæ sunt.
- 3 Prima, quæ furti actio dicitur, ad quid tendat?
- 4 Quibus competat?
- 5 An furi competat? an l. 12. §. sed, & si res ff. de furtis, an cum negatione non, vel sine illa, legenda sit, & nn. seqq.
- 6 An creditori pro pignore actio furti, pariterque domino pignoris competat, & quid si ipsemet dominus furtum faciat? & n. 9.
- 7 Mala fidei possessori, actio furti denegatur.
- 8 Furi, actio furti quando competat?
- 10 Fur corporali pæna puniri potest, & hæc secunda actio adversus fures est.
- 11 An simul cum pæna corporali quadrupli, vel dupli multa imponi possit? & nn. seqq.

- 14 Adversus fures actio civilis ad rem persequendam datur; quando autem detur declaratur, & n. 94.
 - 15 Dupli, sui quadrupli pæna in desuetudinem abiit.
 - 16 Ita apud Nos, dicendum erit.
 - 17 Actio reivindicationis, & condictio furtiva adversus fures datur.
 - 18 Condictio furtiva etiam adversus hæredes competit.
 - 19 Condictio incerti etiam adversus fures, cuilibet, cujus interest furtum non fieri, datur.
 - 20 Condictio furtiva soli domino competit.
 - 21 Actio reivindicationis adversus quemlibet possessorem competit.
 - 22 Quando condictio furtiva agitur, necesse non fit, quod reus possideat, secus si actione reivindicationis agatur.
 - 23 Aliæ actiones adversus fures, potius modi furtum perquirendi sunt.
 - 24 Ex actionibus criminali, vel civili competentibus, unam actor eligere debet.
 - 25 Civili actione electa criminalis cumulari nequit, primo Judicio finito alteram exerceri posse probatur, & n. 57.
 - 26 Criminali intentata, an civilis cumulanda sit? & n. 57. & 58.
 - 27 Lex unica - quando civilis actio apud Nos observatu an digna sit, & nn. seqq. & à n. 57.
 - 28 Casus de facto ex Cald. affertur.
 - 29 An appellatio à sententia super crimine lata trahat secum appellationem, quoad civilia, ad eundem Tribunal, si unaquæque ad diversos Judices pertineret? & nn. seqq.
 - 30 Appellatio à sententia super crimine lata, omni tempore interponi potest, quoad pænam criminalem, secus quoad civilem condemnationem, quæ intra decennium interponi potest; (& n. 74. & 75. & 76.
- Ibid. Si appellatio pro parte Justitiæ, Bb intra

- intra decendum interponatur, omnibus partibus ad omnia communis fit n. 31. & seqq.
- 33 Si super principali pronuntiare licet, etiam circa accessoria licitum fit.
- 34 Ord. lib. 3. tit. 79. §. 6. intelligitur & n. 35.
- Ibid. Accusans in nostro Regno tum pro pena criminali, tum pro interesse civili, eodem libello simul, &que, & principaliter petere debet, & n. 36. 39.
- 35 Quo in tempore Judex pro parte Justitiæ appellare debeat?
- 36 Quin querela præcedat, offensus crimina postulare potest, num. 37. & 38. homicidii casu excepto, & à n. 77.
- 39 An pro interesse civili post accusationem criminalem agi possit? & n. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 52. & seqq.
- 40 Intra quod tempus querelam deferentes accusare debeant? & nn. seqq. & à n. 79.
- 45 An pro reivindicanda re ablata, criminaliter agi possit, & n. 46. 91. & seqq.
- 47 Qua pena puniendi erunt eementes in Curia Ulyssiponens. ab aliis personis, præter Adellas, & Pregoeiro, & n. 93.
- Ibid. An interesse civile adjudicari possit parti, quin hæc postulet? & n. 93. & seqq.
- 48 Deserens accusationem quibus pænis subjiciatur? & n. 90. & seqq.
- 49 Criminalis causa an civilis naturam assumere possit? & n. 97.
- 50 Semel absolutus iterum accusari nequit, nisi in casibus à jure expressis, & n. 67. & seqq. & n. 98.
- 51 Quid Author in hac resolutione resolvit, Si bonum Deo tribuendum esse fatetur.
- 53 Juris correctio vitanda est.
- 61 Ex Judicio criminali ad civile, vel è contra, exceptio de re judicata dari potest, n. 62. & seqq. n. 76. & à n. 99.
- 63 Identitate rei deficiente, exceptio de re judicata dari nequit.
- 64 Ut exceptio de re judicata nascatur, de re incidenter actum fuisse sufficit, & n. 66.
- 65 Et quod idem factum ad diversa discutatur.
- 66 Si de falsitate incidenter cognitum sit, de ea, via ordinaria, agi nequit.
- 67 Quando ex sententia absolutoria exceptio de re judicata oriatnr? & seqq.
- 71 Pena adversus damnificos, vulgò, daninhos, de qua in Ord. lib. 5. tit. 87. quando locum habeat?
- 72 Ex facto culpabili semper delinquens ad interesse tenetur.
- 78 Judex criminalis quando de interesse civili cognoscere possit?
- 85 Nemo in carceres conjicitur, quin prius delictum probetur.
- 87 Principali denegato, accessorio locus non est.
- 94 Specialitas introduci nequit.
- 102 Sententiæ in casu referuntur, & nn. seqq.

IN civitate Elbensis apud Judicem I extraneum, vulgò, de fora, quidam de magno furto ab altero accusabatur, & cum confraternitatis Sanctæ Misericordiæ illius civitatis Syndicus essem, litigium illud ad manus meas pervenit, ut accusato, tanquam pauperi, præstarem patrocinia, tempore, quo processus in dilationibus ad faciendas probationes erat, faventeque Deo, reus absolutus fuit cum magna illius populi admiratione: finito sic criminali Judicio, actor ad civile reddere se accinxit, postulans, ut accusati bona, eo quod de fuga suspectus esset, sequestro deponerentur: adversus quod impedi-

menta

menta obtuli, allegans exceptionem rei judicatae, quibus receptis, & probatis judicatis, ad Supplicationis Senatum actor appellavit, ubi iudicatum confirmatum fuit: pendente vero illa appellatione, idem actor libellum civiliter in Iudicio porrexit; egoque iterum cum eadem exceptione rei judicatae, & litis pendente, atque attentati, processum impedivi in forma *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 15.* fueruntque exceptiones receptae; postea vero pro improbatis judicatis, gravamen in actu processus, (ut dicitur) interposui secundum praedictam *Ord.* tandem reus civiliter fuit condemnatus, sed in gradu appellationis absolutus, virtute illius gravaminis in actus processus interpositi, ut infra inferius extensius videbis.

2 Ante omnia advertendum erit, odio furum multas actiones adversus eos à jure concessas fuisse, ut tenet ingens copia *DD.* quos refert *Farinac. q. 165. à n. 24.* tenet *Jacob. Ferrer. tract. var. sub tract. de action. cap. 6.* quarum actiones singulas

3 percurramus: Prima itaque est actio furti per quam pæna dupli pro furto non manifesto, & quadrupli pro manifesto, imponitur. *§. fin. Inst. de obligat. quæ ex delicto nascuntur §. quadrupli, & §. sed furti. Inst. de act. §. ex maleficiis Inst. eod. tit.* Ad rem tamen persequendam actio furti non datur. *d. §. ex maleficiis 18. & ibi: Vin. n. 1. Frider. de commulat.*

action. cap. 2. sub n. 13. pag. mibi 43.

Hæc quidem actio non solum competit domino rei subreptæ, sed etiam ei, cujus interest, rem furatam non esse. *l. cujus interfuit cum seqq. ff. de furt. §. furti actio cum seq. Instit. de obligat. ex delict. l. ult. cod. de furt.*

In tantum, ut etiam in aliquibus casibus actio furi conceditur *l. itaque fullo 12. §. sed & si res ff. de furt. ubi delenda est negatio, & legendum est ita: & sic fit, ut teneatur furti, & agat: tenet Jacob Ferrer. ubi supra Franc. Zoannet. cap. 12. restit. Aug. 1. emendat. 3. Cujac. 16. observ. 30. relati, & sequuti per Sicgm. Reich. Jauch. de negat. cap. 12. pag. mibi 167. & cap. 15. pag. 236. & cap. 17. pag. 328. ibi:*

Res ipsa loquitur in verbis: ut non teneatur furti- negationem delendam esse cum Jurisconsultus modo dixerit, contra ipsum dominum quoque furti actionem dari, quod pridem monuit Aug. 1. emend. 3. nec non Franciscus Zoannetus lib. Restit. idemque probat Cujac. 11. obs. 11. frustra dissentiente Job. Robert. 2. recept. lect. 9. cui respondet Cujacius 16. observ. 30. vide l. 14. §. 1. & l. 19. §. 5. b. t. quin, & in l. 48. §. 4. b. t. similiter Ulpianus expressè ait. Ita erit casus, quo furti agere possit. Nove, qua ratione autem particula non-bic irrepsit, huc usque nemini per speculum video. Ita autem observavi, non, hic scriptum esse pro-cum, per

errorem librarii malè auscultantis , quemadmodum aliàs non-pro-cum. ut supradictum est. Itaque nunc eleganter legimus : Et sic fit , ut cum teneatur furti , & agat.

6 Ego vero nihil delendum putarem , imò arbitror , delata particula illa , non , textus sensum perfectum non remanere , adverto namque à l. 6. & seqq. in illo tit. defurt. narrari casus , in quibus actio furti competit illis , cujus interest , furtum factum non esse , de quo , tanquam exemplum affertur creditori furtum in re pignorata factum , quo casu creditor non solū adversus extraneum furem , sed etiam adversus dominū rei pignori datæ , si fur ipse fuisset , actionem habet ; & hæc est hypothesis text. in d. l. itaque fullo 12. §. 2. ubi *Juriscons.* progreditur aïens , etiam ipso domino furti actionem competere , ad quod omnimodò advertendum est , hanc extensionem furtum factum creditori ab extraneo respicere , & ideo rectè subsequuntur verba text. ibi : & sic fit , ut non teneatur furti , & agat ; ut ibi glos. in verbo non teneatur legit : quando extraneus facit : Quasi *Jurisconsultus* diceret : licet dominus culpa careat , quando furtum ab extraneo factum fuit de re pignori creditori data , & ideo furti non teneatur , tamen ipsi domino actio furti competit , & agere potest ; unde particula non-existente , sensus textus perfectus est , quod abesset , si de-

leretur , ex eo , quia supposito , quod ipse dominus furtum de re sua fecit , non erat fur alius , adversus quem actionem ipse dominus exerceret , superfluaque esset ejusdem actionis concessio , & verba text. ibi : & agat.

7 Probatur assertio nostra ex d. l. itaque fullo §. 1. ubi actionem furti malæ fidei possessori denegatur , licet ejus intensit , ut furtum factum non fit ; sed sic est , quod fur malæ fidei est : ergo de domino furtum committente d. l. in §. 2. intelligi nequit.

8 Dices tamen : quando ergo furi actio competere possit , ut sequimur ex text. in l. qui vas §. si ego ? Respondeo : quando juxta terminos dict. l. qui vas §. si ego , fur non habet actionem furti ex inhonesta causa , puta , quia ratione furti rem penes se habebat , sed honesta causa , quia rem apud se , ratione contractus conductionis , retinebat , & furtum fecit eam alteri commodandam , à quo commodatario , (liceat sic dicere ,) ablata fuit.

9 Interrogabis tamen : cur in d. l. itaque fullo d. §. sed & si res necessarium fuit uti verbis : & sic fit , ut non teneatur furti & c. ? Respondeo : furtum cum culpa creditoris fieri poterat , quo casu ejus jactura domino non erat , sed ipsi creditori ; & in tali specie dubium erat , an domino actio concederetur , cum dicendum videretur sua non interesse , quia quando domini non interest , actio

actio furti denegatur, §. furti 13. *Instit. de obligat, quæ ex delict. nascunt. & §. item fullo eod. tit.* unde verba illa sensum habent, scilicet, licet dominus jacturam furti non patiat, sed creditor, ex eo, quod cum culpa sua evenit, tamen adhuc dominus actionem furti habet.

10 Fur etiam criminaliter puniri potest pæna corporali. *l. ultim. ff. de furt. junctâ l. final. ff. de privat. delict.* existimat verò *Gom. tom. 3. var. cap. 5. n. 4.* furem simul puniri posse pæna dupli, seu quadrupli, atque pæna corporali.

11 Potior tamen sententia videtur mihi ea, quam tenet *Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 695. à n. 5.* ubi late probat furem, vel pæna dupli, seu quadrupli, vel extraordinaria pæna solum puniri debere, unaque intentata altera perit, ut ipse *Molin.* late probat.

12 Et ego huic sententiæ adhæreo, quia dupli, seu quadrupli pænae tanquam multatitiæ adversus fures imponuntur, salva rei persecutione. §. fin. *Inst. de obligat. quæ ex delict.* ibi: *Tantum ad pænae persecutionem pertinet. §. ex maleficiis, Inst. de act.* ibi: *Penam tantum persequitur quis actione furti, sive enim manifesti agatur, quadrupli, sive non manifesti, dupli.*

13 Unde cum hujusmodi pænas multatitias esse constet, fur alia pæna corporali puniri non potest, ut late comprobatur *Gom. supra dict. n.*

4. & sequitur *Molin. supr.* ubi ad text. in *l. ult. de furt.* respondet.

Neque obstat text. in *l. unic. 14 cod. quando civil. act.* procedit namque, quando actor post criminale Judicium finitum, postulare rem vult per conditionem furtivam, seu reivendicationem, & hæc est actio rem familiarem persequens, quæ vocatur civilis in *d. l. unic.* & hæc erit salva post criminalem, non tamen actio dupli, seu quadrupli, quia hæc si intentetur civiliter, non poterit postea criminaliter ad pænam corporalem agi, ut *Molin. supr.* eruditè tenet, quem vide. *Frider. Andreas de concurs. & commulat. act. cap. 14. num. 14. ibi: Et quidem Ant. Gom. tom. 3. var. resolut. cap. 5. n. 4.* existimat, quod pro furto possit imponi pecuniaria pæna applicanda parti, & simul etiam pæna corporalis arbitraria, nec una actio alteram consumat per *l. ult. ff. de furt. & Auth. sed novo jure cod. de serv. fugitiv. sed contraria sententia verior est, & loculenter probatur per l. 56. §. 1. ff. de furt. ubi ex verbis Juliani liquidissimè constat, quod criminalis actio tollat, & consumat civilem. Cui hæc quoque ratio accedit, quod nemo ob idem crimen duplici pæna affici debeat, *l. 14. ff. de accusat. l. 41. in fin. ff. de pæn.* & quando actio civilis pecuniaria datur ad vindictam, non debeat imponi pæna corporalis, *l. 6. l. 7. §. 1. ff. de injur.* Huic sententiæ non adversatur *d. l. ult. ff. de furt. Ulpianus**

pianus enim in d. l. ita interpretandus est, non quod velit simul posse civiliter, & criminaliter de furto agi, sed quod possit quidem civiliter, & criminaliter agi, verum elective, non commulative, sic ut una actio prius intentata alteram consumat. si quidem utraque ad vindictam tendat. Neque obstat dict. Auth. sed novo jure, cod. de serv. fugitiv. nam & si appareat, quod de furto prodita sit criminalis actio: non tamen sequitur, quod illa possit simul cum civili intentari, nec una alteram tollat.

15 Unde, ex eo, quod per leges Castellæ, pænæ corporales impositæ inveniuntur adversus fures, tenet idem Gom. n. 4. in fin. pænas dupli, seu quadrupli, de consuetudine non servari. Jul. Clar. §. furtum n. 16. Molin. sup. sub n. 6. Azov d. in l. 7. & 9. lib. 8. recopilat. tit. 11. à n. 89. Padill. in l. penali 1. p. cap. 28. Salzed. ad Bernard. Dias in pract. cap. 90. Aylon ad Gom. ubi sup.

16 Et cum hodie per Ord. nostrâ lib. 5. titul. 60. per tot. aliæ pænæ inveniuntur adversus fures, dicendum mihi videtur, pænas dupli, seu quadrupli, locum non habere; neque in praxi, neque apud DD. nostros duplum, seu quadruplum judicatum inveni, sed tantum impositas à Legislatore nostro, siquidem quoad pænas furi infligendas loci statuta attendenda esse scripserunt Bart. Bald. Fulgos. Salicet. Sicar. & Capol. in Auth. sed novo jure cod. de

serv. fugitiv. Farin. de furt. q. 167. n. 4. Bonifac. de furt. §. fin. sub n. 58. Covarruv. lib. 2. resol. cap. 9. n. 7. Conciol. §. furtum resol. 7. n. 8. & ad statuta Eugub. lib. 4. rub. 53. n. 1.

