

- 49 Qui non potest administrare, non potest possessionem tradere.
 50 Cum deficit animus & intellectus, impeditur translatio possessionis.
 51 Admittitur opinio Pelagij de Mieris.
 52 Tenuta non competit apud supremum Consilium contra occupantem rem maioratus titulo singulari.
 53 Institutoris prohibitio, tam in proprietate, quàm in possessione, hoc operatur, ut remedia possessoria competant maioratus successoribus aduersus titulo possidentem; & hoc casu remedium possessorium non est summarium, sed ordinarium.
 54 Quando alienatio possessionis & proprietatis prohibita est ab institutore, possessio civilis & naturalis transfertur contra possidentem cum titulo.
 55 Legis 45. remedium potest proponi apud quemlibet iudicem ordinarium, ita tamen accipi debet, ut omnia quæ in alijs interdictis possessorijs ordinarijs desiderantur, in hoc casu concurrere debeant.
 56 Ex lege 45. apud iudicem ordinarium, attentatum locum habet.
 57 Ex contractu nullo non transfertur possessio per precarium, vel constitutum: & qua sit ratio.

TENUTA, ET EIVS ACTIO, an proponatur aduersus possidentem cum titulo,

C A P V T XXVIII.

HÆC quæstio à lege 45. Tauri, alias l. 8. titul. 7. libr. 5. Compil. decisa videtur, ex qua possessio civilis & naturalis transfertur in verum suc-

cessorem, etiam tertio possidente; hæc enim possessio per legem tertio possessori adempta videtur, & in maioratus successoribus transfusa, ut censet Mēchaca in l. si quando, nu. 58. C. de inoffic. testam. Remedium ergo l. 9. d. titul.

285 De Tenuta, seu remed. possessor.

titul. 7. lib. 5. Compil. quod Tenuta nuncupamus, aduersus
 2 possidentem cum titulo inten-
 tari poterit, cum l. 45. Tauri si-
 ne vlla distinctione locuta fue-
 rit. l. non distinguemus. ff. de ar-
 bitris. Sed contrarium suadet
 ex Carolo Ruino consi. 131. nu-
 mer. 8. lib. 2. dum existimat, in
 re prohibita alienari, post alie-
 3 nationem perfectam, non impe-
 diri domini translationem, præ-
 fertim si alienationis prohibitio
 esset tacita. Ex quo sequitur si ti-
 6 tulus alienationis rei maioratus
 præcedat cum ipsius rei tradi-
 tione, hoc casu possessionem, &
 proprietatem transferri in em-
 ptorem, tuncque non procedere
 prædictam legem 45. cuius
 decisio locum tantum habet,
 quando possessio absque domi-
 nio penes tertium est. Sumus
 itaque extra casum Tenutæ, cū
 hoc casu solum reuendicatio
 7 successori competat, quæ a pos-
 sessione differt. l. is qui destina-
 uit, & integer titulus. ff. de rei-
 vendicatione. Sed Caroli Rui-
 ni opinio, siue in expressa, siue
 in tacita alienatione eam acci-
 piamus, omnino falsa est: nam
 4 utroque casu, re maioratus alie-
 nata, saltem post mortem alie-
 nantis extinguitur alienatio, &
 per consequens dominium re-
 uocatur, & acquiritur proxi-
 miori successor. l. cum pater. §.

hereditatem, in prin. ff. de lega-
 tis 2. & regulariter si prohibitio
 expressa sit, vt in maioratibus
 frequenter contingit, statim fa-
 ctam alienationem nullam esse,
 & dominium nec momento
 transferri in emptorem, probat
 textus in l. si creditor. §. vltim.
 secundum lectionem Florenti-
 nam. ff. de distract. pigno. docet
 eruditissimè Antonius Come-
 zius in l. 40. nume. 88. quem se-
 quitur Mieres 3. part. quæst. 9.
 num. 1. Quinimò etiam si pro-
 hibitionis alienationis clausula
 in primogenio deficiat, haberi
 debere pro expressa, doctè fun-
 dat Pelæz quæst. 1. ex nume. 1.
 part. 4. primogen. post Ripam
 in §. diui, nume. 47. l. filius fami-
 lias, de legat. 1. & Paulum consi.
 238. lib. 2. per totum: dominium
 que hoc casu cum in pendentem
 esse nequeat, necessario transfer-
 tur in illum, ad quem competit
 ius reuocandi talem alienatio-
 nem, gloss. in l. quoties, verbo *ab*
omnibus. C. de fideicommissis,
 gloss. in l. vltim. C. de rebus alie-
 nis non alien. quas sequitur Gre-
 gorius Lopez in l. 34. tit. 9. part.
 6. gloss. in verbo *el señorio*, versi.
 quid autem, qui pro Accursij
 opinione allegat textum in l. pa-
 ter Seuerinam. ff. de condit. &
 demonstr. in l. peto. §. vlt. ff. de le-
 gatis 2. & cōsultuit Socinus cōsi.
 115. nume. 8. lib. 4. tradit Tiraq.
 in l.

Caput Vigessimum octauum. 285

in l. si vnquā, verbo *reuertatur*,
 nam. 454. quos refert & sequi-
 tur Mieres dict. quæst. 5. nume.
 1. ad finem. Fatendum ergo ne-
 cessario est, hūc tertium solum
 possidere, absque dominio &
 proprietate. Sumus itaque in
 terminis quæstionis nostræ, an
 cum prædictus tertius titulo pos-
 sideat, res ab eo remedijs ordi-
 narijs auocanda sit, an verò, sum-
 mario & executiuo Tenuræ
 auocari possit. Illud enim absq;
 controuersia admittendum est,
 possessorem maioratus, si rem
 vēlat aduersus prohibitionem
 institutoris, licet non transferat
 dominium, transferre tamen
 possessionem in emptorem. Nā
 9 quauis contractus nullus & in-
 utilis sit, in accipientem tamen
 transit possessio, tam ciuili, quā
 naturalis, ex textu expresso in l.
 2. C. si quis ignorans rem min.
 10 esse, vbi re alienata sine decre-
 to, possessio retrahitur à pos-
 sessore: sequitur ergo, in eum
 fuisse translata: alioqui enim
 non esset quod ab eo retrahi pos-
 set. Et probatur satis hæc conclu-
 11 clusio, ex lege 1. §. si vir vxori. ff.
 de acqui. poss. si donante, cum
 vulgaris. ff. de donation. inter vi-
 rum & vxor. ex quibus ex con-
 tractu nullo possessio transferretur,
 si tamen vera traditio interue-
 niat; ita enim intelligenda sunt
 12 prædicta. Et est ratio, quia

possessio non acquiritur ex cō-
 tractu, tanquam ex causa imme-
 diata, sed ex facto naturali, & ex
 traditione ipsius rei alienatæ: vn-
 de licet contractus sit nullus, ta-
 men possessio acquiritur, cum
 in facto consistat, & non in iu-
 re: quam rationem scribit Iurif-
 consultus in dict. l. 1. §. si vir vxo-
 ri, de acqui. poss. ibi: *Quoniam*
res facti, infirmari iure Ciuili non
potest, & refert gloss. vltim. in l.
 3. §. ex pluribus. ff. de acqui. pos.
 Bald. in l. non dubium, nu. 18.
 C. de legibus, vbi Paulus nu. 7.
 Ias. num. 55. & est communis ra-
 tio & opinio, à qua nemo disces-
 sit, secundum Albericum in d.
 §. ex pluribus, in fine principij,
 & docet Accursius in l. 2. §. si a
 pupillo, glo. 1. ff. pro emptore.
 Arcin. in dict. §. si vir vxori nu.
 43. & in indiuiduo casus no-
 stri in re maioratus, feudali, &
 alienari prohibita, si alienetur,
 13 possessionem per traditionem
 rei transire, licet nō transeat do-
 minium, opinatur Bald. in l. 2. ad
 fin. ff. de iurisd. omni. iud. Ale-
 xan. in d. §. si vir vxori q. vlt. Ias.
 ibidem, nu. 120. Vincentius nu.
 28. Rom. in l. is cui bonis, n. 3. de
 verb. oblig. vbi Ias. n. 5. Ripa n. r.
 14 52. Quod procedit, etiam si lex
 traditionem prohiberet; debet
 enim intelligi quoad dominium,
 sed non quoad possessionem. ff.
 3. §. sciendum. ff. de donationib.
 inter

286 De Tenuta, seu remed. possessor.

in er virum. & optimè confide
r. r. Antonius Gomezius in l.

