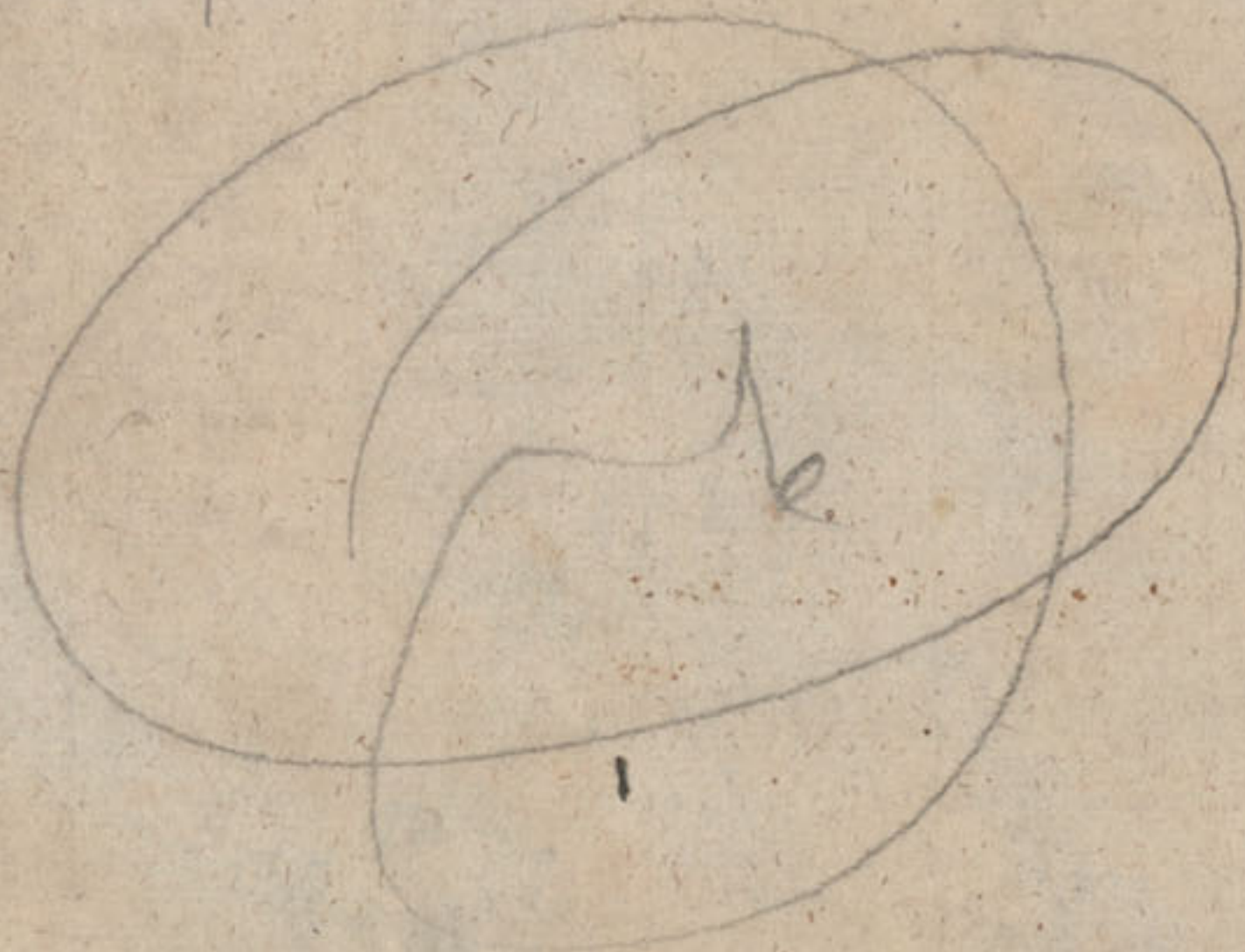


Casa
Gab
E
Ta
N.º

H-A
28
9



Handwritten signature in cursive script, possibly reading "L. de M. Marguerite de la Roche".



N. B.

Neste volume ha tres obras de Mano do Valle

H-A

28

9

EMMANUELIS
ALVAREZ

A
28
9
a)

SOLANI A' VALLE,

J. C. LUSITANI HELVENSIS

IN REGIO SUPPLICATIONIS SENATU CAUSARUM
Patroni Celeberrimi.

COGITATIONES

JURIDICÆ, ATQUE FORENSES,

IN QUIBUS MULTA, QUÆ IN UTROQUE FORO

Controversa quotidie versari possunt, miro ordine resoluta apparent.

OPUS SANE MAGISTRATIBUS, ADVOCATIS, CÆTERISQUE

*in foro versantibus non solum utile, sed etiam necessarium, ut
experientia legentibus manifestum reddet.*



SANCTISSIMÆ DEI PARENTI
CONSECRATUS.



Sei deo

ULYSSIPONE OCCIDENTALI.

EX THYPOGRAPHIA ANTONII DE SOUSA A' SILVA

M. DCC. XXXIX.

Sumptibus Authoris, cum facultate Superiorum.



Livraria de Dep. Coll. dos Militares.

EMMANUELLIS
ALEXANDRE
SOLANI A VALLE

J. C. LUSTANI HELVENSI
HI REGIO SUPPLICATIONIS SENATU CAESARUM
Patroni Celeberrimi

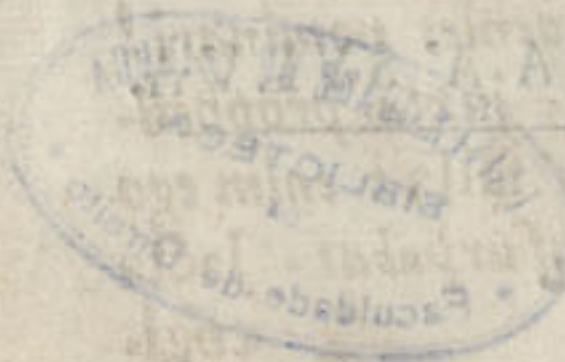
COGITATIONES
JURIDICAE, ATQUE FORENSIS

IN QUIBUS MULTA, QUE IN UTROQUE FORO
Conversis quodvis veritas possunt, eisdem ordine resoluta apparent.
OPUS SANE MAGISTRIBUS, ADOCTORIBUS, CATERISQUE
in fore versantibus non solum utilis, sed etiam necessarium, ut
experientia legentibus manifestum reddat.

SANCTISSIMAE DEI PARENTI
CONSECRATAE



ULYSSIPONE OCCIDENTALI
EX TYPOGRAPHIA ANTONII DE SOUSA



M. DCC. XXXIX

Handwritten signature or name at the bottom of the page.



SANCTISSIMÆ DEI PARENTI OPERIS DEDICATIO.



COGITANTI, SÆPIUS QUE PER COGITATIONEM
revolventi, quem Opus hoc vendicaret Patronum, illud sæ-
pè David Regis repetebam: In manibus tuis sortes meæ:
ac si in Deo, & à Deo (sicut alicui potarum licitum fuit dicere: fors om-
nia versat) fors omne versaret: certum in primis est, sortes, quæ à Deo erga
creaturas emanant, non inconstantiam, sed stabilitatem firmam, sicut
ipse stabilis est, diuturnam durationem, felicitatem perpetuam operibus, su-
per quæ impertitæ fuerint, semper acquirere; & cum liber iste non quo-
libet titulo sit insignitus, dum Cogitationes juris appellatur, non qualibet,
sed speciali indiget sorte: quem nisi hunc tali nomine invenies nominari!
non hominem ullum, quia cum leges illis pavidæ sint, juxta propheti-
cum dictum: Omnes erraverunt ab utero, & locuti sunt falsa: enim ego
verò justa, & vera loquar; verum est, quod sæpius David usurpabat. Jacta
PRO. cogi.

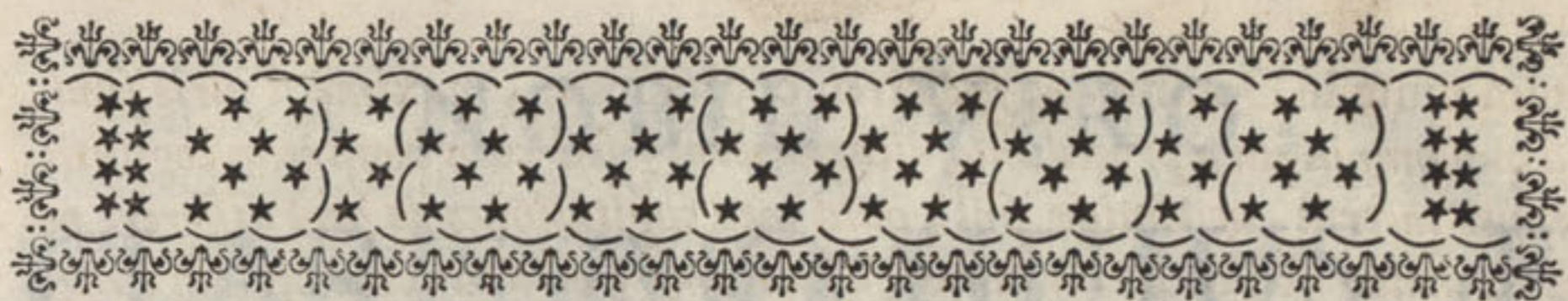
cogitatum tuum in Domino. ac si diceret, cogitationes, maxime si juris sunt, Deo, à quo omnia jura procedunt, dicari debent, sed cum hominum cogitationes, omnes incertæ, ac timidæ sint, quid meæ cogitationes de jure differere poterunt? Quando solius Dei munus est judicandi; ad alium me vertam Patronum, ne forte, si in dictis, vel cogitatu hujus operis à jure, seu veritate mens declinarit, aliquem Deo videar asserere defectum, sed, quo me vertam? nescio; quia si Principes, & Magnates specto, sicut à plerisque Authorum solent invocari, in his nullum jus vim juris habet, sed potius leges, per quas, ut per vires, veraciter vivit, inerviter amittit. Restat solum, ut ad tale opus talis inveniantur Persona, quæ, & si in illa jura mutantur, sine læsione juris jura frangantur, & ut potius dicam, leges destruantur: nullam in rerum natura prorsus invenies præter Dei Genetricem; in tali namque Persona jus nullam vim juris habet, nam & si filia veteris Adam, licet in illo primo parente, natura per peccatum originale corrueret, in Dei Matre, ut immaculata, conciperetur, incolumis evasit, ut virgo generaret, incolumis, ut post partum virgo extitisset, & licet latissimam mortis legem subiret, omnes illius leges irrideret. Sed cum tam inefabilia hæc dona credantur, illud præ omnibus magis arridet in Dei Matre, quod nullum sit jubulum, nulla lætitia, nullum gaudium, quod in illa non generetur; propter hoc, ut Sanctus Epiphanius ait, gaudiorum Mater appellata; illa namque gaudium magnum intulit mundo, quando Dei Filium castis suscepit visceribus, gaudium magnum inservit celo, quando Æterno Patri nostram obtulit humanitatem, quæ in eodem throno nunc cum eodem Patre copulatur, & quid miramur, si idem cælum, & terram, quæ prius in principio, idest in Filio (ut multi interpretantur) creata sunt, nemini Deus per tot sæcula tam grande opus dedicavit! ea erat tunc temporis ratio, quia tempore illo Maria solum per enigmata intuebatur, ast ubi venit plenitudo temporis, in quo placuit Divinæ Omnipotentia, tam celo, quam mundo, felicitatis æternæ gaudio, innane chaos superare tristitiæ, eo ipso cogitationes omnes, studia, & opera omnia, quæ sex diebus in lucem edidit, gaudiorum Mariæ Matri dedicavit, ut gaudium in tanto opere esset plenum, & opus in tanto gaudio esset perfectum. Hoc autem ad meas cogitationes juris non converto, licet enim temerarius, idem gaudium, tam parvo opere exquiram, sit per te Dei genetrix excusabile, quod per te ausi sumus: liber iste te semper, ut Patronam, aspiciet; ad hoc audemus, si in audacia tanta aliquid temeritatis elucet, veniam precamur, acceptationem quærimus, ut in studio nostro, & legentibus gratus, & non legentibus desideratus, te adjutrice, liber iste procedat.

Famulorum tuorum obsequentissimus,

Nec non fidelissimus servus.

EMMANUELIS ALVAREZ SOLANUS A' VALLE.

PRO.



PROLOQUIUM

AD LECTOREM.

Cum è liturarum tenebris opus istuc non arte excultum, sed labore confectum, in lucem prodere conabar, affiduè in mentem subibat, me tot ferocissimos livoris ictus oppugnare, quot contrectationes, quibus lividi detrectatores plenis omnibus velis, ac remis ipsiusmet operis nervos vice non tantum obumbrare, sed etiam incidere: (*Quippè nihil tam circumspectè dici potest, quod tutum sit à morsibus calumniari studentium*) ast cum sola animi mei propensio non in nominis gloriam, ac existimationem colligere dirigatur, quia hæc sine pondere arbitror, sed in eo sistat, scilicet, ut amicis auscultem, & studentium utilitati consulam, ideò opus hoc in omnium oculis exponere non abhorruì: en id prima tantum arundine elucubratum, & ferè impolitum tibi, clementiæque tuæ, ò lector candide, libenter confecro, & si me leni humanitate aspexeris, ad alia non solum nova, sed valdè utilia convolare fortassè non renuam, sin autem pro munere detrectationes retuleris, profectò equidèm me ab omni egregio, laudabili, & honorifico sudore detinebis.

Vale.



PROLOGIUM

AD ELECTOREM.

Cum electum tenentis opus, illud non sine excelsis, sed labore contentum, in lacum prodece conpar, altitud in mentem subibat, in torserocillimos livoris icis oppugnat, duos confectiones, quibus lividi delectores plenis omnibus vestis, ac tenuis ipsulmet operis nervos vice non tantum obumbraret, sed etiam incidere: (Quippe nihil tam circumspice dici potest, quod tantum sit a mortuus calumniai hudentium) ait cum sola animi mei propero, non in nominis gloriam, ac exultationem colligere dirigam, peris hac sine pondere sibi, sed in eo sicut, scilicet, ut amicis aucto-tem, & studium utilitati consulam, ideo opus hoc in omnium oculis exponere non abhorui: en id prima tantum arandine elucidatam, & sic impolitum tibi, clementissimus tuus, o lector candidus, liberet contacto, & si me leui humanitate splexeris, ad alia non solum nova, sed valde nulla convolare forsitan non rennam, in autem pro munere delectationes retularis, profecto equidem me ab omni ergio, lada-tili, & honorifico labore deinceps.

Hand.
in
prop.
Hinc
Laf. de
codic.
ad. in

Vale.

PRO-

NOBIL VIRO,
CLARISSIMO HUIUS ÆVI

JURISCONSULTO,

CURIA NOSTRA

ADVOCATO CELEBERRIMO

INQUAM

D. D. EMMANUELI

ALVAREZ SOLANO DO VALLE.

EPISTOLA



LUCUBRATIONES tuas, seu, ut meliori nomine utar, Cogitationes Forenses, labori nostro minuendo destinatas, non adeò legi, quantum operis fastigium, ac tui ingenii aciem, Vir amantissimè, sum nimis miratus. Quippè, qui adolescentia tua hoc solo libro antiquorum Heroum non solùm æquas jurisprudenciam, sed vel potius superas, ac longissimè præstas; seu cum juris ambages acumine arduo pandis, seu feliciter quæstionum ingentium nodos enodas. Quid tamen miror? Facit hoc ingenium tuum vel à primis incunabulis studio deditum; ardorque ille, quo à puerilibus annis Minervæ consecratus; Lusitanis gloria, patriæ salus, clientibus amor, Advocatis invidia, exteris desiderium, bono digito signareris.

Postquam Elbenses cives, adjunctosque populos (ad Te undique concurrentes, veluti ad scientiæ mare magnum) insigni, aureoque calamo Patronus eximius defendisti, indefessèque sudasti; ad maiora vocatus, urbesque Ulyssiponenses ingressus, illicò sapientia tua maiora Tribunalia illustrasti, ac eloquentiæ radiis (Sol verè) adeò tenebras injustorum hominum fugasti, ut

**

potentio-

potentioribus dilectus, dulci omine, charoque Nomine fruereris, non solum sapiens, ac disertus, sed etiam bonus, ac timoratus Vir. Feliciter sane, & prudenter doctus, qui elegantia virtutis odorem, & debitum decus tuæ famæ cumulasti; ut equidem insuperabilibus alis volans, ac ubique notus novus Cato, sicut iste Romanis, Tu Lusitanis, Imperioque nostro æternum esses monumentum. Dum aliud tali fætu exigis, perennius ære est, quod non livor edax, nunquam que possit vetustas abolere. Dignum Authore opus fateor, & Librum dignissimum, quem purpureo velent vaccinia succo, cujus titulus minio, & cedro charta notetur.

Felices ornant hæc instrumenta libellos.

Ergo hac epistola parva quidem, sed amore plena, publicum Tibi offero testimonium, ac summis precibus ago, ut in instituto pergas, & postea maiora (si fax est) intrepidè capescas. Da partum luci, soleque tuo, Solane maxime, Judices, Advocatos, meque istorum ultimum parvis suffragiis strepentem illumina; sicut exemplo, ac dulcissimorum natorum educatione justus nosceris Pater familias, ac (bene cogitamus) omnibus Typus. Adveniat tempus quæso, quo isti in paternis foribus meliori scribant Parladoro.

*Quisquis amas casus dubios dissolvere litis,
Ingredere, hinc magnus Papinianus adest.*

Vale.

Heros charissimè, & interea ne cesses tuis me docere documentis.

Tuus ex affe.

HIERONYMUS SYLVIUS, E ARAUJO

Humilis Advocatus.

EJUSDEM

EJUSDEM,

OLIM HUMANARUM LITERARUM PROFESSORIS.

EPIGRAMMA.

Aureus iste liber, nobis Sol aureus Author,
Eme librum, quantum fœnoris, emptor, habes!
Scilicet hoc poteris casus cognoscere juris,
Forſitan atque libro ſydera ſumma petas.
Perlege ſæpè illum, fiet diſertus utroque
Jure: quid interea? Stat via tuta poli.
Accipe præclari, lector, monumenta Solani,
Authorem clamant & Cedrus, & lapides!

ALIUD.

Ingentis ceſſet celeberrima fama Catonis,
Ipoſa viris taceat Roma ſuperba ſuis.
Maius ſurgit opus, Lyſiæ celſum incrementum,
Solanus maior pondere iudicii.
Ipſe Libro Lyſiſ alas, & nomina ſaſtis,
Crede, dabis, vincant, dum tua penna volat.

HOC STREPUI.

Do Reverendo Joachim Antonio.

DECIMA

Neste livro que escreveis,
Cogitais tão subtilmente,
que admiro certamente
o como vós resolveis.

Peço vos não descudeis
demais obras á luz dar,
para assim se decantar,
por qualquer parte do mundo,
vosso nome sem segundo,
digno de se eternizar.

Do Reverendo Luiz Ribeiro de Sá

EPIGRAMA

Illustrare tuum, Emmanuel Doctissime, pergis
nomen, quod Lysiae claret in urbe nimis
Invigilas famae comes est tibi Bartholus, ille
jam tua nunc lauro tempora docta tegit.
Incolit & libros, tua doctis scripta legantur,
consultus que tuis jus colat omne libris.

*Joannis Ribeiro de Sá secularis, Patriarchalis, & Archiepiscopalis Curiae
Ulyssiponensis, ac Nunciaturae Advocatus.*

EPIGRAMA.

Si Solane, dares praelo tua tempore Baldi
aurea scripta, legens cederet ille tibi.
Hoc opus ingenii tanti fulgere repletum
ingenti nimium lucet in orbe tuum,
illustras orbem consultus juris, & æqui,
& celebras scriptis nomen in orbe tuis.
Doctus apud doctos, es clarum nomen adeptus,
atque ferunt gentes nomen in astra tuum,
cum docti legerint præclara volumina, dicent,
nullum opus hoc re, nec nomine maius erit.

Ejusdem

Ejusdem Advocati.

ELOGIUM.

Quis maiora dedit stupido prodigia mundo?
aut hoc quis potuit condere maius opus?
Doct̃or in orbe canam nomen memorabile, perdat
ne multum decoris docta Minerva sui.

At cursu vitura volat, non alite fama,
de tanto quia doctore rogata flet.

Ac ruere ad terras nixam, stridentibus alis,
nam per utrunque polum nube petisse viam.

Emmanuel sequeris tu juris castra Minervæ
armatus calamo condere consilia

Quo melius, de jure ullus reputare nequibit,
non similis, reputas, est tibi, solus eris.

Hoc doctum ingenii radiis, & lumine plenum
jam volitavit opus docta per ora virum.

Excipiunt docti merita te laude peritum,
cum intenti volvunt aurea scripta tua.

Te facit acceptum cunctis sapientia doctum,
atque sibi charum Paladis Orbis habet.

In libris est tota tuis sapientia, comes

Palladis ut scriptis templa colenda tuis.

Præsens, quod nimium veniens mirabitur ætas
præmia celatum vasta meretur opus.

Laurea te doctum, solane, corona coronat.

æternum que facit circulus iste lucem.

Te Baldo ista parem reverentur tempora, sed te

Baldus erit, scriptis jura putante minor.

Cedunt Palladii jam nunc tibi lumina juris,

dantque manus docti, jam tua scripta petunt.

Ingenii facunda legant cum semina tanti,

maius opus, dicent, scribere nemo potest.



LICENC, A S.

DO SANTO OFFICIO

EMINENTISSIME, ET REVERENDISSIME DOMINE.