Dantur etiam adversus fures 17 actio reivendicationis, & condictio furtiva. d. §. fin. Inst. de obligat. quæ ex delict. d. §. ex malefic. Inst. de act. §. sic itaque discretis eod. tit. Mend. à Castr. 1. p. lib. 4. cap. 1. §. 2. n. 5. idem 2. p. lib. 4. cap. 1. §. 2. n. 9. cum mult. Jacob Ferrer. supradict. cap. 6. Otter. de act. lib. 2. cap. 1. §. 1. n. 2. quæ qui- 18 dem condictio furtiva etiam adversus hæredes competit, ut idē Mend. & Otter. supra.

Datur etiam incerti condi- 19 ctio, quæ competit cuilibet, cujus interest furtum non fieri. l. & ideo §. ult. de condict. furtiv. Ferrer. supra pag. mihi 104. col. 2.

Condictio vero furtiva solum 20 domino conceditur, idem Ferrer. supra col. 1.

Actio reivendicationis com- 21 petit adversus quemlibet possessorē rei furtivæ, unde per eam postulamus possessionem, seu justam detentationem nobis ablatam per furem, ut constat ex citat. jurib.

Qua propter, si actor per actio- 22 nem reivendicationis adversus furē experiatur, & ipse fur non possideat, condemnari non debet; si verò condictio furtiva agat, semper fur licet non possideat, præstare tenetur tanquam si esset actione personali inno-

innodatus: Omnia constant ex prædictis juribus, & DD. quos vide, & Farinac. q. 165. cum seqq.

23 De actione ad exhibendum non curo, quia est præparatoria ad reivendicationem, neque de actione ablati, seu concepti, quia sunt potius modi inquirendi furtum; de quibus Farinac. d. q. 165. n. 24.

24 Quando ex eodem facto duæ actiones, una civilis, & altera criminalis in favorem unius personæ, competunt, actor ab initio eligere

25 debet, utra uti malit; si vero civilem eligit, criminalem cumulare

non potest, & è contra, quod intelligitur primo Judicio durante, finito tamen, alterum posse exercere:

probant text. in l. 2. §. hoc edicto ff. vi bonor. raptor. l. interdum 4. ff. de public. Judic. l. ex morte 3. juncta glos. ibi; cod. ad l. Aquiliam, & in l. ult.

cod. ad l. Cornel. de fals. & in l. 1. cod. ad l. flaviam de plagiar. & expresso

textu in l. unica cod. quando civilis actio crimin. præjudic. Bart. in l. prætor 2. §. hoc edicto in princip. ff. ubi vi bonor. raptor. & in d. l. unic. n. 3. 4. &

5. cod. quando civilis act. crimin. præjudicet, ubi glos. 1. & in verb. utraque Angel. ibi, n. 1. Salicet ex n. 3. & n. 8.

Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. fin. q. 2. ex n. 1. Lancellot. de attentat. 2. p. cap. 4. limit. 23. n. 24. Marant. in prax. p.

4. distinct. 1. n. 19. Anton. Gom. tom. 3. var. cap. 1. n. 11. & cap. 5. n. 4. vers. confirmatur, & vers. unum tamen est. Tusch. lit. C. concl. 1087. n. 8. & 9.

& concl. 1095. n. 2. Muscatell. in prax. lib. 1. p. 3. glos. actorem ex n. 36. Farinac. decis. 201. criminali ex n. 1. vol. 2. idem in prax. crimin. q. 100. cap. 3. ex n. 123. cum aliis Carlev. de

Judic. tit. 2. disp. 6. sub n. 2. & 3.

Ait tamen Farinac. q. 100. n. 26

152. quod licet in hac criminali actione cumulari non possit civilis, intelligi debet, si cumulatio principaliter fiat, secus si una principaliter, & altera incidenter, ut v. g. in furti casu, quo agens criminaliter petere etiam potest, ut res furto ablati restituatur, idem Farinac. de jure loquens, & generaliter, q. 1. n. 64. idem q. 165. n. 29. videndus Gasin. de defens. reor. defens. 1. cap. 12. à n. 6. ubi quando Judex criminalis de civili quæstione cognoscere possit, Fachin. lib. 9. controvers. cap. 2.

His sic suppositis, dicendum 27 videtur hoc nostro in Regno locum non habere d. l. un. cod. quando civilis, & ut melius argumenta percipias, casum recordor, de quo Caldas ad l. unic. cod. ex delict. defunct. 1. p. releat. n. 63. nempe: Quidam Bra-

charenfis civis alterum de furto detulit, qui delatus in vincula detrusus deferentem in Judicium vocavit responsum, an vellet ipsum de illo crimine accusare, deferens in Judicio comparens dixit, se tantum velle agere civiliter, remque surreptam dumtaxat in libello sibi restitui postulavit, lata sententia pro reo, ex probationis defectu, actor ad Archiepiscopum

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

chiepiscopum

chiepiscopum Primatem appellavit, quia habet jurisdictionem in civilibus, de quo ipse *Cald.* ibidem; Auditor vero ad regiam Curiam appellavit secundum *Ord. lib. 5. tit. 122.* in antiquis *ead. lib. tit. 42. §. 3. & 4.*

- 29 Excitata fuit quæstio, an appellatio actoris ad Primatem expediri deberet, & an ad Curiam appellatio pro parte Justitiæ ipsam traheret; multa in utramque partem ipse *Cald.* allegat, ut apud eum videri possunt, quæ autem nostræ quæstioni deserviunt; in primis est *Ord. dict. lib. 3. tit. 63. §. fin.* in antiqui, in novis vero *Ord. dict. lib. tit. 19. §. 6.* in verbis ibi: *Et tudo, o que ditto he neste titulo há lugar nas appellaçoens dos feitos civeis, ou crimes civelmente intentados, porque nos feitos crimes criminalmente intentados, em que a Justiça ha lugar em todo o tempo, e em todo o caso será o Appellante recebido á appellação, qua to á pena publica do crime sómente; por se logo ao tempo da sentença publicada, ou até des dias o Ju g dor appellar por parte da Justiça, p sto que cada bñã das partes naõ appelle, será provido a todas as partes assim quanto á pena crime, como á civil, &c. (ideft) Et omnia in hoc titulo dicta locum habent circa appellationes in civilibus, vel criminalibus civiliter intentatis, quia in processibus criminalibus criminaliter intentatis, & in quibus Justitiæ locus est, in omni tempore, & in omni casu appel-*

lans ad appellationem admittitur, quoad pœnam publicam criminis solummodò; si vero tempore, quo sententia publicatur, vel intra decem dies Judex pro parte Justitiæ appellaverit, licet neutra partium appellet, omnibus partibus provisum erit, non solum quoad pœnam criminalem, sed etiam quoad civilem &c.

Ex quibus verbis ad suam³¹ quæstionem *Cald.* notat, appellationem in causa criminali civiliter mota, sicut appellationem in civilibus causis ordinari *n. 65. vers. qua propter.*

Deinde notat eodem modo,³² appellationem ordinari, sive principaliter, sive incidenter, civile petitorium ordinatum sit, ut patet *ex d. Ord. vers. porque nos feitos &c.*

Quòd si à lege hoc ultimum³³ ita dispositum non esset, ait ipse *Caldas* contrarium dicendum esse, secundum jura ab ipso allegata disponentia, quòd quando super principali pronunciare licet, super accessorio etiam licebit.

Sed ut juris correctio evitetur,³⁴ ego alio modo quoad, nostram intentionem, interpretor supradictam *Ord. dict. vers. porque nos feitos,* nempe, ideo per cursum decem dierum transit in judicatum sententia quoad civile, quia in nostro Regno deferens, seu accusans eodem libello tam criminalem pœnam, quam civile interesse æque principaliter petere debet, ergo non habet locum

cum *d.l.unica cod. quando civilis.*

35 Extra nostram intentionem aliud singulare interpretor *ex d. Ordin. vers. -porem*, scilicet, Judicem in criminalibus appellare posse intra decem dies, & non esse bonam praxim, quatenus in ipsa sententia appellatur, ex hoc namque dubitatum vidi, an reus ad sententiam in prima instantia objicere impedimenta valeat; de quo alibi, Deo dante.

36 Aliud per *Cald.* adducitur *ex antiqua Ord. lib. 5. tit. 42. §. 22. nunc tit. 117. §. 21.* ibi: *E naõ tolhemos, que todos os maleficios, que forem feitos a alguma pessoa, de que pode querelar, por-lhe a elle tocar, e pertencer, se querelar naõ quizer, poder demandar judicialmente contra a parte contraria sua justiça, e seu interesse, e injuria, sendo a parte para isso citada &c. idest, & non prohibemus ob omnia maleficia alicui facta, de quibus ipse, quia sua interfit, potest postulare, si postulare noluerit, offensum posse injuriam sibi illatam, & interesse suum adversus offensorem, eo tamen citato persequi non vult &c.* nempè, ponderanda illa verba esse: *Se querelar naõ quizer*, quibus significatur, oppositum respondendum fore, quando postulare maluit, quia tunc eligens viam, & actionem criminalem, civilem principaliter, & per se solam intentare non potest; concluditque ipse *Cald.* civem Bracharensem eo ipso, quod postula-

vit, non posse civiliter tanquam principale agere *n. 66.*

Ego vero ad nostram intentionem aliter interpretor, nempè, posse offensum, nulla præcedente postulatione, offensorem criminaliter accusare; Legislator namque *in tot. illo tit. 117.* solum requirit ante accusationem postulationem in casu cædis, ut patet *ex §. 23.*

Quod quidem probatur *ex eodemmet §. 21.* quatenus ibi reus personaliter comparere jubetur, criminis, & pænarum qualitate attentata; ita hanc legem intelligit ipsemet *Cald.* *sub n. 70. vers. quem quidem sensum.*

Intellecta sic lege nostra *d. §. 39 21.* de accusatione criminali dum mentio in ea fit de interesse partis accusantis, quod quidem civile est, consequens venit, quod in nostro Regno accusans simul petere interesse debet, aliter postea audiendus in separato processu non erit: sicque locum non habet *d. l.unic. cod. quand. civil.*

Adhuc loquens *Cald.* *sub n. 40 66. vers. quod mirum*, ponderat in antiquis *Ord. tit. 42. §. 20. nunc tit. 117. §. 19.* ibi: *Mandamos, que quando pelos summarios das querelas naõ for tanto provado, porque os querelados devaõ ser prezos, os que reloxos accussem os malfeitores do dia, que lbe forem recebidas athebum anno, naõ sendo os querelados ja prezos por alguma inquiriçaõ, ou*

prova ; idest , Jubemus, quod quando ex summariis postulationum probaturum non fuerit tantum, ut postulati propter ea carceri debeant mancipari, postulantes sibi noxios accusent infra annum à die postulationis acceptæ ; dummodo postulati ex vi alicujus inquisitionis, aut probationis non sint carceri mancipati.

41 Et ibi : E naõ accusando dentro do dito tempo, a justiça procederá pelas querelas contra os querelados segundo forma de nossas ordenações ; idest, Et si intra prædictum tempus postulationem omittant, Magistratus postulationes sequentur adversus noxios juxta Ordinationis formam &c.

42 Et ibi : E posto que ao diante, antes de os RR. serem livres, os que- relosos queiraõ vir accusar, naõ se- raõ ouvidos para lbes ser julgada emmenda, nem satisfaçaõ &c. idest, & quanvis postea antequam rei liberentur, postulantes accusare velint, audiendi non erunt, ut illis adjudicetur emendatio, nec satisfactio &c.

43 Ecce igitur ait *Cald.* quomodo in hoc Regno, eo ipso, quod pars postulavit, visus est eligere viam criminalem ad agendum tam ad publicam vendictam, quam ad privatam accessorie consistentem in emendatione, atque (ut dicitur) satisfactione ; sicque si anno non progressus ad accusationem, postea nec super interesse audiendus erit ; contrarium namque foret, si *dict. l. unic.*

cod. quando civil. locum haberet.

lis jactis fundamentis, ipse 44 *Cald. sub dict. n. 66. vers. qua ratione,* ait: quod in nostro Regno postulans, eo ipso, quod postulavit, non poterit postea, neque civiliter agere ad suum interesse, & iterum hoc quidem firmat *num. 67. & vers. cave,* pro Regno hoc tantum tenet per *Ord. antiquam lib. 3. tit. 49. nunc tit. 63. tandemque sub n. 72. se accepisse* ita à viris doctis fuisse judicatum in illo Senatu Bracharense, testatur.

Ultra prædicta fundamenta 45 aliqua ponderanda duxi, & in primis *Ord. lib. 3. tit. 18. §. 14. ibi: Posto que seja crime, o feito for civilmente intentado, demandando o A. alguma cousa, que lbe fosse roubada &c. idest, quamvis sit criminalis, processus civiliter intentatus fuerit, cum actor per litem petat aliquod, quod ipsi subreptum fuisset &c. ex quibus verbis sic assumo: ergo supponitur, quod pro recuperanda re ablata, criminaliter agi possit, ut clarè patet ; sed hoc quidem dicendum non esset, si in hoc Regno observaretur *d. l. unic. cod. quando civilis,* quia cumulari non posset actio criminalis, cum civili (hoc est) eodem tempore agere.*

Idem argumentum vires resu- 46 mit ex *Ord. lib. 3. tit. 44. & §. 1. quatenus etiam ibidem supponitur posse pro recuperanda re ablata criminaliter agi ; ergo simul peti potest interesse civile cum criminali ; ac per*

per consequens non habet locum
in hoc Regno *dict. l. unic.*

47 Facit deinde *Ord. lib. 5. tit. 60. §. 6.* ibi: *Alem do principal, que ha-
verá o donno da coufa*, idest, *ul-
tra principale, quod dominus rei ite-
rum habebit &c.* ubi Legislatoꝝ pu-
niens emptorem, qui in Curia, seu
Ulyssipone ab alio emit, quam ves-
tariis, vulgò, *Adellas*, & precon-
ibus, vulgò, *Pregoeiros*, in quadru-
plum dividendum inter accusatorē,
& pietatis arcam; Statim verbis re-
latis subjicit, valorem rei applican-
dam esse domino ipsius rei: ex qua
resolutione videmus reum condem-
nandum etiam in rei valorem, licet
adversarius, idest, dominus rei non
accuset; nulla autem ratio excogi-
tari potest, nisi quia in nostro Reg-
no in accusatione criminali peti
etiam interesse debet, & reus venit
condemnandus, etiam si ab adverfa-
rio non petatur.

48 Facit ulterius *Ord. lib. 5. tit. 124. §. 15.* ubi accusans accusatio-
nem deserens non solum ab accusa-
tione, sed etiam ab emendatione,
& satisfactione rejicitur, ut ibi: *Se-
jaõ logo lançados de parte, emenda,
e satisfaçaõ*, idest, *removeantur à
Judicio, emendatione &c.* hujus ra-
tio nulla alia est, nisi quia in nostro
Regno in libello criminali peti de-
bet etiam interesse civile: ergo *d. l. unic. locum in nostro Regno non ha-
bet.*

49 Facit etiam *Ord. lib. 5. tit. 126. §.*

3. in antiquis *tit. 44. §. 4.* ubi Legis-
lator jubet, seu concedit, posse par-
tem offensam reum accusare pro
damnis, emendatione, satisfactione,
atque injuria, & reum posse con-
demnari etiam in pœnam publicam,
hoc est, de justitia; probatque ipse-
met *Cald. supra hanc Ord.* procede-
re, quando pars civiliter agit, unde
accessoriè reus etiam criminali pœ-
na punitur, quod solum procedere
potest de jure Regio, attento nam-
que communi, criminalis actio ci-
vilem nequit naturam sibi induere.

