

20-8-1

TRACTATUS

EXPLICITIO

INSTRUMENTORUM ET SENTENTiarUM

IN REBUS CIVILIBUS

... in rebus civilibus ...
... in rebus civilibus ...
... in rebus civilibus ...
... in rebus civilibus ...
... in rebus civilibus ...

IN ATQUE REGNI

... in atque regni ...
... in atque regni ...

AVTHORE

... avthore ...
... avthore ...

... in Republica ...
... in Republica ...



De Republica ...
...

VALLENTINA A COSTA DESA ...

...
...

H
D
25
12

Die Kunst der...
170.

4

TRACTATUS
DE EXECUTIONIBUS

INSTRUMENTORVM ET SENTENTIARVM

In sex libros divisus.

OPUS TUM GYMNASIIS, TUM FORO VERSANTIBUS ADMODUM

utile; in eo enim universa praxis executionis sententiarum, omnis item moderna debitorum exactio, quæ summarie fit, vel executivè, affecutiones per arresta, contractuum formulæ, clausulæ, conditiones, accessiones, & nullitates, scripturarum solemnia, & defectus, chirographorum obligationes, & Lusitanæ nobilitatis species, & privilegia in contractibus, & judicijs ad hodiernam praxim plenissimè, & dilucidè explicantur.

AD COMMENTARIA

ORDINATIONIS REGNI

lib. 3. tit. 25. tit. 59. §. 15. tit. 86. tit. 87. tit. 91. tit. 92. tit. 93. & lib. 4. tit. 72. & tit. 76. & aliarum plurimum incidenter.

A V T H O R E

SILVESTRO GOMES DE MORAES

J. C. Lusitano, in Supplicationis Senatu Regio
causarum patrôno.

TOMUS PRIMUS.



Dee Manoel da Sylva, e Santo
Custou em glos. de 1714 n. 200

ULYSSIPONE,

Apud VALENTINUM A COSTA DESLANDES,

Serenissimi Regis Typographum.

Cum facultate Superiorum. Anno M.DCC.VI.



ILLUSTRISSIMO AC REVERENDISSIMO D.

D. SEBASTIANO

MONTEIRO A' VIDE

Metropolitano Archiepiscopo
Bahiae.



Communis, ac insanus plerumque scriptoribus labor esse solet, Illustrissime Archipræsul, cum in ipso operis vestibulo diu penduli meditantur qualem sibi clypeum, & scriptis suis tutorem adsiscant. Ab hac me anxietate faciliter vendicarunt eximiae animi tui dotes; quin nec levis ulla ambiguitatis umbra aliquando subierit, utrum ne hanc mei laboris sobolem duplici vellem patrocinio mancipatam: una est, & esse debuit mentis, & cordis harmonia: unde nihil mihi hæsitandum fuerat tibi deberi qualesquales mentis meae foetus, cui omnes animi conatus jam pridem devovi. Nihil certè mihi hoc opus, ego vero ipsi hanc cogitationem debeo; de hac gloriabor; hanc minimè potero vitare jaçantiam. Parum non est, quod cæteris scriptoribus invideam; de hoc uno multum est; quod livescant alij, jaçant ipsi tractationum suarum delectum, styli amœnitatem, eruditionum luxuriam; meæ tamen primæ paginae splendorem se non posse obtenebrare fateantur. Hominis inscitiam vellicabunt quam plurimi; at in hoc quod arbitrium tale sortirer, decipere non potui. Sed ut missum

faciam quantis tibi sine nominibus adscriptus, ut quidquid spirarem, tuo solo nomine sigillatum vellem; ea solum offerendi necessitas omnem prorsus hæsitationem absorberet, quod scilicet sanctiones meæ literariam redolerent, ac spirarent fragrantiam. Novi qualem tibi cum scientijs necessitudinem contraxeris; summæ hæ sunt animi tui divitiæ, ærarium tuum: huc, munificus cætera, avaritiam concitasti, ne quid ambitiosam mentem tuam evasisset, quod jure comprehensionis tuum non fecisses. Hunc ergo nudo è cortice librum excipe, ut suo patrociniò decoctus, ac digestus lautum fiat legentibus obsonium. Civiles, ac juridicæ telæ sunt, quæ hoc volumine attexuntur; ut recto incidant filo, à te debent exordiri. Sanctiones dico; at Te ex ea parte perquam dignæ, qui nisi te odisses, quod justum ac rectum sapit non poteras non amare. Nec quod à nobis propediem (non sine communi desiderio) evellendus sit, operis mei desertorem suspicor, qui unus ubique sufficis ad tutelam. In novem orbem deflectis; (virtuti tuæ unus orbis non sufficeret) at eliminato morum veteramento orbem novum reddes, ut Te quamprimum, velut Ecclesiæ Solem, nostro Occidenti reducem, sublimeque in se de locatum veneremur.

Vale.

Tuæ Illustrissimæ obsequentissimus

Silvester Gomefius à Moraes.

LE-



LECTORI.