Summa, ac diligenti Cura, volumen istud, ab *Emmanuele Alvarez Solano* sanè Sapiientissimo, vidi incorruptè compositum, pariterque accuratius legi ejusdem *Cogitationes Forenses & Juridicas* in illo repertas, cum adnotationibus ad primam, ac secundam partem Cabedi, quondam Doctissimi Senatoris. Opus equidè fateor non tantùm Advocatis valdè esse utile, imò optimis Judicibus: quapropter appositum videtur in lucem prodire; non enim aliquid orthodoxæ fidei dogmatibus adversatur, nullumque in eo cogitatum probis moribus contrarium reperitur. Ita censeo, salvo meliori judicio, in Conventu Regali Divi Francisci Civitatis Ulyssiponensis Occidentalis, die 12. Februarii anno Domini 1734.

Fr. Emmanuel à Spiritu Sancto.

EMINENTISSIME DOMINE.

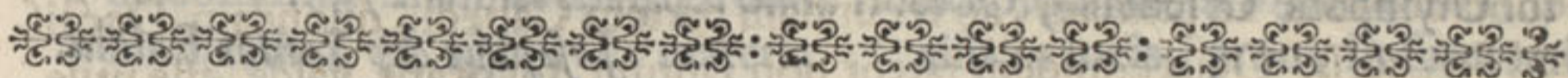
Quamquam cuncta cordis cogitatio ad malum intenta sit omni tempore, sensus quippè, & cogitatio humani cordis ad ipsum prona sunt ab adolescentia sua: nil mali sane, in his Cogitationibus juridicis, & forensibus, quas, à Sapiientissimo Doctore *Emmanuele Alvarez Solano à Valle*, elaboratas, jussu Eminentiaè vestrae Reverendissimæ, acuratè evolvi, prælibenter legi, reperiri, suspicari, cogitari ve fas est. Istæ enim Cogitationes, cum sint in purissimis juribus stabilitæ, & firmatæ, optimè scit Deus, quòd nec vanæ aparent, nec injustæ dignoscuntur, quinimò, & divinas, & Ecclesiasticas, Imperiales, atque Regales elucidant, & exornant leges; dumque jus suum unicuique

unicuique tribuunt, cogitationes malignorum discipans, ne possint implere animas suas eorum, quod cæperant: apprehendunt sapientes in astutia eorum, & consilia pravorum, repetitis vulneribus, iterum, iterumque discipant, ut salvos faciant egenos à gladio oris eorum, & de manu violenti eripiant pauperes, sint que miseris spes ultima rerum. Spectabilis sane emicat relucet istarum cogitationum Author; quia puerili adhuc radiante ætate consilia cogitare cæpit, quæ jure optimo potuit stabelire; ut in virili annorum curriculo, jam confunderet cogitantes mala. Quæ, cum ita sint, & nec fidem, nec bonos mores lædant Cogitationes istæ, dignissimas judico cælo, & prælo. Hoc meum de his Cogitationibus judicium, quod semper voluntati, & imperio Eminentia Vestra Reverendissima è genu sisto, & subjicio. Ulyssipone Occidentali: in Conventu Deiparæ à Bona-hora Excalceatorum Sancti Augustini: sub die 26. Martii anni 1734.

Frater Antonius à Santa Maria.

Vistas as informaçoens, pode-se imprimir o livro de que se trata, e depois de impresso tornarà para se conferir, e dar licença que corra, sem a qual não correrà. Lisboa Ocidental. 26. de Março de 1734.

Fr. R. de Lancastre. Teixeira. Silva. Cabedo. Soares.



D O O R D I N A R I O.

ILLUSTRISIME DOMINE.

Quid censura dignum, Fidei, bonis vè moribus dissonum reperietur in Authore, qui vel cogitandi libertatem ad juris revocat trutinam? In ætate, perfectionis implet Author mensuram; in libro, jurisprudentiæ æquat lancem; ut, omnibus numeris opere absoluto, non solum in pondere, sed & in mensura disponat omnia. Harum sanè reliquiæ Cogitationum foro diem testum agent quum in publicam prodierint lucem; in qualibet enim pagina sapientia clamat: Eruditis intersum Cogitationibus: de Authore que (quantum dicere fas est) audietur: Cogitationibus tuis non est quis similis fit tibi. In lucem ergo prodeant Cogitationes, quæ omnium Jurisperitorum judicio afferunt lucem. Sic censeo, salvo &c. Ulyssipone Orientali: in Conventu Gratiarum Matris. 8. Julii 1734.

Fr. Emmanuel de Figueiredo.

Vista a informação pode-se imprimir o Livro de que se trata, e depois de impresso tornarà para se conferir, e dar licença para que corra. Lisboa Occidental 28. de Julho de 1734.

Gouvea. DO

DO P A C, O.

SENHOR.

Quid de his juridicis Cogitationibus sentiam ex præcepto Majestatis tuæ aperire compellor, & licet cogitationes in occulto esse servandas moneat *Scarlatinus in homin. symbolic. in appendic. pag. 206. vers. stupendum;* magnum sanè Reipublicæ damnum eveniret, si Auctor Cogitationes suas diutiùs in abscondito servaret. Magnam cogitationem obscæcare affirmat *Plinius lib. I. hist. cap. 37.* sed Auctor feliciùs progrediens, dum cogitat illustrat, docet dum inquirit, ita ut veritate fulciatur illud *Prov. 12. Cogitationes justorum judicia.* gloriatur *Tullius Cicer. lib. I. ad Attic.* quod cogitationes omnes explicaverat, sed Auctor illum exæquans, vel superans Cogitationes suas luce clariores expandit, mirorque juvenem ætate florentem immensum jurisprudentiæ fretum potuisse adeò feliciter peragrate, ad Phasimque usque navigare. Phæbus per 365. dierum curriculum constituens omnia cælestia monstra illuminat, Solanus vero celeriori cursu Draconis, & aliorum Jurisconsultorum obscuritatem irradiat, quo circa lucem mereri, laudibus que aliciendum puto. Ulyssipone Orientali, 9. Octobri anno reparatæ salutis 1737.

Josephus dos Santos Palma.

Que se possa imprimir vistas as Licenças do Santo Officio, e Ordinario, e depois de impresso tornará à Mesa para se conferir, e taxar, que sem isso não correrá. Lisboa Occidental 16. de Outubro de 1737.

Pereira. Teixeira. Rego.

Nihil alienum continet à suo originali, hos Conventu Regali D. Francisci Civitatis Ulyssiponensis, die 27. Novembris anno Domini 1739.

Fr. Emmanuel à Spiritu Sancto.

Visto estar conforme com o original, pôde correr. Lisboa Occidental 27. de Novembro de 1739.

Fr. R. de Lancaestre. Teixeira. Silva. Soares. Abreu.

Visto estar conforme com o original pôde correr. Lisboa Occidental 27. de Novembro de 1739.

Gouvea.

Taxaõ para correr em mil e quinhentos reis. Lisboa Occidental 11. de Dezembro de 1739.

Pereira. Vaz de Carvalho. Costa.

I N.



INDEX

ARGUMENTORUM, ET QUÆSTIONUM, QUÆ IN HOC
opere continentur, ac disputantur.

COGITATIO I.

An detur de jure Regni in bonis fi-
deicommissi inter conjuges com-
municatio? & agitur de materia
in l. unum ex familia. §. rogo. ff.
de legat. 2. & Ord. lib. 4. tit. 95. §.
1. & de aliis prout in summario.

COGIT. II.

An hujusmodi gravatus in vita sua
nominando variare possit? & de
intellectu *Ord. lib. 4. tit. 37.* àn
que contractus in testamento fie-
ri possint, prout in summario.

COGIT. III.

An etiam, jure communi attento,
habens facultatem eligendi ex cō-
tractu variare possit, secundū *Mo-*
lin. de primog. lib. 2. cap. 4. à n. 35.
& de intellectu *text. in l. eum qui*
certarum. §. cum purè. ff. de verbor.
obligat. & datur ratio decidendi
Ord. lib. 4. tit. 37.

COGIT. IV.

An hujusmodi gravatus irrevocabili-
ter in vita sua nominare possit? Et
de intellectu *Ord. lib. 4. tit. 37.* &
aliis in locis, prout in summario.

COGIT. V.

An locator operarum aliis operariis
ei ex mandato suo coadjuvantibus
solvere salarium teneatur, àn do-
minus ipsemet operis fabricati?
& multa alia, prout in summario.

COGIT. VI.

Quando liceat verba contumeliosa
articulare? Et de pœna articulantis,
ad intellectum *Ord. tit. 20. §. 34.*
& obiter multa Advocatorum pri-
vilegia.

COGIT. VII.

An hujusmodi pœna statim, àn post
finitum Judicium infligenda sit? Et
agitur de intelligentia *Ord. lib. 5.*

tit.

tit. 118. & àn opponens adversus testes falsa convitia puniri debeat?

COGIT. VIII.

An focrus à genero alenda fit?

COGIT. IX.

An tempore feriarum, alimentorum causa agenda fit? Eorumque differentia late notantur, *Ord. que lib. 4. tit. 97. §. 16. & seqq.* optimè explicatur.

COGIT. X.

An filiationis causa summarie agitata fit?

COGIT. XI.

Utrum utilitas aucti pretii ad emptorem, vel ad venditorem, quando emptio versatur de rebus, quæ numero, pondere, & mensura constant, pertineat?

COGIT. XII.

An *Ord. lib. 3. tit. 60. §. 5.* in certitudinibus à Proxenetâ cambiorum elaboratis locum habeat?

COGIT. XIII.

An instrumentum in Judicio exhibitum, & actis compactum, pendente causa, exhibenti tradendum fit, apud acta copia relicta?

COGIT. XIV.

An superflua sint illa verba *da Comarca, e Correição*, de quibus in *Ord. lib. 3. tit. 2. in princip.*

COGIT. XV.

Utrum emphyteuta nihil magis de facto possidente, quam emphyteusin, eam donando, & nominando, fiat hujusmodi donatio nulla ex eo, quòd donans defacto incapax remanet testandi; & etiã ob insinuationis defectũ nulla fit?

COGIT. XVI.

An, & quando Advocatus incidat in crimen falsi, vel prævaricator existat? ad intellectum *Ord. lib. 1. tit. 48. §. 13. & lib. 3. tit. 26.* in verbis, ibi: *E deixada a dita procuraçãõ, naõ poderá, idest, relicto procuratorio mandato, non poterit &c.* usque ad finem, & de aliis.

COGIT. XVII.

De pœna, qua hujusmodi miles puniendus propter diffamationem esset?

COGIT. XVIII.

De qua actione *Ord. lib. 1. tit. 68. §. 25.* intelligenda fit, & àn ejus dispositio habeat locum adversus maioratus possessores?

COGIT. XIX.

Circa legati validitatem ab Episcopo in famulorum favorem, relicti?

COGIT. XX.

An jubilatus Canonicus collatione turnaria gaudeat?

COGIT. XXI.

Utrum maritus solvere debita ab uxore

ARGUMENTORUM, ET QUÆSTIONUM.

uxore contracta ratione litium ad separationem tendentium teneatur?

COGIT. XXII.

De tributo decimæ litium in casu notabili.

COGIT. XXIII.

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

COGIT. XXIV.

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

COGIT. XXV.

An in actione furti criminaliter intentata authoris laudationi locus sit? & agitur de intellectu *Ord. lib. 3. tit. 44. §. 1.*

COGIT. XXVI.

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

COGIT. XXVII.

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

COGIT. XXVIII.

Quid actor in actione rei vindicatio-

nis pro furto probare debeat, & de intellectu *Ord. lib. 3. tit. 44. §. 3?*

COGIT. XXIX.

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

COGIT. XXX.

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

COGIT. XXXI.

An ad Judicium laudatus sumere defensionem causæ teneatur? *ad Ordin. lib. 3. tit. 44. §. 2. & 45. §. 1. & 3.*

COGIT. XXXII.

An sententia adversus emptorem lata, exequi adversus venditorem laudatum possit? *ad Ord. lib. 3. tit. 44. §. 3.*

COGIT. XXXIII.

An conventus pro recuperanda possessione nominare dominum mandantem possit?

COGIT. XXXIV.

An sufficiat laudatum de lite mota certum reddere, àn etiam ad defensionem suscipiendam requiri necessarium sit? *ad Ord. lib. 3. tit. 45. in princip. & §. 3.*

COGIT. XXXV.

An laudationis tempore copia libelli laudato tradenda fit? *ad Ord. lib. 3. tit. 45. §. 1. & 3.* Et an emptori venditor instrumenta tradere teneatur.

COGIT. XXXVI.

An citandus fit per edicta venditor, seu quilibet alius ad defensionem causæ nominatus, si absentes sint? *ad Ord. lib. 3. tit. 45. in princip.*

COGIT. XXXVII.

De aliis casibus, in quibus dubitatur, quomodo citatio, seu laudatio faciendâ fit?

COGIT. XXXVIII.

De impetrante ætatis veniam.

COGIT. XXXIX.

De hæreditate jacenti.

COGIT. XL.

De pluribus venditoris hæredibus.

COGIT. XLI.

Quando laudatorum alter contendere, & alter cedere mavult.

COGIT. XLII.

Cujus expensis denuntiandum fit?

COGIT. XLIII.

De tempore, quo denuntiandum fit *ad Ord. lib. 3. tit. 45. & ad §. 2.*

COGIT. XLIV.

An, quando nulla defensio competit,

emptor laudare teneatur?

COGIT. XLV.

An nuntiatio requiratur, si simul venditor, & emptor conveniantur?

COGIT. XLVI.

De aliis casibus, in quibus, an laudatio requiratur, dubitatur.

COGIT. XLVII.

An evicto prædio, actio, seu melius remedium læsionis competat? *ad Ord. lib. 4. tit. 13. & §. ult.*

COGIT. XLVIII.

De quo matrimonio intelligenda fit *Ord. lib. 5. tit. 22?*

COGIT. XLIX.

Quomodo practicandus fit concursus in forma *Ord. lib. 4. tit. 6?* & agitur de *l. fin. cod. remiss. pignor.*

COGIT. L.

An emptor subhasta publica à creditoribus hypothecariis securus remaneat? *ad Ord. lib. 3. tit. 91. in fin. princip. & Ord. lib. 4. tit. 6. §. 2. & 3.*

COGIT. LI.

De stylo inter vittarum fabricatores, vulgò, *Mestres de fitas* in hac Curia Ulyssiponenfi observato.

COGIT. LII.

An correi delicti specificè manifestandi sint?

ARGUMENTORUM, ET QUÆSTIONUM.

COGIT. LIII.

An per restitutionem in integrum ad-
versus rem judicatam consequan-
tur fructus simul re minores 25.
annis, & à quo tempore? ad in-
tellectum *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 3. &*
cap. ad nostram de rebus Eccles.
non alienand.

COGIT. LIV.

Si victor in actione reali rem victam
alienaverit, adversus quem minor
restituitur, àn scilicet contra vi-
ctorem, àn contra tertium posses-
sorem? & aliqua de *Ord. lib. 4. tit.*
II.

COGIT. LV.

An verba sint improprie sumenda, ut
menti contrahentium deserviant,
alia de emptione, & venditione à
corpore, vel ad mensuram? Et
alia de societate.

COGIT. LVI.

An Capellanus Confraternitatis San-
ctæ Misericordiæ stola in funerali-
bus uti possit?

COGIT. LVII.

An duobus officiis, seu artificiis quis
uti possit?

COGIT. LVIII.

An vitietur dos ex eo, quòd omnium
bonorum fit? *ad Ord. lib. 4. tit. 70.*
§. 3.

COGIT. LIX.

Quomodò in foro Ecclesiastico cau-

tio arbitranda sit, ut ob sponsalia
in carceratus è vinculis liberetur?
ad Ord. lib. 3. tit. 23.

COGIT. LX.

An in casu simplicis stupri vindicta
publica locum habeat? *ad Ord.*
lib. 5. tit. 23. & tit. 25. §. 2. & 5. &
tit. 122. multaque de crimine rap-
tus, ad intellectum *Ord. lib. 5. tit.*
18. in princip. §. 1. & 3. traduntur.

COGIT. LXI.

Si sponsus aufugiat, vel alioquin spõ-
salia non adimpleat, cautio in Ju-
dicio Ecclesiastico à Judice decre-
ta, cui applicanda sit?

COGIT. LXII.

An recepta per sponsum cautione in
foro Ecclesiastico decreta, spon-
sus ab obligatione præcisa eam in
matrimonium ducendi liberatus
existat?

COGIT. LXIII.

An sponsa stuprata dotem à Judice
seculari decretam recipiens spon-
salia renuntiare videatur? Et im-
pugnatur erronea praxis, cujus vi
in foro seculari pro stupro, & in
simul in Ecclesiastico pro sponsa-
libus mulier admittitur.

COGIT. LXIV.

An miles privilegio fori gaudeat, five
actor, five reus sit?

COGIT. LXV.

Utrum Monetarii, seu monetæ fa-
bricatores

bricatores coram Conservatoribus
Exteriorum respondere teneantur?
ad intellectum *Ord. lib. 2. tit. 62.*
§. 1.

COGIT. LXVI.
An Vicarius Capituli, sede vacante,
de causa sponsalium delegata cog-
noscere possit?

COGIT. LXVII.
Delegato relicto, cum legatarius
emancipatus, vel sui juris fuerit,
quo tempore tradi debet. *ad Ord.*
lib. 3. tit. 42. §. 5.

COGIT. LXVIII.
An dum exceptio reclamationis spon-
salium pendet, sequestrum impu-
beris reclamantis locum habeat?

COGIT. LXIX.
An inter duos colonos pœnæ *Ord. lib.*
4. tit. 54. locus sit?

COGIT. LXX.
An provocatus, quando provocans
improvissus remanet, sententiam
extrahere possit? & de aliis casibus,
in quibus dubitatur àn sententia

ex actis extrahenda sit.

COGIT. LXXI.
An introitus in domum alicujus pri-
vati per se sumptus crimen fit, non
concurrente aliqua qualitate à le-
ge expressa? *ad Ord. lib. 5. tit. 16.*
§. 1. & aliis in locis ejusdem *lib.*?

COGIT. LXXII.
An divisiones factæ impediri, vulgò,
embargar, possint? ad intellectum
Ord. lib. 4. tit. 96. §. 18. & 19.

COGIT. LXXIII.
An parentes in causis sponsalium pro
filiis testimonium ferre possint?

COGIT. LXXIV.
An tertius in Judicium veniens corà
Judice appellationis jus suum per-
sequi præcisè teneatur?

COGIT. LXXV.
De illa regula, àn minor adversus
alium restitutionis auxilio frui pos-
sit?

COGIT. LXXVI.
Summario caret, per rationem se-
quentem.



EMMANUELIS
ALVAREZ SOLANI A' VALLE
COGITATIONES
JURIDICÆ ATQUE FORENSES.

COGITATIO I.

An detur de jure Regni in bonis fideicommissi inter conjuges communicatio? Et agitur de materia in l. unum ex familia §. rogo ff. de legat. 2. & Ord. lib. 4. tit. 95. §. 1. & de aliis prout in Summario.

SUMMARIUM.

- 1 Casus affertur.
- 2 Quæstio formatur.
- 3 Rerum cognitio ab origine petenda.
- 4 Quibus conjecturis maioratus institutus dicatur? Remissivè.
- 5 Missarum onus maioratum non inducit.
- 6 Ne alienationi impedimento est.
Ibi: Legata reddituum, fundi pars respectu fructuum, & non usurae pretii ipsius fundi debetur.
- 7 Ut res minori onere affecta sit: semper interpretandum.
- 8 Alienationis prohibitio præsumi non debet, imò imposita restringenda.
- 9 An onus Missarum rem afficiat, ut

in tertium possessorem transeat, pro annuaque præstatio hypotheca competat? & n. 31.

- 10 An pro legatis hypotheca detur? & n. 13. & 14. ubi delegato in specie.
- 11 In testamento pignus constitui potest.
- 15 An pro legatis fructibus in singulos annos hypotheca adsit? & num. 16. & 17.
- 18 Hypotheca pro legatis conditionalibus à quo tempore incipiat? & n. 19.
- 20 Hypotheca pro legatis tantum bona testatoris, & non hæredis implicat.
- 21 Hypothecam pro legatis testator vetare potest.
- 22 Hypotheca pro legatis, cæteris debiliior, quia dividua inter hæredes pro virili est.
- 23 Si tamen à testatore expressè constituatur, individua erit.
- 24 Hypotheca onus reale est, jus in re constituit, actionem in rem adversus quemcumque possessorem parit.
- 24 Ita hypotheca pro legatis.
- 26 An excussione opus sit? 27. & seqq.
- 29 Ut pro censu hypothecaria actione experiatur excussione opus non est.
- 30 Pro annua pensione super prædio constituta excussio necessaria non est.