Tandem pro hac parte facit 50
Ord. lib. 5. tit. 130. quatenus ibi pro
regula statuitur absolutum semel,
ulterius non esse accusandum, nisi
casibus ibi exceptis, de quo vide
*Oliv. de for. Eccles. 2. p. q. 25. Peg.
tom. 8. ad Ord. lib. 2. tit. 3. glos. 2. à n.
19. & infra à n. 67.*

Ex his, amice lector, vide 51
quam difficilem quæstionem aggre-
dimur; In ea tanquam de filo pen-
dens, vix meam sententiam audeo
aperire: res etenim adeo videtur in-
extricabilis, ut ab ea exituris Theffi
filo opus omnino sit. Si tamen bonis
(ut aiunt) avibus semel ingressum
iterum periclitari oporteat, quomo-
do nimirum hinc Scylla, illinc Cha-
rybdi superatis, medio tutissimus
evaserim, opere erit pretium osten-
dere: ut nauta solet expertus mon-
strare pericula nautis: cum enim in
praxi similes quotidie dubitationes
occurrant, quantas lucrubationes

sustinui, quot ve labores, exantlavi, licet sit importunum, pudet silentio præterire: Cum enim in civitate Elbenfi, reclamantibus non modo Advocatis, verum etiam Judicibus, multisque aliis, tum bonis, tum eruditis viris, reo præstarem patrociniū; summa ope nixus sum, ut controversiam penitus explanarem, cunctosque errores radicatus extirpatos de medio tollerem. Quo circa, siquid in iis est ingenii, lector humanissime, Deo Optimo Maximo adscribas velim, sin minus, quæ hic leges, qualiacumque ea sint, tu boni consule. Te tamen permonendum censui, Judices, per quos mihi victoria obtigit, Doctissimos integerrimæque fidei extitisse: qualesque docentes audivi, tales in judicando religiosissima prædictos integritate invenisse; nullum ibi articulum adstrui fide testium comprobandum, sed omnes merum jus, optimasque juris regulas spectantes. Sed hæc hætenus nunc ad propositum revertamur.

52 His ita supra suppositis non obstantibus, resolvendum erit, etiam in nostro Regno locum habere *d. l. unic. cod. quando civil. act.* modo supra à nobis explicato *n. 14.* & declarando infra. Unde actio furti criminalis in nostro Regno intentata actionem civilem ad rem familiarē persequendam non extinguet.

53 Quæ quidem conclusio primò

probatur per eam, scilicet, rationem, qua juris correctio vitanda est, *l. Si quando cod. de inofficios. testam. l. 1. cod. de inofficios. dot. l. percipimus in fin. cod. de appellat. Abb. conf. 78. in princip. lib. 2. Gemin. conf. 131. cum aliis Aug. Barb. axiomat. 60. n. 3. & n. 5.*

Deinde probatur ex authoritate *Mend. à Castr. 1. p. cap. 1. lib. 5. n. 3. & 2. p. lib. 4. cap. 1. n. 9. Valasc. conf. 169. n. 18. Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 44. n. 1. & ad Ord. lib. 5. tit. 131. in fin.* qui omnes absque discrimine inter jus commune, & Regium, inconsiderato dubio, tenent quod criminali Judicio extincto, civile adhuc durat; & cum hi DD. nostrates sint, credo piè ut ita indistinctè non tenerent, si de jure nostro Regio aliter dispositum inveniretur.

Tenet, jam moto dubio, conclusionem hanc de jure Regio servandam esse *Cald. sup. ad dict. l. unic. cod. ex delict. defunct. 1. p. relect. n. 71. & 72. vers. à quo sane cavendum.*

Probabitur tandem ex responsionibus præstandis *ad Ord. nostras supra expensas;* antequam aperire sensum verum nostræ conclusionis resolutè licebit.

Recordari igitur oportet, de eo, quod supra *num. 25. & 26.* diximus, scilicet, per jus commune actionem civilem, & criminalem simul in eodem, five diverso libello inten-

intentari non posse, hocque tantummodo habere locum, quando utraque æque, & principaliter intentaretur secus tamen quando actio civilis criminali incidenter cumlaretur.

58 Ex quo venit ad jus nostrum Regium supra ponderatum generalis responsio, nempe, Legislatorem nostrum voluisse illam opinionem tanquam legem sequi, & pro lege eam declarasse. Unde sensus sit, accusantem si secundum opinionem DD. possit in accusatione agere etiam pro civili interesse, hodie per jus nostrum Regium hoc facere posse; quod quidem incidenter intelligo, ne juris correctio detur.

59 Unde accusans in nostro Regno, si solum in accusatione ad vindictam agat, & nullo modo interesse petat, neque Judex ad interesse condemnaverit, poterit postea adversus reum actionem instituere ad rem familiarem persequendam, & ut securius existat, protestetur de agendo postea pro suo interesse ex *Cald. supra n. 32. in fin. allegans Angelum, & Jason.*

60 Si autem aliquo modo in ipsa accusatione etiam de suo interesse agat, sciat accusans, quod si reus absolutus fuerit non poterit amplius etiam pro interesse civili agere, quod quidem ex responsionibus ad argumenta clarius apparebit, & pro nunc ex sequentibus probo.

61 Inter rationes ob quas actor,

dum criminaliter agit, ex eodem delicto civiliter agere nequit, vel è contra, sed prius primum Judicium intentatum finiri debet, ut postea ad aliud redeat; potior mihi ea ratio videtur, quia per primam actionem secundæ præjudicium fieri potest, hoc est, quia ex prima exceptio rei judicatæ provenire poterit, aliàs utraque actio eodem tempore intentaretur, tenet *Natta lib. 1. consil. 138. Farinac. q. 100. p. 3. n. 136.*

Ex qua ratione reus semel absolutus actorem à Judicio removebit per exceptionem rei judicatæ.

Sed replicabitur: actio criminalis ad vindictam tendit, actio civilis ad interesse, ficque ad diversa tendunt, dificiente vero, ut sic dixerim, identitate rei, exceptio rei judicatæ non procedit, ut vulgare est.

Respondeo, replicationem non procedere in terminis conclusionis nostræ, quia cum actor in accusatione criminali actionem civilem accessorie, & incidenter cumlasset, de eaque cognitum fuisset, jam datur (liceat sic dicere) identitas, procedit, que exceptio rei judicatæ: facit doctrina *Barbos. ad l. 8. §. fin. 2. p. n. 59. ff. de solut. matrimon.*

Faciunt pro nobis ea, quæ notat doctissimè *Hontalb. de jur. supervenient. tom. 1. q. 26. à n. 68. ubi ex l. 3. ff. de pupular. action. & cum Valens. cons. 72. n. 45. & cons. 134. n. 49. Fontanell. decis. 126. num. 18. Giurb. decis. 20. n. 5. Castell. tom. 5. controu.*

controv. cap. 104. n. 28. D. Salgad. de retent. 1. p. cap. 12. n. 22. & 23. & aliis probat quod sufficit, ut idem factum jam discussum sit, ut identitates rei judicatae concurrant, licet ad diversa agatur.

66 Probatur responsio nostra per *Ord. lib. 5. tit. 117. §. 15.* disponentem de falsitate, seu subornatione ordinaria via agi non posse jam forte in causa principali aliquo modo de hujusmodi falsitate, seu subornatione actum fuisset.

67 Hanc quaestionem, an, scilicet, absolutoria sententia in una actione exceptionem rei judicatae pariat in alia, agit *Bart. ad text. in l. praetor §. hoc edictum ff. vi bonorum raptor. ubi n. 3.* tres casus distinguit: Unum, quando reus absolvitur, quasi crimen commissum non sit, in quo casu datur exceptio rei judicatae: Secundum casum, quando absolvitur, quasi non sit probatum delictum: Tertium vero, quando simpliciter fuit absolutus; quo casu intelligitur esse ex probationis defectu, & in his duobus casibus non datur exceptio rei judicatae.

68 Sed contra *Bart. stat.* quod absolutus ob non probatum crimen, definitè absolutus est: definitè vero absolutus non est amplius accusandus, *Covarr. var. lib. 2. cap. 10. n. 8. Farinac. q. 4. n. 27. Augustin. Barb. ad text. in cap. de his 6. de accusat. n. 7. Leuren. in jus canonic. tom. 5. sub tit. de accusat. q. 17. n. 2.*

Sed respondeitur, proximam 69 doctrinam procedere, ut iterum reus ad eundem finem non accusetur, si verò ad diversum, tunc non censetur definitè absolutus, poteritque conveniri ad diversa, licet ex eodem facto orientur, ut declarat *idem Leuren. sup. n. 3.* puta quando aliquod factum commissum fuisset, ex quo plura crimina nascantur, & unius criminis fuerit delatus, possit & alterius ab alio reus accusari, *l. qui de crimine 9. cod. de accusation. & ita procedunt text. in l. qui cætu §. qui vos autem. ff. ad leg. Juliam de vi, l. 3. §. si mater. ff. de carbenian. l. 2. ff. de privat. delict. Gonçal. ad text. in dict. cap. de iis, de accusationib. n. 4.* ubi exempla, & plures dat DD. agentes, an, & quando semel absolutus iterum accusari possit; de quo apud nos est *Ord. lib. 5. tit. 130.* ubi *Bart.* multos etiam citat, & ejus filius *ad text. in dict. cap. de iis, de accusat.*

Illam tamen doctrinam, seu 70 distinctionem Bartholinam servandam esse censeo eo in casu, quo accusans solummodo ad vindictam publicam egit modo supra à nobis dicto n. 59. quo tamen casu reus fuerit absolutus, quia factum objectum non sapit crimen, non poterit postea ad interesse civile accusari; si tamen ob probationis defectum postea conveniri poterit per diversam actionem ad civile, si de hoc in criminali etiam accessorie cognitum

- tum non fuit, *Bonfin. infra.*
- 71 Aliquando tamen evenit, ut factum objectum crimen non fit, & tamen conventus ad aliquod civile obligetur, ut mihi contigit in casu *Ord. lib. 5. tit. 87.* fuit namque iudicatum in Supremo Senatu criminaliter procedi non posse, nisi damnificus tribus vicibus comprehensus fuisset, secundum *l. Extravag. de anno 1608.* reservatum tamen jus fuit, ut damnum civiliter peteretur.
- 72 Unde in similibus quando, scilicet, objectum non sit crimen, factum tamen sit culpabile, semper reus conveniri poterit ad interesse, & ut securius agas, fac, ut in sententia jus salvum ad hoc maneat *Franc. Anton. Bonfin. tom. 2. in append. 3. n. 19.*
- 73 Quando vero accusans aliquo modo in ipsa accusatione etiam interesse civile petit; sive reus propter non probatum crimen, sive alio modo definitè absolutus fuerit, non poterit actor postea nec civiliter agere, ut supra diximus, & probavimus; tandemque probatur in responsionibus ad argumenta jam diù optatis.
- 74 Ad primum igitur argumentū, de quo *num. 30.* deductum *ex Ord. lib. 3. tit. 79. §. 6.* respondeo, hanc *Ord.* intelligendam eo in casu, quo in ipso processu criminali actor simul interesse civile, sive rem familiarem petit; quod quidem ipsa lex annuit in principio *dict. §.* quatenus

ibi de petito interesse civiliter agit; unde fit sensus, quòd si de eodem interesse criminaliter agatur, & intra decem dies à sententia non appelletur transit in rem iudicatam, quoad ipsum interesse, sententia.

Si verò in ipso criminali processu de interesse civili non agatur; accusans postea per actionem civilem persequi poterit, sicut de jure communi dispositum est.

Unde etiam ex hac *Ord. pro-* 76
batur conclusio nostra, de qua supra *n. 61.* quatenus ibi affirmavimus, quòd si in eodem libello accusans simul interesse civile petiisset, & reus absolutus fuisset, sententia rei iudicatæ exceptionem, tam ad criminale, quam ad civile parit; aliter namque, non obstante decem dierum cursu, etiam in appellationis instantia de interesse civili provideri posset.

Ad secundum vero deductum 77
ex Ord. lib. 5. tit. 117. §. 21. de quo à *n. 36.* respondeo, eodem modo intelligens hanc *Ord.* si accusans vult in eodem libello simul de interesse agere; unde si tantummodò pœnam criminalem persequatur, poterit postea rem familiarem in separato persequi; hoc patet *ex d. Ord.* ibi namque negotium positum in voluntate agentis remanet, ut ex verbis, ibi: *Se querelar naõ quizer, poder demandar &c.* idest, *si postulare non vult, petere poterit.*

In tantum, ut etiam post que- 78
relam

relam postulans persequi possit tantummodò rem familiarem, & justitia publicam pœnam vindicabit; ita taliter, quod si Judex criminalis non sit etiam civilis, actor remittendus ad suum Judicem civilem, ut coram eo pro suo interesse agat. *Caldas ad dict. l. unic. cod. ex delict. defunct. l. relect. à n. 71.* ubi ad contraria respondit.

79 Ad tertium argumentum, de quo supra à n. 40. deductum ex *Ordin. lib. 5. tit. 117. §. 19.* advertendum est, in hac lege tres casus dari: Unum quando postulans querelam summam non probavit, aut non sufficienter probavit, ut postulatus carceribus manciparetur: Secundum casum, quando virtute probationis summarie, vel alia inquisitione reus incarceratus est; Tertium verò casum, quando reus est absens, seu in domo alicujus Magnatis absconditus.

80 In secundo casu, actori tempus à lege non restringitur, intra quod accusare debeat; in primo autem, & tertio casu actor intra annum accusationem intentare tenetur.

81 In secundo namque casu, actor spectare poterit, ut à reo citetur ad eum accusandum, juxta *Ord. lib. 5. tit. 124.*

82 In primo vero, & tertio casu, debet intra annum reum accusare. *Ord. dict. tit. 117. d. §. 19.*

83 Et ratio differentie in eo posi-

ta est: quando offendens est incarceratus quodam modo Respublica etiam offensa remanet satisfacta, ex eo, quòd reus ad supplicium securus est, & aliquo modo carceris afflictione punitur.

In alteris vero casibus cum reus offensor in aliqua afflictione non sit, Respublice non satisfit, & ut citius satisfiat, vult, jubet, atque decernit actorem intra annum accusare, & ut ad hoc alliciat eum punit amissione actionis etiam pro interesse civili, *Cald. supra n. 72.*

Unde ex hac *Ord. conclusio* nostra non offenditur, imò potius cum in speciali casu loquatur, fuit regula in contrarium; & adverte, quòd licet *Cald.* aliter casus enumeret, loquitur secundum *Ord. antiquam*, in qua dabatur casus, quo reus carceribus mancipabatur absque ulla probatione, quod jure nostro Lusitano reformatum fuit, ut considerat *Vas ad reformationem justitie §. 14. à n. 157.*

Licet tamen *Cald.* placeat actorem amittere suum interesse civile ex eo, quòd intra annum non accusavit, mihi tamen non placet hoc generaliter sumptum, sed dico tantummodò postulantem audiendum non esse etiam pro suo interesse civili in ipso processu ordinato per justitie Promotorem; in separato tamen processu civiliter intentato ad suum interesse, vel rem familiarem prosequendam, admittendum esse. Distin-

87 Distinctio mea probatur ex eo, quia in accusatione criminali de interesse tantum accessorie, ut supra firmatum manet, agi potest, ideo accusans nec pro interesse civili, in ipso processu Justitiæ auditur, quia ab ipsa accusatione postulans jam exclusus est, & cum principale non habeat locum, per consequens accessorio non datur, ut est vulgare.

88 Probatur etiam, Legislator namque non dicit postulantem suum interesse amittere absolute, sed tantum quod si ad Judicium venerit non esset audiendus pro interesse, ut verba ibi sonant: *Os querelosos queiraõ vir accusar, naõ seraõ ouvidos, idest, licet postulantes accusare velint, audiendi non erunt.*

89 Si autem ad accusandum non venerit postulans, sed principaliter per viam civilem, processu separato, ad suum interesse patrimoniale agat, audiendus erit, quia etiam de jure Regni habet locum *l. unic. cod. quando civil. act.*

90 Hoc etiam probatur ex dictis ab ipso *Cald. supra dict. n. 71.* quatenus firmat, postulantem etiam post querelam perfectam reddere posse ad actionem civilem, & criminalem deferere, quia per querelam non est præclusa via civiliter agendi: ergo cum intra annum non accuset postulans, criminalem actionem renuntiare censetur, ac proinde tantummodo non erit audien-

das in processu Justitiæ; secus tamen erit dicendum, si actionem civilem ad rem familiarem consequendam intendat.

Ad quartum argumentum, de quo supra *num. 45.* deductum ex *Ord. in 3. tit. 18. §. 14.* respondeo, quod pro recuperanda re familiari etiam criminaliter agi possit, sed accessorie tantum, principalis namque intentio ad vindictam publicam est; unde nostri Legislatoris sensus est, si pro recuperanda aliqua re civiliter agatur, licet obligatio eam restituendi ex facto criminoso, & punibili descendat, feriam locum habebunt, secus tamen si reus criminaliter accusetur, & carceratus sit: Unde quatenus supponitur *in d. §. 14.* pro re ablata agi criminaliter posse, intelligitur tanquam consequens criminalis actionis, quod accidit, si actor rem in libello criminali etiam petat.

