

collaterales, & proximiores, qui ex eadem ratione censerentur nominati. Ergo *Ord.* dispositio non procedit ex nominatione præsumptâ, sed ex tacitâ vocatione domini, qui se se conformare censetur cum dispositione juris in contrahendo. *l. quero §. inter locatorem ff. locat. Barbosa. in loc. com. liter. C. num. 197. Portug. 2. part. cap. 24. numer. 41. eleganter Carleval de judic. tit. 3. disp. 5. num. 12.*

35 Probatur octavo, quia dum *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.* excludit transversales, qui tacite etiam censerentur nominati, si ex nominatione tacitâ succederetur in Emphyteusi, ut diximus supra *num. 33.* esset contraria juri communi, ut fatetur *Cald. lib. 2. forens. quæst. 38. numer. 19. Portug. 3. part. cap. 15. num. 11.*

36 Ergo tenendum est, quod *Ord. dict. §. 2.* non disponit ex nominatione præsumptâ, sed ex interpretatâ voluntate concedentis, qui transversales non vocasse sine nominatione censendus est; quia aliàs nūquam reverteretur Emphyteusis, si quoad illos induceretur tacita nominatio: alias de filiis cogitasse, ne inhumaniter contra eos existentes, & fortasse laborantes in eadem Emphyteusi illa extingueretur; ut diximus *dubit. 24. num. 29.*

37 Probatur nono, quia, si in successione Emphyteusis ab intestato admitteretur nominatio tacita, potius præsumeretur nominatus ascendens patris nobilis, quia hæres est ab intestato, qui censetur institutus, & nominatus: ex multis juribus, & *text. in l. conficiuntur ff. de jure codicill. Cald. de nominat. quæst. 12. numer. 3. & numer. 44. & numer. 54.*

38 Sed hoc est falsum, quia ascendens ab intestato, etiam si sit hæres, non præsumitur nominatus in Emphyteusi, quia succedit in illa filius naturalis patris nobilis, quin sit hæres: ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 4.* & late diximus *dubit. 22.*

39 Ergo in Emphyteusi ab intestato non succeditur ex nominatione tacita, sive præsumpta, sed ex præsumpta, & interpretata voluntate concedentis, & stipulantis, ut succedat filius, quanvis non sit nominatus.

40 Probatur decimò, quia, si pater in Emphyteusi concessa simpliciter nominet filiam, vel filium juniorem coram duobus testibus erit nominatio nulla, quia debet probari nominatio per tres testes ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 3. in fin. junctis iis, quæ Barbosa. ibi num. 3. cum Flor. Valasc. & Aezid. Gabr. Pereyr. decis. 78. num. 3. versic. In secundo. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 87. & cum aliis num. 136. & num. 143.*

41 Sed in his terminis successurus erit filius natus maior ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 2.* quia idem est, ac si non præcessisset nominatio, fuit enim facta contra formam legis: *l. non dubium Cod. de legib. Pinbeyr. de testament. disp. 3. sect. 4. num. 68. & 71. Portug. lib. 1. prelud. 2. §. 2. num. 57. & 3. part. cap. 3. numer. 42. Themud. decis. 59. num. 5.*

42 Ergo in his terminis non succedit ex *dict. §. 2.* per nominationem præsumptam, quia de voluntate, & nominatione patris satis nobis constat duobus testibus, quòd esset longe diversa; ex quo contra veritatem non possumus præsumere, quòd esset pro filio natus majori: cum de voluntate in contrarium satis constet: *argument. text. in l. filio quem pater ff. de liber. & posthum. refert valens. conf. 23. numer. 76. Barbosa. in loc. com. liter. V numer. 184. & melius numer. 185.*

43 probatur undecimò, quia si pater in Emphyteusi concessa pro filiis nominet personam extraneam, non valebit nominatio facta contra formam concessionis *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.* ubi *Barbosa.* quia non potest pater præjudicare filiis, pro quibus stipulatus fuit: *Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 49. per tot. Pinbeyr. de Emphyteus. disp. 5. sect. 3. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 65. & à num.*

num. 985. cum sequentibus.

44 Et quia nominatio in his terminis nulla est tali nullitate, ac si à principio facta non fuisset, ut est regulare in nominatione Emphyteuticâ, quando nulla est: *Ord. dict. tit. 37. §. 4. in fin. cum. Barbof. & Phæb. Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 18. num. 4.* ideo successurus erit filius natu maior in his terminis: ex *Ord. dict. tit. 36. §. 2.* ut nemo negabit.

45 Ergo filius succedit ex vocatione domini in defectu nominationis, ut contendimus, & non ex nominatione tacita, quam in casu proposito præsumere non possumus in patre, qui verbis expressis eam fecit longe diversam nominando extraneum, vel personam prohibitam, quod idem est: quando voluntas patris etiam ex actu nullo deducitur: *Valasc. 1. part. conf. 61. num. 4. & num. 15. & 16. cum sequentibus. Barbof. dict. lit. V. dict. num. 185.*

46 Neque inferas ex dictis, quod non differt Emphyteusis concessa simpliciter pro eo, qui nominabitur ab illa Emphyteusi concessa expresse pro filiis, quæ dicitur de providentia, quando diximus in utraque censei filios à domino vocatos, & contendimus successuros ab intestato ex vocatione domini, & non ex tacita patris nominatione.

47 Respondetur namque in Emphyteusi concessa expresse pro filiis Emphyteutam nominare non posse extra filios ex vi expressæ vocationis, per quam restringitur potestas libera nominandi: ex *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* & diximus supra num. 43.

48 At vero, quando Emphyteusis cõceditur simpliciter, & indefinite pro eo, qui nominabitur potest pater nominare extraneum, & quem voluerit, omissio filio, juxta formam contractus ex *Ord. dict. tit. 36.* & quæ dicunt DD. citandi *dubit. 29. num. 3. & dub. 25. num. 21.* & ex professio DD. de quibus *dubit. 27. numer. 5. & 40.*

49 Si vero non nominaverit pater,

vel fecerit nominationem nullam, succedit filius, quia tacite vocatus à contractibus in prima concessione, ut succedat in casu defectuosæ nominationis, ne extinguatur Emphyteusis, & ad dominum revertatur, extantibus filiis: sentit *Caldas de nominat. quæst. 21. num. 3.* & probat *textus in dict. auth. de non alien. reb. Eccles. dict. §. Emphyteusim collat. 2. cap. 3.* quem secuta fuit *Ord. dict. tit. 36.* ampliatis in ascendentibus ex identitate rationis, ut diximus *numer. 18. & 19.*

Ad Contraria.

50 Neque obstant in cõtrarium adducta; ad primum enim, de quo supra num. 5. respondetur regulam procedere in dispositionibus dubiis, in quibus ad hoc ut intelligi possit, de quo testator sensisset, censetur expressum, quod veròsimiliter responderet interrogatus: probant quæ *Mend. 1. part. cap. 15. numer. 14. & 15.* & melius *cap. 11. num. 8. & 9. Pinhey. de testament. disp. 2. sect. 6. num. 157.*

51 Quæstio autem, de qua dubitamus, procedit, quando testator nihil disposuit, in quibus terminis nulla datur dubietas ex suo facto, super qua interrogari posset; aliàs omne factum præsumeretur ex conjecturato responso, contra regulam textus *in l. in bello §. factæ ff. de captiv. & postlim. revers. de qua supra num. 24.*

52 Ad text. *in l. conficiuntur 8. ff. de jur. codicill.* de quo supra num. 6. respondet *Caldas de nomin. quæst. 12. num. 44. & 45.* non procedere in Emphyteusi, sed solum in hæreditate, in qua censentur instituti venientes ab intestato; ut cum similibus juribus tenet *Portug. 2. part. cap. 13. num. 25. Cancer. lib. 3. var. cap. 22. num. 10.*

53 Respondet etiam *Caldas dict. quæst. 12. numer. 54. versic. contrarium textum in dict. l. conficiuntur non procedere*

cedere in filio naturali: dum scilicet agnoscit ascendentes cenleri vocatos tanquam hæredes ab intestato, & tamen filium naturalem fore successurum in Emphyteusi: ex *Ord. lib. 4. tit. 36. dict. §. 4.*

54 Cum tamen nullius prædictarum assertionum rationem decidendi, nec fundamentum præstitisset vir ille doctissimus, coactus fuit *Ord. juris correctoriam* fateri, ut ibi videre est *dict. num. 54* à quo non dissentit *Portug. 3. part. cap. 15. numer. 11.* & fatetur *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 777. post medium.*

55 Quia vero de facili non debemus correctiones admittere, & maxime sine fundamento, putabam responderi posse, ideo dispositionem textus in *dict. l. conficiuntur* 8. cum similibus non procedere in re Emphyteutica, quia in illa succeditur ex cōtractu stricti juris: cum *Valasc. de jur. Emphyteut. quæst. 5. Molin. de just. disp. 447.* communem dicit *Piubeyr. de Emph. disp. 1. sect. univ. numer. fin.*

56 In quo quidem contractu extendenda non est conjectura, sive præsumptio nominationis factæ, & conditionis impletæ, quia debet fieri stricta interpretatio, tam ex eo, quod stricti juris fit contractus, quàm etiam ex eo, quod conditio *si nominabitur* inducit formam adimplendam specificè: *Pegas tom. 1. forens. cap. 1. numer. 59. §. 60. cum sequent.*

57 In rebus autem hæreditariis, & fideicommissis deferendis procedit dispositio textus in *dict. l. conficiuntur*, quia latior fit interpretatio in favorem ultimarum voluntatum, ne scilicet pereat fideicommissum, & codicilli invalidi censeantur: qui sunt proprii termini textus in *dict. l. conficiuntur*, & similibus: ut ex multis aliis ostendit *Cancer. lib. 1. var. cap. 1. num. 36. §. lib. 3. cap. 22. num. 11. §. 12.*

58 Convincitur tamen prædicta intelligentia ex *Ord. lib. 4. tit. 36. in fine princip. ubi in materia Emphyteutica per*

expressam institutionem præsumitur tacita nominatio; sicut in terminis textus in *dict. l. conficiuntur* ex fide hæredi cōmissa præsumitur tacita hæredis vocatio, ut explicat *Gloss. ibi verbo possunt*: & est *text. in l. Siquis 3. ff. eod. tit.*

59 Imò in terminis prædictæ *Ord.* notabilior est præsumptio, quia præsumitur nominatio Emphyteutis, quando testamentum valere posset, & institutio sustineri, quin nominatio Emphyteutis præsumeretur; vigor enim ultimæ voluntatis nihil depēdet à nominatione: quod quidem magis est, quando in terminis *dict. l. conficiuntur* vocatio hæredis ideo præsumitur, quia sine illa fideicommissum sustineri nequibat: ut diximus *numer. 57.*

60 Quare melius ad intētum respondendum videtur, quod dispositio textus in *dict. l. conficiuntur cum similibus* procedit ex fictione, quia venientes ab intestato finguntur vocati, quando revera non fuerunt vocati à decedente intestato: tenet *Gloss. in dict. l. conficiuntur verbo* quoniam creditur cum *concord. alios Valens. consil. 23. num. 78. Cald. de nomin. quæst. 7. num. 19. §. sub numer. 37.*

61 Ideo autem lex illa admittit fictionem vocationis, seu vocationem fictam, quia postulabat æquitas, ne fideicommissa corruerent, supplere in voluntate testatoris, ne periret: & solum interveniente æquitate poterat lex fictionem introducere: ex *text. in l. postliminium ff. de captiv. §. postlimin. reversum* aliis *Valens. dict. cons. 23. numer. 39. Flores lib. 1. var. quæst. 5. numer. 45. in fin.*

62 At vero in materia Emphyteutica non solum abest æquitas, ut fictio nominationis admittatur, sed iniquitas adesset, si contra mentem concedentis fictio admitteretur in præjudicium domini, & extinctionis contractus, per quam res ad concedentem reverteretur: ex quo *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4.* de qua agimus, & *§. 2.* fictionem non admittit, quia

quia fictio locum non habet in alterius præjudicium *ex l. stipulatio de dote ff. de jur. dot. l. insulam §. fin. ff. solut. matrim. cum multis Valens. dict. conf. 23. num. 87. multa cumulans Giurb. in consuetud. Senat. Messan. cap. 1. Gloss. 4. part. 1. numer. 108. & 109. Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. num. 326.*

63 Sed quia non æque videtur satisfactum dispositioni *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. in princip.* ubi per fictionem inducitur nominatio contra mentem domini, & cum ejus præjudicio, quando re vera non adest nominatio sine fictione legis; fingit etiam nominationem ubi sola datur institutio contra veritatem, in quo sistit fictio *ex Bald. Farinac. & Surd. Giurb. ubi proxime dict. cap. 1. dict. Gloss. 4. part. 1. num. 73.*

64 Ideo, si meum liceret interponere judicium, intelligerem, quod in terminis *text. in dict. l. conscriuntur* cum similibus, non solum procedit fictio ex æquitate, ne preceat ultima voluntas; sed etiam ex eo, quod datur aliquod factum, seu aliqua dispositio testatoris, ex qua lex inferat ad fictionem, sive ex quâ voluntatem interpretetur: probat mihi *Gom. in l. 17. Taur. num. 14. versic. secundo pag. 108. Val. de jur. Emph. quæst. 18. num. 15. versic. sed cur: ibi: non habet fictio juris super quo consistat, & est optima doctrina Bald. apud Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 7. à numer. 9. quem cum aliis adduximus supra numer. 25.*

65 Quia, si nullum factum, nulla dispositio intestati præcessisset, utique ex nulla voluntate lex nihil præsumeret, quia nec illam interpretari posset: probat *text. in l. unum ex familia 67. §. rogo 7. ff. de legat. 2.* ubi intestatus non præsumitur quemquam elegisse, quia nõ adfuit voluntas, quæ conjecturari possit: & solum succedunt nominandi tanquam à testatore vocati, ac si nominati essent: *dict. l. unum. ex. familia §. 1. ff. de legat. 2. l. pater ex provincia 22. in fin. ff. de manumiss. vindict.*

66 Et ita procedit in materia Emphyteutica dispositio *Ord. lib. 4. tit. 36. in princip.* ubi cum præcedat aliquod factum, imò expressa dispositio Emphyteutæ hæredem instituentis, rectè, & æquè infert Legislator noster, ad nominationem Emphyteusis, fingendo scilicet ex actu, & facto institutionis in hæreditate ad nominationem in Emphyteusim, ex ratione decidendi, de qua dicemus *dubit. 24. à num. 47.* quod si procedere dicas cum præjudicio domini concedentis contra doctrinam, de qua supra *num. 62. satisfiet ex dicendis dict. dubit. 24. numer. 45. & 46. cum sequentibus.*

67 At vero in terminis *Ord. dict. tit. 36. §. 2. & 4.* quando scilicet Emphyteuta decedit ab intestato, cum nullum factum præcedat, & nulla inveniatur dispositio Emphyteutæ, quæ conjecturari possit, meritò Legislator non interpretatur voluntatem, quæ nulla invenitur expressa: & solum decedit successurum fore descendentem, vel ascendentem, qui ex vi contractus; & mente concedentis censetur vocatus, ac si nominatus esset: *arg. l. unum ex familia dict. §. 1. ff. de legat. 2. dict. l. pater 22. ff. de manumiss. vindict. juncto textu in dict. auth. de non alien. reb. Eccles. §. Emphyteusim colat. 2. cap. 3.*

68 Ad textum *in l. unum ex familia 67. §. Rogo 7.* quem videndum commendat *Cabed. & Portug. supra citati num. 8.* responderetur, quod ideo in terminis illius textus succedunt omnes successuri ex vi fideicommissi, quia omnes censentur vocati à testatore in defectu electionis, & non ex eo, quod omnes censentur nominati: patet ibi: *defuncto priusquam eligat, petent omnes ff. de legat. 2.*

69 Ratio est, quia ibi non fingit lex nominationem aliquam ab intestato, cum rogatus, si in vita eligeret, non omnes, sed unum eligeret ex jussu testatoris ibi: *ex liberis, cui voles.* Ergo, quod rogatus facere minime poterat expresse per veram, & realem

lem nominationem omnes eligendo, non possumus admittere cum tacite fecisse per conjecturatam electionem omnes nominando: ne admittamus facere posse tacite, quod expresse nequibat, contra voluntatem testatoris: *l. qui ad certum* 14. ff. locat. Cost. de fact. scient. & ignor. centur. 2. dist. 27. num. 3. Barbof. in loc. com. lit. T. num. 19. & quæ dicemus *dubit.* 44. à num. 32.

70 Non obstat argumentum, de quo supra num. 9. dum contendit, quod, si non daretur nominatio tacita in forma *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. & 4.* non impleteretur conditio, sub qua conceditur Emphyteusis, nempe *pro eo, qui nominabitur.*

71 Respondetur enim, quod omnis, & quæcunque concessio semper censetur facta *pro eo, qui nominabitur*, si vere nominetur: sin vero nullus nominetur, revertatur ad dominum, nisi Emphyteuta filios, aut nepotes habuerit: quæ sunt verba textus in *dict. auth. de non alienandis rebus Eccles. dict. §. Emphyteusim collat. 2. cap. 3.* ut diximus supra à num. 13. cum sequentibus.

72 Non obstat tandem autoritas DD. quos citavimus supra num. 11. contrarium asserentium, successionem scilicet Emphyteusis deferri ex nominatione tacita Emphyteutæ ab intestato decedentis; quia respondetur DD. quæstionem non disputasse, sed obiter locutos fuisse: autoritas autem nos deterrere non debet: ut cum pluribus optimè *Gusman. de verit. jur. verit. 26. numer. 11. & verit. 36. numer. 3. Gabr. Peyer. de man. Reg. 1. part. cap. 18. numer. 3. in fin.*

73 Defensata igitur sententia, quam sequimur, descendentes scilicet, & ascendentes in forma *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & 4.* non succedere in Emphyteusi ex tacita nominatione patris Emphyteutæ ab intestato decedentis; sed ex vocatione, & interpretata mente concedentis, seu ex vi primi contractus, restant videndi effectus, præci-

pue practici, qui ex inde sequantur: quod *dubit. sequenti*, ne hic prolixiores videamur.

DUBITATIO XXIV.

Successio in Emphyteusi ex sola vocatione domini, quos effectus operetur?

Ad Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1.

& §. 2. & §. 3. & §. 4.

SUMMARIUM.

- 1 **P** Roponitur materia tractanda.
- 2 **O**rd. lib. 4. tit. 36. aliqui dixerunt correctoriam.
- 3 **C**ujus contrarium ostenditur: & numer. seq.
- 5 **D**ominus primo pro filiis censetur concessisse.
- 6 **D**ominus concedens solum cogitat de pensione recipienda.
- 7 **S**enes, & infirmi sunt imbecilles ad serviendum.
- 8 **C**ausa motiva ad concedendam Emphyteusim fuit, ut res meliorarentur.
- 9 **O**rd. lib. 4. tit. 36. §. 2. an sit correctoria, dum excludit collaterales? & numer. sequentibus.
- 10 **A**scendentibus strictiori jure debetur successio, quam collateralibus.
- 14 **A**scendentes, & descendentes semper comprehenduntur in concessione Emphyteutica.
- 15 **C**oncessio pro eo, qui nominabitur, est conditionalis, si nominabitur.
- 16 **Q**ua conditione deficiente, Emphyteusis revertitur ad dominum.
- 17 **L**imita, si Emphyteuta descendentes habuerit.
- 18 **E**mphyteusis libera nominationis non confiscatur, sed consolidatur.

19 *Quid*

- 19 *Quid si Emphyteuta confiscatus filios habeat? & num. 20. cum sequentibus.*
- 22 *Qua ratione non confiscatur, quando potest transire ad extraneos? & num. 23. cum sequentibus.*
- 23 *Emphyteusis nominationis non transit ad heredes ab intestato: & numer. seq.*
- 25 *Limita in Emphyteusi perpetua.*
- 26 *Sublimita, nisi Emphyteusis perpetua sit de providentia.*
- 27 *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & 4. defenditur ab impugnatione, de qua Cald. & num. seq.*
- 30 *In concessione officii non censetur vocatus filius senior; & num. 33.*
- 31 *Explicatur senator Portug. & num. sequent.*
- 34 *Beneficium Principis latius interpretandum.*
- 35 *Contrahens censetur se conformare cum juris dispositione.*
- 37 *Princeps est lex animata.*
- 39 *Princeps solet officium concedere filiis.*
- 40 *Extranei instituti heredes censentur nominati ad Emphyteusim: ex Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1.*
- 41 *Nominatio ad Emphyteusim, de qua Ord. dict. tit. 36. dict. §. 1. est nominatio ficta.*
Fictio sistit in eo, quod non est: ibidem.
- 42 *Conditio, si nominabitur, quando deficit, consolidatur dominium utile cum directo.*
- 43 *Leges non solent fingere cum præjudicio alicujus.*
- 44 *Conditio non potest suppleri per modum fictum; nec per equipollens.*
- 45 *De jure inest, quod lex fingere possit, suggerente æquitate.*
- 46 *Contrahentes censentur se conformare cum juris dispositione.*
- 47 *Æquitas deducitur in materia Emphyteutica ex eo, quod Emphyteusis non extinguatur.*
- 48 *Emphyteusis legata censetur nominata.*
- 49 *Emphyteusis dotata censetur nominata, sicut etiam Emphyteusis donata.*
- 50 *Ad implementum conditionis necessariae non curamus de modo, si effectum habemus.*
- 51 *Emphyteusis ideo individua, ne domino præjudicetur in recipienda pensione divisa.*
- 52 *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1. ibi: Assi como forem herdeiros dicitur contraria juri communi; super quo mirantur DD. nostri.*
- 53 *Heredes instituti succedunt in Emphyteusim ex conjecturata voluntate Emphyteutæ.*
- 54 *Nominati ad Emphyteusim inæqualiter, ita debent succedere pro portionibus inæqualibus.*
- 55 *Fictio idem debet operari in casu ficto, sicut veritas in casu vero.*
- 56 *Adducitur text. in l. Ut juris jurandi 7. §. Si liberi 6. ff. de bonis libertor. Cujus verba referuntur.*
- 57 *In quo text. liberi non succedunt, tanquam instituti, neque electi, sed tanquam à patrono vocati ex vi contractus.*
- 58 *Et ideo succedunt æqualiter in operis libertorum, quanvis inæqualiter in hereditate.*
- 59 *Concessio Emphyteutica intelligitur facta sub concessione, si nominabitur.*
- 60 *Si Emphyteusis non nominetur, extinguatur contractus.*
Ante nominationem non dicitur jus quæsitum: ibidem.
- 61 *Fictio debet correspondere illi facto, super quo lex inducit fictionem.*
- 62 *Liberi semper succedunt, etiam sine institutione, ex vi contractus pro ipsis stipulati.*
- 63 *Furi quæsito non solent Legislatores præjudicare.*
- 64 *Pater non potest præjudicare filiis in jure quæsito.*
- 65 *Duæ fictiones non debent admitti*
in

- in eodem casu.*
- 66 Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1. non est juri communi contraria.
Et ideo cogitandum super eo, quod dicit Valasc. ibidem.
- 68 Ord. lib. 4. tit. 36. §. 3. est contraria Ord. dict. tit. 36. §. 1.
Successio descendendum est multo favorabilior: ibidem.
- 69 Ord. dict. tit. 36. §. 3. vocatur dura, & aspera, & antinomica, sine ratione.
- 70 Primogenitus censetur magis dilectus.
- 71 Erga extraneos non consideratur amoris prerogativa.
- 72 Successio descendendum favorabilior, quam extraneorum.
- 73 Lex non fingit cum praesudicio alterius.
- 74 Nominatio, de qua Ord. lib. 4. tit. 36. in princip. & in §. 1. est ficta nominatio.
- 75 Fictio consistit in eo, quod non datur, cum possit esse veritas in contrarium.
- 76 Duae fictiones in eodem casu non admittuntur.
- 77 Limita, quando una fictio venit in consequentiam alterius fictionis.
- 79 Convincitur ratio differentiae, de qua Cald. ibi.
- 80 Ostenditur vera ratio decidendi, & differentiae inter Ord. dict. §. 1. & §. 3. & numer. sequentibus.
- 81 Fictionem nominationis ad Emphyteusum introduxit Legislator noster, ne Emphyteusis extingueretur, & num. 84.
- 82 Fictio non admittitur sine equitate, & necessitate, & num. 87. & 89.
- 83 Nec admittitur fictio cum praesudicio alterius.
- 85 Inducitur Ord. dict. tit. 36. dict. §. 1.
- 86 Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3. inducitur.
- 88 Emphyteusis capitur à domino concedente.
- 90 Inducitur, & illustratur Ord. dict. tit. 36. §. 3. ibi: Postoque no ditto
- testamento deixé sua terça a outra pessoa.
- 91 Tertia potest relinqui titulo institutionis.
- 92 Excepta tertia, bona debentur filiis, & num. 94.
Institutus in tertia censetur magis dilectus: ibidem.
- 93 Institutus in tertia habetur loco legatarii.
- 96 Inducitur Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3. in fin. ibi Outra pessoa que nam seja descendente, nem ascendente, & num. 100.
- 97 Contrarius sensus legis pro lege habetur.
- 99 Verbum Postoque, ex sui natura exprimit casum magis dubitabilem, & supponit alium minus dubitabilem.
- 101 Dispositio debet dari eadem ex eadem ratione.
- 102 Institutus in solidum censetur nominatus in Emphyteusi, & numer. 106.
- 104 Pater potest filium exheredare in forma Ord. lib. 4. tit. 88.
- 107 Pro expresso habetur, quod testator interrogatus responderet.
- 108 Filius exheredatus potest succedere in Emphyteusi.
- 109 Quod procedit, quando ulla non datur nominatio.
- 110 Filiis extantibus, non extinguitur Emphyteusis.
- 112 Faeminae communiter in sua incommoda ruunt.
- 114 Filius exheredatus non succedit in Emphyteusi hereditaria.
- 115 Filia haeres instituta non succedit in Emphyteusum propter institutionem, sed ex vocatione tanquam ab intestato.
- 116 Primò vocatus censetur magis dilectus, sumpto argumento ab ordine literae.
- 117 Sola lex fingere potest.
- 118 Primogenitus censetur magis dilectus.

119 *Duae fictiones non admittuntur in eodem casu.*

120 *In nominatione Emphyteusis an valeat argumentum ab ordine literae? Remissive.*

D *Ubit. præcedenti* hæsitavimus circa successione[m] Emphyteusis in terminis *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & 4.* an deferretur ex nominatione tacita Emphyteutæ ab intestato decedentis: & cum verius existimamus succedendum fore ex interpretata voluntate concedentis, nunc ad casus practicos ex ibi dictis venit inferendum.

§. I.

2 **P**rimò itaque infertur *Ord. dict. tit. 36.* non esse juris correctoriam, nec à regulis deviare cõmunibus, ut opinati fuere *Portug. 3. part. cap. 15. numer. 11. Cald. lib. 2. forens. quæst. 38. num. 19. & de nominat. quæst. 12. num. 54.* prout diximus *dubit. 23. numer. 35. & 54.*

3 Dum enim Legislator *dict. tit. 36. in princip.* decidit, quod expresse institutus in hæreditate censetur nominatus in Emphyteusi, non deviat à juris regulis, interpretando scilicet voluntatem testantis, & instituentis, ut comprehendere voluisset Emphyteusim, ut dicebamus *dubit. præcedenti* diximus *dubit. 23. à num. 12. cum sequentibus*: & fere per tot.

4 Dum autem Legislator *dict. tit. 36. §. 2.* decidit successurum fore filium ab intestato, nulla præcedente nominatione, nec patris voluntate expressa, quæ conjecturari possit, etiam non deviat à juris regulis; quia filium decidit successurum ex interpretata voluntate concedentis, ut sentit ipse *Caldas de nominat. quæst. 12. num. 31. & diximus dubit. 23. à num. 13. cum sequentibus.*

5 Dum tandem Legislator *dict. tit.*

36. §. 4. jubet descendentes ascendenti-bus omnino præferri, etiam decidit conformis voluntati, & menti concedentis, qui primo *pro filiis* concessisse censetur; prout in feudis late ostendit *Cald. dict. quæst. 12. à numer. 30. cum sequentibus.* ubi citat *Valasc.*

6 In cujus conjecturatae voluntatis indagando fundamento aliquantulum infudavit *Cald. dict. quæst. 12. à num. 30. cum seq.* Eò vel maxime, quando dominus concedens est extraneus, & nihil magis diligit descēdentes quam ascendētes; cogitat enim solum de pensione recipienda: *Cala. de extinct. cap. 19. num. 29. ad fin. cum aliis Pegas tom. 2. forens. cap. 10. num. 8. & num. 12. & 13. dicemus dubit. 26. numer. 45.*

7 Sed facile deducitur fundamentum ex eo, quia sicut feudum primò *pro filiis* censetur concessum, quia aptiores sunt ad serviendum, quàm pro ascendenti-bus, qui ut plurimum sunt senes, infirmi, debiles, & imbecilles ad serviendum, ut dicit idem *Cald. dict. quæst. 12. num. 32.*

8 Ita similiter quanvis ascendentes pensionem Emphyteuticam æqualiter solvere possint, ut respondit *Cald. dict. quæst. 12. numer. 33. & 35.* Non æqualiter sicut filii inservire possunt domino in meliorandis rebus Emphyteuticis, quia etiam imbecilles, debiles, &c. quando fuit causa motiva concedendi res cum pensione solvenda, ut meliorarentur ab Emphyteutis, ut securius pensio solvatur, & tempore renovationis augeri possit *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22. Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. numer. 211. Pinbeyr. de Emphyteusi disput. 1. sect. 1. numer. 1. & disp. 3. sect. 1. numer. 14. & dicemus dubit. 29. numer. 56.*

eleganter *Pegas tom. 1. de ma-iorat. cap. 4. numer. 279. cum aliis.*

(*)

§. 2.