- 31 Onus Missarum rem afficit, ut non perglebas, sed more emphyteusis perpetuae per aestimationem dividatur.
- 32 Fideicommissum maioratus respectu genus est.
- 33 Fideicommissi respectu maioratus species est.
- 34 Specie data, genus etiam datur, & non è converso.
- 35 Genus speciei praest.
- 36 Inferri nequit, hoc non est maioratus, ergo fideicommissum non est.
- 37 Maioratus semper fideicommissum est.
- 37 Sed omne fideicommissum maioratus non est.
- 39 Fideicommissa à maioratibus differunt.
- 40 Fideicommissum quid sit?
- 41 Quibus verbis relinqui possit?
- 42 Lex unum ex familia §. Rogo ff. de legat. 2. affertur.
- 43 Gravatus ad eligendum, de suo legare non censetur.
- 44 Actum necessarium agens liberalis non est.
- 43 Eligens electum gravare nequit.
- 46 Electus à testatore capere censetur.
- 47 Omnes, ex quibus unus eligendus est, ad fideicommissum invitati censentur.
- 48 Nullo nominato, unus ille incertus est.
- 49 Erga incertum praedilectio non adest.
- 50 Si electio deferat, circa omnes praedilectio testatoris consideratur, & omnes ad fideicommissum venient.
- 51 Ita in hypothese nostra omnes nepotes.
- 52 Si electio facienda de uno ex familia deficiat, an omnes ex ea, vel tantum proximus, venire debeant? disputatur; & n. 53. 54. 56. & seqq. ubi jura concordantur, & n. 70. Auctoris resolutio adest.
- 55 Possessum à multis facile contemnitur.
- 59 Alienandi prohibitio familiae favore valida est, secus si sine causa.
- 60 Uni ex familia datum, extra familiam alienatum dici nequit.
- 61 Lex Peto 71. §. à fratre ff. de legat. 2. explicatur, & n. seqq.
- 62 Fideicommissum quando temporale, quando perpetuum institutum esse dicatur? & n. 63. 64.
- 65 Verbum familia in dubio de familia testatoris sumi debet.
- 66 Testatori, & non gravato succeditur.
- 67 In fideicommissis secundum ordinem ab intestato successionis, succeditur.
- 68 Ad fideicommissum vocati successivo ordine censentur; quis prius admittatur? Resolvitur ibidem.
- 69 Quando successivo ordine vocati censentur?
- 71 In praesentiarum omnes nepotes electione deficiente, fideicommissum capi debent, & n. 73. & seqq. & n. 80. & seqq.
- 72 Nullo extraneo admisso.
- 74 Nec haere de praemortuorum.
- 76 Neque representatio admittitur.
- 77 Neque transmissio dum eligere debens in humanis existeret.
- 78 Secus autem postea.
- 79 Legati die cesso, transmissio datur.
- 80 Lex 57. §. final. ff. ad Senat. conf. Trebel. affertur.
- 81 Et Lex cum pater §. rogo ff. de legat. 2.
- 82 Fideicommissum non est quid haereditarium ex patrimonio gravati.
- 83 Communicatio bonorum inter conjuges apud nos ex quo jure descendat?
- 83 Uxor post mortem mariti possessione caret illorum bonorum, in quibus communicatio cessat.
- 85 In fideicommissis communicatio, ac illa civilissima possessio non datur, & n. 87.
- 86 A fideicommissis ad maioratum argumentum valet.

- 87 *In maioratu communicatio non datur.*
 88 *Fideicommissa ad divisionem non veniunt.*
 89 *In emphyteusi quando communicatio dari possit?*
 90 *Emphyteusis quid hereditarium non est, nec communicabile.*
 91 *Ita fideicommissum prout judicatum fuit.*

I **D**E bonis suis in testamento statuens Antonius Nunes ex oppido Campo maiore, vulgo, *Villa de Campo mayor*, in Elvenfi Provincia, de eorum triente ita ultimo elogio cavit: *Que depois de seus legados cumpridos, de tudo o que remanecer de seus bens, delles deixa o seu terço a seu filho Francisco Nunes do Rego, e nelle lhe impõem de pensão 10. Missas de esmola de 100. reis, cada huma pela alma delle testador em cada hum anno atbe o fim do mundo: o qual terço com a dita pensão gozará o dito seu filho; e por sua morte lhe dá facultade, para que elle faça nomeação em hum de seus filhos, qual elle quizer, e for sua vontade &c. idest?* Quod post legata sua adimpleta residuam bonorum suorum partem tertiam cum onere decem Missarum viginti quinque assium eleemosina singulis assignata annis singulis usque ad consumationem sæculi, pro ipsius testatoris anima filio suo Francisco Nunes do Rego relinquit: qua quidem tertia sub ejusmodi onere prædictus filius potiatur; morituro

autem, quolibet ex filiis ejus, quem voluerit, eique placuerit ad prædictam tertiam hæreditatis ad eundam, nominandi concedit facultatem.

Ejusdem testatoris filius, eo jam tempore ducta uxore, ex ea tres filios succeperat, unum, scilicet, marem, duasque feminas nullo tamen nominato, è vivis cessit. Cum itaque minores essent, Judex repertorium, seu inventarium fecit, in eoque prædicta trientis bona jussit scribi, eaque filio masculino, testatorisque nepoti addixit: in quo quidem repertorio uxor primi vocati, & liberorum ipsius mater domus præfecturam gessit, id, quod vulgo dicitur. *Foy cabeça de casal*. Hac tamen superstite, filius communis, nulla relicta prole, diem clausit extremum: unde maior natus filia, ejusdemque soror, jam viro alligata prædictum trientem, tanquam vinculo obligatum, petiit, ut potè quæ ultimi possessoris esset consanguinitate propinquior.

Ex hoc itaque sororis litigio orta fuit quæstio, utrum prædictus triens ex vi jam dictæ dispositionis sit vinculo obligatus. Et in prima instantia, ubi lis terminata fuit, ejusmodi trientem non esse maioratum, & ideo liberum mansisse decisum est, non obstante adjudicatione in repertorio facta: Judexque illa bona (uni adjudicata proprietate) per æstimationem dividi jussit.

In illa autem bonorum divi-

fione dimidium supradicti trientis uxori filii testatoris gravati adjudicavit Judex. Unde maius ortum fuit dubium: An, scilicet, in ejusmodi bonis communicatio inter conjuges admitteretur, ut inde uxor primi vocati dimidiam bonorum ipsorum partem sibi ad judicandam prætenderet: super quo litigium in nostras manus, cum in Elvensi civitate essem Advocatus, ut nostram quoque ferremus deliberationem, prevenit. Multos itaque libros evolvens, casum hunc reperire nequivi; Jurisperitosque non paucos consulens, & interrogans, cum certè nihil inde proveniret, diù deliberandus, negandæ tamen communicationis sententiam sum amplexus.

3 *in ibi* Sed cum rerum cognitio è principiis petenda sit, operæ pretiù duxi, qualis sit dispositio, qua testator noster fuerit usus, perquirere; & quid in ea contineatur. Quod quidém nihil aliud est, quam prima jam decisa quæstio: quod equidém, ut clariù pateat, & innotescat, lumina adhibebimus.

4 *in ibi* In prima igitur illa quæstione, an scilicet ex verbis testatoris relatis inductus esset maioratus, nec ne, multa tùm mi è, tùm doctè hac de re Advocati dixerunt: & non esse maioratum tùm, vel maximè ex eo affirmabant, quod alienandi deficeret expressa prohibitio, & aliæ, per quas inducitur maioratus institutio, conjecturæ, de quibus Peg. Forens.

cap. 4. à n. 17. & de maiorat. cap. 6. per tot. Guerreyr. de inventar. lib. 1. cap. 10. n. 92. Et propter hæc fundamenta ita fuit judicatum, bonaque esse per æstimationem divisibilia propter Missarum onus annexum: Quod per se solum non est ad maioratum inducendum sufficiens. De quo vide Gam. decis. 30. & decis. 48. & decis. 286. n. 1. & ibi Flor. Valascus cons. 82. Reynos. obs. 68. Themud. decis. 78. & cum aliis Arouc. alleg. 60. à n. 93. Castilb. lib. 2. cap. 22. n. 44. & tom. 4. cap. 9. Lar. de capellan. lib. 1. cap. 4. à n. 16. Robles de represent. lib. 3. cap. 3. Mier. de maiorat. 2. p. q. 5. & p. 4. q. 29. n. 12. & 2. p. q. 3. n. 84. Molin. Jurist. lib. 1. cap. 4. n. 1. & cap. 5. n. 37. Barbos. ad Ord. lib. 1. tit. 62. §. 53. num 2. Phæb. 2. p. decis. 120. n. 30. Fragos. de regimin. Republic. p. 3. lib. 9. disput. 19. §. 3. n. 1. Peg. sup. tom. 1. cap. 4. n. 225. & seqq. ubi distinguit inter onus simpliciter injunctum, vel qualitate donatum, alienationis, scilicet, prohibitione, aut aliis conjecturis maioratum inducentibus, de quo vidèdi sunt, Castilb. c. 9. n. 9. & §. 11. n. 16. Lar. d. c. 4. n. 37. vers. quare, & 46. Reyn. d. obs. 68. n. 24. & seqq. Flor. q. 17. n. 31. & seqq. Themud. dict. decis. 78. n. 20. ad fin. Valasc. cons. 27. n. 2. & 3. & cons. 82. n. 7. Barbos. ad Ord. d. §. 53. n. 2. Flor. ad Gam. decis. 30. Phæb. dict. decis. 120. n. 9. Frag. ubi sup. Mofaso de caus. piis, lib. 2. cap. 7. n. 19. & seqq. Molin. de primogen. lib. 1. cap.

cap. 5. n. 25. & Lar. de anniversar. & Capel. cap. 4. n. 4. 42. Peralt. in l. cum ita in fideicommiss. n. 15. ff. legat. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 71. Curt. junior cons. 8. n. 8. Phæb. supra decis. 120. n. 13. Cabed. 1. p. decis. 96. & 1. p. arest. 97. Cald. in tract. de nominat. q. 13. n. 35. & q. 24. n. 47. id Flor. de Men. in addit. ad decis. 30. Gam. & decis. 224. n. 9. & 10. idem Phæb. d. decis. 120. num. 16. & decis. 126. n. 27. & decis. 142. n. 5. & Cabed. 1. p. decis. 143. Larrea dec. Granatens. disp. 31. Castilb. sup. lib. 5. cap. 87. à n. 3. id. lib. 4. controu. cap. 9. n. 9. Valasc. supra cons. 82. n. 18. Reynos. obs. 68. n. 18. Peg. 1. forens. d. c. 4. num. 226. & de maiorat. cap. 4. n. 428. Mier. de maiorat. p. 2. q. 5. à n. 94. & Arouc. alleg. 60. à n. 93.

6 Nec onus simpliciter injunctū alienationi impedimento est ex text. in l. nihil proponi 123. ff. de legat. 1. l. liberto ff. de ann. legat. ubi legata quinquagesima parte totius redditus prædiorum, prædiis venditis, debetur respectu ejusdem redditus, & non usuræ pretii in provincia solitæ; probatur ex text. in l. Fundi ff. de usu, & usufruct. ubi non obstante legato, redditus uxoris testatoris, quoad vivat, fundus vendi potest, solvenda tamen erit legataria quantitas annua, quam testator ex locatione fundi in vita in rem suam vertere consueverat.

71 Et interpretationi ut res minori onere afficiatur mens de servi-

re debet l. pater filium §. fundum ff. leg. 3. nec alienationis prohibitio præsumi debet, imò imposta restringitur, d. l. pater filium §. fund. Titian. & §. pater filios de leg. 3. Auth. de restit. fideicommiss. §. nos igitur, Covasr. lib. 3. var. cap. 5. num. 4. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 11. Reynos. dec. obs. 68. n. 8. Mier. de maiorat. p. 1. q. 15. n. 38. Castilb. quotidian. tom. 6. c. 66. n. 68. Molin. de just. tom. 3. disp. 588. n. 2.

9 An autem hujusmodi onus rē ita realiter afficiat, ut ad quemlibet possessorem transeat, talisque possessor directē conveniri possit? Quæstio est pendens ex ea, an scilicet, annua præstatio solvenda ex certo prædio illud hypotheca afficiat, de qua agunt Negus. de pign. p. 2. membr. 4. n. 164. Gratia de expens. cap. 4. n. 30. Cov. de testam. in cap. Raynuttius §. 10. n. 13. Gratian. for. cap. 294. à n. 8. & cap. 683. Scop. ad Gratian. decis. 129. Salgad. in labyrinth. p. 1. cap. 10. à n. 1. Valasc. de jur. emphyt. q. 32. à n. 13. Cald. de extinct. emphyt. cap. 4. per tot. Gam. decis. 13. & ibi Flor. Pinbeir. de cens. disp. 1. sess. 7. §. 4. n. 117. qui omnes alios multos referunt, penes quos quæstiones, & eorum sequelas, invenire poteris.

10 Sed quia quæstio nostra de onere legato versatur, circa eam me ita expediam. Licet ff. jure controversum esset, an pro legatis hypotheca competeret, dubium præstante,

tante, & ex text. in l. creditoribus ff. separat. ubi Bart. n. 4. & ante eum Cynus Jacob de Aretin, Petrus de Belapert, & idem Bart. ad text. in l. I. n. 14. ff. de legat. I. affirmativè responderunt, ut testatur Merlin. de pignorib. tit. I. lib. 3. q. 14. num. 4. Et Bald. in l. postquam 3. n. 3. cod. ut in possession. legator. ita distinxit inter eum casum, in quo nihil à testatore pro solvendo legato assignatum est, & tunc hypothecam non dari, & inter eum casum in quo assignatum fuit, & tunc dari per l. Lucius Tuius ff. de alim. & cibariis. legat. leg. Fundus ff. de annuis legat. Quæ quidem distinctio dicta leg. Lucius non fulcitur; ibi nanque testator expressè fundos suos pro cibariis, vestituque legatis obligatos esse voluit, pro ut ita in casu dictæ l. Fundus ff. de ann. legat. testator fundum expressè pignori subiecit, in qua hypothese

II datur expressa hypotheca, certum namque est, in testamento pignus constitui posse, l. Non est 26. ff. pignorat. act. glos. ad text. in d. l. Lucius verb. obligatos.

12 Attamen benè Coman. in d. l. creditoribus ff. de separat. negativè resolvit pro legatis præstandis in bonis testatoris hypothecam inductam non esse per exposita à Merlin. dict. q. 14. n. 6. quod apertè probatur ex l. I. cod. communia delegat. ubi ejus auctor Justinian. sese hujusmodi remedium inventorem laudat, & ita tenent antiquiores citati ab eodem

Merlin. quibus addo Vin. ad text. in §. sed olim 4. Inst. delegat. n. 4. intelligens text. d. l. 4. de separat. accipiendum esse de pignoris specie prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post eos in residuo legatarii separationem impetrantes, de quo pignore prætorio intelligenda erit l. 5. §. quæri ff. ut in possess. legat. ut legatarii cæteris creditoribus hæredis præferantur ex l. II. §. I. ff. eodem tit. & l. 3. cod. eod. tenet Leuren. in jus canonic. tom. 3. q. 720. qui q. 718. n. 2. asserit quod jure ff. hypotheca tacita pro legatis præstandis incognita esset.

Nunc temporis ergo per text. **13** in d. l. I. cod. communia delegat. hypothecam pro omni legato tam pio, quam profano inductam esse, & in tertium possessorem transire firmissime tenendum est, ut tradit Bart. ad text. in l. Caius ff. de ann. legat. & in l. Lucius ff. de alim. Valasc. de jur. emphyt. d. q. 22. num. 21. Cald. de extinct. emphyt. d. cap. 4. n. 22. cum multis Sabel §. Hypotheca n. 36. Negus. de pignor. p. 2. membr. 4. n. 157. & c. Scapuc. de Salvian. lib. I. q. 7. per tot. Mart. Medic. exam. 23. cum duabus decis. seqq. & Addit. de anno 1665. Mantic. de tacit. lib. II. tit. 17. Pacif. de Salvian. inspect. 3. cap. 4. n. 186. & 226. Lat. Merlin. de pign. lib. 3. tit. II. q. 14. per tot.

An autem hujusmodi hypo- **14** theca pro legato speciei competat pro

pro legato speciei competat, pro utraque parte DD. refert Merlin. de pignor. lib. 3. titul. 1. d. q. 11. à n. 48. ubi n. 51. DD. affirmativam sententiam tenentes conglutinat, & inter alios Peregrin. de fideicommiss. art. 45. n. 14. Thesaur. forens. lib. 2. q. 84. in fin. Surd. conf. 101. num. 7. Gabr. conf. 39. n. 6. lib. 2. Pacific. de Salvian. inspect. 3. cap. 4. n. 462. Seraph. decis. 828. quibus addo Vin. ad text. in d. §. 4. Inst. de legat. n. 4. quibus me subscribo.

15 An pro fructibus legatis in singulos annos solvendis, hujusmodi hypotheca locum habeat? negant Surd. decis. 28. & 193. n. 1. & 2. ubi Hodiern. à n. 17. Cyriac. controu. 18. n. 6. Crespo observ. 39. Grivel. decis. 55. n. 8. Gratian. forens. cap. 294. n. 8. eo in casu, quo legatum relictum fit super certo fundo hypothecam dari affirmant Covasr. in cap. Rainutius §. 10. n. 15. & lib. 3. var. cap. 7. n. 5. vers. 4. si contractum & c. & n. 6. Negus. de pign. p. 2. membr. 4. num. 164. vers. vigessimus tertius casus, Andreol. controu. 354. per tot. Valasc. de jur. empbyt. q. 4. n. 7. Merlin. de pign. lib. 2. tit. 3. q. 91. à n. 1. Sesse decis. 42. à n. 1.

16 Alii DD. distinguunt inter legatum perpetuum, & temporarium, ut pro illo hypotheca competat, Hodiern. ad Surd. d. decis. 28. à num. 2. Guid. Pap. decis. 432. n. 17. cum Rota recent. p. 11. decis. 260. n. 6. tenet Carol. Ant. de Luc. ad Gratian. dict. cap. 294. n. 8.

Sed suprapositis distinctionibus, & aliis rejectis indistinctè hypothecam competere tenet Dominic. ab Aguirr. de tacit. oner. & condit. repetit. cap. 2. §. 5. n. 36. ibi: Ultra quod ego censeo veriore esse sententiam absolutè tenentium hypothecam competere pro legatis annuis, non obstante ratione illa, quod legata ista veniunt ad onus fructuū, ipso jure, & adhuc censeo illam competere, etiam si testator id expressè dixerit, ut ex fructibus solvatur per formalem text. in l. Lucius 12. ff. de alim. & cibar. legat. ubi testator disposuit, quod legatum annum præstetur ex fructibus, & ipsemet imposuit hypothecā super proprietate, quæ à jureconsulto approbata fuit: Ergo hypotheca non implicat cum impositione legati super fructibus, & sicuti implicationem non habet, quando testator ipse fructus obligationi addicit: multominus implicabit quando obligatio solvendi de fructibus ex sola juris dispositione provenit, & quod competat absolutè hypotheca super omnibus bonis testatoris pro annuis legatis absque ulla intelligentiā ex supra relatis n. 27. 28. 29. & 30. tenet Garcia de expens. cap. 4. n. 32.

Quod talis hypotheca compe- 18
tens pro legatis, & fideicommissis conditionalibus tantum incipiat à die impletæ conditionis, & non retrahatur ad tempus mortis testatoris, ut bona interim alienata onere hypothecario non afficiantur, tenent

nent *Negus. de pignor. p. 5. membr. 1.*
à n. 12. & membr. 2. n. 10. *Scapuc. de*
Salvian. lib. 1. q. 13. num. 3. Gratian.
cap. 53. n. 1. & cap. 62. & cap. 856.
per tot. alii apud *Sabel. §. Hypothe-*
ca n. 37.

19 Contrarium ; quod licet lega-
tum, vel fideicommissum conditio-
nale sit, hypotheca incipiat vim ha-
bere non solum à die expletæ con-
ditionis, sed etiam à die mortis tes-
tatoris in præjudicium etiam credi-
torum ipsius hæredis, ne in hujus fa-
cultate sit legatarios illudere, & ut
omnibus modis voluntas testatoris
impleatur, tenent *Cavaler. decis. 102.*
Merlin. dict. q. 14. n. 110. idem lib. 4.
tit. 1. q. 22. n. 35. Fusar. de substitut.
q. 612. per tot. latè Sabel. in summ.
diversor. tract. §. Hypotheca n. 37.
idem resolut. post tom. 4. impressum
cap. 23. n. 9.

20 Hypotheca tamen ista in fa-
vorem legatorum à jure codicis in-
ducta tantum in bonis testatoris, &
non hæredis competit, constat ex *d.*
l. 1. cod. commun. de legat. & tenent
Merlin. dict. q. 14. tit. 3. lib. 1. n. 113.
cum seqq. optimè Anton. Merend. cō-
trou. lib. 19. cap. 23. Urceol. de tran-
sact. q. 65. n. 14. idem cons. forens. q.
69. per tot. Salgad. in labyrinth. p. 2.
cap. 24. n. 7. Cancer. var. lib. 1. cap. 2.
à n. 104. Caren. resolut. 167. n. 23.
Hodiern. ad Surd. decis. 76. n. 8. Nu-
gueir. allegat. 1. n. 11. Rot. post Olea
de cess. jur. decis. 16. n. 17. Acoft. de
privileg. credit. reg. 3. limit. 11. & 12.

Castilb. lib. 8. cap. 45. num. 26. & 34.
Marin. ad Revert. obs. 270. Sabel. §.
Gravatus n. 14. & §. Hypotheca sub
n. 36. Altim. ad Ruvit. lib. 1. cons. 41.
idem de nullit. contract. rubr. 1. q. 5.
n. 204. reprobatis contrarium te-
nentibus.

Hanc hypothecam testator 21
vetare potest, *Bart. in l. nemo potest*
58. n. 1. ff. de legat. 1. Negus. de pign.
p. 2. membr. 4. n. 161. Pacific. de Sal-
vian. inspect. 3. cap. 4. n. 274. Gra-
tian. cap. 294. n. 9. Merlin. lib. 3. tit.
1. d. q. 14. n. 74.

Sed prædicta hypotheca pro 22
legatis cæteris debilior est, cum in
aliis casibus individua sit pro legatis
verò dividua contra quemcunque
hæredem pro virili tantum compe-
tens, id est, pro ea parte, pro qua quis
hæres est, solum datur, de quo vi-
dendi sunt *Cost. de portion. rat. q.*
105. n. 4. Negus. de pign. p. 2. membr.
4. n. 160. Surd. cons. 191. n. 2. cum
aliis Merlin. d. q. 14. à n. 85. Sabel. d.
§. Hypotheca sub n. 36. Petr. Pacion.
alleg. 62. num. 8. Vin. ad text. in §. 4.
Inst. de legat. sub n. 4. ubi asserit, quod 23
si testator etiam hodierno tempore
hypothecam expressè constituerit
talis hypotheca, sicut cæteræ indi-
vidua erit, cum in dubio credendū
sit testatorem se conformare juri
communi voluisse, *l. ultim. cod. de*
verbor. significat.

