

rum, legitimorum, vel illegitimorum signum, vel notam in fronte non habentium.

52 Instabis tamen; quod, si Pontificia dispensatio non requiritur ex eo, quod non adsit juris canonici prohibitio, utique non erit necessaria Principis sæcularis legitimatio, cum totum sistat in conjecturata voluntate Ecclesiæ concedentis; ac per consequens superfluum videtur asserere, quod *Ord. dispositio dict. §. 4. dict. versic. fin.* procedat etiam in rebus ab Ecclesia concessis.

53 Respondetur namque ex dictis, quod attento jure Cæsareo filius spurius non dicitur filius; & ideo necessarium est, ut Princeps supremus illum dicat filium successibilem per legitimationem ad hoc, ut comprehendi dicatur in concessione; quæ semper intelligitur facta *pro filiis*, etiam in casu, quo de filiis non sit facta mentio expressa; ut dicebamus *dubit. 23. à numer. 12. §. 13. cum sequentib.*

### §. I.

54 **U**terius dubitatur, an hujusmodi spurius, de quo loquimur, legitimatus exclusurus sit ascendentes à successione Emphyteusis in terminis *Ord. lib. 4. tit. 36. dict. §. 4. per tot.*

55 Ratio dubitandi est, quia *Ord. loquitur continuative per verbum ibi: E o filho espurio nam poderà haver o ditto foro, salvo sendo legitimado*, dictio autem (o) est conjunctura, & dicit relationem ad superiora uniendo *Gusman. de verit. jur. verit. 4. numer. 32. & verit. 5. numer. 21. & 22. Portug. 3. part. cap. 26. num. 52. Perreyr. de man. Reg. 1. part. cap. 27. num. 9.*

56 Verbum autem ibi (o ditto foro

ro reducit dispositionem ad superiora: *Portug. 2. part. cap. 18. numer. 116. sentit Mend. in prax. lib. 3. cap. 11. numer. 2. ad fin.*

57 Ergo cum in principio ejusdem §. 4. ascendens excluditur à filio, qui est capax, nempe filius naturalis, idem videtur dicendum in prosecutione casus de filio, qui fit capax ex legitimatione; cum de uno, & alio promiscue, & retento eodem themate disponat ea ipsa lex.

58 Contrarium nihilominus verius ostenditur ex eo, quia lex exprimit ibi: *Salvo sendo legitimado por nós em tal forma, que possa succeder ab intestado, e nam doutra maneira.* Plane Rex noster invictissimus non solet has legitimationes concedere filiis parentum, qui habent ascendentes; imò solet exprimere illis nolle præjudicium inferri: ita cum *Peg. Pinbeyr. Portug. Gam. Cabed. Mena Barbos. Valasc. & aliis Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 5. num. 9. §. 10.*

59 Unde cum spurius, etsi legitimatus, succedere nequeat ab intestato, stantibus ascendentes, numquam in spurio ascendentes habente verificari possunt verba legis, nempe quod habeat possibilitatem succedendi ab intestato: quæ ideo etiam videntur inducta, ne spurius, remoto impedimento per legitimationem, videretur excludere ascendentes, sicut naturalis filius.

60 Quia, etsi spurius legitimatus sit vere, & legaliter filius, ut diximus, non potest ideo dici filius successibilis quatenus ascendentes habet ex consuetudine Regni has legitimationes concedente; ac per consequens non comprehenditur appellatione filiorum, quoad successionem feudi ex *text. in dict. cap. 1. §. siquis versic. naturales si de feud. de funct. contentio sit: nec per consequens quoad successionem Emphyteusis ex simili, & conformi dispositione.* *Ord. lib. 4.*

lib. 4. tit. 36. dict. §. 4. §. fin. ibi:  
 Etiam ab utraque maneria.

61 Instabis: filius naturalis patris nobilis habens ascendentes est insuccessibilis: ex *Ord. lib. 4. tit. 92.*

62 Et tamen succedit in Emphyteusi, quin sit patri successibilis ex *Ord. dict. tit. 36. §. 4.* quia est vere filius, ut diximus, & ideo ascendentes excludit ex *dict. §. 4.*

63 Ergo etiam spurius legitimatus, cum sit vere filius; ex dictis *supra numer. 19.* succedere debet in Emphyteusi, quamvis non sit successibilis, sicut huiusmodi naturalis non est; & per consequens ascendentes exclusurus erit.

64 Maxime, quando nec ullus, nec alius patri dicitur succedere, & solum capiet à domino concedente, qui filius civiliter concessisse videtur. *Valasc. 1. part. cons. 61. num. 11.* & dicemus *infra num. 83.*

65 Respondetur tamen ex dictis, non minimum versari discrimen inter unum, & alterum casum; quia filius naturalis etiam Equitis nullo jure prohibetur censeris filius, & nullo jure censeris successibilis prohibetur: ex dictis *late dubit. 12. §. 13.*

66 Et si Legislator noster eum fecit insuccessibilem patri nobili per dispositionem *Ord. lib. 4. tit. 92. §. 1.* id fecit ex speciali ratione publicæ utilitatis; quam quidem rationem ampliari noluit in successione Emphyteusis ex dictis *dubit. 18. per tot. §. dubit. 25. numer. 20. §. 23.*

67 At vero filius spurius, nec filius censetur ex jure Civili, ut diximus *numer. 18.* nec successibilis dici potest sine legitimatione: ut autem Legislator eum faceret filium comprehensum in concessione ad succedendum, noluit talem censeris, nisi insimul legitimaretur filius, & insimul successibilis: secundum *doctrin. Gloss. in dict. cap. 1. dict. versic. naturales tit. si de*

*feud. defunct.*

68 Ratio autem decidendi, ex qua prædicta *Gloss. §. prædict. Ord.* quatenus eam sequitur, decernant simpliciter legitimatum non succedere in feudo, nec Emphyteusi, quin fiat insimul successibilis per legitimationem; ea videtur esse, quia filius simpliciter legitimatus, quamvis fiat nobilis, sicut pater, & privilegiis: fruatur: ut tenent *Portug. 2. part. cap. 26. à numer. 11. §. 3. part. cap. 18. numer. 16. Cald. lib. 2. forens. quest. 38. numer. 22. Nett. de testament. lib. 2. tit. 4. numer. 13. Carvalh. in Cap. Raynaldus de testament. 1. part. numer. 528. novissime Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. 3. numer. 58. §. cap. 5. num. 2.*

69 Tamen ad succedendum in bonis requiritur expressa legitimatio, quia est stricti juris, tanquam privilegium concessum contra jus: & donec Princeps ita amplam non concedat gratiam, quæ omnino pendet à Regali, & libera potestate, neutiquam extendenda venit. *Portug. 2. part. cap. 16. numer. 14. §. 15. cum pluribus Carvalh. in cap. Raynaldus de testament. 1. part. num. 531. §. 532. cum Molin. Cabed. Phæb. Valasc. & aliis.*

## §. 2.

70 **E**X quibus inferendum venit ad casum, quo spurius succedat sine legitimatione in Emphyteusi, in qua mater sit v. g. secunda vita, & intestata decedat in forma *Ord. dict. §. 4. dict. versic. fin.*

71 Ratio dubitandi est, quia licet spurius non succedat sine legitimatione ex *dict. §. 4.* ideo videtur, quia insuccessibilis censetur: ut insinuant verba ibi: *Em tal forma, que possa succeder: & diximus proxime.*

72 Atqui spurius etiam sine legitimatione est matri successibilis: prout cum infinitis veriore dicit *Port. 3. part. cap. 18. à num. 82.* & cum pluribus sequitur *Guerreir. tract. 2. de divis. lib. 1. cap. à num. 8. & 9.*

73 Ergo à cessante ratione legis, resolvendum videtur, talem spurium successurum fore in Emphyteusi materna, cum ad succedendum matri non indigeat legitimatione.

74 Quod quidem admitterem in Emphyteusi nominationis, in qua talis mater nominare potest talem filium, cum sit successibilis in forma juris, & non habet impedimentum ut nominari possit: *Cald. de nominat. quest. 20. numer. 7. & 8. Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 5. numer. 136. Phæb. 2. part. decis. 16. num. 3. Oliv. de for. Eccles. 1. part. quest. 32. num. 63.*

75 In Emphyteusi autem de pacto, quæ pro filiis conceditur, adhuc negarem nominari posse spurium, quia sine legitimatione non venit appellatione filii in concessione, quamvis sit matri successibilis in forma juris: prout cum *Portug. 2. part. cap. 17. numer. 62.* diximus supra numer. 18.

76 Quoad casum tacitæ nominationis, de qua *Ord. dict. §. 4.* nempe quando mater obiit intestata, similiter negarem spurium haberi pro nominato, quamvis sit successibilis matri; & in his terminis videatur cessare ratio decidendi.

77 Quia semper mihi visum fuit filios in terminis *Ord. dict. tit. 36. §. 2. & 4.* non succedere ex tacita nominatione parentum, ut communiter sentiunt DD. sed solum succedere ex tacita vocatione domini concedentis: ut latius ostendimus *dubit. 23. à num. 12. usque ad fin.*

78 Unde cum concedens dominus, nec tacite, nec expresse concedendo pro filiis censeatur concessisse pro illis,

qui de jure filii non dicuntur, nunquam comprehendere voluisse censetur spurios, quamvis matri successibiles, quia filii non dicuntur, nisi à Rege legitimentur: ut cum *Pinbeyr. Portug. & Carvalh.* diximus supra numer. 19.

### §. 3.

79 **U**ltimæ dubitationis sit, an spurius in terminis hujus *Ord. dict. §. 4. dict. versic. fin.* (quando de ea sermo est) possit repudiare hæreditatem, & acceptare Emphyteusim? In qua, negativam tenet *Caldas de nominat. quest. 12. numer. 60.* junctis iis, quæ ibidem tradit à numer. 58. contendens illegitimos succedere non posse in Emphyteusi, quin simul sint hæredes; ac si quoad illos, omnis Emphyteusim sit hæreditaria.

80 Contrarium tamen longe verius videtur, quia *Ord.* in prædictis verbis ibi: *Que possa succeder ab intestato,* non inducit necessitatem, ut opinatus fuit *Caldas dict. 60.* Imò sola possibilitate contentus fuit Legislator noster ad hoc, ut ostenderet legitimationem esse necessariam tam amplam, ut omnino impedimentum succedendi removeret: Verbum enim, *potest,* quo utitur, non inducit necessitatem, prout cum *Molin. de Gusman. Thom. Vas. Gabr. Pereyr. & eod. Cald. lib. 1. forens. quest. 9. numer. 7.* diximus *dubit. 22. numer. 29.*

81 Nec datur specialis ratio, ex qua filius legitimatus adstringatur hæreditatem adire, ut Emphyteusim consequi possit, quando cæteri filii ad hoc non tenentur: possunt enim Emphyteusim accipere, & hæreditatem repudiare: docet *Carvalh. in Cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. num. 175. cum Valasc. Cald. & aliis tenet Guerreir. tract. 2. de divis. lib. 2. cap.*

cap. 8. numer. 78. cum aliis, rejecto *Pinbeyr. de Emphyteusi disp. 1. sect. 1. numer. 9.*

82 Quia quicumque sit filius solum succedit in Emphyteusi [dummodo non sit hæreditaria] sola ratione filii, & nunquam ratione hæredis: ex quo tam legitimus, quàm legitimatus eodem modo, & forma, erit successurus, quia eodem modo censetur filius. Ex dictis *supra à numer. 19.*

83 Et quando in unoquoque verificatur fundamentum illud, quod filios Emphyteutæ liberat ab obligatione accipiendi hæreditatem; nempe quod Emphyteusim capiunt non à patre, sed à

domino concedente: *Carvalh. dict. 4. part. dict. cap. 1. dict. num. 175. Valasc. 1. part. conf. 61. num. 11. Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 33. & cap. 15. num. 41. & cap. 16. numer. 3. Pinbeyr. de Emph. disp. 6. sect. 2. num. 18. per text. in l. unū ex familia §. si de falcidia ff. de legatis 2. Pegas tom. 2. forens. cap. 10. numer. 30.*

84 Eo vel maxime, quando de jure nostro Regio videtur indubitatum, quod ut quis succedere possit in Emphyteusim, non requiritur, quod sit hæres; ut late ostendimus *dubit. 25. à num. 81. cum sequentibus.*

FINIS PARTIS PRIMÆ.







# PARS II. TRACT. III.

## DE JURE

# EMPHYTEUTICO

## DUBITATIO XXIX.

Utrum in Emphyteusi concessâ pro Filijs nominari possit filia, extante Filio?

*Ad Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.*

### SUMMARIUM.

- |   |   |
|---|---|
| <p>1 <b>P</b>roponitur materia.</p> <p>2 <b>R</b>efertur D.D. qui affirmativam in Ord. supponunt decisam.</p> <p>3 Verba dict. Ord. ibi: Qual quizer. Inducunt facultatem liberam.</p> <p>4 In lege nec una Syllaba admittitur superflua.</p> <p>5 Facultas non restricta libera est.</p> <p>6 Potestas nominandi non debet esse superflua.</p> <p>7 In his Regnis fœmina succedere potest in Emphyteusi, sicut masculus.</p> <p>8 Ex quo fœminæ nō debet esse deterioris conditionis.</p> <p>9 Dominus non vult masculum præferre fœminæ.</p> <p>10 Et ita responderet interrogatus.</p> <p>11 In feudis præfertur masculus propter servitium belli.</p> <p>12 Concessio facta pro filijs, idē est, atque si facta esset pro filijs, &amp; filiabus.</p> | <p>13 Quæ dubia est, in quo masculus non habet rationem præferentiæ: &amp; num. 24.</p> <p>14 Inter æqualiter vocatos datur electio.</p> <p>15 Affertur authoritas Bart. pro affirmativâ.</p> <p>16 Argumentum ab ordine literæ non viget in Emphyteusi.</p> <p>17 Quia solum viget inter personas ordinatè dilectas.</p> <p>18 Vel quando datur dispar ratio affectionis.</p> <p>19 Aliàs non valet prædictum argumentum.</p> <p>20 Filius capit à Domino concedente.</p> <p>21 Ex quo non datur representatio in successione Emphyteusi.</p> <p>22 In Domino concedente non consideratur affectio.</p> <p>23 Defenditur negativa sententia.</p> <p>25 In concessione dubiâ habet locum argumen-</p> |
|---|---|

- gumentum ab ordine literæ.*
- 26 *Quid in concessione facta pro filijs, vel filiabus.*
- 27 *In alternatis sufficit unum verificari.*
- 29 *Ord. dict. §. 6. admittens filiam, est contraria juri communi.*
- 30 *Emphyteuticus contractus est stricti juris.*
- 31 *In contractibus stricti juris filia non venit appellatione filij.*
- 32 *Lex correctoria intelligenda est, ut minus corrigat.*
- 33 *Duo specialia admitteret Ord. dict. §. 6.*
- 34 *Quod esset irregulare, quia duo specialia non admittuntur.*
- 35 *Filius præfertur in re individua.*
- 36 *Concedens censetur se conformare cū jure.*
- 38 *Argumentum ab ordine literæ in jure validum.*
- 39 *Ex ratione decidendi melius leges intelliguntur.*
- 40 *Affertur ratio dubitandi ad Ord. dict. §. 6.*
- 41 *Ratio decidendi consistit in consuetudine Regni.*
- 42 *Leges non proferuntur sine ratione dubitandi.*
- 43 *Interpretatio nō extenditur in præjudicium alterius.*  
*Referuntur D.D. qui tenēt negativam ibidem.*
- 44 *Verbum Ord. dict. §. 6. ibi: Qual quizer intelliguntur: & num. sequent.*
- 46 *Concessio pro quibuscunque voluerit importat omnimodam facultatem.*
- 47 *Lex non potest minus, quā pactum.*
- 48 *Cōcedens posset restringere, si voluisset.*
- 50 *Voluntas concedentis non debet lædi.*
- 51 *Nec id lex facere potest.*
- 56 *Dominus cogitat de rebus meliorandis.*
- 57 *Fœmina non capitur pro debito civili.*
- 58 *Masculus aptus ad servitium.*
- 59 *Pensio augetur tempore renovationis.*

60 *Expenditur text. in L. unum ex familia ff. de legat. 2. & num. sequent.*

62 *In Emphyteusi familiari potest nominari remotior de familia.*

62 *Respondetur ad Bart. auctoritatem.*



*Ubit. præcedent. occasio nos vasti pelagi Emphyteutici appulit oris: in qua, quia transnatare non possumus, saltem aliqua quo-*

*tidiana summo labio attingemus; in quibus maiores invenimus rationes dubitandi, prout nostri instituti est, vel quia confusè D.D. tradiderunt, vel quia (quod est verius) pro viribus nostris ingenij percipere non possumus.*

2 *In hac igitur, quam quotidianam proponimus, dubitatione affirmativam sententiam sine hæsitatione probari in Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. supponunt Reynos. observat. 15. num. 1. & num. 15. ubi plures refert Glossat. cum Gam. decis. 260. num. 3. sequitur Pegas forens. tom. 3. cap. 28. num. 380. Phæb. decis. 96. num. 6. Cald. de potest. eligend. cap. 15. num. 25. num. 41.*

3 *Quæ quidem supposita, & affirmativa sententia probatur primo, quia legislator noster in dict. tit. 37. dict. §. 6. loquitur per verba ibi: bem poderá o pay, ou may, qual derradeiro delles fallecer, nomear hum de seus filhos, ou filhas, qual quizer: per quæ censetur concessa facultas eligendi omninò libera: ex text. in L. cum quidam 24. ff. de legat. 2. Molin. lib. 2. de primog. cap. 5. à num. 3. Pereyr. decis. 8. num. 8. Cald. ubi proximè dict. num. 25. Reynos. obs. 14. num. 25. versic. Hæc autem, ubi ejus Glossat. communioem dicit Phæb. decis. 96. 1. part. num. 4. Pegas tom. 1. de maioritat. cap. 4. à num. 258. cum sequent. & cap. 7. à num. 214. & num. 227. & infra num. 46.*

4 *Secundò probatur, quia aliàs superfluum redderetur verbū ibi qual quizer, si ex eo non deduceretur filiam nominari posse, excluso masculino, quod nō est admittendum; quia in lege nec unum quidem verbum, nec una syllaba admittitur superflua:*

flua; *Valasc. 2. part. conf. 113. num. fin.*  
*Phæb. 1. part. decis. 31. num. 9. & 2. part.*  
*decis. 140. num. fin. præcipuè in profanis.*  
*Ægid. in l. 1. 6. part. in initio num. 1. Cod.*  
*de Sacros. Eccles.*

5 Tertiò, quia cum potestas, seu facultas nominandi non sit restricta, imo sit libera quoad filios, liberè, & sine restrictione exerceri potest inter filios; ac per consequens nominari potest filia, excluso filio: *Phæb. decis. 96. num. 4. & 6. Reynof. obs. 15. num. 16.*

6 Quartò, quia aliàs superflua redderetur potestas nominandi, si pater non haberet electionem inter filios, quod non est admittendum: ita *Cald. de potest. eligend. cap. 11. num. 32. in fin.*

7 Quintò, quia in his Regnis æqualiter succedere possunt in Emphyteusi foeminae, sicut masculi, quia æquè possunt pensionem solvere, ex quo pariter debent succedere foeminae, quavis extent masculi: ita cum alijs *Cald. de potest. elig. cap. 15. num. 41. in princip.*

8 Sextò, quia cum Emphyteuticae concessionis foeminae capaces sint, durioris conditionis censeri nequeunt: *ex l. maximum vitium cod. de liber. præter. Cald. de potest. elig. dict. cap. 15. dict. num. 41. cum Covas in cap. Raynuntius §. 2. de testam.*

9 Septimò, quia nulla juris ratio suadet maluisse dominum directum Emphyteusim ad masculum potiùs, quàm ad foeminam pervenire: *Cald. de nominat. quest. 14. num. 36. & de potest. elig. cap. 11. num. 32. ad fin.*

10 Octavò, quia si dominus interrogaretur, patri nominaturo concederet electionem, ac per consequens pro expressâ habetur: *ex l. tale pactum §. fin. ff. de pactis. Cald. de potest. elig. cap. 11. dict. num. 32. in fin.*

11 Nonò, quia licet in feudis non admittatur filia, extante masculo, ex eo procedit, quia dominus præsumitur ita concessisse propter servitium personale in bello, quod non consideratur in Emphyteusi, in qua solvit pensionem foemina, sicut masculus: ita *Cald. de potest. elig. dict. cap.*

*11. num. fin. & cap. 15. num. 41.*

12 Decimò, quia concessio, de qua agimus, facta *pro filijs*, idem est, atque si facta esset *pro filijs*, & *filiabus*, ut benè ostendit *Reynof. obs. 15. à num. 5. Pinhey. de Emphyt. disp. 5. sect. 5. num. 115. & probat Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. dum in concessione pro filijs, de qua solùm loquitur, cõcedit legislator electionem inter filios, vel filias, ac si concessio facta esset pro filijs, & filiabus.*

13 Undè, cum concessio *pro filijs*, & *filiabus* faciat dispositionem dubiam, & incertam, nulla datur ratio, ex quâ potiùs videatur vocatus filius à primo concedente, & præferendus sit, postpositâ filia: *Reynof. dict. obs. 15. num. 17. cum sequent. Cald. de nomin. Quest. 14. num. 36. & de potest. elig. cap. 11. num. 31. & 32. cum sequentib.*

14 Undecimo, quia cum filius, & filia in propositis terminis equaliter censeantur vocati, potest liberè pater unum eligere, quem maluerit: *ex regula text. in l. unum ex familia in princip. ff. de legat. 2. ita Cald. de potest. elig. dict. cap. 11. num. 31. & latius cap. 15. num. 25.*

15 Duodecimo, quia pro hac opinione stat *Bart. autoritas lib. 1. conf. 60. in specie resolventis ad emphyteusim concessam pro filijs, masculis, & foeminis, pariter foeminas cum masculis succedere ex regula text. in l. maximum vitium Cod. de liber. præterit. refert Cald. de potest. elig. cap. 15. num. 25. ad med. cum Covas in cap. Raynuntius §. 2. num. 2. de testament.*

16 Decimo tertio, quia sententia cõtraria solum fundari posset in argumento facto ab ordine literæ; quia scilicet in concessione priùs fit mentio filiarum; quod quidem argumentum non habet locum in Emphyteusi, quæ capitur à domino concedente, in quo non consideratur affectio: *Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 33. & cap. 15. num. 41. quod quidem cum pluribus exornat Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 153. & dicimus dub. 31. num. 7.*

17 Argumentum enim, quod deducitur ab ordine literæ, seu à vocatione priùs factâ,



factâ, solum obtinet, quando inter personas honoratas, sive vocatas, ordinata charitas, & dilectio considerari potest: ex alijs prosequitur *Cald. de potest. elig. dict. cap. II. dict. num. 33. § 38.* tetigit summo labio *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 124. § 125.*

18 Vel solum obtinet predictum argumentum ab ordine literæ, quando inter personas vocatas datur dispar ratio affectionis, nempe quando unus ex vocatis magis censetur dilectus, quam alius; qui sunt proprii termini *text. in l. cum. pater §. pen. ff. de legat. 2.* ut infra dicemus, ita concludit *Cald. de potest. elig. dict. cap. II. num. 37. § 38. in fin. § 43.*

19 At verò, quando inter personas vocatas nullâ potest considerari affectionis disparitas, non habet locum literæ argumentum, sive prioritas vocationis: ex communi sententia testatur *Cald. dict. cap. II. dict. num. 38. in fin. § dict. num. 43.*

20 Unde, cum Filius nominandus non capiat Emphyteusim à patre nominaturo, sed solum capiat à domino concedente, ex D.D. citatis *dub. 28. num. 5. § 64. § 83. & alibi.*

21 Ex quo etiam *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.* denegat beneficium representationis in successione emphyteusis, quia in illa succeditur domino, & non ascendenti emphyteute: *Pinhey. de emph. disp. 5. sect. 4. num. 112.*

22 Nullum potest habere locum vocationis primariæ argumentum, seu ab ordine literæ præferentia, quando in domino concedente, cui succedunt nominandi filij, nulla charitas, neque affectio considerari potest, nec dilectionis disparitas, quia reputatur extraneus: ex *Bald. & alijs Calâ. de potest. elig. dict. cap. II. dict. num. 33. § cap. 15. num. 41. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 574. cum alijs.*

*Fundatur Sententia  
negativa*

23 Quibus non obstantibus, contrariam sententiam veriore arbitror; filiam scilicet in terminis *Ord. lib. 4. dict. tit. 37.*

*dict. §. 6. in concessione factâ pro filijs nominari non posse, extante filio masculino: ut tenuit idem Cald. de nominat. quest. 19. num. 10.*

24 Probatur primò hæc sententia, quod concessio facta *pro filijs*, vel quod idem est, *pro filijs, & filiabus*, ut diximus *num. 12.* est concessio dubia, & incerta; ut fatetur ipse *Cald. de nomin. quest. 14. num. 36. § de potest. elig. cap. II. num. 31. § 32. § 34. Reynof. obs. 15. à. num. 17. cum sequent.*

25 Ergo censetur facta, ut prius succedat, & nominandus sit primò vocatus, argumento sumpto ab ordine literæ, & vocationis: communem testatur loquens de materia Emphyteuticâ *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. I. num. 174. per text. in l. Gallus §. quidam rectè ff. de liber. & posthum.*

26 Probatur secundò, quia in concessione facta *pro filijs, vel filiabus* per disjunctivam, non obstante alternativæ naturâ, non potest nominari filia, extante filio masculino, imò præferendus in nominatione erit filius, sumpto argumento ab ordine literæ, quod facit cessare naturam alternativæ; ut dicemus *dub. sequent. à num. 7. cum sequent.*

27 Ergo idem dicendum est in concessione facta *pro filijs, & filiabus*, in quâ non consideratur tam libera, & ampla nominandi facultas, sicut in concessione per alternativam *pro filijs, vel filiabus*, in qua de jure sufficit unum verificari: *regula in alternativis de regul. jur. in 6. l. si is, qui ducentas §. utrum ff. de reb. dub. cum quibus, & alijs Barbof. in loc. commun. lit. A. num. 238. Almeyd. post excell. num. quin. alleg. 2. num. 15. § 19. & dicemus dub. 30. num. 2.*

28 Probatur tertio, quia in concessione factâ *pro filio, & nepote*, sive factâ per disjunctivam *pro filio, vel nepote*, nunquâ nominari potest nepos, extante filio, sed filius præferendus est ex ordine literæ, seu vocationis; ut dicemus *dub. 30. à num. 37.* quod cum etiam procedat de jure Regio, utique fateri debemus argumentum ab ordine literæ, & vocationis in hac materia  
locum

locum habere de jure Regio, ut ibi dicemus.