Eodem modo, mutatis mutandis, respondetur ad quintum argumentum deductum ex *Ord. in 3. tit. 44. §. 1.* de quo supra *n. 46.*

Ad sextum argumentum ex *Ord. lib. 5. tit. 60. §. 6.* deductum, de quo *num. 47.* respondeo; nullatenus dici posse rem furto ablatam, de qua ibi applicandam esse domino, si ea ab ipso non petatur, quia contra regulas juris est condemnationem in sententia fieri ultra in libello petita. *Ord. in 3. tit. 66. §. 1.*

Neque specialitas introducenda

da erit. *August. Barb. axiomat. 211. n. 3. Ord. que dict. tit. 60. §. 6.* juri cōmuni conformis est, secundū quod ultra dupli, vel quadrupli pœnam persecutio rei salva remanet, ut dominus eam exerceat, §. *fin. Inst. de obligat. quæ ex delict.* ubi adest idem loquendi modus, quo usus est Legislator noster in præsentī *Ord.* in qua docemur, quòd quadruplum valorem rei ablatae non comprehendit, salva namque ipsa res manet domino, ut in *Judicio eam persequatur.*

95 Unde etiam ex hoc vero intellectu clarè patet, quòd de jure Regni duplex actio datur, una ad vindictam, altera vero ad rem familiarem persequendam, habente locum *d. l. unic. cod. quando civil. act.*

96 Ad septimum argumentum deductum ex *Ordin. lib. 5. tit. 124. §. 15.* respondeo, quod in iis casibus, quibus datur duplex actio modo explicato, distinguendi sunt casus duo; unus scilicet, quando accusationem incipiens in eodem libello simul rem familiarem petit; casus alter, si solūm ad vindictam accusat, in quo casu per rejectionem ab accusando non præcluditur civilis via ad rem familiarem in actu separato persequendam, ex dictis à nobis supra *n. 86. cum seqq.*

97 In primo verò casu, si simul in eodem libello accusans rem familiarem jam petierat, accusationem deferens, & exclusus ab accusatione fuerit, remanebit etiam ab omni

emendatione, & satisfactione exclusus, neque poterit civiliter de novo agere, quod satis colligitur ex prædict. *Ord.* & probatur ex doctrina *n. 51.*

Unde ex hac *Ord.* satis probatur nostra conclusio, de qua *n. 59.* quatenus ibi affirmavimus, quòd si accusans in eodem libello simul rem familiarem petit, reo absoluto, neque civiliter ad rem familiarem de novo agere poterit.

Ad octavum argumentum ex *Ord. lib. 5. tit. 126. §. 3.* de quo supra *num. 49.* respondemus cum eodem *Cald.* supra *n. 70. versic. denique,* dictam *Ord.* procedere, quando pars offensa criminaliter agit, quod clarius patet ex eo, quia si aliter ageret, pœna publica locum non haberet, ut *idem Cald.* ex *n. 69.* probat.

Ad ultimum argumentum ex *Ord. lib. 5. tit. 130.* de quo supra *n. 50.* respondeo: ad hoc, ut reus iterum de delicto accusetur, necessaria esse requisita in dict. *Ord.* insinuata; secus tamen ut ad rem familiarem persequendam iterum civiliter agatur (si in eodem libello criminali de hoc etiam actum non fuit.)

Et ratio differentiae in eo stat, quia cum de crimine jam actum fuisset, iterum venit de eodem agendum; ideo requiritur ut à jure hoc specialiter inveniatur concessum, regula namque generalis in contrarium est: at vero ut res familiaris civiliter

viliter petatur, cum in libello criminali non peteretur, non venit hoc iterum in Judicium.

100 Unde non obstat rei judicatae exceptio, quæ quidem obstarét, si in eodem libello criminali etiam accessoriè de re actum fuisset; in quibus terminis procedit nostra conclusio, de qua n. 51.

101 Omnia nobis supradicta satis probantur ex tenore sententiarum, quæ prolatae fuere in casu n... narrato, quo accusans in libello criminali rem etiam familiarem petit, quare ei exceptio rei judicatae obstat, quod secus fuisset, si tantum ad vindictam ageret, ut expositum in hac cogitatione manet.

102 Sententia, quæ in prima instantia, & in prima causa lata fuit, tenoris sequentis est.

Vistos estes autos, libello do A. contrariedade do R. provas dadas, termos de judiciaes, culpas juntas, e por parte do A. se mostra, que sendo em o tempo declarado em seu libello, tendo elle A. em hum seu escriptorio quatro cartuxos de cincoenta moedas cada hum, e duas peças de ouro, o R. lhe entrara em sua casa, e lhe furtara os dittos quatro cartuxos, e hum cordam de ouro, abrindo para isso as portas das suas casas com humas chaves, e hum gazua, que se lhe acharão, e que sendo o R. prezo na cadeia de Olivença, confessára ter feito o ditto furto em perguntas, que judicialmente lhe foraõ

feitas, no que devia ser condemnado (nota) e nas penas, que por Direito merece: Defende-se o R. com a materia de sua contrariedade, o que tudo visto, e o mais dos autos, disposiçã de Direito, e como por parte do A. senão prova clareza alguma, que tivesse no seu patrimonio os dittos quatro cartuxos, e cordaõ, como era necessario, para ter lugar o furto, porque todas as testimunhas, que nesta materia fallaõ, depõem pela confissã que o R. fez nas dittas perguntas, as quaes não merecem alguma attençaõ, tanto porque sendo menor de vinte e cinco annos, não foy nellas dado ao R. curador, sem o que, na forma de Direito, ficaraõ nullas as dittas confissoens; foy induzido por parte do A. com esperança de ser solto como depõem muitas testimunhas de facto proprio, e ainda contra producentem, e muito mais fazendo-lhe agora perante mim varias perguntas com assistencia de seu curador, negou tudo das primeiras, e ainda que este delicto seja de difficil prova, e se possa verificar por conjecturas, com tudo as que no presente processo concorrem, não são bastantes, nem concludentes, pois muitas vezes succede servir hum chave em muitas portas, e poder adquirir o R. o dinheiro, que se lhe achou por outros meios licitos, e não pelo de furto, que em duvida senão presume; e mais quando esses remotos indicios se desvanecem, provado ser o

R. bem procedido, quitte do albeio: por tanto absolvo ao R. de todo o pedido pelo A. e pague este as custas, perdas, e damnos, e ao R. lhe deixo o seu Direito salvo, para tratar da sua injuria, e se lhe entregar o dinheiro, que se lhe acabou em sua casa, e appello por parte da Justiça. Elvas de Novemb. o 16. de 1724. Manoel Fangeiro Mendes.

103 Hæc sententia fuit confirmata in Supplicationis Senatu per formula verba, ibi:

Acordaõ em Relaçãõ &c. que bem julgado foy pelo Juiz Vereador da Cidade de Elvas, em absolver ao R. da culpa de que he accusado; confirmaõ sua sentença por seus fundamentos, e o mais dos autos; com declaraçãõ, que as custas delles pagará o R. em que o condemnaõ, e relevaõ ao A. do Direito, que contra elle deixa o ditto Juiz reservado ao R. e das perdas, e damnos, em que o condemna. Lisboa Oriental 7. de Fevereiro de 1725. Soares. Brochado. Sancbes.

Sententia, quæ fuit prolata super exceptione, rei judicatæ, hujus tenoris est.

104 A excepção recebida julgo por não provada, vistos os autos, e sentença da Relaçãõ junta, porque se mostra ser o R. sómente absoluto do crime; em cujos termos conforme aos de Direito compete ao A. a acção civil intentada: pelo que, sem embargo da excepção do R. mando, que

contrarie o libello até a primeira audiência, pena de lançamento. Elvas 8. de Agosto de 1726. Simaõ Rodrigues Proença.

Sententia diffinitiva in processu civili in prima instantia lata.

Vistos estes autos, libello do A. civilmente intentado, que o R. contrariou com excepção, que se lhe rejeitou, mais artigos recebidos, papéis, e documentos juntos, e prova sómente dada por parte do A. pelo qual se mostra haverem-lhe levado de sua casa duzentas moedas de ouro de quatro mil e oito centos reis cada huma, que tinha encartuzadas em huma gaveta de buñ seu escriptorio, donde tambem lhe tiraraõ com as ditas moedas hum cordaõ de ouro, de alguns, que tinha em a mesma gaveta, e ficando-lhe sómente outro Irmaõ, do que lhe tiraraõ, levando mais com as ditas moedas, e cordaõ huma Bulla de S. Jozé, de que o A. he Irmaõ, com o seu nome em ella escripto; e achando o ditto A. menos as moedas, e pelas referidas, deligençiou saber, quem lhas teria levado, em que se gastaraõ muitos mezes, e tendo depois noticia, que a mulher do R. que elle A. tinha insinado em sua casa, trazia o cordaõ ao pescoço, sendo ella, e seu marido muito pobres, se resolvera a ir examinar esta verdade á Villa de Olivença, onde os sobredittos eraõ moradores, e conhecendo, que o ditto cordaõ era igual ao que lhe ficou, requereo ao

Doutor

Doutor Juiz de Fóra daquella Villa prendesse ao R. e lhe desse busca em casa, porque sem duvida elle era, o que lhe tinba levado as dittas moedas, e cordaõ, e Bulla; e fazendo-se com effeito a diligencia, lhe acharaõ o ditto cordaõ, e ainda quarenta e tres moedas de ouro, com mais algumas peças de valor, e hum era hum cruzeiro de diamantes, hum relógio de algibeira, huma espingarda boa, e huma tiórba, todas peças novas, e flamantes, com mais algumas peças de baeta, e cortinados de casa, sendo pessoas pobrissimas, como tudo melhor consta do sequestro, que se lhe fez, de que tudo sem duvida se certifica ser o R. o que lhe levou o ditto dinbeiro, e peças; porque tambem se lhe acharaõ hũa chave grande de porta da rua, e hum ferro mais comprido dobrado em cima, que servia de gazua, e outra chave mais pequena; e fazendo-se exame com ellas, se achou, que a grande abria a porta da rua das casas do A. e com a gazua a da escada, e com a pequena o escriptorio, de que se lhe levou o dinbeiro: E se verifica mais ser o R. o que abriu as portas, e lhe levou o dinbeiro pela confiança, que tinba na casa do A. de que sabia muito bem os passos, para se atrever a tomar o ditto dinbeiro, e assim o confessou o R. judicial, e extrajudicialmente a muitas pessoas; pelo que deve ser obrigado á restituicão do ditto dinbeiro, e cordaõ: Defende-se

o R. com a materia de sua excepção; o que tudo visto, e o mais dos autos, disposicão de Direito neste caso, e como por parte do A. se mostre legalmente ser homem rico, e abonado, capaz de ter as dittas moedas de ouro, e cordaõ, por ser official, e mestre de grandes obras, em que adquiria cabedaes, e tinba poucos gastos em sua casa, por não ter mais familia, que elle, e sua mulher, e ter elle A. notoriedade de ser rico, e fazer muitos emprestimos, em que certamente tinba o ditto dinbeiro; em cujos termos, conforme aos de Direito, se presume ser seu, o que o R. levou, sem que a este lhe possa valer a excepção de que se quer aproveitar; porque supposto na acção crime se lhe pedisse tambem o dinbeiro, foy sómente por dependencia della, o que senaõ attende, por a acção crime não tirar a civil, por aquella ser mais nobre, que esta, na opiniaõ dos DD. Maiormente provando-se por parte do A. com toda a legalidade, que o R. e sua mulher nasceraõ de Paes pobres, e não tinbaõ bens alguns para terẽ o dinbeiro, que se lhe achou, o que melhor se verifica, por ter o R. já emprestado a seu sogro dezoito moedas de ouro, em que foy convencido judicialmente; por cujas razoes he inverosimel que o R. sem fazendas, nem ter outros bens mais, que o seu officio, em que ganhava dois tostoes por dia, podesse ajuntar o dinbeiro, que se lhe achou no sequestro, como tambem

tambem as 18. moedas emprestadas a seu sogro , e outras muitas , que tem emprestadas a varias pessoas , como dos autos consta , de que bem se conbece ser o R. o que levou as ditas moedas ao A. pela confiança, que tinha em sua casa, e ter sido seu aprediz , o que melhor se conclue pelo ditto R. senão defender nesta acção, nem mostrar , donde lhe viesse o cabedal , que se lhe achou , que naturalmente se faz impossivel , que o R. o pudesse ter sem meynos alguns de o poder ajuntar ; mas antes por todo o referido se colhe, serem as referidas moedas , e cordão , do A. principalmente achando-lhe com ellas a Bulla do A. junta a estes autos com o seu nome em ella escripto , como tambem as chaves , e gazua , que se acharão ao R. com que se abrião as portas , e escriptorio do A. para tirar o ditto dinheiro , e cordão , como se mostrou pelo exame feito com ellas nas portas do A. e escriptorio. Por tanto , e pelo que mais dos autos consta , condemno ao R. a que entregue ao A. as ditas duzentas moedas de ouro , e cordão pelo sequestro , e o mais , que emprestou , e por tudo o mais , que o R. tiver até satisfação da dita quantia, sobre a qual jurará o A. suppletoriamente ; e pague o R. as custas, em que outrosim o condemno. Elvas 7. de Fevereiro de 1727.

106 Formata impedimenta adversus prædictam sententiam fuerunt rejecta, & cum esset appellatum Se-

premus Senatus melius sentiens detulit gravamini in actu processus interposito , propter quod sententia sequens fuit prolata.

Acordão em Relação &c. que deferindo ao agravo do auto do processo fol. vers. declaram , que aggravado foy o Aggravante pelo Juiz Vereador da Cidade de Elvas , em julgar por não provada a excepção de cousa julgada , com que o R. Appellante veyo a embargar o processo , e impedir o procedimento do libello contra elle offerecido , provendo-o em seu agravo , vistos os autos ; e como delles se mostre, e dos appensos A. e B. que o Appellado já demandou ao Appellante crimemente pelo mesmo furto porque neste processo o tornou a demandar (nota sequentia verba) propondo contra elle não só acção criminal, porque pedia não fosse condemnado na pena da Ley, mas tambem a civil, ou condição furtiva, porque pedio a restituição do mesmo furto, e de tudo sabio absoluto por sentença do mesmo Juiz, confirmada neste Senado, não podia deduzir de novo a mesma acção, ou condição, contra o Appellante, pedindo-lhe segunda vez a mesma restituição, por lhe obstar a excepção, conforme a Direito, e resolução dos DD. que só se poderia limitar, se o Appellante só fosse absoluto da instancia por falta de prova, e esta sobreviesse, mas não sendo direita, e decisivamente, como foy: e assim julgão

gaõ a ditto excepçaõ recebida por provada, e declaram, que injustamente se procedeo no ditto libello contra o Aggravante Appellante, e mandaõ, que se ponha perpetuo silencio, e pague o Appellado as custas dos autos. Lisboa Oriental 20. de Julho de 1728. Mello. D. Coelho. Franca.

107 En habes, candide lector, quæ super materia in præsentiarum potui cogitare: cum vero ingenii mei debilitas longius nequiverit evagari, tu, cui par ingenio pretium erit; melioribus utere velis, progreditor que ulterius. Te tamen admonitum velim, quod actor iterum, atque iterum Regi pro nova inquisitione in casu facienda supplicavit, sed frustra tamen. Licet enim in sui favorem quæstiones, (quas vulgò, informationes appellant) haberet, ex responsionibus à me pro reo præstitis ad actoris petitiones, cuncta ipsimet actori ad iterum agendum interclusa via est: Ex quibus (ut mea fert opinio) omnia supradicta pro ratis, veris, & firmis, censenda esse pronuntio.

COGITATIO XXVII.

An Judex reum à crimine absolvens, eum civiliter condemnare possit?

SUMMARIUM.

1 Quæstio formatur.

- 2 Augetur eadem. & n. 3.
- 4 Judex criminalis de civili quæstione cognoscere nequit, nec ullam cognitionem habet.
- 5 Processus tamen valet, si pars non opponat.
- 6 Accessoriè Judex criminalis de quæstione civili cognoscere potest. & n. 23.
- 7 Exemplum esto; Accusatio seu furti actio.
- 8 Judex reum absolvens ex eo, quòd de crimine non constat, eundem ad interesse civile condemnare nequit. Contrarium n. 14. 18. 19. & 30. & 31.
- 9 Licet reus pœna extraordinaria puniatur ob defectum probationis, adhuc civiliter condemnari nequit. & n. 10.
- 10 Reus aliquando uti suspectus de crimine extraordinaria pœna puniatur.
- 11 Contrarium. sed n. 12. conciliatio aperitur.
- 13 Si reus ob ætatem, vel aliam qualitatem, præter probationis defectum, pœna extraordinaria puniatur, civiliter etiam condemnari potest. & 32. 33. & seqq.
- 15 De quæstione incendi civili Judex criminalis cognoscere potest: & ita è converso, n. 16. & 17.
- 20 Text. in l. interdum §. qui furem ff. de furt. assertur, & explicatur, & nn. seqq.
- 21 Ex duabus actionibus simul competentibus una electa altera tollitur.
- 24 Libellus in causa criminali primò ad pœnam porrigitur, secundò ad rem familiarem tanquam accessorium.
- 26 Fur ad pœnam dupli, seu quadrupli, vel ad pœnam corporalem.
- 27 Actio persecutoria quæ sit?
- 36 An apud Nos resolutis n. 8. locus sit? & nn. seqq.
- 37 Judex utramque jurisdictionem habens

*bens an reum civiliter condemna-
re possit, eum à crimine absolvens?
nn. seqq.*

39 *Apud Nos attenda veritate, & nul-
litate spretis, judicari debet. &
n. 42. ubi intelligitur.*

40 *Judex criminalis in appellationis
gradu de questione civili cognosce-
re nequit.*

43 *Questio principalis per casus re-
solvitur.*

I EX dictis in cogitatione præce-
denti difficilis casus in praxi
evenire poterit, scilicet, cum in
actione criminali maior probatio,
quam in civili requiratur; instituto
processu criminali pro furto ad vin-
dictam, & ad rem restituendam ac-
cessorie, visoque processu in eo pro-
batio, quæ ad condemnationem cri-
minalem non sit satis, sufficiat verò
ad condemnationem civilem, inve-
nitur, quo in casu inest dubium, an
Judex reum condemnare possit ad
rem restituendam, eum à crimine
absolvens?