Non novam, nec insolitam rem aggredior, tametsi non ignorem plurimos, eosque doctissimos viros, tam antiquis, quàm hodiernis temporibus elegantix monimenta conscripta reliquisse; nihilominus tamen, quia (ut inquit Bald. in proœmio Decretalium) multum restat, multumque restabit; neque (ut ait Seneca) ulli nato post multa sæcula præcluditur occasio aliquid adjiciendi, mirum videri non debet, si materiam hujus Tractatus præ manibus assumpserim; nam licet illi eximij DD. plura ingeniose, & luculenter dicta typis traditi fuere, non tamen materiam sic exactè disseruerunt, quin longiori non indigeat investigatione perfecta, & absoluta tractatione: quod eo enixius dolendum erat, quo ipsius materiæ in fori praxi est assidua pertractatio, ut testantur difficiles lites, & controversiæ, quibus perpetuo fora circumstrepunt, quapropter cum hæc prospicerem, non equidem inanis gloriæ aucupandæ, aut immortalitatis consequendæ dulcedine impulsus, sed ut communi reipublicæ utilitati (cui devincti nascimur) consulere, de hac re absolutum, ac omnibus sui partibus integrum Tractatum conficere statui, in quo studiosus lector nova dubia excitata reperiet, in his signanter controversijs, quæ contingunt materiam executionis instrumentorum & sententiarum, cujus equidem investigatio nedum difficilis, verùm etiam ad perfectam hujus Tractatus explicationem utilis, & apprimè necessaria, & ad praxim reducere sinceri pectoris lector judicabit. Continet equidem materias in fori praxi frequentissimas, videlicet universam praxim executionis sententiarum, omnem item modernam debitoris exactionem, quæ summarie fit, vel executivè, assecurationes per arresta, contractuum formulas, clausulas, conditiones, accessiones, & nullitates, scripturarum solemnia, & defectus, chirographorum obligationes, & Lusitanæ nobilitatis species, & privilegia in contractibus, & judicijs. Non me latet opus hoc (ut in-

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

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

§. III.

Casus decimus-sexthus.

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

SUMMARIUM.

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

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

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

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

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

Tom. I.

stitutum nomine creditoris, n. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. no possessio-

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

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

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

Tom. I.

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

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

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

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

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

I ij

tium

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

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

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

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

fer-

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

Casus decimusseptimus.

De venditione pignoris conventionalis.

SUMMARIUM.

Pignus convētionale distrahi potest non solvente debitore in termino, & praxis procedendi, n. 13.

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

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

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

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

Tom. I.

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

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

I iij

casum,

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

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

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

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

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

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

Casus decimus octavus.

De retentione.

SUMMARIUM.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 21 Sin verò ex alia causa res ad ma-

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

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

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

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

tus sim mihi §. fin. L. Stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, ff. verbor. ubi magistraliter Bart. quest. 8. Imola, Alex. Rom. & Fas. Gom. 2. var. cap. 10. n. 22. ubi dicit communem Duen. Reg. 155. Pin. in rub. cod. de resc. 2. p. c. 2. num. 25. Gutier. de juram. confirmat. 1. p. cap. 39. Cald. de renovat. quest. 5. num. 9. Mol. de just. tract. 2. disp. 562. n. 4. Parlad. lib. 1. rer. quot. cap. 6. §. 2. à princ. quia alias si præcisè teneretur facere, certam subiret speciem servitutis, arg. L. Titio centum §. Titio centum 1. ff. cond. & dem. Planè interesse, quod loco facti succedit, est incertum, & illiquidum, cum non constet quid, aut quantum partis interfit; sequitur ergo ad illud summarie agi non posse, siquidem instrumenta guarentigia illiquida executionem paratam non habent ex doctrina Bart. L. Proinde §. 1. notandum ff. ad L. Aquil. & latè dicemus infra lib. 3.

4 Tertiò tandem: quia istud interesse non est expressum in instrumento, sed à jure subintellectum, dict. L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus; at subintellecta, & non expressa in instrumento, non habent summariam executionem secundum formam statuti, sicut expressa, Ant. de Butrio cap. translato de Constit. & ibi Imol. Alex. L. certi conditio, & ibi Fas. num. 22. ff. si cert. pet. Soar. L. Post rem jud. in declarat. L. Reg. lim. 4. num. 9. qui omnes ex ista ratione resolvunt non posse facto non impleto ex instrumento guarentigio summarie agi ad interesse.

5 Ego pro resolutione adverto, ut clarè procedamus, duo in præsentique questione dubia involvi. Primum est, utrùm quis agere possit ex instrumento summarie ad factum? Secundum, utrùm ex eodem instrumento possit similiter post moram facto non impleto agi summarie ad interesse? De isto secundo latè dicemus infra hoc libro, cum de subintellectis in instrumento egerimus. In primo verò dubio, cu-