29 Probatur quarto, quia dum *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* in Emphyteusi concessa *pro filijs*, de qua loquitur, ut patet ibi: *è para hum filho*, disponit etiam filiam nominari posse, contraria est juri communi: *Gam. decis. 233. num. 8. & decis. 260. num. 1. Reynof. obs. 15. num. 4. Versic. secundum. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 380.*

30 Et quamvis dubitet *Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 30. & cap. 15. num. 32.* bene tamen confirmatur, quia Emphyteuticus contractus est stricti juris; ut cum *Val. de Jur. Emphyt. quæst. 5. & 6.* & alijs communem dicit *Pinbeyr. de Emphyteus. disp. 1. sect. 1. num. 11. & infra num. 40.*

31 Et in contractibus stricti juris filia non venit appellatione filij: *Gam. decis. 337. num. 6. per text. in l. in constitutionibus ff. ad municip.*

32 Ergo, cum *Ord. dict. §. 6.* sit juris communis correctoria, dum filiam admittit in strictâ concessione, *pro filijs* intelligenda venit, ut solum nominari possit filia in defectu masculi; ut ita minus corrigat jus commune, sicut regulare est in correctorijs: *Valençuel. cons. 23. num. 6. Gusman. de Verit. jur. verit. 34. num. 16. Gabr. Pereyr. decis. 99. in fin. in simili diximus dub. 19. num. 25.*

33 Probatur quinto, quia quando legislator in terminis prædictæ concessionis, de qua *dict. §. 6.* admittit unum speciale, quod scilicet in contractu stricti juris veniat filia appellatione filij contra dispositionem juris communis, ut supra diximus, non debemus intelligere aliud voluisse admittere speciale, quod scilicet filia præferri possit filio in re individua de jure perventura filio masculino: *Cald. de potest. elig. cap. 15. num. fin. & dicimus num. 35.*

34 Regulare enim est, quod duo specialia non debent admitti in eodem casu, & in eadem lege; *ex text. in l. 1. cod. de dot. promiss. Cald. de nominat. quæst. 12. num. 11. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 1.*

*part. cap. 28. num. 25. Barbos. 3. part. l. 1. num. 45. ff. solut. matrim. & dicimus dub. 31. num. 37.*

35 Probatur sexto, quia cum de jure communi filius in re individuâ primò succedere debeat, quàm foemina, ut diximus cum *Cald. de potest. elig. dict. cap. 15. num. fin. & ex triplici fundamento ostendit Gabr. Pereyr. decis. 122. num. 2.* probat *Ord. dict. tit. 37. §. 2.* Plurima ad intentum tradit *Pegas de majorit. tom. 1. cap. 7. à num. 217. & num. 233.*

36 Cum prædictâ dispositione juris se conformare censetur dominus directus in cõcessione, ut intelligere debeamus primò pro filijs masculis concessisse, & legislato-rem filiabus solum, deficiente masculo, electionem, sive nominationem tribuisse. *Cald. de nomin. quæst. 14. num. 36. Tiraque. in l. si unquam verbo donatione largitus num. 303. cod. de revocand. donat. & regulare est per tex. in l. quæro §. inter locatorem ff. locat. Portug. 2. part. cap. 24. num. 41.*

37 Probatur septimò, quia sive in cõcessione *pro filijs*, sive in concessione *pro filijs. & filiabus*, semper filius est primus vocatus in ordine literæ, & exinde venit omninò præferendus, quia non datur ratio, cur in hac materiâ non habeat locum argumentum factum ab ordine literæ in jure validum: *ex l. cum pater § pen. ff. de legat. 2. Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 33. & cap. 15. num. 40. Gam. decis. 260. num. 2. Valensuel. Consil. 1. num. 68. & Consil. 33. num. 87. & cons. 53. num. 35. & cons. 113. num. 81. Barb. in loc. com. lit. D. num. 103. Solorf. Pereyr. de jur. Indiar. lib. 2. cap. 8. num. 19. optime Pegas de maior. 1. part. cap. 7. num. 225. cum sequent.*

38 Probatur octavo ex verâ intelligentiâ *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* cujus dispositio meliùs intelligitur ex verâ ratione dubitandi, & decidendi ratione, per quas solent leges interpretari: *Cabed. diversor. jur. lib. 2. cap. 20. num. 7. & diximus dub. 11. num. 79. & 80.*

39 Ratio igitur dubitandi erat, Utrū sub cõcessione factâ *pro filijs* cõprehēderetur

retur etiã filia: *Reynos. obs. 15. à num. 1. usq. ad 12.* est enim in contrarium communis sententia, de qua *August. Barbos. in repertor. utriusque juris verbo Emphyteusis pag. 117. col. 2.* præcipuè in contractu, qui est stricti-juris; ut *cum Val. & Pinheyr. diximus num. 30. & ulterius tenet Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 1. August. Barbos. in repertor. utriusque jur. verbo Emphyteusis pag. 114. col. 2.*

40 Cum autem ex consuetudine Regni filia etiam succedant in Emphyteusi, ex hac consuetudine declaravit legislator comprehendi, & nominari posse foeminas in Emphyteusi concessã *pro filiis*; & idem est, ac si Emphyteusis concederetur expresse *pro filiis*, & *filiabus*: *Reynos. obs. 15. num. 4. versic. secundo, & num. 5. & 6. Pinheyr. de Emphyteusi disp. 5. sect. 5. num. 115.*

41 Ex hac igitur ratione decidendi, & ex illã dubitandi ratione benè intelligitur, quod in terminis *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6.* non dubitabatur, an nominari posset filia, extante masculo; quia imò in prædictã lege nulla mentio fit foeminae quoad concessionem, ut dubitaretur de ejus præferentiã; sed solum de concessione facta *pro filiis*, an sub illa comprehenderentur filie: ex quo intelligendum est legislatorem solum sanxisse circa comprehensionem filia, circa quod versabatur ratio dubitandi, & non circa præferentiam, circa quam nulla erat ratio dubitandi, sine qua non proferuntur leges: *Ægid. de jur. & privileg. honest. art. 3. num. 1. vers. quare, cum pluribus exornat Carleval. de judic. tit. 1. disp. 2. num. 35.*

42 Probatur nono, sive confirmatur, quia legislator noster *dict. §. 6.* interpretatus fuit concessionem factam *pro filiis*, de qua loquitur, ut extenderetur ad filias: ex quo non debemus intelligere voluisse etiam foeminas præferri posse, masculis extantibus; hoc enim esset extendere interpretationem in præjudicium filiorum contra regulam *text. in l. denique ff. ex quib. caus. maior.* de qua *Gabr. Pereyr. decis. 122. num. 2.*

43 Ex quibus hæc sententia, dum pro

masculo pugnat præferendo, & foeminam solum admittit, deficientibus filiis, inter quos eligere possit nominaturus, verior videtur: & pro eã stat *Pinel.* quem citat *Cald. de potestat. elig. cap. 15. num. 41.* & alij plures, quos citat ibi *à num. 37.* inter quos est *Bart. cons. 59. Flor. ad Gam. decis. 260. Versic. secundo.* Et ipse *Gam. num. 2.* pro hac fatetur aliquas senatus sententias: paucis se expedit *Pinheyr. de emphyt. disp. 5. sect. 5. à num. 113. & 114.* faciuntque *Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 11. & 12.*

#### Ad Contraria.

44 Non obstat primum, & secundum contrariæ sententiæ fundamentum, de quibus supra *num. 3. & 4.* quia ideò legislator noster *dict. tit. 37. dict. §. 6.* usus fuit verbo ibi: *qual quizer*: ut denotaret libertatem, sive facultatem nominationis inter filios, & inter filias; si enim prædictum verbum non adjiceret, tolleretur facultas nominandi, & inserviret de vento, ut dixit *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 986. in fine*; & in omni eventu succederet filius maior, ad quem res individua de jure perventura erat: in terminis *Cald. de potestat. elig. cap. 15. num. fin. & est regulare Thom. Vas alleg. 61. num. 4. & diximus supra num. 35.*

45 Ita ut sensus sit, quod possit pater ex filiis primo vocatis nominare, quem voluerit; & deficientibus his, quã voluerit ex filiabus secundo vocatis, sive in vocatione comprehensis, observato scilicet literæ ordine, & applicando, seu inducendo verbum ibi: *qual quizer*: ad unamquamque partem alternativè nempe *filios qual quizer*, ou *filhas qual quizer*: quia ita debent strictè interpretari, ut cum *Menoch. cons. 61. num. 20.* tenet *Pegas tom. 3. forens. dict. cap. 28. dict. num. 986. ante finem*, & quæ *August. Barbos. in repertor. utriusque jur. verbo alternativa post princip.*

46 Instabis, seu quæres, si verba cõcessionis dominicæ cõcepta *pro quocunq. voluerit nominãdo*, importat omnimodã libertatẽ,

bertatē, & per eorū naturā, sive effectū nominari potest filia, excluso masculo, ut cū *Pegas de maior. tom. 1. cap. 7. n. 227.* ubi optima jura, & *Molin. de primog. lib. 2. cap. 5. num. 4. § 5. § 6. § ibi Addentes* fatemur suprā *num. 3.* & tenet *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. numer. 83.*

47 Cur non erit idem dicendum in dispositione legis *dict. tit. 37. dict. §. 6.* loquentis per eadem verba, ut patet ibi: *qual quizer?* si concessio libera domini concedentis dat liberam facultatem, cur restringimus in lege inducere eandem liberam facultatem, quādo loquitur per verba similia, vel potius eadem? Nonne potest minus lex ipsa, quā pactum concedentis? Stante regūa *text. in l. fin. Cod. de fidei-jussor. de qua Barbof. in loc. com. lit. A. sub num. 496. § lit. P. numer. 10.*

48 Respondemus, quod in casu, quō dominus concedit *pro quocumque nominando*, nulla datur ratio, ex qua dubitari possit de omnimoda libertatē, quam restringere deberet, si ita voluisset: cum *Molin. Pinbeyr de emphyt. dis. 5. sect. 5. num. 123. in med. & ita procedit casus concessionis.*

49 Quādo verō legislator disponit *pro quocumque*, non concedit bona propria, sicut dominus, sed solum versatur circa interpretationem voluntatis domini, qui solum concedit *pro filiis*: qui sunt proprii termini *Ord. dict. §. ex dictis suprā num. 40. §. sequentib.*

50 Dispositionem autem legis, quæ solum est interpretativa voluntatis contrahentis, ita intelligere, & restringere debemus, ut non lædat voluntatem interpretatam, quam potius amplecti debet, quādo disponit: *Cald. de potest. elig. cap. 15. num. 24. Almejd. allegat. 8. num. 2. Portug. 2. part. cap. 29. num. 120. & probat Ord. dict. §. 6. ibi: mas nam poderá nome ar outra pessoa.*

51 Læderet autem legislator ibi voluntatem domini, si eam interpretaretur eo modo, ut in concessione *pro filiis* anteponeretur filia, excluso masculo,

quādo potius interpretari deberet contrarium ex utilitate domini, qui masculinum nominari potius, & primò voluisse censetur ex ratione meliorationis, de qua infra *num. 56.* quod quidem lex facere non potest, ut tenent *Ægid. Oliv. Pinbeyr. Cald. & Pegas citati dubit. 26. num. 6.*

52 Non obstat tertium fundamentum, de quo suprā *num. 5.* respondetur enim falsum esse suppositum, quod scilicet concessio facta *pro filiis* sit ita libera, ut nominari possit filia, extante filio, de quo est ipsa quæstio: quādo libera facultas nominandi solum de jure consideratur in concessione facta *pro quocumque voluerit*: ex dictis suprā *num. 3.*

53 Non obstat quartum, de quo *num. 6.* quia pater nominaturus semper habet potestatem electionis inter filios, ut nominare possit juniorem, excluso natu maiori; & his deficientibus, similem habet potestatem inter filias: ut diximus *num. 45.*

54 Non obstat quintum, de quo *num. 7.* quia licet foeminae in his Regnis succedere possint in Emphyteusi, exinde non sequitur, quod sint præferendæ masculis; quādo principaliter, & primò pro his censetur Emphyteusis concessa, ut dicemus *infra num. 56.*

55 Non obstat sextum, de quo *num. 8.* quia foeminae non remanent deterioris conditionis, quādo in contractu stricti juris veniunt appellatione filiorum, & quādo admittuntur ex interpretatione, & consuetudine Regni in re individua, in qua semper masculus debet melioris esse conditionis ex *dictis numer. 35.*

56 Non obstat septimum, de quo *num. 9.* quia supponit falsum; imo potius credendum sine dubio est dominum concedere voluisse primò pro masculis semper præferendis, qui à communiter accidentibus sunt aptiores, & robustiores ad melioranda bona Emphyteutica: super quo, & non solum super pensione, cogitasse dominus censendus est: scilicet,

ut

ut pensio solvatur, & tempore revocationis augeri possit, & nunquam minui. *ex text. in auth. de alien. Emphyt. Valasc. de jur. Emphyt. quest. 1. num. 5. § 19. ante fin. § quest. 2. num. 2. § 3. § melius quest. 41. num. 5. Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22. & diximus dub. 24. num. 8. § dub. 33. num. 12. § dub. 37. num. 53.* Ex quo etiam solvitur octavum contrarie, de quo *num. 10.*

57 Non obstat nonum, de quo *num. 11.* quia esto, quod foemina ita sit capax solvendi pensionem, sicut masculus; quod sine dubio non transit, capi enim non potest pro debito civili, sicut masculus, in quo fit difficilioris excussionis: in terminis *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 5. num. 113. cum Cald. de nomin. quest. 23. num. 9.* & pro regula ponit *Carleval de judic. tit. 3. disp. 1. numer. 27.*

58 Nunquam foemina ita est apta, & capax, sicut masculus ad melioranda bona, communiter loquendo; quia foeminae non sunt industriosae, imo in sua incommoda ruunt: *ex Tiraq. § Pinel. Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 8. num. 15.* & ex hac ratione, & utilitate domini censendus est primo pro masculis concessisse, sicut in feudo propter servitium: *ex ijs, quæ Cald. de potest. elig. cap. 11. num. fin. § cap. 15. numer. 41.*

59 Non obstat decimum, de quo *num. 12. § 13.* quia ex dictis respondetur dominum concedentem ex ratione utilitatis, & meliorationis censendum esse primo pro masculis concessisse: siquidem quando in bonis sit securus quoad pensionem praesentem, in meliorationibus habet utilitatem augendi pensionem tempore future revocationis.

60 Non obstat undecimum, de quo *num. 14.* quia libera facultas nominandi, de qua *text. in l. unum ex familia §. si de Falcidia in princip. ff. de legat. 2.* ex eo procedit, quia ibi gravato impositum fuit onus restituendi uni de familia, seu parentela, ut constat *ex text. ibi & tenet Cald. de potest. elig. cap. 11. num.*

31. § 32. *Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 37.*

61 Ex quo argumentari non potest ad concessionem *pro filijs, & filiabus,* quia in terminis *dict. l. unum. ex familia* nullus consideratur literae ordo, qui sequendus sit; nec aliqua conjectura voluntatis disponentis quoad praeferendos hos, vel illos de familia, sicut in concessionem Emphyteusis *pro filijs,* ex ratione utilitatis, de qua supra *numer. 56.*

62 Benè tamen procedit argumentum quoad concessionem Emphyteusis factam *Titio, & familiae;* sive *Titio, & in defectu filiorum pro personâ de familia,* ut communiter concedi solent res Emphyteuticæ; quibus terminis, deficiente filio, nominari potest quicumque de familia, licet sit remotior in gradu: *Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. num. 35. versic. in facultatibus, § num. 28. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. num. 50. in fin. cum Cald. tenet etiam cum alijs Pegas 1. tom. de maior. cap. 7. num. 212. § 213. cum sequent. per text. in l. unum ex familia §. si de Falcidia ff. de legat. 2.*

63 Non obstat duodecimum, de quo *num. 15.* desumptum ex autoritate *Bart. cons. 60.* quia *Bart.* ibi non loquitur de praeferentia foeminarum, de qua quaestione hîc agimus: sed solum tenet pariter admittendas esse cum masculis de jure communi: ex cujus dispositione divisibilis erat inter filios, & filias Emphyteutica res: *Valasc. de jur. Emphyt. quest. 38. à num. 12. Cald. de nomin. quest. 15. num. 33.*

64 Non obstat tandem ultimum contrariae fundamentum, de quo *à num. 16. cum sequent.* quia argumentum ab ordine literae in tantum procedit, ut etiam in fortioribus terminis locum habeat, nempe in concessionem facta per alternativam; de qua, ne hîc prolixiores simus, agendum erit *dub. sequent.*

## DUBITATIO XXX.

In concessione autem pro filijs,  
vel filiabus an filia præferri  
possit?

Ad Ord. lib. 4. tit. 37. § 6.

Et text. in l. cum pater §. pen. ff.  
de legat. 2.

## SUMMARIUM.

- 1 **R**efertur Cald. qui quæstionem tractat.
- 2 In alternativis unum sufficit verificari.
- 3 Argumentum ab ordine literæ valet.
- 4 In domino concedente non consideratur amor.
- 5 Argumentum ab ordine literæ solum viget inter affectione dispares.
- 7 Fundatur sententia negativa ex text. in l. cum pater §. pen. ff. de legat. 2. cujus verba referuntur.
- 8 Ordo literæ, sive scripturæ solum observatur.
- 9 Alternativa ordinis sequenda.
- 10 Quod etiam procedit in contractibus.
- 11 Explicatur Phæb. dum agit de intellectu ad text. in dict. l. cum pater.
- 12 Dispositio perfecta non admittit conditionem alterius orationis.
- 13 De materia alternativa positæ inter personas affectione dispares, & num. sequent.
- 14 Propinqui uxoris non sunt æqualiter dilecti, sicut propinqui mariti.
- 16 Jure sanguinis consideratur maior dilectio.
- 17 Magis dilectus censetur primò vocatus.
- 18 Expenditur decisio text. in dict. §. pen. & num. sequent.

- 22 Amor solet voluntatem gubernare.
- 23 Voluntas disponentis omnia regit.
- 26 In copulatis etiam observatur ordo literæ.
- 30 Quid in concessione pro filijs, & nepotibus? Et num. sequent.
- 31 Natura verbi Quamvis est exprimere casum magis dubium.
- 32 In Emphyteusi concessâ pro filijs nominari potest nepos.
- 33 In contractu stricti juris an veniat nepos appellatione filij? & num. sequent.
- 34 Nepotes semper censentur vocati; & num. sequentib.
- 35 Quamvis ad Emphyteusim fuisset electa industria personæ.
- 36 Et quamvis filius sit potentior, vel naturalis.
- 37 Nepos nominari non potest, extante filio.
- 38 Ratio est, quia debet vitari præjudicium filiorum.
- 39 Quæ tamen convincitur.
- 40 Duo specialia non debent admitti.
- 42 Concessio facta pro filijs, & nepotibus intelligitur ordine successivo.
- 43 Quod tamen non potest procedere in Emphyteusi.
- 44 Inter vocatos diversi gradus inducitur ordo succedendi.
- 45 Quod tamen non datur in vocatione pro filijs, & num. 36.
- 47 Filius præcedit in ordine charitatis: ergo in ordine succedendi.
- 48 Erga dominum concedentem non consideratur ordo charitatis.
- 49 In contractibus attenditur voluntas contrahentium.
- 50 Voluntas enim, prout Regina, sermonibus dominatur.
- 51 Voluntas ex conjecturis desumitur.
- 52 Ex ordine vocationis deducitur conjectura voluntatis.
- 53 Argumentum ab ordine literæ in jure validum.
- 54 Filius à communiter accidentibus aptior est, quàm nepos ad res meliorandas.
- 56 Inducitur text. in l. quoties 34. ff. de usu-

- usufruct. § num. sequent.
- 58 Argumentum ab ordine literæ fit ex conjecturatâ voluntate.
- 59 Inducitur text. in l. nec enim 6. ff. de solution.
- 61 Receditur à natura alternativæ ex conjecturatâ voluntate, § num. sequent.

I



Non minoris dubitationis est, an concessione Emphyteusis per alternativam factâ pro filijs, vel filiabus, nominari posset filia, excluso masculino? De qua latissimè *Cald. de potest. elig. cap. 15. à num. 25. § 26. § 37. § 38.*

2 Affirmativa sententia suadetur primò ex regulâ, & naturâ alternativæ, de qua in proposita concessione factâ pro filijs, vel filiabus; in quâ unum sufficit verificari, præstat enim electionem: ex regula in alternativis de regul. jur. in sexto: l. si plures ff. de cond. instit. l. servi electione ff. de legat. 1. *Reynof. obs. 14. num. 2. § 4. Valasc. 1. part. conf. 102. num. 2. Gom. tom. 2. var. cap. II. à num. 39. & diximus dub. 29. num. 27.*

3 Secundo, quia, licet in propositâ concessione filij primò vocati videantur, & idcirco præferendi, sumpto scilicet argumento ab ordine literæ: *L. quoties ff. de usufruct. l. generaliter §. siquid ff. de fideicommiss. libert. exornat Barb. in loc. com. liter. A. num. 489. § liter. O. num. 34. § 35.*

4 Prædictum tamè argumentum cessat in concessione Emphyteusis, quia in domino concedente, à quo capitur Emphyteusis, nullus consideratur amor, nec ordinata charitas erga Emphyteutas: *Cald. de potest. elig. cap. II. num. 33. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 574.*

5 Quia solùm verificatur, & procedit argumentum ab ordine literæ, quando datur disparitas affectionis, inter eos scilicet, quorum aliquis plus diligitur à concedente: *Cald. de potest. elig. cap.*

*II. num. 38. post. med. & passim: Reynof. obs. 14. num. 4. § 5.*

6 Tertio suadetur affirmativa sententia ex dispositione *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.* ubi in concessione restricta pro filijs, de qua solùm loquitur, datur facultas eligendi, quem voluerit, quin ibi interveniat natura alternativæ: junctis ijs, quæ pro ratione dubitandi adduximus *dub. 29. à num. 2. cum sequent.*

Fundatur sententia  
negativa.

7 Quibus non obstantibus, textualis videtur contraria sententia, & apertè decisa in *l. cum pater §. pen. ff. de legat. 2.* ibi: *A te peto, marite, si quos liberos habueris, illis prædiarelinquas, vel si non habueris, tuis, sive meis propinquis, aut etiam nostris libertis. Non esse datam electionem, sed ordine scripturæ factam substitutionem respondi:* jura similia refert *Cald. de potest. elig. cap. II. à num. 22.* quo non laudato *Pegas de majoritate tom. 2. cap. 9. num. 89.*

8 Ecce ergo dispositio per alternativam ibi: *tuis, sive meis:* & nihilominus consultus respondit ordinem literæ observandum fore, quia non consideratur ordo charitatis, neque consanguinitatis, sed tantùm ordo scripturæ: cum pluribus, quos sequitur *Pegas de majoritate tom. 2. dict. cap. 9. dict. num. 89.* ubi citat etiam *Gom. in l. 40. taur. num. 62. Versic. tertio.*

9 Imò censetur vocatus unus in defectum alterius: & alternativa dicitur non electionis, sed alternativa ordinis: ex *text. in l. heredes mei §. fin. ff. ad Trebel. cum alijs Pegas dict. tom. 2. dict. cap. 9. num. 90.* ubi citat *Reynof. obs. 14. num. 5. § 19. § ibi addit.*

10 Quod & in contractibus procedere tenet *Cancer. tom. 1. var. cap. 1. num. 54* & est regulare per *text. in l. quæ de legatis ff. de legat. 1.* exornant *Barbos. in loc. com. liter. A. num. 366. Portug. 3. part. cap. 35. num. 16.*

11 Nec contrarium suadet interpretatio,

ratio, de qua *Phæb. 1. part. decis. 38. num. 12.* dum asserit prædictam dispositionem *text. in dict. l. cum pater* fuisse conditionalem, quæ inducit formam, & ideo observari jussit ordinem Consultus in dict. §. pen. patet ibi: *si non habueris.*

12 Quia prædicta interpretatio solum procedere posset quoad primam dispositionem inter liberos, circa quam versatur verbū ibi: *siquos liberos habueris*, & ibi: *vel si non habueris*: inducens conditionē: non verò quoad secundā vocationem propinquorum, qui per alternativam vocantur sine conditione aliqua, ut patet ibi: *tuis, sive meis, aut etiam nostris libertis*: quorum nullus admitti potest, nisi impletā conditione, sub quā vocantur: impletā tamen conditione primæ dispositionis, quæ solum est conditionalis, observatur literę ordo inter alternativè vocatos, non obstante naturā alternativę: dispositio enim perfecta in oratione non admittit conditionem alterius perfectę orationis: ex *text. in cap. cum dilecti. 6. de donat. Mantic. Peregrin. §. Menoch. Pegas de maior. tom. 1. cap. 5. num. 481.*

13 Nec nos avertere debet à prædictā expressā dispositione communis intelligentia, quam D.D. præstāt ad *text. in dict. §. pen.* dum tenet, quod ibi dene-gata fuit marito electio libera, quia alternativa posita fuit inter personas affectione dispares, *Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 37. Reynof. obs. 14. num. 4. ubi Addition. refert. Castilb.*

14 Indubitabile est enim, quod testatrix, de qua loquitur illic Consultus, magis suos, quam mariti propinquos diligere censetur; ac per consequens datur inter illos ratio dispar dilectionis, quia non sunt æqualiter dilecti: ex alijs extollit *Cald. de potest. elig. dict. cap. 11. dict. num. 37.*

15 Quia, & si demus, quod alternativè vocati in *dict. §. pen.* sint affectione dispares, adhuc cum communi intelligentiā non præstat rationem *Cald. supra*, cur disparitas affectionis faciat ces-

sare naturam alternativæ, & observandus sit, illā non obstante, ordo literæ, ut respondit Consultus.

16 Quæ quidem ratio, seu fundamentum communis interpretationis redditur magis difficile ex eo, quod si testatrix propinqui, tanquam magis dilecti, primo invenirentur vocati, maiori cum ratione decideret Consultus ordinem literę observandum, rejectā alternativę naturā; concurrebant enim duæ conjecturæ pro voluntate testatrix intelligendā præferri voluisse propinquos suos: prima, quia eos magis deligebat jure sanguinis: *Cald. dict. cap. 11. dict. num. 37. post medium.*

17 Secunda conjectura erat, quia fortius diligebat testatrix propinquos suos, dum primò eos vocabat; dilectus enim censetur magis, qui est primò vocatus: *l. generaliter §. siquis ergo ff. de fideicommiss. libert. cū alijs optimè exornat Reynof. dict. obs. 14. num. 17. §. 18.*

18 At verò in terminis *text. in dict. §. pen.* primò sunt vocati, qui sunt minus dilecti; & tamen Consultus respondet præferendos minus dilectos, quia prius vocati, sumptā solum conjecturā ab ordine literę, seu ab ordine vocationis, non obstante naturā alternativæ, à qua recedit. Et quod magis est, in omnium præjudicium videtur Consultus illā hypothese respondisse.

19 Testatrix enim remanet præjudicata, quia Consultus postponendos jubet eos propinquos. Propinqui testatrix præjudicium habent, cum sint magis dilecti, quia manent exclusi ab spe electionis; poterat enim maritus gratificādo eos eligere ex facultate alternativæ: in quo procederet cum urbanitate, quæ potiùs in illo spectanda, & consideranda esset, quam in muliere, in qua illam supposit *Cald. dic. cap. 11. num. 30.*

20 Maritus tandem electurus remanet præjudicatus, quia ex naturā alternativæ posset eligere, si Consultus alternativam non rejiceret: & in electione posset præferre, quos voluisset, & quos sibi magis benemeritos expertus fuisset;



eis gratificando per virtutem gratitudinis longè honestissimam, & commendatam: ut ex Philosophis tradit *Valens. tom. 2. Consil. 124. num. 10. Carleval de judic. tit. 1. disp. 3. sub num. 17.* alia cumulat *Guerreyr. de recusat. lib. 4. cap. 9. num. 48. § 49. § cap. 12. num. 9. § 22. § 23.* Et dicitur perdere, qui non facit voluntatem suam: *Portug. 2. part. cap. 18. num. 39.*

21 Quâ ratione ergo Consultus omnibus præjudicium infert? Quare ordinem literæ potius jubet observari, quàm naturam alternativæ? Seu quare alternativæ naturam rejicit? Quid ad prædictam dispositionem disparitas affectionis operatur? Disparitas amoris inducebat præferendos magis dilectos, licet essent secundò vocati: sed ex disparitate amoris inducere anteponendos fore minùs dilectos, & etiam contra civilem regulam alternativæ? Qua ratione? Ut quid ordinate charitatis ratio? Ut quid considerata charitatis disparitas?