9 **I**nfertur secundò, quod *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.* dum non admittit collaterales per nominationem tacitam, imò eos excludit, non est juri cõmuni contraria, secundum quod etiam transverfales censerentur nominati, tanquam proximiores, & hæredes; ut fateatur *Cald. lib. 2. forens. quæst. 38. num. 19.*

10 Cui difficultati non bene satisfacit dicendo, quod descendentes, & ascendentes multo strictiori jure debentur successio, quàm collateralibus ex annotatis in *l. nam & si parentib. ff. de inoffic. testament.* prout respondet ipse *Cald. de nomin. quæst. 12. sub numer. 57.*

11 Quia ex hoc non sequitur, quod descendentes, & ascendentes omninò deferatur successio Emphyteutica, & collateralibus nunquam deferatur; imò ita excludantur, ut extinguatur Emphyteusis, & ad dominum revertatur: ex *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.*

12 Melius ergo prædictæ difficultati satisfacit ex iis, quæ diximus *dubit. 23.* nempe, quod in Emphyteusi ab intestato non succeditur per tacitam nominationem, quæ etiam comprehenderet collaterales.

13 Sed succeditur ex tacita vocatione domini, sive ex ejus interpretata voluntate, quæ collaterales nunquam censetur voluisse comprehendere; quia si comprehenderentur, nunquam Emphyteusis extingueretur, nec ad ipsum reverteretur concedentem: ut patet, & diximus *dict. dubit. 23.*

14 Descendentes autem, (& ex eadẽ ratione decidendi ascendentes) semper censentur comprehensi in concessione Emphyteutica, ex *text. in dict. auth. de reb. Eccl. non alien. dict. §. Emphyteusim collat. 2. & Ord. dict. tit. 36. §. 2. & 4.* ex illa ratione decidendi, de qua *dub. 23. num. 13. & 17. & 18.*

§. 3.

15 **I**nfertur tertio ad *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. & 4.* dum vocat filios ad successionem Emphyteusis sine nominatione præcedente, non esse regulis contrariam ex eo, quod concessio *pro eo, qui nominabitur* intelligitur facta conditionaliter, hoc est, *si nominabitur* ex iis, quæ *Portug. 3. part. cap. 15. numer. 9. & 11. Cald. de nominat. quæst. 12. num. 3. & num. 24. & num. 27. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 3. num. 61.* cum aliis.

16 Cum autem in terminis *dict. Ord.* Condicio non impleatur in forma contractus, quia intestatus non nominat, Emphyteusis reversura erat ad dominum concedentem, & non ad filios: *Portug. dict. cap. 15. dict. num. 9. & 11. Thom. Vas alleg. 61. num. 2.*

17 Satisfit enim ex dictis *dubit. 23. à num. 12.* quia nec filii, nec ascendentes succedunt ab intestato ex nominatione tacita, sed solum ex vocatione domini, cujus mens fuit concedere Emphyteusim *pro eo, qui nominabitur*; sin vero non nominetur aliquis, res revertatur ad illum, nisi Emphyteuta descendentes habuerit, ut dixit Justinianus in *dict. auth. de non alien. reb. Eccles. §. Emphyteusim coll. 2.* & Legislator noster *dict. tit. 36. §. 2. & 4.* & jam diximus *dubit. 23. num. 71.*

§. 4.

18 **I**nfertur quarto ad casum omisi in *Ord. lib. 5. tit. 6. §. 19.* ubi publicatis bonis Emphyteutæ, non confiscatur Emphyteusis liberæ nominationis, sed revertitur ad dominum directum, quia pater nominare nequit: exornat *Portug. 3. part. cap. 22. num. 78. cum plurib.*

19 Sed omittit Legislator, & omisit doctissimus *Portug. ubi proxime agens de*

de materia illius *Ord.* casum, in quo ex-
tent filii ipsius Emphyteutæ; an scilicet
Emphyteusis reversura sit ad dominum,
exclusis filiis, ex illa *Ord. dict. §. 19.* an
vero successurus sit filius ex *Ord. lib. 4.*
dict. tit. 36. dict. §. 2. & 4.

20 In quo casu, licet prima facie
videretur filium non posse succedere,
quia pater nominare nequit, ex *Ord.*
lib. 5. dict. tit. 6. dict. §. 19. tamen ex
supradictis tenendum arbitror, filium ta-
lis Emphyteutæ successurum fore ex dis-
positione *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict.*
§. 2. & 4. & dict. auth. de non alien. reb.
Eccl. dict. §. Emphyteusim. coll. 2.

21 Quia, cum talis filius succedat ex
interpretata vocatione domini pro eo
casu, quo pater non nominet, vel nulli-
ter nominet: & non succedat ex tacita
nominatione patris, ut late probavimus
dubit. 23. à numer. 12. ideo ei non offi-
cit nominatio nulla patris, de qua *Ord.*
lib. 5. dict. tit. 6. dict. §. 19. quæ fortasse
ideo casum omisit in dispositione juris
resolvendum ex *Ord. dict. tit. 36. §. 2.*
& dict. auth. de non alien. reb. Eccl.

§. 5.

22 **I**nfertur quinto ratio decidendi,
ex qua Emphyteusis liberæ no-
minationis non veniat in confiscationem,
quando ejus est naturæ, ut possit ad ex-
traneos transire: ut cum multis aliis fa-
tetur rationem decidendi omittendo is
ipse doctissimus *Portug. 3. part. dict.*
cap. 22. num. 78. & 79. Pinbeyr. de Emphy-
teus. disp. 5. sect. 5. num. 194.

23 Sistit namque ratio decidendi
prædictæ assertionis, & Regiæ sanctionis
dict. tit. 6. dict. §. 19. in eo, quod Em-
phyteusis liberæ nominationis solum po-
test transire in extraneum in casu, quo
Emphyteuta eum nominet: *Ord. lib. 4.*
tit. 36. in princip.

24 Sin vero Emphyteuta nominare
nolit, vel nequeat, prout in casu præ-
dictæ *Ord. dict. §. 19.* non transit Emphy-

teusis in hæredem extraneum, neque in
hæredem ab intestato: imò, vel succedunt
filii, & ascendentes tanquam vocati ex
vi contractus, & concessionis, vel, si ii
deficiant, revertitur ad dominum ex na-
tura rei *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §.*
2. & dict. auth. de non alien. §. Emphy-
teusim, quanvis aliter explicet *Pinbeyr.*
supra dict. num. 194.

25 Cum ergo talis Emphyteusis ex
natura ipsius rei non transeat in extra-
neum sine nominatione, non potest dici
ex sui natura transitoria, ut succedat
Fiscus, & in illum transeat, sicut dici-
tur de Emphyteusi perpetuæ quæ etiam
sine nominatione transit in hæredes, si-
cut res hæreditaria: *Ord. lib. 5. tit. 6. §.*
18. prosequitur late cum multis loquen-
do de Emphyteusi perpetua *Guerreyr.*
tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 14. cum
sequent. §. 114. & cap. 12. num. 69.

26 Dummodo talis Emphyteusis
perpetua non sit de pacto, & providen-
tia, quia tunc non transit in Fiscum, si-
quidem nec ad extraneos transire potest:
ut insinuat ipsa *Ord. dict. tit. 6. §. 18.* &
tenet *Valasc. de partit. cap. 26. num. 10.*
& 11.

§. 6.

27 **I**nfertur sexto Legislatorem no-
strum non obtorto collo dispo-
suisse filios, & ex eadem ratione ascen-
dentes ab intestato successuros in Em-
phyteusi, quanvis sine nominatione,
quod videbatur contra mentem domini,
& verba concessionis: ut ratiocinatus
est doctissimus *Caldas de nomin. quæst.*
12. num. 57.

28 Quia ex dictis *dubit. 23. à num.*
12. probatur Legislatorem nostrum in
Ord. lib. 4. dict. tit. 36. §. 2 & 4. non fun-
dari in nominatione tacita, ut filii succe-
dant: ex quo inferri possit obtorquere
concessionis verba, & domini mentem,
ut fuit opinatus *Caldas ubi supra dict.*
num. 57.

29 Imò potius Legislator noster *dict. §. 2. & 4.* disposuit filios successuros, & ex eadē ratione ascendentes ex ipsa cōtrahentium mente, seu ex vocatione tacita ipsius domini, & patris stipulantis, qui noluisse censentur Emphyteusim extinguere extantibus filiis: juxta *text. in dict. auth. de non alienand. reb. Eccl. §. Emphyteusim*; & ex eadem ratione, existentibus ascendentes; ut diximus *dubit. 23. à num. 18. cum sequentibus.*

§. 7.

30 **I**nfertur septimo ad casum, in quo Rex concedit alicui, ut possit nominare in officio, qui tamen non nominavit: quo casu, non censetur nominatus filius maior ex *Ord. dict. tit. 36. §. 2.* quia filius non succedit ex tacita nominatione, sed ex domini vocatione, ut diximus sæpe sæpius: & est alterum fundamentum ad sententiam Senatūs, de qua *Phæb. 2. part. decis. 127. num. 20. & 21. arest. 14.*

31 Cui non obstant, quæ in contrarium adducit *Portug. 2. part. cap. 13. à numer. 23. cum sequentibus.* quia exempla, quibus argumentatur, procedunt in hæreditate, in qua si succedi potest ex tacita vocatione testatoris, non utique in Emphyteusi, in qua solum succeditur ex interpretata mente concedentis: ut latè dicebamus *dubit. 23. à numer. 12. cum sequentibus.*

32 Imò is ipse *Portug. dict. cap. 13. num. 27.* fatetur filium successurum jam habere aliquod jus ad obtinendam Emphyteusim, quæ descendentes defertur: ex quo infert censeri nominatum, cum potius inferre deberet vocatum censeri, ex supra repetitis.

33 Unde, si Regis diploma officium concedat *pro patre, & filiis,* jus habebit filius natus maior ab intestato ex vocatione Principis. Sin verò solum concedat patri beneficium nominandi, non censetur filius vocatus, nec nominatus, ut ju-

dicatum fuit, teste *Phæbo dict. num. 21. & dict. arest. 14.*

34 Neque obstat, quod licet Princeps simpliciter concedat officium, semper debet intelligi *pro filiis* concessum, quando idem admittimus in domino concedente Emphyteusim, ut hucusque defendimus: & quando Principis beneficium latius erit interpretandum: *ex text. in l. beneficium ff. de const. Princip. cum plurib. Portug. dict. cap. 13. numer. 28.*

35 Respondetur enim, quod concedens Emphyteusim censetur se conformare cum juris dispositione, de qua textus *in dict. auth. de non alien. reb. Eccl. dict. §. Emphyteusim coll. 2.* ubi filii semper censentur vocati: quilibet enim contrahens cum juris dispositione se se conformare censetur: *l. quæro §. Inter locatorem ff. locat. Gam. decis. 16. num. 4. Valasc. cons. 134 numer. 4. Cald. de Emptio. cap. 9. numer. 10. Portug. 2. part. cap. 24. numer. 41.* extollit eleganter *Carleval de judic. tit. 3. disp. 5. numer. 12.*

36 Unde semper interpretandus erit concedens Emphyteusim de filiis cogitasse, & pro eis concessisse, ne Emphyteusis extinguatur contra mentem acceptantis, qui pro descendentes stipulatus fuisse censetur, & in augmentum ambitionis, & avaritiæ concedentis, qui cum jactura aliena locupletaretur, si Emphyteusim melioratam acciperet ab Emphyteuta filios habente, qui patrem meliorare juvarunt: ut dicemus *dubit. 37. à num. 54. cum sequentibus.*

37 At vero Princeps, quia officium concedit, non censetur se conformare cum juris dispositione, quando nec contrahit, & quando jus novum condere potest, tanquam lex animata: *Ord. lib. 3. tit. 66. in princip. & tit. 75. §. 1. Cabed. 1. part. decis. 211. num. 3.*

38 Et quando non adest jus, cum quo Princeps se se conformare censendus sit: nullum est enim, per quod dispositum sit officium concedentem non melioran-

liorandum, nec pensiones soluturum de filiis cogitasse; qui quidem in eo nihil laborare, nihil meliorare spectantur, prout in Emphyteusi.

39 Si verò ex consuetudine Regni Princeps filiis solet officium concedere, ut videmus, & asserit *Portug. 2. part. dict. cap. 13. num. 27.* id potius ex nova gratia, quam ex obligatione fieri, sine dubio credimus, & tenet *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. numer. 160. cum Pegas ad Ord. lib. 2. tit. 35. cap. 7.*

§. 8.

Assignatur difficilima ratio differentiae inter Ord.

dict. tit. 36. §. 1. & inter §. 3.

40 Infertur octavo ad casum, de quo *Ord. dict. tit. 36. §. 1.* ubi extranei instituti censentur nominati, & inter eos dividitur Emphyteusis eo modo, de quo ibi: exornat per *text. & ibi Bart. in l. unum ex familia §. Si duos ff. de legat. 2. Cald. de nomin. quest. 7. à num. 1. & numer. 15. §. 33. & 50. & 56.* & cum eodem *Bart. illustrant Valasc. de jur. Emphyt. quest. 43. num. 8. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 1. num. 7. §. 8. Guereyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. numer. 70.*

41 Quæ tamen Regia dispositio (quando ad eam accedimus, & minus defensatam invenimus) difficilis redditur primò, quia nominatio, de qua *dict. §. 1.* est ficta nominatio, quia non datur expressa; ut cum antiquioribus tradit *Cald. de nominat. dict. quest. 7. num. 18. §. 21. & 36.* & patet ipsa lege ibi: *Todos se entendem ser nomeados*: sentit *Ægid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio sub numer. 18. versic.* qua etiam. Sistit enim fictio in eo, quod non est: ut cum

Giurb. in consuetud. Senat. Messan. cap. 1. Gloss. 14. part. 1. numer. 73. dicebamus *dubit. 23. num. 63.*

42 Ex quo non deberet Legislator noster præjudicare domino concedenti inducendo fictionem nominationis, & ex ea decernendo satisfactum esse conditioni, *si nominabitur*. Quia, si hæc conditio deficeret, dominium utile consolidaretur cum directo: *Cald. de nomin. quest. 7. num. 6. §. 18. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 614. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 1. num. 8. & cum eodem disp. 7. sect. 2. numer. 43. & aliis Portug. 2. part. cap. 15. num. 9. §. 10. & probat Ord. dict. tit. 36. §. 2. in princip.*

43 Quod quidem argumentum proponit favore Ecclesiæ Emphyteusim concedentis is ipse *Cald. dict. quest. 7. à numer. 25. §. 26. §. 27. §. 28.* Et pro eo urget etiam, quòd cum alterius præjudicio non solent leges fictionem inducere: (prout in *dict. §. 1.* facit Legislator noster) *Molin. de primogen. lib. 3. cap. 12. num. 7. Tiraquel. de retract. §. 1. Gloss. 10. num. 68. Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. num. 326. Giurb. in consuetud. Senat. Messan. cap. 1. Gloss. 4. part. 1. numer. 108. Valens. consil. 23. num. 87.*

44 Eò vel maxime, quando conditio, qualis est illa, *si nominabitur*, non potest suppleri per modum fictum à lege: *Cald. de nomin. dict. quest. 7. num. 21. & cum pluribus numer. 36. per tot.* Nec impleri potest per æquipollens: *Cald. dict. quest. 7. numer. 18. Pegas tom. 1. for. ens. cap. 1. numer. 59. §. 60. cum pluribus, ut solet. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 2. num. 55. §. 58.*

45 Respondetur tamen, quòd, cum de jure insit, quod lex fingere potest, & solet, suggerente æquitate: *argument. text. in l. postliminium ff. de captiv. & postlimin. revers. cum Bart. Ægid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. part. 1. in initio sub numer. 18. versic. cum vero. Valasc. consil. 23. num. 79. Flor. lib. 1. var. quest. 5. num. 45. & est bonus text. in l. Si ita stipulatio 39. ff. de bonis libertorum.*

46 Cum hac juris dispositione se se conformare censetur dominus concedens Emphyteusim *pro eo, qui nominabitur*, intelligendo scilicet, *si nominabitur expresse*, ut Emphyteuta potest ex vi contractus: vel *si nominabitur tacite*, ut lex supplere, & fingere solet, suggerente æquitate; contrahentes enim censentur se conformare cum juris dispositione: ex regula *text. in l. quæro §. inter locatorem ff. locat.* exornant *Barbos. in loc. comm. liter. C. numer. 197. Portug. 2. part. cap. 24. numer. 41. Cald. de empt. cap. 9. num. 10. Valasc. 2. part. conf. 134. numer. 11.*

47 Æquitas autem in terminis propositis, & in forma *Ord. dict. §. 1.* in eo sistere videtur, ne Emphyteusis extinguatur contra mentem Emphyteutæ hæredes instituentis, & pro hæredibus stipulantis in primo contractu, ut credendum est, per *text. in l. pactum. 9. ff. de probat. ibi: Quia plerumque tam hæredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.* Et ita sentit *Cald. de nomin. quæst. 7. numer. 40. & quæst. 13. numer. 35. & 38. ibi: ne Emphyteusis extinguatur: facit text. in dict. l. Si ita stipulatio 39. ff. de bonis libertor. ibi: promissæ fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur.*

48 Hoc ipsum videmus in exemplo Emphyteusis legata, quia in defectu alterius nominationis expressæ censetur Emphyteusis nominata: *Pinbeyr. de Emphyteus. disp. 4. sect. 7. numer. 130. & disp. 6. sect. 1. numer. 6. cum Valasc. conf. 61. numer. 12. latius Cald. de nomin. quæst. 10. à num. 2.*

49 Et in exēplo Emphyteusis dotatæ, quia etiam ex defectu nominationis expressæ, fingitur, & censetur nominata: cum *Cald. de extinct. cap. 10. numer. 35. & de potest. elig. cap. 2. numer. 33. & cap. 4. numer. 35. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 5. numer. 73. & sect. 7. num. 130. ubi idem dicit de Emphyteusi donatâ, quod scilicet censetur nominata.*

50 Quæ omnia intelligerem procedere per fictionem legis, quia non adest nominatio expressa: ne scilicet extingueretur Emphyteusis, quando adest factum aliquod Emphyteutæ legantis, dotantis, vel donantis, ex quo inferendum sit ad nominationem: & quando per modum fictum deductum ex facto Emphyteutæ nominaturi satisfactum videtur conditioni necessariæ, *si nominabitur*; quia non curamus de modo, si effectum habemus ut omnia refert *Portug. lib. 1. preclud. 2. dict. §. 2. à numer. 60. ex l. fin. Cod. de donat. quæ sub modo. L. 3. Cod. de instit. & substit. Ex quo etiam satisfit iis, quæ diximus supra num. 44.*

51 Ex quibus, & ex eo, quod uni ex cohæredibus adjudicetur Emphyteusis, qui solus domino pensionem solvat in forma *Ord. dict. §. 1.* omne cessat domini præjudicium, ut consideravit *Cald. de nomin. quæst. 11. numer. 1. in fin.* Quod quidem semper fuit præcipuum fundamentum, ne Emphyteusis divideretur per regiones; ne scilicet dominus concedens cogeretur pensiones recipere divisas, & minutas: prout de jure communi ostendit *Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 218. & de jure nostro Regio probat Ord. hoc §. 1. & tit. 96. §. 23. exornat cum pluribus Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. numer. 31. & 34. probat etiam lex novissima lata anno 1669. ibi: Os prafos deste Reyno se nam partem entre os herdeiros de pefsoa, por tujo falecimento vagarem, antes fique sò a hum em resão do damno, que se segue aos Senhorios na forma da Ord. lib. 4. tit. 36. §. 1.*

52 Secundo difficilis redditur prædicta Regia dispositio, quatenus *dict. §. 1.* sanxit Legislator noster, quod dividatur Emphyteusis, pro portione scilicet hæreditaria, ut patet ibi, *& os herdeiros partam entre si o que houverem pella ditã venda, ou escambo assim como forem herdeiros.* Est enim prædicta dispositio contraria juri communi, de quo *text. in l. jurisjurandi §. Si liberi ff. de operis libertor.*

bertor. ostendit *Valasc. de jur. Emphyt. quest. 43. numer. 8.* super quo tantus D. ibi miratur, & cum eo *Cald. de nomin. quest. 11. numer. 1. ad fin.* sequitur *Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. numer. 42.* sine admiratione, sicut *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. numer. 60.*

53 Respondetur tamen, quod hæredes instituti in hæreditate juxta terminos *Ord. dict. §. 1.* non succedunt in Emphyteusi (quæ non est hæreditaria) tanquam hæredes, sed solum succedunt tanquam personæ nominatæ per nominationem fictam, & deductam ex institutione, pro voluntate scilicet Emphyteutæ conjecturatâ: optime *Caldas de nomin. quest. 23. numer. 15.* quo laudato *Molin. de just. disp. 477. numer. 2.* refert *Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. numer. 42. in fin. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. numer. 36.*

54 Atqui, si hæredes essent expresse nominati in Emphyteusim, vel aliæ quæcunque personæ in portionibus inæqualibus, procul dubio in portionibus tantummodo essent successuri inæqualiter; ut nemo negabit, interveniente saltem domini directo consensu: *Valasc. 1. part. cons. 71. numer. 11. Pinheyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 3. numer. 38. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 207. §. 209. Guerreyr. supra dict. cap. 8. numer. 37.*

55 Ergo optimâ ratione sanxit Legislator noster *dict. §. 1. idem:* & eodem modo successuros fore hæredes institutos per nominationem fictam nominatos: quia fictio idem operari debet in casu ficto, quod veritas in casu vero: *Giurb. ad consuetud. Senat. Messan. cap. 1. Gloss. 4. numer. 95. Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. numer. 326. in fin. Agid. in l. ex hoc jure ff. de just. §. 2. part. cap. 13. clausul. 15. numer. 8. Gail. lib. 2. observ. 127. num. 6. Portug. 3. part. cap. 30. numer. 35. & cap. 41. numer. 22. per regulam text. in l. 1. ff. de adoption. cum aliis, de quibus *Barbos. in loc. comm. liter. F. nu-**

mer. 123.

56 Unde [ni miserrimè fallor ex defectu scribentium] non obstat *text. in dict. l. Ut jurisjurandi 7. §. Si liberi 6. ff. de operis libertorum* ibi: *Si liberi patroni ex inæqualibus partibus essent instituti: utrum pro parte dimidia, an pro hæreditariis habeant operarum actionem? Et puto veriùs, liberos pro æqualibus habituros actionem.* Propter cujus expressam dispositionem sentit *Valasc. de jur. Emphyt. dict. quest. 43. numer. 8.* quod juri communi sit contraria Regia sanctio *hoc tit. 36. hoc §. 1.* quatenus jubet hæredes successuros in Emphyteusi pro portione hæreditaria, & non pro partibus æqualibus, sicut in terminis *text. in dict. §. Si liberi:* tenet etiam *Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. dict. sect. 2. dict. numer. 42.* cum quibus transit *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. dict. cap. 8. dict. numer. 60.*

57 Respondetur enim, dispositionem *text. in dict. l. 7. dict. §. Si liberi.* adaptari minime posse ad nostros contractus Emphyteuticos; quia ibi non succedunt liberi tanquam nominati, sed solum tanquam vocati à patre patrono stipulante ex vi contractûs; ut intelligit *Pinheyr. de Emphyt. dict. disp. 5. dict. sect. 2. dict. numer. 42.* Succedunt itaque liberi in terminis illius *text. in dict. §. Si liberi.* ex stipulatione, quam fecerat pater patronus stipulando *pro liberis,* prout dicit Jureconsultus in *l. si quis operas 5. ff. eodem tit.* quia sine contractu, & stipulatione non debentur operæ libertorum: ut est *text. in l. cum patronus 22. §. 1. ad fin. ff. illo tit.*

58 Cum ergo liberi succedant ex vi contractûs, & vigore stipulationis antecedentis sine aliqua dependentia à futura institutione hæredum æquali, vel inæquali, nihil mirum, quod æqualiter ex vi contractus succedant in operis libertorum, quanvis inæqualiter succedant in hæreditate ex vigore institutionis: sentit *Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. dict. sect. 2. dict. numer. 42.*

59 At vero in contractu emphyteutico aliter se res habet, quia, et si personæ nominandæ succedant ex vi primi contractus, tamen earum successio pendet omninò à futura nominatione, vel sit expresse faciendâ ab ipso Emphyteuta, vel sit ficta, & inducendâ à Legislatore, suggerente æquitate, ut dicebamus supra *num. 45. & 46.* quia scilicet omnis concessio Emphyteutica intelligitur facta sub conditione, *si nominabitur*: per *text. in l. Stichum ff. de legat. 1.* tenet *Pinhey. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. num. 61. Cald. de nomin. quæst. 7. num. 31.* diximus supra *num. 15.*

60 Ita ut, si non detur nominatio, extinguatur contractus; *Ord. hoc tit. 36. §. 2. in princip. Pinhey. de Emphyt. disp. 6. sect. 1. numer. 8. Port. 2. part. cap. 15. numer. 9. & 10.* cum aliis citatis supra *numer. 42.* Nec ante nominationem aliquod dicatur jus quæsitum, ex sententia, quam ostendit *Pinheyro dict. disp. 5. dict. sect. 3. dict. num. 61. cum Gam. decis. 160. num. 5. & aliis.*

61 Cum autem Legislator noster nominationem fictam inducturus esset in casu institutionis hæredum, de quo *hoc §. 1.* ne scilicet Emphyteusis extingueretur, ut diximus supra *numer. 47.* non deduxit fictionem nominationis ex primo contractu concessionis Emphyteuticæ, in quo supponimus vocationem æqualem, quia ibi nulla versabatur dubitatio, neque necessitas fingendi circa nominationem, quæ ex futuro pendebat eventu. Sed potius desumpsit fictionem nominationis ex actu institutionis, super quo versabatur dubium, an hæredes censerentur nominati ex eo, quod fuerunt instituti, vel potius extingueretur Emphyteusis, ex eo, quod defuit nominatio, ex dictis supra proxime *num. 60.*

Institutionem autem interpretaturus Legislator noster, eam extendendo ad nominationem per actum fictum ex æquitate, ne Emphyteusis extingueretur, ita debebat fingere, sicut expresse inveniebat factum, ex quo fingere posset, hoc

est, fingendo nominatum eo modo, quo inveniebat, institutum esset enim contra rationem fingere æqualiter nominatos, qui erant inæqualiter instituti; quando ad nominationem fingendam, qui est finis Legislatoris, debebat ipse eam concordare cum suo principio, quod consistit in institutione, cui convenire debebat: *Surd. decis. 43. numer. 15. Valens. consil. 29. num. 28.*

62 Itaque Ulpianus in *dict. §. Si liberi.* nec ex institutione liberorum fingit ad aliquam nominationem, nec necessitatem habuit inducendi fictionem; quia sine fictione, & etiam sine institutione semper liberi successuri essent in operis libertorum: ut est *text. in l. A duobus 4. & sibi glos. ff. eodem tit.*

63 Imò cum Ulpianus in *dict. §. Si liberi.* supponat terminos habiles, nempe patronum patrem operas libertorum pro liberis stipulatum fuisse, prout in *dict. l. si quis operas 5. ff. illo tit.* sine ulla alia dependentia à futura nominatione, nec expressa, nec ficta per nominationem, noluit huic juri liberis æqualiter quæsito præjudicare, inferendo à modo instituendi inæqualiter ad successionem operarum: juri enim quæsito non solent Legislatores præjudicare: *l. 2. §. merito, & §. Si quis à Principe ff. nequid in loco publico l. auctoritatem 3. Cod. unde vi. Pinhey. de testam. disp. 2. sect. 7. num. 205. Portug. 2. part. cap. 13. num. 9. Themud. 2. part. decis. 195. à num. 95. cum sequentibus.*

64 Et fortasse, quod nec pater patronus posset aliter, sive inæqualiter instituendo præjudicare ipsis filiis, pro quibus fuerat stipulatus, quando in terminis ipsius *text. in dict. §. Si liberi.* succedunt ex stipulatione, quia æqualiter succedunt, & non ex institutione, quia est inæqualis: juri autem filiis quæsito nulatenus pater præjudicare potest: ex *text. in l. quodcumque §. non solum, & in l. quod dicitur ff. de verbor. obligat. Cald. de extinct. Emphyt. cap. 20. numer. 1. & 4. Gam. decis. 5. numer. 7. & decis. 8. & aliis*

aliis *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3.*
à num 51. disputat *Pegas tom. 2. forens.*
cap. 10. per tot.

65 At verò de jure Regio personæ nominatæ non succedunt ex solâ stipulatione primi contractus, quia sine nominatione extinguitur Emphyteusis, ut probat *Ord. hoc tit. 36. §. 2. in princip.* & supra diximus. Sed insimul succedunt in terminis *dict. §. 1.* ex institutione, quæ quidem institutio fingitur nominatio, & fingi debuerat inæqualis, sicut erat ante fictionem; *argument. text. in l. Si ita stipulatio 39. ff. de bonis libertor.* Esset enim incivile, quod succederent æqualiter illi, qui solum succedere possunt ex institutione, quæ est inæqualis, quanvis ipsa institutio, ex qua succedunt, fingatur nominatio. Et esset prima fictio fingere hæredem nominatum, quia institutus est, & alia esset fictio inducere, quod inæqualiter institutus cederetur æqualiter nominatus: quod incivile est admittere: ut dicemus infra num. 76.