jus hîc est propria sedes, transit res sine controversia in terminis juris communis, & indistincte apud exteros instrumenta guarentigia continentia facti obligationem habere paratam executionem, ut videre est per Gallez. de Camer. oblig. 3. p. considerat. 2. num. 10. alias quest. 31. num. 19. secundum novum ordinem Zachie additionatoris, Coler. de processu execut. 2. p. cap. 2. num. 2. imò singulariter tradit Bald. L. 1. Cod. sentent. quæ pro eo quod promittens factum instrumento guarentigio tenetur præcisè facere, sequitur Fas. dict. L. certi conditio num. 20. extollit Parlad. d. §. 2. num. 8. Soar. d. L. Post rem jud. in declarat. L. 19. extens. 3. num. unic. moti per textus in L. qui restituere 48. ff. reivend. qui tamen in allegatione Bald. & Jasonis omnino falluntur, nec enim eorum resolutio accommodari potest ad suas Leges Castellæ, nec ad nostram Lusitanie, quia ex eo obligatus ad factum per instrumentum guarentigie, tenetur præcisè facere, quoniam guarentigia Italiæ ob præceptum chartularii, hoc est, Tabellionis ibi jurisdictionem habentis habent vim sententiæ, ille enim qui per sententiam jubetur, facere tenetur præcisè ad factum, ut probat text. in d. L. qui restituere, ibi: *Jussus judici non paret*; ubi Bald. & omnes, idem Parlad. d. §. 2. num. 5. At apud nos nec in Regno Castellæ habens instrumentum publicum non habet sententiam, nec debitor per instrumentum dicitur condemnatus, imò auditur cum suis exceptionibus, sive dilatoriis, sive peremptoriis, & condemnatur à judice, si exceptionem non probet relevantem, dict. Ord. in princ. ibi: *Seja logo condemnado por sentença*: quam differentiam inter statuta Italiæ, & leges Hispaniæ notavit idem Soares dict. L. Post rem jud. in declarat. L. Reg. §. visum est. num. 13. Sed hoc non tollit quominus semoto illo præcepto guarenti-

renti.

rentigiæ possit in Hispania agi ad factum summarie ex instrumento, & in electione Rei debitoris est, vel præcise facere, vel interesse solvere, quia factum est in obligatione interesse vero solutio in facultate solvendi, *Bart. dict. L. stipulationes non dividuntur num. 41.* & ante cum *gl. magn. dict. L. si quis ab alio §. fin. ff. re jud.*

5 Quod autem supradicta re'olutio, de qua *Gallez. dict. num. 10.* non sit mutata, & correctæ per jus Regni, patet: quia *Ord. dict. tit. 25. in princ.* locuta est per verbum, (obligatio) quod ex natura sua tamquam genus utramque comprehendit obligationem, ut species, & in utraque verificatur ex *reg. text. in L. Si chorus 79. ff. leg. 3.* nec est diversa ratio in uno, quàm in alio, ut infra videbimus in responsione ad argumenta. Secundo in idem ponderari potest eadem *Ord. ibi: Os embargos que tiver a não pagar, ou comprir o que assim pela scriptura ou alvará se mostra ser obrigado;* ubi verbū, *comprir*, hoc est implere, expresse facti obligationem demonstrat.

6 Nec obstant argumenta contraria: nam ad primum respondetur *Ord.* exempli gratia, locutam fuisse in illis verbis, *ibi: dar ou entregar;* exemplificando illos casus causa frequentioris usus, per quod non censetur excludere ceteros, in quibus eadem ratio concurrat: *glos. celebris Clem. 1. de rescriptis, verb. presentes, Navar. de indulg. notab. 28. num. 25. Rebus. tract. de nominat. q. 5. num. 25. Peralta L. Lucius 1. num. 22. ff. leg. 2. Cost. cap. si pater, verb. si absque liberis num. 26. Pelæes de maiorat. 1. p. q. 31. num. 4. Egid. L. Tutæ 3. p. num. 63. ff. cond. & dem. & in L. ex hoc jure 2. p. cap. 5. num. ult. in fin. ff. just. & jur. Sanch. in Decalogo lib. 1. c. 1. n. 16. & lib. 7. cap. 4. num. 6. & de mat. lib. 9. disp. 14. num. 16. Per. dec. 80. num. fin.* quia cum detur in obligationibus dandi, & faciendi eadem ratio sopiendi lites,

Tom. II,

quam expressit eadem *Ord.* in proce-mialibus verbis, ad illam verba ipsius trahenda sunt; cum enim legis ratio sit ejus anima, ut inquit *Bald. L. non dubium, Cod. de legib.* per illam ampliatur, vel restringitur, ita quod magis attenditur ratio, quàm verba, *L. cum pater §. dulcissimis ff. leg. 2. L. quavis §. adigere ff. jur. patron. L. Milites agrū in princ. ff. re milit. Surd. dec. 9. num. 1.*

7 Nec leges ad pedem literæ, sed civiliter juxta rationem expressam intelligendæ sunt, ut inquit *gl. verbo aliquas, L. damni infect. §. si quis qui ff. damni infect.* sequitur *Cald. de extinet. cap. 16. num. 78.* nec dicta interpretatione offendit prædictam *Ord.* esse juris communis correctoriam, & sic intelligendam, ut inquit *Valasc.* ubi supra; quia nostræ *Ord.* cum nobis sint jus commune, quantumvis juri communi Romanorum adversentur, non dicuntur correctoriæ, & restringendæ, imò latissimam recipiunt interpretationem, ut de Castellanis legibus tradit *Cov. pract. cap. 27. num. 4. ad fin. & de nostris Cabed. 1. p. dec. 211. num. 2. idem Valasc. conf. 117. num. 4.*