2 Implicat in prædicto dubio,
quia evenire poterit reum ipsam re
ab aliquo habere, quem laudare ipse
reus auctore non potuit ex resolutis
à nobis cogit. 25. unde evictione
carere debet adversus authorem
suum, ex Ord. lib. 3. tit. 45. §. 2. & 3.

3 Si verò Judex reum nec civi-
liter condemnare potest, ipsimet
actori præjudicium generatur, quia
ex eo, quod in eodem libello simul
condictionem furtivam deduxit, reo
absoluto, datur exceptio rei judica-

te, per ea, quæ supra in cogitatio-
ne præcedenti diximus: quid autem
erit dicendum melius est lectores ad-
scribentes remittere, ut inde certio-
ra cognoscant, quæ autem nostræ
mentis sint, in sequentibus propo-
nemus.

Ad prædictam quæstionem di-
cendum esse cogitavi, quòd Judex
criminalis de civili cognoscere non
potest per text. in l. Solemus §. la-
trunculator. ff. de Jud. l. defuncti. ff.
de public. judic. l. ex eo, cod. agenti-
bus. in reb. lib. 12. nec ullam cogni-
tionem civilem habet, ut tenent
Vant. de nullit. sentent. ex defectu ju-
risdict. Ord. n. 47. Petr. Cabal. cas.
82. à n. 1. Farinac. q. 8. à n. 62. &
conf. 69. Guasin. de defens. reorum
defens. 1. cap. 12. num. 1. Bajard. ad
Clar. lib. 5. quæst. 2. n. 9. Bart. ad tex-
tum in l. interdum §. qui furem ff. de
furt. Menoch. de arbitr. Scac. de Ju-
dic. lib. 1. cap. 14. n. 4. Thor. in com-
pend. decis. p. 2. verbo nullitas. Buc-
car. de different. inter jus civile, &
crim. diff. 127. n. 2. Capyc. latr. lib. 1.
conf. 6. n. 252. Ramon. conf. 52. n. 6.
Fontan. decis. 562. id. de pact. nupt.
tom. 2. claus. 7. glos. 3. p. 9. n. 14. Car-
din. Tusch. lit. 1. conclus. 467. Sca-
narol. de visitat. Carcer. lib. 2. §. 2.
cap. 14. n. 29. & seqq. Cortiad. tom.
1. decis. 35. n. 3. cum aliis Altimar. de
nullit. sentent. tom. 1. p. 1. rubr. 9. q.
8. vel 169. n. 1. Sabel. §. Judex n. 12.
etiam si partes consentiant ex l. tes-
tamenta omnia, ubi Bald. cod. de testa-
ment.

ment. *Farinac. dict. quæst. 1. n. 62.*
Guazin. defens. reor. in dict. cap.
12. num. 2. Merlin. controvers. lib. 1.
cap. 19. n. 3. Bucar. d. disp. 127. n. 4.
Carlev. de Jud. lib. 1. disp. 2. n. 1170.
Petr. Barb. ad l. 1. ff. de Jud. art. 1. n.
115. Cortiad. dict. d. cis. 35. num. 5.
 & 6.

5 Processus tamen validus est, si
 pars non opponat. *Vant. ubi supra*
n. 55. Cypyc. lat. dict. cons. 16. n. 256.
Alim. ubi sup. n. 12.

6 Autumant vero omnes supra-
 dicti DD. conclusionem assump-
 tam procedere, si de actione civili
 principaliter agatur, secus si acces-
 soriè, seu tanquam de secundaria;
 itaque varia jura conciliat *Bart. in*
l. interdum §. qui furem; & ultra su-
 pra citatos, tenent *Navarr. de gra-*
vam. vassalor. tom. 2. gravam. 114.
n. 3. idem Farin. quæst. 100. n. 152.
 & *cons. 11. n. 68. & cons. 69. n. 2.*
Facbin. contr. lib. 9. cap. 2. vers. sed is-
tud. Franch. decis. 466. Carol. Grass.
de effect. Clericat. eff. 1. n. 1155. Solor-
zan. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap.
28. n. 114. Ricc. collect. 1298. Sanfe-
licius dec. 226. n. 2. Tondut. de præ-
vent. Judic. p. 1. cap. 23. n. 2. Barb. in
l. si ab hostibus ff. solut. matrimon.
n. 46. Virmigliol. cons. 274. num. 1.
Amat. resolut. 65. n. 30. lib. 1. Pe-
guer. decis. 27. in addit. Cancer. var.
lib. 3. cap. 11. n. 174. & in respons.
1. post. 1. p. n. 123. Ripol. variar. cap.
1. n. 349. Xam. de off. Jud. p. 1. q. 9.
n. 245. Conciol. §. Judex, resolut. 6.

Undè cum agens actione fur- 7
 ti semper censeatur primò, & prin-
 cipaliter ad vindictam, & secunda-
 riò ad restitutionem rei agere, dicē-
 dum venit: quòd, cum in similibus
 actio civilis ex eodem facto descen-
 dat, de quo criminaliter cognosci-
 tur ratione connexionis, Judex etiã
 de civili condemnatione cognosce-
 re poterit.

Quando tamen reus absolvi- 8
 tur, quia de crimine non constat,
 non potest civiliter à Judice con-
 demnari: & hanc conclusionem
 tanquam veram, & prout resolutio-
 nem nostræ quæstionis sequimur,
 & tenent *Reminald. volum. 1. cons.*
crimin. divers. 106. n. 8. Natta lib.
2. cons. 407. n. 14. judicatum in Rot.
Cress. lib. 1. d. cis. 167. Farin. q. 1. n.
65. Idem cons. 11. num. 48. & cons.
69. n. 3. & cons. 176. num. 15. cum
Bertazol. vol. 1. cons. 232. n. 2. Ba-
jard. ad Clar. q. 2. num. 8. & Farin.
cons. 11. n. 48. Guazin. de defension.
reor. defens. 1. cap. 12. n. 20. vers. si
vero. Idem n. 19. vers. secundus casus
Buccarr. differ. 127. n. 6. Sanfelic.
dec. 226. n. 2. Tondut. de prævent. d.
1. p. cap. 23. n. 13. Cortiad. d. decis.
35. n. 24. Alim. dict. q. 8. seu 169. n.
29. Riccius collect. 2108. vers. no-
ta secundo Conciol. dict. resolut. 6.
verb. Judex n. 8. allegans Honded. lib.
2. cons. 99. n. 19. Gratian. discept. fo-
rens. cap. 144. n. 63. & cap. 525. n.
17. idem Sabel. §. Judex n. 12. vers.
quod autem idem §. Absolutio. n. 33.

Ee

allegans

allegans Bonifac. de furt. §. 3. n. 93. Scanard. de visitat. Carcer. lib. 2. §. 2. n. 28. Cabal. cas. 248. num. 29. & 35.

9 Et licet reus aliqua pœna extraordinaria puniendus veniat, quia de delicto non constat per probationes ad pœnam ordinariam sufficientes, indicia tamen de crimine eum suspectum reddant, & locum habeat extraordinaria pœna, etiam in hoc casu condemnatio ad damna, seu ad aliud civile locum non habet, Cabal. d. cas. 82. sub num. 15.

10 hic namque non punitur tanquàm convictus, sed tanquàm suspectus; & ita tenent, reprobatis contrarium dicentibus, Scac. de re judicat. gloss. 14. q. 16. n. 66. Castill. decis. 136. n. 8. Gratian. forens. cap. 325. n. 18. Buccar. different. 121. n. 8. Merlin. dict. cap. 19 à n. 15. Virmigl. conf. 174. n. 2. & ibi Add Navarr. tom. 2. grava. 114. n. 4. Rovit. decis. 67. & ibi Altim. Sanfelic. decis. 57. n. 6. & la è decis. 226. n. 4. & seqq. Thor. in compet. verb. Delinquens qui pro delict. fol. 286. Capyc. lat. decis. 75. tom. 1. decisum refert Math. de regimin. Reg. tom. 2. cap. 8. §. 8. n. 21. & 22. multoties judicatum refert, & sequitur Cortiad. d. decis. 35. n. 20. sequitur Farinac. in add. ad quest. 1. n. 66. Conciol. verbo Judex dict. resolut. 6. n. 10. & Add. Altim. dict. q. 8. seu 169. n. 41. Sabell. §. absolut. n. 33. vers. intelligend.

11 Contrariam tamen sententiã,

scilicet, quod reus pœna extraordinaria condemnatus, ad interesse civile condemnari possit; tenent Guazin. dict. defens. 1. cap. 12. n. 25. Andreol. contr. 269. Cost. de remed. subsidiar. 51. Pascal. de virib. patr. pot. p. 4. cap. 3. Reg. Pont. decis. 24. n. 27. & seqq. Franch. decis. 333. n. 6. & decis. 460. n. 9.

12 Quas quidè contrarias opiniones conciliat Altim. dict. q. 8. seu 169. n. 42. & 43. nempè, ut prima procedat, quando indicia, & præsumptiones etiam in causa civili ad condemnandum sufficientes non sunt; secunda vero, quando sufficientes essent: prout ita idem Altim. distinxit ad Rovit. decis. 67. & Sanfelic. d. decis. 226. Sabell. §. absolutio n. 33. vers. circa quem: sed ego in hoc jurgio, quando probationes ad condemnationem civilem sufficientes essent, jus illæsum parti tantum relinquerem; quod judicatum vidi in Supremo Supplicationis Senatu.

13 Si tamen ipsemet reus pœna extraordinaria plectendus sit, non propter probationis defectum, sed ob ætatem, vel similem qualitatem personæ ex allegatis per Clar. q. 60. per tot. in hoc casu poterit etiam civiliter condemnari, ut declarat Idem Cabal. supra Thor. in cõpend. decis. p. 3. sect. 1. verbo delinquens qui, fol. 286. Virmigl. conf. 274. n. 2. Scac. de re judicat. d. gloss. 14. quest. 19. n. 70. Rovit. decis. 67. n. 18. Merlin. contr. d. cap. 19. n. 24.

Buccar.

- Buccar. de different. different. 127. n. 16. Sanfelic. d. decis. 226. n. 7. Capyc. lat. decis. 57. n. 4. & 8. & ibi Add. multoties judicatum refert, Cortiad. dict. decis. 35. n. 21. Conciol. dict. verbo Judex resolut. 6. sub n. 10. ubi affert Capyc. lat. in decis. 75. Altim. d. q. 8. seu 169. n. 47. Sabell. dict. §. absolut. n. 33. vers. Circa quem.*
- 14 Sed obstat doctrina *Bajard. ad Clar. d. q. 2. n. 9. vers. item adde. Simon de Perus. volum. 1. cons. 49. n. 2. Menoch. de retinend. remed. 3. n. 549. & Guafin. d. defens. 1. cap. 12. n. 17. ubi tenent, Judicem criminalem de causa civili incidenter cognoscere posse, licet aliter de crimine non constet, nec super eo sententia lata fuerit.*
- 15 Ad prædictam doctrinam multipliciter respondet *Farinac. d. q. 1. sub num. 65. sed mihi videtur cum non percepisse horum DD. sensum; quiquidem sensus est, quòd aliquando in criminali causa aliqua quæstio civilis incidenter, seu tanquam inde emergens prius disputanda, quam principalis venit, de quo videndus Bart. ad text. in l. 1. cod. de ordin. cogn. Menoch. de arbitr. cas. 45.*
- 16 De hac igitur quæstione incidente, seu emergente, licet civilis sit, potest Judex criminalis cognoscere, sicut etiam Judex civilis super quæstione criminali incidente pronunciare valet: ut tenent *Menoch. de arbitr. q. 91. Farin. q. 1. n.*

57. Scacc. de Judic. lib. 1. cap. 14. n. 2. Cabal. resolut. crimin. d. cas. 82. n. 15. Grass. de effect. clericat. effect. 1. n. 1152. Narbon. l. 20. gloj. 17. n. 21. tit. 1. lib. 4. recopilat. Buccarr. d. different. 127. n. 10. Guazin. dict. defens. 1. cap. 13. n. 3. Tondut. de prævent. p. 1. d. cap. 23. n. 10. Fontanell. decis. 562. n. 12. cum multis aliis Cortiad. dict. decis. 35. Guerreir. de process. lib. unic. cap. 10. n. 22. probat Ord. lib. 5. tit. 117. §. 15. vers. Mandamos, & ita procedunt prædicti DD. qui intelligendi non sunt de actione civili ex facto principali æquè descendenti.

Et ratio est, quia eventus ipse incidendi jurisdictionem tribuit. *Peregrin. in rubr. de Judic. à n. 34. Solorsan. lib. 3. politicor. cap. 30. Menoch. dict. q. 45. Undè si quæstio incidens civilis sit ejus naturæ, ut de ea prius cognoscatur, quam de principali criminali, benè verum est, quòd ille Judex pronunciare possit condemnando reum, licet de delicto non constet.*

Sed cum super interesse civili sententia ferri non possit, quin de facto criminoso cognoscatur, rectè sequitur, quòd si de crimine non constet, nec civiliter ex ejus facto reus condemnari debet.

Et ab hac sententia recedendum non esse, renet *Farinac. supra dict. n. 65. & tom. 2. consil. decis. 55. decisum refert in Rot. sententiam esse nullam, qua reus absolutus à*

crimine fuit condemnatus civiliter ad interesse.

20 Obstat tamen adversus nostram resolutionem *text. in l. interdum §. qui furem ff. de furt.* ex quo constat, captum fuisse furem, cum re subrepta deductum ad Præfectum Vigilum, vel ad Præsidem, in quo facto ipsemet Jurisconsultus dixit, existimandum esse accusatorem eligisse viam, qua reum persequeretur, sicque negotium ibi terminatum fuisse, & damnato fure, receptaque pecunia sublata in simplum videri furti quæstionem sublatam; maxime si non solum fur restituere rem furtivam condemnatus esset, sed etiam si aliquid amplius à Judice constitutum passus fuisset; si verò solum ad restitutionem rei condemnaretur, nulla alia pæna constituta, intelligendum etiam quæstionem furti sublatam esse: hætenus Jurisconsultus.

21 Ex hoc *text.* benè probatur assertio nostra, de qua *cogit. precedenti num....* dum ibi asserimus, quòd si fur accusatus fuerit ad dupli, seu quadrupli pænam; ad corporalem accusari non poterit, electa namque una, tollitur & altera; quia ex eo, quòd fur aliqua pæna punitur, furti quæstio extincta remanet, ut prædicta lex jubet, & licet punitus non sit, sufficit, quòd in periculum ipsius pæna deducetur, ut ipsemet *text.* iterum jussit.

22 Deindè ex prædicto *text.* diffi-

cultas alia apparet in eo consistens, quòd si deducens furem ad Judicem cum re furto ablata, videtur rei persecutionem eligere; quæ quidè persequutio de re familiari est; quomodo actio furti sublata remanet? Deindè alia difficultas datur: si solum actum fuit ad rem persequendam, quomodò condemnatio ad pænam corporalem sequi poterat?

Has duas difficultates agnoscit Bart. in *d. l. interdum §. qui furem n. 3. & 4. cum seqq.* licet primam alio modo concipiat, & se remittat ad per eum dicenda *ad l. 2. §. 1. ff. vi bonor. raptor.* ubi hanc legem non conciliat; ad secundam verò difficultatem, quam etiam alio modo concipit, nempe, quomodò Præfectus Vigilum, qui tantum de causis criminalibus cognoscere potest, *l. 3. §. 1. ff. de offic. Præfect. Vigil.* de re civili cognoscere valeret, ad quod respondet, Judicem criminalem de causa civili descendente ex eodem facto, de quo ipsum criminaliter cognoscere posse ex causæ eventu, seu accessorie cognitionem de civili quæstione habere.