66 Ex quibus concludimus, quod in terminis *text. in dict. §. Si liberi.* succedunt filii æqualiter in operis libertorum, quia succedunt ex stipulatione antecedenti, & non ex institutione inæquali: at verò in terminis *Ord. dict. §. 1.* succedunt hæredes non ex antecedenti contractu, qui dependebat omninò à futura nominatione: sed succedunt ex vigore institutionis (dum à Legislatore fingitur nominatio:) & ideo inæqualiter, quia ipsa institutio, quæ nominatio fingitur, inæqualis est. Et patet *Ord. nostram hoc §. 1.* quatenus concedit æstimationem Emphyteusis pro portione hæreditaria, pro qua quilibet est institutus, non esse juri communi contrariam, ex diversitate rationis; *text. in dict. §. Si liberi;* ut breviter dixit *Valasc. dict. quest. 43. dict. numer. 8.* & cum eo *Pinbeyr. dict. disp. 5. sect. 2. dict. num. 42.*

Ex quo cogitabis super intelligentiam, vel limitationem, quam faciendam facit ad *Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23. §. 24.* in se *Valasc. dict. quest. 43. numer.*

7. de qua profequitur *Cald. de nomin. quest. 23. à numer. 16. cum sequentib.* ne hic ad maiorem digressionem protrahamur.

67 Defensata igitur dispositione *Ord. dict. tit. 36. hoc §. 1.* de qua agimus, & ad quem venimus inferendum, dum hæredibus institutis concedit Emphyteusim pro portione hæreditaria, fingendo scilicet nominatos omnes eos, qui inveniuntur instituti hæredes, ut patet ibi: *Eficando no testamento muitos herdeiros estranhos, que nam sejam ascendentes, ou descendentes, todos se entendem ser nomeados ao foro.*

Nunc ad §. 3.

68 **I**N omnibus, & per omnia contrarium decidit Legislator noster *dict. tit. 36. §. 3.* ubi institutis descendentes in hæreditate, devolvit successionem Emphyteusis ab intestato: patet ibi: *E se o foreiro fazêdo testamêto instituir seus descendentes, ou ascendentes, se terá a maneira acima ditta quando morre abintestado.* Et succedit filius natu maior: & cæteri filii instituti, nec æqualiter, nec pro portione hæreditaria aliquid de Emphyteusi obtinebunt, sicut obtinent hæredes extranei instituti in terminis, de quibus in §. 1. ut diximus: quando potius contrariū suadebat juris cõmunis ratio, secundū quod successio descendentiū est multo favorabilior: ex *text. in l. cum ratio ff. de bon. damn. juncta l. nam, etsi parentibus ff. de inoffic. testam.* arguit *Cald. de nomin. quest. 11. num. 4.*

69 Unde, cum prædicta dispositio in *dict. §. 3.* omninò deneget descendentes illud ipsum, quod in *dict. §. 1.* concedit extraneis, illam vocat nimis duram *Cald. dict. quest. 11. numer. 4.* & iterum rigorosam, & asperam *ibidem numer. 5.* & nullam assignari posse rationem differentie fatetur *ibidem numer. 9. in princip.* quod id ipsum esse limitationem dicit *ibi numer. 12.* & Pinellum ignorasse

leges istas Regias à contrarietate, & antinomia defendere fatetur *Cald. de nominat. quest. 7. num. 34. ad fin.*

70 Rejēctis itaque aliis conciliationibus, quas tradit, & fatetur accepisse à doctissimis idem *Cald. dict. quest. 11. à numer. 5. cum sequentib.* tandem concludit quod ideo in terminis *dict. §. 3.* jubet Legislator filium primogenitum successurum fore (sicut sanxerat in §. 2. in casu intestati) exclusis scilicet cæteris filiis institutis, quia primogenitus, vel masculus censetur magis dilectus, ac per consequens à patre nominatus *Cald. dict. quest. 11. numer. 9.* & est regulare per ea, quæ ipse *Cald. quest. 13. numer. 34.* Novissimè *Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. num. 20.*

71 Quæ dilectionis ratio, cum in extraneis cesset, in quibus non datur amoris prerogativa, imò omnes æqualiter defuncti foveat voluntas, ideo Legislator in terminis §. 1. inter omnes institutos jubet Emphyteusim dividendam fore: ita concludit *Cald. dict. quest. 11. numer. 9. in fin.* & sentit *numer. 12.* sequitur etiam *dict. tract. de nomin. quest. 13. numer. 36. & numer. 38.* quanvis *ibidem numer. 40.* eam conciliationem quasi defectuosam agnoscat, sed aliam non assignat.

72 Convincitur tamen prædicta conciliatio, sive ratio differentię ex triplici fundamento. Primum sistit in eo, quod adhuc prædicta interpretatio non aperit rationem, ex qua descendentes non habeant in forma §. 3. portionem hæreditariam in Emphyteusi, quando similiter sunt instituti, sicut consequuntur extranei in forma §. 1. ut pungit *Cald. dict. quest. 11. dict. numer. 4.* quando successio descendentium favorabilior est in jure, de quo *Cald. ibidem.*

73 Secundum fundamentum est, quia si filius primogenitus in forma, de qua §. 3. juncto §. 2. successurus est in Emphyteusi ex præsumpto amore patris, admittimus in illa lege fictam nominationem primogeniti cum præjudicio alio-

rum, qui tanquam filii, & descendentes habent expressam, & similem institutionem, & æqualem sicut extranei in forma §. 1. quando in lege non debemus admittere fictionem cum præjudicio alterius: ut cum *Molin. & Tiraquel. & Carleval, & aliis* diximus supra *numer. 43.*

74 Tertium fundamentum est, quia supposita prædicta intelligentia ad *dict. §. 3.* de qua agimus, & assignavit doctissimus *Cald. supra,* admittimus primam fictionem ex institutione, quam facit pater Emphyteuta, quia ex illa fingitur nominatio; ut probat *Ord. hoc tit. 36. in princip. & §. 1.* ubi tacita nominatio fictio est: *Cald. de nomin. quest. 7. num. 21. & quest. 8. num. 2. & quest. 9. num. 6.*

75 Et secundam fictionem admittimus, dum ex institutis, & fide nominatis præferendum dicimus primogenitum ex præsumpto amore, in quo sistit alia fictio; quia cum non detur expressa nominatio, neque præferentia, præsumptus amor procedit ex alia fictione, quia potest esse veritas in contrarium: *Cald. de nominat. dict. quest. 13. num. 40. Valens. consil. 97. num. 60.* Faciunt, quæ *Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. num. 21. per text. in l. cum pater 79. §. pater pluribus ff. de legat. 2.*

76 Ac per consequens convincitur prædicta intelligentia, quia in lege, & in eodem casu non debemus admittere insimul duas fictiones: *Cald. de nomin. dict. quest. 7. dict. numer. 21. & numer. 35. in fin. & num. 36.* latè, & magistraliter *Gom. in l. 45. Taur. num. 81. & num. 91. per tot. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 12. numer. 7. cum Tiraquel. & aliis.*

77 Nec obstat dicere, quod admissa prima fictione nominationis, quam admittit Legislator in *dict. §. 3.* per institutionem, sicut in §. 1. venit in consequentiam secunda fictio, sive præsumptio, quæ urget pro primogenito: & quando una venit in consequentiam al-

terius, bene admittuntur duæ fictiones: *Barbos. in loc. comm. liter. S. sub num. 52. Cald. de nomin. quest. 9. numer. 20. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 1. sect. 2. numer. 48. Barbos. in l. 2. Cod. de præscript. num. 237. & part. 3. l. 1. ff. solut. matrim. num. 46.*

78 Respondetur enim, quod in his terminis fictio præferentiæ in primogenito non inducitur necessariò per consequentiam ex nominatione ficta per institutionem: quia id ipsum solum posset verificari, quando pater Emphyteuta omninò arctaretur ex vi, seu natura contractus ad nominandum primogenitum; hoc enim admissio, ex eo, quod daretur ficta nominatio, indubitanter per consequentiam induceretur præferentia quoad ipsum primogenitum: at vero in nostris, & propositis terminis, cum pater possit nominare filium juniorem, & in casu *liberæ nominationis* possit etiam extraneum nominare, non inducitur per necessariam consequentiam, quod primogenitus præferatur sine nova, & altera fictione, quæ scilicet inducatur ex prima fictione nominationis deducta ex institutione.

79 Ex quibus convincitur tanquam defectuosa ratio assignata diversitatis, seu discriminis tanti inter dispositiones ita diversas, & contrarias, de quibus in supradicto *tit. 36. §. 1. & §. 3.* quatenus ex amore, quem præsumitur habere pater Emphyteuta erga primogenitum, & non circa extraneos desumitur tota ratio excludendi omninò filios institutos, præferendo natu maiorem in *dict. §. 3. juncto §. 2.* quando omnes extraneos institutos admittit ad Emphyteusim in *dict. §. 1.* quam quidem rationem dispositionis tam mirabilis secutus fuit doctissimus *Cald. de nomin. dict. quest. 11. num. 9. & dict. quest. 13. num.*

36. & num. 38. aliam non assignando; nec alius, quem videre possumus, aliam assignavit.

Jam vero ad rationem veram.

80 **V**eram igitur rationem differentiat, & decidendi ad prædictas Regias sanctiones invenies, benigne Lector, & concludenter assignabis, si sententiam, quam *dubit. præcedent.* secuti sumus, non despexeris: ubi defendimus filios, & descendentes succedere in Emphyteusi, non ex tacitâ nominatione patris Emphyteutæ, ut suadebat in disputata sententia, de qua ibi; sed succedere ex ipsa vocatione domini concedentis, & ex contractu primi stipulantis, prout ibi latè defendimus: ex quò ad rationem, quam quærimus, venit inferendum.

81 Ex eo enim, quòd Emphyteuta filios habet, quanvis in Emphyteusi non faciat ullam nominationem, nec ex institutione fictè præsumatur, sine dubio filius successurus erit natu maior in forma *Ord. hoc tit. 36. §. 2.* non ex aliqua ficta nominatione, sed ex vi contractus, & vocatione concedentis domini, ut ostendimus *dict. dubit. 23.* Ac perconsequens nullatenus Emphyteusis finitur, nec devolvitur ad dominum, filiis existentibus, quia semper ex iis primogenitus succedit ex *dict. §. 2.* per vocationem domini.

Ergo in terminis *Ord. dict. §. 3.* non debuerat Legislator noster fingere nominationem ex actu institutionis, quando per existentiam descendendum nunquam Emphyteusis extingueretur, & quando, ne Emphyteusis finiretur, Legislator creditur fictionem nominationis induxisse ex facto institutionis, prout in *§. 1. Cald. de nominat. quest. 13. num. 35. & num. 38.* prout diximus supra *num. 41. & 47.*

82 Cum ergo deficiat, & omninò fileat in forma *dict. §. 3.* tota ratio inducendi nominationem fictam, quæ deducitur ex institutione hæredum descendendum, vel ascendendum, quando nullatenus Emphyteusis finienda erit, nec

devolvenda, quia descendens erit successurus: & cesset omnino æquitas fingendi nominationem ex institutione, quando Emphyteusis non finitur; per consequens cessare debuerat in terminis *dict.* §. 3. fictio aliqua sine æquitate, nec necessitate: *ex text. in l. nec ei 17. §. Et primum ff. de adoption. Et in l. ille. §. Cum in verbis ff. de legat. 3. tenet Vivian. in cap. 2. de rescript. §. Ordo in fin. Aegid. in l. ex hoc jure ff. de just. Et jur. 2. part. cap. 13. clausul. 15. num. 13. Et 15. cum Bart. Valens. conf. 23. num. 79.*

83 Imò iniquitas resultaret, si filiis institutis in hæreditate sine nominatione expressa in forma *dict.* §. 3. Legislator noster ibi induceret nominationem fictam, quando Emphyteusis nunquam finiretur: quia filius primogenitus vocatus à jure, & à domino concedente, ut ostendimus *dubit. 23.* teneretur solvere portiones Emphyteuticas fratribus suis ex eo solo fundamento, quòd Legislator eos finxisset nominatos per institutionem in hæreditate, quando nulla adest necessitas inducendi fictionem. Et ex hoc præjudicio erga primogenitum non debuerat Legislator fingere nominationem ex institutione, ut dicebamus suprà *num. 43. cum Molin. de primogen. lib. 3. cap. 12. num. 7. Carleval de judic. tit. 1. disp. 2. numer. 326. Et aliis.*

84 At vero in terminis, quibus extranei instituuntur hæredes, de quo Regia sanctio *dict.* §. 1. ideo Legislator finxit nominatos esse eos, qui instituti inveniuntur, quia postulabat æquitas, ut pro nominatis haberentur illi, qui sunt instituti, ne scilicet in defectu descendentium, & ascendentium Emphyteusis finiretur fortasse meliorata: *Cald. dict. quest. 13. dict. num. 38.* diximus suprà *dict. num. 47.*

85 Confirmatur ratiocinatio nostra ex verbis ipsarum legum, quibus cum mysterio videtur locutus fuisse Legislator noster: quia in §. 1. ubi extranei

inveniuntur instituti hæredes, ostēdit eos per fictionem cenferi nominatos; ut patet ibi: *E ficando no testamento do foreiro muitos herdeiros estranhos, que não sejam ascendentes, ou descendentes todos se entendem ser nomeados ao foro.*

86 At vero in §. 3. ubi descēdentes inveniuntur instituti hæredes, nullum adest verbum, ex quo deduci possit Legislatorem induxisse nominationem fictam, ut supponit divinatoria intelligentia, de qua *Cald. suprà citatus num. 70.* Imò ex diversa phrasi reducit Legislator casum nominationis ab intestato, ut patet ibi: *E se o foreiro fazendo testamento instituir seus descendentes, ou ascendentes, se terá a maneira acima dita, quando morre ab intestado.* At si nulla adsit nominatio Emphyteusis: & ideo jubet observare dispositionem, de qua ab intestato in *dict. tit. 36. §. 2.* ubi non succeditur ex fictione, nec præsumpta nominatione, sed ex sola vocatione domini concedentis, ut diximus *dubit. præced.* inducendo ibi à *num. 22. Et 23.* verba *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.*

87 Concludimus igitur, quod in terminis *dict.* §. 1. ideo inducitur nominatio ficta ex institutione, quia postulabat æquitas, quod cessante domini utroque præjudicio, induceretur, & fingeretur nominatio, ne extingueretur Emphyteusis. At vero in terminis *dict.* §. 3. cessabat æquitas, ut induceretur fictio, seu nominatio ficta, quando primogenitus vocatur à jure, & domino concedente ex vi contractus, ex quo nunquam extingueretur Emphyteusis: sine æquitate autem non datur fictio: ex DD. quos citavimus suprà *num. 82.* quibus adde *Mend. Aronc. alleg. 2. num. 26.*

88 Itaque in *dict.* §. 1. datur nominatio, quanvis ficta à Legislatore, & ideo omnes nominati habent portionem, excludo domini præjudicio in totum, ut patet ex fine ipsius textus. Ast in *dict.* §. 3. non datur nominatio aliqua, quia lex ibi non fingit ex defectu necessitatis, & æqui-

§. 9.

æquitatis : & ideo nullus filiorum , qui sunt instituti , habet jus in Emphyteusi ex nominatione , quæ non adest , nec fingitur . Nec etiam jus habet ex institutione , quia hæc sine fictione non comprehendit Emphyteusim , quia non est hæreditas , sed solum res est , quæ capitur à domino concedente : cum *Valasc. cons. 61. num. 11. Pereyr. decis. 25. numer. 9. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 399. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 2. numer. 18.*

89 Neque dicas , quod etiam in terminis , de quibus Legislator *dict. tit. 36. §. 2. in princip.* postulabat æquitas , ut fingeretur nominatio , nempe in persona venientis ab intestato , ne scilicet Emphyteusis extingueretur , quando etiam pro eo urgent plurima fundamenta , de quibus latè *Cald. de nominat. dict. quest. 7. à num. 47. cum sequentib.* Cujus tamen contrarium invenimus decilum ibi : *Efnandose o foreiro ab intestado nam nomeando alguma pessoa ao foro , & sem berdeiro descendente , ou ascendente , si que o foro devoluto ao senhorio : exornat Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 71.*

Respondetur enim non inveniri ibi factum aliquod , ex quo Legislator potest inferre ad nominationem , seu illam fingere , sicut in terminis , de quibus *dict. tit. 36. in princip. & in §. 1.* ubi invenit testamentum , & institutionem , ut dicebamus *dub. 23. numer. 64. & sequentib.* Et quanvis in terminis §. 3. inveniretur factum institutionis , ex quo inferri possit ad fictionem nominationis , cessavit tamen æquitas , quia extantibus filiis non finiretur Emphyteusis , & ideo non admittitur fictio : nec cæteris filiis institutis fit injuria , quando non dicuntur nominati , quia pater omisit nominationem , & lex eam non fingit sine necessitate :

ex *DD. citatis supra num. 82.*

§ 87.

90 **I**nfertur nono ad casum , de quo *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 3.* ubi Legislator jubet observari dispositionem tanquam ab intestato , ut scilicet succedat primogenitus in forma §. 2. etiam quando pater Emphyteuta filios instituendo disposuit de tertia : patet ibi : *Postoque no ditto testamento deixe sua terça a outra pessoa : de quo ex professo agit Cald. de nomin. quest. 11. à num. 16. cum sequentib. & egerat dict. tract. quest. 9. à princip.*

91 In quo si admittamus , quod testator Emphyteuta tertiam relinquit titulo institutionis , ut facere potest , & fatetur ipse *Caldas dict. quest. 9. à numer. 5. & dict. quest. 11. numer. 17. cum Cost. in l. Gallus §. & quid si tantum ff. de liber. & posthum. & ex aliis tenet Valasc. de part. cap. 19. num. 4. & numer. 13. & 15. Reynos. observ. 20. numer. 6.*

92 Videbatur dicendum institutum in tertia defuncti censei nominatum in Emphyteusi ; quia scilicet testator Emphyteuta alia bona non habebat plusquam tertiam bonorum : cætera enim bona debita sunt filiis : ex *Ord. lib. 4. tit. 82. Caldas dict. quest. 11. numer. 16. Valasc. de part. dict. cap. 19. numer. 1.* Et ideo instituto , & honorato in tertia , tanquam magis dilecto , Emphyteusis adjudicari debuerat : profequitur *Caldas dict. quest. 11. numer. 16. & 17. inducens Ord. dict. tit. 36. in princip. ibi : in solidum.*

93 Cum tamen Legislator noster *dict. tit. 36. dict. §. 3.* contrarium disponat , ut patet in verbis supra repetitis : respondet *Cald. dict. quest. 11. dict. numer. 17.* institutum in tertia haberi loco legatarii , cum habeat in terminis illius §. 3. descendentes institutos hæredes universales : ex *text. in l. 1. §. Si ex fundo ff. de hæredib. instit. & dixerat eodem tract. de nominat. dict. quest. 9. num.*

numer. 5. & 10. dicit etiam Valasc. de jur. Emphyt. quest. 43. num. fin. ad fin.

94 Quæ quidē ratio decidendi, quam dicit esse in promptu Cald. dict. num. 17. bene ostendit fundamentum, ex quo institutus in tertia non censetur nominatus in Emphyteusi, quia non est hæres in solidum ex Ord. dict. tit. 36. in princip. Sed non ostendit quare non censeatur nominatus talis institutus, qui censetur magis dilectus, & honoratus, & qui institutus est in solidum in bonis, quæ defunctus habebat, quæ solam tertiam partem comprehendebant; ut punxerat Cald. dict. quest. 11. num. 16

95 Melius ergo respondendum videtur ex veriori sententia, quam secuti sumus dubit. preced. quia, ut supra sæpius diximus, cum in terminis dict. §. 3. de quibus agimus, Emphyteuta habeat descendentem, qui ex vocatione domini concedentis semper successurus erit, non datur æquitas, neque necessitas, ut Legislator ex aliqua, quæcunque sit, institutione fingat nominationem, quando Emphyteusis non extinguatur, stante filio, qui succedat; ut latius dicebamus supra à num. 80. cum sequentibus.

§. 10.

96 Infertur decimo, sive ampliantur, quæ proximè diximus in casu, quo pater Emphyteuta in terminis dict. §. 3. filios instituendo, relinquit tertiam alicui de liberis: qui videtur casus omisus in prædicta Ord. dum solum loquitur de casu, quo tertia relicta sit alicui extraneo, qui non sit descendens: patet ibi: *Postoque no ditto testamento deixe sua terça a outra pessoa, que nam seja descendente, nem ascendente.*

97 Ex quibus verbis videtur Emphyteusis concedenda filio, cui tertia relicta fuit, tam ex præsumpto amore, quia fuit honoratus, & quanvis junior, magis dilectus ex institutione, quàm ex eo, quod ex serie verborum dict. §. 3. desumi

potest argumentum à contrario sensu, prout in praxi respondisse peritissimos fatetur Cald. dict. quest. 11. numer. 18. argumentum autem à contrario sensu ita concludit, ut contrarius sensus legis pro lege habeatur: Reynos. observ. 42. numer. 13. ex text. in l. qui testamento §. Mulier ff. de testam. Valasc. de partit. cap. 16. num. 26.

98 Cui quidem fundamento, & argumentationi ita nervosè respondet Cald. dict. quest. 11. dict. numer. 18. ut intelligere non possim (ingenue fateor) quid respondere voluisset: quando melius, & concludenter responderi potest ex ipsa lege in dict. §. 3. in qua (ni fallor) comprehenditur is ipse casus, sive questio ipsa, de qua agimus, & egit Cald. dict. quest. 11. dict. num. 18.

99 Loquitur enim Legislator noster per verbū ibi: *Postoque*; quod ex sui natura comprehendit casum minus dubitabilem, quem supponit, & exprimit alium magis dubitabilem casum: Molin. de Gufman de verit. jur. verit. 28. numer. 7. Gutier. pract. lib. 2. quest. 80. numer. 8. & quest. 85. numer. 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. numer. 25. Thom. Vas in reform. just. §. 7. num. 66. Reynos. observ. 61. num. 11.

100 Casus igitur minus dubitabilis, de quo tacite loquitur Legislator noster in prædicta oratione ex verbo ibi: *Postoque*, verificatur quando pater Emphyteuta instituit etiam in tertia aliquem ex liberis, sive descendentibus: in quo indubitanter supponit nō esse successurū in Emphyteusi filium in tertia institutum, ex defectu scilicet nominationis, quam lex non fingit in casu, quo instituuntur descendentes, ut sanxerat in principio ipse §. 3. & diximus supra à numer. 81. & 82.

101 Verificatur enim eadem ratio decidendi quando filius instituitur universaliter, atque quando instituitur in tertia: quia in quibuscunque terminis semper cessat æquitas, & necessitas cessat fingendi nominationem ex institutione,

ne,
no
pra
co
uno
in l
nat
ver
lud
10.
26.
29.
I
que
nat
ext
tuit
min
Leg
in j
tus
fit i
tue
ra
ver
no
num
92.
occ
dic
scil
nen
qui
stit
dun
fita

§. II.

ne, quando datur filius vocatus à domino concedente, ut defendimus *dubit. preced.* & supra sæpius diximus: ac per consequens datur eadem dispositio in uno, sicut in altero casu: ex regula *text. in l. illud. ff. ad leg. Aquil.* quam exornat *Molin. de Gusman. de veritate jur. verit. 26. num. 34. Portug. lib. 1. præ-lud. 2. §. 6. numer. 44. & 2. part. cap. 10. numer. 110. & 112. & part. 3. cap. 26. numer. 37. Maced. decis. 1. numer. 29.*

102 Casus autem magis dubitabilis, quem ideo expressit Legislatoꝝ noster ex natura verbi ibi: *Postoque*, est quando extraneus, qui non sit descendens, instituitur in tertia: an scilicet censeretur nominatus in Emphyteusi? Quia sanxerat Legislatoꝝ *dict. tit. 36. in princip.* quod in *solidum* institutus censeretur nominatus: & cum institutus in tertia dici possit institutus in *solidum*, quia pater instituens alia non habebat bona, cum cætera alia dicantur legitimæ filiorum, in quo versabatur ratio dubitandi, prout optime notavit *Cald. de nomin. dict. quæst. 11. numer. 16.* & dicebamus supra numer. 92.

103 Ideo huic magis dubitabili casui occurrit Legislatoꝝ expresse *dict. §. 3. à dict. verbo ibi: Postoque* decernendo scilicet non habere locum nominationem fictam ex institutione desumptam: quia licet aliquo modo dici posset institutus in tertia esse institutus in *solidum*, cessabat tamen æquitas, & necessitas fingendi nominationem, quando Emphyteusis non extingueretur, stante filio, qui successurus est ex vocatione domini, ut defendimus *dubit. præ-*

ced. & diximus

supra sæpe

sæpius.

(:.)



104 Infertur undecimo ad casum, quem de facto vidi, dum hæc scriberem, quanvis quotidianus non sit: quando scilicet Emphyteuta filium natu maiorem legitime exhæredavit propter aliquam ex illis causis, de quibus *Ord. lib. 4. tit. 88.* de cuius materia *Ribeyr. Nett. in comentar. jur. civil. tit. 1. cum sequentib.* latius *Pinbeyr. de testam. disp. 5. sect. 3. §. 6. & 7. & 8.*

105 Et filiam instituit hæredem in *solidum*, excluso, ut diximus, masculo primogenito: & in eodem testamento nullam Emphyteusis mentionem fecit, nec nominavit. Quisnam scilicet eorum successurus est in Emphyteusim? filius ne exhæredatus, quia primogenitus, an potius filia, quia hæres universalis instituta?

106 Pro filia primo pugnat *Ord. lib. 4. tit. 36. in fin. princip.* ubi hæres in *solidum* institutus habetur pro nominato: patet ibi: *Se o que assi tomar a possessam de foro antes de sua morte fizer testamento, em que faça, & deixe certo herdeiro em seus bens in solidum nam nomeando certa pessoa ao foro, o que ficar herdeiro na herança do defuncto fica nomeado ao foro.*

107 Pugnat secundo etiam pro filia, quod in prædicto casu, cum sit in omnibus instituta, & honorata, censeretur magis dilecta, quàm filius exosus, & exhæredatus; ac per consequens censeretur nominata ex præsumpto amore patris Emphyteutæ: ex iis, quæ *Cald. de nomin. quæst. 11. numer. 16. & 17.* Et ita responderet pater Emphyteuta, si interrogaretur: idem *Cald. de nomin. quæst. 12. Portug. 3. part. cap. 15. numer. 11.* Et est argumentum regulare: *Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 6. numer. 157 Portug. 2. part. cap. 11. numer. 88.* extollit *Ægid. ad l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio numer. 36. versic. Sed ego.*

108 Pugnat

108 Pugnatur tertio, quod, etsi filius exheredatus possit succedere in Emphyteusim: ut cum *Valasc. de jur. Emphyt. quest. 45.* tenent *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. à numer. 14. & 15. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 96.* quamvis eum tanquam inhabilem, & incapacem excludat *Cald. de nomin. dict. quest. 12. à num. 51. cum sequentib.*

109 Hoc procedit, quando ulla alia non datur nominatio, sed ipse exheredatus filius Emphyteusim petit ex defectu nominationis, quam supponimus non fecisse patrem Emphyteutam, qui filiam instituit, & filium exheredavit: & ita supponunt prædicti DD. præcipue *Pegas dict. cap. 28. numer. 89.* At vero in casu, de quo agimus, datur nominatio Emphyteutæ per institutionem heredis universalis ex *Ord. dict. tit. 36. in princip.* & contra nominationem Emphyteutæ non potest succedere filius, qui contra se habet expressam voluntatem nominaturi patris.

110 Pro filio tamen urgentius pugnatur, quod cum pater Emphyteuta in testamento descendantem filiam instituisset, non potest ex eo deduci ad nominationem fictam, sed casum decidere debemus ab intestato: juxta expressam *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* ubi lex non fingit nominationem ex institutione descendantium, quia nunquam filiis existentibus extingueretur Emphyteusim, ut latè diximus supra à *numer. 81. cum sequentib.*

111 Cum ergo propter exheredationem filius non habeat impedimentum juris, ut tenent *Pinbeyr. & Pegas supra citati*, optimo jure succedit in hoc casu filius primogenitus, quando non adest nominatio Emphyteusim expressa, quia pater cum posset, non nominavit; nec etiam adest nominatio ficta ex institutione, quia Legislator *dict. §. 3.* non fingit nominationem in hoc casu, ut sæpius diximus: & adest pro filio masculo vocatio domini, ex qua succedit, & non ex nominatione præsumpta, ut defendimus

dubit. præced.