8 Eo vel maximè, quod *Ord. dict. tit. 25.* aliquo modo in obligationibus faciendi loquitur; in quod primo noto illa verba, *ibi: Alguma coisa:* nam rei appellatione etiam factum venit, *gl. fin. L. 1. ff. de reb. cred. gl. verb. rei in princ. Inst. de oblig.* ubi notat additio, quod si statuto caveatur, quod pro qualibet re petita solvatur solidum pro libra, similiter solvendum pro facto petito, si illud sit æstimabile. Secundo noto illa verba *ibi: Dar ou entregar;* verbum enim tradere facti obligationem significat, *dict. L. stipulationes non dividuntur §. idem puto, ibi: Idemputo, & si faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta, fundum tradi, fossam fodi, & insulam fabricari, L. si rem tradi 28 ff. verb. ubi Paul. de Castr. sumat.* stipulatio rem tradi, continet merum factum

T iij

factum

factum, notat *Agid. L. ex hoc jure* 2. p. cap. 12. differ. 3. num. 29. in princ. ubi probat quod obligatus ad tradendum, non tenetur præcisè tradere, sed liberatur solvendo interesse; secus ac in obligatione dandi, per quam quis præcisè cogitur dare, *L. ubi autem non apparet §. fin. ff. eod. tit. de verb.*

9 Ad secundum arg. responderetur illam resolutionem, quod obligatus ad factum non tenetur præcisè facere, moribus & praxi Regni interpretatam esse, ut procedat solum, quando traditio seu factum fieri non potest, non verò si adhuc fieri potest, estque utile creditori, quod fiat, nam aliàs deciperentur contrahentes, qui de ipso facto, non de interesse intellexerunt, quod dici non debet, *L. 1. §. magistrum autem ff. exercit. abt. testatur idem Valasc. de jur. emphyt. quest. 14. num. 11.* ex quo cessat scrupulus ille, qui insurgebat ex eo quod reo nolente facere, succedit interesse in obligationem, quod in se est incertum, & illiquidum, nam cum certum sit, agendum ex instrumento ad ipsum factum & ad ipsum condemnandum jam nulla apparet illiquiditas, vel incertitudo.

10 Quinimò si bene advertas, etiam si interesse succedat loco facti, adhuc illud peti summarie potest, nec dici potest illiquidum, omnesque, qui contrarium voluerunt, scribentes in ipso quæstionis fundamento erraverunt, nam post moram non succedit interesse, ut ipsi advertenter arbitrati sunt, sed vera facti æstimatio, quæ vocatur interesse intra rem: ita probat *textus in d. L. stipulationes non dividuntur vers. Celsus, ibi: Celsus tamen, lib. 37. ff. refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quæ Celsus ait posse dici juxta æstimationem facti dandam esse petitionem, ubi notat glos. verb. juxta æstimationem:*

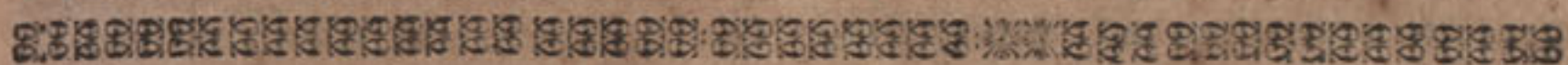
optima Ord. lib. 4. tit. 70. in princ. ibi: Mas tambem quando for obrigado a alguma cousa, ou feito que prometesse fazer a tempo certo, porque em tal caso não a fazendo ao tempo que se obrigou, deve ser estimada a obra que ouvera de ser feita, & quanto for a estimação, tanto poderá crescer a pena, & mais não: resolvit eleganter Parlad. dict. lib. 1. cap. 6. §. 2. num. 13. Azeved. L. 1. tit. 21. lib. 4. recop. num. 43.

Quo supposito, manemus in terminis alterius quæstionis, utrum re perempta, possit agi summarie ex instrumento ad æstimationem? in qua affirmativa transit ferè sine controversia per *textum in L. Julianus ff. de confessis*, ubi expresse *Bart. num. 1.* quem sequitur *Soar. de L. Post rem jud. in declarat. lig. Reg. notab. 3. num. 3. Palat. Rub. L. 63 Taur. num. 32.* & alii infra citandi hoc *lib. cap. 10.* cum de hac quæstione sermo erit; rei namque æstimatio certa est, non vero interesse extra rem, ut notatur in *L. hæc verba 193. verb. L. in furti actione ff. de furtis, L. 1. §. non tantum ff. tut. & ration. distrab. L. si plus ff. de evict.* Ex quibus evidenter apparet falsum esse *Valasc. fundamentum*, patetque ex dictis responsio ad tertiam objectionem, de cujus materia plenè infra *lib. 6.*

Ex dictis etiam diluitur alia quæstio, utrum obligatus ad tradendam speciem per instrumentum publicum, cogatur præcisè tradere, vel satisfaciatur præstando interesse? In qua quæstione in terminis guarentigiorum Italiae resolvit *Bald. L. un. col. pen. Cod. sent. quæ pro eo*, præcisè cogendum tradere, quia cum illud instrumentum habeat vim sententiæ ratione jurisdictionis, quam ibi notarii habent, ut Judices chartularii, practicanda est decisio *text. in L. qui restituere ff. reivend.* ubi statuitur quod justus per judicem tradere, præcisè tenetur, si potest: sequitur *Tranc. Pontan. L. certi conditio §. 1. ff. reb.*

reb. cred. Bertach. in repert. verb. guarentig. 2. num. 12. Barz. de guarentigia 2. p. quæst. 19. & leges Castellæ trahit Soar. dict. L. Post rem jud. in declarat. L. Reg. extens. 3. ubi vocat famosam extensionē Pax in praxi 4. p. tom. 1. c. 1. n. 15. sed nec ad LL. Castellæ, nec ad nostram Ord. sententia Bald. in suo

fundamento applicari potest, cum, ut supra diximus, apud nos instrumenta non sint sententiæ, nec consentantur in iudicio facta: verissima tamen est dicta sententia ex supradictis, junctis his, quæ Pinel. 3. p. L. 1. num. 3. cod. de bon. mat. & in rub. Cod. de resc. 2. p. n. 25. Valasc. dict. q. 14. n. 11.