45. numer. 26. cum quinque se-
quentibus, vbi plenè fundat,
quidquid dubitauerit Pelacz
Mieres part. 3. quæst. 9. numer.

16. Cum ergo possessio natura-
lis & civilis sit apud prædictum
tertium cum titulo possidentē,
an hæc transferatur mortuo vl-

timo maioratus possessore in se
quentem in gradu, & aduersus

illum qui rem maioratus occu-
pat, & possidet, interdicta posses-

soria, & Tenutæ remedia com-
petant, difficilis sanè quæstio

est, in qua satis est dubius Mie-
res vbi supra, num. 28. & dispu-

tat Molina lib. 3. cap. 13. nume.

15 52. Sed tandem censet, Tenutæ
remedium non dari contra titu-

lo possidentem, non obstante le-
gis 45. decisione, quæ possessio-

nem transfert, etiam tertio pos-
sidente; intelligi enim debet se-

cundum eum, quando tertius
sua auctoritate possessionem ap-

prehendit, vel quando ei maio-
ratus possessor possessionem

tradidit, absque titulo venditi-
onis, vel donationis, vel simili,

tunc enim nuda traditio loco ti-
tuli non habetur, quasi ad alios

casus omissos trahi non debeat
decisio d. l. 45. quippe cū sit cōtra-

ius cōmune, à quo debemus su-
mere interpretationem. l. com-

modissimè. ff. de liberis & po-

sthumis. l. vnic. §. sin autem ad
deficientis. C. de caducis tollen-

dis. At de iure communi reme-
dia possessoria non competunt

contra titulo possidentem. l. 1.
& 2. ff. quorum legatorum. l. vl-

tim. C. de edicto diui Hadriani.
Idem ergo dicendum erit in

Tenuta, vt eius actio non com-
petat aduersus possidentem cū

17 titulo. Rursusque Molina vbi
suprà, num. 55. aliter distinguens

ait enim, si titulus simplex sit, le-
gitima causa non interuenien-

te, tunc nullum esse, & ex eo nō
impediri interdicta summaria

possessoria Tenutæ: secus verò,
quando Regia facultate, vel ius-

ta causa subsistente, alienatio
fuit facta, quo casu Tenutā pro-

poni non posse asserit, sed vla or-
dinaria causam discutiendam.

Corruit enim hæc distinctio ex
supràdicta consideratione: dixi-

18 mus enim, etiam ex contractu
nullo possessionem veram, natu-

ralem, & civile transferri: quo-
modocunque ergo titulus præ-

cedat, quo mediante inceperit
tertius possidere, putarem re-

medium dict. l. 45. non compe-
tere; dum tamen sit titulus alias

habilis ad transferendum do-
minium, si alienationis prohibi-

19 tio translationem non impedi-

ret. Lex itaque 45. quæ in sequē-
tem in gradu possessionem trās-

fert, quanuis ab alio occupata
sit,

fit, debet accipi, quando is tertius sua auctoritate apprehendit; vel possessor in eum maioratum renuntiavit, & possessionem tradidit, quo casu factum videtur ad defraudandum proximiorē, qui ex maioratus vocatione & substitutione in eo successurus erat: in quo sensu accipienda sunt legis 45. verba, ibi: *Aunque otro aya tomado la possession en vida del tenedor del mayorazgo, o el muer to, o el dicho tenedor le aya dado la possession dellas.* Quod tamen non verificatur, quando titulus absque fraude præcessit, saltem præsumpta, ex parte accipientis, ut in indiuiduo in simili statuto probat las. consi. 146. num. 5. lib. 4. idem consi. 85. nume. 9. libr. 3. Tiraquellus in tractatu de morte. 5. par. declaratione 3. numer. 15. Rursus, quia lex 45. Tauri vnum singulare decidit, nempe ut quauis possessio sit penes alium, transferatur in sequentem in gradu, contra textum in l. quauis. §. 1. ff. de acquir. posses. iuncta l. 3. §. si seruus. ff. eodem tit. quæ iura probant, quando possessio est apud vnum, in alterum non transferri per actum fictum, non interueniente consensu, seu facto illius penes quem est. Nequaquam ergo debemus dicere, ut & aliud singulare operetur lex nostra Regia, scilicet ut quauis titulata possessio sit apud tertium,

nihilominus transferatur in verum maioratus successorem, aduersus omnia iuris præcepta. Et Molinæ ratio omnino iuri aduersatur: nam si Regia facultas, vel alia iusta causa alienationem præcedat, tunc tam dominium, quam possessio transfertur in emptorem, iuxta textum in cap. 1. de confirmatione vtili vel inutili, & in cap. penultimo de transactionibus, ibi: *Vires plenissima notione ex nostra auctoritate suscipiat,* & in l. 2. ff. de rebus eorum, ibi: *Imperiali beneficio,* &c. & in l. Lucius, ibi: *Præcepto principali.* ff. de euictionibus, & huc pertinet decisio legis. Solet, ff. de his qui not. infam. & l. 15. titu. 18. par. 3. & l. 3. tit. 6. part. 7. quibus iuribus probatur, per alienationem factam ex Principis licentia, proprietatem & possessionem transire: & sic esse- mus extra casum legis 45. quæ de possessione tantum loquitur, quando hæc apud tertium possessorem erat, penes quem dominium consistere non poterat propter alienationis prohibitionem, ut arbitratur Mieres parte 3. questione 9. numer. 28. ibi: *Ego. Vbicunque alienatio bonorum maioratus facta fuit Principis auctoritate, existimo, quod sine dubio tam proprietatem, quam possessio transfertur in emptorem, & lex prædicta 45. non habet locum,*

T

cum,

cum, nec est intentandum aliquod interdictum, sed reuendicatio ad petendum dominium. Casus itaque dubitationis nostræ solum versari potest, quando facultas, & iusta causa non præcessit, sed solum voluntas, & factum possessoris, qui pro eo quod sua interest, rem restitutioni obnoxiam vendit, vel donauit. Nam quan-
 22 uis non transferatur dominium ex prædicto contractu, transfertur tamen possessio, cuius vera translatio, præcedente titulo, licet non sufficienti ad transferendum dominium, ratione videlicet prædictæ prohibitionis, efficit, ut contra emptorem vel donatarium competant reuendicatio, & alia
 24 remedia apud magistratus inferiores; in Regio tamen Consilio Tenuta cessabit respectu dictæ rei alienatæ ab ultimo possessore, præcedente prædicto titulo: & hoc patet verum & tenendum, & defendit Pelaez dict. quæstione 9. numero 29. versic. *Probabilius tamen*
 23 *videtur.* Et confirmo ex decisione dict. l. 9. titul. 7. lib. 5. Compil. quæ à Tenutæ actione etiam verum successorem excludit, quando lapsi sunt sex menses à die occupationis, & possessionis maioratus. Et ratio est, ne iudicio summarissimo ve-