22 Si totum tribuendum est voluntati testatricis disponētis, ut post longam disputationem concludit *Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 38. in med. sentit Pegas de maior. 2. part. cap. 9. num. 89. cum multis*, quâ ratione Consultus in *dict. § pen.* respondet ordinem literæ observandum fore? Quando potius defunctæ propinqui priores sunt in ejus voluntate, & deberent esse priores in prælatione; sunt primi in amore, qui solet voluntatem gubernare. *Reynof. dict. obs. 14. dict. num. 17. § 18.*

23 Et quomodo communis interpretatio procedit solum in personis affectione disparibus, & non in amore æqualibus: quando potius procedere deberet solum inter affectione æquales, vel ubi nulla consideratur charitas: in quibus, cum amor nullam præferret, præferenda esset illa, quam ordo literæ potius juvaret; quia, cum ordo literæ inducat præferentiam, sive argumentum amoris, bene conjecturari posset primam in ordine literæ, & intellectus primariam esse in æqualitate dilectionis inter dilectos;

sive primariam in præferentia voluntatis inter non dilectos, ut præferenda esset ex conjecturata voluntate disponentis; quæ omnia regit *ex text. in l. Lucius Titius à 2. ff. de hered. instit. ibi: aut filium, filiamve: & inferius ibi: nam prudens Consilium testantis animadvertitur*: refert *Pegas de maior. 2. part. cap. 9. num. 96. Phæb. decis. 38. num. 10.*

24 Urget etiam, quod si *Cald. dict. cap. 11. dict. num. 38. post med. cum communi concludit conjecturatam fuisse voluntatem defunctæ à juris-consulto in dict. § pen.* quæ, ut verosimile est, voluit mariti propinquos cæteris proponere: *ex notat. in l. cum avus Cod. de cond. & demonstr. § in l. cum acutissimi cod. de fidei-commis.* Quid aliud in effectu, hoc est, quàm ordinem literæ observare ex conjecturata testatricis voluntate? Quid ergo in his terminis operatur disparitas dilectionis? Ut quid distinguit communis intelligentia inter affectione dispares? Si tandem semotâ disparitatis consideratione, recurritur ad conjecturatam disponentis voluntatem, quæ solum deducitur ex primariâ vocatione, quod idem est, atque ab ordine literæ. *Barbos. in loc. com. lit. A. num. 490. § lit. O. num. 39. § 40.*

25 Conjecturam igitur voluntatis testatricis ex eo deduxisse juris-consultum in *dict. § pen.* credendum mihi est, quod cum disponens magis propinquos suos dilexisset, quam mariti, & ideo primò eos vocatura erat secundum ordinem dilectionis, & nihilominus in terminis *text. in dict. § pen.* mariti propinquos vocavit contra impulsu amoris præsumpti ex conjunctione sanguinis, & eos priores fecit in ordine literæ, seu vocationis, exinde deducitur, quod enixâ, & magis deliberatâ voluntate eos præferri voluit, ac si vel magis dilexisset in effectu (ut in terminis ipsius *text.* tenet cum alijs *Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. num. 27.* ex ratione fortasse conjugalitatis amoris, qui est maior, ut ibi *tradit num. 25.*) vel omnino præferri deliberasset: ac per consequens ex hac sic deliberata

rata voluntate Consultus recedit à naturâ alternativæ, jubendo potiùs observari enixam voluntatem ita conjecturatam: ex regula, de qua *Phæb. decis. 38. sub numer. 10. Barbos. in loc. com. lit. O. numer. 39. § 40. Reynos. obs. 14. num. 18.*

26 Ex qua intelligentiâ, sive illustratione ad communem benè probat *text. in dict. §. pen.* quod à naturâ alternativæ recedendum est ex conjecturatâ voluntate disponentis, & recurrèdum ad ordinem literæ, sive vocationis, quoties id postulat conjecturata voluntas, quæ facit cessare alternativæ naturam, eam resolvit etiam in copulativam, in qua literæ ordo observatur: *ex text. in l. generaliter Cod. instit. §. subst. cum alijs Pegas de maior. 2. part. cap. 9. num. 96. § 97. § 98. & 99.*

27 Undè ad nostrum institutum, cum in domino concedente nulla consideretur affectio erga Emphyteutas, nec eorum filios, si eos vocat per conjunctivam *pro filijs, & filiabus*, nulla datur ratio, ex qua sequendus non sit ordo literæ, qui præferentiam inducit: *ex dictis: & meliùs Reynos. dict. obs. 14. dict. num. 17. § 18. ex l. quoties ff. de usufruct. & Cald. de potest. elig. cap. 11. à num. 21. cum alijs.*

28 Sin autem eos vocat per alternativam *pro filijs, vel filiabus*, recedendum est à naturâ alternativæ per conjecturatam concedentis voluntatem, qui primò pro masculis concessisse censendus est ex utilitate meliorationis, de qua *dub. 29. num. 66.* ac per consequens observandus est literæ ordo, ut observavit Consultus in *dict. l. cum pater dict. §. pen. ff. de legat. 2.* stante communis intelligentiæ ratione, de qua supra *numer. 25.*

29 Nec obstant in contrarium adducta; satisfit enim ex dictis hæc, & præcedenti dubitatione.

*Quid autem dicendum de nepotibus?*

30 Indubitabile est, quod si Emphyteutis concedatur *pro filijs, & nepotibus,*

nominari potest nepos, tanquam expresse vocatus in cõcessione: probat *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. Versic. ibi: e no dito caso nam tendo filhos, poderá nomear hum neto, ou neta, qual quizer, posto que no contracto senam faça mençam senam de filho.*

31 Quia, cum legislator loquatur per verbum *ibi: posto que:* comprehendit casum difficiliorem, quem exprimit, nempe quandò in concessione non fuit facta mentio nepotum, & ulterius supponit casum alterum minùs difficilem, nempe casum, in quo in concessione expresse vocantur nepotes: ea enim est natura verbi *quanvis*, ut unum supponat casum clarum, & alterum exprimat magis dubium: ex juribus, de quibus *Thom. Vas in reformat. just. §. 7. num. 66. cum Gutierr. lib. 3. practic. quest. 32. num. 13. § lib. 2. quest. 80. num. 8. § quest. 85. num. 2. Gusman. de verit. jur. verit. 28. num. 7. Reynos. observat. 61. num. 11. Molin. de primog. lib. 1. cap. 1. num. 25.*

32 Indubitabile est etiam, quod nepos nominari potest in Emphyteusi concessâ solum *pro filijs*, ut exprimit *Ord. dict. §. 6.* quæ est quæstio ibi decisa, ut tenet *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 57. § num. 936. Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 33.*

33 Erat enim controversum de jure communi in materia contractûs, & maxime stricti juris, sicut Emphyteutis, an appellatione filij comprehenderetur nepos: ut profequitur *Pinheyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 6. num. 124. & latiùs Cald. quem ibi citat.*

34 In quo videtur legislator noster secutus fuisse illam primævam juris dispositionem in materia Emphyteutis, secundum quam, licet nepotes non sint expresse vocati, semper ex natura rei, vel mente concedentis vocati censentur: *text. in auth. de non alien. reb. Eccles. collat. 2. cap. 3. §. Emphyteusim. Ibi: alioquin non transire ad aliquem alterum heredem, sed usque ad solam vitam percipientium standum, nisi filios, aut nepotes habuerint: ex quo text. ortum habuisse*

buisse contractus Emphyteuticos dicit *Pegas tom. 2. forens. cap. 10. à num. 4. & diximus dub. 23. num. 13. § 14. § 15.*

35 Ac si diceret Justinianus prædictis verbis, quod filij, & nepotes semper censentur vocati, quamvis ad Emphyteusim fuisset electa industria personæ: ex alijs *Tiraquel. in præfact. ad l. si unquam num. 16. cod. de revocand. donat.*

36 Et quamvis filius sit potentior: *Tiraquel. ibidem num. 18. Et quamvis filius sit naturalis: Tiraquel. ibidem num. 18.*

37 Indubitabile tandem est, quod, licet nepos nominari possit, nullatenus tamen eligi potest, extante filio: *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 6. ibi: e no ditocaso, nam tendo filho, poderá nomear hum neto: Cald. de potest. eligend. cap. 11. num. 33. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 57.*

38 Cujus quidem Regiæ sanctionis plures solent assignari decidendi rationes: ex quarum indagazione fortassè, quæ superius diximus, confirmare valebimus. Primam ponit in præjudicio filiorum vitando: *Caldas de potest. elig. cap. 15. numer. 2. in fin. ex text. in l. cum pater 77. §. hæreditatem 4. ff. de legat. 2.*

39 Non convincit tamen proposita decidendi ratio in concessione factâ pro filijs, & nepotibus; quia, cum nepotes sint expressè vocati, licet pater non posset filijs præjudicare delinquendo, ex quo nominare nequiret propter incursum pœnam, tamen ex vocatis eligere posset, quin præjudicium sit in consideratione, qui sunt termini *text. in dict. l. cum pater §. 77. dict. §. 4. ff. de legat. 2.*

40 Secundam ponit rationem *Cald. dict. cap. 16. dict. num. 2. in eo, quod speciale est nepotes in contractibus venire appellatione filiorum: & esset aliud speciale, quod nominari possent, extantibus filijs: dum autem specialia admittere in eodem casu prohibitum est: per*

*text. in l. 1. Cod. de dot. promiss. Surd. cons. 34. num. 46. cum quo, & alijs Barbos. in loc. com. lit. S. num. 52. Inst. gn. Barb. 3. part. l. 1. num. 45. ff. solut.*

41 Quæ quidem ratio, licet concludat pro concessione solùm factâ pro filijs, insufficientis est pro concessione factâ pro filijs, & simul expressè pro nepotibus: cessat enim specialitas comprehendendi nepotes, quando expressè vocantur in concessione: Legislator autem noster, nec in casu expressæ vocationis nepotum, admittit illorum nominationem, extante filio, ut patet *dict. §. 6. dict. vers. fin. junctis, quæ diximus supra num. 30. § 31.*

42 Tertia ratio deducitur ex eo, quod in concessione pro filijs, & nepotibus factâ ordine successivo primò filijs, deindè nepotibus deferri debet, quasi vocati sint secundum ordinem successio- nis: ita *Cald. de potest. elig. cap. 11. num. 33. ante finem, § num. 40. ex Bart. §. DD. in l. Gallus 29. §. quidam rectè 1. ff. de liber. § posthum.*

34 Quæ quidem ratio etiam videtur insufficientis, quia, cum dominus Emphyteusim concedens non dicatur nepotes diligere, nec eos teneatur instituere; & illi dicantur à Domino capere, & non à patre electuro, cessant communes traditiones ad *text. in dict. l. Gallus 29. dict. §. quidam rectè, ff. de liber. § posthum.* prout ex alijs bene explicat *Ribeyr. Nett. de testam. lib. 2. tit. 15. à num. 8.*

44 Quarta deducitur ex eo, quia vocatis personis in diverso gradu existentibus, quales sunt filij, & nepotes, inducitur ordo succedendi, ut prius vocati sint præferendi, ut contingit in *l. hæredes mei 57. §. peto 2. ff. ad senatus-consult. Trebell. refert Cald. de potest. elig. cap. 15. à num. 37. cum Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 50. num. 18. § num. 39. Molin. de primog. lib. 2. cap. 11. à num. 36.*

45 Quæ tamen ratio decidendi etiã videtur insufficientis, quia in concessione solùm

folùm factâ *pro filijs* sine expreffione *nepotum* nullus constituitur gradus, nec fit graduum differentia, ut præferendus fit, siue attendendus ordo ex diversitate graduum: *Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 50. num. 18. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 2. tit. 15. numer. 12. § 19.*

46 Et tamen nepos in prædictâ concessione folùm factâ *pro filijs* nominari nequit, extante filio: *ex Ord. dict. §. 6. dict. versic. fin.* quando, ut diximus *num. 31.* in ea comprehenditur, ut succedere possit; & non vocatur cum differentia graduum, quia, cum expresse non fit vocatus nepos, sicut filius, non constituitur diversitas graduum: *ex antiquioribus Valasc. dict. quæst. 50. dict. num. 18. versic. imò, § versic. quod autem. Ribeyr. Nett. dict. lib. 2. dict. tit. 15. num. 9. inducens text. in l. cum testamento. 37. ff. de hered. instit. ubi nec diversitatem gradus admittit, quando filius, & nepos simul vocantur.*

47 Quinta tandem desumi potest ex eo, quod sicut ordine charitatis præcedit filius nepotem, ita intelligitur præcedere in ordine succedendi: *ex text. in l. cum ita alias text in l. omnia 32. §. in fidei-comisso fin. § l. peto 69. §. fratre 3. § l. cum pater 77. §. pen. ff. de legat. 2. refert Ribeyr. Nett. de testam. lib. 2. tit. 15. numer. 8. versic. secundò.*

48 Quæ tamen accommodari non potest ad casum, de quo agimus, in quo erga dominum concedentem, à quo accipitur Emphyteusis, neque consideratur ordo charitatis, nec familia considerari potest: quando citata jura loquuntur in legato relicto familiæ testantis, ut in *dict. §. in fidei-comisso* ibi: *in fidei-comisso, quod familiæ relinquitur, & in dict. §. fratre* ibi: *sed ut in familia relinqueretur, & in dict. §. pen. ibi: tuis, siue meis propinquis.*

49 Vera igitur, & concludens ratio decidendi, quam quærimus, facile deducitur ex eo, quod in contractibus etiam attenditur contrahentium volun-

tas, quia, licet in contrahentibus non consideretur charitas ordinata, siue dilectio, neque gradus contrahentium, voluntas tamen illorū considerari oportet. *l. in conventionibus 219. ff. de verbor. signif. ibi: in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. L. obligationum 3. §. 1. ff. de obligat. § action. Phæb. 1. part. decis. 38. num. 10. Gusman. de verit. 17. à num. 10. in specie Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 41. num. 5. ibi: nisi aliud ex investiturâ Emphyteuticâ colligatur; & quæ Phæb. decis. 38. num. 10.*

50 Est enim partium voluntas Regina, & domina; quæ verbis, & omnibus sermonibus dominatur: cum *Menoeb. præsumpt. 26. num. 8. Barbos. in loc. com. liter. V. num. 169. Versic. fin. Phæb. supra dict. num. 10.*

51 Voluntas autem ex conjecturis desumitur: *ex text. in l. licet 74. ff. de legat. 1. § l. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2. ibi: conjectura potuit admitti: exornant Barbos. in loc. com. lit. V. num. 170. Ribeyr. Nett. de testam. lib. 2. tit. 15. num. 9. Molin. de primog. lib. 1. cap. 6. num. 7. § lib. 2. cap. 11. num. 38. Surd. decis. 7. num. 12.*

52 In concessione ergo, quam facit dominus directus *pro filijs*, de qua agimus, & agit Legislator *dict. tit. 37. dict. §. 6. ubi dict. versic. fin.* idem dicit de concessione factâ *pro filijs, & nepotibus*, datur conjectura voluntatis, ex qua elicitur dominum præferri voluisse filium primò vocatum nepotibus secundò vocatis; quia ex ordine vocationis deducitur conjectura voluntatis: *text. est in l. quoties duobus 34. ff. de usufruct. ibi: siquidem ita legatus fuerit Titio, & Mevio legatum datum, ubi gloss. verbo Deinde concord. refert. Exornat Barb. in loc. com. lit. O. num. 30. § 31. & melius num. 35. § 37. Reynof. obs. 14. num. 17. § 18.*

53 Quod quidem, attento effectu, nihil aliud est, quàm ordinem literæ, siue vocationis observare: est enim argumentum

mentum in jure validum: ex *dict. l. quoties* 34. frequens; & receptum dicit in jure *Aegid. de jur. & privileg. honest. in initio num. 5. & fin. cum quo* & alijs *Barbos. in loc. com. lit. A. num. 489. Marant. de ordin. judic. in proem. num. 17. cum Bart. Valens. conf. 1. num. 68. & conf. 33. num. 87. & conf. 113. num. 81. Cardos. in praxi verbo ordo num. 5. quo laudato, cum alijs August. Barbos. in repertor. utriusq. jur. eodem verbo in princip. Phab. 1. part. decis. 38. num. 10. Valasc. 2. part. conf. 121. à num. 3. ubi multa.*

54 Unde, cū à communiter accidentibus filius aptior sit ad meliorandas res Emphyteuticas, quàm nepos, qui ut plurimum puer est, ex quo dominus directus potiùs, & primò pro filijs, quam pro nepotibus concessisse censendus est: ex *dictis dub. 29. num. 56.* meritò ex conjecturatà voluntate concedentis Legislator noster nominari nepotem, extante filio, non consentit: *dict. §. 6.* preferendum sanxit filium in omni casu, sumpto scilicet argumento à conjecturatà voluntate concedentis, seu (quod idem est) ab ordine literæ, qui demonstrat voluntatem.

55 Nec nos deterret autoritas asferentium argumentum ab ordine literæ solùm sibi vindicare locum, quando datur ordinata charitas, seu disparitas affectionis; ex *D.D. quos citavimus dub. 29. à num. 17. & 18. & hac dub. num. 5.*

56 Respondemus enim primò, quod in terminis *text. in dict. l. quoties* 34. *ff. de usufruct.* nulla charitas, nec disparitas affectionis consideratur inter Titium, & Mævium, de quibus ibi; & tamen locum habuit argumentum ab ordine literæ.

57 Respondemus secundò, quod argumentum ab ordine literæ non solùm fit ex conjecturato amore, sed etiam ex conjecturatà voluntate, quam denegare non possumus in domino concedente, nec in alio quocumque contrahente: ex *dict. supra num. 49. & 50.*

58 Respondemus tertio jura de argumento ab ordine literæ loquentia non probare illud non valere in quacumque materià, nisi in casu, quo voluntas disponentis repugnet; consistit enim in conjecturatà voluntate ex *l. cum pater* 77. *§. fidei tuæ* 12. ibi: *nam ordo scripturæ non impedit causam juris, ac voluntatis ff. de legat. 2.* *Barbos. in loc. com. lit. O. num. 40. Valasc. part. 2. conf. 121. num. 4.*

59 Nec obstat *text. in l. nec enim* 6. *ff. de solutionibus* ibi: *nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potiùs ex jure sumitur id, quod agi videtur.* Respondetur enim, quod Consultus ibi reddit rationem legis præcedentis; in qua dispositum fuit per verba, ibi: *sed ego non dubito, quin hæc cautio in sorte, & in usuras priùs usuras admittat;* quia, cum usuræ priùs deberentur à jure, cum hac juris dispositione potiùs censendus est se conformasse solvens, de quo ibi; licet ex ordine scripturæ aliud videretur: sed totum facit conjecturata voluntas, ut patet.

60 Quod meliùs confirmatur, quia jura loquentia de casu, in quo per charitatem, & dilectionem, sive disparitatem amoris sumitur argumentum ab ordine literæ, non ex eo est, quod consideratio amoris, sive interventio charitatis faciat recurrere ad ordinem literæ; ut patet in *l. cum pater §. pen. ff. de legat. 2.* ubi contra impulsum amoris proprii consanguinei locum habet argumentum ab ordine literæ, & adhuc sine interventione charitatis, aut illius disparitate viget tale argumentum in *dict. l. quoties* 34. *ff. de usufruct.*

61 Sed ex eo est, quia in prædictis juribus, in quibus *D.D.* nituntur, datur dispositio per disjunctivam, sive alternativam: à cujus naturà cum videant Consultos recedere, & ad argumentum ordinis literæ recurrere, id tribuunt disparitati amoris, sive charitati disponentis, quandò totum tribuere deberent conjecturate voluntati: prout sunt *text. in dict. l. omnia* 32. *§. in fidei-commissis,*

& in

Et in dict. l. Peto 69. §. Fratres 3. Et in dict. l. Cum pater §. pen. ff. de legat. 2. Et in l. Heredes mei 57. §. Peto 2. ff. ad senat. consult. Trebel.

62 Ex quibus, si non retorquetur argumentum, evidenter confirmatur assumptum; quia scilicet in difficiliore casu, nempe in dispositione per alternativam recurritur ad ordinem literæ ex conjecturatâ mente disponentis, vel conjectura desumatur ex diversitate graduum, sicut in dict. l. Omnia 32. dict. §. 6. ibi: *Et qui ex his primo gradu: & in dict. l. Peto 69. dict. §. Fratres 3. ibi: Quid ergo, si non sint ejusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus primo loco videatur invitatus, & in dict. l. Heredes mei 57. dict. §. Peto ibi: Propter gradus fidei-commissi præscriptos.*

63 Vel desumatur conjectura ex vehementiâ, & enixa deliberatione voluntatis, ut in dict. l. Cum pater 77. dict. §. pen. inducendo eo modo, de quo supra num. 25.

64 Vel desumatur conjectura ab utilitate concedentis, ut in terminis, de quibus agimus; de quâ diximus num. 54; ex quâ defendimus disposuisse Legislatores nostrum dict. §. 6. filium semper præferendum nepoti.

## DUBITATIO XXXI.

An concessâ Emphyteusi pro filiis, nominari possit secundum tori, extante filio primi?

Ad Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.

## SUMMARIUM.

**R** Eferuntur D.D. qui sequuntur affirmativam in homine soluto. Solutus stipulans pro filiis pro omni-

- bus stipulatū esse censetur.
- 3 Filij secundi matrimonij non sunt minus filij, quàm primi.
  - 4 Legatum relictum uxori comprehendit secundam.
  - 5 In disjunctivis sufficit alterum fieri.
  - 6 Appellatione suorum veniunt omnes descendentes.
  - 7 Dominus concedens solum cogitat de pensione recipiendâ.
  - 8 Maritus legans uxori in tempus filiorum intelligitur de filiis quovis tempore natis.
  - 9 Institutio posthumi tempore primæ uxoris comprehendit posthumum secundæ uxoris, & num. 46.
  - 10 Legatum relictum cognatis comprehendit nascituros.
  - 11 Concessio pro eorum filiis intelligitur discretivè.
  - 12 Concessio pro filiis de entre ambos, de quâ Ord. dict. §. 6. per verba ibi: *qual quizer, extenditur ad filios secundi tori.*
  - 13 Affertur autoritas Baldi.
  - 15 Nullis filiis jus queritur ex concessione Emphyteusis.
  - 16 Emphyteusis vendi potest.
  - 17 Emphyteusis sicut vendi potest, ita nominari in filio secundi tori; quod est indissolubile argumentum.
  - 18 Ampliatur hæc affirmativa sententia in concessione factâ pro filiis utriusque.
  - 19 Limitatur, quando filius secundi tori est genitus ab illo parente, ex quo provenit Emphyteusis.
  - 20 Defenditur contraria sententia negativa.
  - 21 In Emphyteusi succeditur ex voluntate concedentis.
  - 22 Ideoque dicitur Emphyteusis capi à domino concedente.
  - 23 Omnis successio gubernatur à voluntate conjecturatâ.
  - 24 Lex nostra, quidquid disponit, fundat in voluntate conjecturatâ.

- 25 Nullus cogitat de secundâ futurâ uxore.
- 26 Referuntur verba Tiraquel.
- 27 Non est naturale, nec civile expectare secundam uxorem.
- 28 Nemo cogitat de matrimonio sine filijs.
- 29 Ergo filius secundi tori non est in consideratione, extante primi.
- 30 Filij secundi tori non censentur vocati sine expressâ mentione.
- 31 Filij primi tori censentur ordine successivo vocati cum filijs secundi: & num. sequent.
- 33 Non debemus magis tribuere casui tacito, quàm expresso, & numer. 35.
- 36 Emphyteuticus contractus est stricti juris non extendendus.
- 37 Duae extensiones non admittuntur, sicut nec duo specialia.
- 40 In ultimis dispositionibus fit latior interpretatio, quàm in contractibus.
- 41 Explicatur Gam. decis. 351. num. 3.
- 45 Inducitur text. in l. Cum vir. 25. ff. de condit. & demonstr.
- 48 Filius secundi matrimonij potest nominari, non existentibus filijs primi.
- 51 Emphyteusis divisibilis erat de jure communi.
- 52 Tot sunt concessiones, quot sunt vitæ futuræ.
- 53 Facultas vendendi concessa à domino non potest extendi ab Emphyteutâ.
- 56 Qui nominari non possint?
- 62 Dominus censetur desiderare vitas finire.
- 63 Ex quo censetur non cogitasse de filijs secundi matrimonij.
- 64 Filij habent jus quæsitum, quoad formam nominationis.
- 65 Pater tempore mortis non potest ad libitum disponere de rebus suis.
- 67 Quid, quando pater tempore secundæ uxoris impetravit renovationem? & num. sequent.



Anc dubitationē in Emphyteusi concessâ homini adhuc soluto affirmativè resolvit Tiraquel. in præfat. ad l. Si unquam

Cod. de revocand. donat. num. mihi 109. quem sequitur Covas in cap. Requisiti de testam. num. 3. in fin. refert, & sequitur Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 56. & de nomin. quæst. 15. num. 32. Flor. ad Gam. decis. 235. cum quibus transit Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 938. & 940. versic. Visa, & num. 947. pag. 403. Hanc affirmativam tetigit Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 91.

2 Probant primò, quia Emphyteuta, qui primò stipulatus est, dum erat solutus, stipulari censetur pro filijs nascituris tam primi, quam secundi matrimonij, cum par sit omnium liberorum ratio, par amor, par affectio, par successio, quæ omnibus æqualiter defertur, nullo ætatis, sexûs, matrimonij discrimine: verba sunt Tiraquel. in dict. l. Si unquam Cod. revocand. donat. in præfat. dict. num. 109. cum alijs Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 20. numer. 19.

3 Nec secundi matrimonij sunt minus filij acquirentis, quàm nati ex primo matrimonio: optimus text. in auth. de nuptijs Collat. 4. cap. 48. §. Illud quoque, ibi: Sed providere quidem & secundis, providere autem & primis: cogitantes, quoniam filij antea sunt. & ex l. 3. Cod. de inofficioso testem. Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 27. & de nomin. quæst. 15. num. 25. ex Bald. in auth. Qui rem Cod. de Sacros. Eccles. imò sunt æqualiter dilecti: Gam. decis. 233. num. 7. versic. Nec similiter, & decis. 351. num. 1. tam nati, quam nascituri. Cald. de potest. elig. dict. cap. 13. num. 31. versic. Non etiam.

4 Probant secundò à simili, quia legatum relictum ab homine soluto, uxori futuræ debetur tam primæ, quam secundæ.

secundæ, & tertię : quia cessat conjectura affectionis uxoris presentis, cum testator adhuc esset solutus: cum *Alex. conf. 171. Covas in dict. cap. Requisisti num. 3. in fin. de testam.* & cum eodem *Alex. Cald. de potest. elig. dict. cap. 13. num. 56.* & omnibus citatis *Flor. ad Gam. decis. 235. pag. mihi 310,* ubi laudat *Cald. de nomin. quæst. 15. num. 25. & num. 32. cum eodem Alex.*

5 Tertio probatur affirmativa sententia in casu, qui difficilior reputatur, prout fatetur *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 151.* nempe in uxorato stipulante *pro filijs suis: ex Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. ibi: Poderá nomear hum de seus filhos, qual quizer:* quæ lex, cum nõ loquatur per verbũ conjunctivũ, sed per verbũ distributivũ, insinuat posse nominari filiũ secundi tori, etiã stante filio primi matrimonij, quia in disjunctivis sufficit alterutrum fieri: *ex l. Si is, qui 13. §. Cum ita ff. de reb. dub. l. Siquis ita 129. ff. de verbor. oblig. Pegas tom. 3. forens. dict. cap. 28. num. 152.*

6 Quarto etiam in prædicto fortiori casu, quia secundũ juris regulas appellatione suorum veniunt omnes descendentes: *ex Mantica & Fusar. Pegas tom. 3. forens. dict. cap. 28. dict. num. 152.* Et ex hãc juris dispositione verba contractũs interpretanda sunt, dum pro filijs suis Emphyteuta stipulatus est: *Pegas ibidem cum Gam. decis. 351. num. 1. & Cald.*

7 Quinto, quia, cum potius mens concedentis attendenda sit, quàm verborum dispositio: *ex L. Lucius 85. ff. de hered. instit. & L. Generaliter 6. Cod. de instit. & substit.* non censetur concedens magis de his, quàm de illis filijs cogitasse, quia in domino ad nullos consideratur affectio ulla; imò illi sunt odiosi, quia incogniti, & quia dominus solum cogitat de pensione recipienda: cum *Cald. de extinct. cap. 20. num. 12. & cap. 19. num. 29. ad fin. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 153. & tom. 2.*

*forens. cap. 10. num. 8. & 12. & 13. idem Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 30. & exemplificatis formulis concessionum num. 46. & infra num. 41.*

8 Sexto probatur à simili, quia maritus legans uxori suæ centum in tempus filiorum intelligitur de filijs quovis tempore natis: *Cald. de nomin. quæst. 15. num. 25. ex text. in l. Cum vir ff. de condit. & demonstr. & l. sequent. eodem tit.*

9 Septimo etiam à simili, quia institutio posthumi facta tempore primæ uxoris comprehendit etiam posthumum secundæ uxoris: *ex text. in l. Placet ff. de liber. & posthum. Cald. de nomin. quæst. 15. num. 25. & de potest. elig. cap. 13. num. 29. Tiraquei. in præfat. ad. l. Si unquam Cod. de revocand. donat. num. 105. Pinb. de Emphyt. disp. 6. sect. 6. num. 121. Gam. decis. 351. num. 3. versic. Obstare: ergo &c.*

10 Octavo, quia legatum cognatis relictum debetur tam natis tempore testamenti, quam postea nascituris usque ad tempus mortis: *ex l. Si cognatis ff. de reb. dub: ergo Emphyteusis pro filijs concessa omnes filios comprehendit nascituros, quamvis ex secundâ, vel tertiâ nascantur uxore: Cald. de nomin. quæst. 15. num. 25. in fine Gam. decis. 233. in princip. versic. Processus in fin.*

11 Nonò, quia verba concessionis *pro eorum filijs* debent intelligi non conjunctivè, sed discretivè, ut comprehendant tam filios ab utroque natos, quam ab altero tantum, idest, ex secundo matrimonio genitos: ut *in auth. Qui rem Cod. de Sacras. Eccles. Cald. de nomin. quæst. 15. num. 26. in princip.*

12 Decimò, quia tota ratio dubitandi in *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6.* fuit, an concessio *pro filijs* extendenda esset ad filios secundi matrimonij: ad quam respondet Legislator per verba ibi: *qual quizer:* ergo, excluso filio primi tori, potest nominari filius secundi conjugij,



etiam non obstante clausula ibi: *De entre ambos*: quâ utitur Legislator: ita *Gam. decis. 351. num. 2.* & est de mente *Cald. de potest. elig. cap. 13. numer. 50.*

13 Undecimò probatur ex auctoritate *Bald. in auth. Qui rem Cod. de Sacros. Eccles. num. 5.* docentis ad Emphyteusim concessam marito, & uxori, atque eorum filijs audiendos esse alterius matrimonij natos, & sic non communes: refert *Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 28.* cum alijs, & *latius num. 33.*

14 Duodecimò probatur; quia saltem in eo Emphyteutâ, qui non accepit, sed est secunda vita, & filios habet utriusque uxoris, cessant omnes considerationes in contrarium; & cum ipse est caput, undè provenit Emphyteusis, eam poterit nominare in quemcumque maluerit filium: ac per consequens saltem in Emphyteuta, qui non sit prima vita, debemus admittere, quod possit nominare filium secundi tori, adhuc extante primi.