CAPUT QUINTVM.

Vtrum Ord. dict. tit. 25. præstans summariam executionem instrumentis publicis, procedat tam in contractibus, quàm in delictis?

SUMMARIUM.

In obligationibus ex delicto utrùm procedatur summarie? Ponitur affirmativa sententia, & fundatur, 1. 2. 3. 4. & num. 13.

Contraria sententia est verior, 5. 9. 10. 11. & 12.

Lex præcipiens quòd iudicetur sola facti veritate inspecta, non attento errore processus, non procedit in criminalibus, 6.

Judex ordinarius potest delegare causas civiles, non criminales, 7.

Positionibus tenetur quilibet respondere in civilibus, aliàs habetur pro confesso, non ita in criminalibus, 8.

QUOD prædicta Ord. etiam in delictis procedat, possitque delinquens per publicum instrumentum convictus intra decendium, nullo ampliori termino defensionis concessio, condemnari, satis suadet. Primò; quia eadem Lex Regia d. lit. in princ. ad summarium processum solum contenta est, quòd obligatio per instrumentum publicum probetur, ut ibi: *Eo auctor amonstrar scriptura da obriga-*

ção; at ex delicto etiam critur obligatio, L. 1. in princ. ibi: Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, ff. oblig. & act. princ. instit. de obligat quæ ex delict.

Et quanvis regulariter delictum non probetur per instrumentum, Cap. cum in Ecclesiis de maiorit. & obed. Bart. L. Senatus num. 12. ff. ad turp. communiter receptus, ut per Curt. jan. Auth. Siquis in aliquo num. 34. vers. quarto advert. Cod. de edendo, Berous cap. at si Clericin. 14. de judic. Clar. §. fin. quæst. 54. num. 1. Masc. concl. 460. à princ. & concl. 500. tamen id procedit in facto separato ab ipso instrumento, ut est homicidium, furtum, & adulterium, & similia; secus quando delictum consistit in animo, vel in ipsa confectione instrumenti, ut si hæreticus aliquam hæresim scribat in instrumento, aut si quis per instrumentum ratificet delictum ab alio commissum vel tertii scribat injuriam, vel tandem contrahendo, seu scribendo delinquat, cap. noverint, ibi: *Item excommunicamus statuarios, & scriptores ipsorum: de sentent. excom. in his enim casibus plena*

plenè delictum per instrumentum probatur, *Clar. diēt. num. 1. Masc. concl. 460. num. 13. & concl. 500. num. 6.* Habemus ergo in delictis obligationem probatam per instrumentum publicum; igitur sicut in civilibus agitur summarie ex obligatione notoria ex instrumento, ita etiam in criminalibus.

3 Secundò facit; quia valet argumentum à civilibus ad criminalia, judiciàque criminalia ad instar civilium constituta sunt, *L. Absentem ff. pæn. latè Everard. in topicis loco de civilibus ad criminalia, Masc. concl. 352. num. 6.* Sicut ergo in civilibus, ita in criminalibus prædicta Ord. practican- da videtur.

4 Tertiò & illud adduci potest, quia lis in criminalibus magis odiosa est, & secundùm jus commune angustiores terminos habet quàm civilis, ut constat ex *L. properandum in princ. Cod. de jud.* ubi pro civili tres anni, & pro criminali duo statuuntur, ut illum terminum lis excedere non possit, *Marant. de ord. jud. p. 5. num. 5. Cald L. un. Cod. ex delict. defunct. 2. p. num. 24.* quinimo leges patriæ adeo acriter delinquentes persequuntur, ut concessū sit Rectori justitiæ simul cum Senatoribus processum criminalem intra angustissimos terminos restringere, quoties gravitas delicti, & probatio facta hoc suaserit, *Ord. l. 1. t. 1. §. 16. Cab. 1. part. dec. 206.* quæ Ord. si hoc permittit ob testium probationem, quantò magis propter probationem instrumentalem, quæ certior est, idem indulgebit? Ex quibus istam sententiam tenet *Coller. de process. execut. 2. p. cap. 2. num. 2.*

5 Sed his non obstantibus, contraria sententia est verior, & praxi recepta est; quæ primò confirmatur, quia causa criminalis maioris præjudicij est, quàm civilis, agitur enim per eam de vita, & sanguine hominis, cui omnia cedunt ut accessoria, minoris- que præjudicij, *L. 1. ff. bonis eorum,*

qui ante sententiam mort. sib. & ideo diligentius, & maturiori judicio examinanda est, Bald. L. Ad istos notab. 4. Cod. Episcop. aud. Card. Clem. 1. quest. 18. de offic. vicar.