xetur ille qui per sex menses possedit, cum remedijs ordinarijs actori possit esse consultum; ut ex eadem legis consideratione dicamus, in sua possessione non turbandum Tenutæ iudicio & remedio illum, qui forsan longissimum tempus cum titulo possederat. Et confirmatur rursus hæc opinio ex prædicta lege nona, dum decidit, prædictum possessorem tueri ex sex mensium lapsu, etiam si non sit verus maioratus successor, sed solum prætenfor, ut illa verba demonstrant: *Y el que pretende ser llamado al tal mayorazgo, esiuuiere en ella por medio año.* At ad hoc ut quis prætenfor dicatur, sufficit quilibet color, absque titulo & legitima causa, ut satis constat ex traditis à Baldo in l. si defunctus, numer. 2. versic. *sed contra hoc.* C. de suis & legitimis. Abb. in cap. veniens, in 2. de testibus, numer. 9. & probant alij, quos refert & sequitur Curtius in lege Ille à quo. §. si de testamento, numer. 2. versiculo *sed sua non interest.* ff. ad Trebel. Vltimo facit, nam hæc exceptio prædicti tertij possessoris cum titulo, nihil litigatoribus tollit, tam in possessione, quam in proprietate, sed solum operatur, ut in Consilio Regio summaria
 tima

tim non cognoscatur: in dubio itaq; priuilegium iuri communi derogare non debet, à quo decisum extat, vt. summaria remedia possessoria non competant contra possidentem cum titulo, vt superius repetitum extat, & docet Bart. in l. manifestissimi. §. sed cum, numer. 5. C. de furtis, & Scribentes communiter in l. rem, quæ nobis. ff. de acquirenda possessione: de quo tamen, & quomodo intelligendum sit, ex nume. 52. tractabimus.

25 Verus ergo intellectus dictæ legis 45. Tauri est, vt eius decisio non procedat in alienatione, traditione, seu occupatione rei particularis ex titulo singulari; solum enim debet intelligi in occupante bona restitutioni obnoxia, ex titulo vniuersali maioratus, qui contendit in eo succedere maioratus iure; hic enim est proprius illorum verborum sensus, *Se trasfasse la possession civil y natural, & eorum, Que segun la disposicion del mayorazgo deniere succeder en el, iunctis illis, Aunque aya otro tomado la possession dellas*. Illud enim verbum, *otro*, non de quacunque persona intelligitur, sed de alia simili: l. si fugitiui. C. de seruis fugitiui.

uis, vbi glossa verbo *alia persona*. Abb. in cap. sedes, de rescript. numer. vltimo. Surdus decisione 265. numero 24.

Constat ergo ex prædictis, mentem legislatoris in dict. l. 45. eam fuisse, vt obuiaretur scilicet maioratum renuntiationibus & occupationibus in vita vitimi possessoris, vel eo mortuo, in fraudem veri successoris: statuit itaque, in eum, non obstante prædicta traditione & possessionis occupatione, transferri possessionem ciuilem & naturalem mortuo ultimo possessore, vt satis elicitur ex dict. l. 45. ibi: *Aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possession dellas*: ad alias tamen alienationes non extenditur prædictæ legis decisio: veluti si quis aliquam rem maioratus tanquam liberam vendidisset: nam quauis in emptorem, vt diximus, non transferatur dominium, cum alienatio non valuerit, eius tamen rei traditio & possessio valet, quia facti est. l. i. §. si vir uxori. ff. de acquir. poss. l. quod vxor, eodem titulo. l. i. §. de iur. ff. de vi & vi arm. l. nec vllam. §. omnibus. ff. de pet. h. redit. l. no alienat. ff. de reg. iur.

T 2 Impe-

292 De Tenuta, seu remed. possessor.

Impedit itaque prædicta alienatio translationem possessionis in sequentem in gradu. Tiracuellus de morte, parte 5. declaratione 3. Molina lib. 3. cap. 12. numer. 17. Antonius Gomezus in dict. l. 45. numer. 24. Existimo itaque ex prædictis, non satis hanc materiam percepisse doctissimum & Iurifconsultissimum Molinam dicto libro 3. cap. 13. numer. 55. dum censet, re maioratus vendita absque causa legitima, remedium dictæ legis 45. competere: Corruit enim ex hisque
 28 proximè dicta sunt. Rursusque & in alio, eodem numero decipitur, dum putat, revendita cum causa legitima, huius venditionis cognitionem remittendam ad iudicium proprietatis, nec in iudicio summario de ea cognoscendum, cum alioquin quæstionem, siue indaginem requirat: Nam quanquam doctrina vera sit, ratio tamen non concludit, cum etiam si altioris indaginis quæstio esset, de ea in Tenuta cognosci posset: ideo tamen non cognoscitur, quia non est articulus Tenutæ, iuxta ea quæ superius adnotauimus.

29 Ratio autem diuersitatis (ut nihil omittamus) inter titulum singularem & vniuersalem, ad intellectum eorum quæ prædi-

ximus, ea est; nam quando quis possidet rem titulo particulari, non opponitur intentioni actoris; non enim repugnat, ut quis sit verus maioratus successor, & tamen alius contendat, rem quam possidet, liberam esse, vel ex alia causa ad eum pertinere, ut adnotauit Accursius in l. 2. C. de petitione hæred. & in l. hereditatem. C. in quibus causis cessat longi temp. præscrip. Couarrub. pract. cap. 12. numer. 2. Antonius Gomezus in dict. l. 45. num. 145. & num. 150. ad finem. Quando tamen quis possidet titulo vniuersali maioratus, hic titulus repugnat actoris intentioni, cum vterque iure maioratus succedere, & in eum possessionem translatam, in eaque tueri contendat; & sic merito, cum vterque sit actor, & vterque sit reus. l. 3. §. hoc interdictum. ff. Vti possidetis, de vtriusque titulo necessario in iudicio Tenutæ cognoscendum est: competit itaque hoc casu Tenutæ remedium contra titulo possidentem. Sicut dicimus de petitione hæreditatis, quæ datur contra possidentem cum titulo vniuersali, ut puta si quis possideat putans se hæredem esse ab intestato, cum vere non sit, quia defunctus testamentum fecerat: vel si quis possideat tanquam scriptus

ptus hæres in testamento minus solenni, aut alias inualido, cum ipse putet validum esse .l. regulatiter .l. pro hærede .ff. de petitione hæredit. Vel si quis totam hæreditatem emerit, vt. in lege Etiam .§. quod si quis. ff. de petitione hæreditat. lege secunda C. eo-
 31 dem. Et idem est in interd-
 cto Quorum bonorum, & in remedio legis vltimæ .C. de edicto diui Hadriani .In omnibus enim his casibus, & si-
 milibus, in quibus ille qui pos-
 33 sidet ex titulo vniuersali hæ-
 redis, possessor constituitur, huius rei cognitio in petitione hæreditatis venit, contra vulgarem regulam, vt petitio hæreditatis non detur aduersus possessorem cum titulo. Et est ratio, quia qui contendit succedere ex titulo vniuersali, cuius vi possidet, directò opponitur intèntioni actoris, cum ex eodem titulo actor succedere conetur: ille itaque vincet, qui potiora iura ostenderit. Bartol. in dict. l. vltima, numer. 21. Menoch. de adipiscend. remed. 4. numer. 556. sicque regula illa vulgaris, quæ
 32 docet, petitionem hæreditatis non dari contra titulo possidentem, accipienda & intelligenda est, nempe quando quis possidet tanquam singula

ris successor, contra hunc enim non datur petitio hæreditatis, nec possessoria interdicta aduersus eum competunt, sed contra illum reivendicatione agendum est. l. 2. C. de petitione hæredit. l. hæreditatem. C. in quibus casibus cessat longi temporis præscriptio. Quæ verissima quidem sunt pro intellectu. l. 45. Tauri, & animaduersione digna.