His ita prælibatis satis clara 24
quæstionis nostræ decisio manet,
quia cum hypotheca onus reale sit,
jusque

jusque in re constituat, & ex ea actio
 in rem competat, necesse est, quod
 hujusmodi onus in quemcumque
 possessorem transeat *l. in via consti-*
tui §. quemcumque ff. de servitut. ur-
banor. prædiorum, §. item serviana
 7. *Inst. de act. Ord. lib. 3. tit. 91. in fin.*
princip. & Ord. lib. 4. tit. 3. Surd. dec.
 32. n. 5. *Aug. Barb. in repert. verbo*
Hypotheca, pag. 107. Merl. de pig-
norib. lib. 5. tit. 2. q. 58. n. 3. & seqq.
 25 Quare dicendum est legatario actionem
 in rem adversus quemcumque pos-
 sessorem bonorum testatoris com-
 petere. Hæc tamen resolutio inte-
 gram quæstionem nostram non com-
 plectitur, adhuc namque in obscu-
 ro est, an adversus tertium, absque
 excussione hæredis, legatarius age-
 re possit? In quo totus quæstionis
 cardo vertitur.
 26 In qua quæstione excussionem
 esse necessariam, ut hac hypotheca
 tacita pro legatis agi possit, tenent
Bald. in l. 1. cod. commun. delegat. n.
 15. *Caroc. tract. de excus. p. 2. q. 7. n.*
 6. *in fin. & q. 27. num. 2. Mart. de ta-*
cit. lib. 11. limit. 11. n. 11. Merlin. de
pign. lib. 5. tit. 2. q. 69. à n. 32. Sabel.
§. Excussio sub n. 21. Lauterb. in ff.
de legat. §. 46. Leuren. in jus can.
tom. 3. sub tit. de testam. q. 718. n. 2.
Sanfelic. decis. 204. à n. 8. ubi an hæc
 excussio necessaria sit à jure canoni-
 co? Ad affirmantes vergit, quo-
 rum sententia probatur ex generali
 regula, de qua in *Auth. de fideijuss.*
collat. 1. tit. 4. §. sed neque, unde de

sumpta *Ord. lib. 4. tit. 59.*

Contrarium tenet *Aretin. in §. 27*
siquis in fraudem col. ante penult.
Inst. de act. Nug. d. p. 8. membr. 1. n.
 21. Sed has contrarias opiniones
 ego conciliarem ita distinguens in-
 ter onera, seu legata demonstrativè,
 (ut ita dicam) aut taxativè ex bo-
 nis testatoris relicta: in illo enim ca-
 su primam opinionem, in hoc se-
 cundam admitterem.

Primum distinctionis mem- 28
 brum ex dictis satis probatur; secun-
 dum vero ex eo constat, quia etiam
 de jure ff. in legato, seu onere taxa-
 tivè ex aliquo fundo relicto hypo-
 thecam, onusque reale impositum
 esse tenent *Cald. de extinct. emphyt.*
cap. 4. sub n. 15. vers. aut vero, jun-
cto n. 19. & n. 28. vers. addo, Valasc.
de jur. emphyt. sub n. 17. quem laudat
Pinbeir. de cons. disp. 1. sect. 7. §. 4. n.
 122. *Garc. de expens. cap. 4. sub num.*
 41. *ibi: Hæc tamen omnia vera sunt,*
nisi limitata, & designata sit dispo-
sitio, donatio, legatum, vel vendi-
tio, tunc enim fundus querendus est
directè, & ita jam semel vidi judica-
tum in hoc Senatu, &c. Salgad. laby-
rinth. 1. p. cap. 24. n. 99. & 107.

Comprobatur secunda pars 29
 distinctionis nostræ exemplo census,
 quia directè totius possessor rei cen-
 sui subjectæ convenitur absque alia
 præcedente excussione, ut tenent
Cov. lib. 3. var. cap. 7. num. 6. Rodr. de
ann. rediv. lib. 2. q. 9. n. 51. Zevalb.
q. 56. n. 35. Nuguerol. alleg. 19. n. 3.

Castilb. tom. 4. n. 61. n. 19. & n. 39. *Qinrb. decis. 551. Vel. 2. p. dissert. 34. n. 39. Per. decis. 66. Gam. decis. 13. n. 3. Valasc. de jur. empyt. d. q. 32. n. 13. alios referens Peg. tom. I. forens. cap. 3. n. 364. quod in praxi servatur, quàm optimè defendit Mor. de execut. lib. I. cap. 4. §. I. à n. 25. quod quidem probatur per rationem à Pinbeir. redditã ubi sup. n. 120. scilicet, per obligationem rei censitæ quoddam onus reale ipsi rei imposi-
30 Comprobatur etiam ex aresto, de quo Gam. decis. 13. ubi judicatum refert propensione annua constituta super prædio tertium possessorem ejus directè conveniri posse, quod tanquam communiter observatum ibi addictio commendat ad verba, ibidem: communiter tamen servatum ommissis distinctionibus Joannis Garcia, quod onus impositum super aliqua re sit reale, & afficiat ipsam rem, ac pro eo possit conveniri tertius possessor, nulla facta excussione in bonis principalis obligati.*

31 Comprobatur tandem de praxi nostri regni, juxta quam onus Missarum in bonis à testatore impositum, in causa est, ut bona juncta ferventur per æstimationem, inter cohæredes dividantur, & uni adjudicentur, & quod cum suo onere ad successorem transeant ex Gam. dec.

30. & 48. & 224. Valasc. conf. 82. n. 8. Them. decis. 78. n. 20. Peg. tom. I. forens. cap. 4. n. 228.

Supposito igitur in nostra hypothefi principali benè judicato, cum fideicommissum respectu maioratus generis naturam induat, loco speciei respectu fideicommissi maioratus habetur: & ita data specie, genus dari necessè est, quod speciei præest, non tamen è converso, posito enim genere, non præcise dari speciei oportet positionem, Aug. Barb. loc. 104. interminis Botin. de maiorat. cap. 1. n. 6. unde inferri non potest, cum hujusmodi triens non sit maioratus, non esse aliquam fideicommissi speciem: licet enim maioratus fideicommissum semper censendum sit, non tamen omne fideicommissum est maioratus, Botin. sup. n. 5. Torr. de primog. 2. p. cap. 4. n. 37. & 38. quoniam fideicommissa à maioratibus differunt, Molin. Theolog. tom. 3. disp. 577. n. 5. & notant communiter AA.

Attento tandè casus nostri themate, in eo fideicommissum quodam temporale, familiare, & (ut etiam si minus latinè dici solet) electivum, nepotibus testatoris filii patris primi instituti, relictum esse, dicendum est. Fideicommissum enim est, quod alicui à testatore ex bonis hæreditatis testatores, per mediam personam, sive per ministerium, & quasi manum alterius tradendum relinquitur, Molin. Theolog. tract. 2. disp.

disp. 182. n. 12. novissimè Leuren. in
jus canonic. tom. 3. q. 678. n. 1. Nett.
in præfat. ad ultim. voluntat. n. 39.

41 Fideicommissum potest per
rogantia, precantiaque, & similia
verba relinqui, quæ quidem verba
obligationem inducunt, text. in §. &
quia prima Inst. de fideicommiss. text.
in §. fin. Inst. de sing. reb. per fideicō-
miss. relicta. & ibidem Institutarii,
Leuren. sup. d. q. per tot. Guerreyr. de
divis. lib. 5. cap. 13. à n. 5.

42 Nullus in illo primo dubio,
quo casus figuraretur, textus appa-
ruit, nos autem figurari posse cogi-
tavimus in l. unum ex familia §. ro-
go ff. de legat. 2. ibi: Rogo fundum,
cum morieris, restituas ex liberis, cui
voles: quoad verba attinet, ipsius
erit electio, nec petere quisquam po-
terit, quandiu præferri potest alius,
defuncto eo, priusquam eligat, pe-
tent omnes. Ex quo textu ad nostri
casus hypothefin benè deducitur,
testatoris filium filiis suis restituen-
di paterni trientis bona aut dubiè
onus subiisse, obtenta tamen usque
ad mortem unum ex iis nominandi
facultate: ut probatur ex d. l. unum
in princip. ubi Bartol. n. 1.

43 Cum itaque prædictus testa-
toris filius gravatus ad ejusmodi no-
minationem teneretur, dato, quod
nominasset, de suo legare non cen-
44 setur; quia non extitit liberalis, qui
facit actum necessarium. text. in d.
l. unum ex familia, & §. si falcid;
& §. sed, & si fundum, l. rem lega-

tam ff. de adimend. legat. Guerreyr.
tract. 3. lib. 6. cap. 23. n. 17. Emma-
nuel da Costa ad text. in cap. Si pater
de testament. in 6. p. 1. verbo legavit,
pag. mihi 77. n. 2.

Qua de causa eligens electum 45
gravare non potest, d. l. unum ex fa-
milia §. sed si uno, & §. sed, & si
fundum, Phæb. p. 2. decis. 105. n. 46.
Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. n.
10. & 19. & ibi Addentes, Fusar.
de substit. q. 511. per tot. Alvarad. de
conjecturat. ment. defunct. lib. 2. cap.
2. n. 21. & seqq. Cald. cons. 8. n. 38.
idem de potest. eligend. cap. 16. per
tot. ubi de nominante ad emphyteusin.
Castilb. lib. 5. de conjectur. cap. 161. n.
6. Fontanel. de pact. nupt. tom. 1. clau-
sul. 4. glos. 5. n. 64. & 65. Mier. de
maiorat. 1. p. q. 71. à n. 6. Hermosilb.
tit. 4. l. 7. glos. 5. n. 18. & 19. penes
quos, & ab illis citatos limitationes
invenies, quas non refero, cum mei
instituti non sint.

Ideoque ejusmodi electus le- 46
gatum non ab hærede gravato, &
eligente, sed ab ipsomet testatore
eligi jubente accepisse dicendus est,
d. l. unum §. 1. vers. perinde, cum
mult. Aquil. ad Rox. p. 1. cap. 6. n.
453. Barbos. in l. si ab hostibus §. fin.
n. 21. Philip. Knipseb. de fideicom-
miss. cap. 2. n. 19. & omnes proximè 47
citati. Et ratio est, quia omnes, ex
quibus unus eligendus erat, ad fi-
deicommissum invitati censentur;
igitur gravato nullum nominando 48
decedente, unus ille incertus est, &

erga incertū prædilectio non adest, ex *l. sciendum* 70. ff. *verbor. signif. l. extraneum in principio cod. de hæredibus instituend.* ex quo consequenter par dilectio testatoris, circa omnes consideratur, & ita pariter ad fideicommissum venire debent ut præponderat *Alvarad. de conjecturat. met. defunct. lib. 2. cap. 2. n. 17.*

51 Cum igitur gravatus de eligendo in vita sua nullum eligens obierit, tunc omnes de familia testatoris, & impræsentiarum universi disponentis nepotes censentur, immo vocantur: & tanquam fideicommissarii ad supra dictum trientem concurrunt. Probant jura supra relata, & *l. cum quidam*, & *l. si tamen* ff. *eod. tit. de legat. 2.* alia refert *glos. in dict. §. rogo*, verb. *datum cum aliis* *Guerreyr. de inventar. lib. 3. cap. 10. num. 18.*

52 Quatenus asserimus omnes nepotes admitti, difficultate non caret, quæstio nanque valde controversa formatur, an omnes de familia, vel tantum proximiores in gradu, electione deficiente, admittantur, quando donatarius, vel quilibet gravatus facultatem eligendi unum de familia habens, non elegit? In qua omnes admittendos esse tenet *Gom. in l. 40. Taur. n. 49. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 4. n. 41. ubi additio plures dat. Molin. de just. disp. 593. n. 6. Alvarad. de conjecturat. ment. defunctor. lib. 2. d. cap. 2. à n. 17. Hermosilb. tit. 4. lib. 7. glos. 5.*

n. 13. August. Barbos. vot. 126. n. 95. pro que parte faciunt text. in dict. l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. & d. l. unum d. §. rogo eodem tit.

Contrarium tamen, nempe, 53 quod solum proximiores admitti debeant, ex *text. in l. cum ita legatur 33. §. fideicommissio* ff. *eodem tit. de legat. 2. l. peto 71. §. fratre* ff. *eod. tenent Peregrin. de fideicom. art. 19. n. 15. in fin. Hieronym. Leo decis. 56. per tot. ubi judicatum refert, Arouc. alleg. 17. n. 33. 34. & 36. hanc sententiam veriorē appellat Hermosilba ubi sup. n. 14.*

Has inter se oppositas opinio- 54 nes conciliare conatur *Alvarad. d. lib. 2. à n. 17.* duos casus dividens, quorum primus est, quando gravatus absque electione decessit, quo eventu omnes de familia etiam in gradu dispares admitti ait, & ita procedere *text. in d. l. cum quidam, & d. l. unum §. rogo* ff. *eod. tit.* & alia similia jura: Secundus casus, quando gravatus extraneum elegit, vel extra familiam alienavit, in qua hypothesis tantum proximiores in gradu admittendos asserit idem *Alvarad.* & sic procedere *text. in d. l. cum ita legatur 33. §. in fideicommissio, & d. l. peto 71. §. fratre* ff. *eod. tit. de legat. 2.* Ratio diversitatis reddita per 55 *Alvarad.* in eo consistit, quia cum possessum à multis facilius sit negligentiae possidentibus, sequeretur, quod in contraventionis casu nemo de familia ad reivindicandum insurgeret

surgeret, & ut hoc abesset, solum proximior in gradu admitti debet; quæ quidem ratio futilis mihi videtur.

56 Ego verò secundum vires ingenioli mei dicerem, inter citata jura nullam antinomiam dari, ex qua dimicantes ad suam controversiam arma sumant, siquidem in terminis *text. in d. l. cum quidam delegat. 2. & d. l. unum §. rogo*, nulla electio de uno ex familia facienda erat, sed tantum de libertis testatoris.

57 In terminis *text. in d. l. cum ita legatur §. in fideicommissio ff. eod. tit. delegat. 2.* nulla electio alteri commissa erat, sed per testatorem fideicommissum relictum fuit certis nominatis de familia, quibus deficientibus, proximiores in gradu priores admitti debeant, uti nanque proximiores magis dilecti à defuncto, & primo invitati censentur, ex *l. cum pater §. à te peto ff. eod. tit. delegat. 2. l. Hæredes 57. §. final. ff. ad Trebelian. l. conficiuntur 8. ff. de jur. codicillor. cum aliis Guerreyr. de divis. lib. 4. cap. 7. n. 4. cum seqq. Michael Grass. de success. §. fideicommissum q. 16. num. 4.*

58 Ex qua quidem ratione ad instar successionis ab intestato prius in gradu priores vocantur, *Auth. post fratres, cod. de legit. heredib. Novel. 118. cap. 3. in fin. cum multis Guer. ubi sup. n. 2. cum seqq.* & quod in terminis *text. in d. l. cum ita §. in fideicommissio ff. de legat. 2.* solum

proximiores in gradu admitti debere, tenent idem *Molin. de primog. lib. I. cap. I. n. 7. & d. lib. cap. 5. n. 16. & n. 23. Valasc. conf. 82. n. 10.*

In terminis verò *text. in d. l. pe- 59 to 71. §. à fratre ff. delegat. 2.* casus sic se habet: quidam frater alterum fratrem hæredem instituens petiit, ne domus ejusdem hæreditatis alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, quo in facto alienationis prohibitio valida fuit, quia respectu familiæ, quod secus esset, si sine causa prohibitio imposita esset, ex *text. in l. filius familias 117. §. Divi verus 11. ff. de legat. I. Paris. volum. 2. conf. 52. n. 12. Michael Grass. de succession. §. fideicommissum, n. 12.* deinde institutus frater uni ex familia totam domum relinquere poterat, *d. l. filius familias §. cum pater, cum 60 datum uni ex familia, extra eam relictum dici non possit, ut ait text. in d. §. cum pater d. l. unum §. si defalcidia vers. itaque ff. delegat. 2.*

Supposita prohibitionis alienandi validitate, per verba passiva, *alienaretur, relinqueretur*, quibus *text. utitur*, secundum ejus hypothese[m] fideicommissum absolutum, & familiare de domo illa à testatore ordinatum fuit, onus namque prohibitionis, & in familia conservationis interminis *text. domui injunctum fuit*, ideoque gravamen reale dicitur, ut ibi tenet *Bart. n. 3. & cum Romul. in d. §. Divi, & ibidem Alexand. n. 25. Paris. vol. 2. conf. 92. n.*

43. tenet *Grass. ubi sup. n. 12. d. q. 5.*
 tenent *Tob. Non. conf. 32. n. 5. Alban.*
conf. 93. n. 1. & 2. Decian. vol. 3. conf.
84. n. 27. Castilb. lib. 5. cap. 88. n. 44.
- 62 Confirmatur, quod de domo
 fideicommissum absolutum factum
 fuit, ex eo, quia quando testator
 alienationem prohibuerit, ut bona
 in familia maneant per verba, quæ
 tantum causam enunciativam, vel
 simplicem rationem denotent, fidei-
 commissum simplex dicitur ordina-
 tum solummodo ad casum, in quo
 primus hæres extra familiam aliena-
 ret, si verò per verba, quæ meram
 dispositionem continerent, vel tra-
 ctum successivum, vel perpetuam
 conservationem in familia significa-
 rent, tunc fideicommissum absolu-
 tum, tum in casu, in quo contra dis-
 positum agatur, tum in casu mortis,
 instituitur; probatur *ex text. in d. l.*
unum §. sed, & si fundum à vers.
sed si, tenet Curt. sen. conf. 40. Curt.
junior. conf. 145. n. 16. Anton. Gabr.
de fideicommiss. lib. 4. concl. 9. n. 32.
Gofad. conf. 102. vers. non obstat.
Bursat. conf. 52. n. 40. & conf. 97. n.
16. vol. 1. Bero vol. 5. conf. 176. n. 56.
Grat. conf. 106. num. 1. Paris. vol. 2.
conf. 26. & conf. 30. à n. 22. & conf.
31. & conf. 52. Grass. ubi sup. d. q. 5.
à n. 5. Alciat. tom. 3. conf. 101. n. 4.
Surd. decis. 238. per tot. Tuscb. liter.
F. conclus. 262. Cavaler. decis. 167.
& decis. 481. Altograd. lib. 1. conf.
92. num. 19. & lib. 2. conf. 82. num.
8. & conf. 94. per tot. Merlin. decis.
669. *Rot. divers. decis. 121. p. 2. Rota*
recent. p. 10. decis. 123. & decis. 313.
à n. 11. & p. 12. decis. 254. & p. 13.
decis. 67. à n. 18. & decis. 429. n. 11.
& decis. 457. Sabel. §. fideicommiss.
n. 12. & §. prohibitio n. 12. ad alios
casus vid. Guerreyr. tract. 2. lib. 2. c.
6. à n. 25.
- Unde cum testator in termi- 64
 nis nostri text. §. *fratre* per modum
 principalis dispositionis, ac realiter
 domum alienari prohibuisset, ut in
 familia maneret, fideicommissum
 absolutum instituisse affirmandum
 est.
- Supradictis animadvertis, mi- 65
 hi occurrit dicendum, quod verbū
Familia in dubio de familia ipsius
 testatoris intelligitur *Mant. de conj. 66*
ultim. voluntat. lib. 8. tit. 12. n. 1. Mo-
lin. de primog. lib. 1. cap. 6. n. 46. Pe-
regrin. de fid. art. 22. n. 20. & art. 32.
n. 33. Fus. de subst. q. 358. n. 1. Meno-
ch. conf. 106. n. 212. & lib. 4. pres.
88. n. 1. Philip. Knipse Kild. de fidei-
commiss. familiar. cap. 6. n. 143. ac
 ideo testatori, & non gravato suc-
 ceditur, & ita procedit *text. in d. §.*
fratre, ut cum *Bart. Paris. & aliis*
tenet. Grass. ubi sup. q. 16. n. 1. & q.
18. num. 1. & 2. & ferè per tot. ubi
 contrarias opiniones conciliat, quæ,
 & alios vide de materia, cum eam
 tractare nostri instituti non sit, & vi-
 de *Cancer. lib. 1. cap. 1. à n. mibi 294.*
- Et ideo quia testatori succedi- 67
 tur, fideicommissum secundum na-
 turam successionis ab intestato regu-
 latur,

latur, glos. communiter approbata in
d. l. cum ita, §. in fideicommissio ff. le-
gat. 2. Paris. vol. 2. conf. 51. num. 15.
Grass. ubi sup. d. q. 16. n. 2.

68 Et ex eadem ratione vocati ad
fideicommissum successivo ordine
censentur, ita ut unus post alium
admittatur, primum locum obinen-
te, qui ab hærede fuerit nominatus,
& electione deficiente, proximio-
res in gradu successivo modò prius
admittuntur, ex text. in d. §. fratre,
69 & d. l. cum ita ff. de legat. 2. ex eo,
quia ordine successivo vocati cen-
sentur, quando vocatio fit per no-
mina collectiva, familia liberi, sui,
& similia, nam cum hæc collectiva
nomina plures diversorum graduum
comprehendant, impossibile fit, ut
omnes admitti possint, & igitur gra-
datim ordine successivo, & non si-
mul vocati censentur, cum Bart.
Paul. Jason, Covasr. Aym. Ber. Dec.
Rebus. tenet Cancer. p. 1. cap. 1. à n.
116. quem consules ibid. à n. 103.
in punct. an, & quando vocati or-
dine successivo vel simul censean-
tur? (cum multis aliis idem Philip.
Knips. de fideicommiss. cap. 9. à n. 9.
Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. n. 26.
Mantic. d. lib. 8. tit. 12. n. 3. II. & 34.
Menoch. pres. lib. 4. pres. 94. n. 6. Pe-
reg. d. art. 22. n. 64. Fufar. d. q. 358.
70 n. 1. & q. 499. à n. 93. & q. 483. à
num. 1.