Inde est quòd lex præcipientis quòd judicetur sola facti veritate inspecta, non attento errore processus, qualis apud nos habetur in *Ord. lib. 3. tit. 63. in princ. & apud Castel. L. 11. tit. 1. lib. 3. Ordin. & in L. 15. tit. 17. lib. 4. recop.* non procedit in criminalibus, ut probat *Ord. lib. 1. tit. 5. §. 12.* quæ constituendo istam differentiam, certam ponit formam: quod eodem modo servatur in Italia secundùm *Paris. de syndicato litera S, verb. solemnitas judicii §. an prædictum num. 1. & 5. Marant. de Ord. jud. 4. p. diēt. 16 num. 2. ad fin. Greg. Lop. Menoch. & Padilh. relati per Gutier. lib. 1. pract. quest. 98. num. 3. quidquid Emman. Barb. diēt. tit. 63. eam ampliat ad criminales causas, non advertens ad Ord. diēt. §. 12.*

Hinc etiam provenit, quòd Judex ordinarius potest delegare causas civiles, non tamen criminales, quia maioris momenti, in quibus magis personæ industria eligitur, *L. 1. ff. eo cui mand. est jurisd. post alios Bertarch. in repert. 1. p. verb. causa criminalis num. 15. Clar. §. fin. quest. 41. à num. 1. latè Barb. L. cum prætor §. 1. à num. 299. & à num. 432. ff. de jud.*

Ex eodem denique fonte procedit, quòd licet quilibet teneatur respondere positionibus, aliàs habeatur pro confesso, *cap. fin. de confess. lib. 6. Ord. lib. 3. tit. 53. §. 13. Bart. L. 1. §. ex hoc num. 4. ff. ventr. insp. Nicolaus Calvolus in praxi judic. §. positiones concl. 3. in princ.* tamen in criminalibus respondere non cogitur, nec habeatur pro confesso, si non respondeat, *Ord. diēt. tit. §. 11. Calv. ol. diēt. concl. 3. n. 18. latè Mysing. cent. 6. l. 52.*

Secundò pro eadem sententia facit; quia prædicta *Ord. diēt. tit. 26. præ.*

præstans summariam executionem instrumentis publicis, solum in civilibus loquitur, ut creditores citius debita sua consequantur, ut constat ex eadem *in princ.* ibi: *Ou mostre paga, ou quitação*: qui modo tollendæ obligationis soli iudicio civili, non criminali conveniunt: *princip. Inst. quib. mod. tol. oblig.* quare cum criminalibus dictæ legis verba non conveniant, nec item dispositio, dicendum est convenire, *L. 4. §. toties ff. damn. infect.*

10 Tertio; quia nunquam vidimus istam Ord. in criminalibus practicatâ, quod acerrimè hujus sententiæ asserit veritatem, illa enim habentur potiora, quæ pro se habent consuetudinem, *Valasc. cons. 102. num. 31. Cald. de renovat. quest. 9. num. 17.* cum consuetudo sit optima legum interpretis, *L. si de interpretatione ff. de legibus.*

11 Quarto tandem idem evincitur; quia modus iste summarie procedendi, forma que ab Ord. tradita omnino iudicium criminale abhorret, nam hic Reo nullam legitimam exceptionem seu excusationem intra decendum probante, statim condemnatur, nec sententiæ executio appellatione, seu gravamine suspenditur; quod solum in civilibus, in quibus constituto ex post facto de non debito, facile potest executio retractari; non ita in criminalibus fieri potest, quandoquidem executio poenæ corporalis semel illata, est irretractabilis, & practicata in criminalibus prædicta Ordinatione, jam manifesta sequeretur iniquitas, quia ex post facto detecta innocentia nihil proficeret, pariterque nocens, & innocens plecteretur, unde cum naturæ rei repugnet dicta Ord. ad criminalia trahi non debet: quo argumenti genere utitur *Bald. l. 1. Cod. in integ.*

rest. postul. in statuto repellente omnes exceptiones: ex quibus istam sententiam invenio tenere *Avendan. L. 4. tit. 8. de las excepciones lib. 3. Ord. num. 47.*

Qua opinione retenta, non obstant fundamenta contraria; nam ad primum respondetur *Ord. dict. tit. 25.* loquentem per verbum (obligatio) non in genere, sed in specie de civili obligatione esse intelligendam, ut constat ex verbis ibi: *Ou mostre paga, ou quitação*: ubi purgit exceptiones opponendas adversus ipsam instrumentalem obligationem, quæ solum civili, non criminali conveniunt: *princ. Inst. quib. mod. tol. oblig.* unde cum non loquatur de obligatione in genere, sed in specie, de specie ad speciem non licet argumētari, cum species differat una ab altera, deturque diversa ratio inter utramque. Eodem modo responderi potest ad secundum, & sequentia argumenta; quia tum demum valet argumentum à civilibus ad criminalia, quando eadem ratio, non diversa datur, ut hic evenit, ut supra consideravimus.

13 Prima igitur sententia uno solo casu vera esse poterit, cum scilicet post delictum commissum, super ipso pace facta, delinquens per instrumentum, quasi novatione habita ad certam summam, ad resarciendum damnum ex delicto illatum creditori læso acceptanti per conventionem obligetur, ad istam enim summam rectè poterit summarie agi ex illo instrumento, cum debitum sit liquidum ex instrumento illo conventionali, nulla alia expectata extrinseca delicti, & debiti probatione; per quod reducimur ad puros terminos *Ord. d. lib. 2. tit. 25. in princ.* & in hoc casu sine dubio locutus est *Coler. dict. cap. 2. n. 2.*

CAPUT SEXTUM.