Et secundum hanc interpretationem & distinctionem accipienda est Molinæ doctrina libr. 3. cap. 13. numer. 53. & 55. dum existimat, petitionem hæreditatis, remedium Quorum bonorum, interdictaque omnia merè possessoria & mixta, non solere competere contra titulo possidentem: remedium itaque Tenutę ex eadem ratione & æquiparatione non dari aduersus possidentem cum titulo: prædicta enim doctrina simpliciter & absolutè sumpta iuris principijs repugnans est; tunc enim tantum procedit, quando quis possidet titulo singulari, contra quem prædicta remedia non competunt: secus verò est in vniuersali possessore, vt superius ostendit, & docet Bartolus in l. si duo, numer. 4. ff. Vti possidetis, Bald. in disputatione de vi turbatiua,

T 3 quæstio-

questione 6. ad finem. Menoc.
de adipiscen. rem. 3. ex nu. 727.
vsque ad nume. 736. & in hunc
sensum Molinam interpretati
sumus in additionibus quas ad
eum scripsimus in dict. cap. 13.
dict. num. 53. & 55.

34 Illud tamen neutiquam omit
tendum est, cum huic quæ
stioni propemodum conducatur,
si maioratus institutor aliena
tionem rerum maioratus, tam
in proprietate, quam in pos
sessione prohibuerit, an hoc
casu, si res alienetur, verus
successor possit, ultimo pos
sessore qui alienauit mortuo;
Tenutam proponere aduersus
emptorem, & tunc contra titulo
possidentem in verum succes
sorem non solum dominium,
sed & possessio pertranseat,
sicut si prædicta res alienata
non fuisset: quam quæstionem
inuenio mouisse Franciscum
Aretinum in lege prima. §. si
vir uxori, numer. 44. ff. de
acquirenda possessione, arbi
traturque, etiam si prohibita
sit translatio possessionis, ni
hilominus eam ex contractu trās
ferri in emptorem, interue
niente prædicta traditione:
pro qua opinione allegat tex
tum in lege tertia. §. scien
dum, in 2. ff. de donationi
bus inter virum & uxorem,
iuncto dicto §. si vir uxori, &

docet in indiuiduo Socinus
consilio 13. libr. 4. numer. 1.
ibi: *Circa primum, ero conten
tus uno fundamento inconuinci
bili in alijs allegationibus alijs,
deducto, scilicet quod licet in
fraudem fuisset facta alienatio;
& ita esset iudicandum, non ta
men poterat concedi Tenuta, sed
potius erat agendum reuocatoria.*

Idemque defendit numer. 32.

35 versiculo *postremo dico*. Quò

spectat doctrina Baldi in lege
secunda in fine. ff. de iurisdic
tione omnium iudicum, qui

existimat, si ex statuto in ex
terum prohibeatur alienatio,

& traditio rei, non censi
prohibitam translationem pos
sessionis, sed tantum dominij;

36 sicut etiam dicimus de eo qui
ex contractu non sibi, sed alij

dominium quærit: nam hic
non est prohibitus sibi acqui
rere possessionem, iuxta tex
tum in cap. quia tua, 12. quæ
stione prima, & ita ex Ber
nardo, Ioanne Andrea, &

Archidiacono, docet Areti
nus ubi supra, numer. 43. Ra
tio autem huius sententiæ ea

est, nam ad amittendam pos
sessionem sufficit animus con
trahentis: itaque cum ipse pos
sessionem amittat, merito quæ
ritur ei cum quo contraxit, nō

37 obstante quacumque hominis dis
positione & prohibitione, hæc

enim

enim

enim animum possessoris possessionem amittendo, & factum emptoris eam apprehendendo, tollere nequiuit: argumento textus in l. quemadmodum. ff. de acquirenda possess. & tradit Bart. in l. 1. §. si vir uxori, num. 2. ff. de acquir. pos. Ioannes de Imola & Romanus ibidem in princip. Iason n. 3. idem Bart. in l. si is qui pro emptore, numer. 27. ff. de usucapionibus, ubi Iason numer. 250. & docet Baldus in l. siue possidetis, a numer. 3. C. de probationibus. Nec
 38 obstat huic verissimæ rationi vulgare iuris principium, quod docemur, si quis in alium ius suum vult transferre, si illi non possit quæri ex iuris dispositione, à tradente non abdicari, sed in se retinere, quasi sub illa conditione datum, iuxta textum in l. nec utilem. ff. ex quibus causis maiores, & in l. cum quis. §. si debitorem. ff. de solutionibus, & in l. vir uxori, versiculo, sed si promissor. ff. de donationibus inter virum & uxorem. Similique modo idem statuendum sit in quæstione nostra, ita ut si translatio possessionis prohibita sit, ea in accipientem non transeat, nec à tradente recedat, ut conditioni institutoris maioratus sit paritum, qui non solum dominium, sed & possessionem prohibuit trans-

ferri. Respondetur enim, prædictam iuris regulam & traditionem procedere & locum habere in dominio quod quis vult à se abstrahere, & in alium transfundere, cui si non possit quæri, penes dominum remanet: secus verò est in possessione, quia etsi non possit quæri accipienti, deperditur, & abdicatur à possessore, ex lege prima. §. per procuratorem, & ex lege Quod meo. §. si furioso. ff. de acquirenda possessione, ubi Accursius, Bartolus, Paulus de Castro, Imola, Aretinus, Alexander, & communiter Scribentes, quos refert & sequitur Antonius Gomezus in l. 45. numer. 24.
 40 Illud namque quod facti est, à legis vel hominis prouisione infirmari non potest, iuxta textum in dict. l. prima. §. si vir uxori. ff. de acquirenda possessione. Et in hunc modum accipienda & intelligenda est. l. 45. Tauri, dum possessionem ciuilem & naturalem transfert in verum maioratus successorem: sensus enim est, ut possessio iuris à lege transferatur, ea tamen quæ facti est, à lege transferri non potest; omnino enim discreta & separata est à possessione iuris, ideoque illa quæ est iuris, apud unum consistere potest, & quæ est facti,
 41

T 4 apud

293 De Tenuta, seu remed. possessor.

- apud alium, iuxta ea quæ in c. 10. adnotauimus. Et ad petendam hanc facti possessionem, quæ omnino discernitur à possessione iuris (licet interdicta tria tantum sint. §. sequens, Institut. de interdictis, & omnia comprehendantur & coniungantur in translatione legali, vi & effectu legis quadragesimæ quintæ Tauri) quartum interdictum adiecit Ripa in Rub. de causa possessionis, nu. 54. quod est speciale ad declarationem materiam, & omnino addendum capiti vicesimo quarto, vbi de interdictis late tractauimus. Et ratio deducitur à dicto §. si vir uxori, vbi sit ut quod facti est, à iure non infirmatur, eadem ratione nec ab ipso iure quæ facti sunt, introduci possunt. In quæ quoque sensum intelligendus est textus in l. cum in bello. §. facti, siue factæ. ff. de captiuis & postliminio reuersis, vbi Tryphonius scribit, facti causas, intactas nulla cōstitutione fieri posse, ita vt nec per fictionem prædictum factum infirmetur in casu nostro, cum hîc fictione non esset opus, & lex nunquam eam inducat, nisi subsistēte necessitate, vt sic responderi possit ad iura in l. retro. l. in omnibus, & l. bona eorum. ff. de captiuis, & §. si ab hostibus, Instit. quibus modis ius patriæ potesta. soluitur,
- iuxta doctrinam Accursij dict. §. si vir uxori, verbo *non potest*, vbi additio ad marginem in d. scholio litera D. & Aretinus vbi sup. & Gomezius in dict. l. 45. qui plures refert num. 23.
- Sed quanquā hæc grauitervigeant, cōtrarium videtur probari in l. is cui bonis. ff. de verbor. oblig. ex qua ea elicitur sententia, vt qui non potest alienare, nec tradendo possessionem transferat.
- Suadetur rursus hæc opinio ex lege vnica. C. non licere habitatoribus Metrocomiæ, quæ probat, non transferri possessionem ex contractu nullo & inutili, quando lex non solum dominium, sed & acquisitionem possessionis irritat & annullat, iuncta vulgari doctrina, ea nempe, vt dispositio legis & hominis à pari procedat. l. seruus hac lege. ff. de manumissio. l. 2. verū quemadmodum enim. C. de verb. signific. Constat ergo, in emptorem possessionem non transferri, quando maioratus institutor hoc prouidit, & eius translationem prohibuit, ita vt hoc casu dicamus, legem possessionem ciuilem & naturalem transtulisse in verum maioratus successorem, etiam contra tertium cum titulo possidentē, Tenutamque proponi posse, nec reivendicatione necessario agendam.