70 Ex dictis jam meam concilia-
tionem in lucem profero, & ita se
habet: Si vocati, ex quibus unus

eligendus est, ad fideicommissum
temporale, vel perpetuum nullam
prerogativam gradus nec charitatis,
aut affectionis inter se habeant, ele-
ctione deficiente, omnes simul ad
fideicommissum admittuntur, quia
pariter pro omnibus voluntas testa-
toris consideratur neque ullus præ-
sumptionem juris, vel facti pro se
habet, ut alios repellat, & ita pro-
cedit text. in dict. leg. cum quidam,
& in dict. leg. unum §. rogo ff. de
legat. 2. quorum interminis voca-
ti, ex quibus unus eligendus erat,
testatoris liberti erant, & igitur in-
ter eos par affectio considerabatur,
facit doctrin. Cord. dubit. 29. n. 61.
si vero ad fideicommissum invitati
indispari gradu existant, vel unus
alios charitate, vel affectione ante-
celat, tunc proximior in gradu, vel
aliquam prerogativam habens prius
admittitur, electione deficiente, &
ita procedit text. in d. l. cum ita 33.
§. in fideicommissio, l. peto d. §. fratre
ff. de legat. 2. in quibus vocati de fa-
milia inter se indispari gradu existe-
bant, & ita proximiores tanquam
magis à testatore dilecti in successio-
ne, electione deficiente, primum locum
obtinent Cresp. de vald. obs. 22. n. 38.
Sed quia in nostra hypothesi 71
omnes nepotes testatoris inter se
prærogativam eandem gradus, cha-
ritatis, & affectionis æque habent,
omnes pariter, deficiente electione,
admitti debent, quod adeo verum
est, ut nullus extraneus aliquid de 72
hu-

- hujusmodi fideicommissio possit per
viam regulæ d. l. unum §. si duos §.
sed & si fundum &c.
- 73 Cogitavimus secundó, nostrū
figurari posse casum in l. cum pater
§. hæredit. ff. eod. tit. delegat. 2. ibi: Hæ-
reditatem filius cum moreretur filiis
suis, vel cui ex his voluisset, restituere
fuerat rogatus. & ibi: Virilis autē in-
ter eos fieri, qui eo tempore vixerint,
cū de aliis eligendi potestas non fue-
rit (audiamus nunc glossam) Insti-
tuit mihi hæredē filium meum, & ro-
gavi eum, ut cum moreretur, resti-
tueret hæreditatem meam filiis suis,
74 vel cui ex his voluerit (Relictis igitur
aliquibus quæstionibus, de qui-
bus in d. text.) quærit ibidem glossa,
si hujusmodi gravatus non nomina-
vit usque ad mortem, qui filii ve-
niant ad fideicommissum, & an suc-
cedant hæredes de mortuorum? Et
resolvit hoc modo: *Et ipse filius
meus nullum eligit, cui daret dictam
hæreditatem: & sic quilibet filiorum
suorum debet habere virilem partem:
nunquid hæredes mortuorum filiorū
filii mei debent cum vivis habere vi-
rilem, an solummodó vivi? Et dicit
quod solummodó vivi.*
- 75 Ex quibus bené colligitur,
quod nostri testatoris nepotes ab ip-
so per fideicommissum ad prædictū
trientem vocati fuerint, data tan-
tummodó unum eligendi in vita fi-
lii gravati facultate: quo non electo,
omnes viriliter concurrere dicendū
76 est, in tantū, ut in hoc casu re-
præsentatio cesset, & filiorum præ-
mortuorum filii non admitterentur,
quia nec pater filium filii sui præ-
mortui poterat eligere, ut indubi-
tanter *Cancer. I. var. cap. 5. num. 53. 80
vers. &c.*
- Sed proximè dicta respectu 77
transmissionis procedunt, durante
eligendi facultate; dum enim pater
in præsentem eligere poterat, filii ejus-
dem præmortui nihil penitus de avi-
triente ad hæredes poterant trans-
mittere, l. cum quidam 24. ff. legat.
2. & ibi glos. I. Bartol. ibi sub n. 7. l.
59. ff. condit. & demonstrat. l. 8. de
pericul. & commodo rei vendit. secus 78
tamen si pater decedat tempore, quo
eligere non poterat; & in præsentem
filii mortui post patrem transmittent,
quod satis mihi videtur pro-
bari ex d. l. cum pater, d. §. hæredita-
tem, ibi: *Qui eo tempore vixerint,
cum de aliis eligendis potestas non
fuerit: unde vivi tempore, quo pa-
ter jam non potest eligere, bené trans-
mittunt partem suam ad hæredes.
text. in d. l. cum quidam, vers. nisi
forté, in fine, l. unica cod. de his qui
ante apert. tabul.* Et ratio est, quia, 79
cum cesset dies, quo legatum debe-
tur, transmittitur ad hæredes etiam-
si sit modale, l. servum filii §. I. ff.
legat. I. &c.
- Casum quoque nostrum figu- 80
rari posse cogitavi per text. in l. Hæ-
redes mei 57. §. fin. ff. ad senatus con-
sult. Trebelian. ibi: *Peto à te uxor
charissima, ut cum morieris, hære-
ditatem*

ditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis &c.... & ibi: Inter filios respondi substitutionem fideicommissio factam ... ex quo rectè afferendum est, cū gravatus noster non nominaverit, omnes ejus filios fideicommissarios esse ad trientem avi sui vocatos.

81 Quarto tandem loco casus noster figurari potest *d. l. cum pater §. rogo delegat. 2. ibi: Rogo filia, ut bona (scilicet à testatore relicta, ut ibi glos.) quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit, videtur omnibus liberis, & si non equaliter promeruerint, fideicommissum relictum quibus matris electione cessante &c.* Ex quo text. & ex dictis benè probatur nostri disponentis voluntatem fideicommissi naturam induisse de trienti nepotibus relicto per filium gravatum: qui unum tantummodo ex filiis suis poterat nominare. Cum autem in vita sua nullum nominaverit, omnes nepotes ex avi sui testamento ad fideicommissum de dicto triente admittuntur, ita taliter, ut à prædicto avo suo hujusmodi trientem habere dicantur, quod quidem non esse quid hæreditarium ex patrimonio patris sui gravati, censendum est; sed tantummodo legatum fideicommissum ab avo relictum: in quo non datur repræsentatio, nec gravatus pater de eo aliquid poterat transmittere ad extraneos.

83 Cum igitur ad nostram quæ-

tionem recurrat oratio, advertendū est bonorum communicationem inter conjuges in jus consuetudinis Regni nostri pede tam levi invecctā esse, ut nulla in jure communi hujusmodi communicationis, & societatis impressa vestigia extiterint: tenet *Valasc. de part. c. 7. n. 5. & seq.* ubi respondet ad contraria. *Idem Valasc. conf. 116. n. 1. & 8. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 422. n. 2.* licet eam defendant ii, quos allegat *Guerreyr. de divis. lib. 6. cap. 1. n. 14.* quod quidem noto: quoniam ad nostram etiam quæstionem adduci nequeunt juris civilis Romani loca aliqua, cum tantummodo ex jure nostro regio ejus resolutio pendeat.

Quo excogitato invenimus *Ord. lib. 4. tit. 95. §. 1.* ubi uxori negatur facultas remanendi in possessione bonorum, in quibus non datur communicatio: quæ quidem bona ipsemet legislator recenset, ibidem: *Bens da Coroa do Reyno, ou de morgado, ou de emprazamento, em que a mulher nam fosse nomeada, de maneira que naõ tivesse direito, ou outros similhantes, &c.* hoc est, *Bona corone Regni, maioratus, aut emphyteusis, in quibus uxor nominata non esset, ita taliter, ut jus non haberet, aut alia similia.* Ex quibus verbis illa notanda sunt, *Ou outros similhantes, idest, aut alia similia,* hoc est bona equidem, in quibus fideicommissa compræhenduntur: à fideicommissio, enim, ad maioratum

valet argumentum, *Augustin. Barb. loca, & argumenta loc. 48. cum aliis.*

87 *ibid.* Cum igitur ratio eadem, quæ datur in maioratu ad hoc, ut in cōmunicationem non veniant, in fidei quoque commisso consideretur, rectè sequitur in nostro casu, eo

88 quod ibi detur fideicommissum, ut satis probavimus, communicationē esse negandam, fideicommissi namque bona ad divisionem non pertinent *Guerr. de divis. lib. 3. cap. 6. n. 2. & quos allegat.*

89 Quod equidē probatur etiā ex argumento à contrario, *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 24.* in qua conjugii solum conceditur communicatio in emphyteusi pro certis personis nominandis accepta, quando empta fuit à marito; qua quidē communicatione carebit uxor, quando gratis fuerit concessa emphyteusis: ita tenent *Valasc. de part. cap. 26. n. 21. Cald. de empt. cap. 27. n. 36. Pinbeir. de emphyt. disp. 5. sect. 5. n. 174. ibi: Emphyteusis accepta pro se, & certis personis nominandis, quam conjugatus per chartam medietatis gratuito acquisivit, non communicatur alteri conjugii, neque aliquid de valore illius ei debetur, etiam si fuerit acquisita, constante matrimonio &c. & alii quos allegat Guerr. tom. 2. lib. 2. cap. 8. n. 85. & n. 96.*

90 Ratio autem, quod huiusmodi emphyteusis non communicatur, in eo sita est, quia nullo modo res hæreditaria dicitur, nec ex re pa-

trimonii habetur; sed est dominica concessio, quæ ad solos nominandos extenditur, ut ait *idem Pinbeir. dict. loc. n. 173.* Hæc eadem ratio cōsideratur etiam in fideicommissis, in quo nepotes eundem tridentem ab avo suo tanquam fideicommissum accipiunt: non esse itaque communicabile firmissimè tenendum est, cum bona ejusmodi ad patrimoniū patris sui gravati minimè pertinerent. Et ita fuit judicatum, & in supremo Senatu confirmatum anno 1731.

COGITATIO II.

An huiusmodi gravatus in vita sua nominando variare possit? & de intellectu *Ord. lib. 4. tit. 37.* anque contractus in testamento fieri possint, prout in Summario?

SUMMARIUM.

- 1 *Facultas eligendi quando usque ad mortem competat? & n. 2. & seqq.*
- 2 *Verbum relinquo ultimas voluntates sapit.*
- 3 *Bartholi opinio apud nos sequenda est, & n. 30.*
- 4 *Casus in ratione decidendi comprehensus omissus non dicitur.*
- 5 *Si facultas eligendi usque ad mortem concessa sit, eligens variare potest.*
- 6 *Secus autem si simpliciter concedatur, & n. 8.*
- 7 *Quid si electio in testamento fiat? & n. 9.*
- 9 *Electio facta in testamento ultime voluntatis naturam sequitur.*

- 10 *Facultas eligendi simpliciter ex testamento competens an differat à facultate ex contractu proveniente?*
- 11 *Nominatio, seu electio in testamento facta facultatis vi simpliciter concessæ, an revocari possit quin totum testamentum revocetur? & n. 12. & seqq.*
- 13 *Contractus an in testamento fieri possit? & seqq. & n. 20. & seqq. n. 29. & seqq. resolvitur, & à n. 43.*
- 14 *An in codicillis?*
- 15 *Heres institutus contemplatione mandantis, huic hereditatem restituere tenetur.*
- 16 *Excusatione à tutela non utitur qui tutorem patri pupilli esse promissit.*
- 17 *Assignatio liberti tum in testamento, tum inter vivos fieri potest.*
- 18 *Pignus in testamento constitui potest.*
- 19 *Servitus etiam.*
- 20 *Testamentum unico contextu, nulloque actu alieno interveniente, fieri potest, n. 31. & seqq. declaratur, & à n. 44.*
- 21 *Quid si actus interpositus modici momenti sit? & n. 27.*
- 22 *Quid si actus ad testamentum pertineat? & n. 26. 27.*
- 23 *Quid si incidenter fiant? & n. 26.*
- 24 *Quod principaliter agitur, & non quod incidenter, attenditur.*
Dubium apud nos est, an in testamento in scriptis secreto, vel approbationis actu contractus fieri possint.
- 34 *Vigor testamenti apud nos ex actu approbationis pendet.*
- 35 *Filius in testamento ex hereditationi, vel præteritioni, oneri vè legitimæ imposito consentire potest.*
- 36 *An mater consentire valeat, quòd filius de legitima illi debita disponat?*
- 37 *An heres in testamento minus solemniter, testatoris voluntatem servaturum se, promittere possit?*
- 38 *Si plures in una membrana testentur, unica solemnitas sufficit.*
- 39 *Contractus in testamento facti duobus testibus probari possunt.*
- 40 *Quid si publico instrumento ad probationem opus sit? & n. 42.*
- 41 *Instrumentum publicum solum inter notarium rogantes probat, & obligat.*
- 44 *Verbum contextus quid ostendat?*
- 45 *Voluntatis mutatio ex supervenienti de novo, vel ex actu contrario presumitur.*
- 47 *Testes casu inventi in testamento adhiberi possunt, dummodò antea certiores fiant.*
- 48 *Ita testes ad aliud vocati.*
- 49 *Actus testandi interrumpi non dicitur, si aliquid necessarium ad sanitatem testatoris immisceatur.*
- 50 *Ita testium respectu.*
- 51 *Et quare?*
- 52 *Quid si casus furtivi refectio longo spatio indigeat?*
- 53 *Interruptio non datur, quando testator coram testibus de sua ultima voluntate, & contractu profitetur.*
- 54 *Stipulatio non vitiatur, si promissor brevi spatio discedens, & revertens respondeat.*
- 55 *Testator post testamentum factum de bonis suis per actus inter vivos disponere non prohibetur.*
- 56 *Locationis, vel conductionis contractus ad heredes transit.*
- 57 *Solemnitas testamenti, vel per consuetudinem, vel per statutum mutari potest.*
- 58 *Contractus in testamento facti postea revocari non possunt, nec nullitate laborant, licet testamentum nullum, aut irritum foret.*
- 59 *Contrariæ sententiæ conciliatio affertur, & n. 60. & seqq.*
- 60 *Quidem sunt actus, qui ad instar legati fieri in testamento possunt.*
- 61 *Ideo facti inter vivos naturam contractus habent, & si in testamento*

- to, ultimæ voluntatis naturam induunt.
- 62 Sed aliquando in testamento celebrati contractus naturam sapiunt, ut ibidem declaratur.
- 63 Dispositio Ordin. lib. 4. tit. 37. §. 4. juri communi contraria non est, & n. 70.
- 64 Nominatio ad emphyteusim peculiarem naturam habet inter actus ultimæ voluntatis, & inter vivos.
- 65 Inter vivos fieri potest, trinoque testium numero ad probationem indiget.
- 66 Actus anomalous nominatio vocatur.
- 67 Et prælegatum.
- 68 Sed stipulatione non indiget quando ad instar contractus fit.
- 69 In testamento facta naturam ultimæ voluntatis habet, & revocari potest.
- 71 Ultima voluntas ambulatoria, & revocabilis est, usque ad ultimum vitæ spiraculum.
- 72 Ita legata revocari adimi, & transferri possunt.
- 73 Ita actus in testamento celebrati.
- 74 Alienatio, & donatio quando modus revocandi legata sint?
- 75 Legata revocari possunt, quin totum testamentum revocetur.
- 76 Et ita nominatio ad emphyteusim.
- 77 De modis revocandi legata, remissivè.
- 78 Ægidius rejicitur.
- 79 Lex cum quidam 24. de legatis 2. cum l. unum ex familia eod. titul. conciliatur.
- 80 Iterum variare potest nominans, si semel possit, sive facultas ex contractu, sive ex testamento proveniat, & n. 81.
- 82 Emphyteusis in testamento constitui non solet.
- 83 Circa insolita jura non decernunt.
- 84 Si nominatio in testamento ad instar contractus fiat, irrevocabilis erit.
- 85 Si testamentum ob præteritionem

nullum sit, vel ob ex heredatione, an ita etiam nominatio ad emphyteusim? & nn. seqq.

88 Ord. lib. 4. tit. 37. §. 4. optimè explicatur, & nn. seqq.

SUPPOSITA nostræ primæ cogitationis hypothese, secundum eam dicendum est gravatum usque ad mortem nominandi potestatem habere ex vi verborum dispositionis, ibi: *E por sua morte lbe dá facultade*, idest, *Et tempore mortis facultatem ei concedit*. Quia toties quoties fit mentio mortis in similibus, potestas eligendi durat usque ad mortem, constat ex text. in d. l. unum de legat. 2. & ex text. in d. l. cum pater, §. hereditatem, & §. à filia ff. eodem tit. Bart. ad text. in d. l. unum, n. 1. Ord. lib. 4. tit. 37. in fin. princip.

Idemque esset si absque mentione mortis testator usus esset verbo *relinquendi*: hujusmodi nanque verbum ad ultimas voluntates post mortis tempus adimplendas in usu est, l. 1. in fin. & §. 9. ff. de tabul. exhibend. Gam. decis. 339. n. 3. Bart. sup. n. 2. quem sequi debemus, eo vel maximè, quia ejus opinio satis mihi probatur ex ratione decidendi dictæ Ord. tit. 37. *porque todos os autos, idest, quia omnes actus*. Quam ut regulam commendat Valasc. conf. 102. n. 17. & casus comprehensus in ratione decidendi non dicitur omissus, quia comprehenditur sub lege, Cord. dubit. 11. n. 38. dub. 25. n. 76. dubit. 38. n. 28. & n. 73. & dubit. 51. n. 59. Unde

5 Unde pro certo afferendum est, hujusmodi gravatum in nominando posse variare, & quotidie unam, & alteram nominationem facere, ut constat ex dictis juribus, & ibi Bartol. absque eo, quod obstat *l. hujusmodi 86. §. Stichum de legat. I. l. statu liberum II. §. Stichum de legat. 2.* ubi data fuit facultas simpliciter eligendi absque mentione mortis, quia ibi gravatus statim eligere tenebatur; ita aliquo modo respondet Bartol. ad dictam *l. unum n. 6.* qui intellectus probatur per *Ord. d. tit. 37. §. 2.* tenent Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. à n. 23. Alter Molin. tract. 2. disp. 593. à n. 1. Alvarad. de conjecturat. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. n. 25. Valasc. d. cons. 102. à n. 23. plures dat Additionator ad Molin. sup. de primogen. Portug. de donat. reg. lib. 2. cap. 13. n. 38.

7 Secundum eosdem DD. procedit proxima conclusio, sive nominatio, seu electio fiat per contractum ex text. in *d. l. cum pater §. à filia de legat. 2.* sive per testamentum ex *d. l. unum eod. tit.* tenentque Cald. de potest. eligendi cap. 2. n. 17. Ægid. ad lib. I. de Sacrosanct. Eccles. 2. part. in princip. n. 29. Castilb. lib. 5. quotidianar. cap. 80. n. 18.

8 Si verò nominandi, seu eligendi potestas simpliciter absque mortis mentione concessa sit, tunc electione, vel nominatione completa, amplius eligendi via præcluditur, juxta *d. l. Hujusmodi 86. §. sti-*

chum delegat. I. d. l. Stat. liber. II. §. Stichum de legat. 2. & probat *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 2. Portug. d. p. 2. c. 13. n. 39.* & est de mente sup. citator.

Sed adhuc in supraposita hypothefi n. 8. variare licet, quando, scilicet, nominatio, seu electio in testamento perficitur ex eo, quod electio sic facta naturam ultimæ voluntatis sequitur, ut latius explicando tenet Molin. de just. tract. 2. d. disput. 593. num. 4. Molin. de maiorat. lib. 2. d. cap. 4. n. 37. vers. *si in ultima,* & probatur per *Ord. nostram d. lib. 4. tit. 37. §. 4.*

De differentia inter eligendi facultatem simpliciter ex testamento, vel ex contractu competentem, qua utitur uterque Molin. in loc. sup. citat. in cogitat. 3. videbimus, utrum vera sit?

Sed non est extra quæstionem, an nominatio, seu electio in testamento facta casu, quo semel extra testamentum completa irrevocabilis evaderet, per se solum revocari possit absque eo, quod totum testamentum mutetur, in qua pro affirmantibus est Lusitanus noster Emman. à Costa ad *l. si ex cautione, cod. de non numerat. pecunia fallent. 12. n. 3. & 4.* sic intelligens *Ord. nostram antiq. lib. 4. tit. 63. §. 3. unde nova d. lib. 4. tit. 37. §. 4.* deffumpta fuit.