15 Decimo-tertiò, quia nullis filijs jus quæritur ex concessione Emphyteusis: quia, si illis jus quæreretur, non posset Emphyteusis vendi, nec ex consensu domini, nec lex illi quæsito juri præjudicare posset: *L. fin. ff. de pactis: L. Quod nostrum ff. de regul. jur. exornat Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 1. num. 157. & 2. part. cap. 13. num. 9. Pinbeyr. de testam. disp. 1. sect. 5. num. 172.*

16 Atqui hoc est falsum, quia talis Emphyteusis vendi potest: ex *Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22. in princip. & tit. 38. in rubric. & §. 1. & 2. Phab. 2. part. decis. 187. num. 2.* quia filijs non dicitur jus quæsitum, ostendit optimè, & latè *Pegas tom. 3. forens. cap. 10. per tot.*

17 Ergo, cum filijs nullum jus acquiratur, siquidem vendi potest Emphyteusis, ita similiter nominari potest filius secundi, etiam extante primi ma-

trimonij filio, cum nulla detur differentia de casu ad casum: ita non citato *Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 28. in fin.* argumentatur *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 153. per tot.* cujus fundamenta indissolubilia fatentur in supremo senatu apud ipsum *Pegas ibi num. 175. & num. 176.* eodem argumento utitur *Pegas dict. cap. 28. num. 942. & num. 944. pag. 402. versic. eo, vel magis, & num. 950. versic. proclamat pag. 404.*

18 Extollunt hanc affirmativam sententiam ejus sequaces etiam ad casum, quo concessio facta fuit *ad filios utriusque*: in quo asserunt posse nominari filium secundi tori, etiam excluso primi matrimonij. *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 152. cum Gam. decis. 351. num. 1. Cald. de nominat. quest. 15.* Refert *Pinbeyr.* quamvis non sequatur, *de Emphyt. disp. 6. sect. 6. numer. 121.*

19 Limitat tamen, quando filius secundi tori non est genitus ab eo parente, propter cujus bene merita fuit concessa Emphyteusis, vel à quo provenit: *Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 27. & num. 52.* & in fortioribus terminis idem *Cald. de nominat. quest. 14. num. 40. cum Gam. decis. 233. num. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 487. & num. 490. & num. 496. cum pluribus.*

#### Defenditur contraria sententia.

20 Quibus non obstantibus, verior videtur contraria sententia asserens indistinctè, quod nec in Emphyteusi concessâ soluto, nec uxorato *pro filijs* potest nominari filius secundi tori, dum aliquis extat ex primo matrimonio: nedùm si concessa sit *pro filijs utriusque*: tenet *Cald. de renov. quest. 13. num. 8. pag. mihi 101.* Probat mihi *text. in §. Siquis per triginta annos 4. versic. Mulier. lib. 2. feudorum-*

*rum tit. si de feudo defunct. contentio sit ibi: Mulier habens feudum, relicta filijs ex duobus matrimonijs decessit: inter quos feudi questio, aliarumque rerum maternas vertebatur: obtinuit filios prioris matrimonij tam in feudo, quam in ceteris rebus potiores esse: & cum hac negativâ transit Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. Cap. 8. num. 92. ubi num. 93. limitat in concessione liberâ cum Pegastom. 2. forens. cap. 9. num. 219.*

21 Primò probatur, quia in Emphyteusi succeditur ex voluntate concedentis: *Cald. de nomin. quest. 14. num. 42. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. numer. 176.*

22 Et ideò omnes tenent, quod succedens in Emphyteusi non capit à nominante, sed à domino concedente: *Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. num. 175. cum cit. dub. 28. num. 83. Nempè. Cald. Valasc. & Pinbeyr.*

23 Undè quidquid, & omne, quod asserunt D.D. fundatur in præsumptione, quam naturaliter, & civiliter discurrendo deducere intendunt ab ipsâ concedentis voluntate, quæ omnia regit, & ex quâ omnis successio gubernatur: *ex text. in l. ex facto 17. §. Siquis rogatus ff. ad Trebel. l. fin. ff. de jur. de lib. l. cum pater 79. §. volo ff. de legat. 2. Cald. de nomin. quest. 19. num. 16. & quest. 17. num. 12. & num. 26. Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. numer. 176.*

24 Imò lex nostra, & nostrum jus quidquid disponit, fundat in voluntate interpretativâ ipsius concedentis, sicut in simili ipsius testantis: cum *Molin. optime Pegastom. 2. de maior. cap. 100. num. III.*

25 Quænam ergo naturalis intelligentia hominis rationaliter discurrentis suaderi potest, quod dominus directus in actu successionis factæ soluto

Emphyteutæ cogitet de secunda uxore, seu de filijs secundi tori, quando adhuc nec est prima uxor, nec primi filij sunt in rerum natura? Qua autem ratione naturali fundantur, qui suadentur interpretari domini voluntatem de secundis cogitasse nuptijs, quando nec primæ adhuc sunt certæ? *Tiraquel. in præfat. ad L. Si unquam cod. de revoc. donat. num. mihi 108. ibi: Nihil tamen haberet virium in natis ex alia uxore, de quibus cogitare, nec in genere quidem potuit, quia debemus referre conjecturam voluntatis ad id, quod verosimile est, secundum naturalem rationem: refert Dyn. Bald. & alios.*

26 Audiatur iterum *Tiraquel*, qui ita interpretatur mentem cogitantis de matrimonio: in *dict. præfat. dict. num. mihi 108. ibi: ut interim omittam, quod qui de liberis loquitur, aut cogitat, debet censeri loqui, & cogitari de liberis primi matrimonij tantum: sicut, qui de matrimonio loquitur, de primo tantum intelligere videatur per text. expressum in l. dotis. promissio §. ult. ff. de dot. promiss. & in l. Boves §. Hoc sermone ff. de verb. signif. transcribit etiam Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 54. in fin. & de nomin. quest. 15. num. 29.*

27 Neque enim naturale, nec civile est expectare secundam uxorem, & ex eâ secundos filios: *Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 54. cum Tiraq. in princip. dict. l. Si unquam cod. de revocand. donat. num. mihi 107. per text. in l. Siquid. earum. §. fin. ff. de legat. 3. ibi: quia non est ita de posteriori uxore cogitatum. Refert etiam Cald. de nominat. quest. 15. num. 29. Covas in cap. Requisiti de testam. numer. 3.*

28 Procedamus nunc ad casum, in quo conceditur Emphyteusis homini uxorato: in quo, si dominus concedit Emphyteutæ, & uxori, & filijs, de qua uxore, seu de quibus filijs censendus est cogi-

cogitasse? Quibus concessisse? Quibus bona sua tradenda, & melioranda voluisse? Illisne, quos nec cognovit, nec expectare debuit, supponendo tristem eventum uxoris, & matrimonium sine filiis? Audiatur *Cald. de nomin. quest. 15. num. 27. ex notat. ad rubr. & ad l. Fœminæ Cod. de secund. nupt. Tiraquel. in præfat. ad l. Si unquam Cod. de revocand. donat. num. mihi 103. per text. in l. Inter stipulantem §. Sacram ff. de verb. obliq.*

29 Ergo contra mentem, & intentionem domini non potest nominari filius secundi tori, dum extat filius primi: cum *Boer. & alijs Cald. de potest. eligend. cap. 13. numer. 28. in fin.*

30 Nec secunda uxor, nec ejus filij vocati censentur, nisi de eis fiat expressa mentio: *Cald. de nomin. quest. 15. num. 30. ex l. Si vir uxori, & l. Sequenti in princip. ff. de condit. & demonstr. quia esset incivile, & turpe expectare secundam uxorem, & de eâ secundos liberos: Tiraquel. in dict. princip. l. Si unquam num. mihi. 104. per regul. text. in l. Merito ff. pro socio.*

31 Secundò probatur hæc negativa sententia ex eo, quia supponamus, quod concessio Emphyteutica facta fuit *pro filiis primi tori*, & expressè *pro filiis etiam secundi matrimonij*: quia contendunt authores contrariæ sententiæ, suadentes, quod in concessione *pro filiis* comprehenduntur etiam filij secundi conjugij.

32 Atqui in casu expresso, quando scilicet expressè vocantur filij tam primi, quam secundi tori, censentur ex interpretativâ mente concedentis vocari ordine successivo, ut scilicet succedant primò vocati & primi in ordine vocationis; ut de jure Regni ostendimus *dub. 30. à num. 53. & 54. & jure communi tenet Alex. lib. 5. conf. 119. num. 5. & 6. apud Cald. de nomin. quest. 14. num. 40. in fin. &*

*num. 41. & quest. 15. num. 35.*

33 Ergo debet filij secundi tori succedere solū in casu, quo nō extet filij primi cōjugij, qui primo in ordine sūt vocati: & non possunt præferri filij secundi matrimonij in concessione *pro filiis*, de qua agimus, in qua non expressè, sed tacitè censentur comprehendi, ne alias magis tribuamus casui tacito, quàm expressè concessioni: contra *regul. text. in l. Qui ad certum 14. ff. locat. & que dicemus dub. 44. num. 35. cum Portug. & Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 7. à num. 5.*

34 Tertio, quia concessio *pro filiis*, quamvis exprimat tam primi, quam secundi tori, est concessio dubia; de quibus scilicet primò cogitasset dominus concedens, ac perconsequens censentur filij vocati ordine successivo: ut cum *Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. num. 174. ad fin. dicebamus dub. 29. num. 25.*

35 Ergo quod dicere non debemus de casu vocationis expressæ, factæ scilicet *pro filiis primi*, & *secundi tori*, asserere non debemus in casu, quo concessio facta fuit simpliciter *pro filiis*; ne plus tribuamus concessioni interpretatæ, quam expressæ concessioni, ut diximus *num. 33.*

36 Quarto, quia speciale est, quod in concessione factâ *pro filiis* tantum, seu simpliciter, comprehendantur etiam filij secundi tori, cum contractus sit stricti juris, & nihilominus extendatur ad eos etiam comprehendendos. *Pegastom. 3. forens. cap. 28. num. 487. Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 32. ad fin. & de nomin. quest. 14. à num. 38. ex alijs fundamentis.*

37 Ergo, si in concessione stricti juris admittitur interpretatio extensiva, ut scilicet comprehendantur filij secundi tori, non debet admitti secunda extensio, ut etiam præferri possint filij primi conjugij: quemadmodum dicimus de duobus specialibus non admittendis in eodem casu: *ex text. in l. 1. Cod. de dot.*

dot. promiss. Barb. 3. part. l. 1. num. 45. ff. solut. matrim. Cald. de nomin. quæst. 12. num. 11. Gabr. Pereyr. de Mau. Regia 1. part. cap. 28. num. 25. Flor. var. quæst. 23. num. 13. § 54. § 60. Barb. in l. 2. num. 233. Cod. de præscriptionibus triginta, vel quadraginta. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 1. sect. 2. num. 47. & diximus cum alijs dub. 29. num. 34.

## Ad Contraria.

38 Non obstat primum, de quo num. 2. & 3. quia respondetur filium nominatum non succedere patri, ut habenda sit ratio ad ejus affectionem: imò solum succedit domino concedenti, in quo nulla consideratur affectio: *ex dictis num. 21. § 22.*

39 Non obstat secundum, de quo num. 4. Respondetur enim primò argumentum non convincere præferentiam; quia ibi secunda uxor non præfertur primæ: imò secunda non datur, quin prima deficiat: & si secunda comprehendatur in defectu primæ, sequitur, quod filius secundi matrimonij comprehendatur in vocatione, si deficiant filij primi tori, quod non negamus.

40 Respondetur secundò argumentum procedere in ultimis dispositionibus, in quibus fit latior interpretatio, quam in contractibus: in terminis terminantibus: *Covas in cap. Requisisti de testam. num. 3. in fin.*

41 Et quamvis *Gam. decis. 351. num. 3. versic. obitare* admittat etiam latiore interpretationem in contractibus, procedit instantia respectu patris, qui amat, & non potest procedere respectu domini concedentis, à quo capitur, & in quo erga filios Emphyteutæ nulla consideratur affectio, ut diximus num. 7. § dub. 29. num. 16. & tenet cum *Reynof. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 574. in fin.*

42 Ad tertium, de quo num. 5. respondetur verbum, de quo *Ord. ibi: qual*

*quizer* intelligendum esse facultatem procedere ordine successivo, ut scilicet nominare possit pater filium, quem mauerit ex primo matrimonio, & in horum defectu quem voluerit ex secundo conjugio: & ita verificatur, quod in disjunctivis sufficit alterutrum fieri: *diximus dub. præced. num. 2.*

43 Ad quartum, de quo num. 6. respondetur argumentum non convincere præferentiam, ut scilicet filij secundi tori præferri possint filijs primi conjugij, in quo consistit præsens dubitatio; sed solum probat argumentum, quod in concessione *pro filijs* etiam comprehenduntur filij secundi conjugij tanquam descendentes, non ut præferri possint, sed ut possint nominari, tanquam sui, quod non negamus in defectu filiorum primi matrimonij: de quo videndus *Guerreyr. tract. 1. de inventar. lib. 4. cap. 13. num. 52.*

44 Ad quintum, de quo num. 7. respondetur dominum concedentem ex vi amoris, quem non habet, non cogitasse primò de primis filijs; sed de illis cogitasse censendus est ex vi rationis naturalis, qua attenda, primo pro primis disposuisse, & concessisse interpretandus est: *ex dictis à num. 25. § à num. 28.*

45 Ad sextum, de quo num. 8. respondetur argumentum non convincere præferentiam, de qua agimus: & *text. in dict. L. Cum vir 25. ff. de condit. § demonstr.* procedere ex conjecturata mente testatoris, ut patet ibi: *quod testatorem verosimile non est de his liberis sensisse, qui, se vivo, ex alio suscepti fuissent:* ex quo potius retorqueri posset argumentum, junctâ conclusionem, quam ex eo *text. deducit. Bart. ibi: Si inter virum, & uxorem fit mentio de liberis, intelligitur de natis ex eis.*

46 Ad Septimum, de quo num. 9. respondetur argumentum non probare præferentiam inter filios alterius tori, de qua agimus, & solum probare com-

prehensionem, quam non negamus: & iterum procedere favore testamenti conservandi, qui quidem favor, si cessaret, contrarium esset dicendum de jure: *cum Bart. & omnibus in L. Si ita ff. de aur. & argent. legat. Tiraquel. in præfat. ad L. Si unquam Cod. de revoc. donat. num. mihi 105.*

47 Ad octavum, de quo *num. 10.* respondetur favore testamenti, & ultimæ voluntatis fieri latiore interpretationem, ut omnes comprehendantur, quia omnes possunt admitti, & censentur comprehensi: ut dicebamus *num. 36.* Sed in nostrâ hypothesis, quæ consistit in contractu stricti Juris, & in quâ omnes simul non possunt admitti, imò ad unum perventura res sit, non convincit argumentum, an præferendus sit iste, vel ille, hoc est, filius primi, an secundi matrimonij.

48 Ad nonum, de quo *num. 11.* respondetur argumentum nullatenus probare filios secundi tori posse præferri filijs primi, quod est intentum, de quo agimus; sed solum convincere filios secundi tori comprehendi in vocatione, quod non negamus: imò fatemur nominari posse, quando non extant filij primi matrimonij: ut latè ostendit *Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 34. Pinbeyro de Emphyt. disp. 6. sect. 6. num. 121. cum Gam. decis. 351. num. 3. & verbis Fragoz. tom. 3. disp. 9. §. 18. num. 15.*

49 Ad decimum, de quo *num. 12.* respondetur primò divinatorium esse asserere rationem dubitandi in terminis *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6* consistere in eo, an concessio facta pro filijs, extendenda esset ad filios secundi conjugij: imò est casus omissus; quia nullum in *Ordin.* adest verbum, undè talis ratio dubitandi deduci possit: imò omne dubium versabatur in eo, an in concessione factâ simpliciter *pro filijs* comprehenderetur etiam filij, & an nepotes etiam comprehenderentur: ut dicebamus *dub. 29. num. 40.*

50 Respondetur secundò, dato, quod ipsa esset ratio dubitandi, adhuc contendimus verba *Ord. ibi: qual quizer,* intelligenda esse ordine successivo, sicut intelligerentur, si non essent ipsius legis, sed domini concedentis: per ea, quæ dicebamus *præced. dub. à num. 49. cum sequentib.*

51 Ad undecimum, de quo *num. 13.* respondetur procedere in diversis terminis authoritatem *Bald. de quibus Cald. de potest. elig. cap. 13. num. 55. & de nomin. quæst. 15. num. 31.* Et etiam respondetur, quod *Bald.* loquitur de jure communi contendens divisionem faciendam inter filios, quia Emphyteusis divisibilis erat de jure communi: *cum Val. de jur. Emphyt. quæst. 38. à num. 12. Cald. de nomin. quæst. 15. num. 33.*

62 Ad duo-decimum, de quo *num. 14.* respondetur, quod intentio, & mens concedentis eadem est, quoad primum acceptantem, atque quoad omnes successuros, quia in omnibus censetur repetita, cum tot dicantur concessiones, quot sunt vite successuræ in Emphyteusi: *Cald. de potest. elig. cap. 2. num. 3. August. Barbos. in reparator. utriusque jur. verbo Emphyteusis pag. 115. cum Bart. & eodem Cald. de Empt. cap. 32. num. 47. Reynus. obs. 19. num. 12. versic. quoniam.*

53 Ad ultimum, de quo *à num. 15. & 16.* & in quo magis fundant sententores apud *Pegas citatum dict. num. 16.* respondetur primò, quod ideò Emphyteuta potest alienare, quia habet concessionem, & voluntatem domini ad alienandum, quam ita ad unquam debet observare, quia stricti juris, ut licentia obtenta ad vendendum Titio, non possit extendi ad vendendum Sempronio: *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 8. à num. 177. & sequent. cum Cald.*

54 Ergo etiam facultas, quam habet Emphyteuta nominandi filium, non debet extendi ad filium secundi tori, saltem

saltem extante filio primi, quia talis facultas etiam provenit ex eodem contractu stricti juris, & non datur fundamentum, undè sumi possit interpretatio concessionis ad filios secundi tori, dum extant filij primi: & fit palam tam alienationem, quam nominationem regulari debere ex tacitâ, vel expressâ voluntate concedentis, ut dicebamus *num. 23. & sequent.*

56 Respondetur secundo, quod sicut sufficit conjecturata voluntas concedentis, ut ipsa facultas nominandi absoluta restringatur ad illas personas, de quibus dominus solum censetur cogitasse; & ideo nominari non potest inimicus, spurius, potentior, & similes, de quibus *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 3. per tot. & passim D.D.*

57 Ità similiter sufficere debet voluntas conjecturata concedentis domini in concessione factâ *pro filijs*, ut restringatur nominatio ad filios primi tori, de quibus primò cogitasse censendus est: *ex dictis à num. 25. cum sequent.*

58 Respondetur tertio, quod si argumentum procederet, utique sequeretur, quod quemadmodum ex defectu juris quæsitum Emphyteusis transire potest in extraneum per alienationem, utique ex eadem ratione juris non quæsitum transire in extraneum posset per nominationem: sed consequens est falsum ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. ibi: Mas nam poderá nomear pessoa estranha.* Ergo non concludit argumentum de venditione ad nominationem: quia falsum consequens arguit falsitatem in antecedente: *L. Apud antiquos cod. de furt. L. 2. §. Mutui ff. Si certum pet. L. Illud ff. de acquir. hered.*

59 Undè patet non convincere argumentum de necessario, quia ex eo, quod Emphyteuta potest vendere, cui voluerit, non sequitur, quod possit nominare, quem maluerit, quia ad primum supponimus concessam facultatem, ad secundum contendimus esse restrictam concessionem ex interpretatâ volunta-

te concedentis *pro filijs.*

60 Instabis: concessio ad alienandum, seu nominandum potentiores ideo restringitur ex interpretatâ voluntate concedentis, quia censetur præjudicialis actus ipsi domino, qui ita facile pensionem non erit assecuturus, & ideo ad similes non censetur concessisse. *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 8. numer. 177. & sect. 9. numer. 197. quem sumariè transcribit Pegas tom. 2. forens. cap. 9. numer. 156.*

61 At verò quoad nominandos filios, vel sint primi, vel secundi tori, nullum domino concedenti præjudicium consideratur, ut locus sit interpretationi asserenti noluisse, seu cogitasse de filijs secundi matrimonij.

62 Respondetur tamen, quod dominus concedens semper desiderare censendus est filios ullos non extare, ut citius vitæ finiantur, citius dominium consolidetur, vel saltem citius petenda sit renovatio, ut pensio sit augenda: *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. sub num. 153. cum Pinbeyr. & alijs.*

63 Ac per consequens ex prædicto considerato præjudicio utique censendus non est dominus de filijs etiam alterius matrimonij cogitasse; qui cõprehendi ideo non deberent ex ejus interpretatâ voluntate in concedendo: argument. eorum, quæ *Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 487. cum Cald. de potest. elig. cap. 13. numer. 32. ad fin.*

64 Ad illud tandem, quod suadet argumentum Senatorum, de quibus supra *num. 16.* nullum scilicet jus filijs esse quæsitum in concessione, ex eo quod vendi potest Emphyteusis, respondetur, quod etsi filio non sit jus quæsitum, ut impediatur alienationem, quam dominus permisit, dicitur tamen jus quæsitum pro tempore nominationis faciendæ, ut impediatur nominationem fieri aliter, quã dominus expressè, vel tacitè censetur concessisse: *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. numer. 174. Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 49. numer. 12.* D Ibi:

Ibi: *Nonus casus est, quando Emphyteusis fuit concessa pro se, & filio, aut filijs nominandis cum clausula, quod non possit alienari sine licentia domini; videtur enim per hoc tacite data potestas alienandi cum consensu domini, & jus quæsitum filio sub tacita conditione, si Emphyteusis illa per patrem non fuerit alienata: transcribit, & sequitur Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. num. 61. in fin. Agnoscit, & non convincit Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 53. antè fin. pag. 190.*

65 Confirmatur ex non longè dissimili, quia bona allodialia potest pater vendere ex permissione legis ex regula text. in *L. In re mandata Cod. mandat.* Et tamen tempore mortis institutionem facere non potest in præjudicium filij, quia institutio, seu dispositio coarctatur à jure in tempore ultime voluntatis, ne filio præjudicetur. *Ord. lib. 4. tit. 82. in princip. & §. 1. Portug. lib. 1. præ-lud. 2. §. 7. num. 59. & 2. part. cap. 16. num. 22. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 21. Pinbeyr. de testam. disp. 5. sect. 5. numer. 242.*

66 Ergo etiam, quamvis Emphyteuta possit vendere ex facultate concedentis, non potest tempore nominationis faciendæ alium nominare, cui non conveniat voluntas, sive tacita, sive expressa ipsius concedentis, ex qua succeditur: ut cum *Cald. de nomin. quæst. 14. num. 42. & Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. numer. 176. dicebamus à num. 21.*

67 Ex quibus, stante hac veriore negativa sententiâ, inferebam ad casum, quo Emphyteuta tempore secundæ uxoris impetravit renovationem Emphyteusis pro filijs: quia, si Emphyteusis provenit à prima uxore, resolvendum erit ejus filijs præjudicari non posse, imò semper esse præferendos ex dictis num. 30.

68 Si verò Emphyteusis venit ab ipso patre renovationem impetrante, ad-

huc filijs primi tori non posse præjudicari, quia primi filij: tenet, & judicatum asserit *Senator apud Pegas tom. 3. forens. cap. 28. à num. 948. & numer. 950.*

69 Et quamvis in illa hypothese contrarium judicatum fuisset, ex eo fundamento fuit, quod sicut pater poterat vendere jus petendæ renovationis in præjudicium filiorum, ita similiter in obtinendâ renovatione: de quo dubitavimus *suprà à num. 53. cum sequentibus.*

## DUBITATIO XXXII.

Quare Emphyteusis conferenda sit?

*Ad Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22.*

### SUMMARIUM.

- 1 **U**tilitas materiæ cõmendatur.
- 2 Referuntur *D. D.* qui de eâ agunt.
- 3 Quæritur ratio decidendi *Ord.*
- 4 Proponitur præcipua cõclusio, quod scilicet confertur Emphyteusis, si in vita tradita sit filio.
- 5 Ratio assignatur, quia pater dimit-tens usumfructum minuit patri-monium.
- 6 Ampliant etiam, si tradatur Em-phyteusis revocabiliter.
- 7 Limitant, si pater reservet usum-fructum in vita.
- 8 Mirabilis, si non absurda ratio de-cidendi.
- 9 Ergo sequeretur, quod idem esset in Emphyteusi antiqua ex eadem ratione.
- 10 Sed contrarium videmus in pra-xi.
- 11 Sequeretur etiam, quod filius solum fructus perceptos conferre tene-retur.

12 Quod

- 12 Quod est falsum: ex quo duram, & malè conceptam Ord. dicunt D.D.
- 13 Sequeretur etiam, quod filius solum teneretur conferre pretium Emphyteusis habito respectu ad vitam patris.
- 14 Quod est falsum; quia Ord. jubet conferre pretium habito respectu ad omnes vitas.
- 15 Fructus non conferuntur, quia cedunt loco alimentorum: & numer. 30.
- 17 Lex fundatur in observanda equitate.
- 18 Nominans revocabiliter potest alium nominare.
- 20 Filius nominatus, quamvis revocabiliter, semper facit fructus suos.
- 21 Filius nominatus conferre tenetur pretium Emphyteusis emptæ.
- 23 Laudantur Præceptores Conimbricenses, & num. sequent.
- 24 In Ord. dict. §. 22. nihil intantum.
- 25 Doctrinæ, quas ad hanc Ord. referunt D.D. sunt mutuatae.
- 26 Referuntur verba Ord. dict. §. 22. ibi: Enam lhe fendo dado em vida &c.
- 27 Filius non capit à patre, sed à domino concedente, & numer. sequent.
- 31 Nominans in morte solum operatur actum necessarium.
- 34 Ord. credimus in equitate fundatam.
- 35 Emphyteusis de novo acquisita alienari potest ab acquirente.
- 36 Conferendum erit omne alienabile.
- 37 Nostra Emphyteusis differt à jure communi.
- 38 Pater acquirere potest vendendo Emphyteusim.
- 39 Quæ possibilitas inducit obligationem conferendi. Et num. 40.
- 41 Text. in l. Omnimodo §. imputari cod. de inofficioso testam. non pro-

- cedit in Emphyteusi: Et numer. 48.
- 42 Legislator noster non despicit sententias communes.
- 44 Emphyteusis accipitur à domino concedente, & ideo non conferitur.
- 46 Emphyteusis conferenda, si sit alienabilis.
- 50 Pater potest filiis præjudicare in non acceptando.
- 53 Patri prohibitus est actus, per quem unus melioratur filius in præjudicium aliorum.
- 58 Legislatores ad collationes inter filios fundantur in equitate.



**M**ateriam dicit nec in praxi frequentiore, nec Reipublice utiliorē *Cald. de nomit. quest. 18. num. 1. & ejus filius: Barbosa. ad Ord. lib. 4. hoc tit. 97. hoc §. 22. num. 1. quotidianam Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 21. utilissimam Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. sub numer. 1.*

2 De cujus materia in terminis prædictæ Ord. dict. §. 22. agunt ex professo *Valasc. de partit. cap. 13. à num. 97. cum sequentibus: idem Cald. in commentar. ad. text. in §. Sed hæc Inst. de inofficios. testam. cap. 2. per tot. idem Carvalh. ubi supra præcipuè à num. 174. cum sequentibus. Pinhey. de Emph. disp. 5. sect. 2. §. 3. per tot. Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. per tot. & cap. 12. à num. 53. ubi alios refert.*

3 Sed ex ipsorum doctrinis, & serie prædictæ Ord. aliquæ sese offerunt hæsitaciones in materia ita utiles, & quotidianæ, ut de eis agere, sive dubitare cogamur, prout nostri instituti est. Et primò de ratione decidendi Regiæ sanctionis, ex qua melius intelligendæ veniunt dubitationes, de quibus agendum nobis erit.