An sententiæ, & compromissa habeant executionem summariam, sicut cætera instrumenta obligationum, si non officio iudicis, sed per actionem in factum producantur?

SUMMARIUM.

- Sententiæ instrumentum paratam habet executionem summariam, 1. & 2.
 Ex sententia nascitur quasi contractus, 3.
 Sententia an habeat executionem paratam, si impleretur officium iudicis, ita si executio petatur per actionem in factum, 4. & 5.
 Ord nostra sustulit has dubitationes, 6.
 Sententia novata amittit executionem summariam, 7.
 Sententia novata per instrumentum publicum habet executionem summariam, 8.
 Exceptiones, quæ suspendunt executionem sententiæ petitam per officium iudicis, suspendunt, etiamsi executio petatur per actionem in factum, 9.
 Quomodo Iudex debeat concipere sententiam, si intentata actione iudicati Reus nihil relevans probavit in re decendum, 10.
 Sententia est diffinitio judicialis controversiæ finem imponens, continens absolutionem, vel condemnationem, 10.
 Sententia deperdita, & reformatà habet summariam executionem; secus ante reformationem, quamvis tenor probeatur per testes, 11.
 Sententia arbitri utrum habeat executionem summariam, 12. & 13.
 Et quid in sententia arbitratoris, 14. & 15.

An executio summaria sententiæ arbitratoris suspendatur petita reductione ad arbitrium boni viri, 16. & 17.

Sententia delegati utrum habeat summariam executionem, 18.

Sententia delegati fidem non habet nisi commissio inseratur, 18.

Sententia lata in iudicio Ecclesiastico utrū possit ex illa per actionem ex facto judiciali summarie agi per decendum in seculari iudicio, 19.

Instrumenta sententiarum executionem decendii habere informam Ord d tit. 1. 25. ex ipsa satis deprehenditur; ad hoc solum obligationem per publicum instrumentum probatam requirit, quod ipsum in instrumento sententiæ apprimè invenitur, nam ibi publica notarii fides & obligatio civilis apparet, L. Julianus verum debitorem in princ. ff. cond. indeb.

Secundò idem adstringit argumentum de maiori ad minus: quia si contractui probato per instrumentum executio parata decendij conceditur ut in Ord. in princ. cum de jure communi instrumenta contractuum executionem paratam habeant, L. minor. 25. annis, cui fideicommissum ff. in moribus; à fortiori idem dicendum est in instrumento sententiæ, cum sententia de jure communi, & Regio paratam habeat executionem, L. Post rem judicatam ff. rejud. Ord lib. 3. tit. 86. in princ. Si sententiæ executio potest sine illa dilatione

latione fieri, multò magis intra decendium, quia cui licet quod est plus, licet utique quod est minus, *Reg. cui licet lib. 6. L. Nec in ea §. 1. ff. de adulter.*

3 Tertiò facit: quia ex sententia nascitur quasi contractus, ut docet *Bart. in L. 2. §. pen. ff. præt. stip.* ita quòd Reus non solum ex iudicato, sed etiam ex tacita conventionè propriè censetur obligatus in illo instrumento, quo summarie convenitur; iste autem quasi contractus per scripturam publicam probatus eandem parit summariam executionem decendij, sicut verus contractus, ut latè ostendimus supra hoc *lib. cap. 2.* Ex quibus istam sententiam tenet *Franc. Aret. L. More in princ. ff. adq. hered. Soar. L. Post rem jud. in declarat. L. Reg. lum. 8. num. 1. ff. re jud. Thom. Valasc. alleg. 76. num. 61.* quidquid contradicat *Angel. conf. 296.*

4 Quinimo & in puris terminis juris communis est grandis quæstio inter DD. an sicut sententia habet executionem paratam, si officium iudicis pro executione impleretur; ita similiter sit, si executio petatur per actionem iudicati, seu in factum, (quod idem est secundum *gl. verb. iudicali, L. Miles §. fin. ff. re jud. Soar. dict. L. Post rem jud. notab. 2. num. 4.* eleganter *Parlad. lib. rer. quot. cap. fin. §. 1. à num. 13. & num. 11. & 12. p. 5.* qui benè convincit DD. constituentes differentiam inter unum casum, & alterum.) Et quidem *gloss. verbo exercere, L. qui de inofficio ff. inoff. testam.* tenet actionem in factum ex sententia habere executionem paratam: sequitur *Alex. L. si intra ff. re jud. Innocent. c. 1. de libel. oblat.* ubi etiam *Anton. & Marian. Socin. lum. 22. Fas. & Cuman. dict. L. si intra, Soar. dict. not. 2. num. 9. Rodrig. de execut. cap. 5. num. 5.*