Pro negativa verò sententia fortiter dimicat Benedic. Ægid. Lusit. ad *l. I. cod. de Sacros. Eccles. 2. p. init. n. mihi 28.* incipiens: Unde ego. Ego

13 Ego verò in quamnam sententiam discessurus sim, animi pendeo; sed ut certiora cognoscam, licet aliis minus placeant, hanc, & alias quæstiones necessario miscendas huic operi duxi; quarum omnium intelligendi causa, in primis sese offert, an in testamento contractus fieri possit? Quam affirmantes tenent *glos. Bart. Bald. Angel. Imo. Pau. Cast. Fran. Aret. & alii in l. hæredes palam §. ult. ff. de testam. Din. in cap. quod semel ad fin. de reg. jur. lib. 6. Oldrad. conf. 114. Factum est tale, quædam mulier. col. 1. ubi id dicit probari ex duabus legibus simul junctis, scilicet, lib. 1. §. si assignare, & l. assignare ff. de assignat. libert. Joan. And. in cap. quanquam de usur. lib. 6. Bart. in leg. unum in familia §. si de Falcidia ff. de leg. 2. & in l. cū quis decedens §. codicillis ff. de leg. 3. Bald. in l. Sancimus in fin. cod. de testam. & in l. si mulier, q. 3. ff. de legat. 3. & in l. si tibi §. 1. in fin. ff. de pact. & conf. 14. Ant. col. 1. lib. 2. & conf. 24. præsupposito statuto lib. 5. Joan. Fab. in §. Instit. de legat. Lap. allegat. 91. in primis videndum col. 2. Alber. Bald. Angel. Paul. Cast. Alex. & Jason. in l. cum antiquitas, cap. de testam. n. idem Alb. in l. Hac consultissima in fin. princip. cod. eod. tit. ubi loquitur de venditione, & in rubr. cod. de donat. ubi loquitur de donat. inter vivos, idem Anton. conf. 21. viso puncto, in princip. idem Imo. in l. ut hæredibus vers. Item attende ff. de leg. 2.*

Card. Flor. conf. 125. Respondeo ad primum in princip. Panormit. conf. 95. quædam domina colum. 1. lib. 2. Roman. qui hanc dicit communem opinionem conf. 171. prodecisione col. ult. Paul. Cast. conf. 330. super primo quæsito post princip. lib. 1. & conf. 279. primo videndum est utrum eodem lib. & conf. 381. primò videndum est qualis col. 1. eod. lib. 1. quos omnes referendo tenet, & sequitur Tiraquel. post LL. connub. glosa 5. num. 101. pag. mibi 372. col. 2. (ubi limitat in muliere, quæ contrahere prohibetur) tenent Gam. decis. 173. n. 3. decis. 339. n. 1. & 4. & decis. 381. n. 1. Cald. de potest. eligend. cap. 8. n. 2. & 3. Idem conf. 10. n. 46. inter alios referens Mier. de maior. lib. 1. q. 31. n. 2. Tell. Fern. in l. 3. Taurro 2. p. n. 12. Menebac. lib. 3. de success. creat. §. 23. limit. 18. n. 2. 3. & 4. Guier. in repet. l. Nemo potest ff. de legat. 1. à n. 254. tenent etiam Senator Pereir. decis. 48. n. 8. Petr. Barb. ad rubr. ff. de legat. 1. à n. 49. Phæb. decis. 123. à n. 28. cum aliis Ægid. in l. 1. cod. de sacrosanct. eccles. dict. 2. p. in init. num. mibi 23. Pinbeir. de emphyt. disp. 6. ces. 5. §. 7. sub n. 93. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 62. cap. 3. n. 19. idem for. tom. 1. cap. 4. num. 127. Net. de testament. in præfat. ad ultimas voluntates n. 44. ubi alios refert Guerreyr. de invent. lib. 3. cap. 10. n. 118. & seqq. & tanquam indubitabile traddit Torr. de pact. lib. 2. cap. 25. n. 169. ubi refert Mascard.

- de probat. concl. 359. n. 2. Surd. decis. 127. n. 14. & 15. Merlin. controu. cap. 85. Bottigl. de renunc. success. Theor. 65. n. 1. Capon. de pact. q. 60. n. 24. noviter Math. Brasob. de pleno arbitrio human. voluntat. cap. 14. n. 20. ubi n. 21. ait etiam in codicillis contractus fieri posse alia in puncto Altim. de nullit. contract. rub. 1. q. 1. à n. 510.
- 15 Hujus sententiæ nixus per supra citatos DD. deducitur primò ex text. in l. quidam cum filium familias 46. ff. de her. instit. qui quidem text. parum, aut nihil probat assumptum; ejus nanque dispositio Legis versatur in eo, scilicet, quando aliquis de mandato alterius mandantis contemplatione hæres institui possit, ad hoc, ut ipsimet mandanti hæreditatem restituat, ad quod tenetur utili actione mandati, in qua hypothese nullus contractus in ipso testamento corpore celebratus invenitur, imò extrinsecus completus fuit, ut ipsamet L. probat.
- 16 Secundò: deducitur ex text. in l. Spadones 17. §. 1. ff. de excusat. Tutor. ubi excusationem à tutela habens, non eximitur, si pupillorum patri tutorem fore promiserit.
- 17 Tertio: deducitur ex text. in l. 1. §. assignare, & text. in l. assignare ff. de assignat. libert. qui omnes probant assignationem libertorum tum inter vivos, tum in testamento, aut codicillis expleri posse.
- 18 Quarto: ex text. in leg. non est mirum 26. ff. pignorat. action. ubi pignus in testamento constitui posse probatur.
- Quinto adduco text. in §. si quis 4. Inst. de servit. & tot. tit. ff. de servit. ligat. ubi servitatem in testamento legari, vel constitui non dubitatur; de aliis legalibus locis adductis per Pheb dec. 123. à n. 18. & per Nett. in præfat. ad ultim. volunt. n. 44. non curo; parum nanque, aut nihil assumptum probant, ut legenti patebit.
- Contrariam tamen sententiã, 20 scilicet, in testamento contractus fieri non posse, tenent Bachov. ad Tructl. thes. 5. lit. H. vers. Unde, Vin. in §. sed cum paulatim 3. Inst. de testam. Ord. sub n. 7. & plures alii, quæ quidẽ in sententia negativa potiora fundamenta habere videtur deducta ex text. in leg. Heredes palam 21. ff. de testament. & qui testament. facere possint l. casus 8. leg. cum antiquitas 28. l. Hac consultissima 21. ff. eod. titul. ubi tanquã solemnitas testamenti requiritur, quòd testamentum uno contextu, nullo actu alieno, seu extraneo interveniente, fiat; sed sic est, quod contractus est actus alienus, & extraneus: Ergo &c.
- Hanc antinomiam dissolvere 21 diversimodè varii intendunt; in primis nanque Fernand. Vasq. de success. & ult. volunt. lib. 3. §. 23. limit. 18. sub n. 4. cum Jason in l. cum antiquitas cod. de testam. primò ait ibi: quod

quod si actus interpositus sit modici intervalli, non nocet, nec vitiat testamentum &c.

22 Secundó, cum Aretin. Angel. & imò in l. heredes palam §. fin. col. 2. ff. de testam. ibid. Aliter, & rectius distinguit, quod referat, scilicet, utrum contractus interpositus pertineat ad testamentum, & tunc testamentum non vitietur, ita procedat l. si avia cum concordant. An verò omnino sit impertinens, & tunc vitietur: ubi si fortè post inceptum testamentum testator voluit aliquid vendere, vel fundos locare, ita procedat l. cum antiquitas, & d. l. heredes §. fin.

23 Tertió ibidem idem Vasq. sententiam suam profert sequenti modo, ibi: Tu satius distingue. Nam aut contractus, qui fit in testamento fit non principaliter sed incidenter, & tunc non vitietur testamentum. Ita intelligo l. si avia cod. de jur. deliber. & d. l. Pantonius in fin. & d. l. Lucius, & d. l. nec mirum, & d. l. ex sententia, quia inspicitur, vel legatum, vel tutela, vel hereditas, quam dare, vel datam fortius firmare volebam: Non autem inspicitur contra-

24 ctus, qui inde incidenter resultat. Et meritó: est enim inspiciendum, quod principaliter agitur, non quod incidenter resultat: ut l. si quis nec causam, ubi latè Jason ff. si certa petatur; l. cum preponas cod. de rebus cred. Aut contractus, qui fit in testamento, fit principaliter propter se: &

tunc si non sit omnino impertinens, puto testamentum non vitari, veluti si sit donatio quarundam rerum, cum enim testamentum faciamus ad res nostras distribuendas, finisque testamentorum sit eas distribuere, certè in modo ejusdem distributionis seu largitatis faciende vis magna esse non debet, quo fit ut quoquomodo, seu titulo distributio fiat, ea distributio extranea non videatur ab actu testandi, & consequenter non vitiet testamentum. Ita intelligo, & approbo glos. & d. l. heredes palam §. fin. quatenus loquitur in donatione. Pro quo est bonus text. in l. assignare ff. de assign. liber. junct. §. fin. Inst. eod. Quod si contractus, qui in testamento fit, esset impertinens, & extraneus, seu alienus à distributione rerum nostrarum, & ab actu testandi, ut si aedes meas in testamento locavi, vel fundum vendidi, tunc puto testamentum vitari per dict. l. cum antiquitas, & d. l. heredes palam in fin. Et ita in hoc reprobo glos. dict. l. heredes §. fin. quatenus loquitur in venditione, licet approbetur per Jason, post alios, quos refert in d. l. cum antiquitas col. 2. in princip.

Cum prima conciliatione re- 25 lata supra num. 21. residere videtur Petr. Barbof. ad rubr. de leg. I. sub n. 49. vers. sed non placet.

Cum secunda, & tertia, quæ 26 (ut mea fert opinio) in idem incident, concordare videtur Nett. de testament. in prefat. n. 16. allegans Vigl.

*Vigl. in §. sed cum paulatim Inst. de testam. n. 4. & 5. Hunn. var. resolut. jur. civil. lib. 2. tract. 5. de testam. q. 4. Treucler. scelect. disp. vol. 2. disp. 10. de testam. Thes. 5. Fachin. lib. 5. con-
rovers. cap. 32. vers. Ego vero.*

27 *Doctor Joann. Ronchegall. de duob. reis ad text. in l. 6. §. duo rei, n. 18. primò generaliter distinguit, scilicet, inter actus interpositos in-
dispositione, de qua agitur: & inter interpositos extra ipsam dispositio-
nem: primo casu subdistinguit perti-
nentes ad rem impertinentes, extra-
neos, & contrarios; pertinentes, &
modicos non vitare ait, item si per-
tinentes, & non modici essent, dum-
modò uno contextu fierent; con-
trarios sine ulla distinctione disposi-
tionem vitare affirmat idem Ron-
chegal. si autem actus impertinens,
vel extraneus, non vitat dummodò
etiam modicus sit; vitat tamen, si
longus, ut idem Ronchegal.*

28 *In secundo membro principa-
lis distinctionis, scilicet, de actu ex-
tra dispositionem, seu contractum
adhibito, ait idem Ronchegal. non vi-
tare ea, quæ ad contractum pertinent;
adversaria contractui indistinctè
nocere; impertinentia, si diversum
negotium sapiant vitare; necessa-
ria autem naturæ actum non vitare.*

29 *Quid ergo nobis dicendum?
Audire videor voces mihi silentium
imperantes; ne verò alios transcri-
bendo solum curasse dicar, & tan-
quam mutus Hipparchion, cum*

*mea sit dicenda sententia, obmu-
tescere, quid sentiam, in mediū pro-
ferre non dubitabo, & primò assero
contractus in testamento celebrari
posse, vel non, nec à jure prohibi-
tum, nec concessum esse, quod est
de mente, Guerreyr. de inventar. lib.
3. cap. 11. n. 118.*

*Sed cum celebrari posse ita in 30
praxi recepū sit, & pro hac stet par-
tium Accurs. glos. ium opinio Barib.
cōmuniterque magis per DD. à pro-
betur, seu saltē cōmuni calculo non
reprobetur, in consulendo, & judi-
cando ab hoc recedendum non est
ex Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1. & in com-
probationem adduco Ord. lib. 4. tit.
80. §. 4. ibi: Ou ordenar de seus bens
por alguma maneira.*

*Secundò huic quæstioni, sci- 31
licet, an in testamento contractus
celebrari possint, tantum locus est,
quando de adhibenda solemnitate
testamento agitur; & hoc modo
procedit l. heredes palam 21. §. uno
contextu ff. de testam. & similia jura 32
certum quippè est, quod testator tes-
tamentum alio tempore conscribere
possit, & scriptionem sæpius in-
terrupte, alio verò, & diverso
tempore testes, & solemnitates ad-
hibere, uti explicat Vin. ad text. in
§. sed cum paulatim, Inst. de testam.
n. 7. & uno ore testantur DD. qui-
bus omissis, offero text. rotundum
in l. hac consultissima 21. §. sed licet,
cod. de testam. ibi: Sed licet alio tem-
pore dictatum, scriptum vé proferatur*

33 tur testamentum, sufficiet uno tempore, eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes, videlicet, simul nec diversis temporibus subscribere, signareque testamentum.

34 Unde apud nos ultra progreditur quæstio in testamento in scriptis secreto, scilicet, an in instrumento approbationis testamenti contractus fieri possint, hæc namque approbatio in nostro Regno est solemnitas, qua, ad hoc ut validum fit, nititur testamentum, ex Ord. lib. 4. d. tit. 80. §. 1. & 2. tenent Portug. de donat. reg. lib. 3. 16. n. 5. & 9. Reinos. obs. 17. n. 3. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2. n. 70. & passim ex nostratibus omnes.

35 In corpore namque ipsius testamenti, dum ipsum testator scribit, vel scribi jubet, contractus celebrari nullam prohibitionem invenimus, & quod contrahi possit, probatur exemplis exhæredationis, vel præteritionis atque impositi oneris in legitima; filius namque exhæredationi, præteritioni, vel oneri legitimæ suæ imposito consentire potest subscribens testamento, ex l. non putavit 8. §. si quis sua manu exhæredem se scripserit ff. de bonor. posses. contr. tabul. de qua quæstione ex nostratibus alios referendo agunt Gam. decis. 218. n. 4. Valasc. de part. cap. 16. n. 40. Senatores Pereir. decis. 11. per tot. Sous. decis. 8. per tot. uterque an mater consentire possit, quod filius in ultima voluntate de legitima ipsi

matri debita disponat, vel è contra plurimos congerens Guerreyr. de divisionib. lib. 5. cap. 1. à n. 57. quem vide hac de re varios casus distinguentem, & Cald. de potestat. eligendi cap. 16. à n. 29.

37 Illud exemplum adduci potest nempe, quando hæres institutus testamento minus solemniter testatori promittit, ejus voluntatem servare, de quo vide eund. Guerreyr. de invent. lib. 3. cap. 11. n. 118. & seqq. Grass. de success. in §. testamentum q. 54. n. 21.

38 Et exemplo, scilicet, quando plures in una, eademque membrana testantur, quo casu tot sunt testamenta, quot sunt personæ, & tamen unica solemnitas ad omnia, & singula testamenta sufficit, Gom. ad l. Taur. 22. n. 17. cum aliis Valasc. conf. 7. n. 3. optimè Petr. Peck. de testam. conjug. lib. 1. cap. 19. à n. 2.

39 Igitur concessio, in corpore testamenti contractus celebrari posse interminis sup. n. 35. suppositis, jam quæstio super contractuum validitate non versatur, sed tantum super probatione eorum, ad quam probationem duo testes sufficere dicunt Grass. d. q. 54. n. 21. Gam. decis. 173. n. 10. Cald. forens. conf. 10. num. 48. Ægid. in d. l. 1. cod. de Sacros. Eccles. 2. p. init. n. mibi 25. Guer. de invent. d. lib. cap. 11. n. 119. & tenent de hoc puncto agentes citati supra n. 13.

40 Unde si versemur in casibus, in quibus ad probationem scriptura publica

publica opus fit, *ex Ord. lib. 3. tit. 59.* quomodo in praxi contractus in testamento confecti probatio exemplificari possit? quia si in corpore testamenti simul contrahentibus duo testes conscribant, scriptura semper privata extitit, licet approbatio accedat; igitur dum de approbando, seu solemnitate testamento adjungenda agitur, simul cum testatore contrahens coram Tabellione, & testibus comparere debet; ex eo quia ab ipsamet approbatione testamentum robur accipit, & publicum instrumentum remanet, aliter namque approbatio, absente contrahente, facta instrumentum inter alios esset,
41 & ita contractus non probaret, cum tantum inter notarium rogates probet, eosque obliget, *Surd. decis. 209. n. 12. & decis. 210. n. 2. Mascard. de probat. concl. 521. n. 5. & 542. n. 1. Afflic. decis. 40. n. 3. & decis. 331. n. 7. Cravet. de antiquit. tempor. p. 1. §. 3. Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 91. in fin. idem Menoch. conf. 402. n. 17. August. Barb. in repert. verbo instrumentum pag. mibi 112. col. 2. cum multis Tob. Otton. Tabor. lib. 9. cap. 97. n. 16.*

42 Quibus notatis, ut me expediam tutius esse puto, quod contrahentes cum testatore in ipsomet actu approbationis coram notario, & testibus, saltem duobus, compareant, contractumque in testamento confectum manifestum faciant *ex tradit. per Altim. d. q. 1. n. 510. 532. 544. 546. & 554.*

Tertio, dum me accingo ad **43** conciliandam repugnantiam DD. assero, in testamento omnes contractus tum ad id pertinentes, tum extraneos, & impertinentes celebrari posse, dummodo in continenti, seu in ipso actu testandi simul, & unico contextu fiant, quin obstat *text. in d. l. heres palam §. ultim. ff. de testam. & jura concordantia*, quod in seqq. probo.

Primo, ideo actum alienum **44** in testamento intermisci prohibetur, quia solemnitas in eo simul, & eodem tempore, & loco adhiberi debet, hæc namque verbum *contextus* importat, *Gom. ad l. 3. Taur. à n. 50.* & ratio est, ne per alienos actus de **45** voluntate testatoris dubitetur, quippe mutatio ex supervenienti de novo, vel ex actu contrario præsumitur, *l. si scriptis 19. ne bis, quib. ut indignis, leg. cum tabul. 16. §. ultim. eod. tit. l. cancelaverat 2. ff. de his, qui in testam. delent. l. si inæqualib. 12. l. si it scriptum ff. de heredib. Instit. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 65. n. 23. & præsumpt. 176. n. 7. Un-*
46 de si simul, & eodem contextu testator coram notario, & testibus tum testamentum, seu suam ultimam voluntatem, tum etiam contractum propalet utrumque servari se velle profitens, de voluntate ejus dubitari nequit, ac per consequens testamentum, & contractus simul validi existunt absque ulla implicatio-
ne.

- 47 Secundó, licet testes ad testamentum rogari debeant, si ob aliã causam in domo testatoris erant, in testamento etiam testes esse possunt, dummodó ante testimonium certiores fierent ad testamentum se esse adhibitos *ex text. in d. l. hæres palam*
- 48 §. *in testamentis ff. de testam.* Undé si testes ad unam causam rogati eodẽ tempore de testamento certiores, in eo testimonium suum recte perhibere possunt; ita similiter simul, & unico contextu tũm de testamento, tũm de contractu testimonium etiã perhibere possunt.
- 49 Tertió, si testatori testanti aliquid necessarium sit, siné quo sanitas ipsiusmet testatoris periclitaretur, puta usus medicaminis, victus, vel sublevandæ naturæ, & ob id testes paulisper secedant, iterũm introductis, consequentia facturæ testamẽti compleri debet absque eo, quod testandi actus interrumpi, aut alienus commisceri videatur *l. cum antiquitas, cod. de testam.* quæ quidẽ etiam procedunt, si testibus aliquid simile necessitatis contingat, dummodó testium reversio spectari possit *dict. l. cum antiquitas §. si tamen.*
- 51 Hujus veró dispositionis ratio non solũm necessitate nititur, sed etiam brevitate, seu temporis mediocritate, ut satis colligitur ex verbis text. ibi: *paulisper, & longiore spatio; ejusdem legis §. sin autem,*
- 52 quia si longo tempore casus fortuiti resectio indigeat, tunc alios testes

loco secedentium subrogari oportet, coram quibus jam per acta breviter repetenda sunt, *d. l. cum antiquitas §. sin autem*, unde quando simul unico, & eodem contextu testator coram notario, & testibus de testamento suo, & contractu profitetur, interruptio, nec actus alienus datur, ac per consequens tũm testamentum, tũm contractus validi erunt.

Quartó probatur, *ex text. in l. 54 I. §. qui presens ff. verbor. obligat.* ubi stipulationis contractus non vitiat, licet stipulatori discendenti brevi spatio reverso promissor respondeat; ea, scilicet ratione, quia modicum intervallum non nocet: & ita in nostro casu dicendum est, per eundem text. in terminis *ait Petr. Barb. ad rubr. delegat. I. n. 49. vers. sed non placet.*

Tandẽm nostra assertio probata manet ex sententia *Jason relata sup. n. 2. & Barthol. & aliorum*, quos reprobat *Vasq. sup. num. 21. & seqq.* & ex distinctione facta à *Ronchegal. sup. n. 27. & n. 28.* quia dũm contractus simul, & eodem contextu, eodemque tempore in testamento corã notario, & testibus fit, actus alienus dici nequit, licet venditionis, vel locationis contractus fit, hi namque ad bonorum dispositionem tendunt, cum testator post testamentum factum, nec alienare, nec bona locare prohibitus existat, immó cũ contractus locationis in hæredes transeat

transeat, *l. viam veritatis cod. de locat.* testator locando conductorem re locata potiri velle præsumitur.

57 Sed si adhuc lectoribus conciliatio, vel assertio nostra non placuerit, sciant, quod de consuetudine, seu statuto solemnitas testamenti mutari, vel remitti possit, *Barthol. ad l. Nemo potest ff. de legal. I. num. 2. DD. in leg. cunctos populos cod. de summ. Trinit. & in l. fin. ff. de testam. teste Ægid. in d. l. I. cod. de Sacrosanct. Eccles. 2. p. init. sub n. 17. cum aliis Boer. decis. 228. n. 6. optimus text. in l. si non speciali cod. de testament.*

58 Resoluta sic quæstione de contractibus in testamento conficiendis, disputanda veniret illa, an hujusmodi contractus à testatore revocari possint? Si discussione ulla egeret, qua non indiget, certum quippè est revocari non posse nec irritos, aut nullos esse contractus, licet testamentum nullum, aut irritum foret, uti in confesso est apud omnes DD. supra n. 13. & ab his relat. & *Gratian. cap. 75 I. n. 5. cum aliis idem Brasch. de plen. arbitr. cap. 14. n. 18.*

59 Sed quia in contrarium DD. non desunt, mihi non displicet distinctio *Cyriaci tom. 3. controu. 437. n. 34.* quam sequitur noster *Netto in præfat. ad ultim. voluntat. n. 49.* nempe, inter eum casum, in quo contractus celebratus in testamento factus ibi fuit ultimæ voluntatis contemplatione, & inter casum, in quo

illius contemplatione celebratus non fuit: In primo casu revocationem concedit ipse *Netto*; in secundo eam negat.