Undè libellus in hoc casu principaliter porrigitur ad reum criminaliter puniendum, & in consequentiam seu per officium Judicis ad condemnationem, seu persecutionem rei familiaris; itaque procedit *dict. §. qui furem* secundum Bart. quem sequor ex *Ord. in 3. tit. 64. §. 1.*

Et

25 Et faciunt pro prædicta responsione verba in d. §. qui furem ibi: *Eo ipso, quod in periculum maioris pænæ deductus est.* Ex quibus verbis benè colligitur, furem etiam ad pænam corporalem accusatum fuisse; ut glos. ibi, dict. verbo pænâ-ibidem-corporalis, quæ est gravior.

26 Quid autem respondendum erit ad verba ipsiusmet §. qui furem, ibi: *Existimandus est eligisse viam, qua rem persequeretur?* Respondeo ex dictis cogitat. præcedenti num... & n.. furem dupliciter accusari posse; primò scilicet ad dupli, seu quadrupli pænam, vel secundò ad pænam corporalem.

27 Deindè dominus intentare potest adversus furem actionem, quam (si fingere verba liceret) persecutoriam diceremus, quæ est reivendicatio, licet namque conditio furtiva rei persecutionem contineat, datur etiam, si ipse fur non possideat ad hoc, ut æstimationem præstet, quod est simplum; undè ad rem persequendam, imò reivendicationem adaptatur.

28 Dominus de quo in dict. §. qui furem, furem ipsum cum re furata fugientem invenit, & capiens eum auctoritate propria, eundem ad Judicem deduxit, accusans ipsummet furem, ut puniretur, simulque rem restitueret, ex qua petendi forma videtur rei persecutionem eligere, hoc est, actionem reivendicationis, quia etiam ratione ipsius rei corporeæ fu-

rem propria auctoritate cepit, nolens, ut eam fur absconderet, neque confidens, quod postea adversus eum agere conditione furtiva potuisset; ex quibus, cum rem surreptam solum petivisset, & reum puniri maiori pænâ, scilicet, corporali, dupli, seu quadrupli pænâ, locum non habet, quia sublata fuit per petitionem corporalis pænæ; undè restituta re surrepta, omnis furti actio extincta remanet.

Ex quibus, verba ex dict. §. qui furem, ibi: *In simplum videtur furti quæstio sublata,* sermonem clarum habent, hoc modo, ex eo, quòd accusans reum corporaliter puniri petivit, non habet locum dupli, seu quadrupli pænâ, quæ extinguitur corporali petita; & ex eo, quòd accusans rem ipsam corpoream restitui petit, extinguitur quæstio furti quoad æstimationem, seu in simplum per restitutionem, ipsiusmet rei speciatim factam.

Ex hac responsione, & ex responsione Bart. supra secutæ sedantur difficultates, de quibus supra n. 20. sed nobiscum pugnat, ex eo, quòd corporalis, seu criminalis datur, ut ex verbis, ibi: *Sed & si nihil amplius, quam furtivam rem restituere iussus fuerit, nec amplius aliquid in eum Judex constituerit &c.* Ergo dicendum videtur quòd licet reus ex crimine non condemnatur, civiliter tamen condemnari possit.

Instantia probatur ex DD. re-
latis 31

latis per *Farinac. d. q. i. n. 65. in fine*, ubi cum *Boss.* respondet distinguens, quando, scilicet, causa civilis principaliter intentata fuit coram criminali Iudice, & quando accessorie cum criminali: itaut in primo casu condemnatio sequi possit absque eo, quòd de delicto constet; in secundo verò casu, quin constet de delicto, condemnatio ad civile sequi non debet, aitque *ipse Farin.* hanc distinctionem verissimam esse, sed ego dico falsissimam; ex eo, quod verissimum est, actionem civilem non posse proponi principaliter, & per se, coram criminali Iudice, ut supra stabilitum manet.

32 Et ad *text. in d. l. §. qui furem* respondeo, aliud esse reum non condemnare, ex eo, quod de delicto non constat; aliud condemnationem omittere propter delinquentis ætatem, vel alium similem respectum, ut supra diximus, & tenet *Cabal. cas. 82. sub num. 15. Thor. in comp. p. 3. def. sect. 1. verbo delinquens. Scac. de re judicat. q. 19. n. 70. Rovit. decis. 68. n. 18. Merlin. contr. tom. I. cap. 19. n. 24. cum aliis Cortiad. decis. 35. tom. I. n. 21.*

33 Itaut, quando non datur condemnatio propter id, quòd de delicto non constat, neque etiam civilis condemnatio sequi possit; si condemnatio verò omittitur propter aliud motivum, sed de delicto constat, benè sequi poterit condemnatio civilis absque criminali.

Undè venit, quòd licet in *34 text. in d. l. §. qui furem*, criminalis condemnatio omiteretur, non ex eo contigit, propter quod non constabat de delicto, quia de eo planè constabat, ex eo, quòd fur fuit cum re furto ablata deprehensus, sed propter alium respectum criminalis condemnatio omitti poterat, quo casu condemnatio civilis ad restitutionem rei locum habere valeret.

Undè quatenus asserimus, *35 reum absolvi à crimine non posse, & civiliter condemnari*, intelligendum erit, quando propter defectum probationis criminis, condemnatio criminalis sequi non potest; si verò alio respectu omittatur, tunc benè sequi poterit civilis condemnatio, absque eo, quòd criminalis datur; ut probatur doctrina *Crescent.* relata per *Farin. d. q. i. sub n. 65. ibi: Veritas est quòd Judex criminalis nunquam potest reum civiliter condemnare, nisi de convicto de delicto, quanvis benè possit criminalem condemnationem omittere. Farinac. lib. 1. conf. II. num. 98. & conf. 69. n. 2. & lib. 2. conf. 176. n. 15. alios videbis apud Cortiad. tom. I. dict. decis. 35. num. 24. & alios apud Sabel. tom. I. §. Absolutio, n. 33. supra citatos.*

An autem hæc à nobis supra *36* resoluta de jure communi, procedant etiam de jure nostro Regio, præsentis quæstionis est, & vide-
tur

34 tur dicendum, quod non, ex eo, quia omnes ferè Judices nostri Regni simul jurisdictionem criminalē, atque civilem habent: ergo cum de aliquo crimine cognoscant, si sufficiens probatio ad pœnam criminalem non inveniant, saltem ad civile interesse condemnare possunt, quia utramque jurisdictionem tenent.

35 37 Et probatur ex doctrina *Bart. ad text. in dict. l. interdum §. qui furem, de furt. num. 3.* ubi loquens de Præsede, apud quem fur, de quo supra locuti sumus, deductus fuit, & ex eo, quòd ipse Præses cognitionem civilem, & criminalem habet, dicit ipse *Bart.* dubitationem non dari posse, ut Præses furem ad restitutionem rei ablatae condemnaret.

38 Deindè probatur ex doctrina *Guasim. supr. defens. I. cap. 12. sub num. 4.* quatenus ibi tenet, Judicem utramque jurisdictionem habentē de causa civili principaliter cognoscere posse, etiam si super delicto non pronuntiaret.

39 Tandem probatur *ex Ord. lib. 3. tit. 63.* ubi judicari jubetur secundum processus veritatem, ejus erroribus non obstantibus.

6 80 Prædictis vero non obstantibus, omnia supra à nobis resoluta etiam de jure nostro Regio servanda sunt; licet namque omnes fere Judices cognitionem habeant, in criminalibus attamen, appellare te-

34 nentur pro Justitiæ parte ad Senatum Supremum Portuensem, seu Supplicationis, (ut vocatur,) Domum, ubi Judices sunt separati ad decidendas solummodò causas criminales *ex Ord. lib. I. tit. 11.* quod sufficit, ut quæstioni nostræ locus sit, cum etiam Judex appellationis deputatus super causis criminalibus, cognoscere non potest super appellatione à sententia lata in causa criminali civiliter, & ad pœnam pecuniariam agitata. *Altimar. dict. q. 8. seu 169. n. 15.* ultra quod in hac Ulyssiponensi Curia Judices civiles, & criminales inter se distincti sunt, unde condemnatio civilis locum non habet, quando de crimine non constat, quia cum principale non subsistat, neque etiam accessorium.

Ad primum igitur, & tertium 41 argumentum respondeo, quòd Judex licet criminalis, & simul civilis de utroque cognoscere possit; attamen quando de actione civili cumulata cum criminali cognoscit, de illa tanquàm de accessorio cognitionem habet; ideo cum principale non subsistit, ergo &c.

Ad secundum argumentum 42 respondeo, quòd licet secundum actorum veritatem, sine attentione ad processus errorem, judicandum sit, hoc tantum habet locum, quando erroris cardo circa processus solemnitatis vertitur, non verò quando circa actionem, ut probatur *ex Ord. in 3. tit. 63. §. 6.* de qua Senator

nator *Soufa decis.* 58.

43 Ex dictis perspecuitatis gratia, tres casus mente concipio, ad quos supra à nobis resoluta deduco.

Casus primus, quando de delicto constat, licet condemnatio criminalis sequi non possit propter ætatem, vel simile aliud, præter probationis defectum Judex poterit reum condemnare ad interesse civile ex dictis supra à n. 13. si vero de delicto non constat, reus non solum à crimine absolvi debet, sed etiam ab interesse civili ex supradictis; & tenent citati supra num. 8.

44 Secundus casus, quando de facto crimini dato constat, quod criminis naturam numquam induisse videatur, sed ex eo reus obligatus est ad aliquod interesse civile; vel si saltem probatio sufficiens ad probationem, condemnationem resultat, non poterit similiter à crimine reus absolvi, & ad civile condemnari: sed relinqui debet jus illæsum actori ad prosequendum suum interesse civile in processu separato, ut supra judicatum ostendimus *cogitat. precedent. n...* ex quo præjudicium supra consideratum num... cessat.

45 Tertius casus, si aliquis de furto accusetur, quia penes se rem furto surreptam habet, & se nullius sibi conscium culpæ ostendit, probans, rem ab aliquo emisse, vel alio justo titulo habuisse, absolvendus venit non solum à crimine, sed

etiam à restitutione rei in ipso criminali processu, quia in hoc casu accusator tantummodo rei vendicationis actionem habebat, ex eo, quòd adversus hunc tertium possessorem conditionem furtivam exercere nequibat, quare cum solum hac conditione furtiva accessorie ad cumulationem actionis criminalis usus esset, principali non subsistente, hoc est, non habente locum accusatione, etiam non habet accessorium, hoc est, conditio furtiva, ideo accusatori solum jus illæsum relinquendum est ad rem persequendam in separato processu actione competenti, ac proinde cessat præjudicium, de quo num...

Et ex dictis *cogitation. hac*, 46 & *precedenti* evanescit argumentum, de quo *cogitat. 25. num...* ad quod respondere promisi *num. fin. in cogit. 26.* ubi non potui, quare pro responsione accipe prædictum argumentum non esse verum, ut *cogit. 25.* vidisti, & in hac colligi potest.

COGITATIO XXVIII.

Quid actor in actione rei vendicationis pro furto probare debeat, & de intellectu *Ord. lib. 3. tit. 44. §. 3.*

SUMMARIUM.

- 1 Ratio disputationis redditur.
- 2 Quæstio augetur.

3 Di-

- 3 *Diſtio. & copulæ concuſum deſiderat.*
- 4 *Ord. lib. 3. tit. 44. §. 3. de qua actio- ne loquatur?*
- 6 *Reſolvitur quæſtio. & nn. ſeqq.*
- 9 *Ex una cauſa agens, & aliam pro- bans obtinere nequit.*
- 10 *Cauſa in Judicium deducta neceſſa- rio attendi debet.*
- 11 *Qua deſiciente reus abſolvitur ex obſervatione Judicii.*
- 12 *Actor tantum cauſam à ſe expreſ- ſam deducere viſus eſt.*
- 13 *Agens ex teſtamento, & ex codicil- lis probans, vel ab inteſtato, ſeu éconverſo, obtinere nequit.*
- 14 *Dato errore circa actorem ceſſat æquitas ut veritate inſpecta judi- cari poſſit.*
- 15 *Ad rem agens ſe metum paſſum fuiſſe allegans, metum illatum probare tenetur.*
- 16 *A quo illatum oſtendere non tene- tur; ita ad rem furatam agens.*
- 17 *Inventis addere facile eſt.*

1 **N**imis otioſa præſens quæſtio videretur, niſi ad eam attingē- dam, quaſi aurem velli, eſſent Or- din. verba ſequenti n. expendenda: erat enim (ſi illa non obſtarent,) per quam expedita reſponſio; nempè duo eſſe neceſſario, probanda, poſ- ſeſſionem ſcilicet, ex parte rei, ex parte vero actoris dominium.

2 Sed adverſus prædictam reſ- ponſionem fortiter pugnat Ord. in 3. tit. 44. §. 3. ibi: Onde o Author principal provar a cauſa de manda- da ſer ſua, e que lbe foy furtada, ſer lbe-há entregue, ideſt, ubi actor rem eſſe ſuam, & ei ſurreptam pro- baverit, res ipſa ei tradenda erit;

ergò licet actor in caſu dictæ Ord. dominium rei probet, obtinere non poterit abſque eo, quòd furtum probatum doceat.

Hæc namque duo lex con- junctim requirit per copulativã, & quæ concuſum copulæ poſ- tulat. ex l. ſi mihi, & Titio. ff. de verbor. ſignificat. & in l. reos. §. cum in tabulis ff. de duobus reis, & l. ſi hæ- redi plures. ff. de cond. inſtit. notant Jaſ. in l. 1. n. 3. & ſeqq. ff. de juſt. & jur. Felin. in cap. 2. n. 32. in verbo co- pula de reſcript. Dec. conſ. 89. n. 2. & conſ. 417. n. 1. & cõſ. 433. n. 6. Nat. conſ. 573. n. 14. tom. 4. Paris. conſ. 95. n. 6. vol. 1. & conſ. 63. n. 14. vol. 1. Teſaur. deciſ. 189. n. 1. Guidop. deciſ. 527. n. 1. & ſingul. 309. n. 1. 2. & 4. Rocc. de jur. patronat. verbo ipſe, vel is, n. 48. & ſeqq. Moron. in tr. de pac. q. 447. n. 1. Achar. Rbegien q. 9. n. 6. in 1. p. Mand. in gloſ. facult. §. ac etiam in verbo. pro tempore pag. 247. column. 1. Rocc. de viſit. ver- bo, & is, pag. 234. Plot. de in lit. ju- rand. §. 6. n. 33. Menoch. conſ. 56. n. 95. Brun. à Sole in loc. cõmun. verbo. copula 2. Marc. Anton. Bard. de tem- por. util. & contin. cap. 19. num. 16. Rot. deciſ. 115. num. 8. part. 1. diverſ. Aym. in conſuetud. Alban. tit. 1. art. 4. n. 7. fol. 62. Dionyſ. Paul. de vera quatuor Patriarchalium ſed. erect. cap. 5. n. 45. Cened. d. ſing. 50. num. 8. Rebuſ. in comment. ad l. conjunctio- nem 29. verſ. 1. intellige. ff. de ver- bor. ſignificat. pag. mihi 168. cum

Ff

aliis

aliis *August. Barb. d. 110. n. 9.*

4 Augetur objectio ex dictis à nobis supra cogit. 25. ubi asserimus *Ord. d. tit. §. 1.* procedere, quando de furto civiliter agitur, hocque supposito, tanquam vero, magis augetur objectum, quia de modo civili, & actione reivendicationis in nostro §. 3. agitur; si namque de criminali actione ageretur, facile quidem negotium esset.

5 Quid igitur, amicè lector, dicendum? Delenda ne conjunctio *an-pro-vel-* sumenda est? neutrum ex his mihi placet, undè quo me vertam, nec satis scio, nec si sciam, dicere auserim, cum viderim alium me sapientiozem Harpocratis sibi hac in re naturam assumpsisse.

6 Sed dicendum puto, quod ut actor in hac actione obtineat in terminis *Ord. dict. §. 3.* probare debet non solum ex parte sua dominium, sed etiam furtum esse sibi factum, prout disponit Legislator.