112 Eò vel maxime, quando in propositis terminis pro filio adest conjecturata concedentis voluntas, qui dum res tradit meliorandas, potius censetur concessisse pro masculo, qui à communiter accidentibus aptior est ad prædictum intentum domini concedentis, quam pro foeminis, quæ communiter non sunt industriosæ, imò in sua incommoda ruunt, ut consideravit *Gabr. Pereyr. decis. 77. numer. 5.* & novissime doctissimus *Gomes de Moraes de execut. lib. 2. cap. 8. num. 15.* de quo latius *dubit. 29. numer. 57. & 58.*

113 Neque obstat *Ord. dict. tit. 36. in princip.* pugnans pro filia in solidum instituta, quia procedit quando extraneus instituitur, & non quando instituitur descendens, ut bene expressit Legislator *dict. tit. 36. §. 1. & §. 3.* de quo agimus, & diximus supra sæpius. Nec etiam obstat sententia, quam sequitur *Cald. de nomin. dict. quest. 12. à numer. 51.* suadens filium exheredatum esse inhabilem ad succedendum in Emphyteusim, quia hæres non est. Respondetur enim, veriorē esse sententiam contrariam, quam defendimus *dubit. 22. & latius dubit. 25. à num. 80. cum sequentib.*

114 Limitanda venit prædicta resolutio, quando Emphyteusim sit hæreditaria; in qua si filius exheredatus succedere non potest sine qualitate heredis: ut cum *Molin. de justit. disp. 477. numer. 4. & Valasc. de jur. Emphyt. quest. 45.* tradit *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 14.* & cum *Cald. de potest. elig. cap. 17. numer. 42. Pegas tom. 2. forens. cap. 9. num. 27. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 24.*

115 In quo casu filia instituta in hæreditate succedere debet in Emphyteusim, non ex eo, quod instituta sit, & per consequens censetur nominata: quia scilicet institutis descendantibus, nunquam lex fingit nominationem, ut probat *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* & supra diximus à *numer. 81. cum sequentib.* Sed ex eo succe-

succedere debet, quia nominatio Emphyteusis in his terminis devolvitur ab intestato, ut exprimit Legislator *dict. §.* & successura venit filia, quæ habet qualitatem hæredis ex *Ord. illo tit. §. 2.* & non filius exhæredatus, qui succedere nequit, ut proximè diximus cum *Pimbeyr. & Pegas, & Guerreyr. dict. cap. 8. dict. num. 24.*

§. 12.

Infertur duodecimò ad casum, de quo *Cald. de nomin. dict. quest. 11. num. 11.* quando scilicet pater Emphyteuta instituit filios non collectivè, sed per ordinem, & nominatim; v. g. instituendo hæredes, Petrum juniorem, & Paulum primogenitum: in quibus terminis asserit *Cald. ibi:* successurum fore natu minorem, excluso primogenito, quia priùs vocatus censetur magis dilectus, sumpto argumento ab ordine literæ: ex *text. in l. quoties 41. ff. de usufruct. cum plurib. aliis*, ostendit latè *Cald. de nomin. quest. 10. num. 38. & 40. ubi in fin.* tradit judicatum, & ita intelligendam esse *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* asserit *Cald. dict. quest. 11. dict. num. 11.*

I17 Contrarium etenim tenendū est ex vera intelligentia ipsius *Ord. dict. §. 3.* de qua supra *a num. 83. cum sequentib.* juncta veriori sententia, quam secuti sumus *dubit. præcedenti*, ex qua prosequimur inferendo; quia scilicet, cum in proposito casu pater Emphyteuta filios instituit hæredes, & filios habebat, non fingit Legislator ullam nominationem ex institutione in *dict. §. 3.* quia cum adsint filii, qui successuri sint ex vocatione domini, & vi contractus, non datur necessitas inducendi fictionem, sive nominationem fictam, siquidem non extinguitur Emphyteusis: ut ostendimus supra *a numer. 41. & 47. & a numer. 81. cum sequentib.*

Et cum lex non distinguat inter modos instituendi, nec *Caldas supra* distin-

guere debuerat, nec admittere fictionem nominationis sine lege, quæ solū fingere posset, quod non facit in his terminis: ex *l. si forte ff. de castrens. pecul. cum Bart. tradit Aegid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio sub num. 18. versic. qua etiam cum pluribus Valasc. consil. 97. num. 61. ubi etiam citat Valasc. cons. 148. num. 8.*

I18 Confirmatur, quia, si in casu proposito admittimus sine lege unam fictionem nominationis deductam ex institutione, ut voluit *Cald. supra*: aliam admittimus circa præferentiam deductam ex ordine literæ, quia solum per argumentum fingimus magis dilectum priùs institutum, cum veritas possit esse in contrarium, ut in casu proposito, in quo etiam pro primogenito pugnat non levis, imò fortasse maior præsumptio amoris: cum *Tiraquel. de primogen. in præfat. a num. 37. & plurib. aliis ipse Cald. de nominat. quest. 13. num. 34. & de potest. elig. cap. 11. num. 25. in fin.*

I19 Duas autem fictiones in eodem casu non admittendas tradit is ipse *Cald. de nomin. quest. 7. num. 21. & 35. & quest. 8. n. 2. & alibi, ut diximus supra num. 76.*

Ex quo etiam suspecta videtur limitatio, quam tradit faciendam esse ad *Ord. dict. tit. 36. §. 1.* ipse *Cald. dict. quest. 11. num. 10.* ubi quod institutis pluribus extraneis nomine expresso, præferendus erit primo vocatus: admittit enim primam fictionem, dum ex institutione fingitur nominatio: secundam admittit ex modo vocationis, desumpto argumento ab ordine literæ, ut legem non distinguentem limitare possit.

I20 Quod, si in testamento, Emphyteuta nominavit expresse Emphyteusim, plures vocando nomine proprio, tūc quia non est necessaria fictio nominationis, procedere potest illa unica fictio deducta ex argumento, sive ex ordine literæ, ut tenet *Valasc. 1. part. cons. 71. numer. 11.* quanvis contrarium judicatum fateatur, *ibidem*, & sequatur *Pimbeyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 3. num. 38.* de quo *Barbos. ad Ord. lib. 4. tit. 37. in princip. num. 3.*

§. 13.

121 **I**nfertur decimo tertio ad rationem decidendi, ex qua filius naturalis patris nobilis succedit ab intestato in Emphyteusim, excluso ascendente, in terminis *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. §. 4.* de quo, cum alia involvat dubitanda, hæsitandum venit *dubit. sequent.* inquirendo scilicet.

DUBITATIO XXV.

Quare filius naturalis patris nobilis succedat in Emphyteusi ab intestato, excluso ascendente?

Ad Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.

SUMMARIUM.

- 1 **S**oli præceptores reddere possunt rationem decidendi ad dict. *Ord. exorbitantem.*
- 2 Referuntur *DD.* qui ex professo rationem decidendi omiserunt.
- 3 Utile est in praxi scire rationes decidendi.
- 4 Prædictæ tamen *Ord.* est difficilis ratio decidendi: & numer. sequentibus.
- 6 De jure Regni ut quis censeatur nominatus debet esse institutus.
- 7 Filius naturalis patris nobilis non potest institui, existentibus ascendentibus.
- 8 Nominati censentur de jure cõmuni venientes ab intestato.
- 11 Filius nobilis in formâ *Ord. lib. 4. tit. 36. dict. §. 4.* quod censeatur nominatus, tenent aliqui.
- 13 Emphyteutâ decedente sine nominatione, Emphyteusis consolidatur.
- 15 Assignatur vera ratio decidendi ad *Ord. dict. §. 4. & num. sequent.*
- 16 Naturalibus non deficit ratio filiationis.
- 17 Ex qua successibiles sunt in Emphyteusi.
- 19 filius capit à domino concedente.
- 21 Patre non nominante, dicitur filius jus quæsitum.
- 23 Legislatores noster noluit prohibere, quod filii naturales caperent à domino concedente.
- 24 Filius naturalis natu maior an præferatur legitimo juniori, seu femine legitime? & num. seq.
- 26 Naturales non habent impedimentum juris ad succedendum in Emphyteusi: & num. 32.
- 27 Nobilis magis abhorret libidinem.
- 29 Concedens primò cogitasse de ascendentibus, quàm de naturalibus censetur.
- 30 Solum cogitat de descendentibus, qui sunt aptiores ad meliorandas res.
- 37 Filius legitimus ex filio naturali præferatur patri in Emphyteusi & num. seq.
- 40 Impugnatur *Ægid. & numer. 41. & seq.*
- 43 Quid, si concurrat filius naturalis cum nepote legitimo, qui descendit ex filio legitimo?
- 46 Repræsentatio non habet locum in successione Emphyteusis.
- 52 *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4. ibi:* Nam habendo descendente legitimo, illustratur.
- 53 Leges non utuntur verbis superfluis.
- 56 Quid, si concurrat nepos legitimus ex filio naturali cum nepote naturali ex filio legitimo?
- 57 Resolvitur quæstio: & num. 58.
- 59 Quid, quando concurrat nepos legitimus ex filio legitimo, vel nepos cum nepote natu majori ex filio naturali

- naturali?
- 60 Quid, quando concurrunt nepotes omnes legitimi? Remissive.
- 61 Dispositio Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. solum procedit, quando non adest hæres institutus.
- 62 Ex institutione hæredis infertur ad nominationem Emphyteusis.
- 63 Verbum omne comprehendit omnia, quia nihil excludit.
- 64 Inducitur, & explicatur Ord. lib. 4. tit. 36 §. 4.
- 65 Refellitur Pegastom. 1. de majorat. cap. 5. num. 59.
- 67 Sine equitate, & necessitate non datur fictio.
- 68 Emphyteuta nobilis potest instituere hæredem extraneum, omissio filio naturali.
- 69 Quis autem in casu proposito successurus sit in Emphyteusi? non satis liquet: quia videtur casus omissus in Ord. lib. 4. tit. 36.
- 70 Filius successurus in Emphyteusi debet habere qualitatem hæredis: ex Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.
- 71 Emphyteusis non nominata debetur hæredi scripto.
- 72 Emphyteuta, qui non nominavit, noluisse creditur.
- 73 Filius naturalis succedit in Emphyteusi, quanvis pater nobilis instituat extraneum hæredem, & num. 74. & 75.
- 76 Non dicitur casus omissus, quem comprehendit legis ratio decidendi.
- 77 Ut quid fundet in institutione descendendum Ord. lib. 4. tit. 36. §. 3?
- 78 Ascendentes fortius jus habent ad successionem, quam filius naturalis.
- 79 Filius non debet esse hæres, ut succedere possit in Emphyteusim, & numer. 80.
- 81 Deducuntur præcipue conclusiones ex Ord. lib. 4. tit. 36. & numer. sequentibus.
- 82 Arubrica venit lex intelligenda: & numer. 85.

- 87 Illustratur Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. ibi: E sem herdeiro descendente. Et numer. sequentibus.
- 92 Non est sumenda interpretatio, ex qua inducenda sit legum correctio.
- 96 Institutus hæres in re certa habetur loco legatarii, quando datur hæres universalis.
- 97 Legatarius succedit in Emphyteusi, tanquam nominatus.



NON me latet, quod soli Præceptores sapientissimi rationes decidendi edocere possunt, ut sentit Doctissimus Cald. de nominat. quest. 12. num. 56. præcipue ad Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. quando eam dicunt exorbitantem, & temerariam illi, quos tacito nomine refert ipse Cald. dict. quest. 12. numer. 55. ubi numer. seq. plura tradit, ut Legislatorem nostrum defenderet.

2 Sed quia de ea sermo est, & ne sicco pede transeamus, quando ad eam demonstrandam infertur ex dictis dubit. 23. & 24. & quando illam vidimus omittere in terminis Ægid. de privileg. honest. artic. 16. numer. 10. Pinhey. de Emphyt. disp. 6. sect. 1. num. 9. Cald. de nomin. dict. quest. 12. à numer. 55. & etiam miratus lib. 2 forens. quest. 38. numer. 18. transit Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 81.

3 Ideo de investiganda prædicta ratione decidendi nobis nunc inferendum, & agendum erit: quia ex illius indagatione, & vera asssecutione profluunt in praxi utilitates, de quibus Barbos. in loc. comm. liter. R. à num. 8. cum sequentibus. Molin. de Gusman. de verit. jur. verit. 26. numer. 34. Portug. 2. part. cap. 10. num. 110. & 111.

4 Difficilis tamen redditur primo prædicta ratio decidendi ex iis, quæ dicebamus dubit. 18. præcipue à num. 12. quia scilicet nobilitas Emphyteutæ etiam coinquinatur in filio naturali successuro,

sicut ibi diximus de hæreditate : ex quo etiam succedere non deberet in Emphyteusi patris nobilis ex identitate rationis, & publici interesse, quæ eandem postulat dispositionem: ex vulgari regula, de qua *Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 2. num. 6.*

5 Unde vel manca, & insufficiens fuit illa ratio decidendi, quam assignavimus *dict. dubit. 18.* dum asseribamus filium genitoris nobilis non succedere in hæreditate, ne coinquinaretur nobilitas contra utilitatem reipublicæ; vel succedere non debebat in Emphyteusi, excluso ascendente nobili, ut disponit *Ord. hoc tit. 36. hoc §. 4.*

6 Secundo difficilis redditur ratio decidendi ex eo, quod de jure Regni, ut quis censeatur nominatus, debet esse institutus: ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. in fine princip. & dicebamus dubit. 22. numer. 4.*

7 Atqui filius naturalis patris nobilis non censeatur institutus, nec institui potest, saltem quatenus adsunt ascendentes, ex *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1. & 2.* Ergo talis filius non potest censeari nominatus, quando non potest esse institutus: sicut de spurio probat *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4. versic. fin.*

8 Tertio difficilis redditur ratio, quam quærimus, decidendi, quia, attento jure communi, censeantur nominati illi, qui veniunt ab intestato: *l. si quis cum nullo. L. conficiuntur 8. ff. de jur. codicil. Cancr. lib. 1. var. cap. 2. num. 116. & cap. 8. numer. 79. cum aliis Portug. 2. part. cap. 13. num. 25.*

9 Atqui vel ascendentes, vel, his deficientibus, cognati veniunt ab intestato successuri, & nunquam filius naturalis patris nobilis ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 92. §. 1. & 2.* Ergo talis filius succedere nequit, quia potius præsumuntur nominati venientes ab intestato: ut jam arguebamus *dubit. 22. à numer. 2. cum sequentibus.*

10 Quarto difficilis redditur ratio decidendi ex eo, quod hujusmodi filius

patris nobilis non potest acquirere per mediam personam patris ab intestato sine ejus institutione in defectu ascendentium *Ord. lib. 4. dict. tit. 92. §. 1. & 2.* quod est impedimentum legale de jure hujus Regni.

11 Atqui talis filius in formâ *Ord. hoc tit. 36. hoc §. 4.* censeatur nominatus à patre nobili decedente ab intestato, & ideo succedit: *Ægid. de jur. & privil. honest. artic. 16. num. 10. & numer. 13. Cald. de nominat. quæst. 12. numer. 54. & num. 59.*

12 Ergo jam filius patris nobilis acquirit per tacitam nominationem patris, quando illi est prohibitum acquirere per expressam institutionem, saltem quatenus adiunt ascendentes: ex *Ord. dict. tit. 92. dict. §. 1. & 2.*

13 Quinto redditur difficilis prædicta ratio decidendi, quia, Emphyteuta decedente ab intestato, sine nominatione, vel cum nominatione nullâ, Emphyteusis revertitur ad dominum concedentem: *Ord. lib. 5. tit. 6. §. 19. Portug. 3. part. cap. 22. num. 78. & ex Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. Gam. Caldas, Rebell. Thom. Vas, Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 71.*

14 Ergo cum *Ord. lib. 4. hoc tit. 36. hoc §. 4.* loquatur de patre ab intestato decedente, non ad filium naturalem, sed ad dominum directum reverturam Emphyteusim potius dicendum, & decidendum esset, cum talis filius hæres non sit: prosequitur *Cald. de nominat. quæst. 12. à numer. 26. usque ad numer. 54.*

15 Quibus non obstantibus, quæ arguunt rationem dubitandi, laperta, & justissima est ratio decidendi prædictæ Regiæ sanctionis, si eam primò acceptare velis, quam tradidimus *dubit. 11. num. 31. & dubit. 12. num. 56. & 57.* ubi diximus Legislatorem nostrum filios naturales legitimis fecisse æquales, sive eos ad statum juris naturalis reduxisse, quia in his Regnis cessavit omnino ratio decidendi Romanorum.

16 Imò esset iniquum excludere filios naturales à successione Emphyteuticis, quando nec illis deficit ratio filiationis; prout ex *Bart. & Bald. & aliis* sequitur *Valasc. de part. cap. 13. num. 171. & 173. Reynof. observ. 53. numer. 10. & 11.* Nec illis deesse præsumendum erat domini concedentis voluntatem saltem in defectu legitimorum: juxta ea, quæ *Cald. lib. 2. forens. quæst. 38. numer. 17. & numer. 19. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. numer. 61. versic. cæterum.*

17 Cum ergo Legislator noster hos filios æquavit legitimis, quoad successionem, nihil mirum, quod sicut legitimus filius excluderet ascendentes à successione Emphyteuticis; ita eos excludat naturalis, cum etiam sit filius in Emphyteusi successibilis, qui præfertur ascendentibus ex sola ratione filii per ea, quæ diximus *dubit. 24. à numer. 5. cum sequent.* & ita est de mente illorum, quos citato nomine refert *Cald. de nominat. quæst. 12. numer. 55. & 56. cum Gam. decis. 229. num. 1. ut dicebamus dubit. 22. num. 13.*

18 Neque obstat, quod prædicta ratio decidendi procedit in filiis plebeiorum, qui legitimis æquantur in successione ex *Ord. lib. 4. tit. 92.* ut diximus *dubit. 11. & 12.* non vero in filiis equitum, de quibus loquimur in præsentibus, & circa quorum successionem viget illa ratio decidendi, ex qua non præferuntur ascendentibus ex *dict. Ord. §. 1. & 2.* ne scilicet in illis coinquinetur nobilitas in præjudicium reipublicæ, ut diximus *dubit. 18.*

19 Respondetur enim primo, quod filius non capit Emphyteusim à patre nobili ab intestato decedente, sed eam capit à domino directo, ut regulare est in materia Emphyteutica, prout tenet *Caldas de nomin. quæst. 10. numer. 3. Valasc. tom. 1. conf. 61. num. 1. Carvalh. in cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. num. 175. Pinbeyr. de Emph. disp. 6. sect. 2. num. 18.*

20 Ac perconsequens, cum bona Emphyteutica non sint ipsius patris, nec à maioribus provenientia, sed à domino concedente, non possumus dicere, quod nobilitas domini coinquinatur per Emphyteutam naturalem, nec quod parentum nobilitas per successionem Emphyteuticis coinquinetur.

21 Respondetur secundo, quod patre non nominante ad successionem Emphyteuticis, dicitur filiis jus quæsitum, quia censentur à domino imprimis vocati, ut diximus *dubit. 23. à numer. 12. cum sequent.* & veriore dicit *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. numer. 61. versicul. cæterum. Cald. 2. forens. quæst. 38. numer. 17.*

22 Huic ergo juri quæsito noluit Legislator, quando naturales æquavit legitimis, præjudicare: nec potuit sine publico reipublicæ interesse: *Valens. consil. 99. numer. 14. Carvalh. in dict. cap. Raynaldus 1. part. sub num. 235. & 237. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 93.*

23 Quod quidem reipublicæ interesse non potest considerari in bonis Emphyteuticis, quia non omnes nobiles sunt Emphyteutæ, nec omnis reipublica gubernatur ab Emphyteutis: ex quo Legislator noster noluit prohibere, quominus filius naturalis capere possit à domino concedente: in simili *Agid. de jur. & privileg. honest. artic. 16. numer. 11. & quæ Pater Pinbeyr. de Emphyteusi disput. 5. sect. 3. numer. 61. versic. cæterum.*

24 Neque etiam, secundo obstat, quod stante prædicta ratione decidendi, bene infertur, quod, si Legislator noster quoad Emphyteusim, quæ capitur à domino concedente, fecit successibiles hos equitum filios naturales ex cessante ratione, per quam eos excluderat, ut diximus: infertur, inquam, quod si extiterit filius naturalis primogenitus, & natu maior, & insimul cum illo concurrat filius legitimus natu maior, seu foemina legitima, præferendus erit naturalis natu maior

maior ex *Ord. hoc tit. 36. §. 2.* quando Legislator eos fecit æquales, ut proxime dicebamus.

25 Quod quidem falsum est ex dispositione *Ord. hoc tit. 36. hoc §. 4.* ibi: *E nam havendo descendente legitimo:* ex quo manca, & falsa videbatur ratio decidendi, quam huic *Ord.* tribuimus hucusque.

26 Respondetur namque Legislatorem nostrum, etsi fecisset naturales filios æquales legitimis, sicut erant ex jure naturæ, potuisse sane remove impedimentum juris civilis à cessante ratione, si quod habebant quoad successionem Emphyteuticam, quod quidem, & bene negat *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 5. numer. 136.* *Caldas* citatus infra *numer. 32.* & *Oliva*, quibus adde *Phab. 2. part. decis. 160. numer. 3.*

27 Sed non potuit, seu noluit Legislator præjudicare juri quæsito, quod legitimis descendentes provenit in his terminis, non ex dispositione legis, sicut in hæreditatibus, ubi latiores habere potuit Legislator habenas; sed quod illis provenit, ex dispositione hominis concedentis Emphyteusim; qui quidem semper cogitasse præsumendus est, & concessisse primò pro legitima prole intuitu sancti Matrimonii concipienda, quàm de filiis in concubinato concipiendis: præcipue in nobili, qui magis observat castitatem, & abhorret libidinem; si credendum est illis, de quibus *Cald. de nominat. quæst. 19. numer. 34.* & melius *numer. 29.* ita *Flores ad Gam. decis. 2. numer. 1.* in terminis ipse *Caldas de nominat. quæst. 21. numer. 45.*

28 Et ad hoc respexisse videtur Legislator noster, dum in hoc speciali casu ex speciali ratione æqualem non fecit filium naturalem proli descendenti legitimæ; quia scilicet esset contra præsumptam domini concedentis mentem: & etiam contra nominaturi patris voluntatem, qui etiam censendus erat primò nominaturus legitimos descendentes, quàm naturales, stante opinione inducendæ

nominationis tacitæ, de qua *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.* *Portug. 3. part. cap. 15. numer. 9.* *Valasc. 2. part. conf. 147. numer. 1. §. 2.* *Pegas de maioratibus tom. 1. cap. 4. numer. 315.* & alii citati *dubit. 23. numer. 11.*

29 Adhuc tandem obstare videtur, quod etsi hucusque tradita concludant rationem, ex qua filius naturalis equitis succedere debeat in defectu legitimorum, adhuc non convincit, nec demonstrat, quare exclusurus sit ascendentes, quando etiam de eis primò cogitasse censendus est dominus concedens, quàm de filiis in concubinato susceptis, ut proxime dicebamus: & tenet *Cald. de nominat. quæst. 12. numer. 54. versic. fin. §. lib. 2. forens. quæst. 38. numer. 19.*

30 Respondetur tamen dominum concedentem censi semper concessisse pro descendentes: ex *text. auth. de non alienandis, aut permut. reb. Eccles. §. Emphyteusim, collat. 2.* ut diximus *dubit. 23. a numer. 13. §. 14.* & solum de descendentes cogitasse censendus est, ut prosequitur late *Cald. de nomin. quæst. 12. a numer. 29. cum sequentib. Valasc. de jur. Emph. quæst. 39. numer. 9.* qui quidem descendentes à communiter accidentibus aptiores sunt ad res Emphyteuticas meliorandas; ut diximus *dubit. 24. a numer. 5. §. 7. §. 8.*

31 Unde cum filii semper in mente, & concessione domini præferantur, ac si solum pro eis concederet, noluit Legislator filiis ita vocatis primò à concedente præjudicare cum præferentia ascendentium, quando ascendentes solum vocavit is ipse Legislator ex identitate rationis: & ne Emphyteusis citius extinguatur contra mentem domini, & naturam concessionis, ut diximus *dict. dubit. 23. numer. 18. §. 19.*

32 Ex quibus tollitur prima difficultas, de qua supra *num. 4. §. 5.* quia ea datur ratio differentiae inter bona hæreditaria, & Emphyteutica, quod hæreditas provenit à patre nobili, cujus nobilitas coinquinaretur in filio: Emphyteusis

vero

vero provenit à domino directo, cujus nobilitas non periclitatur, & cujus respectu filius naturalis nullam habet incapacitatem, nec juris impedimentum: *Pinhey. de Emphyt. disp. 5. sect. 5. numer. 136. optime Caldas de nominat. quest. 20. numer. 7. § 8. Oliva de foro Eccles. 1. part. quest. 32. num. 63. in princip. § in fin.*

33 Tollitur secunda difficultas, de qua supra *numer. 6. § 7.* quia filius naturalis, ut succedat in Emphyteusi, non debet esse institutus in hæreditate; ut latè ostendimus *dubit. 22. præcipuè numer. 26.* Nec succedit tanquam nominatus, sed tanquam vocatus: *Portug. 3. part. cap. 22. numer. 76. Gam. decis. 229. numer. 1. & latius ostendimus dubit. 23. à numer. 12. cum sequent.*

34 Tollitur tertia difficultas, de qua supra *num. 8. § 9.* quia non censentur in Emphyteusi nominati illi, qui veniunt ab intestato: sed succedunt illi, qui in concessionem Emphyteutica vocati à domino censentur: ut latè ostendimus *dubit. 23. ubi à numer. 52. cum sequentibus* satisfit ad *text. in l. conficiuntur 8. ff. de jur. codicill.*

35 Tollitur quarta difficultas, de qua supra à *numer. 10.* quia filius naturalis (sicut nec legitimus) non succedit ex nominatione ab intestato præsumpta, sive tacita: imò succedunt filii ex vocatione domini, & vi contractus ex *dictis dubit. 23. à numer. 12. cum sequentibus.* Nec Emphyteusis capitur à patre, sed à domino concedente capi censetur: per *text. in l. Unum ex famil. §. si de Falcid. ff. de legatis 2. Pinhey. de Emphyt. disp. 6. sect. 2. numer. 18.* cum aliis, de quibus infra *dubit. 28. numer. 83.*

36 Tollitur tandem quinta difficultas, de qua supra *numer. 13. § 14.* quia Emphyteuta decedente sine nominatione, revertitur Emphyteusis ad dominum, si Emphyteuta filios non habuerit: alias secus, quia semper censentur vocati, ut ostendimus *dubit. 23. à numer. 13. cum sequentibus. & dubit. 24. numer. 17. § 18.*

37 Ex quibus infertur ampliandam

esse dispositionem *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4.* ut procedat etiam in filio naturali, qui quidem habeat filium legitimum: quia etsi talis legitimus sit descendens parentis Emphyteutæ, cui succeditur ab intestato, tamen non debet præferri ipsius patri in vocatione præsumpta, quanvis pater sit naturalis, ut fuit opinatus *Ægid. de jur. & privileg. honest. artic. 16. numer. 14.* motus ex vi, & proprietate verborum dictæ *Ord. ibi: Nam havendo descendente legitimo.*

38 Fundamentum est, quia cum hujusmodi filio naturali jus dicatur quæsitum ex vocatione semper facta *pro filiis*, ut diximus, & tale jus illi sit quæsitum ex sola ratione filii, quæ potens est ad excludendum legitimum ascendentem ex hac *Ord.* tali juri quæsito ex filiatione non potest præjudicare vocatio nepotis, qui vocatus non censetur, nec succedere potest extante filio habili ad succedendum, qualis est naturalis: *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. versic. fin. diximus dubit. 23. numer. 19. § sequent.*

39 Itaque, si qualitas legitimitatis in his terminis prius esset attendenda, & primo censeretur vocata, utique attendetur in ascendenti, qui potius, & prius præsumeretur vocatus, quam descendens filius naturalis: sed hoc est falsum, ex *dict. §. 4. ibi: Posto que haja ascendente legitimo: Ergo, &c.*

40 Solum ergo Legislato voluit præferre sobolem legitimam ex legitima radice descendentem, qualis non est nepos legitimus, qui descendit ex filio non legitimo, & in quo non verificantur verba *prædict. Ord. ibi: Nam havendo descendente legitimo.*

Quia etsi nepos sit legitimus quoad sui nativitatem, non est legitimus quoad descendentiam, quia non descendit ex Avo per viam, seu radicem legitimam, stante patre naturali in medio descendentiæ: ac per consequens in tali nepote non verificatur proprietas verborum prædictæ legis, ut opinatus fuit *Ægid. supra dict. artic. 16. dict. numer. 14.*

41 Effet ulterius exorbitans dispositio, quod admissio naturali filio ad successionem Emphyteusis ex sola ratione filiationis, ita ut ascendentem excluderet legitimum tanquam proximior habilis, ipse habilis proximior excludendus esset ab alio remotiori non æque legitimo, sicut exclusus ascendens, quando proximior præferendus semper sit dummodo habilis existat: in terminis *Ægid. dict. artic. 16. dict. num. 14.*

42 Nec obstat proprietas verborum prædictæ legis loquentis indistincte, quæ fecit *Ægidium* à vero deviare; est enim eorum vera mens potius in hujus sententiæ comprobationem intelligenda, ut videbimus in resolutione sequentis casus.

43 Quid autem dicendum in casu subsequitivo, quo scilicet concurrat ad successionem Emphyteusis, genitoris ab intestato decedentis filius ipsius naturalis, & insimul nepos legitimus ex filio legitimo præmortuo? Non satis liquet, quando de prædicta *Ægid.* sententia proxime dubitavimus.

44 Facit enim primo pro filio naturali suprædicta resolutio, quod scilicet filius naturalis est habilis ad succedendum: & illi dicitur jus quæsitum: & primo succedere debet quam nepos, qui nunquam successurus est, extante filio, qui quidem proximior est.