agendum, vt superius dicebamus; & hanc opinionem, licet nihil pro ea alleget, admittit Pelaez de Mieres 3. part. quæst. 9. nume. 29. ibi: *Vnde consilium est ad illos qui volunt facere maioratus, vt prohibeant alienationem bonorum maioratus, tam in proprietate, quam in possessione; cauendo, quod facta alienatione, tam proprietas, quam possessio trāseat in sequentem in gradu; quo casu bona assurantur, & cessant omnia inconuenientia.* Et quāquam sciam, prædictam l. is cui bonis, nihil mouere posse, loquitur enim in prodigo, cui bonis est interdictum, qui cum non possit administrare, non potest possessionem tradere, ad instar pupilli, qui nec possessionem confert, iuxta legem, Possessionem. ff. de acquirend. possessione, & ea quæ collegit Aretinus in d. §. si vir uxori, nu. 43. nam cum deficiat animus & intellectus, impeditur translatio possessionis, cum impediatur amissio: nos vero loquimur in persona cui animus non deficit, & sic casus admodum diuersus sit: sciāque, dictam legem vnicam. C. non licere habitator. non aptari quæstioni nostræ: nihilominus tamen puto veram prædictam Pelagij de Mieres opinionem, censoque, si maioratus institutor prohibuerit alienationem,

tamquoad proprietatem, quam quoad possessionem, tunc inter dicto possessorio locum esse contra tertium possidentem cum titulo, vt expresse firmat Aretinus in dict. §. si vir uxori, num. 44. ibi: *Illud etiam est mentitendum, quod quando causa & ratio prohibitionis respicit pariter translationem possessionis, sicut domini, vel fortius tunc, si lex vel canon impedit translationem domini, eo modo impeditur translatio, vel acquisitio possessionis.* Neutrum tamen dicendum est; Tenuitatem competere apud supremum Consilium: nam vt superius constitui, hæc locum non habet contra occupantem rem maioratus titulo singulari: solum enim actio Tenuitatis cum attributis legis Madriti competit contra occupantem bona maioratus ex titulo vniuersali, ita vt omnes in Tenuita contēdentes, ex eadem causa succedere contendant, maioratus scilicet iure. Illa tamē institutoris alienationis prohibitio, tam in proprietate, quam in possessione, hoc operabitur, vt remedia possessoria competant maioratus successorum aduersus hunc occupantem cum titulo possidentem, nec reivendicatione agere astringatur: non tamen proponere poterit interdictum possessorium in Consilio Regio, sed in inferioribus

298 De Tenuta, seu remed. possessor.

ribus tribunalibus, intentare poterit proximus sequens in gradu, non solum remedium reivendicationis ad auocandū dominium, sed etiam beneficiū & auxilium legis 45. Tauri ad petendam possessionem, cum prædicta lex quadragesima quinta introducta fuerit in conseruationem possessionis bonorum maioratus, vt agnouit Mieres parte 3. quæst. 23. num. vltimo, quo casu non vtrique summarium remedium competit, sed ordinarium possessorium cum causæ cognitione, & iuris ordine seruato, vt censuit Baldus in Rubric. de causa possessionis & proprietatis, nume. 13. Decius in l. vltima, num. 73. C. de edicto diui Hadriani, & indiuidualiter Gregorius Lopez in l. 7. tit. 4. p. 5. verb. *possession*. Mieres part. 3. quæst. 14. n. 9. Ludouicus Moli. plures referens libr. 3. cap. 12. num. 12. ibi: *Sed tenebitur interdum possessorium, de quo inferius dicemus, proponere, atque eum tertium possessorem citari facere, vt ex sententia sibi actualis possessio adiudicetur*; de quo sunt iura optima in cap. licet Episcopus, de præbend. lib. 6. cap. in literis, de restitutione spoliat. c. 2. de causa possessionis & prop. l. vltim. C. de reivendicatione. Cōcluditur ergo in specie proposita, quando scilicet alienatio possessionis

& proprietatis prohibita est ab institutore, possessionem ciuilem & naturalem in sequentem in gradu transferri ex vi & potentia legis 45. Tauri, quanuis aliqua maioratus bona a tertio cū titulo possiderentur, ita tamen, vt cōtra eum competant interdicta possessoria ordinaria, non verò summaria & extraordinaria; hæc enim solum proponi possunt in Regio Consilio contra vniuersalem possessorem & successorem, qui maioratus titulo successionem prætendit; nam quanuis, vt sæpe diximus, legis 45. remedium possit proponi apud quemlibet iudicem ordinarium, ita tamen accipi debet, vt omnia quæ in alijs interdictis possessorijs ordinarijs desiderantur, hic concurrere debeant, nec sententia possessoria, sicut in Tenuris, exequi poterit, sed appellatōni erit deterēdum sub pœna attentati: quod & in hoc casu locum habet, iuxta ea quæ de hoc possessorio interdicto, cap. 7. latè tractauimus, & animaduertit Tiraquellus de morte. 5. parte, declaratione 3. num. 16. a quo transcripsit Molina dict. num. 12. post Paulum in l. si forori. C. de iure deliberandi, a num. 1. dum ait, auctoritatem legis, & statuti, siue consuetudinis transferentis possessionem, facere hæredem, & maioratus

ioratus successorem, possessore iuris, non tamen facti, ideoque interdicta possessoria competunt contra tertium pro actuali possessione consequenda & ad piscenda secundum supradictam declarationem. Et cum hæc sententia in ordinario possessorio lata sit, non est exequenda, sicut illa quæ profertur in Tenuæ possessorio, quod summarium est; quanuis contrarium voluerit Pelaez de Mieres 3. part. quæst. 24. quæ vltima est, nume. 7. ibi: *Quod possessio data alicui successori maioratus ex mandato iudicis, non debet reuocari per viam attetatorum, cum per legem Taurinam trāseat possessio, tã civilis quàm naturalis in successorem bonorum maioratus, quæ nec minui, nec periclitari potest ex eo quod per mediū iudicis, pro quo præsumitur, data sit.* Hactenus Mieres. Sed ego cōtra puto: verum enim est, apud quemlibet iudicem ordinarium posse in maioratum litibus proponi remedium legis 45. Tauri: cum attributis tamen Tenuæ, ita vt prima sententia exequatur, nullibi proponi potest, nisi in Regio supremo Consilio, vt in c. 39. adnotabitur; lex enim 9. tit. 7. lib. 5. Comp. quæ remedium summarissimum & exequibile præbet dictæ legi 45. solum in Regio Senatu vires habet; in alijs

tamen tribunalibus inferioribus de translatione possessionis agi potest; in via tamen ordinaria possessoria, non verò cum attributis legis Madriti, quæ est dicta lex 9. Ideoque vt hanc questionē cōcludā, hand dubiū est, attetare iudicē ordinarium, qui in hac causa possessoria maioratus, appellationi non desert.