4 Prima igitur, & præcipua conclusio, quæ deducitur ex ipsâ expressâ *Ord. hoc. §. 22.* est, quod, si Emphyteusis tradita fuerit in vita patris possidentis, filio dotato, tenebitur ipse filius tempore mortis paternæ conferre valorem ipsius Emphyteusis: agnoscunt, & exoriant *Pinheyre de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 28.* citatis *Val. de part. cap. 13. num. 126.* *Cald. de nomin. quæst. 18. num. 1.* & *2. Carvalh. in cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. num. 185.* & alijs *Mend. in L. Cum oportet, Cod. de bonis, quæ liber. 2. part. num. 99.* cum quo, & alijs *transit Guereyre. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. num. 53.* & *54.*

5 Cujus regiæ sanctionis ratio decidendi non satis apta invenitur apud tales, & tantos D.D. eam assignantes: docent enim ex eo procedere, seu in eo sisti, quia pater in vita tradendo Emphyteusim minuit patrimonium, ceteros filios defraudando, quatenus usumfructum dimittit Emphyteusis, ex quo patrimonium augetur; ac per consequens legitime filiorum; *Pinheyre. de Emphyt. dict. sect. 2. dict. num. 28.* ex citat. D.D. *Mend. in dict. L. Cum oportet, num. 100.*

6 Undè inferunt primò filium conferre teneri Emphyteusim in vitâ sibi traditam, quamvis revocabiliter, hoc est, quamvis pater traditionem revocare possit; quia satis est, ut filius fructus percipiat, quos pater dimittit, verificatur enim prædicta ratio decidendi hujus *Ord. dict. §. 22.* *Carvalh. in dict. cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 186.* cum *Val. de part. cap. 13. num. 127.*

7 Inferunt secundò, quod etsi pater in vitâ irrevocabiliter Emphyteusim tradat filio, si tamen usumfructum reservet, non tenebitur filius conferre à cessante ratione decidendi: *Pinheyre. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 28. in fin.* *Carvalh. ubi proxime 4. part. dict. cap. 1. num. 188.* cum *Val. dict. cap.*

*13. num. 133.* & *Cald. & Molin. Mend. in dict. L. Cum oportet, num. 100.* *Cod. de bon. quæ liber. sentit Mend. Aronc. alleg. 26. num. 14.*

8 Mirabilis quidem ratio decidendi! Et sanè mirabiles illationes, quæ ex eâ deducuntur! Ita mirabiles, ut ex eis aliqua etiam deduci absurda arbitrari cogamur: quæ idè describenda censeo, quia quotidiana video.

9 Primum sit: si prædicta ratio decidendi vera esset, sequeretur, quod utique Emphyteusis antiqua, si in vita filio traderetur, conferenda esset ab ipso filio, qui fructus percipit in diminutionem patrimonij paterni; verificatur enim in hoc casu ipsamet ratio decidendi.

10 Atqui consequens videtur falsum, quia non videmus in praxi conferri Emphyteusim antiquam in vitâ traditam; nec *Ord. hoc §. 22.* eam comprehendere voluit: imò se restrinxit ad decidendum circa Emphyteusim noviter acquisitam, ut latius dicemus *dub. 35. à num. 25.* & tenet *Mend. in dict. L. Cum oportet, num. 99.* *Cod. de bon. quæ liber. ergo. &c.*

11 Secundum sit: si vera esset prædicta ratio decidendi, sequeretur, quod filius, qui fructus percipit, solum fructus conferre teneretur, quia solum inter usurium, seu solos fructus à patre fuit consecutus, quos in vitâ percipere poterat, in quo minuit patrimonium, ut suadet ipsa ratio decidendi.

12 Sed hoc est falsum; quia *Ord. hoc §. 22.* jubet conferri ipsam Emphyteusim, seu illius pretium: ergo incivilis videtur prædicta ratio decidendi, prout ex hoc malè concepta ordinationis verba dicit *Valasc. de part. cap. 13. num. 127.* & dura vocat *Cald. in §. Sed hæc, cap. 2. num. 65. in fin. Inst. de inoff. testam. & plus equo dura tract. de nomin. quæst. 18. num. 14.*

13 Tertium: quia, si dimissio fructuum, quam facit pater in favorem filij, esset attendenda tanquam ratio motiva,

tiva, seu finalis, solùm teneretur filius conferre pretium Emphyteusis habito respectu ad vitam patris dimittentis, & nunquam ad vitas duraturas, ex quibus pater nec fructus dimittere, nec consequi posset.

14 Sed hoc est falsum; quia filius conferre tenetur pretium Emphyteusis habito respectu ad omnes vitas, ut benè deducunt ex ipsà *Ord.* ibi: *trará á collaçam, o que valia na vida do pay, que lho deu.* *Pinbeyr. de Emphyt disp. 5. sect. 2. num. 29. Val. de part. cap. 13. num. 128. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 192. cum quibus, & Gam. & Cald. Barbof. & Pereyr. novissimè Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 12. num. 54. Ergo. &c.*

15 Quartum: quia ratio fructuum non venit in consideratione, ut ex eà inferri possit ad collationem; licitum est enim patri dotare res allodiales sine respectu ad fructus, qui non conferuntur: ex *Ord. hoc tit. 97. in princip.* quia cedunt loco alimentorum: *Carvalh. in dict. cap. Raynaldus 4. part. cap. 1. num. 92. & 63. & 165. & in terminis num. 171. & 172. & 173. Val. de part. cap. 13. à num. 14. Thom. Vaz al. leg. 59. num. 4. Pereyr. decis. 96. num. 4. Mend. in L. Cum oportet, Cod. de bon. quæ liber. 1. part. num. 35.*

16 Et quamvis ipsæ res dotatæ conferri debeant, non exindè est, quia filius percepit fructus, nec quia pater fructus dimisit; sed solùm ex eo, quod exierunt res ipsæ dotatæ ex substantiâ paternâ: quod non datur in Emphyteusi, quæ etsi noviter acquisita, semper accipitur à domino concedente: ut diximus *dub. 28. in fin.* & idè nec ratione fructuum, nec ratione rei conferenda esset Emphyteusis sine aliqua alia speciali ratione.

17 Quintum: quia sequeretur, quod pro fructibus unius anni (quod est minimum) & sufficit, ut verificetur ratio decidendi, & tota legis dispositio, ut

est de mente *DD. cit. num. 4. & 5. & 6.* filius solveret pretium opulentæ forsân Emphyteusis habito respectu ad duas vitas: & ita accipiendo v.g. unum, vel duos nummos, solvet decem, vel viginti: & esset iniquitas sanè mirabilis, quando lex fundatur in observanda æquitate *L. 1. in princip. ff. de collat. bonor. l. Ut liberis 17. Cod. eodem tit. Cardoso. in praxi verbo collatio num. 21. Carvalh. dict. 4. part. cap. 1. numer. 191. Valasc. de part. cap. 12. numer. 16.*

18 Sextum: quia, si vera esset ratio decidendi, esset utique vera illatio illa, de qua *DD. cit. num. 6.* ex qua sequeretur, quod filius nominatus revocabiliter in vitâ patris cum traditione, si fructus percepit, Emphyteusim conferet illam, in qua is ipse pater nominavit in morte alium diversum filium successurum, ut benè potest, cum revocabiliter nominasset: ex *Ord. lib. 4. tit. 37. in princip. in terminis Pinbeyr. de Emph. disp. 6. sect. 5. numer. 74.*

19 Et in his terminis filius, qui solùm fructus percipit in vitâ, conferet pretium illius Emphyteusis, in qua secundo nominatus successurus est: & quod est longè iniquum, is ipse secundo nominatus ipsam lucrabitur Emphyteusim, & insimul medietatē pretij, quod solvet miserrimè primus nominatus ex eo solùm, quia in vita patris uno anno, vel minùs fructus percepit. Mirabilis iniquitas procedens ex voluntate æquitatis servandæ.

20 Septimum: quia sequitur etiam, quod in casu Emphyteusis emptæ, filius primò nominatus conferet estimationem, quia fructus in vita percepit, iusta hanc *Ord.* ex communi ratione decidendi; quia, quamvis restitutus sit, semper fecit fructus suos: *Pinbeyr. dict. disp. 6. sect. 5. dict. numer. 74.*

21 Filius autem secundo in morte nominatus conferet etiam pretium ipsius Emphy-

Emphyteufis, quia fuit empta, & exivit pretium ex substantia patris: juxta eandem *Ord. hoc §. 22.*

22 Tertius autem filius ejusdem patris lucrabitur duplicem æstimationem ejusdem rei, quam in terminis propositis solvent ejus fratres, & fiet iniqua partitio: vel non satis liquet, quomodo in hoc casu divisio æqualis fiat inter fratres, stante prædictâ communi ratione decidendi.

23 Octavum; quia si esset vera assignata ratio decidendi, vera etiam esset illatio illa, de qua DD. cit. supra *num. 7.* qui eam amplectuntur, reprobato judicato, de quo Præceptores Conimbricenses, ut ibi referunt: & ex eo solum, quod pater in vitâ tradens reservavit usumfructum, cessabit imputatio.

24 Sed non est credendum Præceptores nostros, dum contrarium judicaverunt, prædictam rationem decidendi ignorasse, nec illationem, quæ ex ea sequitur, nec etiam de facili credendum Legislatorem sine aliquo mysterio omisisse talem distinctionem reservationis usumfructus in casu quotidiano, quando tam providè promisit se acturum de materia, ut patet ibi: *Em sua vida, ou por seu falecimento nomeam, & inferius versic. ibi: querendo nos aisto prover: & quando nihil reliquisse intactum in hac lege asserit Cald. de nomin. quest. 18. num. 3. ad fin.*

25 Undè potius credendum teneo Præceptores illos Sapientissimos aliam sanè meliorem, & adæquatam rationem decidendi percepisse, & intellexisse ad nostram *Ord. hoc §. 22.* & secundum illam rectè judicasse: de qua tamen nec nos certiores fecerunt, nec prædicti DD. illos reprobantes ab illis sunt mutuati, cum omnia esse mutuatos asserat *Carvalh. dict. 4. part. cap. 1. num. 177. in fin.*

27 Infertur etiam ex prædictis mancas esse rationes decidendi solitas assignari ad aliam expressam conclusionem,

de qua hoc §. 22. ibi: *E nam lbe sendo dado em vida do pay, ou may, mas nomeando somente ao prazo para depois de sua morte, nam será obrigado trazer o prazo, nem avalia delle a collaçam.*

27 Prima enim assignari solet, quia filius non capit à substantiâ paternâ, sed à domino concedente: *Mend. in l. Cum oportet Cod. de bon. quæ liber. 2. part. num. 99. §. 103. & diximus dub. 28. num. fin.*

28 Quæ est insufficientis, quia in casu traditionis in vitâ filius tenetur pretium conferre, & tamen in his terminis dicitur capere à domino concedente: quod semper est certum: ex *D.D. cit. dict. dub. 28. dict. numer. fin.*

29 Secunda, quæ assignari solet, consistit in eo, quod in casu traditionis in morte filius non capit usumfructum, quem pater lucraturus erat; at si cessante ratione decidendi, quæ communiter deducitur ex dimissione usumfructus, ut dicebamus supra *num. 5.* cessaret legis dispositio in obligatione conferendi: *Mend. in dict. l. Cum oportet num. 100. Cod. de bon. quæ liber.*

30 Quæ etiam insufficientis videtur, quia ratio usumfructus dimittendi per patrem, vel percipiendi per filium, non est in consideratione ad collationem inducendam, ut ostendimus supra à *num. 11. cum sequentib.*

31 Tertia assignatur in eo, quod pater nominans in morte nihil aliud operatur, quam actum nominationis necessarium ex vi obtentæ concessionis *Valasc. tom. 1. conf. 61. num. 4. ad fin. Carvalh. in dict. cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 188. cum Cald. & Molin.*

32 Quæ ratio etiam non est adæquata, quia pater etiam in vita poterit tradere, & nominare ex vi concessionis in forma *Ord. lib. 4. tit. 37. in princip. & §. 1. & in his terminis etiam*

etiam operari potest actum legitimum ex vi concessionis : & nihilominus Emphyteufis conferetur *ex hac Ord. hoc §. 22. ergo &c.*

33 Accedamus ergo ad perscrutationem desideratæ rationis decidendi, & etiam rationis differentiæ, quam verius, & adæquatam assignare possimus ad Regiam Sanctionem, de qua agimus: ex quâ nostræ dubitatiunculæ dissolvantur, dum alius meliorem nos edoceat, ut semper est in voto, & diximus sæpè *dub. 12. num. 58. & dub. 21. num. 61.*

34 In quo, licet D.D. suprâ *citat. num. 12.* ita insudassent, ut *Ord. duram,* & malè conceptam vocari ausi essent, ut ibi diximus; nos tamen eam de more justissimam autumamus, & in solitâ æquitate fundatam, ut confiteri omnino tenemur, ex illis, quæ *Molin. de Gusman. de verit. jur. verit. 31. num. 27.*

35 Quando advertimus Legislatorem nostrum in prædictis sanctionibus secutum fuisse sententiam D.D. asserentium Emphyteufim de novo quæsitam alienari posse ab ipso acquirente; de qua *Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. num. 55.* cum pluribus, quibus adde *Pegas tom. 2. forens. cap. 10. num. 58. & 59. cum Pinel. Valasc. Cald. & Pereyr. Carvalh. in cap. Raynaldus detestam. 4. part. cap. 1. num. 221. cum alijs Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. num. 52.*

36 Unde sequendo tanquam veriorrem sententiam asserentem, quod talis Emphyteufis vendi potest à patre noviter acquirente; quid mirum, quod debeat Emphyteufis æstimatio ad collationem venire, cum sit expressum in jure conferendum fore illud omne, quod est alienabile; juxta *text. in l. Omnimodo 30. §. Imputari Cod. de inofficios. testam. fatentur Carvalh. ubi suprâ dict. 4. part. dict. cap. 1. num. 223. ubi alia jura refert.*

37 Quam juris expressâ dispositio-

nem secutus fuit Legislator in præsentia *dict. §. 22.* ut opinamur; disponendo scilicet circa Emphyteufim de novo per patrem acquisitam; & non de Emphyteufi antiquâ, quamvis inter eas *Ord. nō distinguere teneatur cū Valasc. Carvalh. in dict. cap. 1. num. 179. & Pegas tom. 2. forens. cap. 10. num. 60. cui respondetur dub. 35. à num. 11. cum sequentib.*

38 Cujus rationis, sive dispositionis ratio est, quia, si pater filio in vita nō traderet irrevocabiliter Emphyteufim noviter acquisitam, eam ipsam vendere, & permutare posset (stante prædictâ opinione alienationem permittente) & ex inde allodiales res quærere, quas filij post mortem in patrimonio invenirent, vel ipsum invenirent pretium dividendum: *Carvalh. ubi suprâ dict. num. 223.* quamvis in Emphyteufi antiquâ aliter edoceat *dict. cap. 1. num. 176.* de quo inferius.

39 Quæ quidem possibilis acquisitio, scilicet per possibilem venditionem rei jam quæsitæ, & in patrimonio existentis, est in jure ita considerabilis in hac ipsâ materia collationum, ut ipsa sola possibilitas acquisitionis per venditionem rei jam quæsitæ in patrimonio inventæ inducat obligationem imputationis, sive collationis, quod idem est: *Carvalh. dict. 4. part. dict. cap. 1. dict. num. 221. & 223.*

40 Probat omnia *text. expressus in dict. l. Omnimodo §. Imputari Cod. de inofficios. testam. ibi: Ipsdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est, eò quod talis sit militia, ut vendatur: ubi Imperator fundamentum acquisitionis, & lucri ponit in possibilitate vendendi; ut tenet Accurs. dict. verbo, eo quod, ibi: Quasi diceret aliquis, quomodo potest lucrari? Ac si respondisset in prædictis verbis Imperator, posse lucrari vendendo. Idem sentit Gloss. in figuratione casus prædictæ legis ibi: cum talis militia vendi possit, & mortuo eo, ad heredem suum pretium poterit*

terit transmittere. Quod id ipsum suadent rationes, quibus in simili arguit *Pereyr. decis. 9. num. 5. & DD. de quibus supra num. 4. & 5.*

41 Instabis primò communem esse sententiam de jure communi asserentem *text. in dict. §. Imputari* non procedere in rebus Emphyteuticis; imò in eis non dari obligationem conferendi: *cum pluribus Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 176. & eo citato Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 23. & 24.*

42 Communes autem sententias nō solet Legislator noster despiciere *Ord. lib. 4. tit. 64. §. 1.* Ergo incivilliter dicimus dispositionem *hoc §. 22.* quoad obligationem conferendæ Emphyteusis traditæ in vitâ, fundari in ratione decidendi expressâ in *dict. §. Imputari*, quandò in Emphyteusi non procedit juxta communem, de qua *DD. proximè citati.*

43 Respondetur tamen de jure communi duas in hoc casu diversas reperi sententias, quarum, sive cujusque meliorem rationem decidendi secutus fuit Legislator noster *hoc §. 22.* ut solet ex vi ipsius naturalis rationis: *Ord. lib. 3. tit. 64. in fine principij.*

44 Prima enim asserit Emphyteusim non esse conferendam, quia est ejus naturæ, ut potius dicatur accipi à domino concedente, quàm à patre nominante: *Carvalh. in dict. cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 179.* ubi cum pluribus testatur de communi: quo citato *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 23.* ex solo *tex. in l. Unum ex familia §. Si ad Falcid. ff. de legat. 2. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. num. 161.*

45 Quam quidem rationem decidendi secutus etiam fuit Legislator *hoc §. 22.* quoad casum nominationis, & traditionis post mortem faciendæ, quia versabatur hoc casu eadem ratio, quatenus asserit à domino conceden-

te Emphyteusim accipi: & cessabat alia, quæ est fundamentum contrariæ sententiæ, nempe possibilitas acquirendi vendendo, quia post mortem cessat omne posse: *ex l. Locatio ff. locati. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 8. sect. 6. num. 108. versic. Si verò.*

46 Secunda sententia tenet Emphyteusim conferendam esse, quia est res alienabilis, ut supponunt termini habiles, ex qua pater alienando potest acquirere in augmentum, & utilitatem patrimonij: *ex text. in dict. §. Imputari Pinbeyr. dict. disp. 5. sect. 2. num. 22. cum Carvalh. de testam. dict. 4. part. dict. cap. 1. numer. 174.*

47 Prædictam etiam rationem decidendi secutus fuit Legislator noster *hoc §. 22.* quoad casum traditionis in vita; quia, cum in vita pater vendere posset, & ex venditione acquirere in utilitatem filiorum, procedit hoc casu eadem ratio decidendi prædictæ sententiæ. Et ita utraq; sententiam sequitur, seu utriusque meliorem rationem decidendi amplexus fuit Legislator noster *hoc §. 22.* per casus distinctionem, quæ non faciunt disputantes in solis terminis juris communis.

48 Nec obstat, quod sequaces primæ sententiæ negantis absolute collationem asserant dispositionem *text. in dict. §. Imputari* nullatenus procedere in Emphyteusi, quia solum procedit in rebus, quas pater vendere potest, tãquàm proprias, & ad hæredes transmittere, qua hæredes; quod secus est in Emphyteusi: ita *cum Molin. Carvalh. de testam. 4. part. cap. 1. num. 176. Pinbeyr. de Emphyt. dict. disp. 5. dict. sect. 2. num. 24.*

49 Respondetur enim ex dictis supra *num. 35. & sequent.* *Ord. hoc §. 22.* procedere in Emphyteusi alienabili, in quo verificatur eadem ratio; textus in *dict. §. Imputari* ibi: *Eo quod talis sit militia, ut vendatur:* Et satis est, quod pater habeat dominium utile, ut

rem

rem propriam vendere dicatur; quam si non transfert ad hæredes, pretium tamen acceptum ex venditione transferre potest, tanquam ad hæredes, ut dicit *Boß. in dict. L. Omnino* 30. in verbis transcriptis *suprà num. 40.* Et per consequens omnimoda ratio decidendi, de qua *text. in dict. §. Imputari*, verificatur in dispositione, de qua quoad traditionem in vitâ Legislator noster *hoc §. 22.*

50 Instabis secundò patrem liberè, & sine injuria posse filijs præjudicare in non acceptando: *Carvalh. de testam. dict. 4. part. dict. cap. 1. num. 178. per text. in l. Quia autem ff. quæ in fraudem credit. Cum infinitis Portug. 3. part. cap. 23. num. 28. & 29. & 30. & 31.*

51 Ergo etiam præjudicare poterit in non vendendo Emphyteusim, ex cujus pretio possit acquirere: ac per consequens actus traditionis in vitâ, dum aufert possibilitatem vendendi, non est attendendus pro ratione decidendi ex eo, quod non est prohibitus, dum pater vendere non cogatur, ut exindè acquirat: & manet manca nostra ratio decidendi.

52 Respondetur tamen, quod licet pater à principio posset pro libito Emphyteusim non acquirere, ut convincit argumentum, postea tamen quàm acquisivit, & rem habuit alienabilem in patrimonio, ex quâ acquirere in omnium utilitatem possibile est, non potest in favorem unius, & præjudicium aliorum auferre à se possibilitatem acquirendi ex possibilitate vendendi rem jam quæsitam.

53 Non quidem, ut cogatur vendere ipse pater, & ita cogatur acquirere, sed ut non tradat filio rem alienabilem, & illum meliorerit eo actu, per quem se adstringat ad non acquirendum in utilitatem aliorum; quia in his terminis unum melioraret de facto, alijs præjudicando de possibili: quondò omnis actus, per quem unus melioratur filius,

in aliorum præjudicium prohibitus est: optimè cum *Hermosilh. ratiocinatur Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 11. num. 32.*

54 Instabis tertio: si patri permisum est filium meliorare in Emphyteusi post mortem tradendâ, quia dicitur tunc accepisse filius à domino concedente: ut diximus *suprà num. 44.*

55 Cur ipsi patri prohibetur filium meliorare per nominationem irrevocabilem in vitâ, dum filius cogitur ad collationem, quondò etiam in hoc casu, sicut in primo, dicitur filius à domino accepisse: quando ratio dimissionis fructuum non est attendenda, ut diximus *num. 15.* & quondò possibilitas venditionis semper est in arbitrio patris; quia vendere non cogitur, ut diximus proximè.

56 Respondetur tamen, quod pater nominans Emphyteusim tradendam post obitum, operatur tantum actum necessarium ex vi concessionis dominicæ, quæ illum cogit nominare: tradens autem in vitâ facit actum voluntarium ex vi folius amoris, cum non obliget concessio ad tradendum in vitâ.

57 Ulteriùs in morte filium non meliorat in præjudicium aliorum, quia nominatus capit à domino, qui ita concessit, ut nominetur: in vita meliorat filium, qui etsi à domino capit, intercedit voluntarius actus patris, & anticipata traditio, sine qua alios filios etiam meliorare posset vendendo.

58 Et ex hac anticipata, & liberâ voluntate, ex hoc amore, & liberalitate non necessaria sumit argumentum Legislator, ut prohibeat actum liberalem, inducendo scilicet collationem in favorem unius, & in præjudicium possibile aliorum: ut solent in materiâ Legislatores.

59 Instabis quarto: si tota ratio decidendi ad collationem, sive imputationem inducendam in casu, quo Emphyteusis traditur in vitâ, consistit in eo, quod pater tradens in vitâ aufert

à se possibilitatem vendendi, ut contendimus; eadem ratio decidendi procedit in Emphyteusi antiquâ, quæ cum possibili licentiâ domini vendi potest ex dicendis *dub. 33. num. 8.* Ergo etiam Emphyteusis antiqua conferenda erit ex identitate rationis, si tradatur in vita, cum solum de nova asseramus procedere nostram rationem decidendi supra *num. 35.* Respondemus tamen, ne hinc prolixiores existamus, ex dicendis magis propriè *dub. 35. à num. 25. cum sequentibus.*

60 Defensatâ igitur ratione decidendi, quam veriore arbitramur, patet, quod Legislatores noster secutus juris dispositionem amplexus fuit, ut solet, eandem rationem decidendi, jubendo scilicet Emphyteusim alienabilem, si in vitâ filio tradatur, conferri debere; quia ex ea, si non traderetur, facile lucrum quæri posset ipsi patri, si venderet, & ejus patrimonio, ac per consequens legitimis filiorum, cujus præjudicium præ oculis habuit Legislatores.

61 Restabat fructus colligere ex hac segete, sive restabat inferri ad illationes, de quibus supra à *num. 6.* & examinare, an essent veræ, falsæve ex ipsâ ratione decidendi, quam sequimur, & obiter antinomicas doctrinas conciliare.

62 Sed nos ducit, & avertit à tali instituto prius verba singularia ejusdem *Ord. dict. §. 22.* sigillatim percurrere, tam ex eo, quod dixerunt eam malè conceptam *DD. citat. num. 12.* quàm ex eo, quod ex eis confirmabimus hucusque tradita. Et postea ad fructus insimul colligendos accedendum nobis erit *dub. 34.*

63 Audiamus sigillatim verba legis, ejusque decisiones audiamus; ex quibus fortassè confirmabimus eam, quam amplectimur, rationem decidendi; quæ sistit in possibilitate Emphyteusis vendendæ, & in acquisitione, seu lucro, quod exinde considerabile est: & fortassè etiam inveniemus legem nostram

in omnibus, & per omnia non duram, neque malè conceptam, ut *DD. citat.* opinati sunt, sed æquitate fundatam, ut omnes opinari deberent.

Quod alicujus distinctionis gratiâ videamus *dub. sequent.*

## DUBITAT. XXXIII

Ergo bene concepta sunt verba

*Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22.*

### SUMMARIUM.

- 1 **U**T bene concepta demonstratur verba dict. *Ord. referuntur omnia: & numer. sequent.*
- 2 Ad ea, quæ frequentius accidunt, attendunt Legislatores.
- 3 Non ad ea, quæ raro accidere solent.
- 4 *Ord. ampliatur in dote estimatâ.*
- 6 Agit de Emphyteusi alienabili.
- 7 Emphyteusis perpetua alienabilis est.
- 8 Emphyteusis non potest vendi sine auctoritate domini concedentis.
- 10 Nominatus videbatur non teneri ad collationem, quia capit à domino concedente.
- 11 Quod pater emit, dividendum est.
- 12 Emphyteusis initium habuit in bonis infructiferis, sive damnificatis.
- 13 Emphyteusis semper nominabilis est.
- 15 Dividenda sunt acquisita ex industria.
- 16 Melioramenta semper dividuntur.
- 17 Leges promulgantur in casibus dubijs.

- 18 Concessio sine mentione heredum dicitur de providentiâ.
- 19 Concessio pro filijs dicitur de providentiâ.
- 20 Concessio noviter quæsitâ pro filijs an conferatur? Et numer. sequent.
- 22 Ord. dict. §. 22. Omnes species Emphyteusis comprehendit.
- 23 Verbum dar importat domini translationem.
- 24 Cum titulo requiritur traditio ad transferendum dominium: & num. 26.
- 27 Dicitio outro insinuat similem.
- 29 In concessione pro filijs non poterat unus eligi de Jure communi.
- 30 Limitatur de Jure Regni ex illius consuetudine.
- 31 Et ex mente concedentis.
- 32 Dicitio Et perfectè conjungit.
- 33 Translato dominio per Emphyteutam, adhuc nominare potest.
- 34 Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. ibi. Trespaslando illustratur & num. 38. & 39. & sequentib.
- 35 Filio nominato, & dotato cum traditione, adhuc pater nominare potest.
- 36 Fructus sequuntur dominium.
- 37 Irrevocabilitas nominationis, & possibilitatis vendendi sistit in traditione, titulo, & nominatione insimul.
- 41 Verbum outra vez supponit primam.
- 45 Quomodo intelligatur, quod per dotem inducatur nominatio Emphyteusis?
- 49 Suspectus videtur Gabr. Pereyr. Argumentum à contrario non urget, quando sequitur absurdum: ibidem.
- 50 Hodie non datur differentia inter collationem, & imputationem.
- 51 Verba Ord. dict. §. 22. ibi: Estimaçam do prazo no tempo, que lhe foi dado, illustrantur: & num. seq.

- 55 Verba Ord. dict. §. 22. ibi; O que valia na vida do pay, que lho deu: an sint contraria juri communi? Et num. sequentib.
- 59 An sit attendendum jus petendæ renovationis? Et num. sequent.
- 60 Jus petendæ renovationis solum est introductum ex æquitate Bart.
- 61 Jus incognitum non comprehendit lex lata.
- 62 Jus petendæ renovationis hodie est legabile, & æstimabile.
- 63 Quod comprehenditur in ratione decidendi, censetur dispositum.
- 64 Justum pretium dicitur, quod in foro inveniri potest.
- 67 Nominatio, quando confertur, ad tempus mortis potest revocari.
- 68 Per venditionem inducitur revocatio nominationis.
- 69 Dicitio salvo inducit exceptionem.
- 74 Ratione legis cessante, cessat dispositio.



Idimus quare, seu rationem vidimus, ex quâ Emphyteusis conferenda sit in terminis Ord. hoc §. 22. Videamus nunc, an ex illius serie probetur etiam nostra ratio decidendi, quam defendimus; & an ex eâ bene concepta ostendantur verba Ord. hoc §. de quo dubitaverunt DD. citat. dub. preced. num. 12.