Sed attamen mihi rectius dicendum videtur, quosdam esse actus, qui licet per viam contractus fieri possint, etiam per viam ultimæ dispositionis, tanquam legatum confici valeant, veluti, assignatio liberti, pignoris, aut servitutis constitutio, usufructus, jus patronatus, & similia, qui omnes actus tum inter vivos, tum in testamento fieri possunt, ut tenet *Vin. ad text. in sæpe sæpius citato §. sed eum paulatim Inst. de testam. n. 7.*

Hujusmodi actus, si inter vivos fiant, naturam contractus habent; si in testamento in dubio naturam ultimæ voluntatis sapiunt; si autem verè, vel per præsumptionem constet testatorem in testamento suo tales actus tanquam contractus celebrare voluisse, tunc naturam contractus illi actus retinent, & irrevocabiles existunt, & in hoc casu DD. revocationem negantes procedunt, & in casu dubio contrarii DD. locum habent, *Petr. Barb. ad rubr. ff. de legat. I. sub n. 52. vers. sed ex prædictis, ubi à n. 48.* late agit, an, & quando testator per viam contractus, vel per viam ultimæ dispositionis disponere censeatur?

Ex sic resolutis, dum *Ord. nos. 63 tra lib. 4. tit. 37. §. 4.* revocabilem esse nominationem de emphyteusi in testa-

testamento factam, quæ nominatio si per viam contractus confecta foret, irrevocabilis esset, contra jus commune non est, nec sunt ferendi contrarium dicentes *Gregor. Cabr. apud Gam. decis. 173. n. 4. Valasc. conf. 102. Cald. conf. 10. n. 32. Phæb. decis. 124. seu 123. n. 40. & decis. 30. sub n. 17. Ægid. in l. 1. cod. de Sacros. Eccles. 2. p. init. num. mibi 27. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 62. cap. 3. n. 24. Netto in præfat. ad ultim. voluntat. n. 50.* quia si de jure communi, ut supra probavimus in testamento contrahe- re, nec prohibitum, nec concessum invenitur, *Ord. nostra* eidem juri non opponitur, etiam si de nomina- tione per viam contractus intelligē- da foret, quæ quidem *Ord.* alium sensum habet, ut infra demonstra- bimus.

- 64 Nominatio ad emphyteusim de jure regni, vel ejus consuetudi- ne quandam mediam, & peculiarem naturam inter actus ultimæ volun- tatis, & inter vivos habet, contra- ctui namque assimilatur ad hoc, ut
65 per actus, seu contractus inter vivos fieri possit, quo in casu, trino tes- tium numero opus est, *Ord. lib. 4. d. tit. 37. §. 2. & 3. Valasc. d. conf. 61. n. 11. in fin. & conf. 102. n. 25. Gam. d. decis. 173. à n. 7. Phæb. decis. 30. n.*
66 20. ubi nominationem emphyteuti- cam actum anomalum vocat; *Cal- das d. conf. 10. à n. 45. Cordeir. dubit.*
67 22. n. 33. ubi nominationem quid prælegatum esse affirmat, & dubit.

23. n. 40. qui dubitat. 36. num. 71. ait nominationem non esse contractū, in quo stipulatio requiratur, *Thom. 68 Vas alleg. 61. n. 20. & nominatio hoc modo facta naturam contractus re- tinet, ut penes DD. citatos invenies, & assentit Ægid. in d. l. 1. cod. de Sa- cros. Eccles. d. 2. p. init. n. 26. Addit. ad Gam. d. decis. 173. idem q. 22. n. 1. & 2. & seqq.*

Et ultimæ voluntati etiam as- 69 simulatur ad hoc, ut in testamento nominatio fieri possit, & in hoc ca- su naturæ ultimarum voluntatum particeps est; ut tenent supra citati, & probant DD. relati per *Tiraquel. post leg. connub. glos. 5. n. 103. & Net. in præfat. ad ult. volunt. n. 48.* dūm asserunt contractus in testamento revocari posse ex eo quia naturam ultimæ voluntatis habeat, *Id. Addit. ad Gam. d. decis. 173. Flor. q. 22. n. 1. & seqq.*

Unde quatenus *Ord. nostra d. 70 lib. 4. tit. 37. §. 2.* de nominatione ir- revocabili agit, de ea, quæ per viam actus, seu contractus inter vivos fit absque dubio procedit; dūm autem eandem nominationem revocabilem facit in §. 4. de illa in testamento cō- fecta tanquam de qualibet ultima voluntate solūm intelligitur, ac per consequens absque ulla juris com- munis offensione eadem nominatio revocabilis, & nullitatibus subjecta existit, quod quidem ipso juri com- muni conforme est.

Cum de jure nihil magis cer- 17
tum

tum fit, quàm quòd ultima voluntas usque ad ultimum spiraculum vitæ ambulatoria, & revocatoria existat ex text. in l. cum hic status 32. §. ait oratio ff. de donat. inter virum, & uxorem, l. si quis in princip. ff. de legat. 3. l. 4. ff. adimend. & transf. legat. cap. cum Marthæ 6. vers. cæterum de celebrat. Missar. & ita legata revocari, adimi, & transferri possunt, l. Divi 13. l. nihil interest 16. l. rem legatam 18. l. legatum 24. §. I. ff. de adimend. & transferend. legat. §. I. & seqq. Inst. eod. tit. §. si rem 12. Inst. de legat. & utrobique DD. similiter de actibus, qui etiam inter vivos celebrari possunt, dicendum erit, si in testamento fiant, prout de assignatione libertorum est text. in l. I. §. sed si exheredato in fin. ff. de assignand. libert. de jure patronatus, pignoris duorum reorum, & servitutû constitutione adest authoritas doctissimi Vin. ad text. in citato sæpius §. sed cum paulatim Inst. de testam. sub n. 7.

74 Inter alios modos legata revocandi, legatæ rei donatio, vel nulla necessitate urgente, alienatio sunt, d. l. rem legatam 18. d. l. legatum 24. §. I. ff. adimend. legat. quibus revocationibus, & aliis similibus testator uti potest, quin totum testamentum revocare teneatur d. l. 4. ff. eod. tit. ex quibus omnibus arbitramus testatorem absque eo, quòd totum testamentum subvertat, nominatione de emphyteusi in eo factam revoca-

re posse, rejiciendo Ægid. opinionem, & seligendo accuratissimi Cost. de qua sup. n. 11. quem Cost. sequitur Cald. for. q. 26. sub n. 3. idem Cald. de potestat. eligend. cap. 3. à n. 46. (ubi de 77 modis revocandi legata, de quibus etiam plene agit, id. Math. Brasch. de plen. arbitr. cap. 26. cum seqq.) idem Cald. de potestat. eligend. cap. 8. n. 4. & est sententia Gam. decis. 85. n. 4. Pinbeir. de emphyt. disp. 6. sess. 5. num. 101.

Nec pro Ægid. argumentum à 78 correctione juris communis facit, ut supra n. 63. ostendimus; nec secunda ratio ejusd. Ægid. in eo consistens, quod in d. l. unum ex familia ff. de legat. 2. tantum de electione in testamento facta agitur; undè si hoc per se solum, ut electio posset revocari, sufficeret, superflua quidem essent verba, ibi: cum moreretur: ad quod respondeo, quod in terminis text. de hoc non erat dubitatio, sed tantummodo an gravatus de restituendo uni ex familia, cum moreretur, teneretur statim eligere, cui dubitationi ansam præbebat text. in l. cum quidam 24. eod. tit. de legat. 2. ubi gravatus statim eligere tenetur.

Quæ quidem jura inter se differunt; & ratio differentiae in eo stat, quia d. l. cum quidam procedit in fideicommissio puro, in quo statim electio facienda est; at vero d. l. unum ex familia, in fideicommissio conditionali procedit, quòd vel post hæredis mortem relinquitur, vel usque ad

ad mortem electio conceditur, *Surd. conf. 264. n. 264. n. 29. Gom. in l. 17. Taur. n. 6. & in l. 40. n. 50. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 4. à n. 22. Cujac. obs. lib. 10. cap. 39. Seraphin. decis. 589. Gratian. cap. 746. n. 12. Caval. q. 686. Valens. conf. 63. n. 39. Castil. lib. 5. contr. cap. 80. n. 18. Altim. ad Rovit. lib. 2. conf. 43. num. 5. idem de nullit. contract. rubr. I. p. 4. q. 39. n. 360. vers. distinguit, Flor. ad Gam. decis. 36. Valasc. d. conf. 102. à n. 23. Arouc. alleg. 17. n. 16. & 19.*

80 Similiter non assentior *Molin. d. lib. 2. cap. 4. n. 36.* quatenus ibi asserit, semel variari posse, quando facultas nominandi ex contractu simpliciter competit, & per contractum nominatio fit; maximè jure Regio nostro attento in *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 8.* ut regula generalis conditur, ut omnia *d. tit.* disposita locum habeant sive nominandi facultas ex contractu, sive ex ultima voluntate proveniat, & constat aperte ex *d. Ord. §. 2.* ubi neque una vice variari potest.

81 Et dato, quod variari posset, non una sed pluribus vicibus variari valeret, *dict. Ord. lib. 4. tit. 35. in princip. ibi: possa fazer huma nomeação, e outra, e quantas lbe aprover, idest, ut possit facere unam nominationem, & alteram, & quotquot sibi visum fuerit; & ibi: e pela derradeira seraõ as outras revogadas, idest, & per ultimam, erunt ceteræ revocandæ; quæ quidem Ordinatio in similibus nominandi facultatibus*

observari debet, & ita fuisse receptum asserit *Valasc. d. conf. 102. num. 37. Phab. decis. 96. n. 6. & seqq. & eo magis mihi probatur attento §. 8. ejusdem Ord. nullum enim contra-* 82
ctum emphyteuticum moris est in
testamento celebrare, & circa ea, 83
quæ raro eveniunt jura constitui
non solent, l. 3. 4. & 5. ff. de legib. 87
Cord. dubit. 33. n. 2. & 3.

Cum supra tradidissimus irre- 84
 vocabili forma contractus in testa-
 mento fieri posse, & *Ord. nostram*
d. l. 4. tit. 37. §. 4. de nominatione tã-
quàm ultimæ voluntatis dispositio- 87
ne loqui, sequitur dicendum, quod
si, uti contractus in testamento, no-
minato acceptante, & præsentem, no-
minatio fiat, irrevocabilis erit, ut ex-
pressè tenent Flor. de Men. in addit.
ad Gam. d. decis. 173. in fin. id. Flor.
dict. q. 22. n. 9. Cald. conf. 10. n. 59. &
60. id. Cald. de potest. eligend. cap. 8.
n. 4. Pinbeir. de emphyt. d. disp. 6. sess.
5. n. 93. & n. 101. in fin. Valasc. conf.
102. n. 15. & n. 23.

Non abs re esset hic differere 85
 de illa sæpè sæpius apud Nostrates
 disceptata quæstione, scilicet, an
 nominatio in testamento nullo, ob
 præteritionem, vel exhæredationem,
 facta, nulla sit? de qua agunt *Valasc.*
conf. 61. per tot. Gam. decis. sæpius ci-
tata 173. & ibi Flor. idem Flor. q.
22. Phab. decis. 30. & decis. 123.
Thom. Valasc. alleg. 61. Cald. conf.
10. idem de election. cap. 8. Molin. de
just. tom. 1. disp. 175. & tom. 2. disp.

483. Pinbeyr. de emphyt. disp. 6. sect. 5. à n. 93. Aug. Barb. in cap. potuit de locat. n. 149. cum aliis Peg. tom. 4. ad Ord. lib. I. tit. 62. in princip. cap. 3. per tot. qui omnes pro validitate nominationis contendunt, resolvunt, judicatumque referunt, excepto Valasc. d. conf. 61. ubi pro nullitate judicatum refert, & Pinbeyr. ubi supra n. 96. asserente hoc in praxi receptum esse, & ita tenendum.

86 Ego autem per tradita à DD. nominationem substantibus, & nixus Auth. ex caus. cod. de liber. præterit, & Ord. lib. 4. tit. 82. §. I. etiam pro validitate nominationis me subscribo, & etiam post Valasc. in Senatu receptum esse lego apud DD. & in praxi video.

87 Unde in hac re mira distinctio erit, nempe, si testamentum omnino corrumpitur, ita etiam, & nominatio; si verò in testamento cætera disposita substantentur, nominatio quoque substantenda erit.

88 Sed quia hæc res, seu Ordin. nostra d. lib. 4. tit. 37. §. 4. semper nostratibus dura visa fuit, unusquisque secundum vires suas aliquid novi adungere curavit, nostroque in signi Peg. d. tom. 4. ad tit. 62. cap. 3. n. 26. placuit noviter dicendum, dictam Ord. tantum procedere, quando ipse testator in vita sua testamentum revocavit, vel quocumque modo nullum reddidit; secus si tantum post mortem suam nullum redderetur, quo casu nominatio valida

manfit, cum testatori directè non succedatur, nec jam mortuo potestas iterum nominandi utilis esse possit.

Mihi vero magis dicere placet, 89 multos casus per prædictam Ord. decidi posse, quorum primus erit, quando testator nominationem in testamento factam eam tantum revocat aliam denuò faciendo: secundus casus, quando testamentum revocat in totum; tertius casus, quando testator certus de nullitate testamenti aliam nominationem facit; quartus tandem est casus, in quo dubitatio, aut aliquid verisimilitudini oppositum secundum Pegas versatur, nempe, quando testamentum post mortem testatoris nullum redditur in totum, seu simpliciter, qua hypothese, etiam in eo nominatio facta corrumpitur, licet alia non appareat, uti concludunt Cald. de nominat. q. 10. n. 29. Pinbeyr. de emphyt. dict. disp. 6. sect. 5. n. 93. in fine.

Et Peg. satisfaciendo, dico, in 90 Ord. d. tit. 37. non solum de potestate nominandi, seu ad emphyteusim eligendi agi, sed etiam de jure ex ipsa nominatione nominato quaerendo, probatur ex princip. Ord. ibi: Sem terem força, nem vigor, & §. I. ibi: podera dispor da dita cousa, & in §. 2. ibi: porque para primeira be adquirido direito ao nomeado, & in §. 5. ibi: pois o nomeado morreo primeiro, undè quatenus d. Ord. d. §. 4. post mortem testatoris nominationem

tionem in testamento nullo factam ad nihil etiam redigit, in eum scopum pergat, scilicet, ut nullum nominatio jus acquiratur, & ita opinor.

91 Et ex hoc meo iudicio mihi verus intellectus verborum *Ord. ibi: por qualquer modo havido por ne- nbum &c.* occurrit, nempe, hujusmodi verba tunc comprehendunt casum, in quo testator de nullitate certior existit ad hoc, ut aliam nominationem facere possit, tunc etiam casum, in quo post testatoris mortem nullitas appareat, ad hoc, ut ex illa nominatione nullum jus nominato acquiratur.

COGITATIO III.

An etiam, jure communi attento, habens facultatem eligendi ex contractu variare possit secundum *Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. à n. 35.* Et de intellectu *text. in l. eum qui certarum §. cum puré ff. de verborum obligat.* & datur ratio decidendi *Ord. lib. 4. tit. 37.*

SUMMARIUM.

- 1 Molina de primogenitis lib. 2. cap. 4. n. 36. impugnatur, & alii n. 25.
- 2 Facultatem nominandi simpliciter habens ex contractu an semel variare possit? Resolvitur n. 14. & seqq.
- 3 Textus in l. eum qui 138. §. fin. ff. verbor. oblig. expenditur, & n. 28.
- 4 In alternativis debitoris electio est.
- 5 Textus in l. si quis stipulatus 112. ff.

verbor affertur.

- 6 Stipulatoris electio est, si ita expresse cautum sit.
- 7 An post electionem mutare possit?
- 8 Ita promissor, si facultas eligendi per verbum *volam* cautam fuerit, quod semper intelligitur, & n. 13.
- 9 Futurum imperfectum à futuro perfecto differt, quæ quidem differentia traditur.
- 10 Si electis per verbum futuri imperfecti competat electo jus non acquiratur, & n. 11.
- 12 In dubio in stipulationibus ad favorem promissoris interpretatio fit.
- 15 Ut stipulator variare possit potestatem eligendi per verbum tractum successivum importans habere debet.
- 16 Potestas eligendi reservata expresse, simplex dicitur, & n. 21.
- 17 Quoad eligendi potestatem nulla inter contractus, & ultimas voluntatis differentia datur, & n. 18.
- 19 Nec una vice variare potest facultatem eligendi simpliciter habens.
- 20 Dictio quoties, & toties quid importent?
- 22 Inclaris locus conjecturis non est.
- 23 Eligendi potestas quomodo coarctari possit? Remissive.
- 24 *Ord. lib. 4. tit. 37. in principio ratio decidendi affertur.*

Diximus cogitatione præcedenti, *Molinam de primogen. lib. 2. cap. 4. n. 36.* saltem de jure nostri Regni non esse recipiendum, quatenus asserit semel variare posse habentem facultatem nominandi simpliciter ex contractu; per *text. in l. eum, qui certarum 138. §. fin. ff. de verbor. obligat.* unde hic cogitavimus, an, jure communi attento, in

- in prædicta hypothefi variari poffit?
- 2 Ad quod aperienda sunt verba prædicti text. quæ talia sunt: *cum pure stipulatus sum, illud, aut illud dari, licebit tibi quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod præftaturus fis, quia diverfa caufa eft voluntatis expreffæ, & ejus quæ ineft.*
- 3 Cafus prædicti text. manifestus apparet, quæ autem quæftio aliquo modo tangi potest; ratio tamen dubitandi in obscuro eft; qua aperta, clare procedit text. non fuit tamé dubitandi ratio, cui competeret electio, quia cum in alternativis electio debitoris fit *l. plerumque in fin. ff. de jur. dot. l. non utique in princip. vers. & ideo ff. de eo quod cert. & aliis in locis*, locus non erat hujusmodi dubitationi in prædicto text. quia absque dubio electio erat promifforis.
- 5 Sed antequam ad rationé dubitandi accedamus, expendendus est text. in *l. si quis stipulatus II 2. eodem tit. ff. de verbor. obligat.* cujus verba sunt ibi: *Siquis stipulatus fit Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet: & is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem poffit, & ad alterius petitionem transire, quærentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrum né talis fit, quem voluero, an, quem volam. Nam si talis, quem voluero, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit, si veré tractum habeat sermo illius,*

& fit talis, quem volam donec iudicium dicet, mutandi potestatem habebit.

In terminis hujus text. electio 6 erat stipulatoris: quia hoc modo fuerat concepta expresse stipulatio, de quo non dubitabatur; sed dubitatum 7 fuit, an stipulator poffet in eligendo voluntatem mutare? & poffe resolvitur, si in stipulatione usus effret verbo *volam*, secus autem verbo *voluero*.

Unde recordatus text. in *d. leg. 8 eum, qui certarum d. §. cum pure*; ex eo poffe habere sum arbitratus dubitationem fequenti modo formatam: Interminis hujus textus electio competat promiffori non ratione voluntatis expresse reservantis facultatem eligendi ipfimet promiffori; sed tantummodo ex vi tacite voluntatis; unde orta fuit dubitatio, an hujusmodi facultas eligendi competeret per verbum *volam* an per verbum *voluero*; & intelligi debere per verbum *volam*, decisum fuit, ideoque talis promiffor mutare voluntatem in eligendo valet.

Illud autem inter verba *volam*, 9 & *voluero* interest, quod licet utrumque futurum fit, verbum tamen *volam* est futurum imperfectum, quia formatur à tempore præfenti modi indicativi, & cum in fe tempus præfens, & futurum contineat, quando elector elegit de præfenti semper conservat potestatem eligendi de futuro; ideoque tractum habet

successivum, ac per consequens mutare voluntatem potest facultatem eligendi habens: verbum autem *voluero*, cum formetur à tempore præterito non habet tractum successivum; ideò futurum à se compositum etiã non habet, & non conservat potestatem amplius eligendi ex eo, quòd elector semel elegerit, tenet *glos. ad text. in d. l. si quis stipulatus, verbo volam Bart. in d. l. n. 3.*

IO Ratio rationis, qua habens facultatem eligendi per futurum indicativi potest variare in eo consistit, quia per hujusmodi electionem dominium electo non acquiritur ex doctrina *Bart. ad text. in d. l. si stipulatus n. 2. & ad text. d. l. eum, qui certarum d. §. cum pure n. 2.* sicque nulla fit nominato injuria; notabili enim jure privatur nullo, cum tota electionis vis à mera voluntate, & persistentia eligentis pendeat, ut videtur innuisse *Cald. de potest. eligend. cap. 2. sub n. 8. & IO.*

II Redeundo igitur ad decisionem *text. in d. l. 138. §. cum pure*, ratio decidendi in eo posita est, quia quando versamur in dubio, semper sit interpretatio in stipulationibus ad favorem promittentis benignior, *arg. text. à contrario sensu in l. stipulatio §. in stipulationibus, & probat l. quidquid adstringendæ ff. eod. tit. de verbor. obligat. & ibi communiter Interpretet*

12 *Interpretes*; undè cum in terminis *d. §. cum pure* electio esset reservata promissori tacite, in dubio an esset

per verbum *volam*, an per *voluero*, *Jurisconsult.* benigniorem partem secutus, resolvit promissorem conservare voluntatem eligendi per futurum *volam indicativi*, tenet *Bartol. ibi sub n. 1.* quod quidem expresse apparet in ipsomet *text.* quatenus ibi variandi potestas ipsimet promissori conceditur.

His ita suppositis, nostram **CO-14** citationem aperiendo, nodumque dissolvens quæstionis dico, quòd in terminis juris communis ille etiam, qui potestatem simpliciter eligendi habet variare non potest, ex eo quòd semel elegerit; quidquid dicat *Molin. & alii*, & probatur nostra resolutio per sequentia.

Probatur primò in terminis **15** *text. in d. l. si quis stipulatus*, ad hoc ut stipulator possit variare debet habere potestatem eligendi per verbum, quod habeat tractum successivum; aliter verò mutare voluntatem non potest: ergo habens facultatem simpliciter eligendi, licet ex contractu proveniat, non potest variare.