45 Facit secundo, quod nepos ut admitteretur ad successionem, & præferendus esset in Emphyteusi, intrare deberet repræsentando personam patris legitimi, qui si vivus esset, fratrem naturalem excluderet ex hac lege *dict. §. 4.* & dictis supra *num. 27.*

46 Plane repræsentatio non habet locum in successionem Emphyteusis, in qua nepos nullatenus excludit patrum, quia succeditur domino concedenti; & non succeditur ascendenti, nec in bonis hæreditariis; quæ duo sunt rationes jus repræsentationis denegantes in Emphyteusi *Pinhey. de Emph. disp. 5. sect. 4. numer. III.* cum communi, & *numer.*

112. cum aliis *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 80.*

47 Quibus non obstantibus, verior est sententia, quæ in hoc casu filium naturalem excludit à successionem Emphyteusis, extante nepote legitimo, qui à filio legitimo descendit; quia successurus est nepos, ac si in hoc casu daretur repræsentatio, & in illo procedit, & vera est sententia *Ægid. dict. artic. 16. dict. num. 14.* & procedit proprietas verborum *dict. Ord. dict. §. 4.*

48 Ratio fundamentalis est, quia Legislator noster *dict. §. 4.* observando concedentis voluntatem, solum filios naturales vocavit in defectu legitimorum, qui quidem primò, & primario censentur vocati: ex dictis supra *dict. num. 27.*

49 Cum autem dominus semper concessisse censeatur primò *pro filiis, & nepotibus legitimis*: ex *text. in auth. de non alienand. reb. Eccles. §. Emphyteusim, coll. 2. cap. 3.* ut diximus *dubit. 23. à numer. 12. & 13. & sequentibus.* Nunquam, & in nullo eventu succedere potest filius naturalis, quatenus extant vel filii, vel nepotes legitimi, qui prius censentur vocati.

50 Ac perconsequens filius naturalis nunquam in terminis *Ord. dict. §. 4.* efficitur habilis, nec lex eum censet vocatum ex conjecturata domini mente, nisi quando deficient filii, & insimul nepotes legitimi, qui veniunt appellatione legitimi descendentis.

51 Nec in his terminis nepos legitimus intrat per repræsentationem; quia ad hoc ut in Emphyteusi succedat, illi non est necesse repræsentare patrem: quia successurus erit ex propria persona, & proprio jure, quod habet ad Emphyteusim illius avi Emphyteutæ, qui filium habilem non habet, ut succedat, & excludere possit descendentem legitimum, quod idem est, atque filium non habere: in quibus terminis succedit nepos legitimus ex proprio jure: tam ex *Ord. dict. §. 4. quam ex §. 2. & tit. 37. §. 6. in fin.*

52 Ex quibus rationibus dubitandi, & decidendi, bene intelligitur verus sensus, & mens vera Legislatoris *dict. §. 4.* in prædictis verbis ibi: *Nam habendo descendente legitimo*: cum enim Legislator disposuisset attendente mente concedentis, qui prius vocasse censetur filios legitimos, & nepotes, merito non admittit filium naturalem, extante descendente legitimo; quia nepoti legitimo non impedimento est filius inhabilis *Cald. de nomin. quæst. 17. num. 47.*

53 Nec ulterius distinguit Legislator inter descendente legitimum, ex filio naturali, & inter descendente legitimum ex filio legitimo: ut pungit *Ægid. dict. artic. 16. dict. num. 14.* quia omninò erat superflua talis distinctio, & leges non utuntur verbis superfluis: *Phæb. decis. 31. num. 9. Portug. 2. part. cap. 29. num. 34. §. 78. Valasc. conf. 113. num. fin.*

54 Patet, quia si descendens non adesset legitimus, vel filius, vel nepos ex filio legitimo, semper ex mente concedentis præferendus esset naturalis tanquam filius: sin autem adesset legitimus descendens, qualis est filius, & qualis est nepos, qui ambo comprehenduntur ex mente concedentis, & naturâ contractus, nunquam naturalis successurus esset ex vi contractus, & mente concedentis.

55 Comprobatur intentum ex verbis *Ord. dict. §. 4.* ibi: *Nam habendo descendente legitimo*: in quibus animadvertendum, Legislatorem non dicere *nepote legitimo non extante, vel pronepote,* sed solum, *legitimo non extante descendente,* ut scilicet exprimeret nepotem legitimum non fore exclusurum naturalem filium, si nepos ipse non haberet qualitatem descendente legitimi, quavis qualitatem haberet legitimi nepotis; quia ex eo, quod sit legitimus nepos, non sequitur, quod sit legitimus descendens, cum proveniat ex radice inhabili ad succedendum.

56 Infertur tandem ad casum, in

quo concurrunt nepos legitimus ex filio naturali, & nepos naturalis ex filio legitimo; in quo successurus videtur nepos naturalis ex filio legitimo, excludendo nepotem legitimum ex filio naturali, ut probatur ex dictis.

57 Quia nepos naturalis est habilis, & ex patre habili tanquam legitimo, & non habet fratrem, nec descendente legitimum, & habilem, qui illum excludat; & ideo erit præferendus in forma *Ord. dict. §. 4.* quæ dum admittit filium naturalem in materia favorabili comprehendit nepotem, maxime non repugnante mente concedentis: *Caldas de potest. elig. cap. 14. num. 45.*

58 Nepos autem legitimus in proposito casu excludendus venit, quia non dicitur descendens legitimus, ut naturalem excludat, quando procedit ex radice inhabili, nempe ex patre naturali, qui quidem habebat legitimum fratrem, ut supponit casus; & supra diximus.

59 Simili modo resolvendus erit casus, in quo concurrunt nepos legitimus ex filio legitimo, & nepos legitimus ex filio naturali, quavis iste sit natu maior, vel nepos legitimus descendat ex foemina, vel sit neptis, quæ concurrat: præferenda est enim in quocunque casu legitima soboles, excludendo descendente ex radice naturali ex supra dictis.

60 Quando autem concurrunt nepotes legitimi, qui legitimi sint descendentes, resolvit *Caldas de nominat. quæst. 17. a numer. 49.*



Quid autem dicendum,
quando pater nobilis
Emphyteuta hæ-
redem instituit
ascenden-
tem?

Ad Ord. dict. tit. 36. §. 4.

61 **D**iximus filium naturalem patris nobilis successurum fore in Emphyteusi, excluso ascendente, ex *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.* quod quidem dissectavimus pro eo casu, quo Emphyteuta decedit ab intestato: quia prædictam legem solum procedere in terminis, quibus non adsit nobilis Emphyteutæ hæres institutus, tenet *Pegas tom. 1. de maiorat. cap. 5. num. 59.*

62 Subsequitur ergo dubitandum, quid juris erit, quando pater nobilis Emphyteuta instituit hæredem ipsius ascendentem? In quibus terminis contrarium sentire videtur *Pegas dict. cap. 5. dict. num. 59.* quatenus dispositionem *dict. Ord. dict. §. 4.* restringit ad casum intestati, ubi non datur hæres institutus: ac si ex institutione inferendum sit ad nominationem, juxta dispositum in *Ord. dict. tit. 36. in princip. §. 1.* & per consequens successurus sit institutus ascendens, tanquam nominatus: prout latè diximus *dubit. 24. à num. 40. cum sequentib.*

63 Contrarium tamen videtur probare *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4.* dum dispositionem, de qua ibi, incipit per verba *E tudo isto que dicemos:* per quæ, cum sint universalia per verbum *omne*, utrumque casum, tam testati, de quo proxime egerat Legislator in §. 3. quam ab intestato, de quo egerat in §. 2. voluisse comprehendere censetur: per regulam *text. in l. Hoc articulo ff. de hered. instit. l. Julianus in princip. ff. de legat.*

3. exornant *Barbos. in loc. comm. liter. O. num. 17. Portug. part. 3. cap. 32. numer. 2. in fin.*

64 Atqui in terminis *dict. §. 4.* si nobilis Emphyteuta faciat testamentum (quem casum comprehendit ipsa lex, ut proxime diximus) necessario tenetur instituere ascendentem, quem ipsa lex supponit habere, ut patet ibi: *Posto que haja ascendente legitimo; & quem instituendum fore supponit, ex Ord. lib. 4. tit. 91. §. 1. & tit. 92. §. 3. & nihilominus, ascendente excluso, disponit Legislator filium naturalem successurum fore in Emphyteusim: ibi: Haverá esse foro seu filho natural, posto que seu pay fosse cavaleiro.*

65 Ergo quanvis nobilis Emphyteuta instituat hæredem ascendentem, probat Legislator noster in serie textus in *dict. §. 4.* successurum fore filium naturalem: non obstante, quod ex institutione hæredis, videatur inferendum ad nominationem Emphyteusis; quod in his terminis, & in hac lege non admittitur: imò locum habet ejus dispositio etiam in casu, quo inveniatur hæres institutus, quanvis contrarium obiter dixisset *Pegas tom. 1. de maiorat. dict. cap. 5. dict. num. 59.*

66 Ratio est in promptu, quia in omni casu, in quo instituuntur descendentes, vel ascendentes, non fingit Legislator noster nominationem ex institutione: imò ac si nulla daretur nominatio sanxit in Emphyteusi succedendum esse tanquam ab intestato: ita *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3. ibi: E se o foreiro fazendo testamento instituir seus descendentes, ou ascendentes, se terá a maneira acima dita, quando morre ab intestado.*

67 Quia scilicet in terminis propositis, cum existat filius habilis ad succedendum ex vocatione domini concedentis, & ex vi contractus, etiam nulla interveniente nominatione, ut defendimus *dubit. 23. à numer. 12. cum sequentib.* & per consequens Emphyteusis non extingua-

tinguatur in hoc casu, nulla datur necessitas, nec æquitas datur, ut lex fingere voluisset nominationem ex facto institutionis; ut latè diximus *dubit. 24. numer. 47. & à num 81 cum sequent.* Et succedit filius descendens, cum sit habilis ad Emphyteusim, excluso ascendente, qui nec ab intestato, nec cum nominatione ficta per institutionem, quia non datur, ut diximus, potest excludere descendente habilem ex *Ord. dict. §. 4. ibi: Porque em quanto ouver descendente, nam haverá o foro ascendente.*

Quid, si nobilis Emphyteuta consanguineum instituit hæredem, omisso filio naturali?

68 **N**obilem Emphyteutam instituere posse hæredem consanguineum, vel omninò extraneum, omisso filio naturali, indubitati juris est; quia expressum in *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 3. ibi: E nam tendo descendentes, nem ascendentes legitimos, poderá em seu testamento deixar toda sua fazenda aos filhos naturaes se quizer, ou dispor della em outra maneira, como lbe aprouver: ex ratione decidendi, de qua diximus *dubit. 18. à num. 22. cum sequentib.**

69 Quid autem in proposito casu censendum erit de successione in Emphyteusim, quando Emphyteuta omisit nominationem? Non satis liquet, quia casus videtur omissus à Legislatore nostro: siquidem *Ord. hoc lib 4. dict. tit. 36. dict. §. 3.* loquitur quando descendentes instituuntur hæredes: patet ibi: *E se o foreiro fazendo testamento instituir seus descendentes, ou ascendentes, se terá a maneira acima dita, quando morre ab intestado.* Ubi ad hoc, ut filius succedat tanquam ab intestato, re-

quiritur, quod descendentes, sive ascendentes instituti sint hæredes: ex quo patet *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* hunc casum non comprehendere, quia de illo non loquitur: nec etiam dispositio *Ord. dict. tit. 36. §. 2.* cum comprehendit, loquitur enim de Emphyteuta, qui ab intestato decedit: ut patet ibi: *E finandose o foreiro ab intestado, nam nomeando alguma pessoa ao foro.* Neque adaptari potest dispositio *Ord. in §. 4.* quia datur hæres institutus, ut supponit casus: tenet *Pegas de maiorat. cap. 5. dict. numer. 59.*

70 Unde dicendum videtur, quod filius naturalis in proposito casu succedere non potest in Emphyteusi, quia de illo non loquitur *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* neque quando ibi comprehenderetur tanquam ab intestato, succedere posset filius naturalis, qui sine institutione non est hæres ex *Ord. lib. 4. tit. 92. §. fin.* quando ut filius succedat ab intestato in Emphyteusim debet habere qualitatem hæredis; aliàs devolvitur Emphyteusis ad dominum directum: ut probat *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. dictis verbis* ibi: *E finandose o foreiro ab intestado nam nomeando alguma pessoa ao foro, & sem herdeiro descendente, ou ascendente, fique o foro devoluto ao senhorio.*

71 Ergo, cum prædictus casus non sit comprehensus in aliqua ex prædictis legibus, nec in §. 2. nec in §. 3. decidendus venit per *Ord. dict. tit. 36. in princip.* & erit Emphyteusis adjudicanda hæredi scripto, quia hæres in solidum: patet ibi: *Fizer seu testamento, em que faça, & deixe certo herdeiro em seus bens in solidum, não nomeando certa pessoa ao foro, o que ficar herdeiro na herança do defuncto, fica nomeado ao foro: exornat ex professo *Cald. de nominat. quæst. 7. & quæst. 8. & quæst. 9. à princip. & quæst. 11. à num. 1.**

72 Eò vel maxime, quando in propositis terminis consanguineus, sive etiam extraneus institutus in hæreditate ab

Emphyteuta instituentem habet omnem amoris, & dilectionis præsumptionem, quia eum honoravit, dum eum instituit: quo argumento passim utitur *Cald. de nomin. quest. 7.* quando filius naturalis nullam pro se habet præsumptionem nominationis, neque amoris, neque vocationis à patre Emphyteuta, qui si voluisset, eum instituere posset: ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 92. dict. § fin.* quæ cum non fecisset, noluisse creditur: *argument. text. in l. si servus §. Prætor ait versic. non dixit ff. de acquir. hæred.* & quæ *Portug. 2. part. cap. 10. num. 108. § cap. 29. num. 41. & part. 3. cap. 16. num. 20. ad fin. Almeyd. de excell. num. quin. cap. 6. num. 16. novissime Guerreyr. de recusat. lib. 6. cap. 18. num. 3.*

73 Quibus non obstantibus, contrarium tanquam verius tenendum, & defendendum erit; quia, cum filius naturalis successibilis sit in Emphyteusi ex vocatione domini concedentis, quia filius est, & quia non habet impedimentum juris, & quia ex jure nostro Regio legitimis est æquatus; ut omnia ostendimus *dubit. 23. § hæc, & sequent. dubit. sine dubio succedit in Emphyteusi, in qua pater nominationem omisit tanquam ab intestato: ex Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. & dict. §. 4.*

74 Quod quidem evidentius probatur ex serie ipsarum legum, de quibus Legislator noster *dict. tit. 36. Ord.* enim in *dict. princip.* hunc casum non comprehendit, quia ibi ex institutione hæredis in solidum fingit Legislator nominationem Emphyteuticam, ne Emphyteusis extinguatur ex defectu nominationis; ut latè ostendimus *dubit. 24. numer. 41. & à numer. 47. & à numer. 80.* At vero in casu, de quo agimus, cum per existentiam filii naturalis detur persona successibilis, ex qua Emphyteusis non extinguatur, non potest dari per institutionem hæredis nominatio ficta; quia neque datur necessitas fingendi, nec æquitas datur, sine quibus fictio non admittitur: ex DD. quos citavimus *dubit.*

24. num. 82. & 87. & 89.

75 Probatur etiam ex *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* ubi ex institutione hæredum non fingit Legislator nominationem Emphyteusis; quia existente descendenti, qui succedere possit in Emphyteusim, non datur necessitas fingendi nominationem, siquidem non extinguatur Emphyteusis; ut latè ostendimus *dubit. 24. à numer. 80. cum sequentib.* Atqui filius naturalis successibilis est in Emphyteusim, ut probat *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* Ergo comprehenditur casus, de quo agimus in ratione decidendi *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* quæ non fingit nominationem, quando datur filius successibilis, qualis est filius naturalis per legem subsequentem *dict. §. 4.*

76 Unde cum prædictus casus, de quo agimus, comprehendatur in ratione decidendi ipsius legis in *dict. §. 3.* dum consistit in eo, quod non fingitur nominatio per institutionem hæredis, quando datur persona, quæ succedere possit in Emphyteusim ne extinguatur, rectè dicimus casum comprehendi sub ipsa lege, quem ipsius ratio decidendi comprehendit: per regulam *text. in l. illud Cod. de Sacros. Eccles. cum aliis exornant Gufman. de veritat. jur. verit. 26. numer. 34. in fin. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 6. num. 44. & part. 2. cap. 10. num. 110. & III. & 112. & part. 3. cap. 26. num. 37. Sous. de Maced. decis. 1. num. 28. & 29.*

77 Nec obstat, quod prædicta *Ord. dict. §. 3.* ad hoc, ut locum habeat, videatur requirere, quod descendentes instituantur hæredes; quod non verificatur in casu, de quo agimus, ubi descendens omittitur, & extraneus instituitur; ut patet in verbis, cum quibus arguebamus *supra num. 69.* Respondetur enim quod Legislator noster *dict. §. 3.* proponit institutionem descendentium, ut exprimat rationem dubitandi, de qua agit illo *titulo 36.* an scilicet ex institutione hæredis inferendum sit ad nominationem Emphyteusis: & ex ratione dubitandi non inferitur, quod in ea consistit ratio

rario decidendi: eo vel maxime quando casum devolvit ab intestato, ac si nullum daretur testamentum, nec institutio daretur.

78 Probatur tandem sententia, quã sequimur, ex *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* ubi Legislator comprehendere voluit casum, in quo pater Emphyteuta decedit ab intestato, & casum etiam, in quo decedit cum testamento, ut diximus supra *num. 63. §. 64.* & cum in quocunque casu vocat filium naturalem ad successionem Emphyteusis, etiam excluso ascendente, quanvis in hæreditate instituto, multo fortius excludit ex ratione decidendi institutum extraneum, quando ascendens fortius jus habebat, *Cald. de nomin. quæst. 12. num. 57.* ex notatis *ad text. in l. nam §. si parentibus ff. de inoffic. testam.*

79 Nec etiam obstat quòd filius naturalis, non sit hæres patris nobilis, quando, ut succedere possit in Emphyteusim, sine nominatione expressa, requiritur, ut sit hæres patris Emphyteutæ ex *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.* arguebamus supra *num. 70. ad fin.* Respondetur enim verius esse filium capere Emphyteusim, sine eo, quod sit hæres patris Emphyteutæ: ut ostendimus *dubit. 22. ubi a numer. 27.* respondimus dispositioni prædictæ *Ord. dict. §. 2.* & cum communi sententia *ibidem num. 30.*

80 Sed quia (dum hæc scriberem) accepi à doctissimis non æque satisfieri expressæ dispositioni *Ord. dict. §. 2. ibi: E sem herdeiro descendente*, asserendo filium succedere posse in Emphyteusim, quin sit hæres patris Emphyteutæ, prout sine latiori disputatione tenent *Carvalh. in cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. numer. 175. ad fin.* cum aliis *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. numer. 40.* cum citatis *dict. dubit. 22. dict. numer. 30.* & probat *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* ubi filius nobilis, qui patris hæres non est, succedit in Emphyteusi.

81 Ideo, ut radicitus responderi possit ad prædictam *Ord. dict. §. 2. ibi: E*

sem herdeiro descendente, & defendere receptam sententiam melius possimus, necessarium duxi præcipuas conclusiones referre, quæ sigillatim, & expresse deducuntur ex hac *Ord. dict. tit. 36.* (quod si breviter facere possim, non inutile erit tyronibus, quibus solum scribo) ex quo fortasse evidenter constabit *Ord. dict. §. 2.* in repetitis verbis non probare argumentum suadens, quod, ut filius sit successurus in Emphyteusim, debeat esse hæres patris Emphyteutæ. Sit ergo.

Prima conclusio ex *Ord. dict. tit. 36. in rubrica.*

82 **P**Ræcipua, & singularis conclusio, quæ deducitur ex *Ord. dict. tit. 36. in rubrica* consistit in eo, quod in hoc titulo intendit Legislator decidere casus, in quibus Emphyteuta in vita non nominavit, quomodo, & quando nominatio censeatur facta per fictionem, interveniente scilicet aliquo facto nominaturi Emphyteutæ? vel devolvenda sit Emphyteutis ex defectu nominationis? vel tandem succedatur in Emphyteusi sine ulla nominatione? prout ex sequentibus apparebit: & ex hoc instituto, quod bene deducitur à rubrica, venit lex intelligenda: *Oliveyr. da Cost. de muner. Provisor. cap. 4. num. 10. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 60. num. 9. Molin. de Gusman. de veritate jur. verit. 13. num. 3. §. 4.*

Secunda conclusio ex *Ord. dict. tit. 36. in princip.*

83 **H**Æres institutus in solidum censetur nominatus per fictionem, quando alia non datur nominatio expressa, ne scilicet extinguatur Emphyteusis, quando detur aliquod factum Emphyteutæ nominaturi, ex quo Legislator

lator possit inferre ad fictionem, sive ad fictam nominationem: ut latè diximus *dubit. 23. à numer. 64. cum sequentib. & dubit. 24. à numer. 41. & 80. cum sequent.*

84 A contrario sensu deducitur conclusio, quòd, si non detur hæredis institutio, utique non datur factum: ex quo fingi possit nominatio, ac perconsequens extinguitur Emphyteusis, & consolidatur dominium utile cum directo ex defectu scilicet nominationis; ut in terminis, de quibus *Ord. dict. tit. 36. §. 2. ex dictis dict. dubit. 23. numer. 64. & 66. & dubit. 24. à num. 81.*

85 Sed ex prædicta necessaria institutione hæredis requisita tantum ad inducendum factum, quod possit fingi quædam nominatio, non potest deduci consequentia suadens, quod ut quis succedat in Emphyteusi debeat esse hæres Emphyteutæ; quia de hoc non agit Legislator, nec de qualitatibus necessariis in successuro, & nominando; sed solum de nominatione, & fingenda ex aliquo facto, quodcumque sit, quando Emphyteuta non nominavit, ut insinuat in rubrica, à qua debemus intelligere, ut diximus *numer. 82. & tenet Barbof. in loc. com. liter. A. numer. 527. Olea de cess. jur. tit. 1. quæst. 1. numer. 5. Guerreyr. de recusat. lib. 5. cap. 12. num. 9.*

Tertia conclusio ex Ord. dict. tit. 36. §. 1.

86 **E** Adem conclusio deducitur ex *Ord. dict. §. 1. in casu*, quo plures instituuntur hæredes; ubi ex institutione fingitur nominatio, ne Emphyteusis extinguatur, prout latè diximus *dubit. 24. à numer. 84.* Et à contrario deducitur, quod, si non detur institutio, non fingitur nominatio. Sed quod successuri debeant esse hæredes, minime deducitur; quia factum institutionis solum requirit Legislator, ut ex eo fingi

possit nominatio, sicut in dote, & in facto legati: & cum institutio hæredum sit tantummodo ad finem inducendæ nominationis, non debet ad alium induci: *argument. text. in l. ex imperfecto ff. de legat. 3. l. Rem non novam §. fin. Code de judic.*

Quarta conclusio ex Ord. dict. tit. 36. §. 2.

87 **S**I Emphyteuta non nominat, nec habet descendentes, vel ascendentes *institutum* hæredem, devolvitur Emphyteusis ad dominum directum. Et hæc est vera conclusio, & verus casus, de quo loquitur hæc *Ord. dict. §. 2. in princip.* Nempe quando Emphyteuta decedit sine descendente, vel ascendente *instituto* hærede, quia nec eum habebat, nec eum instituit hæredem, ex quo possit inferri ad nominationem, ut in terminis *dict. tit. 36. in princip. & in §. 1.*

88 Probatum intelligentia, quia de casu illo, in quo Emphyteuta descendentes habet, & eos non instituit, illico acturus erat Legislator verbis subsequen-
versic. ibi: E ficando por sua morte algum filho. Et de casu illo, quo Emphyteuta descendentes instituit hæredes, acturus erat Legislator sequenti *§. 3.* Ergo in *dict. §. 2. in princip.* solum egit de casu, in quo Emphyteuta nec descendentes habet, nec perconsequens eos instituit. Unde necessario concludendum est, quòd verba in *dict. §. 2. ibi: E sem herdeiro descendente* important idem, atq; si Legislator diceret, *sine institutione hæredis descendentes*: ex qua institutione argui possit ad nominationem fictam, sicut in casu institutionis hæredis extranei, de quo in *dict. princip. & in dict. §. 1. quod confirmabis ex dicendis infra num. 99.*

89 Unde à contrario sensu solum potest deduci ex repetitis verbis ibi: *E sem*

sem herdeiro descendente: quod si Emphyteuta descendentes habuerit, & eos instituat, non devolvitur Emphyteusis, nec dominia consolidari possunt; quod nemo negabit ex *dict. §. 2. & §. 3.*

90 Verum enim vero deducere ex prædictis verbis ibi *sem herdeiro descendente* quod filius debet esse hæres patris, ut succedat in Emphyteusim, nec à sensu directo, nec à sensu contrario cõcludenter probari potest, quãdo ad diversum finem censentur prolata, ut diximus supra *num. 86.* & quando prædicta verba ideo expressisse Legislator credendus mihi est, ut comprehenderet rationem dubitandi, quæ deduci posset ab institutione hæredis, ex qua inferre solet ad nominationem, ut supra diximus.

91 Eò vel maxime, quando à prædicta, & contrariã interpretatione induceretur legum correctio: quia in sequenti *§. 3.* non succedunt in Emphyteusi omnes descendentes hæredes instituti: imò neglecta institutione, & qualitate hæredis, devolvitur successio Emphyteusis ab intestato. Et in *§. 4.* succedit filius naturalis patris nobilis in casu, quo nec potest esse hæres, nec etiam hæres institui potest, quia habet avum ascendentem: ex *Ord. lib. 4. tit. 92. §. fin.*

92 Ex quibus intelligi debet prædictum verbum in *dict. §. 2.* ibi: *E sem herdeiro descendente* solum adscriptum fuisse ad hoc, ut decideretur devolutionem Emphyteusis ad dominum directum nunquam faciendam fore quatenus inveniretur scriptus hæres, qui ex institutione fingitur nominatus, ne Emphyteusis extinguatur: & non debet intelligi adjunctum fuisse prædictum verbum, ut ex eo deduceretur successurum in Emphyteusi debere hæredem existere; ne scilicet talis intelligentia inducat correctionem aliorum jurium, quia esset incivilis, & prohibita: *l. 1. Cod. de inoffic. dot. Surd. decis. 21. numer. 19. Molin. de Gusman.*

de veritate jur. verit. 11. numer. 46. & 53. & verit. 34. numer. 4. & 5. Portug. part. 2. cap. 10. numer. 123. & cap. 18. numer. 112. Ægid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio numer. 35.

Quinta conclusio ex Ord. dict.

tit. 36. dict. §. 2. versic.

& ficando.

93 **S**I Emphyteuta non facit nominationem, nec hæredem instituit, de quo Legislator ibi proxime egerat, succedit filius natu maior, vel hoc deficiente, succedit filia: sed quando hãc lege requiritur qualitas legitimitatis, ut patet ibi: *Filho legitimo*, qualitas sexus, & qualitas gradus, ut ibi videre est, nec unum quidem verbum adjicitur, ex quo requiri videatur qualitas hæredis, de qua agimus.

94 Hic obiter notandum, quod cum filius natu maior, vel filia succedant sine eo, quod sint instituti in hæreditate, nec præcedat aliquod patris Emphyteutæ factum, ex quo inferatur ad nominationem, sive super quo fingi possit nominatio, necessariò fatendum est, quod succedit filius sine nominatione in Emphyteusim; quod quidem cum sit incivile succedere in Emphyteusi sine nominatione, ut probat *Ord. dict. tit. 36. §. 2. in princip.* bene convincitur filios in forma hujus legis non succedere ex nominatione fictã, sed solum ex vocatione domini: ex quo cõfirmantur, quæ diximus

dubit. 23. à numer.

12. cum sequentibus.



Sexta conclusio ex Ord. dict.
tit. 36. §. 3.

95 **S**I pater Emphyteuta instituat descendentes, vel ascendentes hæredes, rejicitur qualitas hæredis, ac si scripta non esset, & devolvitur Emphyteusis ab intestato, ac si nulla daretur hæredis institutio; & primogenitus succedit in Emphyteusi, exclusis omnino cæteris filiis institutis hæredibus: ex quo ad fatietatem evidenter constat, qualitatem hæredis minime requiri ad succedendū in Emphyteusi, ut contendimus. Ex quo omittimus conclusionem eandem, quæ etiam, & urgentius deducitur ex *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* ubi succedit in Emphyteusim filius, qui nec hæres esse potest, ut dicebamus supra *num. 91.* & aliam omittimus, quæ deducitur ex *dict. §. 4. versic. fin.* ad finem ibi: *Que possa succeder*, junctis iis, quæ dicemus *dubit. 28. à numer. 80 cum sequent.*

96 Confirmatur etiam, quia, si Emphyteuta instituat Petrum hæredem in prædio Emphyteutico, & Paulum in universa hæreditate, sine dubio rejicitur à Petro qualitas illa hæredis, & habetur loco legatarii, quia habet cohæredem universalem: ex *text. in l. 1. §. Si ex fundo ff. de hæred. instit. diximus dubit. 24. numer. 93.* cum aliis, quibus adde *Pinbeyr. de testam. tom. 1. disp. 31. sect. 1. num. 8. & sect. 11. num. 302. §. 311. & 312. in fin. per text. in l. quoties 13. Cod. de hæred. instit.*

97 Et tamen in proposito casu nemo negabit legatarium successurum fore in Emphyteusi legata, quando ipsa juris dispositio rejicit, & aufert ab eo ipsum nomen, & qualitatem hæredis, quam illi adjunxit expressa vocatio Emphyteutæ: succedit enim legatarius in Emphyteusi tãquam talis, & fictè nominatus; prout diximus *dubit. 24. num. 48. cum Cald. de nomin. quæst. 10. à num. 2. cum sequentib. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 7. numer. 130. & disp. 6. sect. 1.*

numer. 6.