2 Incipit igitur Legislator ibi: *E por quanto muitas vezes acontece.* Ad ea enim, quæ frequentius accidunt, solent attendere Legislatores: *Gloss. in l. pretia rerum 63. §. 2. in fin. verbo charitate ff. ad l. Falcid. per. text. in l. Nam ad ea, ff. de legib. & Senat. consult. Ægid. in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. part. §. 5. num. 9. & 2. part. in initio num. 21. & §. 1. num. 27. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 59. num. 48. & num. 50. Carleval de judic. tit. 3. disp. 2. num. 6.*

3 Et non ad ea, quæ rarò, aut nunquam



quam evenire solent: *Gloss. in dict. l. 63. dict. §. 2. in fin. ibi: Nec ex ea, que raro accidat, ff. ad L. Falcid. text. in dict. l. Nam ad ea, ff. de leg. Aegid. in dict. l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. part. §. 1. num. 24. §. 27. §. 4. part. §. 2. num. 13. in fin. Carleval dict. disp. 2. dict. num. 6.*

4 Ibi: *Que algumas pessoas compram de materia hujus Ord. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. à num. 56. cū sequentibus. Ampliatur in Emphyteusi acquisitione per titulum dotis æstimatæ. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 194. cum multis.*

5 Dubitarem tamen, an prædicta ampliatio procederet in dote facta per Emphyteutam, an in dote per dominum directum concessa? Sed non est presentis instituti, nec hujus loci.

6 Ibi: *Alguns bens, que outrostrazem emprazados: ex quo deducitur conclusio, quod hæc lex supponit Emphyteusim alienabilem esse; sicut enim pater emere potuit, non datur ratio, ex qua vendere nequeat: & confirmatur, quod dicebamus, nempe Ord. hic agere de Emphyteusi alienabili: ex dict. dub. 32. à numer. 45. cum sequentibus.*

7 Ibi: *Em certas pessoas, quia, si non esset ad vitas, esset perpetua; & in perpetua non erat ratio dubitandi; quia divisibilis est, & diversæ naturæ, ut latius dicemus dub. 35. num. 4. & diximus dub. 24. num. 25.*

8 Ibi: *Com authoridade dos senhores: quia sine directi domini auctoritate Emphyteusim non posse vendi indubitati juris est: novissimè Gom. de Moraes de execut. lib. 2. cap. 18. num. 5. Ord. lib. 4. tit. 38. in princip. Pinbeyr. de Emph. disp. 4. sect. 6. num. 88. §. 91. Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 2. part. num. 299. §. 362. Portug. 3. part. cap. 22. num. 68. ad satietatem Pegas tom. 2. forens. cap. 9. à num. 1.*

9 Ibi: *Eos dittos compradores em sua*

*vida, ou por seu falecimento nomeam em cada hum de seus filhos. Hoc dicit, ut comprehenderet unum, & alterum casum, de quo acturus est infra, & inter quos distinguit, nempe quando nominatur in vita cum traditione, vel in morte.*

10 Ibi: *E entre o ditto nomeado, e outros irmaõs se seguem duvidas, e contendas se trará o ditto nomeado à collaçam, ou lhe será imputado em sua legitima a valia do ditto prazo, ou odibeyro, que seu pay por elle deu, ou se haverá o prazo precipuo sem os irmaõs terem contra elle direyto alguns sobre elle. Ratio dubitandi ex parte nominati est, quia nominatus accipit à primo concedente, & ita videbatur non esse conferendum: ex traditis dub. 32. num. 44.*

11 Ex parte autem fratrum sistit ratio dubitandi in eo, quod cum Emphyteusim sit empta, provenit ex substantia patris, qui pretium debulsavit, & inveniretur in patrimonio dividendo, si non esset refusum in emptione: ac per consequens conferendum erit: ex dictis dub. 32. à numer. 38. cum sequentibus.

12 Ibi: *E isso mesmo alguns ham por emprazamento de certas pessoas alguns bens danificados, ou mattos maninhos, e fazem em elles muitas bemfeitorias, e despezas. In quibus verbis respexit Legislator ad primævam originem Emphyteusim, ex qua similes concessionis initium habuerunt, nempe de rebus damnificatis, & infructiferis: juxta text. in L. fin. Cod. de jur. Emph. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. num. 1.*

Ex quibus verbis infertur dividi non posse Emphyteusim de novo acquisitam gratis sine pretio: cum Valasc. de part. cap. 26. num. 21. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. numer. 96.

13 Ibi: *E nomeam algum filho. Ex hoc deducitur Emphyteusim etiam si simpliciter concessam sine potestate nominandi,*

minandi, adhuc tamen in his Regnis nominabilem esse: *Pinbeyr. de Emph. disp. 5. sect. 2. num. 27. versic.* Adverto, cum *Cald. de extinct. cap. 19. num. 40. Britto in cap. Potuit, §. 3. num. 12. de locato.*

14 Ibi: *Eos outros quem, que traça à collaçam a valia do ditto prazo, ou o que o pay nas bemfeitorias gastou.* Ratio dubitandi ex parte nominati, nullo habito respectu ad melioramenta, erat eadem, de qua supra, nempe non à patre, sed à domino concedente accepisse.

15 Ex parte tamen fratrum ratio erat, quia nominatus accepit mediâ intermediente personâ patris, & ipso acquirente, licet non ex pecunia, saltem ex industriâ, & stipulatione: quod limitata in melioramentis parvis, prout cum alijs tenet *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. num. 165.*

16 Quo autem ad melioramenta res ita dubitabilis erat, ut videre est apud *Carvalh. in cap. Raynald. de testam. 4. part. cap. 1. à num. 198. cum sequentibus.* tetigit *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. num. 88. §. 89. §. cap. 12. num. 67. §. 68.* Et de materia latius *lib. 3. cap. 8. per tot.*

17 Ibi: *Querendo nos aišto prover.* Solent enim leges proferri non solum in casu quotidiano, ut diximus supra *num. 2. §. 3.* sed etiam in rebus dubijs, pro quibus solent promulgari leges: *Agid. de jur. §. privileg. honest. art. 3. num. 1. versic. Quarè. Portug. 2. part. cap. 29. num. 34.*

18 Ibi: *Mandamos que se seo pay, ou may tiver algum emprazamento, que lhe seja feito em pessoas.* His verbis comprehendit Emphyteusim nominationis, quæ tamen, cum non faciat mentionem hæredum, dicitur etiam de providentia; ut ex multis argumentis ostendit *Pinbeyr. de Emph. disp. 1. sect. 3. num. 73. versic.* Colliges contra *Molin. §. Brittum.*

19 Ibi: *Ou para elle, ou para seus*

*filhos.* His autem comprehendit Emphyteusim, quæ dicitur de providentiâ: per ea, quæ ex professo *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 1. sect. 3. à num. 51.* seu dicitur familiaris, quod idem est: *Pinbeyr. ibidem à num. 72.*

20 Nota tamen ex hac lege, quod Emphyteusis concessa, & noviter acquisita *pro filijs*, si non tradatur in vita, sed solum nominetur fruenda post mortem, non conferetur, nec ejus estimatio in forma hujus *Ord.* ut ex eâ patet, quæ hunc ipsum casum comprehendit in prædictis verbis, & ejus serie: tenet ex *Carvalh. Valasc. Molin. §. Pinbeyr. Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. num. 162.*

21 Ergo suspecta est doctrina *DD.* asserentium, quod Emphyteusis concessa *pro se, & filijs* dividenda est per estimationem inter filios; quando nec ipsius æstimatio confertur ex hac lege, contra cujus mentem videtur esse prædicta doctrina; de qua *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 27. cum Cald. §. ita tenet Guerreyr. dict. cap. 12. numer. 163.* Etiam in novâ Emphyteusis: cum *Molin. Carvalh. §. alijs,* rejecto *Valasc. de jur. Emphyt. quæst. 46.*

22 Ibi: *Ou para elle, & para sua mulher, e hum filho, que dentre ambos nacer, ou o que derradeiro delles nomear.* Ecce quomodo comprehendere voluit omnes species Emphyteusis, in quibus versari posset eadem ratio dubitandi, cui occurrere voluit: sentit *Cald.*

23 Ibi: *E em sua vida o der:* ex hoc verbo probatur nostra ratio decidendi, quia verbum *der* importat dominij translationem: in terminis *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 185. in fin. per text. in l. Si rem dari ff. de verbor. §. alios.*

24 Requiritur enim cum titulo dotis traditio rei, ut dominium transferatur: optimè *Mend. Arouc. alleg. 2. num. 20. §. 21. ex Ord. lib. 4. tit. 37. §. 3. & lib.*

§ lib. 3. tit. 25. §. 1.  
 25 Unde, cum dominium transferat pater, amplius vendere nequit, & aufert à se possibilitatem vendendi, ac per consequens facultatem acquirendi vendendo rem sibi quæsitam, quæ quidem considerabilia sunt in materia collationum, ut dicebamus *dub. preced. à num. 38. cum sequentib.*

26 Ibi: *Em casamento*: loquitur de casu frequentiori, ut leges solent: diximus *suprà num. 2.* Et loquitur in titulo habili ad transferendum dominium, traditione secutâ; quia sine traditione dominium non transfertur, nec etiam ex titulo dotis: *Arouc. dict. alleg. 2. num. 20. & 21.*

27 Ibi: *Ou por outro titulo*: debet intelligi de titulo valido, & habili ad transferendum dominium, sicut dotis titulus: dictio enim *outro*, qua ibi utitur, est repetitiva similium: *Menoch. recuper. possess. remed. 9. num. 256. Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 135. § 1. part. num. 324. Portug. 3. part. cap. 43. num. 76.*

28 Sistit enim tota ratio decidendi in dominio translato, ex quo aufertur possibilitas acquisitionis in venditione rei jam quæsitæ, & in patrimonio inventæ, meliorando filium ex liberalitate, cum quâ alios defraudare voluisse creditur, ex ijs, quæ *dub. 32. § num. 38. § 39.*

29 Ibi: *A cada hum de seus filhos*: quorum unus in his terminis non poterat eligi de jure communi: ut cum alijs tenet *Pinhey. de Emph. disp. 5. sect. 2. num. 27. versic. Adverto.*

30 A quo deviasse Legislatorem in præsentem credendum est, tam ex consuetudine Regni, per quam in Emphyteusi unus solus successurus erit: *ex Ord. lib. 4. tit. 96. §. 23. exornat Carvalh. ad cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 205.*

31 Quam ex mente concedentis, ne in ejus præjudicium divideretur Em-

phyteusis: *Phæb. decis. 21. num. 5. Pereyr. decis. 9. Cabed. decis. 103. Cardos. in praxi verb. Emphyteusis num. 18. Valasc. conf. 61. num. 4. & 6. Olea de cess. jur. tit. 6. quæst. 8. num. 5. Quibus, & alijs laudatis Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 8. à num. 31. § 127. Ex nova lege latâ anno 1679.*

32 *Eo nomear aoditto prazo*: ex quo nota, quod ultra traditionem, & titulum habilem, ex quo dominium transferri possit, prout diximus *suprà num. 26.* requirit ulterius Legislator his verbis nominationem expressam Emphyteusis à patre tradente; quæ debet simul concurrere cum traditione; & non sufficit ad intentum, de quo agit, una sine aliâ; loquitur enim per conjunctivam ibi: *Eo nomear*: cujus legalis natura est perfectè conjungere. *Portug. 3. part. cap. 26. num. 52. & cap. 28. num. 50. Gabr. Pereyr. de man. Reg. 2. part. cap. 58. numer. 3.*

33 Hujus Regiæ Sanctionis ratio solùm consistere potest in eo, quod pater tradens etiam cum titulo dotis, non transfert arbitrium eligendi, sive facultatem nominandi; quæ quidem est quid distinctum ab ipso dominio utili: unde, translato dominio utili per traditionem, adhuc remanet potestas nominandi penes patrem tradentem.

34 Probatum discursus ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1.* ubi ultra titulum habilem ad transferendum dominium, de quo ibi: *Por titulo de dote*: & ultra traditionem Emphyteusis, de qua ibi: *Trespasar em sua vida*: requirit ulterius Legislator (ut nominatus vendere possit, & non nominans) nominationem ipsius Emphyteusis; quæ quidem nominatio ibi continetur sub illius verbi vigore ibi: *Trespasando*: sentit *Cald. de potest. elig. cap. 9. num. 9. § 10. § dicemus infra num. 39.* quid quid victus tradat *Pereyr. decis. 9. à numer. 3.*

15 Ergo ideò in verbis, de quibus agimus ibi: *Eo nomear*, requirit Legislator noster ultra titulum, & traditionem ipsius nominationem expressam, ut nihil remaneat apud patrem tradentem, quod vendere possit; si enim pater dotans, & tradens insimul non nominaverit, poterit alium nominare, cui filius dotatus post mortem tradentis restituere tenetur Emphyteusim sibi traditam sine nominatione. *Pinnbeyr de Emph. disp. 5. sect. 6. num.*

36 Undè evidenter, ni fallor, convincitur communis ratio decidendi, quatenus ad inducendam collationem Emphyteusis in vita traditæ se fundat in dimissione usufructus, ut dicitur *dub. præced. num. 5.* quia, si ipsa esset mens Legislatoris, nõ requireret ulterius nominationem expressam in prædictis verbis ibi: *Eo nomear*: imò contentus esset ad intentum dimissionis usufructus cum translatione dominij per titulum, & traditionem, ex quo bene fructus dimittuntur à patre tradente, & acquiruntur filio dotato; sequuntur enim dominium. *Maced. decis. 27. num. 4. § decis. 29. num. 24. Portug. 3. part. cap. 12. num. 4. § 5. § cap. 35. num. 10. § cap. 43. num. 65.*

37 Æquali etiam evidentiâ confirmatur ratio decidendi ad hanc legem, quam secuti fuimus *dub. præced. à numer. 35. cum sequent.* quia, cum sistat in possibilitate vendendi, ideò requirit Legislator nominationem expressam ultra traditionem, ne quid juris apud patrem remaneat, quod alienare possit: imò potiùs requirit, quod transferat possibilitatem vendendi, quæ in histerminis transfertur in filium per titulum habilem dotis insimul cum traditione, & insimul etiam cum nominatione; quia hæc tria insimul requiruntur, nempe titulus, traditio, & nominatio, ut transferatur possibilitas vendendi. Probat in terminis *Ord. lib. 4. tit. 37. §.*

38 Nequè dicas non esse mentem Legislatoris requirere nominationem ad hoc, ut auferatur possibilitas vendendi in hoc *text.* ut proximè dicebamus; quia secundum jus nostrum sufficit translatio dominij, ut potestas vendendi utique transeat in nominatum: juxta expressam *Ord. lib. 4. dict. tit. 37. dict. §. 1.* ubi translatum fuit dominium cum titulo, & traditione, & insimul potestas vendendi fuit translata sine aliquâ nominatione, de qua ibi non fit mentio.

49 Respondetur enim, quod in terminis *Ord. dict. §. 1.* ut diximus *num. 34.* intervenit primò traditio rei Emphyteuticæ: patet ibi: *Trespasar em sua vida em outra pessoa a causa aforada*: secundò intervenit titulus habilis ad translationem dominij, patet ibi: *Por titulo de dote*: tertio intervenit nominatio Emphyteusis, seu translatio juris eligendi, patet ibi: *Trespasando na ditto pessoa todo o direito*: quibus verbis includitur nominatio, sive jus ipsum eligendi: sentit *Cald. de potest. elig. cap. 9. num. 9. & 10.*

40 Quod quidem evidenter probatur primò, quia Legislator ibi ultra traditionem rei Emphyteuticæ requirit translationem totius juris Emphyteutici; atqui Emphyteuta solum habet dominium utile, quod transfert per rei traditionem cum titulo habili, & jus electionis solum restat, quod manere possit apud tradentem, quod non videtur transferre per solam traditionem rei: ergo de hoc jure nominandi loquitur Legislator in *dict. verbo* ibi: *Trespasando todo o direito.*

41 Probatur secundò, quod in *dict. verbo* ibi: *Trespasando*, contineatur nominatio Emphyteusis: ex *dict. §. 1.* in verbis sequentibus ibi: *Ja nam poderá nomear outra vez*: ergo per prædictum verbum inducta fuit nominatio prima in illa lege, aliàs superfluum esset verbum illud: *Outra vez*: quod non est admitrendum in legibus; ut diximus

mus *dub.* 17. *num.* 34. Et quando verbum ibi: *Outra vez*: supponit primam: *argument.* *Menoch. recuper. possess. remed.* 9. *numer.* 156. *Carvalh. ad text. in cap. Raynaldus de testam.* 1. *part. num.* 325. § 4. *part. cap. 1. num.* 135. § quæ *dub.* 23. *num.* 21.

42 Ex quo potius confirmatur nostra, quam sequimur, ratio decidendi ad hunc §. 22. de qua *dub. preced. à num.* 35. quia ad hoc, ut potestas vendendi transferatur in nominatum, & perconsequens auferatur à nominante, requiruntur tria insimul concurrentia: primò requiritur titulus habilis: secundò traditio: tertio nominatio: quibus datis, nominatus vendere potest, & non nominans, à quo ita ablata fuit potestas vendendi. Omnia probat *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 1.* Si attendas, quæ supra diximus.

43 Atqui ipsa omnia tria insimul concurrentia requirit Legislator *hoc §. 22.* in verbis, de quibus agimus, & patet: ergo *hoc §. 22.* mens fuit Legislatoris agere de transferenda possibilitate vendendi in nominatum, & auferendâ à nominante, dum eadem tria concurrentia requirit, nempe titulum, traditionem, & nominationem.

44 Ac perconsequens in hac solâ translatione potestatis vendendi, quæ ideò auferitur à nominante, consistit genuina ratio decidendi; quia aliàs non omnia requireret, cum sufficeret traditio solâ, sive solâ nominatio ad intentum, per quarum unam filius succedere possit, & conferre teneretur, si fundamentum collationis esset in successione, & in acquisitione fructuum.

45 Undè etiam intelligendus venit *Cald. de potest. elig. lib. 3. cap. 2. num.* 31. § 33. dum cum alijs Præceptoribus admittit per dotis constitutionem induci nominationem tacitam: ut scilicet procedat talis assertio quoad effectum inducendi nominationem per actum dotis constitutæ, ne dicatur nominaturus non nominasse: non tamen ut inducatur no-

minatio irrevocabilis, quæ aliam impediat, & possibilitatē vendendi transferat: quia ad hunc effectum requirit *Ord. nominationem expressam hoc §. 22.* ibi: *Eo nomear*: & etiam irrevocabilem, ut *tit. 37. §. 1.* ibi: *Trespaffando.*

46 Prosequitur Legislator nostro §. 22. ibi: *Seja obrigado o ditto filho ao trazer à collaçam*: ex his verbis deducitur prima, & primaria conclusio in hac materia, quatenus obligat filium ad collationem Emphyteusis sibi traditæ in vita patris: de qua *D. D. citati dub. preced. num. 4.* explicat *Ægid. in l. Ex hoc jure ff. de just. §. jur. part. 1. cap. 11. à num. 64. & 66. cum sequentibus.*

47 Ibi: *se quizer herdar com seus irmaõs.* Similibus verbis arbitrium inducentibus utitur Legislator *hoc tit. 97. in princip. §. 1. §. 3. §. 6. & tit. 96. §. 17.* de quibus *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 209.*

48 Ratio est, quia ex voluntate filij acceptantis hæreditatem, & non recusantis collationem inducuntur aliqui juridici effectus, de quibus *Ord. dict. tit. 96. §. 3. in fine; & §. 7. & §. 12. in fin. & §. 17. & hoc tit. 97. §. 3. per tot.* ad quos respexisse videtur Legislator in verbis nostri textus, quæ ideo non sunt superflua: de quorum utilitate *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 11. num. 65.*

49 Unde suspectum videtur iudicatum, de quo *Gabr. Perey. decis. 96.* cum quo, & *Valasc. transit Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. dict. cap. 1. dict. num. 209.* in hac lege admitti debere argumentum à contrario sensu: quatenus asserit non esse locum collationi rei Emphyteuticæ in dotem datæ, si filia nolit esse hæres ex verbis hujus legis supra; quia similia verba adjecta censentur ad alios prædictos juris effectus; & non ut sumatur argumentum à contrario contra æquitatem servandam in partitionibus, in quibus

bus vitanda est absona resolutio, quæ  
sumitur à contrario: *Pinheyr. de Em-  
phyt. disp. 5. sect. 3. num. 54.* & in  
senatu secutus fuit ipse *Gabr. Pereyr.  
dict. decis. 96. à num. 5.*

50 Ibi: *Qu the será imputado em  
seu quinham.* Hæc verba ad eundem  
tendunt effectum, & intelligenda per  
dispositionem *Ord. hoc tit. §. 3. per tot.*  
quavis hodiè inter collationem, &  
imputationem non detur differentia, ut  
probant verba, de quibus infra *numer.*

51 Ibi: *A valia, e estimaçam do  
prazo ao tempo, que lhe foi dado.* Ra-  
tio dubitandi erat in Emphyteusi non  
empta, quia provenerat ex domino con-  
cedente, & nihil ex substantiâ paternâ.  
Et in Emphyteusi emptâ erat ratio  
dubitandi, quia ad collationem solum  
tenebatur filius, habito respectu ad pre-  
tium emptionis, quod exivit de sub-  
stantiâ paternâ, ut dixit Legislator in-  
fra in casu Emphyteusis emptæ traditæ  
post mortem.

52 Ratio autem contrarium deci-  
dendi in eo fisci videtur, quia pater eo  
tempore, quo tradit, abdicat à se pos-  
sibilitatem vendendi, & tantum aufert  
à se, & à suo possibili patrimonio ven-  
dendo rem quæsitam, quantum inveni-  
ret pro eâ, si venderet; & ideò non at-  
tenditur pretium emptionis, quam fe-  
cit, sed pretium venditionis, quam fa-  
cere posset; quod dicitur justum: *text.  
est in l. Fin. cod. de jur. Emphyt. ibi: Et  
tantam præstare quantitatem, quan-  
tam ipse re verâ Emphyteuta ab alio  
accipere potest.*

53 Et si Emphyteusis minùs valeat,  
quàm pretium, quo emptâ fuit, im-  
putatur vel tempori, quod mutat pre-  
tia, vel patri, qui damnificavit, & nun-  
quam filio nominato. Si autem plùs  
valeat, quàm emptâ fuit, semper ur-  
get possibilitas acquisitionis in venden-  
do, quæ semper imputatur filio, qui  
lucratus est omne, quod pater, si ven-  
deret, lucrari posset.

54 Ex quo etiam confirmatur ratio,  
quam sequimur, decidendi; quia, si non  
attenderetur possibilitas vendendi, suf-  
ficeret collatio pretij, habito respectu  
ad tempus emptionis, quod solum exi-  
vit à substantia paternâ: vel saltem con-  
cederetur hoc casu filio nominato arbi-  
trium eligendi tempus emptionis, vel  
traditionis, quod ei non conceditur, si-  
cut in casu traditionis post mortem, de  
quo infra; quia scilicet solum hoc casu  
traditionis in vita attenditur ad pos-  
sibilitatem vendendi, ut contendimus  
pro verâ ratione decidendi hujus §.

55 Ibi: *E se o pay, que lho deu, for  
a derradeira pessoa, trará à collaçam o  
que valiana vida do pay, que lho deu.* Ex  
hoc *text.* deducunt D.D. conclusio-  
nem, quòd habendus sit respectus ad  
vitas duraturas; ita ut, quod si pater sit  
prima vita, æstimetur Emphyteusis  
pro sua, & duabus sequentibus, usque-  
quò vite finiantur; quia, si ultima esset  
pater tradens, illa solum æstimabitur:  
*Pinheyr. de Emph. disp. 5. sect. 2. nu-  
mer. 29. cum Carvalh. in cap. Ray-  
naldus de testam. & alijs Guerreyr. de  
divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. numer.*

56 Quæ quidem resolutio est con-  
traria juri communi, secundum quod  
solum conferendum esset pretium, quo  
Emphyteusis pro reliquo tempore vi-  
tæ patris æstimari poterat: ita cum  
*Molin. de just. disp. 479. Pinheyr. de  
Emph. dict. disp. 5. dict. sect. 2. dict.  
num. 29. in fin.* ubi tamen omittit ra-  
tionem, ex qua Legislator noster à jure  
communi deviavit.

57 Ratio autem solum ea ipsa vide-  
tur esse, quam secuti sumus ad hunc §.  
22. hucusquè; quia, cum solum atten-  
datur possibilitas venditionis in patre,  
tantum conferre tenebitur filius ac-  
eptans, quantum pater vendendo lucra-  
ri posset: ac proinde omnes vite atten-  
duntur usquè ad consumptionem Em-  
phyteusis, quia tantum valet res Em-  
phyteu-

phyteutica cum jure concesso eligendi plures vitas, quod debet attendi ad æstimationem pretij; attenduntur enim qualitates rei venditæ. *Gusman. verit. 7. à num. 6. § à numer. 28. cum pluribus.*

58 Utique etiam ex hoc confunditur communis ratio decidendi, de qua *dub. præced. numer. 5.* quia, si constitueret in diminutione patrimonij paterni per dimissionem ususfructûs, solum attenderetur ad æstimationem rei ipsa vita parentis, qui dimittit, & non vitæ finiendæ, in quibus ipse jam fructus acquirere non posset, nec dimittere: ut ibi dicebamus *num. 13.*

59 Ex hac *Ord.* in prædictis verbis etiam controversi solet, an ipsum jus petendæ renovationis attendi debeat, ut pretium augeatur? Negat *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 7. sect. 2. num. 38. cum Valasc. Ægid. § Barbos.* quos ipso refert novissimè *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 8. numer. 112.* quos ibi rejicit ex fundamento, quod sine ratione loquuntur.

60 Et quanvis prædicta quæstio nobiscum non pugnet, quia nec officit nostræ rationi decidendi, nec æquitati benè conceptæ hujus *Ord. hoc §. 22.* de quo solum agimus; dicerem, quod, cum jus petendæ renovationis non sit expressum in jure nostro, sed introductum postea ex æquitate *Bart. de qua dub. 37. num. 21. § 27.*

61 Meritò de tali jure censetur locutum non fuisse Legislatorem nostrum in hac *Ord.* nec ad id respexisse, tanquam incognitum forsitan in illo tempore legis conditæ: ita edocet *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. num. 193.* & post hæc scripta visus senator *Guerreyr. de divis. tractat. 2. lib. 2. cap. 8. à num. 109.*

62 Quod si hodie jus petendæ, & obligationem concedendæ renovationis per alluvionem ita introduxit consuetudo judicandi, ut dicatur tale jus legabile, & alienabile: *Pegas tom. 3. fo-*

*rens. cap. 28. num. 950. versic. fin. cum Pereyr. decis. 128. numer. 3. § 5. & Valasc. conf. 157. num. 11.*

63 Eadem consuetudo, & eadem æquitas postulat in consequentiam æstimabile judicari debere tale jus in forma hujus *Ord.* tanquam quid comprehensum in ratione decidendi, quâ fundatur, & quam secuti sumus, quam sententiam, utpotè veriorem, sequitur novissimè *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. dict. cap. 8. dict. num. 112.* alijs rejectis, & cum *Valasc. § Barbos.* sequitur etiam *dict. lib. 2. cap. 12. num. 63.*

64 Siquidem appellatione valoris, & justii pretij, de quo intelligitur *Ord.* in citatis verbis, venit omne illud, quod in foro, ubi emptor omnia attendere censetur, inveniri potest: *L. Querebatur 81. ff. ad l. Falcid. text. in L. Pretia rerum 63. in princip. §. 1. ff. eodem tit. August. Barbos. in reperi. utriusq. jur. verbo Res §. fin. Covas 2. var. lib. 2. cap. 3. num. 4. versic. Sextò. Mend. 1. part. lib. 4. cap. 9. num. fin. Valasc. 1. part. conf. 43. num. 7. § 8.*

65 Prosequitur Legislator ibi: *E nam lbe sendo dado em vida do pay, ou may:* cessat enim in hoc casu verior ratio decidendi; quia nec pater, nec mater dimiserunt potestatem acquirendi per venditionem rei possessæ, in qua habebant dominium utile, & jus etiam eligendi: ut suprâ sæpiùs diximus.

66 Ibi: *Mas nomeando samente ao prazo para depois de sua morte, nam será obrigado a trazer o prazo, nem a valia delle à collaçam.* Quia scilicet in his terminis, quanvis in vita fiat nominatio, non dimittit nominans possibilitatem vendendi, & cessat omninò ratio decidendi contrarium ex hucusque traditis; quanvis aliter distinguat *Carvalh.* quem refert, & sequitur *Guerreyr. de divis. tract. 2. lib. 2. cap. 12. num. 64. § 65.* quia verba legis lædit eorum distinctio.