7 Dominium ex parte sua, & possessionem ex parte Rei, natura actionis probare tenetur.

8 Et furtum etiam tenetur probare, quia hanc causam ad inficiendam Rei possessionem allegavit, ut constat ex §. 1. *nostræ Ord. ibi: Dicendo, que lbe fora furtada, idest, dicens, ei surreptam fuisse.*

9 Quare hancmet causam furci probare debet, aliàs causa cadet; allegata namque una causa, & alia probata, licet in hac jus habere ap-

pareat, obtinere non potest. *l. non possumus 7. ff. si pars heredit. petat. l. habebat in princip. ff. de instit. act. l. quidam. ff. de in rem vers. l. 30. ff. de pact. dotalib. cap. Abbate. de re judicat. Bart. in l. 1. §. illud autem vers. dum tamen ff. de aqua quotidiana estivo. Surd. cons. 12. n. 21. Afflic. decis. 60. n. 3. & 4. cum aliis Urceol. cons. for. cap. 43. n. 1. noviter Hontalb. de jur. supervenient. tom. 1. q. 3. n. 15. 16. & 74. & q. 5. n. 12.*

Præcisè namque attendi debet causa, & qualitas, ex qua quis egit, & in Judicium adduxit adversarium. *l. filius 42. ff. de bon. libert. l. si pater. §. qui duos ff. de adoptionib. l. debitor §. fin. ff. ad Tribel. & alii, cum quibus Salgad. de libert. beneficior. art. 10. sub tit. 20. Peg. de act. t. 3. cap. 22. num. 72. in fin. & seqq.*

Unde reus ab observatione Judicii absolvi debet, reservato jure ad agendum in alio processu, ut cum *Ursill. ad Afflic. dict. decis. 60. in fin. ait idem Urceol. supra n. 12.*

Actor autem unam causam exprimens, illam tantum in Judicium deducere videtur, *l. fin. cod. de annal. except. idem Urceol. supr. n. 13.*

Ideo ex testamento agens, licet ex codicillis actionem probasset, non obtinebit; ut ex *Cravet. cons. 80. num. 17. ait idem Urceol. num. 16. & si ex testamento abintestato probet, succumbet. Alex. in l. si ita stipula-*

stipulatur. §. Chrisogonus ff. de verbor. obligat. Marant. in l. Is potest. ff. de acquirend. heredit. à num. 191. Magon. decis. for. 2. num. 31. decis. 10. à num. 4. decis. 140. num. 21. & decis. 117. à num. 50. Sabell. d. n. 9. in princip. consonat. Baldus cons. 451. in princ. lib. 3. Tusch. lit. A. concl. 243. n. 53. cum aliis Hontalb. d. q. 5. n. 16.

14 Resolutio nostra probatur ex Ordin. lib. 3. tit. 63. §. fin. de qua videndus Senator Sous. decis. 58. cujus doctrina pro nobis facit, ex qua responsio præstari possit, si argumentum fieret de judicando pro veritate inspecta, hæc namque æquitas locum non habet, quando in actione error intervenerit.

15 Probatur nostræ cogitationis resolutio ex l. 14. §. in hac actione ff. de eo, quod met. caus. ubi metum passus actione reali agens adversus illum, qui metum non incussit, tenetur probare metum sibi esse illatum: ergo similiter agens in casu furti, actione reivendicationis furtum allegans, id probare tenetur, poterat namque non allegare, nec ad hanc causam se restringere, nec reum in sua possessione inficere.

16 Non tenetur tamen speciatim furem ostendere, sicut metum patiens metum inferentem demonstrare non tenetur, ex text. in dict. §. hac actione.

17 Hæc dixisse in hac re mihi sufficiat, tu vero adde, quia facile est inventis.

COGITATIO XXIX.

An laudatio mediata, vel immediata fieri debeat? ad Ord. lib. 3. tit. 44. §. 1.

SUMMARIUM.

- 1 Questio proposita negativè resolvitur.
- 2 Evictionis actio personalis est, sed heredibus, & in heredes datur.
- 3 Actio personalis quando adversus tertium? Remissivè.
- 4 Laudatio pro evictione per saltum fieri nequit.
- 5 Primus venditor de evictione non tenetur, nisi laudatus fuerit.
- 6 Laudatus pro evictione conservanda alium laudare poterit.
- 7 Ultimus emptor, ut regressum habeat, tantum suum venditorem laudare tenetur.
- 8 Aliquando emptor authorem sui authoris laudare potest. & n. 9. & n. 14. & 15.
- 9 Cessio actionis pro evictione quando fieri possit? & n. 10.
- 10 Donator an de evictione tentatur? & n. seqq.
- 12 Legatarius an authorem testatoris laudari possit? & n. 13.
- 16 An ratione hypothecæ pro evictione adversus tertios agi possit? & nn. seqq.
- 19 Primus emptor ratione hypothecæ conventus adversus posteriores regressum habet, si ei actiones cessæ fuerint.
- 20 Quando ad id cessio opus non sit?
- 21 Creditor pignus vendens de evictione non tenetur.
- 22 Si nomine alterius emptio facta sit, ipse laudandus pro evictione erit.

I CUM Titius ob rem sibi à Seio venditam conventus esset, voluit statim authorē laudare Sempronium, primum venditorem, à quo res ipsa Seio vendita fuerat; dubitatumque fuit, an ita laudare permitteretur, quod negando resolvendum est in casu evictionis *ex l. sed & si post mortem 23. l. si res 59. ff. de evict. & probatur ex Ordin. lib. 3. tit. 44. §. 1. in verbis ibi: E se esse nomeado por author nomear outro, idest, & si laudatus author alterum nominaverit tenent Surd. lib. 1. conf. 19. num. 32. Peregrin. decis. 89. n. 3. Gregor. Lop. in l. 32. tit. 5. p. 5. glos. 4. Bertaz. de clausul. clausul. 27. glos. 1. n. 1. Gom. var. cap. 2. n. 46. Marant. de ordin. judic. p. 6. membr. 5. art. 9. Cald. Pereir. de empt. & vendit. cap. 31. n. 67. Barb. in l. venditor. ff. jud. n. 14. & 15. eum multis Gusm. de evict. q. 11. num. 5. Burgund. de evict. cap. 63. num. 5. ex Glos. in l. si pro re §. si pro evictione verbo agere ff. de evict. Bart. & Baldus ibi. Aretin. in §. actionum autem n. 18. in fin. Inst. de act. & videtur esse text. expressum in l. si res, quam ff. evict. Pereir. cap. 31. n. 67. Gom. 2. tom. variar. cap. 2. n. 46. in princip. Bertazol. claus. 27. glos. 1. ante n. 1. Marant. de ordin. judiciar. p. 6. membr. 5. n. 9. Caballtn. §. 3. n. 153. Tusch. lib. E. concl. 353. n. 5. 6. & 7. Barb. in l. venditor n. 13. ff. de Judic. Peregrin. decis. 80. n. 13. Cornaz. decis. lucen. 212. n. 1. Caesar*

Manent. decis. Mant. 21. n. 15. Gusman. de evict. q. 11. à n. 2. cum aliis Hermosill. in l. 32. tom. 2. tit. 5. glos. 4. n. 28. novissimè Leuren. ad jus canonic. tom. 3. q. 305. & q. 477. sub n. 2. pag. 319.

Et ratio hujus certissimæ conclusionis in eo consistit, quia actio de evictione personalis est, descendensque ex contractu, ideo tantum personas obligatas, & suos hæredes tenet, & de uno ad alium non transit, Burgund. supra, Gusman d. q. 10. n. 4. & omnes supra citati.

Siquis autem scire desiderat quando personalis actio contra tertium possessorem dari possit? interim videat Gusm. sup. n. 17. Unde ad hoc ut primus venditor de evictione teneatur, denuntiatio fieri non debet per saltum, seu mediatè, sed gradatim, & immediatè (uti dicitur,) & ita ultimus emptor laudabit suum venditorem, & hic suum, & sic de cæteris.

In tantum, ut si primus venditor tempore laudatus non fuerit, de evictione non tenetur. Glos. ad legem pro re §. 1. verbo agere ff. de evictione Gusman. supra n. 1. ubi plurimos DD. Caballin. §. 3. num. 143. Tusch. concl. 353. num. 7. cum aliis Hermosil. ubi supra n. 32.

Ex quo, si laudatus ad judiciū venerit alium vocans audiendus erit, & sic usque in infinitum, ut probat dict. Ord. supra.

Ut tamen ultimus emptor regressum

gressum habeat adversus venditorem suum sufficit, ut eum laudet.

8 Limitatur tamen primò nostra conclusio, de qua *num. 1.* eo casu, quando venditor, seu donator, vel quilibet alius dominium transferens in ipso instrumento simul omnes actiones competentes, & competituras occasione ipsius rei cedit, constituendo procuratorem in rem suam, vel si solum actionem de evictione cesserit. *l. si res quam ff. de evict. Bart. ad leg. si pro re §. si pro evictione. ff. eod. tit. num. 3. cum plurib. Gusm. de evict. sup. num. 1. vers. si tamen, & num. 14. vers. caterum; Burgund. supra num. 1. Gom. ubi supra vers. tamen notabiliter intellige; Caballin. Bartazol. num. 1. Barb. n. 14. Tusch. n. 7. & Giurb. n. 5. ubi supr. Alex. cons. 67. col. 1. vol. 1. Dec. cons. 74. n. 1. vers. iste tamen circuitus; Surd. cons. 17. n. 32. Pereir. de empt. cap. 31. n. 61. vers. secundo intellige; Gam. decis. 208. Muta decis. 59. n. 23. Gusm. n. 15. ubi supr. cum aliis Hermosill. d. glos. 4. n. 29. vers. limita 1. noviter Leuren. in jus canonic. tom. 3. q. 305. in fine, quo casu poterit emptor statim auctorẽ sui auctoris laudare immediatè.*

9 Cum declaratione tamen procedit limitatio supra, facta differentia inter titulum onerosum, & titulum lucrativum, (ut dicitur à Jurisconsultis;) eo nempe in casu, quo res titulo oneroso acquiritur, venditor v.g. quocumque tempore ces-

sionem facere potest, quia venditor semper de evictione obligatus remanet, quando verò res titulo lucrativo acquiritur per donationem, v.g. cum donator de evictione obligatus non est; ut tenet *Bart. ad text. in dict. l. si pro re. §. si pro evict. num. 2.* cessio fieri debet in ipso donationis contractu, post donationem nãque factam actio de evictione amissa est. *l. Julian. 131. §. qui fundum ff. de verbor. obligat. l. si is, qui 40. ff. de evict.* hanc distinctionem tenet *Burgund. supra num. 3.* ubi limitat, nisi donatio, (ut ficto verbo perspicuitatis causa utar,) sit remuneratoria, vel donator se de evictione obligavit.

An donator teneatur de evi- **II**
 ctione, quæstio est apud multos DD. agitata, pluresque distingunt, an à promissione, vel à traditione incipiat, affirmativè resolventes in primo casu, negativè in secundo; ut videre est apud *Portug. tom. 1. lib. 1. cap. 3. à num. 42. l. Aristo. §. fin. ff. de donat. l. 2. cod. de evict. Rot. decis. 690. num. 4. part. 4. divers. Gusman. de evict. q. 25. Mangil. q. 68. 69. Arumeus decis. 6. n. 12. Torre. de pact. lib. 2. cap. 37. num. 14. 117. Staib. resp. 111. n. 26. Passerell. lib. 2. q. 9. Olea de cess. jur. tit. 7. q. 2. n. 29. Amaya l. 1. cod. de jur. Fisc. n. 18. Hermosill. l. 32. tit. 5. p. 1. glos. 1. ex n. 65. post multos Aylon ad Gom. lib. 2. cap. 2. n. 36. Capon. tom. 5. decis. 331. Ricc. colect. 1030. Royas de incom-*

incompatibilit. p. 5. cap. 6. à n. 60. Solorf. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 80. & lib. 3. polit. cap. 11. Ciroc. decis. 32. disc. 32. n. 26. Sabel. §. evictio n. 12. Cancer. var. lib. 1. cap. 8. n. 112. Cald. de empt. cap. 31. num. 41. Cardin. de Luc. de donat. decis. 51. & seqq. decis. 58. n. 2. & seqq. Gob. conf. 59. n. 42. Cutell. de donat. decis. 1. specul. 21. Passarell. lib. 2. q. 9. Burg. de evict. q. 16. cum aliis Altim. de nullit. contract. rubr. 1. p. 3. q. 32. n. 738. Bart. & alii in d. l. fin. Peregr. decis. 94. n. 5. Viv. opinion. 214. Trentacinq. var. tit. de donat. resolut. 2. Gratian. cap. 657. n. 47. & seqq. cap. 955. n. 40. & seqq. Sabell. §. evictio n. 12. §. donatio n. 51. Tusch. lit. D. conclus. 645. Add. ad Ludovis. decis. 340. n. 13. Cardin. de Luc. d. decis. 52. n. 2. Molignan. alterc. 55. n. 24. P. Boss. de dot. cap. 17. n. 16. Portug. de donat. supra lib. 3. cap. 3. n. 42. & seqq. Olea de cess. jur. tit. 7. quest. 2. n. 20. Mantic. de tacit. lib. 13. tit. 4. n. 18. Mangil. d. q. 68. & 69. Passarell. dict. q. 9. n. 14. & seqq. Cald. de empt. cap. 31. n. 41. Gusman supra n. 3. & seqq. ubi n. 25. Reg. Revert. & Marin. decis. 433. cum aliis idem Altim. supra num. 739. quæ quidem distinctio mihi non placet ex his, quæ Burgund. de evict. cap. 16. quem vide, si casus occurrerit.

12 Sed adversus distinctionem nostram, de qua supra n. 9. obstat, quod legatarius titulo lucrativo rem legatam acquirit, & tamen denun-

ciare potest authorem testatoris hærede actionem cedente, ut constat ex dict. l. si res quam ff. de evict.

Sed respondetur, quod cessio 13 in prædicto casu fieri censetur ex voluntate testatoris; ut tenet cum Caball. de evict. Burgund. supr. cap. 63. num. 3. & pro facta judicatur in ipsa translatione.

Limitatur secundò nostra cō- 14 clusio principalis quando primus emptor hypothecas habuerit in omnibus bonis venditoris sui, etiam si in emptoris favorem actionibus cedatur, ut puta, Franciscus prædium à Petro emit, simulque cautionem pro evictione accepit; deinde Franciscus Antonio vendidit, omnia bona sua pro evictione obligans, in qua obligatione etiam illa cautio, qua obstrictus est Petrus, continetur, quo casu Antonius statim recta via, & immediatè laudare poterit Petrum authorem authoris sui. d. l. si res, quam ff. de evict. Immol. ad l. Julian. §. qui fundum ff. de evict. Burgund. d. cap. 63. n. 5.

Cum verò hodie prius debitor 15 principalis conveniri debeat, quam ad hypothecam deveniatur, Bart. & Immol. ad l. Julian. §. qui fundum ff. verbor. obligat. inter se pugnant, an in jure novissimo locum habeat prædicta limitatio; Immol. affirmat, Bart. vero negat, quem sequor, cogente Ord. lib. 3. tit. 64. & de jure novissimo verior opinio mihi videtur.

Hic

16 Hic casus singularis occurrit, qui in praxim multoties evenire potest, scilicet, emi aliquod prædium, & venditor pro eviçtione, & pro libertate ipsius prædii omnia bona sua mihi obligavit cum hypotheca, forma solita, venditor ipse postea alia bona sua alienavit, deinde convenior propter fundum, vel ratione domini, vel ratione hypothecæ, & adversus venditorem, propter ipsius inopiam, regressum habere nequeo, quo casu adversus posteriores emptores agere possum, ut cum pluribus tenet optime *Urceol. cons. forens. tom. I. cap. 25. per tot.* à quo aliqua mutuans aperiam.