98 Ergo qualitas hæredis non requiritur, ut quis succedere possit in Emphyteusi: nec *Ord. dict. tit. 36. §. 2. in princip. ibi: Herdeiro*, talem doctrinam probat, ut arguentes suadent: imò solum probat, quod deficiente nominatione Emphyteutica, & deficiente insimul institutione hæredis, vel sit descendens, ut in ipso §. 2. vel extraneus sit, ut in *dict. princip. & in §. 1.* ex qua institutione fingi possit ad nominationem, res Emphyteutica devolvitur ad dominum directum, nisi Emphyteuta descendentes habuerit, vel, quod idem est, dentur personæ tacitè vocatæ à domino directo, quæ succedere possint sine alia nominatione, nec expressa, nec ficta, ut profequitur Legislator ibi, & semper sine qualitate hæredis.

99 Confirmatur iterum, quia *Ord. dict. §. 2.* dum loquitur per verba ibi: *E sem herdeiro descendente*, debet intelligi de descendente instituto hærede, quia frequentius decedit quis Emphyteuta sine eo, quod descendentes instituat, quia non fecit testamentum: & non debet intelligi de Emphyteuta decedente cum descendentes, qui in effectu non sint hæredes, quia hoc accidit raro, cum descendentes hæredes sint ab intestato: leges autem ad ea, quæ frequentius accidunt, & non ad ea, quæ raro, promulgari solent: ut cum *Agil. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. §. 5. numer. 9. Carleval de judic. tit. 3. disp. 2. numer. 6. Gabr. Pereyr. de mat. Reg. 2. part. cap. 59. num. 48. & 50. dice mus dubit. 33. num. 2. & 3.*

100 Ergo si *Ord. dict. §. 2. ibi: E sem herdeiro*, debet intelligi de hærede, qui non sit institutus, & non de hærede, qui non sit hæres in effectu, ut proxime diximus, & dicebamus supra *numer. 88.* bene sequitur, quod intentio Legislatoris dum requirit institutionem hæredis, prout in §. 1. & eam supponit non adesse, prout in §. 2. solum est ad hoc, ut ex institutione possit inferre ad nomina-

nominationem; vel in defectu institutionis possit decidere, quod nec ficta quidem adest nominatio, ut finiatur, & devolvatur Emphyteusis. Et nunquam intelligi debet, ut sit necessaria qualitas hæredis ad succedendum in Emphyteusi, quæ non sit hæreditaria, ut contendimus.

101 Confirmatur tandem ex *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 3.* ubi casus, in quo datur institutio descendendum ad illum effectum succedendi in Emphyteusi, æquiparatur casui, in quo succeditur ab intestato (sine institutione, prout in §. 2. ut contendimus) Ergo non æquiparantur casus in eo, quod non sint hæredes, sed solum in eo, quod sint, vel non sint instituti: siquidem casus, cui fit æquiparatio, de quo in §. 2. debet esse similis casui æquiparanti, de quo in §. 3. qui quidem casus æquiparans, de quo in §. 3. continet institutionem hæredis, sine eo, quod contineat, institutos debere esse hæredes: & ideo idem debemus dicere de casu æquiparato in *dict. §. 2.* quod scilicet procedat in terminis, quibus non adsit institutio, quin sit necesse, quod non adsit hæreditatis successio; æquiparatorum enim eadem est ratio, *l. 1. ff. de legat. 1. Almeyd. de excell. num. quin. cap. 3. num. 21. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 17. num. 11. Portug. 2. part. cap. 13. numer. 60.*

(+)



DUBITATIO XXVI.

In quali Emphyteusi successurus sit filius naturalis.

Ad Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. & tit. 37. §. 6.

SUMMARIUM.

- 1 **P**roponitur materia dubitanda.
- 2 **Q**uid in Emphyteusi Ecclesiastica?
- 3 *Negat prima sententia, quia lex secularis non potest comprehendere res Ecclesiæ.*
- 4 *Dominium utile censetur quid profanum.*
- 5 *Sed nec ipsum potest comprehendere lex secularis.*
- 6 *Lex non potest disponere contra mentem concedentis.*
- 7 *Ecclesia in contrahendo, quomodo se se conformare censeatur cum jure? & num. 32.*
- 8 *In hoc Regno pro sententia affirmativa solet judicari: & num. 20.*
- 9 *Consuetudo judicandi non potest obesse Ecclesiæ.*
- 10 *Ord. Regia quando vult comprehendere res Ecclesiæ, solet exprimere.*
- 11 *Filii illegitimi sunt Ecclesiæ exosi. Quod intellige num. 37.*
- 12 *Ac per consequens insuccessibiles reputantur.*
- 13 *Ecclesia nunquam censetur cogitasse de illegitimis.*
- 14 *Emphyteusis Ecclesiæ non potest nominari extra familiam.*
- 15 *Illegitimus non dicitur de familia.*
- 16 *Emphyteusis familiaris non transit*

- ad extraneos, neque ad naturales.
- 17 *Emphyteusis nominationis liberæ dicitur, quando conceditur pro eo, qui nominabitur.*
- 18 *Quæ ad extraneos, & naturales potest transire.*
- 19 *Naturalis solum succedit in Emphyteusi liberrimæ nominationis.*
- 21 *Ostenditur repugnantia inter sententias DD. & num. seq.*
- 22 *Potius sequendum, quod judicari debuerat.*
- 23 *Filius naturalis non succedit sicut extraneus, sed sicut filius.*
- 25 *Naturales solum erant insuccessibiles more privato Romanorum.*
- 26 *Legislator noster declaravit filios naturales successibiles.*
- 29 *Refertur casus, in quo vir duxit 21. mulieres, quarum ultima nupsit 22.*
- 33 *Nullum jus expellit naturales à successione Emphyteusis.*
- 35 *Legislator noster solet favere Ecclesiæ.*
- 38 *Bigamus est indignus sacerdotali dignitate.*
- 40 *Ad sacerdotium obtinendum nulla macula adesse debet.*
- 41 *Concedens Emphyteusim non censetur cogitasse de inimico capitali.*
- 44 *Ab Ecclesiastica Emphyteusi non excluduntur inhonesti.*
- 45 *Dominus concedens primo cogitat de re melioranda.*
- 46 *Pauper non succedit in Emphyteusi Ecclesiastica.*
- 47 *Ecclesia provitura de ministris cogitat de moribus.*
- 48 *Pensiones Emphyteuticæ sunt necessariae ministris Ecclesiæ.*
- 50 *Filii naturales ad Emphyteusim non censentur extranei.*
- 51 *Quia dicuntur de familia.*
- 53 *Adducitur text. in auth. de non alien. reb. Eccles. §. alienationis cap. 1. & num. 54.*
- 55 *Adducitur text. in auth. de non*

alien. rebus Eccles. §. Emphyteusim 1. cap. 3.

56 *Uxor ad succedendum in Emphyteusi censetur extranea.*

57 *Filii naturales veniunt appellatione filiorum.*



Ubitavimus quare filius illegitimus successurus sit in Emphyteusi: & ex ratione decidendi, quam secuti sumus, ex qua succedit, infertur ad casus in praxi frequentes, de quibus hæsitandum venit, tanquam agendo de sequelis, quæ ex hucusque traditis inferuntur.

De Emphyteusi Ecclesiastica.

2 **I**nfertur igitur primo ad Emphyteusim Ecclesiasticam, in qua, an succedere possit filius naturalis, & in ea locum habere debeat dispositio *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.* ita contrarii inveniuntur DD. nostri, ut vix conciliari possint eorum assertiones, nisi ad nostram recurramus rationem decidendi, de qua *dubit. precedenti.*

3 Negat enim prima sententia *Ord. dict. §. 4.* procedere posse in Emphyteusi Ecclesiastica, quia lex sæcularis non potest comprehendere res Ecclesiæ, nec super illius bonis aliquid disponere: *Oliva de foro Eccl. 1. part. quest. 32. per tot. & in specie numer. 57. cum Valas. 2. part. cons. 134. à numer. 7. & Cald. de nominat. quest. 7. à numer. 38. & quest. 19. à numer. 27. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. numer. 83. Pegas post hæc scripta vilus ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. num. 50.*

4 Negat secundo, quia licet dominium censetur, quid profanum, in quo, & super quo lex sæcularis disponere possit, prout nituntur DD. affirmantes, ut cum multis refert *Ægid. de jur. & privileg.*

privileg. honest. artic. 16. sub numer. 11. Pegas secundo forens. cap. 9. numer. 588. in fin. & 3. forens. cap. 28. num. 226, & cum aliis idem Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. numer. 50. & ad tit. 9. §. 12. numer. 707. docet Carvalh. in cap. Raynaldus de testamentis 2 part. num. 396. Pinbeyr. de Emph. disp. 1. sect. 3. numer. 59. qui citant Gam. Valasc. Pereyr. Britt. optime Phæb. 2 part. decis. 160. num. 22. novissime Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 6. & 83.

5 Tamen in præsentī hæsitatione, an succedere debeat filius naturalis, subinvolvitur quæstio Ecclesiæ præjudicialis, dum contenditur, an Emphyteusis sit finita, & dominium utile sit consolidatum cum directo ex eo, quod illegitimus non succedat, & vitæ extinguantur: in quo præjudicata maneret Ecclesia ex vi legis sæcularis, si ejus dispositio comprehenderet Emphyteusim Ecclesiasticam: *Oliv. de foro Eccles. dict. 1. part. dict. quæst. 32. numer. 58. & numer. 61. Pinbeyr. de Emph. disp. 1. sect. 3. numer. 59. ad finem, & disp. 6. sect. 1. numer. 10. cum Cald. sentit Pegas 3. forens. cap. 28. numer. 698. ubi præjudicium Ecclesiæ ponit in eo, quod in peccato concepti admittantur, cum Valasc. 2. part. conf. 134. numer. 7. Flor. de Men. quæst. 16. num. 7.*

6 Ulterius, licet dominium utile sit profanum, nihil in his terminis de eo disponere potest lex sæcularis, contra præsumptam voluntatem Ecclesiæ, quæ filios naturales habet exosos: quia lex non potest disponere contra mentem concedentis, qualiscunque is sit: *Agid. de jur. & privil. honest. artic. 16. numer. 11. versic. fin. Oliv. de foro Eccl. 1. part. dict. quæst. 32. num. 65. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. sub num. 130. & 131. in fin. cum Cald. de nomin. quæst. 19. numer. 31. Peg. 3. forens. cap. 28. num. 698.*

7 Negat tertio, quia, licet Ecclesia sese conformare censeatur in contracti-

bus cum dispositione legum Regni, hoc solum procedit, quando jus canonicum, seu stylus, praxis, sive consuetudo Ecclesiastica contrarium non suadet, prout in terminis, de quibus agimus: ita *Oliv. de for. Eccl. 1. part. dict. quæst. 32. numer. 60. late ostendit Valasc. 2. part. conf. 134. fere per tot. præcipue à numer. 18.*

8 Negat quarto, quia, etsi in hoc Regno pro contraria soleat judicari ex *Phæb. 2. part. decis. 160. numer. 12. & 13. & 14. cum sequent. Oliv. dict. quæst. 32. numer. 59. cum pluribus Pegas 2. forens. cap. 9. numer. 474. numer. 584. & 3. forens. cap. 28. num. 777. & de maiorat. tom. 1. cap. 5. numer. 58. & Cald. 2. forens. quæst. 38. num. 17.*

9 Tamen consuetudo judicandi non potest obesse Ecclesiæ, nec juri canonico, maxime cum sit varia consuetudo, ut fatentur DD. apud *Agid. de jur. & privil. honest. artic. 16. numer. 11. ita Oliv. dict. quæst. 32. numer. 59. Valasc. 2. part. conf. 134. à numer. 18. & numer. 21.*

10 Negat quinto, quia *Ord. Regia.* quando voluit disponere de Emphyteusi Ecclesiastica, id expressit jubendo servari jus Canonicum, ut est in casu commissi ob non solutum canonem: ita *lib. 4. tit. 39. §. 2. in fine:* quod utique fecisset in nostris terminis, si voluisset: præcipue, cum non detur ratio discriminis inter casum non soluti canonis, & domini consolidati per defectum personæ successibilis: *Oliv. dict. 1. part. dict. quæst. 32. num. 58.*

11 Negat sexto, quia filii illegitimi, qui ex matrimonio non nascuntur, sunt Ecclesiæ odiosi: per *text. in cap. innotuit de elect. Oliv. de for. Eccl. 1. part. dict. quæst. 32. numer. 57. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 129. & 133. in fin. Agid. de jur. & privileg. honest. artic. 16. numer. 6. & 7. Sous. de Maced. decis. 33. numer. 9. Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. num. 47. & 48.*

12 Ac per consequens ex præsumpta

voluntate concedentis Ecclesiæ infuc-
sibiles reputantur: cum *Bald. & aliis*
Oliv. dict. quæst. 32. numer. 57. Gam.
decis. 2. numer. 1. Maced. dict. numer.
9. Cald. consil. 39. numer. 1. veriore
dicit in puncto juris communis *Pegas*
3. forens. cap. 28. numer. 777. & numer.
698. & ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3.
numer. 47. Pinbeyr. de Emph. disp. 5.
sect. 5. num. 129. ubi quod alioquin, in-
vitarentur homines ad peccatum.

13 Ex quo etiam negat septimo,
quia Ecclesia concedens sine expressione
illegitimi, nusquam censi debet cogi-
tasse, & concessisse *pro illegitimis*, qui
ei sunt exosi: *Oliv. dict. quæst. 32. nu-*
mer. 61. versic. non obstat Maced.
dict. decis. 33. numer. 4. & 9. Pinbeyr.
disp. 5. sect. 5. dict. num. 12. & num. 131.
Peg. tom. 3. forens. cap. 28. num. 698. &
ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. dict. num. 47.

14 Negat tandem octavo, quia Em-
phyteusis Ecclesiastica non potest nomi-
nari extra familiam: ex *text. in auth.*
de non alien. reb. Eccles. §. alienationis,
& §. Emphyteusim Valasc. 2. part. con-
sil. 134. numer. 6. Mendes Arouc. alleg.
39. numer. 64. Pegas 3. forens. cap. 28.
numer. 698. cum Gam decis. 72. num. 1.
& Valasc. tenet Guerreyr. tract. 2. de
divis. lib. 2. cap. 8. numer. 11. & com-
munem dicit post hæc scripta visus Pe-
gas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. nu-
mer. 46.

15 Ac per consequens non potest
succedere illegitimus, quia non dicitur
de familia, sed extraneus: *Maced. decis.*
33. numer. 6. Gam. decis. 72. numer. 1.
Pegas dict. cap. 28. dict. numer. 698.
cum Pereyr. decis. 54. numer. 4. & cum
Reynof. observ. 33. numer. 12. Phæb. 1.
part. decis. 30. in fin. Portug. 3. part.
cap. 18. numer. 54. & eodem Pegas de
maiorat. cap. 9. numer. 38. & aliis Guer-
reyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. nu-
mer. 13. & 14.

Ultimum addit fundamentum *Pegas*
post hæc scripta visus *ad Ord. lib. 1. tit.*
3. §. 1. cap. 3. numer. 46. asserens, quod

dum *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.* decidit filium
spurium Emphyteutæ decedentis ab in-
testato, succedere non posse in Emphy-
teusi sæculari, nisi proponatur legitima-
tus à Rege; manifestè insinuat, ad Em-
phyteusim Ecclesiasticam spurium quo-
que non esse admittendum, nisi legiti-
matus fuerit à Summo Pontifice, neque
sufficere legitimationem à Principe sæ-
culari factam: verba sunt fundamenti
ejusdem D. quod commendat in concilia-
tione, de qua ibi *num. 51.*

Sed cum *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4.*
nullum attingat verbum, per quod se
restringere censeatur ad Emphyteusim
sæcularem, ut Doctissimus *Pegas* suppo-
nit, corrumpit hujusmodi novum illius fun-
damentum, & cessat illatio, seu insinua-
tio, quam deducit ex lege non distin-
guente, quæ circa dominium utile, tan-
quam quid profanum distinguere non de-
buerat, nec nos.

16 Secunda sententia solum prædi-
ctam negativam admittit in casu, quo
Emphyteusis sit familiaris, sive de pacto
concessa *pro filiis*: quæ cum transire ne-
queat ad extraneos, utique neque ad fi-
lios naturales: *Cald. de nomin. quæst. 19.*
numer. 8. & 9. & 10. & 12. Pereyr. decis.
14. numer. 7. Gam. decis. 2. numer. 3. Pi-
nbeyr. disp. 5. sect. 5. numer. 130. Bar-
bos. ad dict. Ord. dict. §. 4. num. 2. Pe-
gas 3. forens. cap. 28. numer. 698. tetigit
absolute loquendo de Emphyteusi *novis-*
sime Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1.
cap. 3. numer. 11. & 12. & lib. 2. cap. 8.
num. 82.

17 In Emphyteusi autem liberæ no-
minationis, qualis est *pro eo qui nomi-*
nabitur, quæ ad extraneos transire po-
test: *Mend. Arouc. alleg. 26. numer. 8.*
& numer. 14. & 21. Guerreyr. tract. 2.
de divis. lib. 2. cap. 8. num. 12. Phæb. 1.
part. decis. 96. num. 4. & 5. & part. 2. de-
cis. in nonis 160. num. 11.

18 Contrarium tenet hæc secunda
sententia, quia cum ad extraneos transi-
re potest, utique etiam ad naturales fi-
lios transire debet: cum *Regnicolis Pe-*
gas

gas 2. forens. cap. 9. numer. 339. & num. 569. & num. 570. & num. 580. & 3. forens. cap. 28. num. 448. & num. 777. & numer. 965. & ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. numer. 51. ubi cum hac transit pro concordia, quando super illa nulla videtur esse ratio dubitandi.

19 Tertia autem sententia, nec id ipsum admittit, nisi concessio sit cum liberrima facultate nominandi *pro quocumque nominatus fuerit*, sive *pro quocumque voluerit*: Oliv. de for. Eccl. 1. part. dict. quest. 32. numer. 58. & 62. Pinhey. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 137. cum Gam. Cald. & Barbos. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 83.

20 Quarta tandem sententia judicare solet, Emphyteusim Ecclesiasticam in his regnis transire posse in extraneos, ac per consequens in naturales filios; & ita procedere Ord. lib. 4. tit. 36. dict. §. 4. ac si in eâ comprehendatur Emphyteusis Ecclesiæ ex stylo Regni, de quo Ord. lib. 5. tit. 1. §. 1. ita Pegas 3. forens. cap. 28. num. 777. & tom. 2. forens. cap. 9. numer. 580. & 584. ex eadem Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. numer. 48. & alii citati supra numer. 8. communem dicit Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 83.

21 Vides igitur, candide Lector, tot nostratum sententias, quarum nulla sustineri potest ex fundamento, quo nititur; prima enim confunditur omnino per quartam: secunda, & tertia ulterius restringunt generalem dispositionem Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. & etiam quartæ adversantur.

22 Quarta autem non æque satisfacit fundamentis primæ sententiæ, de quibus supra, sine quorum cōfutatione non bene dicitur, quod ita in praxi judicatur, quando potius judicari debuerat quidquid de jure verius esset: Portug. 2. part. cap. 26. à num. 73. & sequenti cum Valasc. cons. 148. à num. 26. & Cabed. decis. 212. a numer. 3. & aliis.

23 Eo vel maxime, quando in ipsa quartâ sententiâ non bene infertur ad successionem filij naturalis ex eo fundamento, quod Emphyteusis in extraneos transire solet ex Regni stylo; quia filius naturalis non succedit sicut extraneus, imò succedit ex ratione filiationis.

Siquidem extraneus solum succedere potest ex nominatione, de qua Ord. lib. 4. dict. tit. 36. in princip. sin autem extraneus non nominetur, non succedit, sed devolvitur Emphyteusis ad dominum. Ord. dict. tit. 36. §. 2.

At vero, filius naturalis non solum potest succedere, si nominetur, sed quavis nulla adsit nominatio, succedit tanquam tacite vocatus à concedente ex solâ ratione filiationis: Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4. ibi: *Haverá esse foro o seu filho natural*: late diximus dubit. 23.

Ergo naturalis non succedit sicut extraneus, sed sicut filius: & solum sustineri posset fundamentum hujus quartæ sententiæ, si naturalis solum posset nominari, sicut extraneus potest, & non succederet sine nominatione, sicut succedit ex vi vocationis in formâ legis.

24 Melius ergo defendendam arbitramur quartam sententiam in praxi observatam, non ex stylo, quo fundatur, nec debili, quo nititur fundamento, circa possibilitatem nominandi extraneum: sed ex illa ratione decidendi ad Ord. lib. 4. tit. 92. & tit. 36. dict. §. 4. quam hucusque secuti sumus, præcipue dubit. 11. & 12.

25 Dum prædictis locis late contendimus, Legislatorem nostrum æquales legitimis declarasse in his Regnis filios naturales, sicut erant de jure naturali: non ex eo, quod alicui dispositioni juris communis derogasset, quia naturales solum ex more privato vrbis Romanæ erant infucessibiles: docet Carvalh. in cap. Raynaldus de testamentis 1. part. numer. 150.

Sed ex eo, quod decisurus Legislator

ror noster circa successionem naturalium, & agnoscens omnino cessare in his Regnis rationem illam, antiquioribus Romanis particularissimam, inducendi similem incapacitatem, secutus fuit dispositionem juris naturalis, sicut debebat in eo, quod utilitati publicæ officiosum non esset: ut diximus *dubit. 13. numer. 23.*

26 Cum ergo Legislatores noster nulli juri Canonico derogasset, sed solum naturale jus secutus fuisset, non est, cur asserendum sit, non posse res Ecclesiasticas comprehendere, cum de successione filiorum ageretur; declarando scilicet naturales comprehendere appellatione successibilium, eo modo, de quo in *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. §. 4. & dict. tit. 92.*

27 Imò potius, absolum, & absurdum videtur asserere, quod, quando Legislatores in terminis propositis, humanitate solita, juris naturalis dispositionem, & æquitatem erga filios secutus fuit, eos æquando, non potuit comprehendere res Ecclesiasticas: ac si Ecclesia foret minus æqua, & minus attendens ad jus naturale, secundum quod omnes filii erant æquales, quo ad successionem: ex dictis *dubit. II. num. 19.*

28 Præcipue, quando ipsa Ecclesia est, quæ prius, & ante omnes scire debet, & perfectius cognoscere omnino jam cessare illam rationem motivam, ex qua Romani cives successionem naturalibus denegarunt contra jus naturale; de quo diximus late *dubit. 12. præcipue num. 56.*

29 Cognoscit enim primo Ecclesia omnes fere homines matrimonium contrahere, & proprias habere uxores jam non abhorre: cum ita illas habere desiderant, ut viginti, & unam duxisse quendam virum asserat Divus Hieronymus relatus ab *Ægid. de jur. & privilegi. honest. artic. 6. numer. 6.* cum juribus Pontificiis id permittentibus: idem refert *Valens. consil. 13. numer. 14.* & *Silva de varia lición 1. part. cap. 37.* eo addito, quod corona lauri tali vi-

ro imposita fuit, tanquam victori, quia superstes sepelivit uxorem ipsam, quæ jam tunc nupserat viginti duobus.

Contraria conciliantur.

30 **E**X quibus concilianda veniunt fundamenta cujuscunque sententiæ, de quibus supra; ad primum enim, & secundum, de quibus à *numer. 3. & sequentibus.* respondetur, Legislatorem nostrum solum decidisse, appellatione filii in his Regnis comprehendere filium naturalem, quoad successionem; quia æque est filius secundum jus naturæ, quod etiam decidere deberet Ecclesia, sequendo potius dispositionem juris naturalis, quam privatam Romanorum morem.

31 In quo nihil contra jus commune sanxit Legislatores noster, nec contra Ecclesiam, neque contra res Ecclesiasticas, quæ in his terminis non dicuntur directe subjici sæculari legi, sed potius juri naturali; prout declaravit, & secutus fuit Rex noster Christianissimus, abrogando mores civium Romanorum à cessante ratione illius inhumanitatis, prout dicebamus *dict. dubit. 12. dict. num. 56.*

32 Ad tertium, de quo supra *num. 7.* respondetur cõcedendo antecedens, nempe, quod Ecclesia disponens, & contrahens censetur se conformare cum dispositione legum Regni, ut sentit *Oliv. de foro Eccles. 1. part. dict. quest. 32. numer. 60.* & est axioma de quo *Barbos. in loc. com. liter. D. numer. 112. & 113.* ac per consequens, dum concedit *pro filiis*, censetur concedere *pro naturalibus*, qui etiam veniunt appellatione filiorum secundum jus naturæ secutum, per *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. & tit. 92.*

33 Negamus tamen præsuppositum in argumento, nempe, quod sit dispositio nostræ legis contra jus canonicum, quando ipsi DD. arguentes fatentur nullam esse dispositionem juris canonici, quæ natu-

naturales arceat à successione Emphyteusis: *Oliv. de for. Eccl. 1. part. dict. quest. 32. numer. 63. in princip. & in fin. Pinbeyr. de Emphyteusi disp. 5. sect. 5. numer. 136. cum aliis Phæb. 2. part. decis. 160. numer. 3. sentit Maced. decis. 33. præcipue num. 9. quanvis Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. num. 47. referat prohibentes bullas Pii IV. & Pii V. quas non deberi observari in hoc Regno tenet Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 169. num. 16. & disp. 173. num. 14.*

34 Ex quo etiam solvitur quartum, de quo supra num. 8. quia cum non detur jus canonicum, in quo prohibeatur successio naturalium, quo ad Emphyteusim, recte judicant nostrates, qui *Ord. dispositionem sequuntur, comprehendere etiam Emphyteusim Ecclesiasticam, in qua bene verificatur ratio decidendi, quando Ecclesia non potest disponere, quod contra jus naturæ filius naturalis non sit vere filius: nec in Principe sæculari negare potestatem declarandi quales in his Regnis filios dici debere ad hunc effectum.*

35 Ad quintum, de quo supra num. 10. respondetur *Ord. lib. 4. tit. 39. §. 2. solum procedere in casu non soluti canonis, ut ibi declarat, & tenet Gam. decis. 149. numer. 6. & decis. 2. numer. 7. & id expressit, quia ratio dubitandi versabatur circa diversitatem inter jus canonicum, & civile, prout Legislatores insinuat; ex quo necessum fuit decidere, quod servaretur jus canonicum, in favorem Ecclesiæ, ut solet Legislatores noster: ut exprimit in *Ord. lib. 2. tit. 5. in princip. & tit. 11. in princip. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 24. num. 2.**

36 At vero in terminis *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. circa successionem filii naturalis, ideo non expressit, nec distinguit inter Emphyteusim Ecclesiasticam, quia nulla dabatur ratio dubitandi, nec ullum jus canonicum, quod naturales averteret à successione; imò versabatur ratio decidendi ita conformis juri naturali, ut sine dubio procederet in rebus Ecclesiæ,*

quæ nullatenus censenda erit à jure naturæ deviare voluisse sine ratione: *ex dictis dubit. 13. num. 23.*

37 Ad sextum, de quo supra à numer. 11. respondetur primo negando suppositum, quod scilicet filii naturales sint Ecclesiæ exosi, quod atique non probat textus *in dict. cap. innotuit de elect.* Quia, etsi textus ille prohibeat illegitimum eligi ad dignitatem Episcopalem, ex inde non sequitur, quod illegitimus sit Ecclesiæ exosus, sed solum quod sit inhabilis, seu non idoneus ad dignitatem sacerdotalem, sive ut collocetur in loco honesto *Ægid. de jur. & privileg. honest. artic. 16. num. 7.*

38 Probatur assumptum exemplo bigami, qui ex eo, quod viduam duxit, seu non virginem, seu secundum contraxit matrimonium indignus manet ad sacerdotalem dignitatem: *ex text. in cap. quot quot 27 quest. 1. & aliis Thom. Vas allegat. 41. num. 24. & 26. Augustin. Barbos. in repertorio utriusq. jur. verbo bigamia in med. pag. 34. Cardos. in praxi eod. verbo num. 4. & 7.*

39 Sed exinde, quod manet indignus, non sequitur, quod evadat exosus per illum ipsum actum contrahendi matrimonium, quem approbat Ecclesia ipsa: quæ quidem non debet censeretur abhorrere personam bigami, qui licitum actum operatur, dum matrimonium contrahit, quod illi permittitur: *Cardos. supra num. 1. & 2. & sequentib. Barbos. ibidem in princip. ex text. in cap. 1. de bigam. Thom. Vas dict. alleg. 41. numer. 10. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 26. numer. 16. versic. 2.*

40 Respondetur secundo minus bene inferri in argumento, quod Ecclesia removens illegitimos à dignitate sacerdotali, eos etiam remove voluisse à rebus Emphyteuticis: patet enim latius discrimen inter sacerdotium, & coloniam: inter agricolas terram araturos, & inter ministros præfuturos Ecclesiæ: illis enim sufficit esse robustis, ut terras meliorent, his nulla macula adesse debet:

ex cap. ut Clericorum, de vit. & honest. Clericor. Cardos. in praxi verbo Clericus num. 99. § 107. Vivian. de jur. patronat. lib. 6. cap. 1. numer. 49. multa cumulat Agid. de jur. & privileg. honest. artic. 11. per tot. ex rationibus de quibus optime Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 3. num. 1.