Postremo & illud quæstioni nostræ proximum est, vt quod diximus, ex cōtractu nullo & inutiles, licet non transferatur dominium, regulariter tamen possessionem trāsterri, ita accipiendū sit, si traditio vera interueniat per actum verū transferendi, & apprehensionem secutā: secus verò, si traditio fiat per precarium vel cōstitutum, & sic per modum fictum, tunc enim non transfertur possessio in tertium possessorem: Et est ratio, quia hæc casu traditio respicit cōtractum, & ei accedit, & cum eo vnitur: cum cōtractus itaq; nullus sit, & traditio quoque nulla remanet, vt censuit Aretin. in dict. §. si vir uxori, num. 44. & hanc esse limitationem illius textus scribit Baldus in c. 1. §. si quis, ad finem, de feudo dato in vicem legis commissoriae. Idem Baldus in l. ex testamento, nume. vlti. C. de fideicommissis, Antonius Gomezius pluribus recensitis in l.

300 De Tenuta, seu remed. possessor.

in l. 45. numero 29. qui omnino legendus est, pleraque

enim satis appositè adducit.

SUMMARIA CAPITIS XXIX.

- 1 **A**N Tenuta competat ei, qui non explicitè ad primogenij successionem vocatus est.
- 2 Tenuta remedium specialiter, & nominatim vocato, & substituto tantum praestandum est.
- 3 Ex edicto diui Hadriani solum succurritur heredi, non verò illi qui ex coniecturis institutionem pretendit.
- 4 Hares dicitur qui in testamento scriptus & nominatus est, non verò qui ex interpretatione succedere contendit.
- 5 Instrumentum exequitur in his quae in eo scripta apparent, & legi possunt; non verò in his quae ex coniecturis deducuntur.
- 6 Remedium possessorij Tenutae proponere nequit, nisi ille qui ex instrumento substitutionem ostenderit.
- 7 Admissionem possessionis requiritur figura & inspectio institutionis, nec sufficit implicita & coniecturata substitutio.
- 8 Ei qui non ostendit scripturam testamenti, possessio hereditatis non datur, quanvis probet se esse legitimum heredem.
- 9 Substitutus tacitus non iuuatur legis beneficio, expressè tamen substituto remedium diui Hadriani competit.
- 10 Duarum specialitatum concursus non admittitur.
- 11 Substitutio, & nominatio explicita potentior est tacita & implicita.
- 12 Expressa substitutio vulgaris tollit suitatem, & transmissionem impedit.
- 13 Tacita & implicita vulgaris sub expressa pupillari contenta suitatem non tollit.
- 14 Expressa pupillaris excludit matrem pupulli, tacita verò eam non repellit.
- 14 Expressa voluntas plus habet privilegij, quàm tacita.
- 16 Sub lege correctoria tacitum non comprehenditur.

17 Praesump-

Caput Vigésimumnonum. 301

- 17 *Præsumptio & coniectura semper denotat improprietatem & fictionem.*
- 18 *Vocatus & substitutus ex coniecturis, non amittit ius suum, sed solum facultatem proponendi Tenute remedium in Consilio Regio.*
- 19 *Voluntas non solum dicitur illa quæ expresse profertur, sed etiam ea quæ ex coniecturis deprehenditur.*
- 20 *Voluntas impleta dicitur, siue ex Verborum proprietate, siue ex interpretatione deducatur.*
- 21 *Quando lex requirit liquidam probationem, sufficit illa quæ fit per legitimas coniecturas.*
- 22 *Per euentiam constare dicitur, quod ex coniecturis deducitur.*
- 23 *Coniecturata mens defuncti pro expressa habetur.*
- 24 *Coniectura quæ desumitur ex substantia rei, est potentior, quàm quæ desumitur ex solennitate.*
- 25 *Tenute remedium non solum competit substitutis explicitis, sed & his qui in institutione maioratus implicitam vocationem habent.*
- 26 *In edicto diui Hadriani, cum sit merè possessorium, prima tantum figura & inspectio nominatorum consideratur.*
- 27 *Ex lege 45. Tauri proprietates examinatur, habita ratione illius qui succedere debet, siue ex Verbis, siue ex mente substitutionem habeat.*
- 28 *Substitutus tacitus diui Hadriani remedio iuuari potest.*
- 29 *Quando tacitum ex expresso infertur, tunc tacitum pro expresso & scripto habetur.*
- 30 *Ex donatione Ecclesie facta absque traditione dominium trāsferetur, quod locum habet etiam in implicita & tacita donatione.*
- 31 *Ex nudo pacto donationis actio datur: quod etiam locum sibi vendicat in donatione præsumpta.*
- 32 *Statutum loquens de lucro dotis, & in dote tacita locum habet.*
- 33 *Instrumentum exequibile intelligitur etiam in eo quod tacitè inest, ut in hypotheca tacita & similibus.*
- 34 *Lex Tauri, quæ scribit probandi modos per scripturā, alios similes nō excludit.*
- 35 *Substitutio ficta & interpretatiua, quæ procedit solum de mēte iuris, si tacita sit, non idem operatur ac expressa.*
- 36 *Substitutio tacita, quæ elicitur ex mente disponentis, non dicitur ficta, sed vera, hæc idem quod expressa operatur.*
- 37 *Remedium supremi Consilij summariū est, & prima sententia exequibile.*

38 Dispo-

Dispositiones non solum à voluntate expressa pendent, sed etiam ab animo disponentis.

TENUTA AN COMPE-

tat vocato ex conie-
cturis,

CAPVT XXIX.



HÆC quæstio
& hic contro-
uersti debet, an
Tenuta & eius
remedium com-
petat ei, qui non explicitè ac no-
minatim ad priomgenij succes-
sionem vocatus & substitutus
est, sed solum eius substitutio
implicitè & ex coniecturis de-
ducitur.

In qua quæstione dicendum
videtur, Tenutæ remedium spe-
cialiter & nuncupatim vocato
& substituto tantum præstan-
dum esse, ex textu in l. ultima.
C. de edicto diui Hadriani, ex
qua solum succurritur hæredi,
non verò illi qui ex coniectura-
tamente defuncti successionem
& institutionem prætendit. At
hæres in hoc casu ille in iure dici-
tur, qui in testamento scriptus

& nominatus est; non verò is,
qui ex interpretatione succede-
re contendit. l. qui liberis. §. hæc
verba. ff. de vulgari, ibi: *Hæc ver-
ba, Quisquis mihi hæres erit, idem
impuberi filio hæres esto, hunc ha-
bent sensum, ut non omnis qui pa-
tri hæres extitit, sed is qui ex testa-
mento hæres extitit, substitutus vi-
deatur.* l. quæ conditio. l. qui hæ-
redi. ff. de conditionibus & de-
monstrat. l. legatum. ff. de adi-
mend. legat. l. 1. ff. de his quæ in
testam. delen. & probat dict. l. vl-
tima. C. de edicto diui Hadria-
ni, ibi: *Scriptus hæres, & ibi: Testa-
mentum ostenderit, & l. 45. Tau-
ri, ibi: Que conforme à la disposi-
cion del mayorazgo deuere suce-
der en el, quæ verba ad scriptum
successorem necessario referri
debent.* Et in terminis statuti
docuit Bartolus in l. 1. §. legi, ex
num.