17 In primis, quòd emptor in prædicto casu solum laudare venditorem tenetur, laudatio namque pignoris possessori necessaria non est; tener *Urceol. supr. n. I.*

18 Secundò, est in potestate emptoris agere adversus quemlibet posteriorem emptorem insolidum, probat *Urceol. supra n. 36. cum l. creditoris arbitrio 8. ff. de distrabend. pignorib. Cyriac. contrav. 320. num. 9. & 10. Surd. decis. 44. n. 6. Fontanel. de pact. nupt. claus. 4. glos. 18. p. 2. n. 52. Salgad. in labyrinth. credit. I. p. cap. 17. n. 16. & seqq.*

19 Tertiò, emptor conventus à primo emptore, de quo *num. 16.* adversus posteriores emptores etiã agere, cum in sui favorem actionibus cessum fit, per primum emptorem, & si conventus ultimus emp-

tor est, totum damnum sentire debet; *l. siquis habens creditores ff. qui, & à quibus. Urceol. supra n. 37.*

Quartò, si actor conventus 20 habet etiam hypothecam absque cessione, agere adversus posteriores emptores poterit. *Urceol. supra de quo vide Olea tit. 5. q. 5. n. 27. Salgad. supra, & part. 3. cap. 14. à num. 19.*

Limitatur tertio, quando cre- 21 ditor jure creditoris pignus vendit, quia tunc de eviçtione non tenetur per viam regulæ. *text. in l. periculum. ubi notant. Gloss. Bart. & Salicet. ff. de pign. in tit. cod. credit. eviçt. pign. non debere, l. cum ea conditione. §. I. ff. de eviçt. Nat. concl. 38. Cavall. §. 5. n. 37. de pignorib. Ferrar. in prax. in actione hypothecar. in verb. satisfacere n. 5. Gratian. decis. 175. à n. I. ut cum aliis tenet Gusm. de eviçt. q. 34. n. 3. Leuren. in jus canonic. q. 477. tom. 3. sub n. 2. & constat ex tot. tit. cod. de eviçt. pign. l. 10. §. I. ff. de distrabend. pign. Cardos. in prax. verbo emptio n. 25. de qua regula cum suis limitationibus videndus idem Gusm. d. q. per tot. Schytin. de jur. offerend. part. I. cap. 3. sect. 3. n. 5.*

Undè in prædicto casu, & 22 aliis, de quibus *Cardos. supra* laudari debet dominus rei venditæ, cujus nomine venditio celebrata fuit, & non creditor, seu alius quicumque rem alterius nomine distra-

COGITATIO XXX.

An ad Judicium laudatus defensionem causæ, adversario invito, suscipere valeat, itaut reus principalis ab instantia absolvatur? ad intellectum Ord. in 3. tit. 44. §. 1. & tit. 45. §. 6. 7. & 8.

SUMMARIUM.

- 1 Ad quæstionem propositam affirmative Ord. lib. 3. tit. 44. §. 1. affertur.
- 2 Pro solutione tres casus dantur. & nn. seqq.
- 6 Laudatus in authorem admittendus erit, etiam adversario invito, ad hoc ut conventum adjuvet.
- 7 Quo in casu dispositio Ord. lib. 3. tit. 45. §. 8. cessat.
- 8 Uti procurator in rem suam, datis pignoribusque admitti potest, licet adversarius opponat. & n. 26. & seqq.
- 9 Quo in casu sententia adhuc in conventum profertur.
- 10 Sed limitantur dicta n. 8. data hypothese vid. d. tit. §. 8.
- 11 Ad hoc, ut reus conventus liberatus statim vadat, laudatus, invito adversario, non admittitur, & n. 25. & seqq.
- 12 Ord. lib. 3. tit. 44. §. 1. intelligitur.
- 13 Lex sed & si §. item si rem ff. de pet. hæred. affertur, & nn. seqq.
- 14 Petrus Barbof. à Per. reprehensus defenditur, & n. 15. & n. 29.
- 17 Judicium particulare acquiescit, dum universale inest.
- 18 Emptor rei hereditariæ pro ea conventus, an exceptionem præjudicialem habeat? & n. seqq.
- 19 Proffessor hereditatis, ex ea aliquid vendens, an vero hæredi pro pretio teneatur?
- 22 Emptor ex persona venditoris exceptione uti potest, & quando? & nn. seqq.

AD quæstionem propositam affirmative respondendum esse videtur per Ord. lib. 3. tit. 44. §. 1. in verbis ibi: *E se esse derradeiro vier a juizo, e mostrar, que bouve a causa do author, e demandador, será logo o reo principal, que primeiro foy de mandado, absoluto da demanda &c. idest, & si ultimus laudatus in Judicio comparuerit, & ostenderit, rem ab ipso auctore, & petitore habuisse, statim reus principalis, primo conventus, à Judicio absolutus erit.*

Ut autem veritas aperiatur, in hac materia tres casus distinguendi sunt: primus, quando venditor laudatus ad Judicium venit tanquam simplex defensor, seu adfistens ad reum defendendum, seu adjuvandum.

Secundus, quando tanquam procurator in rem suam propter proprium interesse venit.

Tertius vero casus, quando animo Judicium mutandi comparet, volens, ut reus dimittatur, & absolvatur.

Illos casus colligo ex doctrina Barb. ad l. si venditor. ff. de Judic. n. 106. ibi: *Infertur secundo, quod venditor comparens in Judicio ad defendendum emptorem juxta terminos hujus textus admittetur quidem tanquam simplex defensor, vel tanquam procurator in rem suam, propter proprium interesse, sed si* compa-

compareat animo mutandi Judiciū, ut demisso emptore, cum eo lis agitur &c. Deinde hos casus ex infra dicendis probo.

6 In primo igitur casu, nempe, quando adfistens tanquam simplex defensor ad juvandum emptorem venit, resolvendum est, quod admitti debet, etiam adversario invito, quilibet namque interesse in causa habens, eidem assistere potest; ut in terminis *Barb. sup. à n. 119. ex cap. 2. in fine, ut lite pendente lib. 6. glos. fin. in cap. 2. de procurat. in 6. glos. 2. in l. suspecta ff. de inofficios. testament. & constat ex Ord. lib. 3. tit. 20. in §. 31.* quare hujusmodi laudatus admittendus erit, eo modo, quo assistentes admittuntur, ut passim *DD.*

7 Quia cum in prædicto casu nec Judicium mutetur, nec obligatio innovetur, sed iurgium cum ipsomet possessore terminos percurrit, nullum præjudicium adversario generatur, ideò eo invito adfistens admittitur; neque hoc casu locum habebit *Ord. lib. 3. tit. 45. §. 8. tenet Paul. Castrens. ad text. in l. solutionem ff. de solut. & ad l. 1. cod. ubi in rem actio sub num. 5. cap. ult. ut lite pendente in 6. Innoc. & alii in cap. cum super ubi Felin. n. 15. de re judic. Angel. in l. si suspecta col. 2. ff. de inofficios. testam. Angel. Aret. in l. si pro lusorio ff. de appellat. Vant. de nullit. tit. quis possit dicere de nullit. n. 25. & allegati per Covarr. pract.*

cap. 13. n. 1. & 2. Gom. 2. tom. var. cap. 3. num. 39. vers. tamen intellige, Put. decis. 384. lib. 2. ubi idem firmat Honded. dict. conf. n. 12. Gail. lib. 1. observ. 71. n. 1. plures laudat Anan. conf. 97. n. 1. & 98. n. 1. Menoch. de arbitr. cap. 18. conf. 319. num. 14. & 488. num. 5. Cancer. variar. de tertio oppositore cap. 16. n. 5. Afflict. decis. 15. & 235. & ibi Ursil. Trentac. variar. tit. de Judic. resolut. 16. n. 8. & resolut. 17. n. 49. Surd. decis. 60. n. 6. & decis. 147. n. 6. & 335. n. 22. Marc. 23. num. 4. 164. n. 8. & decis. 161. p. 2. Cassador. decis. 1. tit. de except. Cavalcan. decis. 5. n. 22. 6. n. 6. p. 4. Azeved. in l. 3. tit. 8. lib. 4. recop. n. 16. & cum aliis Hermosill. l. 33. glos. 1. tit. 5. n. 5.

In secundo verò casu, quando venditor laudatus venit, vultque Judicium in se suscipere tanquam procurator in rem suam, resolvendum est, quòd datis pignoribus in forma juris, etiam invito adversario, admittetur. *Ord. lib. 3. d. tit. 45. §. 7.* multa jura apud *Barb. supra n. 112. & 113. Bart. conf. 219. Burgund. de evict. cap. 67. à n. 3. Senator Pereir. de man. Reg. cap. 32. n. 17.*

Et ratio est, quia etiam in hoc secundo casu principalis reus neque absolvitur, neque liberatur; imò potius sententia in eum profertur, & in re petita exequenda erit, tenent supra citati, & doctissimè *Bart. d. conf. 219.*

Resolutio tamen nostra in prædicto secundo casu, limitanda

Gg

erit

erit eo casu quo loquitur *d. Ord. d. tit. 45. §. 8. tenet Pereir. sup. d. n. 17.*

11 In tertio verò casu, quando laudatus ad Judicium tendit, ut actio in ipsum transferatur, reusque principalis liberatus evadat, non debet hoc modo admitti, adversario invito; ut probat *d. Ord. dict. tit. 45. §. 6. Barb. supra, n. 107. Bart. d. conf. 219. Idem Senator Pereir. loc. supra citat. Burgund. d. cap. 67. sub n. 4.*

12 Ex dictis datur verus intellectus ad *dict. Ord. tit. 43. §. 1. ibi: Será logo o reo principal &c.* idest, *statim reus principalis absolutus erit &c.* quia intelligi debet, quando laudatus ad Judicium veniens, admissus fuit modo, de quo in tertio casu, consentiente tamen adversario, si verò admissus modo, de quo in primo, vel in secundo casu, vel si adversarius non consensisset, ut admitteretur modo, de quo in tertio casu; dispositio *prædict. Ordin.* intelligi debet post sententiam ut verba sequentia declarant, ibi: *Absoluta da demanda, e condemnado o author nas custas em dobro, idest, absolutus à Judicio, condemnato actori in duplices expensas;* quod quidem non sequitur, nisi in sententia, undè ad hoc tempus verbum illud statim referendum est.

13 Adversus tamen dicta in tertio casu, quatenus ibi asseveramus, emptorem laudatum in se transferre actionem non posse, ut reus principalis statim absolvatur, adversa-

rio invito, insurgit *Barb. sup. num. 108. cum l. sed & si lege §. item si rem. ff. petit. heredit.* quasi contra hoc expressa.

*Senator tamen Pereir. de man. 14 Reg. d. cap. 32. n. 17. Barb. reprehendit ex eo, quòd dict. §. si rem nullo modo in terminis propositis loquatur, ego verò, & si Pereir. reprehendere non sum dignus, laudo tamen Barb. quia si aliquo casu dicta allegatio non bene transcripta fuit, hoc in detrimentum honoris *Barbos.* cedere nequit, fuit namque librarii error, quia in *prædict. l. sed & si lege* est §. *item si rem, 1. & §. item si res 12.* & hunc, & non illum *Barb.* allegare volebat, allegavisse que suppono, sed in transcribendo erratum; hoc igitur *Pereir.* sicut ego, examinare debebat.*

Utrum autem *prædict. §. item si res* ad rem propositam faciat, aperienda ejus verba sunt, ibi: *Quid tamen si is, qui vendit, paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde, atque si possideret, conveniatur, incipit exceptio locum habere ex persona emptorem &c.* nunc desiderarem *Pereyr.* adhuc in vivis agentem, non solum ut ab animo reprehendendi desisteret, sed etiam, ut ad locum prædictum responderet.

Videtur mihi *Pereir.* ab his tanquam mutus Hipparchion redditus fore: & ad prædictum §. *item* pro nostra virili respondebimus, quem *Bart.* difficilem verò intellectu

Et *Paul. Castr.* reputavit; obscurum tamen ob casum, ut infra figuratum: Quidam (inquit) alicujus hæreditatis bonæ fidei possessor erat, unamque rem hæreditariam vendit, cujus pretio locupletior factus non fuit, quia fortè pretium amisit; verus hæres adversus emptorem ad recuperandam rem venditam actionem intendit; igitur Jurisconsultus *in d. §. 8.* quærit, an emptor petitorum repellere possit per exceptionem, ne hæreditati præjudicium fiat.

17 Ad quod, perspicuitatis gratia sciendum est, quòd toties, quoties Judicium particulare universali præjudicium parit, in particulari supersederi debet. *l. si quis libertatem 7. ff. eod. tit. pet. hæredit.*

18 Undè quia reivindicatio Judicium particulare erat, dubitabatur *in prædict. §.* an supersederetur in illa actione propter præjudicium quæstionis circa hæreditatem movendæ; hac tamen ratione non obstante, Jurisconsultus respondit, posse verum hæredem Judicium particulare intentare, quia si venditor ex pretio locupletior factus non sit, non tenetur; *l. 26. d. l. sed & si §. consuluit, & seqq. dict. tit. ff. de petit. hæredit.* & cum teneatur, non speratur moveri quæstionem super pretio illius rei venditæ, ideò, quod non est, impedimentum præstare nequit; deinde etiam non speratur moveri quæstionem de hæreditate: Quia licèt venditor de pre-

tio teneatur, id restituere emptori debet, & ita verus hæres pretium prætere nequit, si rem consequatur; rem namque, & pretium simul habere non potest; uti considerat *Bart. ad d. §. sub n. 2.*

Ex quibus infertur, quòd verus hæres adversus emptorem rerum hæreditariarum reivindicacionem intentare potest, quando ipsæ res adhuc usu captæ non sunt, quin repellatur per exceptionem, nè præjudicium fiat quæstioni hæreditatis.

Quod etiam procedit, si bonæ fidei possessor sit factus locupletior, vel sit etiam malæ fidei, quia adhuc militant rationes supradictæ, & considerat *Paul. Castrens. ad §. item si res.* Verus tamen hæres in tribus casibus per emptorem conventum repellitur; primus quando emptor ad bonæ fidei possessorem regressum habet, & hujusmodi possessor locupletior factus non fuit, quo casu emptor uti poterit exceptione ex persona venditoris, ne conveniatur ultra quam facere possit: quia si emptor regressum habens contra bonæ fidei possessorem, condemnaretur; ipsemet bonæ fidei possessor saltem indirectè conveniretur, atque teneretur, quod jus non patitur; uti considerant *Bart. & Castrens. ad huncmet §.*

Hic obiter nota, quòd emptor uti potest exceptione ex persona venditoris; de quo est *text. in l.*

18. §. *paclum. ff. de pacl. l. emptori*
 28. *cod. de evict. quod intelligit Bart.*
supra sub n. 3. quando non compe-
tit ratione privilegii.
- 23 Secundus casus est, quando
 verus hæres prius adversus vendi-
 torem ad consequendum pretium
 egit, & fuit consecutus, ut tenet
Castrens. ad dict. §.
- 24 Consistit verò tertius casus,
 quando ipsemet venditor in Judicio
 comparet, & Judicium adversus se
 suscipere intendit, tunc namque
 emptor exceptionem habet, ut
 actor suus venditor conveniatur, ut
 constat ex verbis *dict. §. supra rela-*
tis, & ibi tenent Bart. & Castrens.
- 25 *Bart. in d. §. quæstionem nos-*
tram agnoscens, scilicet, an actor
cogatur in Judicium tertium admit-
tere, & cum eo litigare, se remittit
ad ea, quæ in l. liberto §. litem ff. de
negot. gest. ubi ait, quòd, quando
quis ad Judicium venit in defensio-
nem alterius, dicens, ut libellus
contra se, ac si possideret, concipi-
atur, hoc concedi non debeat, ni-
si conventus causam ab offerente
se liti habeat.
- 26 Hæc responsio *Bartol.* mihi
 placet eam intelligenti, quando cõ-
 parens in Judicio venit, non ut om-
 ninò reus absolvatur, sed ut Judi-
 cium contra ipsum venientem con-
 cipiatur, modo declarato in *Ord.*
hoc lib. dict. tit. 45. præd. §. 7. quo ca-
su, ut supra num. 8. actor tertium
venientem admittere tenetur.

Hæc mea intelligentia proba- 27
 tur ex doctrina *Paul. Castrens.* qui
 in *dict. §. si res, se remittens ad l. si*
actor malit. ff. de procurat. ubi post
 longam disputationem *sub n. 5. & 6.*
 duos casus distinguit, nempe, vel
 tertius tanquam simplex procurator,
 & defensor comparet, vel animo to-
 tum Judicium novandi, & reum li-
 berandi; itaut in primo casu actor
 tertium admittere teneatur, secus
 verò in secundo casu.

Undè jam ad *text. in d. §. item* 28
si res, respondeo, quòd ex verbis
ejusd. §. relatis non constat, emp-
torem statim liberatum fuisse, sed
solum ei exceptionem competere,
ut venditor conveniatur, quia hic
venditor se ad Judicium suscipien-
dum contulit, & solum admissus
fuit tanquam defensor, seu procu-
rator in forma prædict. Ord. tit. 45.
§. 7. non ut reus principalis statim
liberatus evadat, ut in §. 6. d. Ord.
quia hoc non tenetur actor invitus
pati, ut in d. §. 6. declaratur.

Quare venit explodenda res- 29
 ponsio, de qua *Barb. in l. venditor.*
108. cum seqq. quatenus ibi tenet
dict. §. item si res procedere, quan-
 do tertius ad Judicium nondum cæ-
 ptum venit, hoc namque verifimi-
 litudine destituitur, ex eo, quòd an-
 tequam venditor ad Judicium vo-
 cetur, emptor conveniri debet, ut
 bene considerat *Pereir. de man. Reg.*
d. cap. 32. n. 17. quem in hoc laudo,
 in reprehensione de mala, & proli-