67 Probat; quia, cum nominatio in his terminis conferatur ad tempus mortis, ut patet *ex text.* merito revocari potest à patre nominante: ex generalitate *Ord. lib. 4. tit. 37. in fin. princip.* per quam ita tenet *Cald. de potest. elig. cap. 2. num. 46. § num. 50.*

68 Ac per consequens cessat omnino ratio decidendi inducens obligationem conferendi, quia pater ita revocabiliter nominans cum mentione mortis bene potest iterum nominare, & revocare, & vendere, quia possibilitatē vēdēdi nō deperdit, imò per ipsā vēditionē inducatur renovatio: *Pinhey. de Emph. disp. 6. sect. 5. num. 85. cum.*

69 Ibi: *Salvo se fosse comprado:* per dictionem *Salvo* inducitur exceptio de regula: & de hac exceptione, dum pretium emptionis exivit à substantia paternā; agunt ad facietatem *Carvalh. in cap. Raynaldus de testament. 4. part. cap. 1. à num. 180. Valasc. de partit. cap. 13. num. 125. Pinhey. de Emphyteus. disp. 5. sect. 2. à num. 31. Caldas de nominat. quest. 18. à num. 26. cum quibus, & alijs prosequitur Guerreyr. tract. 2. de divis. lib. 2. cap. 12. à num. 56. cum sequentib.*

70 Tandem concludit Legislator ibi: *Por que nestes casos serà o filho nomeado obrigado a trazer a collaçãõ, ou lhe serà contado em seu quinhãõ o preço, por que o prazo foi comprado, ou o que valia ao tempo, que o houve, qual o filho nomeado mais quizer.* Clara sunt verba hujus *text.* ex quibus tamen

71 Quæro, cur tam diversum? Si pater tradat Emphyteusim in vitâ, attendendum est pretium, quod dicitur justum tempore traditionis, tam precise, & indubitabiliter, ut nullum sit omnino arbitrium nominato ad eligendum tempus justı valoris; sed irrefragabiliter conferre obstringitur pretium illud, quod justum dici posset tempore traditionis, ut dixerat verbis supra *num. 51.*

72 Si autem pater nominat Emphyteusim tradendam post obitum, relinquit arbitrium nominato conferendi pretium justum, vel quod Emphyteusis valebat tempore traditionis, vel quod justum erat tempore emptionis, quod maluerit. Notabilis decisionis diversitas! Cū filius utroq̄ casu sit nominatus: utroque capere dicatur à domino: utroque intermediet voluntas patris nominantis: utroque sit Emphyteusis empta: cur tam variè, cur tam diversa dispositio?

73 Ratio differentiæ, sive diversitatis fundamentum aliundè quæri impossibile arbitrari cogor, nisi amplectamur eam rationem decidendi, quam defendo, de qua *preced. dubit. & presentis* sæpè sæpius dixi, & ex eâ resolvitur.

74 Quia scilicet cum per traditionem faciendam post obitum pater à se non abstulisset facultatem vendendi, sicut auferret in vita tradendo, non est, cur filius nominatus teneatur precise ad collationem pretij, quo vendi posset Emphyteusis tempore traditionis, à cessante scilicet ratione, quam sequimur, decidendi.

75 Satisfacit enim ita nominatus cum illo pretio, quod exivit à substantiâ paternâ, si videat rem tantum valere tempore mortis, quo fuit sibi tradita, quantum pater debulavit ad eam emendam: si autem videat minùs valere vel ex temporum diversitate, vel ex negligentia patris possidentis in damnificando, non est, quid illi nominato imputetur, nec fratres præjudicium habent ex tali nominatione, sed solum ex patris negligentia, vel ex tempore, quod pretia rerum solet mutare. *Posth. civili resolut. 17. num. 45. & resolut. 106. num. 27. Valasc. cons. 43. num. 28. versic.* Veruntamen.

76 Si autem tradatur Emphyteusis in vitâ, cum genuina ratio decidendi attendatur, & ex eâ attendi debeat possibilitas vendendi, & insimul justum



pretium, quod in foro tempore traditionis invenire posset pater tradens, si alienaret, ideò hoc justum pretium precise, & sine electione arbitraria jubet attendi Legislator.

77 Etsi tunc temporis, scilicet traditionis in vitâ, plus valeat Emphyteusis, quàm tempore emptionis, filijs accrescet utilitas, quia pater lucrari id plus posset, si in foro vendidisset. Sin autem minùs valeat Emphyteusis tempore traditionis, quàm valuit emptionis tempore, id ipsum perderet pater vendendo tempore traditionis: & diminutio pretij procedens vel ex temporis varietate, vel ex patris negligentia, quam habuit vel in emendo, vel in damnificando, non est, cur filio nominato imputetur, cui traditur, nec ceteri filij de hoc juste conqueri poterunt.

78 Vides igitur, Lector, benigne, legem nostram in omnibus, & per omnia solitâ æquitate fundatam, & benè conceptâ; si eam, quam amplectimur, rationem decidendi, quæ sistit in possibilitate vendendi, non despexeris; dum aliam non invenias, vel sapientes edoceant aliam.

79 Colligamus jam fructus ex prædictâ segete, & serie, quam hucusque observavimus: sed ne prolixiores existamus, colligendi veniunt *dubit. sequent.*



## DUBITAT. XXXIV.

Quando Emphyteusis conferenda sit in forma

*Ord. lib. 4. tit. 97. dist. §. 22.*

### S U M M A R I U M.

- 1 **P** *Reponitur materia.*
- 2 *Ratio decidendi omnia regit.*
- 3 *Filius confert Emphyteusim, quia fructus percipit.*
- 4 *Contrarium veriùs. Et numer. sequent.*
- 9 *Filius revocabiliter nominatus in Emphyteusi non tenetur ad collationem.*
- 10 *Succedens filius irrevocabiliter in Emphyteusi empta tenetur ad collationem.*
- 12 *Quid, si traditio patris nominantis fuit irrevocabilis? Et numer. sequent.*
- 14 *Pater, licet reservet fructus, si nominet irrevocabiliter, filius conferre tenetur. Et numer. sequent.*
- 17 *Per dotem inducitur tacita nominatio.*
- 21 *Absenti per nominationem queritur dominium.*
- 23 *Per nominationem Emphyteusis non acquiritur dominium. Remissive Et num. sequent.*
- 24 *In Emphyteusi succedit natu maior.*
- 25 *Filius dotatus sine nominatione quod pretium conferre teneatur? Et num. sequent.*
- 28 *Quid in filio tacite nominato per dotem?*
- 37 *Filius dotatus non potest succedere ex nominatione tacitâ.*
- 38 *Nec ex supposita vocatione domini concedentis.*

- 39 Quia ab intestato succedit filius natu maior.
- 40 Vocatio domini, sive nominatio tacita non habet locum, quando datur expressa: & num. 43.
- 41 Neque, quando datur nominatio presumpta ex aliquo facto precedente.
- 42 Per dotis constitutionem inducitur nominatio Emphyteusis.
- 44 Filius dotatus, cum succedat ex vi dotis, tenetur Emphyteusim conferre.
- 45 Dominium utile transmittitur per solam nominationem Emphyteusis.
- 46 Et ideo nominatus, quia dominium acquirit, tenetur conferre Emphyteusim.
- 47 Ad obligationem conferendi tria debent concurrere, de quibus Ord. lib. 4. tit. 97. § 22.
- 48 Emphyteuta dotans adhuc vendere potest jus nominandi.
- 49 Per dotem non inducitur vera, & expressa nominatio, quæ requiritur ad obligationem conferendi.
- 60 Quia solum per dotem inducitur nominatio ficta contra veritatem.
- 51 Fictio solum admittitur ex equitate.
- 52 Cum præjudicio alterius non admittitur fictio.
- 53 Furi suo nemo renuntiare censetur.
- 54 Filius ex eo solum, quod in vita patris fuit dotatus, non tenetur Emphyteusim conferre.
- 55 Ratio eadem postulat eandem dispositionem.
- 56 Nominatio irrevocabilis transfert dominium utile Emphyteusis.
- 57 Contrarium verius. Remissive.
- 58 Per solam nominationem non inducitur obligatio conferendi Emphyteusim.
- 59 Nominatio facta per viam dotis

manet irrevocabilis. Et 61.

- 60 Sed non transfert dominium. Remissive.
- 62 Per venditionem Emphyteusis inducitur nominatio.
- 63 Nominatio assumit naturam dotis, cui adjungitur, ut irrevocabilis existat, sicut dos.
- 64 Quod procedit ex conjecturatâ mente nominantis.
- 65 Contrarius sensus legis pro lege habetur. Et 67.
- 66 Nemo jus suum dimittere præsumitur.
- 68 Dos est actus irrevocabilis.
- 69 Dotatus, qui non prævidet, sibi imputet.
- 70 Verior est sententia D.D. qui tenent nominationem per viam dotis esse revocabilem.
- 71 Contractus alias revocabilis manet irrevocabilis, si fiat per viam dotis.



**V**Idimus quare, hoc est rationem vidimus decidendi, ex quâ Emphyteusis à patre nominata, & filio tradita in vita conferenda

fit tempore mortis ipsius patris tradentis. Subsequitur videre, seu dubitare de casibus, in quibus collatio locum habeat ex ratione decidendi, vel locum non habeat, quia ratio cessat.

2 Quod quidem in effectu est agere de conciliationibus eorum, quæ ex communi ratione decidendi inter se pugnant: sive illationes sunt, quæ pro omnium concordia benè deducuntur ex ratione decidendi, quam ad hunc §. 22. hucusque secuti sumus: quæ, si vera est, omnia concordat, tanquam Regina mentis ipsius Legislator: *Cabed. divers. jur. lib. 2. cap. 20. num. 7. Gusman. verit. 31. num. 26.*

## §. I.

3 **I**nfertur igitur primò ad casum, de quo *dubitat. 32. num. 6.* nēpè quādò Emphyteusis fuit tradita revocabiliter filio, qui conferre teneri afferebatur ex eo solùm, quod fructus percepit, in quo verificata fuit communis ratio decidendi, de qua ibi: ex assertione *Carvalh. de testam. 4. part. cap. 1. num. 186. cum Val. de part. cap. 13. num. 27.*

4 Refellitur nanque, & contrarium venit dicendum ex meliori ratione decidendi, quam defendimus *dubitat. preced.* quia pater ex nominatione revocabiliter factà non abstulit à se possibilitatem acquirendi in possibilitate vendendi; quia omnia fecit revocabiliter, ut supponit casus, & idè non est conferenda Emphyteusis ex eo solùm, quod filius percepit fructus ex traditione revocabili: cessat enim prædicta ratio decidendi legis, ac perconsequens ejus dispositio. *L. Quod dictum ff. de pact. Barb. 1. part. l. 1. à num. 84. ff. solut. Portug. 32. part. cap. 10. numer. 127. Gusman. verit. 31. à numer. 26.*

## §. 2.

5 **I**nfertur secundò ad casum, de quo *dubitat. 32. à numer. 18.* dum afferebatur ibi consequenter, quod filius revocabiliter nominatus conferret pretium ex eo solùm, quod fructus percepisset illius Emphyteusis, quam secundò nominatus lucrari deberet ex secunda nominatione, & insimul medietatem pretij, quod conferret primò nominatus ex communi ratione fructus percepti.

6 Refellitur nanque illatio, & consequentia refellitur ex nostrà, quam secuti sumus, ratione decidendi: quia, cum

filius primò nominatus acquireret revocabiliter, non tenebitur conferre pretium Emphyteusis, quam pater vendere poterat, & vendendo acquirere: cessat enim ratio decidendi prædictæ *Ord. dict. tit. 97. dict. §. 22. de qua egimus, & agimus.*

7 Et quanvis pater filium ita revocabiliter nominatum meliorasset in acquisitione fructuum in vita, hoc ad effectum conferendi non attenditur; quia fructus cedunt loco alimentorum rei allodialis traditæ in vita, ut diximus *dubitat. 32. numer. 15.* Et nulla datur ratio differentiae, ex quâ pater possit meliorare, seu alere filium ex fructibus rei allodialis sine obligatione conferendi, & non ex re Emphyteuticâ, quando ipse pater tam dominus sit fructuum unius, quam alterius.

## §. 3.

8 **I**nfertur tertio ad casum, de quo *dubitat. 32. à numer. 20. & 21.* dum ex communi ratione decidendi sequebatur, quod in Emphyteusi emptâ traditâ revocabiliter in vitâ filio, ipse teneretur eam conferre ex communi ratione fructus percepti: & filius secundo nominatus, qui successurus est, conferre etiam teneretur ex ratione rei empte, & pecuniæ, à patre debultate: juxta hanc *Ord. hoc §. 22.*

9 Componitur enim sequela ex illa ratione decidendi, quam secuti sumus; quia esto, quod filius in vitâ nominatus fructus percipiat (qui cedunt loco alimentorum, & non conferuntur) cum non accipiat Emphyteusim irrevocabiliter, imò maneat penes patrem jus revocandi, & possibilitatem vendendi, in quo sistit vera ratio decidendi, non tenebitur iste filius primò revocabiliter nominatus conferre Emphyteusim, à cessante scilicet ratione decidendi; ut diximus.

10 Et solùm in hoc casu secundus nomina-

nominatus conferet pretium, quo fuit empta talis Emphyteufis in forma hujus legis, & ex ratione, de qua *dubitat. 33. num. 69.* quando in empta Emphyteufi fucceffurus est ex fecundâ nominatione, cujus virtute illi reftitutus est primus nominatus, qui acceperat revocabiliter: *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. feët. 5. num. 74.*

#### §. 4.

**I**nfertur quartò ad cafum, de quo *dubitat. 32. num. 7.* & à *num. 23.* dum afferunt D.D. ibi citati, quòd filius in vita nominatus per dotem non tenebitur Emphyteufim conferre ex eo folùm, quod pater fibi refervavit ufumfructum: acfi ceffaffet ratio decidendi hujus legis *hoc §. 22.* in refervatione ufumfructus.

12 In quo ex ratione decidendi, quam fecuti fumus, diftinguendum necesse erit; quia vel traditio patris fuit irrevocabilis, necne: fi revocabilis fuit, poterat pater vendere, quia revocare poterat: & à ceffante ratione in poffibilitate vendendi ceffat omninò obligatio conferendi in filio, & procedit opinio D.D. quos citavimus *dict. dubitat. 32. dict. num. 7.* non ex eâ ratione, quâ fundatur, fed ex eâ, quam fequimur.

13 Si autèm traditio patris fuit irrevocabilis per translationem totius juris, quanvis fructus refervaffet, quia refervatio fructus non impedit revocabilitatem: *ex Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. Pinbeyr. de Emphyt. disp. 6. feët. 5. num. 80. cum Cald. Fragoz. & Pereyr. decis. 9. num. 1.* qui alios refert.

14 Tunc, quia pater nec revocare poteft, nec vendere, imò perdit poffibilitatem acquirendi per venditionem poffibilem, quanvis fructus acquirat, procedit omninò ratio decidendi, quam fequimur: & perconfequens datur obli-

gatio conferendi ex hac lege, ut optimè judicarunt Præceptores Conimbri-  
censes, teftante *Carvalh. & Pinbeyr. citatis dict. dubitat. 32. dict. numer. 7.*

15 Confirmatur, quia traditio per titulum dotis cū refervatione ufumfructus nihil quoad effectum differt à nominatione Emphyteufis fruendæ post mortem; quia in utroque cafu femper filius titulum habet in vita, fed fructuum perceptionem folùm confequitur in morte.

16 Atqui filius nominatus ad fruendum post mortem non tenetur conferre, quia non abstulit à patre poffibilitatem vendendi, ut ex hâc lege diximus *dubitat. 33. à num. 66. cum fequentibus.*

17 Ergo filius dotatus cum refervatione ufumfructus etiam non tenetur conferre, fi habuit revocabiliter, quia non datur quoad intentum fubftantialis differentia in effectum; fed folùm nominalis differentia; quia uterque folùm post mortem percipiet, quanvis unus percipiat per nominationem, alius per dotem, in qua etiam continetur tacita nominatio; cum *Cald. de extinct. cap. 10. numer. 35. & de potest. elig. cap. 4. numer. 35.* tenet *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. feët. 5. num. 75.*

#### §. 5.

**I**nfertur quinto ad cafum, de quo *dubitat. 32. num. 6. junct. num. 17.* dum opponit fufficere, quod filius, cui traditur Emphyteufis, in vita fructus unius anni percipiat, ut folvat integrum, & fortaffè magnum Emphyteufis pretium.

19 Conciliantur tamen prædictæ illationes, quæ ex tali doctrina deducuntur ex ratione, quam fequimur, decidendi; quia fi filius percepit irrevocabiliter fructus, vel quanvis nullos recepiffet fructus, vel ex præmaturâ morte,

te, vel quia pater reservavit, si in effectu melioratus fuit in acquisitione dominij irrevocabiliter à patre translato, jam ex hoc tenetur conferre; quia verificatur ratio vera decidendi in dominio quæsito, quod pater à se abdicavit, & in quo filium melioravit irrevocabiliter.

20 Et si filius in terminis propositis, vel quia pater statim obiit, vel quia fructus sibi reservavit, paucos, sive nullos fructus percepit, & in hoc se lesum invenit, dum integræ Emphyteusis pretium conferre tenetur ex eo solum, quòd dominium irrevocabiliter acquisivit, & in quo solum melioratus fuit, sibi imputet, dum traditionem irrevocabilem acceptavit, ex quo cæteris filiis præferri in nominatione, & successione consecutus est, cum aliàs alium pater nominare posset: ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 6. §. tit. 97. hoc §. 22.*

21 Nequè dicas, quod si ex solo dominio quæsito filius in his terminis pretium integræ Emphyteusis conferre tenebitur, & quia possibilitatem vendendi abstulit à patre, ut contendimus, sequitur ex hoc, quod filius, quin acceptet, & sibi provideat, deliberetve, an velit, an nolit, tenebitur conferre pretium Emphyteusis, in qua pater illum nominat absentem, quia illi etiam incio, & absenti quæritur dominium per solam irrevocabilem nominationem: ex *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 2.*

22 Undè etiam sine traditione, & sine fructuum perceptione, & quod plus est, sine filij consensu, nec acceptatione conferre tenebitur ipse pretium Emphyteusis irrevocabiliter nominatę, ex quo dominium acquirit, juxta *prædict. Ord. dict. §. 2.* dum illud aufertur à patre, & possibilitas acquirendi vendendo, in quo sistit nostra ratio decidendi, quam sequimur: & quę ex hac sequela periclitari videtur.

23 Respondetur tamen nullum præjudicium inferri filio ex ita considerata; quia sine ejus consensu, & scientia no-

minationis nullum illi quæritur dominium, neque à patre aufertur per solam nominationem possibilitas vendendi, ex quo filius pretium conferre tenetur: non obstante *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 2.* quod, cum involvat quæstionem valdè dubitabilem, latius disputatum invenies *dubit. 36. præcipue à num. 67.*

### §. 6.

24 **I**nfertur sextò ad casum, quem de facto habui, in quo pater tradidit in vita per titulum dotis factæ filio quandam Emphyteusim, quam emerat sine ulla alia nominatione expressa; cumque pater amplius non disposuisset de Emphyteusi, nec in morte nominasset, succedit in Emphyteusi ipse filius dotatus, quia natu maior: juxta *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.*

25 Petebant Fratres conferendam Emphyteusis æstimationem, attento tempore traditionis in vita ex hac lege *hoc §. 22.* quia dotatus accepit in vitâ, & non fuit nominatus ad fruendum post mortem, ut excusaretur ab obligatione conferendi: ex *dict. §. 22.*

26 Contrarium tamen dixi, & judicandum duxi, quia, cum filius dotatus non accepisset irrevocabiliter in vita ex eo, quòd non fuit etiam nominatus expressè in terminis hujus *§. 22.* nec in eum transtulit pater omne jus in forma *Ord. dict. tit. 37. §. 1.* utique etiam non abdicavit à se pater potestatem alienandi, ac per consequens non tenetur filius conferre pretium Emphyteusis emptę, attento tempore traditionis, quia scilicet defuit in his terminis ratio decidendi, quam hucusque secuti sumus.

27 Imò satisfacit filius conferendo pretium, attento tempore emptionis, quod malebat ( quia minus erat ) & eligebat in forma hujus *Ord. hoc §. 22.* tanquam nominatus ad fruendum post mortem:

mortem: quia, cum traditio in vita non fuisset irrevocabilis, ut verificaretur ratio decidendi hujus *Ord. hoc §. 22.* quam sequimur, tantum facere potuit nominatio tacita, de qua *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.* quantum facere posset expressa nominatio, si pater eam fecisset tempore mortis, seu ad fruendum post mortem: juxta hunc *§. 22.*

### §. 7.

28 **I**nfertur septimò ad casum [cujus resolutio videtur adversari hucusque traditis] nemo enim negabit filium dotatum sine ulla alia nominatione, quanvis sit natu minor, præferendum esse filio maiori in successione Emphyteusis, quam pater expressè non nominavit, quanvis maior succedere deberet ab intestato: ex *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.*

29 Quia quanvis in Emphyteusi quis succedere nequeat sine nominatione expressâ juxta *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.* quia concessio continet conditionem tacitam, *si nominabitur*, ut dicemus *dubitat. 36. numer. 56.* vel sine nominatione tacitâ, de quâ *Ord. dict. tit. 36. per tot.* tamen filius dotatus, in quem dominium transfertur per traditionem ex dictis *dubitat. 33. numer. 23. §. sequentib.* nominatus censetur in hoc casu per dotis constitutionem, ut tenent *DD. Citati dict. dubitat. 33. numer. 45.*

30 Et quanvis nominatio per dotem sit tacita, & præsumpta nominatio, ut asserunt ipsi *DD.* & nominatio filij senioris patris ab intestato decedentis sit etiam præsumpta, & tacita in forma *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.*

31 Tamen præferri debet tacita nominatio, quæ inducitur ex dote, & traditione, illi nominationi, quæ inducitur tempore mortis patris intestati

dotantis, quia intestatus decedens sine alia ulla nominatione non censetur aliter nominaturus, quam dotavit: imò ex dote inducitur nominatio: *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 5. num. 73. cum Cald. de extinct. cap. 10. num. 35. §. de potest. elig. cap. 2. numer. 33. §. cap. 4. num. 35.*

32 Ergo videbatur dicendum filium dotatum cum traditione in vitâ, & nominatione, quæ in hoc casu inducitur, ex ipsa traditione insimul cum dote teneri ad conferendum pretium Emphyteusis traditæ, attento præcisè tempore traditionis; ac per consequens superflua esse verba *Ord. hoc §. 22.* dum requirunt nominationem expressam, & incivilem esse nostram rationem decidendi, dum requirit per nominationem expressam dominium transferri irrevocabiliter ad inducendam obligationem conferendi pretium, attento tempore traditionis.

33 Respondetur tamen filium in hoc casu non teneri ad pretium conferendum, si Emphyteusis non sit empta: & si empta fuit, solum teneri ad pretium, quod elegerit secundum tempus emptionis, vel traditionis, quod maluerit: ac si Emphyteusim accepisset solum tempore mortis; ex eo quòd non verificata fuit *Ord. in verbis*, quæ requirunt nominationem expressam, de quibus *dubitat. 33. numer. 32. cum sequentib.* nec pater sine expressâ nominatione abstulit à se possibilitatem vendendi, ut diximus *dict. dubitat. 33. numer. 35.* in quo sistit vera ratio decidendi, quam secuti sumus *ad Ord. hoc §. 22.*

34 Nec obstat, quòd in his terminis filius dicatur succedere in Emphyteusi dotatâ per nominationem tacitè inductam ex traditione dotis, ex quo videbatur conferendum pretium, attento tempore traditionis ex *hoc §. 22.*

35 Quia satis fit, quòd imò potius succedit talis filius post obitum patris

ex nominatione tacitâ, quæ inducitur tempore mortis: ex *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.*

36 Eo enim ipso, quod pater, cum in vita non nominasset expressè, & irrevocabiliter, & perconsequens adhuc nominare posset, & nec in vita, nec in morte nominare voluit, censetur tempore mortis voluisse nominatum judicari ipsum filium dotatum, seu tempore mortis voluisse induci potius nominationem ex causâ dotis præcedente: quod idem est. *Pinheyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 5. num. 77. in fin. §. num. 78.*

37 Instabis, ut veritas magis illucescat in hoc casu, quia quotidianus est, filius natus minor dotatus in terminis propositis non potest succedere in Emphyteusi ex nominatione tacitâ, quæ ab intestato inducitur ex *Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2.* juxta communem non disputantem sententiam, de qua *dubitat. 23. à numer. 5. §. II.* quæ fundatur in nominatione tacitâ.

38 Neque etiam succedere potest ex tacitâ vocatione domini concedentis, in qua potius fundatur dispositio dictæ Regiæ Sanctionis *dict. lib. 4. dict. tit. 36. dict. §. 2.* prout verius ostendimus *dict. dubitat. 23. à numer. 12. cum sequentib.* Quod quidem ostenditur ex duplici ratione.

39 Prima sistit in eo, quia, si aliquis filius Emphyteutæ, qui dotavit, & postea decedit ab intestato sine alia nominatione, successurus esset ex nominatione tacitâ, vel potius ex vocatione præsumptâ, proculdubio esset filius natus maior; ut expresse decidit Legislator *dict. tit. 36. dict. §. 2. ibi: E onde houver muitos filhos, ou filhas, sempre o mayor dos filhos, ou a mayor das filhas, em falta dos filhos, haja o foro.*

40 Secunda ratio est, quia nominatio tacita, sive potius vocatio domini concedentis, in qua credimus fundari dispositionem *Ord. dict. §. 2.* solum habet locum in illis terminis, in qui-

bus Emphyteuta nominaturus nullam omnino fecit nominationem expressam: ut probat *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2. ibi: E finandose o foreiro abintestado, nam nomeando alguma pessoa ao foro.*

41 Vel nullam saltem tacitam fecit nominationem, quæ ex aliquo præcedente facto conjecturari possit, prout in terminis *Ord. dict. tit. 36. in princip.* ubi ex facto institutionis hæredis præsumit Legislator nominaturum Emphyteutam nominare voluisse per hæredis institutionem in ipso hærede Emphyteusim, quem debebat nominare: prout diximus *dubitat. 23. num. 66. §. 67. §. dubitat. 24. à numer. 42. cum sequent.*

42 Atqui in terminis propositi casus pater, qui Emphyteusim filio nato minori dotavit, censetur filium dotatum nominasse in Emphyteusi, quia per dotis constitutionem inducitur nominatio Emphyteutica: *Cald. de potest. elig. lib. 3. cap. 2. num. 31. §. 33. §. cap. 4. numer. 35. §. de extinct. cap. 10. numer. 35.* cum quo *Pinheyr. de Emphyt. disp. 4. sect. 5. numer. 73.*

43 Ergo, cum præcesserit nominatio ex constitutione dotis in vita factæ, non possumus admittere nominationem tacitam, sive vocationem ab intestato, quem fecit dominus concedens in forma *Ord. dict. tit. 36. dict. §. 2.* inducendo, & explicando prout in *dict. dubitat. 23. à numer. 12. cum sequentib.*

44 Ac perconsequens fatendum est, quod in casu proposito filius dotatus solum successurus est in Emphyteusi dotatâ ex vi, & vigore dotis in vita factæ per patrem, & nunquam succedit tanquam ab intestato post mortem: & exinde conferre tenebitur Emphyteusim in vita dotatam in forma *Ord. lib. 4. dict. tit. 97. dict. §. 22.* de quo egimus, & suprâ arguebamus.

45 Eo vel maxime, quando per no-

mina-

minationem Emphyteuticæ, quæ inducitur in hoc casu per ipsam dotis constitutionem, ut diximus supra proximè num. 42. inducitur etiam translatio dominij utilis, quod quidem transmittitur per solam nominationem: *Pinheyr. de Emphyt. disp. 8. sect. 6. num. 108. Pegas tom. 3. forens. cap. 28. numer. 828. Barbof. in l. Divortio 8. 2. part. à numer. 21. § 22. ff. solut. matrimon.*

46 Unde, cum filius dotatus dominium habeat utile per nominationem translatum in hoc casu, pater, qui dotem constituit, Emphyteusim vendere non potest, quia dominium non habet; ac per consequens filius dotatus in vita conferet Emphyteusim tempore mortis, ex nostra, quam secuti sumus, ratione decidendi, de qua *dubit. 32.* & etiam *dubit. 33.*

47 Respondetur tamen ad prædictum effectum, nempe, ut filius dotatus ad conferendam cum fratribus Emphyteusim teneatur, non sufficere, quod dotatus fuisset, neque nominationem sufficere, quæ ex constitutione dotis inducitur: imò semper requiritur, quod sit dotatus, & insimul expresse nominatus, & insimul quod dotata Emphyteusis illi in vita tradita fuisset, ita ut illi omnino competat, & pertineat irrevocabile dominium, & potestas nominandi, & nihil remaneat in patre nominante, quod vendere possit: ad quod proposita tria ad intentum concurrere debent: ex *Ord. lib. 4. dict. tit. 97. dict. §. 22.* inducendo, & explicando, prout *dubit. 33. à num. 32. cum sequentibus.*

48 Ratio est, quia, ut locum habeat obligatio conferendi Emphyteusim, sive ejus pretium, omnino debet pater in vita abdicare à se possibilitatem vendendi in favorem unius filij, quia cedit in præjudicium aliorum fratrum, ut ostendimus *dubit. 32.* Hoc autem præjudicium cessat in casu, de quo agimus per constitutionem dotis,

quia adhuc pater vendere potest jus nominandi, quod per solam dotem non transfertur; quanvis dicatur per dotem induci nominationem, & ex nominatione dominium transferri, ut suadet argumentum.