Caput Vigesimo nonum. 303

5 numer. 1. ff. de his quæ in testa-
 mento delentur, ubi ait, instru-
 mentum exequi in his quæ in
 eo scripta apparent & legi pos-
 sunt, non verò in his quæ ex in-
 terpretatione & cōiecturis de- 9
 ducuntur: tradit Alexander in
 l. iuris gentium. §. quod fere, in
 principio. ff. de pactis, latè Scri-
 bentes in cap. translato, de con-
 stitutionibus, & satis hæc con-
 clusio probari videtur ex lege
 41. Tauri, quæ est. l. 1. tit. 7. libr.
 5. Compil. ibi: *Mandamos, que
 el mayorazgo se pueda prouar
 por la escritura de la institucion
 del, & ibi: Seyendo tales las di-
 chas escrituras, q̄ hagā fee, & ibi:
 Del tenor delas dichas escrituras,*
 6 quam legem ad remedium pos-
 sessorium Tenutæ, vt eam pro-
 ponere nequeat nisi ille qui ex
 instrumento substitutione ostē-
 derit, expēdit Molin. lib. 3. c. 13.
 num. 45. & ad idem ponderan-
 da sunt verba textus in dict. l. 10
 vltima de edicto diui Hadria-
 ni, ibi: *Sed quod in prima figura,*
 7 *& c.* ex quibus ad missionem in
 possessionem requiritur figura 11
 & inspectio institutionis, nec
 sufficit implicita vocatio & sub-
 stitutio, quæ ex præsumpta mē-
 te fundatoris induci potest: ei
 itaque qui non ostendit scriptu-
 ram testamenti, in quo ipse in- 12
 stitutus fuit, possessio hæredita-
 ris non datur, quanuis prober

se esse legitimum hæredem: vt
 in specie dictæ legis vltimæ cō-
 muniter receptum profitentur
 Alexander ibi numer. 22. Alon-
 num. 23. Decius numer. 39. Et
 huc spectat quod de substituto
 dicimus, qui si expresse substitui-
 tuatur, iuuatur dispositione le-
 gis vltimæ. C. de edicto diui
 Hadriani, sicut si hæres institu-
 tus fuisset, ex glo. communiter
 recepta in dict. l. vltim. verb. *ex
 parte*, substitutus tamen tacitus
 & implicitus non iuuatur legis
 beneficio, vt ex professo docuit
 las. in dict. l. vltim. num. 12. ver-
 sic. *ex tertia parte*, post Bald. in
 cap. primo de const. numer. 15.
 post medium, vers. *4) ideo sta-
 tuta*. Item, quia duæ specialita-
 tes concurrerēt, prior, vt posses-
 sio trāsferretur in successorem;
 aduersus possessionis naturam;
 secunda, vt translatio locum ha-
 beret, etsi is successor tacitus ef-
 10 fer, cum duarum specialitatum
 concursus non admittatur. l. 1.
 C. de dotis promiss. Vtcrius,
 quia substitutio & nominatio
 11 explicita potentior est tacita &
 implicita, ideoque eundem ef-
 fectum operari non debet, con-
 tra text. in l. si maritus. §. legis
 Iulix. ff. de adult. & in l. 1. §. hoc
 interdictum. ff. de fonte, ideoq;
 12 videmus, expressam substitu-
 tionem vulgarem tollere suita-
 tem, & consequenter transmissi-
 onem

304 De Tenuta, seu remed. possessor.

sionem impedire. l. si filius hæ-
 res, ubi omnes. ff. de liber. & po-
 sthum. & in l. si filius qui patri
 13 ff. de vulg. Tacita verò & impli-
 cita vulgaris sub expressa pupil-
 laris contenta suitatem non toli-
 lit. l. filius. l. Julianus. ff. de acqui-
 rend. hæred. ubi Doctores, & in
 l. Gallus. §. & quid si tatum. ff.
 de liber. & posthum. sicuti quo-
 14 que expressa. pupillaris. exclu-
 dit matrem pupilli. l. Papinia-
 nus. §. sed nec impuberis. ff. de
 inoffic. cap. si pater, de testamē.
 lib. 6. tacita verò eam non repel-
 lit. l. precibus. C. de impub. &
 alijs. l. ultim. C. de instit. & sub-
 15 stit. Expressamque voluntatem
 plus habere privilegij, quam ta-
 citam, ex l. si ex pluribus. ff. de
 suis & legitim. & l. pen. ff. de in-
 iust. rupt. satis probatur, & co-
 piofissimè adnotavit Firaquel.
 in connubial. gloss. 7. verb. ex-
 16 presse; numc. 49. Quò respicit, si
 consideremus, legem nostram
 esse correctoriam, in qua mate-
 ria tacitum non comprehendit-
 tur sub expresso. l. servum filij.
 ff. de legat. 1. secundum intelle-
 ctum Bart. in l. 1. à num. 1. eius-
 dem tit. l. iuris gētium. §. quin-
 imò. ff. de pactis. l. si aliquam
 rem. ff. de acquir. posses. l. si quis
 argentum. C. de donationibus.
 17 Deinde, quia præsumptio & cō-
 iectura semper denotat impro-
 prietatem & fictionem. l. qui in

vtero. ff. de statu hom. l. quoniam
 ff. de his qui not. infam. l. pater,
 & l. postliminij. §. 1. ff. de ca-
 pteis, & postli. reud. ultim. cū
 vulgaris. C. de dōtis promissio-
 ne. Quibus adiiciendum est, nā
 18 vocatus & substitutus ex conie-
 cturis, non amittit ius suum, l.
 sed solum facultatem proponē-
 di Tenutæ remedium in Con-
 silio Regio: potest itaque ma-
 ioratus successione, tam quoad
 possessionē, quam quoad pro-
 prietatem, in alijs tribunalibus,
 extra supremum Consilium in-
 tentare. Remediū itaque Te-
 nutæ, quod solum scriptis com-
 petit, præstandum non est illis
 quibus alio iudicio potest esse
 consultum. Et in hanc opinio-
 nem videtur inclinare Palacios
 Rub. in l. 45. Tauri, num. 2. Ma-
 tienço in l. 8. tit. 7. lib. 5. Comp.
 glo. 4. per totam. Gregor. in l. 7.
 tit. 4. part. 3. verb. possession. Mie-
 res 3. par. q. 20. & fuit de mente
 Oldradi consi. 21. Abb. consil.
 140. Cephal. consi. 113. n. 5. lib.
 1. Martia. de fideicom. q. 1. Me-
 noch. conf. 85. n. 39. lib. 1. Aym.
 consi. 161. num. 9.

Sed quanuis prædicta vrge-
 re videantur, contrarium puto
 verius & receptius, ex decisio-
 ne dictæ legis 45. Tauri, ibi:
*Que segun la disposicion del ma-
 yor adgo deniere suceder.* At in iu-
 re non solum voluntas dicitur
 illa

illa quæ expresse profertur, sed etiam ea quæ ex cōiecturis deprehenditur. l. à fratris posthumus, 24 de legat. 1. & ibi gl. verb. *voluntas*, quæ ait, voluntatē impletam dici, siue ex verborum proprietate, siue ex interpretatione deducatur, iuxta textū in l. heredes. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. & l. cum proponeretur, de leg. 2. & l. fideicomissa. §. item si quis, de legat. 3. & l. 1. C. de testa. milit. iuncta glo. verb. *probat*, quæ 26 censet, quando lex requirit liquidam probationem; sufficere illam quæ fit per legitimas coniecturas, & l. diuortio. §. si fundus, alias. l. si fundus. ff. soluto matrimonio; ubi per euidenciam constare dicitur, quod ex cōiecturis deducitur: quò pertinet decisio tex. in l. in conditionibus primum locum. ff. de conditionib. & demonstr. & l. ex facto. C. de liberis præteritis, & l. si seruus plurium, de leg. 1. l. tale pactum, in fine, cum ibi notatis à glo. ff. de pactis, & coniecturam mentem defuncti pro expressa haberi, opinatur Bald. in l. vnica, ex num. 1. C. vt actio. ab hære. & contra hæredes. Idem in l. si pater, in 4. quælt. C. de institut. & substitu. idē Bald. in l. 1. C. de his qui ante apertas tabulas. Coniecturamque desumptam ex substantia rei, esse potentiorē, quam quæ sumi-