Probatur secundò, in terminis **16** *textus in d. l. eum qui certarum §. cum pure*, ad hoc; ut promissor potestatem habeat variandi in electione, differentia fit inter voluntatem expressam, & voluntatem tacitam, ex qua provenit eligendi potestas, ita ut intelligatur per verbum *volam* quando datur voluntas tacita, secus verò quando expressa: ergo quando expresse reservata fuit eligendi potestas,

potestas, licet sit in contractu simpliciter reservata censetur; ac per consequens variari, non potest: aliter superflua esset differentia, quæ fit à *Jurisconsulto* inter tacitum, & expressum.

17 Probatur tertiò, si in materia subjecta esset differentia inter contractus, & ultimas voluntates, ex hoc solum nulla daretur differentia inter potestates eligendi ex ultimis voluntatibus provenientes, (hoc est certum) atquæ inter potestates eligendi ab ultimis voluntatibus provenientes datur differentia, ut constat ex *text. in l. unum ex familia*, & ex *text. in l. cum pater §. à filia*, & §. *hereditatem ff. de legat. 2. quorum in terminis habens potestatem eligendi potest variare*, & constat ex *text. in l. statu liberum §. Stichum*, & in *l. hujusmodi §. Stichum ff. delegat. 1. l. cum quidam 24. eod. tit. l. servi electione 5. ff. eod. tit. quorum in terminis non licet variare*, & tamen omnes hæ potestates proveniunt ex ultimis voluntatibus: ergo nulla assignari potest ratio differentię inter contractus, & ultimas voluntates in materia subjecta ex eo solum, tenet *Cald. de potest. eligend. cap. 2. n. 13.*

18 Sed *Bartol.* in prædictis juri- bus, & alii Interpretes distinctionē faciunt inter potestatem simpliciter concessam, & inter eam, quæ conceditur per verbum aliquod tractum successivum habens, quæ quidem ratio differentię est apta ad cõ-

prehendendum tam ultimas voluntates, quàm contractus; ac per consequens procedit resolutio nostræ cogitationis contra *Molinam*, & alios illius sententiam amplexos; nec eidem *Molinæ* assentior, quatenus concedit variationem unicam habenti potestatem mutandi voluntatem, quia ex natura dictionis *quoties* aperte constat contrarium in *d. text. præd. §. cum puré.*

De natura namque dictionis, *quoties*, est infinitatem, & universitatem variandi importare, si restricta non reperitur, & idem de dictione *toties*, *quandocumque*, vel *quotiescumque*, dicendum est, cum *mult. Mier. de maiorat. 1. p. q. 26. n. 136. Tusch. lit. D. concl. 358. n. 1. Tirraquel. in l. boves §. hoc sermone limit. 26. n. 1. ff. de verbor. significat. August. Barb. dictio 336. n. 3. & dict. 337. num. 4. & dict. 308. num. 3. & seqq.*

Sin autem quæras, cur reservata eligendi potestas expressè à promissore non debeat intelligi per verbum *volam*? Respondeo, quod cū hujusmodi promissor expressè cave- rit de facultate eligendi, sibi impu- tet non reservare potestatem per verbum *volam*, argumento *text. in d. l. quidquid adstringendæ ff. de verbor. obligat.* Et ratio hujus rationis in eo stat, quia in claris non est locus conjecturis, *l. ille, aut ille §. cum in ver- bis ff. de legat. 3. l. continuus §. cum ita ff. de verbor. obligat.*

- 23 De remedio, quo uti quis debet, ut cesset variandi potestas in promissore, vide *Bartol. ad text. in d. l. eum, qui certarum §. cum puré, n. 4.* & de termino, quousque variare potest stipulator vide eundem *Bart. ad text. in d. l. si quis stipulatus eod. tit. de verbor. obligat. Guerreyr. tract. 4. de ration. lib. 8. cap. 9. num. 110. Carlev. de judic. tit. 3. quæst. 3. n. 49.*
- 24 Ex dictis infertur vera ratio intelligendæ nostræ *Ord. lib. 4. tit. 37. in princip.* quatenus ibi emphyteutæ variandi potestatem concedit, quando potestatem nominandi habet ex contractu ante mortem, seu tempore mortis; quia hujus dispositionis ratio pendet ex tractu successivo, quod in se continent verba: *antes da sua morte, ou ao tempo della, idest, ante mortem, vel tempore illius*: itaque *d. Ord. juri communi conformis est, cessatque labor super hoc scribentium, prout Cald. de potest. eligend. cap. 2. à n. 2. usque ad n. 12.*
- 25 Non me latet esse quidem plures DD. distinctionem *Molinae*, quàm improbamus, sequentes, prout sunt *Molin. Theolog. de just. & jur. disp. 593. n. 3. Valasc. conf. 102. n. 15. & seqq. Cald. de nominat. q. 10. à n. 83. Salgad. in labyrinth. 2. p. cap. 27. n. 16. idem Cald. de elect. cap. 2. n. 7. Hermosil. ad l. 2. glos. 5. n. 21. alii congesti per Castil. controu. tom. 5. cap. 80. n. 18. & plures alii, quorum*
- multos originaliter vidimus; sed quia penes eos nullam nos convincentem rationem invenimus, in nostra opinione insistimus, cum pro ea adsit *text. in dict. leg. si quis stipulatus 112. ff. verbor. obligat. cum qua concors est text. in dict. l. eum, qui certarum, §. cum puré ff. eod. tit.* unicum fundamen adversariorum, pro quibus nihil facit concessio illius *text.* à nobis præstito intellectu, ac proinde DD. adversi, & eorum opinio textu, seu lege nulla nituntur, sunt igitur, quos sequamur, indigni, ut aiunt *Surd. decis. 335. n. 20. Sous. decis. 22. n. 34. & 35. Guerreyr. 3. p. rubric. de muner. Judic. Orphanor. num. 84.*
- Opinionem nostram, adversarios improbantes, & eorum opinionem falsam reputantes tenent *Flor. Dias de Men. var. quæst. lib. 3. jam à nobis citata q. 22. à num. 11. Lusitanus noster Ægid. ad l. 1. cod. de Sacrosanct. Eccles. 2. p. init. à n. mibi 30. per me visi post nostram jactam sententiam, quam in consulendo, & judicando absque dubio sequeremur, maximè, & necessariè in nostro Regno.*

COGITATIO IV.

An hujusmodi gravatus irrevocabi-
liter in vita sua nominare possit?
Et de intellectu *Ord. lib. 4. tit. 37.*
& aliis in locis, prout in sum-
mario.

S U.

SUMMARIUM.

- 1 *Quæstio formatur.*
- 2 *Emphyteuta nominationem variare potest, si facultatem nominandi ante mortem suam, vel tempore illius habeat, nisi irrevocabili modo electionem faciat.*
- 3 *Ord. lib. 4. tit. 37. ad similes eligendi facultates extenditur; si aliter à jure specialiter provisum non fuerit, & n. 12.*
- 4 *Pater an in vita sua filium, quem voluerit; nominare ad emphyteusim irrevocabiliter possit? & à n. 15.*
- 5 *Gravatus eligere unum ex certis, in vita sua eligere irrevocabiliter non potest, etiam juramento interveniente, & n. 6. & n. 19. cum seqq. & à n. 28.*
- 7 *Facta tamen si electio modo irrevocabili fuerit, electo prodest, ut sibi fructus invita nominantis, & possessionem tradentis acquirat.*
- 8 *Prodest etiam, ut morte eligentis confirmetur, si expressè non revocetur.*
- 9 *Irrita tamen erit, si nominatus ante eligentem decedat.*
- 10 *Ord. lib. 4. tit. 37. quomodo procedat? & n. 11. 13. & seqq. & à n. 30.*
- 16 *Emphyteuta vendere potest, licet in ea ex certis unum nominare possit.*
- 17 *Emphyteusis nominationis in executionem rei judicatæ capi potest, licet unus ex certis in ea nominandus esset.*
- 18 *Non ita emphyteusis familiaris pro filiis uti filiis, vel nepotibus, aut familiæ concessa.*
- 19 *Inter fideicommissum, vel legatum electivum, & inter emphyteusim nominationis differentia datur, & n. 20. & seqq.*
- 20 *Fideicommissum electivum conditionale est, & n. 28.*
- 21 *Emphyteusim nominationis, electione deficiente, non plures, sed unus*

tantum capit; & quis sit iste declaratur, & n. 22.

- 22 *Secus tamen in fideicommissio electivo est.*
- 24 *Emphyteusis nominationis antiqua in legitimam non imputatur.*
- 25 *Quomodo procedat Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. & an filia nominari possit, filio stante, nepos, vel extraneus? & n. 26.*
- 34 *Facultas eligendi quando simplex, vel qualitate donata, concessa videatur? & an. seqq.*
- 87 *Gravatus unum ex certis nominare, an binos eligere possit? Remissivè.*

Cogitatione secunda expendimus nostrummet gravatum secundum hypothese[m] primæ cogitationis in eligendo variare posse, ex quo hic occurrit cogitandum, an electio hujus gravati de uno ex filiis in vita sua facta sic rata haberetur, ut revocari non posset? Et pro parte affirmativa faciunt sequentia:

Primò, quia emphyteuta habens potestatem eligendi ante mortem suam, vel tempore illius variare potest *Ord. lib. 4. tit. 37. in princip.* & tamen in vita sua irrevocabili modo nominare potest, *d. Ord. §. 1.* ita similiter noster gravatus.

Secundò, cogitat. nostra 2. n. 8. asseruimus, prædictam *Ord.* ad familia esse extendendam, & ita esse receptum; ergo, &c.

Tertiò, pater habens emphyteusim sibi, & filiis suis, seu sibi, & suæ uxori, filioque ex utroque nascituro, aut illi filio, quem ultimus parens superstes nominaverit, in vi-

ta sua filium modo irrevocabili nominare poterit, patet ex *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22. Cordeir. dubit. 33. à n. 23. junctis per eum traditis de ratione decidendæ ejusdem Ord. dubit. 32. à n. 33.*

5 Sed prædictis, & aliis non obstantibus, cogitans resolvere nostrum gravatum eligere in vita sua unum ex filiis suis forma irrevocabili minime posse; & si secus faceret, nihil omnino ageret, per *text. expressum in l. cum pater §. à filia ff. de legat. 2. & tenet ibi Bart. & cum aliis Cald. de potest. eligend. cap. 2. n. 9. & n. 22. & 23. etiamsi ad non revocandum interponatur juramenti adstrictio, id Cald. n. 35. & 36. Pinbeir. disp. 6. sect. 4. §. 1. num. 49. Molin. de primog. lib. 2. cap. 4. n. 25.*

6 Ratio hujus nostræ resolutionis in eo consistit, quia toties quoties venit ex certis eligendus incertus tempore mortis eligentis, hic non poterit præmature eligere forma irrevocabili, quia generare non potest præjudicium ipsismet certis, ut dicunt. *D. D. supra citati. Gom. in l. II. Taur. n. 6. & 7. Anton. Fab. lib. 18. conject. cap. 4. num. 5. & 6. Padil. in l. post mortem cod. de fideicommiss. n. 23. Carp. de executorib. lib. 2. cap. 19. n. 33. Olea ces. jur. titul. 3. q. 4. n. 35. ex d. l. cum pater §. à filia l. filiusfam. §. Divi n. 1. ff. de legat. 2. l. uxorem 41. §. scium ff. deleg. 3. judicatum est apud Peg. ad Ord. lib. 2. tit. 35. cap. 144. à num. 49. ex optimis*

de liberationib. à num. 51.

Limitatur nostra resolutio, 7 quando hujusmodi gravatus in vita sua transfert possessionem, quia quoad fructus, & commoda sibi præjudicat in vita sua, qua durante, nominatus ea lucrabitur, *Cald. sup. d. cap. n. 20. Ægid. de Sacros. Eccles. 2. p. in princip. n. 31. vers. erit tamen, Pinbeir. de emphyt. d. disp. 6. sect. 4. §. 1. n. 52.*

Limitatur secundó, in eo casu, 8 quo eligens non revocat nominationem in vita sua, quia tunc confirmatur per mortem eligentis, & non revocantis, per *text. in l. unum ex familia §. rogo ff. delegat. 2. Caldas dict. cap. 2. n. 19. Alvarad. de conject. ment. defuncti lib. 2. cap. 2. sub n. 25. versic. --- donatio igitur --- sed su-* 9 *prædictum intelligitur, nisi electus decedat ante eligentem, hoc namque casu fit irrita electio; Cald. sup. n. 21. & facit Ord. d. tit. 37. §. 5. Gamma decis. 382. Molin. disp. 483. n. 2. Flor. de Men. lib. 3. q. 22. n. 31. Gratian. discept. for. cap. 58. à n. 5. Montan. de regal. n. 46. Portug. de donat. reg. lib. 1. cap. 13. n. 40. Altim. de nullit. contract. rubr. 1. p. 4. q. 39. num. 373.*

Non obstat primum argumẽ- 10 tum; respondetur namque *Ord. dict. lib. 4. tit. 37. procedere eo in casu, in quo venit nominandus unus ex incertis, tenent Cald. de potest. eligend. d. cap. 2. n. 6. 9. 14. 23. & 29. & n. 36. Peg. for. cap. 10. n. 21. Pinbeir. de emphyt.*

emphyt. disput. 6. sectat. 4. §. I. n. 54.

11 Sed quia hæc responsio repugnat, cum postea à nobis statim dicendis, dum ad tertium argumentum respōsuri sumus, convenientior responsio erit ratio differentiæ assignanda infra num.

12 Ad secundū respondetur *prædict. Ord.* esse solum extendendam ad eum casum, in quo à jure aliter non fuit cautum, & cum in præsentī detur diversa dispositio, hæc, & non illa sequenda erit.

13 Ad tertium argumentum, dico valde esse controversum intellectum *Ord. lib. 4. tit. 37. §. I.* an quatenus ibi habenti usque ad mortis tempus potestatem nominandi ad emphyteusim conceditur, ut citra revocationem cum titulo transferēdi dominium habili nominare possit; hoc etiam procedat in casu, quando, scilicet, data fuerit nominandi facultas tempore mortis, vel cum moreretur quod quidē dubiū magis augefcit, si nominandus ex certis esset; & licet ex incertis nominandus sit extra revocationem in vita nominare non posse habentem facultatem nominandi, cum moreretur, vel tempore mortis suæ, tenet *Ægid. ad l. I. cod. de Sacros. Eccles. 2. p. initio à n. 31.* quam sententiam refert *Pinb. de cens. disp. 6. sect. 4. §. I. n. 46.* cui si attendas, pater habens emphyteusim eo modo, de quo diximus *sup. n. 3.* cum facultate nominandi, cum moreretur vel tem-

pure mortis suæ filium irrevocabili-ter in vita nominare non potest, ut concludit *idem Ægid. sup. num. 31. vers. quo fit, Pinbeir. sup. n. 49.* ex qua doctrina, si vera foret, nostra resolutio, de qua supra n. 5. probatur.

Ego autem tenendum puto, 15 patrem, seu quem piam emphyteusim habentem cum facultate nominandi mortis tempore, vel cum moriatur, vel usque ad mortem, & similibus modis unum ex certis, vel ex incertis præmutare in vita extra revocationem nominare posse ex generali permisso *Ord. lib. 4. dict. tit. 37. §. I.* quidquid dicant *Ægid. & Pinbeir. sup. & Cald. de potestat. eligend. d. cap. 2. n. 22.* uti probatur ex *Ord. d. lib. 4. tit. 97. §. 22.* ubi pater in vita sua potest filium extra revocationem nominare, ut supra diximus n. 4. & tenet *idem Cordeir. dub. 32. à n. 33. & dubit. 33. à n. 28. & dubit. 34. n. 47. & dubit. 35. n. 7. & seqq.*

Et probatur ex eadem *Ord. d. 16 tit. 97. §. 22.* quatenus idem legislator supponit habentes emphyteusim pro se, & pro certis personis nominandis, vendere eam posse, ut per- advertit *Peg. for. tom. 2. cap. 10. n. 19.* & de patre noviter acquirente, *Cord. dubit. 32. n. 35.* & probatur ex generali regula, de qua *Ord. lib. 4. tit. 38. in princip. cum aliis idem Cord. dubit. 31. n. 15. & 16.*

Comprobatur etiam, quia 17

F

emphy-

- emphyteufis pro certis personis concessa in executionem rei judicatae capi valet, dummodo in vita emphyteutae debitoris executio perficiatur ex *Ord. lib. 3. tit. 93. §. fin. de quo ibid. Barb. & Peg. for. cap. 10. n. 24. & 25. cum aliis Guer. de divisionib. lib. 2. cap. 8. n. 97. & 98. Gam. decis. 5. n. 8. Cabed. decis. 134. n. 1. 1. p. Cald. for. q. 20. n. 32. idem de extinctionion. cap. 6. à n. 13. & cap. 13. n. 40. Mend. in prax. 1. p. lib. 3. cap. 21. n. 22. & p. 2. lib. 3. cap. 21. num. 73. D. Emmanuel Gonçalves da Silva ad Ord. lib. 3. tit. 86. §. 23. n. 88. ubi cum supra citatis, & Phæb. 2. part. decis. 186. Salgad. 3. p. in labyrinth. cap. 3. n. 87. limitat in emphyteufi familiari pro filiis, uti filiis, vel nepotibus, aut familiae concessae.*
- 19 Sed nostra sententia alteri sup. n. 5. insertae non officit, utraque namque probatur ex optima differentia inter fideicommissum legatum (ut ita dicam) electivum, & emphyteufim nominationis assignanda; ex eo quia gravatus restituere uni ex certis tempore mortis, vel cum moreretur, aut usque ad mortem, si non eligat, omnes certi æquis portionibus admittuntur ad legatum, sive fideicommissum, quia omnes censentur vocati in electionis defectu, *l. unum ex familia §. rogo ff. delegat. 2. & tenet Cordeir. dubit. 23. n. 68. Pinbeir. de disp. 6. sect. 4. n. 50.*
- 20 Unde hujusmodi gravatus in vita sua nominare non posset modo

irrevocabili, quia hujusmodi fideicommissum propter incertum diem est conditionale, & electus superstes esse debet eligenti *text. in d. leg. cum pater §. à filia ff. eod. tit. delegat. 2. glos. ad text. in d. l. cum pater §. hereditatem.*

Quando verò pater habet potestatem unum ex filiis ad emphyteufim eligendi, & nullo nominato, diem obiit; non omnes filii admittuntur ad emphyteufim, quia maior natus filius, vel filia debet habere ipsammet emphyteufim nominationis præcipuam ultra id, quod sibi ex legitima competit, *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. & probatur ex tit. 97. d. §. 22. vers. E naõ lbe sendo dado idest, & si ei datum non fuerit.*

Ex quibus satis colligitur differentia stans in eo, quia omnes invitati ad fideicommissum (ut ita dicam) electivum, deficiente electione, succedunt in fideicommissum; at verò invitati ad emphyteufim nominationis, in ea non succedunt, neque de ejus valore aliquid prætereendere possunt; nisi quando fuerit empta; sed hæc exceptio firmat regulam in contrarium.

Unde cessat præjudicium, quo fundamento nititur opinio DD. adversariorum negantium potestatem eligendi irrevocabili forma ad emphyteufim, quando est nominandus incertus de certis: quin obstat *Ord. d. lib. 4. tit. 37. agere de eo, qui potest eligere unum ex incertis, quia etiam*

etiam comprehendit eum, qui potest nominare unum ex certis, *Peg. for. d. cap. 10. n. 22.*

24 Neque obstat *Ord. lib. 4. d. tit. 97. §. 22.* loqui de emphyteusi recēter acquisita; hoc namque procedit, quia emphyteusis nominationes antiqua non computatur in legitima, ut constat ex §. 23. *prædict. Ordin.* quod magis procedit etiam secundū opinionem patrem præjudicare filiis non posse, afferentem, & cum *Ord. d. §. 22.* agat de collatione, & computatione emphyteusis, ideo tantummodo loquitur de æquisita, quia de antiqua non datur collatio, nec cōputatio, *Cord. dubit. 35. à n. 8.*

25 Tandem non obstat *Ord. lib. 4. d. tit. 37. §. 6.* quatenus videtur diversam reddere potestatem eligendi unum ex certis; respondetur namque secundū *Cord. dub. 29. n. 33. & 39.* in ea *Ord.* solum agi an appellatione *fili* comprehendatur *filia*, & etiam dici verè potest in *d. §.* etiam agi, an sub nomine *fili*, veniant *nepotes*; quod est in jure valde controversum.

26 Undè secundò respondeo prædictam *Ord.* agere de illa quæstione, an pater habens potestatem eligendi unum ex filiis, possit nominare nepotem, vel extraneum? In qua legislator sequutus fuit *text. in l. hæredes mei §. peto ff. ad Tribelian.* ubi gravatus de restituendo uni ex filiis, vel nepotibus, vel cognatis, non potest eligere ex nepotibus, quatenus

superfunt filii, neque potest eligere ex cognatis quatenus nepotes existunt, & ita similiter pater, qui habet filios, non potest ad emphyteusim nominare nepotes, probatur ex *Ord. d. lib. tit. 36. §. 2. versic. E aonde hower filho, idest, & ubi ad fuerit filius.*

Sed cum prædicta *Ord.* non vertat in dubium, possit ne pater filium modo irrevocabili nominare, idque etiam non decidat, remanet decidendus hic casus secundū prædictam *Ord.* in princip. & §. I. cum seqq.

Ex quibus omnibus rectè perpendis, non obstat iterum prædictū tertium argumentum, ex eo, quia nostrimet nepotes invitari ad fideicommissum electivum sunt conditionaliter vocati, *hoc est*, si tempore mortis patris sui eligere debentis existissent, & deficiente electione, omnes ad fideicommissum æquis portionibus admitterentur; rectè sequitur patrem præmature irrevocabili modo eligere non posse; sequeretur namque ex hoc valde magnum præjudicium.

Quod quidè præjudiciū ad emphyteusim invitati non patiuntur, ut supra concludimus, quam quidè differentiam agnoscens *Pinnbeir. sup. d. disp. 6. sect. 4. n. 50. ait n. 51.* facilem esse discessum ab opinione sua, & *Ægidii*, quam refutamus.

Deinde hac re considerantius nobis