5 Ex contrario, quod solum habeat paratam executionem sententia implorato iudicis officio, non ita si agatur per actionem iudicati in factum,

tenet *Speculat. tit. de execut. sent. §. qualiter in princ. Bart. dict. L. si intra num. 1.* dicens quod si agitur iudicis officio, executione proceditur sine ullo libello; si verò per actionem in factum, seu iudicati, deberi præsentari libellum, agendum tamen summarie. Sequitur *Cyn. L. ab executione num. 2. Cod. quorum appel. non recip. Afflic. dec. 346. num. 9. & 10. Vestrius in prax. lib. 8. cap. ult. num. 2. Manos. in form. commiss. in commiss. 23. executoriali, verb. in rem transivit iudicatam f. 126. Canar. de execut. instr. quæst. 33. num. 71. Scacia de appell. quæst. 11. art. 8. num. 184.* consulentes quòd potius petatur executio sententiæ per officium iudicis, quàm per actionem iudicati, *Cald. for. lib. 1. quæst. 8. num. 21. Azeved.* tamen in *L. fin. tit. 21. lib. 4. recop. num. 32.* tenet nusquam esse libellum necessarium, si ve executio petatur officio iudicis, si ve per actionem iudicati, quod in effectu coincidit in prima sententia.

6 *Ord. lib. 3. tit. 25. §. 8.* sustulit has dubitationes, & expressè decidit quòd etiam instrumentum sententiæ, si agatur per actionem iudicati, seu in factum, habeat executionem quasi paratam: quæ optimè fulcitur ex supra resolutis, se stataque est mediam viam inter opinionem *Bart. & gloss.* namque nec libellum requirit, ut patet ex ead. *in princ.* ut requirebat *Bart.* nec item executivè dicit procedendum, ut putabat *gloss.* sed summarie, seu quasi executivè intra terminum decendij, amplexata in hoc *Bart.* sententia, habet enim illa ibi: *E queremos que isto que dito he das dividas que se demandão por scripturas publicas, haja lugar em qualquer divida que se dever, & demandar por virtude de alguma sentença que passar em causa julgada, por via de acção que nasce dessa sentença:* latè *Thom. Valasc. alleg. 76. à num. 61.* licet *Cald. dict. num. 1.* simpliciter dicat. *Bart.* approbatam per *Ord. dict. §. 8.*

Circa

- Verba enuntiativa favore libertatis disponunt, & probant, cap. 17. num. 13.*
- Verba enuntiativa favore dotis disponunt, & probant, cap. 17. num. 14.*
- Verba enuntiativa impersonalia quando disponant, cap. 17. num. 15.*
- Verba enuntiativa impersonalia ex parte debitoris non obligant, cap. 17. n. 16.*
Limita quando aliunde apparet loquentem de se sensisse, num. 17.
- Verba enuntiativa ex parte creditoris impersonalia obligant, cap. 17. n. 18.*
- Verba enuntiativa impersonalia, cum impersonalitas executionem respicit, obligant, cap. 17. num. 19.*
- Verba enuntiativa impersonalia, cum impersonalitas versatur circa personam nominandam per creditorem, obligant, ut quia quis stipulatur rem dari illi, quem ipse aut in vita, aut in morte nominaverit, si non facta nominatione decesserit, hæres nominatus censetur, cap. 17. num. 20.*
- Verba legis inducunt formam, cap. 21. num. 1.*
- Via summaria procedit tam in contractibus nominatis, quam in innominatis, cap. 1. num. 7. & 8.*
- Voluntatem disponentis solus Princeps interpretari potest, cap. 7. num. 9.*
- Voluntatis interpretatio pertinet ad iudicem, cap. 7. num. 29.*
- Usuras pretij tenetur emptor solvere, donec pretium solvat, si debitor tradidit rem venditam: idem è converso, cap. 12. num. 11. 15. & 16.*
- Usuræ prædictæ ut debeantur, non est necesse quod stipulentur, cap. 12. n. 12.*
- Usuras pretij non soluti non solvet emptor, si nullos percepisset fructus, ut quia segetes casu fortuito perierunt, vel quia res erat sterilis; secus si fructus non collegit, quia terram non coluit, cap. 12. num. 17.*
- Usuras pretij non soluti non solvet emptor, quando tempore venditionis fructus pendebant; quia censentur partes rei, si respectu fructuum, qui sati sunt post venditionem, solvet usuras, cap. 12. num. 18.*
- Item non solvet usuras, si venditor ad solvendum pretium det spatium emptori, intra illius metam usuræ non debentur, cap. 12. num. 19.*
- Item non solvet usuras, quando emptor ex justa causa distulit pretium solvere. Contraria verior, cap. 12. num. 20.*
- Utrum iudex condemnare possit emptorem, aut venditorem ultra usuras fructuum, ad damnum emergens, vel lucrum cessans, cap. 12. num. 21.*
- Usura usuræ non debetur, cap. 12. n. 54.*
Improbantur rationes, quas afferunt DD. & assignatur vera ratio, cap. 12. num. 55.
- Dupliciter limitatur prædicta conclusio, cap. 12. num. 56. & 57.*
- Usurarius contractus est nullus, cap. 19. num. 26.*
- Usura in dubio non præsumitur, ibid.*
- Usurarum exceptio utrum impediat executionem quoad principale, ibid.*
- Uxor utrum plus diligat propinquos mariti, quam suos, cap. 20. num. 27.*
- Uxor sine licentia mariti non potest contrahere, cap. 20. num. 119.*

F I N I S.

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in several columns and is mostly obscured by a large water stain on the left side.

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in several columns and is mostly obscured by a large water stain on the left side.

FINIS