49 Quia verius est sine traditione per solam nominationem dominium utile non transferri, ut ostendemus *dubit. 36.* Et est etiam verius, quod per constitutionem dotis non inducitur vera nominatio Emphyteusis, quam Legislator noster requirit expressam *dict. tit. 79. dict. §. 22. ibi: E o nomear ao ditto prazo.*

50 Fundamentum est, quia nominatio, quæ inducitur ex constitutione dotis, est nominatio ficta contra veritatem, quia non adest expressa nominatio, & vera: prout in simili dicebamus *dubit. 23. numer. 60. cum Valençuel. consil. 23. numer. 78. § gloss. in l. conficiuntur 8. ff. de jur. codicill.*

51 Ideo autem fingitur nominatio in terminis propositis, quia postulat æquitas in favorem dotis, quando pater Emphyteuta aliam expressam nominationem non fecit, ut filius dotatus fingatur nominatus, ne alius filius fortasse natu maior Emphyteusim ab intestato consequatur contra conjecturam mentem patris dotantis: & ex hac æquitate potest solum admitti fictio nominationis: ex *text. in l. Postliminium ff. de captiv. § posilimin revers.* cum alijs *Valençuel. dict. consil. 23. numer. 79. Flor. de Men. lib. 1. var. quæst. 5. numer. 45. in fin.*

52 Cum autem nominatio ficta solum admittatur ex æquitate, ne in propositis terminis contra mentem dotantis, & in præjudicium dotis, & solum in defectu nominationis expressæ Emphyteusis in alium transitura esset, bene sequitur, quod ita conjecturata, & ficta nominatio non impediat, quo minus pater, qui ita dotavit, possit postea facere nominationem expressam



pressam ex facultate, quam habet: quia cessat æquitas, quæ potius cederet in patris dotantis præjudicium, dum per fictionem abdicaretur ab eo facultas nominandi expresse: cum præjudicio autem nullatenus fictio admitti debet: *Carleval de judicijs tit. 1. disp. 2. numer. 326. Valenç. consil. 23. num. 87. Giurb. in consuetud. Senat. Mettat. cap. 1. Gloss. 4. part. 1. numer. 108. § 109. ubi multa refert.*

53 Ex quo deducitur ( ni fallor ) ratio decidendi, ex qua Legislator noster *dict. tit. 97. dict. §. 22.* voluit, & requirit nominationem expressam, ne scilicet admitteretur nominatio tacita, quæ est interpretata, & ficta in præjudicium scilicet patris nominaturi, qui, si nominare voluisset tempore dotis, facile nominaret, quod, cum non fecisset tunc temporis, noluisse creditur abdicare à se potestatem nominandi, & juri suo tacite renuntiare: *Gutierr. lib. 4. pract. quæst. 39. num. 1. Cancer. lib. 3. var. cap. 3. num. 295. Carleval de judicijs tit. 3. disp. 23. num. 42. § 43.*

54 Unde concludimus, quod in casu proposito, licet filius in vita patris dotatus, postea succedat ex vi dotis, & ex nominatione tacita, quæ ex æquitate inducitur per ipsius dotis constitutionem, conjecturata scilicet voluntate patris, qui, cum dotasset, postea non nominavit, nunquam conferre tenebitur Emphyteusim, quia in vita patris non fuit in causa, ut pater vendere non possit Emphyteusim, in quo sistit omnimoda ratio decidendi quoad collationem inter fratres; ut ostendimus *dubit. 32. à numer. 35. cum sequentib.*

### §. 8.

55 **I**nfertur octavo ad casum, quo pater Emphyteuta nominat filium in vita sine traditione, & nomi-

nationem revocare non potest, quia scilicet in concessione Emphyteusis nulla fit mentio mortis in forma *Ord. lib. 4. tit. 37. §. 2.* an filius teneatur conferre hujusmodi Emphyteusim irrevocabiler nominatam, quando pater in his terminis abstulit à se possibilitatem vendendi, & verificatur ratio decidendi, quam secuti sumus ad obligationem inducendæ collationis, quæ eandem dispositionem expostulat: per regulam *text. in L. Si postulaverit. §. 2. ff. ad L. Jul. de adulter. Portug. 3. part. cap. 26. num. 37.*

56 Maxime quando patet, quod in casu proposito nullum jus apud patrem remanet, quod vendere possit, quia jus nominandi supponimus in filium fuisse translatum ex nominatione irrevocabili: & ipsum dominium utile etiam translatum debemus supponere per irrevocabilitatem nominationis, quæ illud transfert: *Barbos. in L. Divortio 8. part. 2. num. 21. § 22. ff. solut. matrim. quo laudato Pinheyr. de Emphyt. disp. 8. sect. 6. num. 108.*

57 Contrarium tamen resolvendum est, quia verius ostendemus esse per solam nominationem, quanvis irrevocabilem, dominium non transferri in nominatum: quod, cum evadat contra Nostratum doctissimas resolutiones, altiori indiget indagine; & ideo, ne hic prolixiores existamus, discutiendum nobis erit *dubit. 36. per tot.*

58 Cum ergo dominium per irrevocabilem nominationem non transferatur in nominatum filium, ut ostendemus, fatendum est apud nominantem remanere: ac per consequens tenendum, quod, non obstante nominatione irrevocabili, id ipsum vendere possit, & à se non abdicasset possibilitatem acquirendi; ex quo cessat obligatio conferendi ex ratione decidendi, quam secuti sumus, & dicemus *dubit. 36. à numer. 84. cum sequentib.*

## §. 9.

59 **I**nfertur nonò ex proxime dictis ad casum, quo pater Emphyteuta dotat filiam, & insimul eam nominat in Emphyteusim, in qua nominare poterat usque ad tempus mortis in forma *Ord. lib. 4. tit. 37. in principio*. nulla tamen interveniente traditione. In quo casu, cum nominationem fecisset in actu constituendæ dotis, manet nominatio irrevocabilis per naturam ipsius dotis, cui adjungitur; stante illà sententiã, quam utpote veriore eligi *Pinheyr. de Emphyt. disp. 6. sect. 5. num. 77. cum Barbosa & Flores de Auna lib. 3. var. quest. 22. à num. 20.*

60 Quia, licet, stante prædictã sententiã, nominatio maneat irrevocabilis propter naturam conjunctam ipsius dotis, adhuc dicere cogor dominium translatum non fuisse ex defectu traditionis, ut dubitabimus *dubit. 36.* Ac perconsequens, cum pater dominium retineat, quod vendere possit, non tenetur filius dotatus ad collationem ex ratione decidendi, quæ conferre obligat; de qua *dubit. 32. à numer. 35.*

61 Nec obstat admittere, quòd in casu proposito pater vendere possit, quando per venditionem inducitur nova nominatio, ac perconsequens revocatio inducitur primæ nominationis, quam per dotis constitutionem supponit irrevocabilem sententiã illa, de qua *Pinheyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. numer. 77. & 78. cum Flores, & Barbosa.*

62 Respondetur enim primò, quòd per venditionem inducitur nova nominatio, de quo *Pinheyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. à numer. 85.* & primæ nominationis revocatio inducitur: quod tamen, cum sit in consequentiam, attendi non debet, ut latius dicemus *dubit. 36. num. 92.*

63 Respondetur secundò sententiam illam, quæ asserit in proposito casu nominationem Emphyteusis irrevocabilitatem assumere ex natura dotis, cui adjungitur, ex *text. in L. Si ego versic. Si res ff. de jure dotium*, procedere ex conjecturatã mente dotantis, qui, dum nominat, & insimul dotem constituit, censetur irrevocabiliter nominare: quia ex actu, quem facit, & ex dote, cui adjungit nominationem, deprehenditur animus non variandi, & abdicandi à se facultatem, quam habet; & hoc est præcipuum fundamentum, ex quo à contraria discedit *Pinheyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. dict. numer. 77.*

64 Quod quidem fundamentum, cum omnino procedat ex conjecturatã mente patris Emphyteutæ dotantis, & nominantis, frustra laborant D.D. & *Pinheyr. supra num. 77. & 78.* in positã formã conjecturandi mentem Emphyteutæ: quia Legislator noster conjecturando ipsam Emphyteutæ mentem, qui nominavit, & dotavit in terminis propositis ad hoc, ut irrevocabilitatem admittat, omnino requirit traditionem, ut patet *lib. 4. dict. tit. 37. dict. §. 1. ibi: Porem se o que tinha poder de nomear athe a morte traspassar em sua vida em outra pessoa a causa asorada por titulo de dote.* Ecce quomodo requirit traditionem Emphyteusis cum titulo dotis, ut irrevocabilitatem admittat, de qua subjungit ibi: *Já nam poderá nomear outra vez.*

65 Ergo id ipsum, quod conjecturando mentem Emphyteutæ dotantis, & nominantis Legislator resolvit, nempe quod sine traditione, quanvis interveniat nominatio cum dote, non evadat nominatio irrevocabilis, non debent D.D. aliter conjecturare; quia datur expressus contrarius sensus Legislatoris, ut fatetur *Pinheyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. numer. 76. in fin. qui sensus pro lege habetur: ex text. in*

*l. Qui*

*l. qui testamento §. Mulier ff. de testam. Valasc. de partit. cap. 16. numer. 26. Reynof. observ. 42. numer. 13.*

66 Eo vel maxime, quando secundum juris regulas debemus conjecturare patrem Emphyteutam, licet dotem constituat, & insimul nominet, dum tamen Emphyteusum non tradit, retinere voluisse dominium, & retinere voluisse facultatem variandi, quam illi concedit natura Emphyteusis, de qua cum mentione mortis *Ord. dict. tit. 37. in princip. §. 1.*

67 Quia scilicet nemo jus suum dimittere praesumitur, quando id ipsum non exprimit: ex regula *text. in l. Fin. Cod. de novat. Carleval. de judic. tit. 3. disp. 23. numer. 42. & 43. Barbof. in L. 7. §. Imò, numer. 47. Cod. de praescription. Carvall. in cap. Raynaldus de testament. part. 4. cap. 1. numer. 213.*

68 Nec obstant potiora fundamenta, quibus nititur *Pinbeyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. à numer. 77.* ut contrariam sententiam sequatur. Primum enim, dum tenet, quod nominatio evadat irrevocabilis, quia jungitur doti, quae est actus irrevocabilis, ex *text. in dict. L. Si ego ff. de jure dotium*, convincitur ex eo.

69 Quia respondetur, quod aliud est nominatio, & aliud est dos, quia una potest esse sine alia, ut supponunt DD. & est in comperto. Et nulla datur ratio, ex qua revocabilitas nominationis assumat naturam irrevocabilitatis; quia adjungitur doti, quae est irrevocabilis; & ex qua irrevocabilitas dotis non assumat naturam revocabilitatis, quando adjungitur nominationi, quae revocabilis sit. Imò vel cuicumque harum dispositionum, quia sunt diversae naturae, libet conservare naturam propriam, quin attendatur conjunctio earum, vel potius dos debet assumere naturam revocabilitatis, quia adjungitur nominationi, quae constituit principalem actum

in materia Emphyteuticâ. Et sibi imputet dotatus, qui hoc non praevidet, sicut de dotato ab eo, qui filios adhuc generare potest; dicit *Portug. lib. 1. praelud. 2. numer. 102. §. 104.*

70 Secundum fundamentum suadens, quod dispositio *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 1.* non excludit casus similes, ut dicit *Pinbeyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. numer. 79.* convincitur, quia casus, de quo agimus, & ille agit, non est similis, imò est identicus casus, & bene comprehensus in *Ord. dict. tit. 37. dict. §. 1.* in quo Legislatores decidit irrevocabilitatem non induci sine traditione à contrario sensu, ut fatetur *Pinbeyr. dict. sect. 5. num. 76. in fin.* & veriores sequuntur *Valasc. conf. 102. num. 36. §. 37. Gam. decis. 302. Cald. de potest. elig. cap. 4. num. 35.* quos refert *Pinbeyr. dict. num. 76.*

71 Non obstat tandem fundamentum asserens, quod contractus aliàs revocabilis, maneat irrevocabilis, si fiat per viam dotis, quod tantum placuisse lenatoribus tradit *Valasc. conf. 102. num. 11.* quo laudato sequitur *Pinbeyr. dict. disp. 6. dict. sect. 5. dict. numer. 76.*

72 Respondetur enim in casu, de quo agimus, nullam assignari rationem, ex qua tenendum sit, quod nominatio sit facta per viam dotis, sive quod dos sit facta per viam nominationis: imò potius, cum dos sit quid distinctum à nominatione, & nominatio quid diversum à dote, cum una possit stare sine alia, non est, cur intelligamus Emphyteutam, qui fecit actum nominationis, & insimul contractum dotis, componere voluisse unum quid mixtum, ex quo privaretur jure variandi, & eligendi, quod habebat.



DUBITAT. XXXV.

Qualis Emphyteusis conferenda sit.

Ad Ord. lib. 4. tit. 97. §. 22.

SUMMARIUM.

- 1 **P**roponitur quæstio.
- 2 Ord. hoc §. 22. non loquitur de Emphyteusi hæreditariâ.
- 3 Emphyteusis hæreditaria semper imputatur.
- 4 Nec Ord. dict. §. 22. loquitur de Emphyteusi perpetuâ.
- 5 Emphyteusis perpetua semper confertur.
- 6 Emphyteusis familiaris confertur: contrâ Pinheyr.
- 7 Emphyteusis de providentiâ, si sit novè quæsitâ, confertur.
- 8 Quid de Emphyteusi antiquâ? Et num. sequentib.
- 9 Ord. dict. §. 22. non distinguit inter Emphyteusim novam, & antiquam.
- 10 Ergò Emphyteusis antiqua, si in vita non tradatur, non confertur.
- 11 Contrarium defenditur: Et numer. sequentib.
- 13 Verbum hoc demonstrativum.
- 18 Casus omisus resolvitur à jure communi.
- 19 Concluditur, quod Emphyteusis antiqua. Et num. 31. & 32.
- 23 Emphyteusis antiqua non potest alienari.
- 25 Quid, si Emphyteusis antiqua alienabilis sit? Et num. sequentib.
- 27 Ubi datur eadem ratio, debet dari eadem dispositio.
- 28 Etiam in correctorijs, quia dicitur enucleatio.
- 30 Casus omisus deciditur à jure communi.

- 33 Lex correctoria non extenditur etiam ex identitate rationis.
- 36 Ratio Ord. dict. tit. 97. dict. §. 22. sistit in æqualitate servanda inter filios.
- 37 Obligatio extincta non reviviscit.
- 39 Legis unâ ratione verificatâ, non procedit dispositio legis, si deficit alia ratio æque principalis.
- 40 Quid in casu, quo Emphyteusis nondum collata petitur conferenda? Et num. sequentib.
- 41 Contrarius sensus legis pro lege habetur.
- 42 Infinitas vitanda est.
- 46 Argumentum à contrario non habet locum, quando contrarium est expressum in jure.

**I**Ucufq̄ dubitavimus quare, & hæsitavimus, quando Emphyteusis conferenda esset. Nunc sequitur dubitandum, qualis Emphyteusis conferenda foret? Ut ita dubitando, quare, quando, & qualis Emphyteusis conferatur, finem imponamus materiæ, de quâ Ord. dict. §. 22. in quo video tyrones plerunque dubitare, causidicos multotiès vacillare.

2 Primò igitur de Emphyteusi cum illa qualitate, quæ dicitur hæreditaria, non est, cur dubitemus, quia, licet sit omisâ in Ord. hoc §. 22. ubi nulla mentio fit de concessione pro hæredibus, ex quo de hæreditariâ loqui videatur; per ea, quæ Pinheyr. de Emphyt. disp. 1. sect. 3. à numer. 63. cum sequentibus.

3 Tamen ex naturâ rei imputanda erit, quocunque tempore tradatur, ut sine distinctione cum pluribus citatis tradit Pinheyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. à numer. 21. cum quâ doctrinâ censetur se conformasse Legislator noster in præsentî, tum quia est Bartoli, quem

quem refert *Pinheyr. ibidem*, tum ratione casus omitti in hoc §. 22. stante regula text. in l. Cum Prætor ff. de judic.

4 Secundò non est, cur dubitemus de Emphyteusi cum qualitate perpetuæ; quia, cum sit omitta in *Ord. hoc §. 22.* ut patet ibi: *Emprazamento, que lhe seja feito em pessoas*: quibus verbis ostendit agere de Emphyteusi concessâ ad personas, & non de perpetuâ.

5 Benè sequitur, quòd ratione casus omitti manet in dispositione juris communis, secundum quod Emphyteusis perpetua, quia divisibilis est, & patrimonium auget, tanquam res allodialis, semper imputanda est, & conferenda: *Carvalh. in cap. Raynaldus de testam. 4. part. cap. 1. à numer. 214. § 215.* cum alijs, inducendo regulam text. in l. Omnimodo 30. §. Imputari Cod. de inoffic. testam.

6 Tertio, quanvis *Pinheyr. disp. 5. sect. 2. à numer. 22.* disputet de Emphyteusi illâ, quæ non est hereditaria, sed familiaris, & de providentiâ, non est, cur de illa dubitemus, quia imputari, & conferri debet, tanquam comprehensâ in *Ord. hoc §. 22.* ex verbis relatis *dubitat. 33. num. 18. § 19.* si tradita fuit in vitâ ex dictis *ibidem numer. 23.* ex ratione decidendi, de qua *dubitat. 32. à numer. 38. cum seq. § passim.*

7 Quarto non est, cur dubitemus de Emphyteusi illa, quæ, licet non sit hereditaria, sed solum de providentiâ, tamen fuit noviter quesita à parente, qui tradidit, & nominavit; quia acquirens de novo, si in vita tradit in forma *Ord. hoc §. 22.* efficit Emphyteusim conferendam ex ipsâ lege, ut late *dubitat. 32. à numer. 35. cum sequentib.*

8 Quintò igitur nobis restat dubitandum de Emphyteusi non hereditariâ, nec perpetuâ, nec noviter acquisitâ, sed de illâ, quæ dicitur antiqua, & provenit ab avis, & proavis: ut docet

*Carvalh. in dict. cap. Raynaldus 4. part. cap. 1. num. 178. Pinheyr. disp. 5. sect. 2. num. 25. Valasc. de jur. Emphyt. quest. 46. post princip.*

9 Ratio dubitandi est, quia Emphyteusis antiqua, quæ scilicet ab ipso patre nominante non fuit acquisita, etiam videbatur conferenda, si in vita tradatur, in forma *Ord. hoc §. 22.* qui sub eo §. videtur comprehensa Emphyteusis antiqua, dum Legislatores ibi non distinguit inter noviter acquisitam, & antiquam: ita *Pinheyr. disp. 5. sect. 2. numer. 26. cum Val. de jur. Emphyt. quest. 46. in fin.* non citato *Carvalh. in cap. Raynaldus 4. part. cap. 1. numer. 179.* ubi refert, & increpat *Valasc. de part. cap. 13. numer. 98.*

10 Si verò in vitâ non tradatur filio, non est conferenda Emphyteusis antiqua; ex hoc §. 22. ac si sub ejus dispositione comprehenderetur; ut pro regula ex eo deducit *Carvalh. dict. 4. part. dict. cap. 1. num. 177. cum Val. de part. cap. 13. à numer. 97. Cald. & Præceptore Veyga,* à quo omnes mutuatos esse *ibidem* affirmat.

11 Contrarium tamen arbitrari cogimur, nempe Emphyteusim, quæ dicitur antiqua, minimè comprehendi in verbis, & mente ejusdem *Ord. hoc §. 22.* ut citati D.D. fuerunt arbitrati: imò esse casum ibi omissum ex ipsâ lege contendimus.

12 Patet, ni fallor, ex serie ipsius legis *dict. §. 22.* ibi: *Que alguas pessoas compram.* Ecce agit de noviter acquisita Emphyteusi, quia empta. Et ibi: *E isso mesmo alguns ham por emprazamento de certas pessoas alguns bens danificados, ou mattos maninhos.* Ecce quomodo de solâ Emphyteusi noviter acquisitâ agit Legislatores *hoc §. 22.*

13 Ulteriùs ibi: *Querendo nos a isto prover.* Ecce quomodo Legislatores se restrinxit ad providendum circa Emphyteusim noviter acquisitam: verbum enim (*isto*) idest (*hoc*) est demonstrativum illius.

illius, quod est in mente proferentis, quæ deducitur ex verbis antecedentibus, quibus se referre credendum est: ex ijs, quæ *Portug. 2. part. cap. 18. numer. 116.*

14 Nec obstat, quòd Legislatores eodem §. 22. loquatur etiam de casu, in quo is ipse pater sit tertia vita ibi: *E se o pay, que lho deu, for a derradeira pessoa*; in quo insinuare videtur Legislatores voluisse comprehendere Emphyteusim antiquam, in qua solum verificari potest, quòd pater sit tertia vita.

15 Respondetur enim, quòd Legislatores etiam agit de Emphyteusi antiqua, quam noviter pater acquisivit per emptionem, ut patet ibi in princip. *alguns pessoas compram alguns bens, que outros trazem emprazados.* In quibus terminis pater emptor erit tertia vita, si in tertiâ vitâ emit: *Ord. lib. 4. tit. 38. §. 3. ubi Barbof. Pegas tom. 2. forens. cap. 9. numer. 185. cum Cald. & Barbof. §. num. 191. & tom. 3. forens. cap. 28. num. 593.*

16 Sed respectu emptoris, quanvis maneat in secundâ, vel tertiâ vitâ vendentis, nihilominus dicetur Emphyteusis noviter acquisita, quia fuit emptâ; & satis est, ut non descendat ab avis, & proavis, ad hoc ut dicatur nova Emphyteusis: ex mente D.D. *suprà cit. num. 8.*

17 Patet ergò Emphyteusim antiquam, quæ de novo non fuit acquisita per ipsum patrem nominantem, minimè in *hoc §. 22.* comprehendi: nec de eâ ibidem aliquid disponere Legislatorem, ut minus bene, & obiter dixisse videntur D.D. *cit. num. 9. & 10.*

18 Petenda ergò venit à Jure communi decisio presentis hæsitationis, an scilicet filius, qui à patre obtinuit ex nominatione Emphyteusim antiquam, illam conferre teneatur; quando omiffa est decisio *hoc §. 22.* qui Emphyteusim antiquam non comprehendit, ut diximus: casus enim omiffus resolvitur à Jure communi; *L. Commodissime ff.*

*de liber. & posthum. cum D.D. infra à num. 30.*

19 Ex quo sine dubio tenendum est Emphyteusim antiquam non conferri, quia potius capitur à domino concedente, & ex alijs fundamentis, de quibus cum communi sententiâ *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 2. num. 23. junct. num. 25. cum pluribus alijs Carvalh. in dict. cap. Raynaldus 4. part. cap. 1. num. 175. & num. 177. Valasc. de part. cap. 13. num. 98. Cald. de renovat. quest. 18. num. 11. & num. 63. & de nominat. quest. 10. num. 3. & de potest. elig. cap. 16. num. 3.*

20 Dices ex hucusque traditis nihil utile dictum esse, cum vel sit ex ratione Juris communis, vel ex comprehensione legis *hoc §. 22.* semper ex quâcunque ratione Emphyteusis antiqua absoluta manet ab obligatione collationis, ut fatemur.

21 Respondetur tamen utile esse; & non parum discriminis contineri in eo, quòd Emphyteusis antiqua non sit conferenda ex dispositione Juris communis: vel non sit conferenda ex vi comprehensionis sub *hoc §. 22.* quia primo casu, si non esset conferenda per dispositionem Juris communis, utique etiam non esset conferenda, quanvis in vita traderetur filio: quia Jus commune non distinguit inter unum, & alium casum, ut videri potest *apud D.D. citatos.*

22 In secundo verò casu, si Emphyteusis non esset conferenda ex vi, seu ratione comprehensionis sub *hoc §. 22.* conferenda nihilominus esset in illo casu, quo in vitâ à patre irrevocabili-ter filio traderetur; ut de Jure Regio disponit distinguendo Legislatores noster *hoc §. 22.* ut latius diximus *dubitat. 33. à numer. 23. cum sequentib.*

23 Ex quibus etiam deducitur ratio motiva, ex quâ Legislatores noster *hoc §. 22.* noluit comprehendere Emphyteusim antiquam, imò ejus collationem voluit relinquere in dispositio-

ne Juris communis; quia scilicet in Emphyteusi antiqua non verificatur, imò cessat ratio decidendi, quam semper secuti sumus, nempe possibilitas acquirendi in possibilitate vendendi: est enim resolutio communis Emphyteusim antiquam alienari non posse: *Pinbeyr. de Emphyt. disp. 5. sect. 3. num. 51. cum pluribus*; qui de Emphyteusi antiqua loquens debet intelligi per limitationem, quam facit ibi *num. 55.* in novâ cum infinitis ex nostris tradit *Pegas tom. 2. forens. cap. 10. numer. 69. ubi judicatum, & numer. 70. cum sequentibus.*

24 Ac perconsequens, cum Emphyteusis antiqua alienari non possit, utique neque pater ex eâ acquirere potest, nec patrimonium augere, eam vendendo, prout dicebamus *dubitat. 32. à num. 38.* in quibus terminis cessat omnino ratio inducendæ collationis in eo casu, quo pater in vita tradidit, & perconsequens cessat dispositio hujus *§. 22.* ut conferri teneatur Emphyteusis in vitâ tradita, quando non est alienabilis.

### §. I.

25 **S**ed quia diximus Emphyteusim antiquam alienari non posse, quod intelligitur regulariter loquendo, non inutilis dubitationis est, an in quocumque casu, quo Emphyteusis antiqua alienabilis existat, vel ex vi concessionis obtentæ, vel ex vi facultatis impetratæ, si pater eam in vita irrevocabiliter tradat, an filius eam conferre teneatur ex eo, quod pater vendere possit?

26 Pro parte affirmativâ facit, quod in his terminis verificatur omnino eadem ipsa ratio decidendi, ex quâ hoc *§. 22.* disponit Legislator conferendâ esse Emphyteusim filio in vita traditam; quia scilicet per rem alienabilem tradendo aufert à se possibilitatem acquirendi in possibilitate vendendi; ex quo actu

liberali nominatum meliorat, & cæteris præjudicat filiis, in quo fisti totam rationem decidendi diximus *dict. dubitat. 32. à num. 38.*

27 Ergò, cum detur ipsa ratio decidendi, videtur dicendum dari ipsam dispositionem, & filium in his terminis conferre teneri, quando illi Emphyteusis, etsi antiqua, traditur in vitâ: juxta *reg. text. in l. illud ff. ad leg. Aquil. de qua Portug. 2. part. cap. 10. num. 110. Themud. decis. 4. num. 3. Sous. de Maced. decis. 1. num. 29. Gufman. de verit. jur. verit. 26. numer. 34.*

28 Eò vel maximè quando ex ipsa ratione decidendi etiam in correctorijs extenditur dispositio legis, quia non dicitur extendi, sed enucleari: *Maced. dict. decis. 1. dict. num. 29. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 6. numer. 44. & 2. part. cap. 10. num. 112. & 3. part. cap. 26. num. 37.*

29 Undè vel fateri debemus, quod Emphyteusis antiqua, si alienari possit, conferenda erit, quando in vitâ à patre tradatur: & erit consequens contra ea, quæ diximus *dubitat. 32. numer. 35.* & contra mentem *Ord. dict. tit. 97. §. 23.* de quo *infra.* Vel mancam debemus fateri rationem decidendi, quam posuimus in possibilitate vendendi *dict. dubitat. 32. à numer. 35. & 40. & dubitat. 33. num. 25. & num. 35. cum sequentibus.*

30 Contraria sententia tamen verior est; primò, quia casus iste de Emphyteusi antiquâ conferendâ, vel tradatur in vitâ, vel non tradatur, omissus est in *Ord. dict. §. 22.* & perconsequens venit decidendus à Jure communi: *L. Si verò §. de viro ff. solut. matrim. Gufman. de verit. jur. verit. 24. num. 14. Ægid. ad l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. part. in initio numer. 28. & diximus supra numer. 18.*

31 Attenta autem Juris communis dispositione, Emphyteusis antiqua nunquam