41 Respondetur tertio, quod adhuc concedendo filios illegitimos exosos esse Ecclesie, exinde non concludenter inferri potest pro eis concedere Emphyteusim noluisse, quia ad intentum requiritur non qualequale tædium, sed inimicitia capitalis: *Cald. de potest. eligend. cap. 1. num. 30. cum quo P. Pinheyr. de Emph. disp. 6. sect. 3. num. 37.*

42 Inimicitia autem nec potest præsumi in Ecclesia, nec minus contra subditum non peccantem, & qui ad peccatum genitorum non concurrat, & in quo parentum libido condemnari nequit; comprehendit enim culpa solos authores; diximus etiam de jure sacrae paginae dubit. 12. num. 18.

43 Ad septimum, de quo supra numer. 13. respondetur Ecclesiam concedentem res Emphyteuticas *pro filiis*, sive *pro descendentibus* cogitasse, & concessisse censei pro omnibus, qui jure naturali censentur filii, & descendentes censentur, in quo naturales comprehenduntur, ut expressit Legislator noster *dict. tit. 36. dict. §. 4. ex dictis.*

44 Si enim de Ecclesia censendum esset, quod non concederet pro filiis in peccato genitis, maiori ratione censeretur non concessisse pro eorum parentibus, qui soli peccaverunt, & non filii: & per consequens non censeretur concessisse pro filio concubinario, nec pro alio quocumque peccatore, nec pro filia inhonesta: quod falsum supponit *Pegas 3. forens. cap. 28. num. 402. junct. num. 335.*

45 Præsertim, quando Ecclesia, sicut alius quicumque dominus concedens, potius, & primo cogitasse censetur de rebus meliorandis, & pensione recipienda: *Cald. de extinct. cap. 19. numer. 29. ad fin. cum*

aliis de quibus dub. 24. num. 6.

46 Quod evidenter probatur in successione pauperis, vel mendici, qui cum sit ab Ecclesia inter omnes amabilissimus, nihilominus à successione Emphyteutis censetur indignus, & removetur ex impossibilitate solvendi pensionem: *Caldas de potest. elig. cap. 1. numer. 19. cum quo § Molin. Pinheyr. de Emph. disp. 6. sect. 3. num. 36.*

47 Ne igitur asserere cogamur in similibus eventibus necessarium esse Emphyteutis, qui succedere contendunt, inquisitionem fieri de vita, & moribus, ut facere solent, qui ad Ordines sacros promoveri cupiunt; fateri debemus, quod Ecclesia quando de beneficiis, & ministris cultui Divino providendis disponit, de personis aptis, honestis, & quæ bonæ vitæ sint, & natalitiæ, cogitare censetur: *ex text. in dict. cap. innotuit cum similibus, & Trident. Vivian. de jur. patronat. lib. 6. cap. 1. num. 49. Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 8. pag. 130. in princip. ubi multa jura.*

48 Quando vero disponit circa personas culturæ casualium adhibendas, censenda est cogitare solum de agricolis robustis, quanvis sint naturales filii; & imò potius de colono, qui solvat, quanvis peccator; quam de paupere, quanvis sanctus, qui terras non melioret, & pensiones manducet, quæ sunt necessariae ministris Ecclesie, ex iis, quæ *Pegas 3. forens. cap. 28. sub num. 153. cum Cald. de extinct. cap. 19. num. 29.*

49 Ad octavum tandem fundamentum contrariæ sententiæ, de quo supra numer. 14. respondetur primo, Emphyteusim Ecclesiasticam non esse ex natura rei prohibitam transire extra familiam, sive in extraneos: sed solum id præsupponi, & conjecturari à DD. quia scilicet concedi solet *pro filiis*, & his non existentibus, *pro persona familiae*, sive generationis, in quo eventu, potius ex forma concessionis judicatur familiaris, quam ex natura rei, sicut in sæculari concessione.

Quia, si Ecclesia concedat Emphyteusim

teusim pro filiis, & his deficientibus, pro eo, qui nominatus fuerit, (ut passim videmus) extraneus procul dubio nominari potest, filiis non extantibus: *Pegas tom. 2. forens. cap. 2. num. 168. versic.* Et bene, & *versic.* supposito ergo, & *numer. 169. versic.* quatenus, *num. 474. & tom. 3. forens. cap. 28. num. 63. & iudicatum num. 202. & num. 294. & 297. & 380. ad fin. & 385. & 386. & 388. & num. 407. & 722. versic.* Neque refert, & *num. 981. & 983.* & ubique cum pluribus DD. Regni, quibus adde *Mend. Arouc. alleg. 50. num. 2.* & illos, quos citavimus supra *num. 17.*

50 Unde, cum ex natura rei non censetur familiaris, sed solum ex forma concessionis, non officit quo minus Ecclesia concedens pro filiis, & personis sanguinis, sive generationis censetur concessisse pro illegitimis, qui nec dicuntur ad hunc effectum extranei, quia vere sunt filii, ut cum *Bart. & pluribus* alios communem dicit *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 123.* præcipue quando nullum habent juris impedimentum, ut dicebamus supra *numer. 33.*

51 Nec jura sanguinis deperdere possunt, & dicuntur de familia: *Cald. respons. 1. num. 12. versic. 6.* quem sequitur *Molin. de Gusman. de verit. jur. verit. 5. num. 69. in fin. & numer. 70.* sentit *Maced. decis. 33. numer. 8.* & cum aliis diximus *dubit. 22. num. 13.*

52 Ex quo sustinetur stylus Regni, & praxis in iudicando, quod Emphyteusis Ecclesiastica transit ad extraneos, quia non habet prohibitionem ex natura rei, sed solum ex forma concessionis, quatenus illegitimi reputantur exosi: *Phab. 2. part. decis. 160. num. 3. & 4. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 131. & 138. Maced. decis. 33. numer. 9. Oliv. de for. Eccl. 1. part. quest. 32. numer. 57. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 418.*

53 Nec aliud probant *text. in auth. de non alien. reb. Eccl. dict. §. alienationis cap. 1. & dict. §. Emphyteusim x.*

cap. 3. quibus DD. contrariæ sententiæ nituntur, ut dicebamus supra *num. 14.*

54 Textus enim in *dict. §. alienationis* ideo prohibet alienationem rei Ecclesiasticæ, ne bona Ecclesiæ dampnificentur, & Ecclesia fructibus privetur: ut patet ex *toto princip dict. auth.* quod omnino cessat in concessione Emphyteusis, quæ, ut supponimus, debet esse ad meliorandas res Ecclesiasticas in ipsius utilitatem: quod ita evenire potest per filios, sicut per extraneos, & per quoscumque, quod *prædict. auth.* nullatenus prohibet.

55 Textus autem in *dict. auth. dict. §. Emphyteusim*, ideo prohibuit successionem hæredum, qui non sint filii, ut patet ibi: *Alioqui non transire ad aliquem alterum hæredem, sed usque ad solam vitam percipientium standum, nisi filios, aut nepotes habuerit*, ne scilicet censerentur vocati venientes ab intestato, & qui non sunt filii, in præjudicium Ecclesiæ, quæ non consequeretur dominium utile consolidatum cum suo directo ita brevius, si ab intestato succederent agnati, & collaterales.

56 Sed nullatenus prohibet textus, quominus, filiis deficientibus, non possit nominari extraneus, si per Ecclesiam concedentem non prohibeatur: cum is ipse textus uxorem admittat vocandam, & succedentem, quæ vere extranea censeretur debet: *Pegas tom. 1. forens. cap. 9. numer. 169. in fin. & melius tom. 3. forens. cap. 28. numer. 16. & numer. 721. cum Molin. & Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. §. 5. num. 178.*

57 Ex quibus convincitur prima sententia, quatenus asserit in Emphyteusi Ecclesiastica filium naturalem non venire appellatione filii, quando secundum jus naturæ, quod potius, & primo Ecclesia observare debet, quàm mores Romanorū, & quod secutus fuit Legislator noster in præsentem, filii naturales veniunt appellatione filiorū: quod etiam defendit *Gusman. de verit. jur. verit. 5. num. 49. Gutierr. lib. 2. præct. quest. 154. à num. 2.*

fatetur Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 123. cum Molin. & Fragos. fatetur in vitus Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. sub num. 8.

58 Ex eadem ratione decidendi nostræ Ord. quam secuti sumus, convincitur etiam secunda sententia, de qua supra numer. 16. dum asserit, quod in Emphyteusi de pacto concessa pro filiis, succedere non possunt naturales, quia nec extranei succedere possunt: de qua tamen, quia discordes invenimus DD. nostros, discutiendum venit, distinctionis gratia dubit. sequenti.

DUBITATIO XXVII.

Vtrum naturales succedere possint in Emphyteusi concessa Pro filiis?

Ad Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.

SUMMARIUM

- 1 Proponitur questio, & declarantur termini: num. 2. & 3.
- 4 Referuntur DD. qui tenent negativam.
- 5 In Emphyteusi liberæ nominationis, potest succedere naturalis.
- 6 Qui non expressit, noluisse creditur.
- 7 Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. ibi, de entre ambos, excludit filios naturales.
- 8 Filii naturales non censentur in jure filii.
- 9 Nec nomen filiorum merentur.
- 10 Nec censentur vocati, quando filii vocantur.
- 11 Concedens Emphyteusim, non censetur intellexisse de filiis in peccato.
- 12 Concedens Emphyteusim desiderat, ut citius finiatur.

- 13 Concessio pro filiis, plerumque est de familia.
- 14 Filius naturalis non dicitur de familia.
- 15 Imò reputatur extraneus.
- 16 Furi quæsito non potest Princeps præjudicare.
- 17 Valet argumentum de Emphyteusi ad maioratum.
- 18 Naturalis non succedit in maioratu.
- 19 Filii naturales de jure sunt insuccessibiles.
- 20 Et solum invenimus legitimatos ab Ord. ad Emphyteusim nominationis.
- 21 Unde similis legitimatio, restricta potius dicitur dispensatio.
- 22 Legitimatio stricta non est extendenda.
- 23 Filia non succedit in Emphyteusi concessa pro filiis.
- 24 Naturales non veniunt appellatione filiorum in stricta significatione.
- 25 Defenditur affirmativa, quæ naturales admittit, & num. sequent.
- 26 Legislator noster naturales fecit legitimos ad Emphyteusim, & numer. 27. & 29.
- 28 Et quod veniant appellatione filiorum.
- 33 Lex non solet exprimere sine ratione dubitandi.
- 34 Absurdus intellectus rejicitur.
- 35 Legitimi præferuntur naturalibus in Emphyteusi.
- 36 Naturales an dicantur filii, nec vero non dubitatur in hoc Regno.
- 37 Jus civile non potuit amovere filiationem, quæ est ipsius naturæ.
- 40 Extraneus potest nominari, excluso filio, in Emphyteusi liberæ nominationis.
- 41 Furi quæsit potest Princeps præjudicare per legem generalem.
- 42 Jus non potest dici agnatis quæsitum, dum extant filii.
- 43 Quod filius naturalis possit succedere in maioratu non est novum.
- 44 Filius naturalis potest succedere in Emphy-

- Emphyteusi, & non in maioratu.*
 45 *Ex ratione, de qua ibi, & omiserunt DD. citati.*
 46 *Emphyteusis capitur à domino concedente.*
 48 *Jus nostrum Regium, est nostrum jus civile.*
 49 *Concluditur in dubitatione cum sententia revisionis.*

Quando filii naturales possunt succedere in Emphyteusi hæreditaria, diximus *dubit. 22. à numer. 40.* Quando in Emphyteusi liberæ nominationis, *dubit. 26. numer. 18. & 19.* Quando in Emphyteusi Ecclesiastica, eadem *dubit. 26. numer. 20.* ubi à *numer. 24.* defendimus affirmativam in praxi receptam. Restat dubitare de Emphyteusi concessa *pro filiis*, sive de pacto, an in ea succedere possint filii naturales? pro enucleatione illius sententiæ, de qua *dubit. præcedenti numer. 16.*

2 Afferunt itaque DD. nostri, quos ibi citavimus *dict. numer. 16.* Emphyteusim concessam *pro filiis* non transire ad filios naturales, quia censentur extranei, & non de familia, ut inferius prosequemur. Advertendum tamen primo erit, quod prædicta sententia in Emphyteusi Ecclesiastica non procedit ex eo solum, quod Ecclesiæ sit: quia ex natura rei, & quatenus est Ecclesiastica, non prohibetur transire ad naturales, sive per nominationem, sive per tacitam vocationem, ut diximus *dubit. præcedenti.*

3 Quatenus vero concessa sit *pro filiis*; an transire possit ad naturales, non extantibus legitimis, idem juris erit in Emphyteusi Ecclesiastica, atque in sæculari Emphyteusi; cum ex natura rei non prohibeatur transire, ut ostendimus, & solum vis, seu virtus pacti, quatenus *pro filiis* conceditur, inducit rationem dubitandi; quia naturales non veniunt appellatione filiorum, de quibus loqui-

tur concessio domini, sive is sit sæcularis, sive Ecclesiasticus.

4 Advertendum secundo, quod ex nostris, primus secutus fuit sententiam negativam, asserens, quod naturales non succedunt in Emphyteusi concessa *pro filiis*: *Caldas de nominat. quæst. 19. numer. 8. & 9. & 10. & 12.* quem secutus fuit ejus filius *Gabr. Pereyr. decis. 14. numer. 7.* quorum fundamenta optime convincit, contrariam sequendo, *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 123.* quod tamen non citato, nec ejus rationibus attentis, novissime primam negativam sequitur, & communem dicit *Pegas de maiorat. tom. 2. cap. 20. numer. 253.* & ideo.

Fundatur sententia negativa.

5 Probatur primo negativa sententia ex eo, quod *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.* quæ sola naturales admittit ad Emphyteusim, solum loquitur de Emphyteusi liberæ nominationis, in qua etiam, extantibus filiis legitimis, potest pater extraneum nominare: ac per consequens filium naturalem, qui etiam dicitur extraneus: *Caldas de nominat. quæst. 19. numer. 8. Pereyr. decis. 14. numer. 7. Phæb. 2. part. decis. 160. numer. 12.* sequitur *Pegas de maiorat. tom. 2. cap. 20. numer. 253.* refert *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 122.*

6 Probatur secundo ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.* ubi in Emphyteusi, de qua agimus, concessa *pro filiis*, non admittit Legislator filios naturales, nec de illis mentionem fecit, sicut in Emphyteusi liberæ nominationis fuit, in *dist. tit. 36. dict. §. 4.* quasi contrarium sentiens, dum idem non expressit: *Portug. 2. part. cap. 10. numer. 108. & cap. 29. numer. 41. & 3. part. cap. 16. numer. 20. ad fin. Almejd. de excell. numer. quin. cap. 6. numer. 19. Guerreyr. de recusat. lib. 6. cap. 18. numer. 3.*

7 Imò, (& probatur tertio) *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* quæ solum agit de concessione *pro filiis*, dum solum loquitur de legitimis natis ex uxorato, & conjugè, ut patet ibi: *E pera sua molher, e pera hum filho, que dantre elles nascer* expressè censetur excludere filios naturales; ex iis, quæ *Peg. tom. 2. de maiorat. cap. 20. num. 476. & num. 491. versic. & voluntas.*

8 Probatur quarto, quia filij naturales non censentur in jure filij: ex *regul. text. in l. filium ff. de his, qui sunt sui vel alieni juris* ibi: *Filium eum definimus, qui ex viro, & uxore ejus nascitur.* cum multis aliis *Pegas de maiorat. 2. part. cap. 20. num. 156. & 172. & 173. & 174. & 246. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 122. Barbos. 4. part. rubr. à num. 49. ff. solut. cum Portug. 3. part. cap. 21. num. 22. Gusm. verit. 5. num. 5. & aliis novissime Guerreyr. tract. 2. divis. lib. 1. cap. 3. num. 14.*

9 Nec nomen filiorum merentur naturales, secundum jus civile & Regium: ita *Pegas dict. cap. 20. num. 145. ex dict. l. filium, & ex not. ad text. in l. Lucius Titius 83. ff. de condit. & demonstrat. cum Pereyr. decis. 14. à num. 4. ex Molin. Portug. Gusman. & aliis Guerreyr. dict. lib. 1. dict. cap. 3. dict. num. 14.*

10 Ac per consequens non censentur vocati naturales, quando filii vocantur, sed solum legitimi: ex *dict. l. filium & text. in l. generaliter §. cum autem Cod. de instit. & subst. Pegas dict. cap. 20. num. 60.*

11 Probatur quinto, quia dominus concedens Emphyteusim *pro filiis* non censetur intellexisse de his, qui illicitè, & cum peccato suscipiuntur: tam quia aliàs patres invitarentur ad peccandum, tum etiam quia hujusmodi filij nec Deo, nec hominibus amabiles, sed potius odiosi sunt: ex aliis & *Caldas de nomin. quest. 19. numer. 31. Peg. de maiorat. 2. part. dict. cap. 20. numer. 175. &*

209. & in terminis *numer. 418. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. §. 3. numer. 129. & 130. Cardos. in praxi verbo filius numer. 62. Maced. decis. 33.*

12 Eo vel maxime, quando domino concedenti convenientius est illegitimos non comprehendi, ut citius finiatur Emphyteusis, & consolidetur; ex quo censendus est *pro naturalibus* non concessisse, quia sibi utilius: ex *regul. text. in l. cum ex pluribus ff. de solut. de qua Barbos. in loc. cum liter. A. numer. 60. arguit Pinbeyrus de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 122. in fin.*

13 Probatur sexto, quia in concessione *pro filiis*, de qua agimus, ut plurimum continetur clausula, quod illis deficientibus succedat unus de familiâ; ex quo dicitur Emphyteusis familiaris, & ex quo etiam in hujusmodi concessione non succedit extraneus, qui de familiâ non sit: *Ord. lib. 4. dict. tit. 37. dict. §. 6. ibi: Mas nam poder à nomear outra pessoa estranha.*

14 Atqui filius naturalis non dicitur de familiâ, prout ex *Molin. tenet Pegas de maior. tom. 1. cap. 2. numer. 72. & tom. 2. cap. 20. num. 118. ex Surd. decis. 41. numer. 1. & 2. & 3.*

15 Imò reputatur extraneus: ex *Peregrin. & aliis Pegas dict. cap. 20. numer. 120. & iterum numer. 420. cum Bart. Molin. & aliis.*

16 Ergo nec succedere potest filius naturalis in Emphyteusi *pro filiis* & familiari, cum non sit de familiâ: Nec Legislatores eum vocare poterat, & comprehendere in *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4. nec in tit. 37. dict. §. 6. ad Emphyteusim familiarem*, in qua, deficientibus filiis legitimis, agnati de familiâ habent ex concessione jus quæsitum, cui Princeps non poterat præjudicare, vocando naturales, qui non sunt de familiâ: *Peg. de maior. part. 1. cap. 4. num. 385. & part. 2. cap. 20. num. 222. cum Pinel. & Molin. & Valasc. consil. 72. num.*

num. 10. *Gail. lib. 2. observ. 140. § 142.*
 num. 15. *ad fin. cum Portug. Pegas, Pin-*
beyr. & aliis novissime Guerreyr. tract.
2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 13.

17 Probatur septimo, quia, si filius naturalis succederet in Emphyteusi familiari, vel ex *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 4.* quæ eum vocat, dato quod de simili Emphyteusi etiam intelligenda esset; vel ex *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* quæ de tali loquitur Emphyteusi, dato quod eum comprehenderet, utique in maioratu succederet naturalis, quia valet argumentum de Emphyteusi familiari ad maiora- tum: in terminis *Pegas dict. cap. 20. nu- mer. 253.*

18 Atqui consequens est falsum, quia naturalis non succedit in maioratu, sal- tem dum existunt agnati, & non finitur per descendentiam: cum *Molin. de pri- mog. lib. 3. cap. 3. numer. 41.* & ex judicatis, de quibus *Pegas de maio- ratib. cap. 5. à numer. 51. §. cap. 6. à num. 8. §. cap. 20. à num. 2.* & aliis refert *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 9. §. 10.* Ergo, &c.

19 Probatur octavo, quia filii natu- rales de jure communi sunt insuccessibi- les, ut est in comperto, & patet ex dictis *dubit. 11. numer. 2. §. dub. 12. num. 15. §. dubit. 13. à numer. 2. §. num. 13.* ubi plures citavimus; alios refert (quanvis improbet) *Gusman. de verit. jur. verit. 5. num. 62.*

20 Et quanvis jus Regium eos legiti- masset, ut diximus, tamen naturales nobilium solum legitimavit ad succeden- dum in Emphyteusi liberæ nominatio- nis, ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 4.* juncta communi, de qua DD. supra *nu- mer. 4.* Quia alibi non invenimus eos le- gitimatos, imò prohibitos in *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.*

21 Ex quo potius similis legitimatio dicitur dispensatio, quia restricta est ad casum Emphyteusis nominationis liberæ: ex iis, quæ cum *Gam. Carvalh. Cabed. Portug. Valasc. Caldas. Pegas. Pinbeyr. & aliis tradit novissime Guer-*

reyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. nu- mer. 3. §. numer. 70. & cum Arouc. alle- gat. 4. num. 4. idem Guerreyr. dict. tract. 2. lib. 2. cap. 11. num. 22. cum aliis.

22 Ergo sine lege non est extenden- da legitimatio, sive potius dispensatio ad casum successionis in Emphyteusi *de pa- eto*, sive familiari concessa *pro filiis*: cum *Salgad. Molin. Sanch. & aliis tenet re- gulariter loquendo Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. dict. cap. 5. à num. 54.*

23 Probatur nono, quia filia non succedit in Emphyteusi concessa *pro filiis* ex stricta significatione verborum: *Cald. de nomin. quæst. 19. num. 10 & di- cemus latius dubit. 29.*

24 Ergo neque naturales filii in si- mili Emphyteusi succedere possunt, quia in stricta significatione non veniunt ap- pellatione filiorum: ex *Bart. idem Cald. dict. quæst. 19. num. 19. cum Molin. de pri- mog. lib. 3. cap. 3. à numer. 41. Flores de Men. lib. 2. quæst. 16. §. 1. & aliis novis- sime Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 8.*

Fundatur affirmativa.

25 **Q**uibus non obstantibus, verior proculdubio est affirmativa sē- tentia, quæ, deficientibus le- gitimus, admittit filios naturales ad Em- phyteusim concessam *pro filiis*, sive fa- miliarem, ex *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* quæ licet loquatur de Emphyteusi nomina- tionis, comprehendit familiarem, & ex *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* quæ in voca- tione filiorum comprehendit naturales, ut patebit ex dicendis, & solutione con- trariorum.

26 Quæ quidem sententia probatur ex ea, quam secuti sumus, ratione de- cidendi: ad *Ord. lib. 4. tit. 92. §. tit. 36. §. 4.* ex quibus Legislator noster hos filios fecit successibiles, præcipue *dubit. 13. §. 22. §. 25. §. 26. à num. 24. cum sequen- tibus*; ubi ostendimus Legislatorem no- strum in his Regnis filios naturales, quo-

ad

ad succedendum, declarasse filios, tollendo impedimentum juris antiqui, sive derogando Romanorum fictionem, qui veros filios pro non filiis haberi, contra veritatem naturæ decreverunt ex *text. in l. ex facto in princip. ff. de vulgari, & pupillari substit. Pegas de maioratib. part. 2. cap. 20. num. 217.*

27 Unde, sublato impedimento, seu despecta in his Regnis illa antiqua fictione, ex rationibus, de quibus supra citatis locis, merito decrevit Legislator, quod in vocatione tacite concessa *pro filiis*, de qua in *Ord. dict. tit. 36. §. 2. & §. 4.* & in concessione expresse facta *pro filiis*, de qua in *dict. tit. 37. §. 6.* semper comprehenderentur filii naturales, deficientibus legitimis: communem dicit *Reynof. observ. 53. numer. 11. cum aliis.*

28 In quo non solum secutus fuit Legislator noster observantiam juris naturalis, ut diximus, sed etiam illam juris communis dispositionem, de qua *text. in l. si ex facto, aliàs ex facto §. rogamus, alias §. si quis rogatus ff. ad Trebel. ubi Bart. cum aliis Pegas de maiorat. dict. cap. 20. numer. 322. & 323. ubi dicit communem, & num. 324. ubi dicit regulare, nempe, quod appellatione liberorum veniunt naturales cum Gom. primo var. cap. 5. numer. 40.*

29 Itaque in his Regnis filius naturalis, ita ex jure naturæ (quod secutus fuit Legislator noster *lib. 4. tit. 92.*) dicitur filius, ut etiam successor dicatur una cum legitimis, à quibus non differt, imò manet æqualis, sicut omnes erant de jure naturæ; ut latius diximus *dubit. 11. & 12.*

30 Ac per consequens etiam filius dici debet ad Emphyteusim concessam *pro filiis*; in qua non habemus Regiam limitationem, quæ eos excludat: ex quo standum erit regulæ *Ord. dict. tit. 92. & tit. 36. §. 4.* quæ eos vocat; excepta successione patris nobilis, qualis non est Emphyteutica, in

qua non patri, sed domino concedenti succeditur. *Carvalb. in cap. Reynaldus de testament. 4. part. cap. 1. numer. 175. Valasc. tom. 1. consil. 61. num. 11. Pinbeyr. de Emph. disp. 6. sect. 2. num. 18.*

Ad Contraria.

31 **N**equè obstant in contrarium adducta, ex quorum solutione melius comprobatur affirmativa. Ad primum enim, de quo supra *numer. 5.* respondetur, quod filius naturalis in terminis *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* non succedit ex ipsa natura Emphyteusis, ex eo scilicet, quod sit liberæ nominationis, tanquam concessa *pro quocunque nominando*, quibus terminis solum procederet argumentum, ut jam diximus *dubit. 26. à num. 23.*

32 Imò in terminis dictæ *Ord* succedit ex tacita vocatione domini, qui licet ibi concedat *pro nominando*, & quod, deficiente nominatione, Emphyteusis finiatur, semper intelligitur, nisi nominaturus filios habuerit: ex quo filios succedere ex tacita vocatione domini probat *Ord. dict. §. 4. ibi: Haverà esse foro o seu filho natural. & latius ostendimus dubit. 23. à numer. 12. cum sequent.*

33 Unde etiam solvitur secundum argumentum, de quo *numer. 6.* quia si Legislator *dict. tit. 36. dict. §. 4.* in concessione indefinita, de qua, illo *tit.* sanxit comprehendi filios naturales, quin de filiis concessio loqueretur, sine ratione dubitandi expressurus esset successionem filii naturalis in *dict. tit. 37. §. 6.* quando ibi agit de concessione expresse *pro filiis*. Lex autem non solet exprimere sine ratione dubitandi: *Ægid. de jur. honest. artic. 3. numer. 1. versic. quare.* Effect enim dispositio superflua, quod non admittitur. *Portug. 2. part. cap. 29. num. 34. Phab. decis. 31. num. 9.*

34 Absurdum imò esset, filios naturales comprehendi in concessione indefinita, & tacita vocatione, ubi solum tacite vocantur filii, prout in *dict. tit. 36. §. 2. §. 4.* & non comprehendi in vocatione expresse facta *pro filiis*, prout in *dict. tit. 37. §. 6.* quia admittitur in tacita concessione, quod negatur in expressa: contra regulam, de qua *Portug. lib. 1. præ-lud. 2. §. 2. num. 102.* de qua *dubit. 44. num. 35.*

35 Ad tertium, de quo *numer. 7.* respondetur ex ibi traditis, solum probari, quod filii legitimi, & nati ex utroque conjugè præferri debent, quibus tamen deficientibus, naturales minime excluduntur, ut contendimus: de præferentia autem legitimorum nullatenus dubitamus ex iis, quæ *Pegas de maiorat. part. 2. cap. 20. numer. 478. cum Cabed. 1. part. arrest. 47. Aegid. de privileg. honest. artic. 13. numer. 46. §. 47.*

36 Ad quartum, de quo *num. 8. cum sequentibus* respondetur ex dictis, fictionem scilicet juris civilis, quæ naturaliter vere, & realiter filios per ordinem naturæ finxit, filios non censerì, sublatam fuisse per Legislatorem nostrum à cessante Romanorum ratione, ut sæpius diximus, & latius *dubit. 12. §. 13.* ex quo in his Regnis superflua manent interpretationes, quas ad *text. in dict. l. filium ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur. tradunt Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 123. in fin. Peg. de maior. dict. cap. 20. numer. 437. Gom. in l. 9. Taur. num. 2.*

37 Eo vel maxime, quando ipsum jus Civile non poterat efficere, quod filii naturaliter non essent filii, quia ab ipsa natura inest: ex *text. in l. tutelàs, in fine princip. ff. de capit. minut. ubi Bart. §. in l. pronuntia-tio ff. de verbor. signific. Peg. dict. cap. 20. numer. 437. §. 468. versic. nec etiam Reynos. observ. 53. num. 11.*

38 Ad quintum, de quo *numer. 11.* respondetur ex dictis *dubit. 26. à numer. 43. cum sequentibus.* & respondet *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 123.* Et ulterius respondetur, quod ipsæmet rationes deductæ in argumento, vigent in concessione indefinita sine mentione filiorum, de qua *Ord. dict. tit. 36.* & eis non obstantibus, Legislator noster ibidem *§. 4.* filios vocat naturales ad successionem tanquam filios, & tanquam à concedente vocatos; ut diximus *dubit. 23. à num. 12. cum sequentibus.*

39 Ad sextum, de quo à *numer. 13. cum sequentibus*, respondetur, quod, etsi *Ord. lib. 4. tit. 37. dict. §. 6.* personam extraneam non admittat in Emphyteusi familiari concessa *pro filiis*, exinde non sequitur, quod excludat naturales, nec quod comprehendere naturales nolisset appellatione filiorum, cum expresse eos vocasset in concessione tacita *pro filiis* in *dict. tit. 36. dict. §. 4.* ut diximus.

40 Sed solum probat *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* quod in concessione *pro filiis* non potest nominari extraneus, extante filio; sicut aliàs poterat in concessione libera: *Pegas de maior. part. 2. dict. cap. 20. numer. 253. cum Cald. de nomin. lib. 2. quest. 25. numer. 30. §. 31. Phab. 2. part. decis. 160. numer. 12. & diximus supra numer. 5.*

41 Nec jus quæsitum, quod consideratur in agnatis, quando filii legitimi non existunt, est in consideratione; tum quia juri quæsito potest Legislator præjudicare per legem generalem: ex *text. in l. bene à Zenone Cod. quadrien. præscript. Pegas de maiorat. dict. cap. 20. num. 709.*

42 Tum, quia jus nullum potest dici quæsitum agnatis, dum filij extant, qui sunt, vel dici possunt filii: optime cum aliis *Peg. ibid. dict. cap. 20. numer. 289. §. 290. §. 291. Phab. 1. part. decis. 97. num. 25.*

43 Ad septimum, de quo à numero 17. respondetur, quod nec consequens est ita falsum, ut concremari mereatur; quia fortasse verior est opinio, quod filius naturalis potest succedere in maioratibus, ut ex professo defendit *Gusman. de verit. jur. verit. 5.* & multoties iudicatum refert *Pegas dict. cap. 20. fere per totum.* Ubi à numero 431. ostendit veriolem esse sententiam, per illam nunquam satis laudatam deliberationem, quæ ibi à numero 433. & 440. mirabiliter expendit *Ord. lib. 4. tit. 100.* tetigit novissime *Guerveyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. num. 9.* cum aliis, & num. 34. & 35. & 39.

44 Nec prædictum consequens sequitur ab illo antecedenti, quia filius naturalis bene potest succedere in Emphyteusi, etiam familiari, ex sola ratione filii, & non succedere in maioratu, quia non conservat familiam, saltem cum illo splendore, & sine coinquinatione, vel macula, quam requirit institutor maioratus, quod non requiritur in Emphyteusi: *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 123.*

45 Ex quo cessat argumentum, quod coegit viros tam doctissimos asserere filios naturales non succedere in Emphyteusi concessa *pro filiis*, denegando ita filiis nomen naturæ, & beneficium nostri Legislatoris; ne scilicet inviti faterentur eos succedere posse in maioratibus, eo quod succedebant in Emphyteusi *pro filiis*: prout fuit *Gabr. Pereyr. decis. 14. num. 7.* & cum eo communis; de qua *Pegas de maiorat. dict. cap. 20. num. 253.*

46 Ad octavum, de quo à numero 19. cum sequentibus respondetur naturales filios nobilis genitoris solum patri esse infuccessibiles, non vero domino concedenti, à quo accipitur, & capiunt Emphyteusim. Ut tenent. *Carvalh. Valasc. & Pinbeyr.* quos citavimus supra numero 30. & dubit. 28. num. fin.

47 Nec in *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 4.* invenitur aliquod verbum restringens legitimationem naturalem ad solam Emphyteusim liberæ nominationis.

48 Ad ultimum respondetur quod, quidquid sit de jure civili, certum est de jure naturali appellatione filiorum venire naturales, quia sunt vere filii & idem est de jure nostro Regio, ut demonstravimus, quod est nostrum jus Civile: cum *Gama. Valasc. & Cabed. & aliis Gom. de Moraes de execut. lib. 1. cap. 2. num. 7.*

49 Unde concludimus, filium naturalem in hoc Regno successibilem esse in quacumque Emphyteusi (excepta hæreditaria, si sit patris nobilis) five sit Ecclesiastica, five sæcularis, five sit nominationis, five de pacto *pro filiis* & ita edocuerunt Magistri sapientissimi, quorum scripta non habemus, & refert *Phab. 2. part. decis. 160. num. 12. ad finem:* & ita post hæc scripta vidi iudicatum in causa revisionis inter partes

Antonio Rebello de Valongui-

ubo, termo de S. Martinho

de Mouros contra

Maria Rebella

Viuva.



DUBITAT. XXVIII.

Quando, & in quali Emphyteusi spurius succedere possit?

Ad Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4.
versic. fin.

SUMMARIUM.

- 1 Spurius quis dicatur.
- 2 Referuntur verba Ord. de quibus dubitandum.
- 3 Spurius est insuccessibilis ipsius genitori.
- 4 Non tamen respectu aliorum.
- 5 Emphyteusis capitur à domino concedente.
- 6 Ergo spurius non habet juris impedimentum, quoad Emphyteusim.
- 7 Ecclesia sine dispensatione potest concedere spurio Emphyteusim, & num. 45.
- 8 Et potest concedere cum facultate nominandi spurium, & num. 46.
- 9 Ergo superflua Ord. dict. versic. fin.
- 10 Patre non nominante, extinguitur Emphyteusis.
- 11 Princeps non solet præjudicare juri quaesito.
- 12 Imò, iniqua lex in contrarium.
- 13 Spurius non habet juris impedimentum, sed consideratur ex osus concedenti.
- 14 Princeps non debet contravenire contrahentium voluntati, & numer. 47.
- 15 Affertur ratio decidendi ad prædictam Ord.
- 16 Filii stipulatum semper comprehenduntur.
- 17 Filius dicitur omnis ille, qui de jure Regni filius dici potest.

- 18 De jure civili spurius non dicitur filius.
- 19 De jure Regni, si est legitimatus, dicitur filius.
- 20 In Emphyteusi semper filii succedunt.
- 23 Spurius non potest dici filius sine lege Regni.
- 24 Conditione non existente, non dicitur jus quaesitum.
- 27 Concessio censetur facta pro filiis, qui per leges non repelluntur, & num. 30. & 31.
- 28 Spurius an legitimari debet per Pontificem ad Emphyteusim Ecclesie? & num. sequent.
- 32 Contrahens sibi imputet, quod non expressit.
- 33 Subditus legitimatur à suo superiore.
- 34 Ord. dict. versic. fin. quia correctoria, non extenditur.
- 35 Imò prædicta Ord. dict. versic. fin. est conformis juri.
- 37 Ord. dict. versic. fin. ibi: Que possa succeder, inducitur.
- 38 Res Ecclesie sunt exemptæ à jurisdictione seculari.
- 39 Dominium utile est quid profanum.
- 40 Spurius non prohibetur per jus canonicum.
- 41 Pontifex dispensat in jure canonico.
- 42 Spurius solum rejicitur ex conjecturata mente concedentis, & numer. 43.
- 44 Increpatur Oliva de foro Eccles.
- 49 Mens concedentis contra spurium deducitur ex duplici fundamento, quod refertur num. seq.
- 50 Patres debent puniri, & non filii.
- 51 Spurii apti ad culturam, & honesti ad agros.
- 53 Concessio semper intelligitur pro filiis.
- 54 An spurius excludat ascendentes? & num. seq.
- 55 Dictio, &, dicit relationem ad superiora.

- 56 Verbum, o ditto, reducit dispositionē ad superiora.
- 58 Rex noster non solet concedere legitimaciones, existente ascendente.
- 61 Filius naturalis patris nobilis succedit, excluso ascendente.
- 64 Qualiscumque filius semper capit à concedente.
- 68 Filius legitimatus potitur nobilitate paterna.
- 69 Sed legitimatio non extenditur ad successionem.
- 70 Spurius an succedat in Emphyteusi materna?
- 72 Spurius est matris successibilis.
- 73 Cessante ratione legis, cessat dispositio.
- 79 Spurius an possit repudiare hereditatem, & acceptare Emphyteusim?
- 80 Verbum, potest, non inducit necessitatem.
- 81 Filii possunt acceptare Emphyteusim, & repudiare hereditatem.
- 83 Filii capiunt Emphyteusim à domino concedente.

Filius spurium, de quo nūc dubitandum venit in terminis *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 4. versic. fin.* cum de ejus materia agimus, eum dici, qui natus est ex his genitoribus, qui matrimonium contrahere non possunt, indubitabile est *DD. de quibus Cald. de nomin. quest. 21. num. 13. Portug. 2. part. cap. 17. à num. 54. §. 3. part. cap. 18. à num. 65. Phæb. 1. part. decis. 68. à num. 5. Reynof. observ. 53. num. 17. §. 23.*

2 In cujus successione, quoad res Emphyteuticas, primo dubitamus de ratione decidendi ad *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 4. dict. versic. fin.* dum legitimacionem requirit ad hoc, ut spurius succedere possit in Emphyteusi: verba sunt: *E o filho spurio nam poderà haver o ditto foro, salvo sendo legitimado por nós em tal forma, que possa succeder ab intestado, e nam doutra maneira.*

3 Ratio dubitandi primo nobis est, per quam difficilis redditur ratio decidendi, quia licet spurius sit incapax succedendi ipsius genitori, ut cum infinitis prosequitur *Portug. 3. part. cap. 18. num. 66. §. num. 83. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 1. part. num. 491. Reynof. obs. 53. num. 17. §. 20. & ibi Glossat. in fin. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 6. à numer. 8. §. 9. cum pluribus.*

4 Potest tamen capere à quocunque alio, respectu cujus, cum non sit pater, non est spurius incapax capiendi: *Peg. 3. foref. cap. 28. num. 425. §. num. 969. ante fin. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 127. cum Cald. Carvalh. dict. 1. part. numer. 513.*

5 Atqui Emphyteusis capitur à domino cōcedente, & non à patre Emphyteuta: docet *Carvalh. in dict. cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. num. 175. cum aliis citatis infra num. 83.*

6 Ergo spurius succedere potest in Emphyteusi, quam solum à domino capit; cum ad hoc non habeat juris impedimentum, quoad Emphyteusim: *Cald. de nomin. quest. 20. num. 7. §. 8. Oliv. de for. Eccl. 1. part. quest. 32. num. 63. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 136.*

7 Quod quidem etiam procedit in Emphyteusi Ecclesiastica; siquidem ipsa sine speciali dispensatione Emphyteusim cōcedere potest spurio: ex *Cald. Valase. Phæb. & Oliva, quos citamus infra num. 45. & sentit Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. sub num. 87.*

8 Et etiam Emphyteusim concedere potest cum tali facultate nominandi, ut etiam spurium comprehendat: cum pluribus *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 137. & dicimus cum Oliva infra num. 46. sentit Guerreyr. supra dict. num. 87.*

9 Ergo superfluum videtur, quod *Ord. lib. 4. tit. 36. dict. §. 4. versic. fin.* requirat legitimacionem Principis expressè quoad successionem patris, ut spurius succedere possit in Emphyteusi, de quo agētes *Cald. de nomin. quest. 21. ex professo, & Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. à num. 151.*

cum sequentibus.

10 Secunda ea est ratio dubitandi, quia concessa Emphyteusi pro eo qui nominabitur, & decedente patre Emphyteuta sine nominatione, jus dicitur quæsitum domino, ut Emphyteusis extinguatur: ex *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. ibi: Figue o foro devoluto ao senhorio*, tenet *Pinbeyr. dict. disp. 5. sect. 5. num. 153. Caldas de nominat. quest. 21. num. 44.*

11 Huic ergo juri quæsito dominis directis, non est cur dicamus Principem potuisse præjudicare per legitimationem, cum non soleat quæsito juri Princeps præjudicare: *l. 2. §. si quis à Principe ff. nequid in loc. public. l. rescripta 7. Cod. de precib. Imperator. offer. Pinbeyr. de testam. disp. 2. sect. 7. num. 205. Themud. 2. part. decis. 195. à numer. 95. cum seq. Portug. 2. part. cap. 11. à numer. 67. cum sequentibus.*

12 Ergo legitimatio Principis, si necessaria foret, esset iniqua contra jus tertio quæsitum: prout est de mente DD. proxime citat. & cum pluribus aliis tenet novissime *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. à num. 27. cum sequent. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 153.*

13 Tertia videtur esse ratio dubitandi, quia nullo jure spurius expresse à successione Emphyteusi removeretur: & potius inhabilis judicatur ex conjecturata mente concedentis, quia exosus: *Maced. decis. 33. num. 9. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. num. 131. & 138. cum quo Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 418. & n. 425. & 477. & cum aliis num. 970. in fin. Phæb decis. 160. numer. 3. & 4. Oliv. de for. Eccl. 1. part. quest. 32. num. 57.*

14 Ergo, si impedimentum consistit in voluntate concedentis, contra illam dispensare non potest Legislator in dict. §. 4. dict. versic. fin. cum omni jure sit stabilitum in hac materia adherendum esse concedentis voluntati: ex *l. 1. Cod. de jur. Emph. Cald. Gom. & Valasc. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 208. & numer. 458. cum*

aliis, & melius *numer. 466. cum pluribus.*

15 Quibus non obstantibus, necessaria, & justissima fuit dispositio *Ord. dict. §. 4. dict. versic. fin.* si ad traditas hucusque resolutiones attendamus, præcipue *dubit. 27. à numer. 12. cum sequentibus.*

16 Quia cum omnis concessio Emphyteutica quantumvis restricta, & quantumvis indefinita, semper intelligitur facta, & concessa pro filiis stipulantium, qui nullo eventu censentur exclusi, nec etiam in defectu nominationis, quia etiam in ipsis terminis succedere debent, quia censentur expresse vocati, licet in concessione de illis non fiat mentio: probat *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & sequent. text. in auth. de non alien. reb. Eccl. §. Emphyteusim*, diximus latius *dict. dubit. 23. à numer. 13. cum sequentibus.*

17 Ideo succedere debet in Emphyteusi, etiam indefinitè concessa, omnis ille filius, qui de jure municipali dicitur filius, & pro filio civiliter secundum leges Regni judicari debeat: in terminis *Cald. de nomin. quest. 21. numer. 37. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 153.*

18 Plane quamvis secundum jus Civile spurius non dicatur filius, ut ita comprehendi possit appellatione filiorum, ut cum infinitis tenet *Portug. 2. part. cap. 17. num. 62.*

19 Tamen secundum jus Regni, ex eo quod sit legitimatus quoad successionem, verè, & propriè quoad successionem dicitur filius: *Pinbeyr. dict. sect. 5. numer. 152. Portug. 2. part. cap. 16. à numer. 8. Cald. consil. 4. numer. 17. Carvalh. de testamentis 1. part. num. 528. juncto num. 532.*

20 Ac per consequens succedere debet in iis, in quibus vere filii succedere debent: & ita in Emphyteusi, in qua semper filii succedunt: ex *text.*

in Auth. de non alien. aut permut. reb. Eccl. §. Emphyteusim collat. 2. de quo dubit. 23. num. 14. §. 15.

21. Necessaria fuit ergo dispositio *Ord. dict. §. 4. dict. versic. fin.* cum enim in ejus materia egisset Legislator noster de his personis, quæ sine nominatione censentur vocatæ ex vi concessionis sine illarum expressa mentione, & *in* de filiis, merito profectus fuit declarando eos, qui ad prædictum effectum censendi essent filii: & postquam decrevit de naturalibus, qui in his Regnis filii dici debent, ex *dictis dubit. 12.* de spuriiis etiam sanxit filios judicari debere per legitimacionem, quamvis antea filii non dicebantur.

Ad contraria respondetur.

22. **U**nde, non obstant in contrarium. Respondetur enim ad primam rationem dubitandi, quod licet spurius capiat à domino concedente, hoc facere non potest sine eo, quod verè, & civiliter dicatur filius: qui enim filius non dicitur, vocatus non censetur: ex *dict. Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. §. 4. §. dict. Auth. de non alien. reb. Eccles. dict. §. Emphyteusim.*

23. Filius autem civiliter dici non potest spurius sine eo, quod Legislator eum faciat vocari, & censerì filium, ut talis judicari, & censerì possit, ex *dictis num. 19.*

24. Secunda non obstat: quia domino non potest dici jus quæsitum in defectu nominationis, nisi quando filii non extent, quia semper in concessione censentur vocati, ut sæpius diximus: filios autem non extare in casu spurii, pendet ex illa tacita conditione, quæ de jure Regni inest, si

filius spurius non legitimetur: quæ dum pendet, non dicitur jus quæsitum: Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 1. numer. 29. cum pluribus Pegas tom. 1. forens. cap. 1. numer. 53. §. 55. cum sequentibus, & cum Guerreyr. §. aliis diximus dubit. 22. numer. 48. §. 49.

25. Tertia tandem non obstat; quia esto, quod spurius non prohibeatur ad succedendum in Emphyteusi per expressam juris resolutionem, sed solum ex conjecturata mente concedentis, ut cum *Maced. Pinbeyr. §. Peg. dicebamus supra num. 13.*

26. Tamen, cum Legislator noster *dict. tit. 36. §. 2. §. 4.* egisset de limitanda consolidatione Emphyteutica in eo, qui filios habet, necessarium fuit exprimere spurium legitimatum successurum, quia comprehenditur appellatione filiorum, quando aliàs non comprehenderetur; ex *dictis supra numer. 18.*

27. In quo mentem concedentis minime lædit, cum is censeatur se conformasse in concedendo cum dispositione juris, quod quidem legitimatos decernit comprehendi sub appellatione filiorum: & quando concessio censetur facta *pro filiis habilibus*, qui per leges non repelluntur: *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 153. ibi: Quia dominus concedens, intelligitur concedere pro filiis habilibus, sive jam existant, sive postea nascantur, aut habilitentur: tales autem sunt legitimati.*

Ampliatum Ord. lib. 4. tit. tit. 36. §. 4. versic. fin.

28. **E**X quibus amplianda venit dispositio *Ord. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 4. dict. versic. fin.* ut etiam procedat, quoad Emphyteusim Eccle-

Ecclesiasticam, in qua succedere debet legitimatus in forma *Ord.* per Principem sæcularem, licet legitimatus non sit à Pontifice, quamvis ex fundamentis, quibus respondebimus, contrarium teneant *Pinbeyr. disp. 5. sect. 5. numer. 159. cum Cald. de nominat. quest. 21. numer. 50. Peg. 2. forens. cap. 9. numer. 337. cum Phæb. decis. 122. cum aliis novissime Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. numer. 85. § 86.*

29 Ratio ampliacionis est; quia, cum Ecclesia concedens Emphyteusim semper censeatur concedere *pro filiis* Emphyteutæ, quamvis de illis non fiat mentio expressa in concessione, ut sæpe diximus *ex dict. auth. de reb. Eccl. non alien. dict. §. Emphyteusim; præcipue dubit. 23. numer. 13. § 14. § 15.*

30 Ideo etiam censenda est Ecclesia concessisse *pro filiis*, qui secundum legem sunt, vel esse possunt habiles ad succedendum: ut bene ad intentum dixit *Pinbeyr. dict. disp. 5. dict. sect. 5. dict. num. 153. Cald. de nomin. quest. 21. num. 37.*

31 Et concessisse *pro filiis*, qui secundum legem Regni vere legitimi dici possunt, & legaliter comprehendi sub appellatione filiorum, ut proxime diximus; & sentiunt *Gam. decis. 387. num. 4. & 5. Phæb. 2. part. decis. 160. num. 16.*

32 Quando autem Ecclesia ita fieri nolit, ne scilicet illegitimus, sive spurcius legitimatus in forma legis Regni succedat in rebus Ecclesiæ, ita exprimat in concessione, & ita prohibeat, & observabitur ad unguem ejus voluntas, à qua totum pendet ex dictis supra *num. 13. § 14.* aliàs contra concedentem fit interpretatio: eleganter *Carleval de judic. tit. 3. disp. 23. num. 64. versic. secundo.*

33 Aliàs si non exprimat in concedendo, verba, & dispositio intelli-

genda venit conformis legi, quæ filium, & legitimum vere facit spurcium, qui subditus est Legislatori: *Gam. decis. 387. num. 5. Phæb. dict. decis. 160. numer. 16. & 18.*

34 Nec obstat *textus in cap. 1. §. siquis 30. versic. naturales lib. 2. feudor. tit. si de feudo defuncti contentio sit*; per quem dicit *Ord. hoc §. 4. correctoriam esse. Cald. de nomin. quest. 21. numer. 47. in fin. ac per consequens non extendendam, ut regulare est per text. in l. 2. ff. de noxalib. Valens. cons. 23. num. 69. Molin. de Gusman. de veritate jur. verit. II. numer. 46. § 53. Aegid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. in initio numer. 18. § numer. 35. § de jur. § privileg. honest. artic. 13. numer. 30. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1. part. cap. 22. numer. 30. & cap. 26. numer. 13.*

35 Respondetur enim, & fortasse retorquendo argumentum, imò *Ord. dict. §. 4. dict. versic. fin. esse conformem juri in prædict. text. & sententiæ, quam tenet gloss. ibi dum requirit legitimationem expresse ad succedendum, ad hoc ut legitimatus in feudo succedere possit: ut etiam in Emphyteusi sanxit Legislator noster ibi: Que possa succeder, in quo omnino secutus fuit dispositionem textus, & doctrinam glossæ, quam agnovit, & communem fatetur is ipse Cald. dict. quest. 21. dict. num. 47. & ita intelligitur Gam. decis. 2. num. 7.*

36 Illud autem, quod Legislator noster expressit in *dict. versic. fin.* nempe per legitimationem ad succedendum, intelligi debere etiam ad succedendum in Emphyteusi, non est contra jus commune; quia legitimatus, de quo loquitur ille textus, non constat legitimatum esse ad succedendum, sed loquitur textus de simpliciter legitimato: patet ibi: *naturales filii, licet postea fiant legitimi, & ideo non succedit in feudo.* Dd 3 37 Quod

37 Quod etiam fecutus fuit Legislator noster, dum sanxit, & expressit, quod simpliciter legitimatus (v. g. solum ad nobilitatem, & non ad successionem) non succedat, nec succedere possit in Emphyteusi, patet ibi: *Sendo legitimado por nós em tal forma que possa succeder ab intestado, e nam doutra maneira*; quamvis aliter respondeat ex cessante ratione decidendi *Pinheyr. disp. 5. dict. sect. 5. num. 153.*

38 Non obstat secundum fundamentum contrariæ sententiæ, dum tenet res Ecclesiasticas esse omnino extra jurisdictionem Principis sæcularis: ex *text. in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ de constit. Pinheyr. disput. 5. dict. sect. numer. 159. Oliv. de foro Eccl. 1. part. quæst. 32. fere per tot.*

39 Respondetur enim primo Legislatorem nostrum, quatenus spurium facit legitimum, non disponere de re aliqua, sed solum de persona sibi subdita: & in consequentiam protrahitur dispositio ad dominium utile, quod jam supponimus extra Ecclesiam concedentem, & quid profanum subjectum dispositioni juris civilis: prout cum *Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 6. & pluribus aliis dicebamus dubit. 26. num. 4.*

40 Respondetur secundo ex supra dictis Ecclesiam semper censi concessisse *pro filiis* secundum legem habilibus: in quo se conformare cum lege municipalis spurium habilem faciente, præcipue cum nullum jus canonicum detur, cum quo potius se conformare censenda sit *Phæb. 2. part. dict. decis. 160. num. 60. junctis, quæ diximus dubit. 25. num. 32.*

41 Non obstat tertium contrariæ sententiæ fundamentum, dum requirit Pontificis legitimationem, ut spurium succedere possit: quia scilicet contra dispositionem juris canonici solum Pontifex legitimare potest: *Pinheyr. dis-*

put. 5. dict. sect. 5. numer. 159. Oliva de for. Eccles. 1. part. quæst. 32. numer. 66. cum Cald. de nominat. quæst. 21. à num. 48. cum aliis sentit in terminis Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 85. & 86.

42 Respondetur enim falsum esse, quod spurium succedere non possit in Emphyteusi per dispositionem juris canonici, in quo solus Papa dispensare posset: siquidem exclusio spurii solum provenit ex conjecturata mente Ecclesiæ concedentis: ut contra *Valasc. 2. part. consil. 134. à numer. 18. & alibi optime ostendit Ægid. de jur. & priv. honest. artic. 16. numer. 8.* quo non citato idem tenet *Oliva de for. Eccles. 1. part. quæst. 32. numer. 63. versic. Unde. Et tenent citati dubit. 15. numer. 26. & 32. & hac dubit. num. 13.*

43 In quo obiter non possum non mirari, quod Doctissimus *Oliva dict. numer. 63. dict. versic. Unde. Incepit Valascum*, ex eo, quod sibi fuisset contrarius, quando is ipse Reverendissimus in eundem incidit errorem: siquidem, ut in *dict. numer. 63.* ostenderet Ecclesiam spurio Emphyteusiam concedere posse, asserit non adesse juris canonici impedimentum, sed solum pendere impedimentum sive prohibitionem à mera, & libera voluntate Prælati concedentis.

44 Ut autem sequenti numero 66. reprobet DD. asserentes sufficere legitimationem Regis, ut spurium succedere possit in Emphyteusi Ecclesiastica, arripit sibi fundamentum à se paulo antea reprobatum, asserendo quod impedimentum spurii est impedimentum juris canonici, in quo Rex sæcularis dispensare nequit: quod idem est, atque velle in spicis, & spicilegio solem ardentem, in napina autem, & naxis irrigantem pluviam.

Quod id ipsum quasi contingeret sapientissimo *Guerreyr. tract. 2. de divis.*

vis. lib. 1. dict. cap. 5. numer. 85. & 86. Si Emphyteusim Ecclesiasticam non fecisset spiritualementem : quod quamvis sustineri possit , quoad dominium directum , de quo non agimus , falsum videtur esse , quoad dominium utile , de cuius successione procedit dubitatio , quod dicitur quid profanum , & sæculare subiectum dispositioni juris civilis , ut fatetur is ipse *Guerreyr. dict. tract. 2. lib. 2. cap. 8. numer. 6. & num. 83. in fn. & est communissima sententia DD. citat. dubit. 26. num. 4.*

45 Confirmatur assumptum , quia , si impedimentum spurii provenisset à dispositione juris Canonici , non posset Ecclesia , sive ejus Prælatus à principio concedere spurio Emphyteusim , contra juris Canonici dispositionem ; quod quidem bene potest ; ut fatentur *Olive de for. Eccles. 1. part. dict. quest. 32. numer. 63. cum Bald. Caldas. Valasc. Phæb. & post hæc scripta visus Pegas ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 3. num. 48. Ergo, &c.*

46 Nec etiam posset Emphyteusim concedere cum tam ampla facultate nominandi , ut spurio admitteretur , si à jure Canonico esset prohibitus ; quod tamen Ecclesia facere potest , ut fatentur *Oliv. dict. quest. 32. numer. 62. cum Gam. Cald. Valasc. & Phæb. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 3. dict. §. 1. dict. cap. 3. dict. num. 48.*

47 Unde cum exclusio spurii solum proveniat ex conjecturata mente Prælati concedentis , & non ex dispositione juris canonici fateri debemus , quod in nullo eventu requiritur dispensatio Pontificis , quæ solum inservit deventu , quia non datur jus canonicum , in quo dispenset , & circa voluntatem concedentis dispensare nequit ; quia juri quæsito ex contractu , & voluntati contrahentis non potest , nec solet ullus Princeps præjudicare : cum *Valasc. Castil. Nogueyrol. Portug. Peg. Pinel. & Cabed. Guerreyr.*

tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. à numer. 27.

48 Ac perconsequens , vel spurius in nullo eventu succedere potest in Emphyteusi Ecclesiastica , repugnante scilicet concedentis voluntate , quæ est indispensabilis ; vel solum succedere potest in casu , quo Princeps sæcularis eum tanquam subditum declaret vere filium ; ut bene potest ; ac perconsequens successurum in eis , quæ pro filiis conceduntur.

49 Non obstat tandem authoritas *Bart. & Bald. & aliorum* , quos refert *Ægid. de jur. & privileg. honest. artic. 16. numer. 6. & passim contrariæ DD.* dum spurios excludunt ex conjecturata mente Ecclesiæ concedentis : quam quidem conjecturam ex duplici deducunt fundamento ; primum quia Ecclesia non præsumitur vocasse filium in peccato conceptum ; secundum , quia non præsumitur Ecclesia inhonestam personam in loco honesto collocare : sic *Ægid. ibid.*

50 Respondetur enim minus concludenter ratiocinari in conjecturanda mente Ecclesiæ , sive Prælati concedentis ; quia , etsi peccatum abhorreat , nullatenus probatur , nec bene infertur voluisse punire peccatum genitorum in filio genito , cum potius genitores puniri deberent , quos fortasse nullo jure invenimus punitos.

51 Nec etiam infertur concludenter ex eo , quod inhonesti (quales supponuntur spurii , quando benemeriti aliquando supponuntur ad eum effectum *Pinhey. de Emph. disput. 5. sect. 5. numer. 133.* ex juribus Pontificis) in loco honesto collocandi non sint ex voluntate Ecclesiæ , ita similiter collocari non debeant in terris , sylvis , & montibus infructiferis , forsitan pertinentibus Ecclesiæ : ac si similia loca honesta dici possint , vel in quibus Ecclesiastica honestas periclitari possit , ex cultura horum , vel illorum agricola-