tur ex solennitate, docet Mantica de coniecturis, lib. 2. tit. 3. num. 2. Et hanc opinionem defendit Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 43. existimans, remedium summarissimum Tenuit non solum competere substitutis explicitis, sed & his qui implicitē in instrumento & institutione maioratus vocationē & substitutionem habent. Velazquez de Auendaño in l. 45. gl. 8. in fine. Quibus non obstat in contrarium adducta, nempe lex vltim. C. de edicto diui Hadriani, quæ loquitur in iudicio merè possessorio sine admixtione proprietatis; in illo enim prima tantum figura & inspectio nominatorum consideratur: ex lege tamen 45. Tauri proprietates examinatur, habita ratione illius qui succedere debet, siue ex verbis institutoris substitutionem habeat, vt in edicto diui Hadriani, siue ex mente, iuxta l. penult. ff. de leg. 1. & ea quæ superius de tacita voluntate cōgesta sunt. Nec Iasonis doctrina ex ea deducta, vt supra meminimus, vera est; illud nanque à Doctoribus communiter recipitur, vt substitutus tacitus diui Hadriani remedio iuari possit, & sicut directus & explicitus substitutus sub ea lege cōprehenditur, ita & tacitus & implicitus quoque comprehenda-

V tur.

306 De Tenuta, seu remed. possessor.

tur. l. iam hoc iure, in princip.
ff. de vulgari. Bald. in dict. l. ult.
numer. 38. versi. *quaro, an tacite*
substitutus. Philip. Decius ibidē
à num. 32. idem Bald. & Imol.
In l. 1. ff. de his quæ in testame.
delentur. Francif. Aret. in l. si in
testamento, num. 3. ff. de vulg.
Ias. sibi contrarius in §. fuerat,
nume. 60. Instit. de actionibus.
Nam regulare est, vt quando
29 tacitum ex expresso infertur,
tunc tacitum pro expresso &
scripto habeatur, vt ex l. cum
quid. ff. si certum petatur, Do-
ctores deducunt; & in simili
30 quæstionis nostræ probatur ex
l. ultim. C. de sacrosanct. Eccles.
quæ & contra ius commune
transfert dominium ex dona-
tione Ecclesiæ facta, absque vl-
la traditione, contra l. traditio-
nib⁹. C. de pactis, locūque habet
etiam in implicita & tacita do-
natione, vt signāter arbitratur
Bart. in l. si aliquam rem, n. 9. ff.
de acquir. posse. vbi Ripa num.
36. Bald. in l. ad probationem,
ad finem, versi. *quaro, quid si ani-*
mo, C. locati, Paulus consi. 11. à
num. 2. lib. 2. quibus concinit. l.
si quis argentum. C. de donat.
quæ aduersus iuris præcepta
31 actionem præbet ex nudo pa-
cto donationis, & tamen locum
quoque sibi vendicat in dona-
tione præsumpta, ex gloss. in l.
si tibi, in princip. ff. de pactis, &

in l. hætenus. §. 1. verb. *tenetur*,
vbi communiter Scribentes. ff.
de constituta pecunia. Et statu-
tum loquens de lucro dotis, &
32 in dote tacita locum habet. l. di-
uus. ff. de iure dōtium. l. dotem
quæ, eodem tit. Instrumentum
quæ exequibile intelligi etiam
33 in eo quod tacite inest, vt in hy-
potheca tacita, quæ intelligitur
in instrumento dotis, in stipula-
tioneque & in cæteris tacitis &
implicitis, censuit Bald. in l. vbi
adhuc, nume. 18. C. de iure do-
tium, & in l. 1. §. 1. à num. 3. C.
de rei vxorix actione, versi. *ff.*
nota factam, & in l. ad probatio-
nem, nume. 2. C. de probatio-
34 vbi Angel. nume. 1. Neque ob-
stat l. 41. Tauri: nam quanuis
lex adscribat illos probandi mo-
dos per scripturam, non tamen
alios excludit, vt ex ipsa lege
colligitur, & in indiuiduo resol-
uit Menchaca libr. 1. de succes-
creatio. §. 5. numter. 5. & Molin.
lib. 2. cap. 8. nume. 3. alter Moli-
tom. 3. de maioratibus, disput.
600. nu. 1. Nec quidquam offi-
35 cit, quod de substitutione taci-
ta diximus, quæ expressæ vires
& effectus non habet; debet
enim intelligi, quando est ficta
& interpretatiua, quæ procedit
solum de mente iuris, & per in-
terpretationem extensiuam: &
hæc tacita substitutio nō idem
operatur, quod expressa. l. vlti.

C. de

36 C. de inst. & subst. Alia verò substitutio tacita est, quæ vera dicitur, & nō ficta, elicitur enim ex mente disponentis, simulq; ex aptitudine verborum prolatorum; hæcque idem quod expressa operatur: quæ distinctio satis cōstat ex Accursio in l. precibus, verb. *hæredem*, verb. *aut postea*, & verb. *omnimodo*. C. de 38 impub. Et denique hanc quæstionem, licet dubiam admodum existimet, in indiuiduo statuti transferentis possesionem in hæredem, in fauorem substituti & nominati tacite præsumpti, & ex coniecturis, determinat Tiraquell. de morte. 2. par. declaratione 10. a. numer. 24.

Nec etiam obest vltima cōsideratio, dum diximus, vocatū & substitutum ex coniecturis, non amittere ius suum, sed solum facultatem proponendi Tenutę remedium, cum graue damnum & præiudiciū sequatur vocato & substituto ex coniecturis, si ex hoc amitteret remedium, supremi Consilij, cum sit summarissimū, & prima sententia exequibile, iuxta 37 ea quæ adnotauit Molina lib. 3.

cap. 13. nume. 61. Concluditur ergo, vocatum & substitutum Tenutæ interdictum possessorium proponere posse, siue explicitam habeat substitutionē, siue implicitam, ex interpretatione mentis & voluntatis institutoris primogenij; cum taciti & expressi in præsentī casu idē sit iudicium, iuxta superiorem interpretationem & distinctionem; & quia dispositiones non solum à voluntate expressa pendent, sed etiam ab animo disponentis: & sic coniecturæ locus est; quæ fuit doctrina Baldi in l. 1. num. 31. ff. de rerum diuisione, & in l. 2. numer. 6. C. de iure emphyt. vbi las. num. 160. idem Baldus in l. vltima. C. de liberali causa. Alexander cons. 15. nu. 12. lib. 5. Iacobus de feudis, verb. *isti inuestiti*, versic. *an autem filius*. Curtius de feudis, 3. quæst. principali in princip. vers. *postremo*. Decius cons. 269. num. 4. Tiraquellus de retract. lignag. §. 32. gloss. 1. numer. 74. Couarrub. variarum lib. 3. c. 5. Molina libr. 1. cap. 3. nume. 22. Emanuel Costa de successione Regni, num. 63. versic. *in Regni autem successione*.

SUMMARIA CAPITIS XXX.

- 1 **S** I quis contra institutoris voluntatem succedere contendat, præ-
tendens excludi non potuisse, an Tenuta remedium proponere
possit, an verò sit articulus proprietatis.
- 2 In iudicio possessorio Tenuta solù admittuntur ij, qui prætendunt suc-
cedere ex scriptura institutionis, non verò ij, qui in maioratus instru-
mento exclusi sunt, & aduersus voluntatem institutoris succedere co-
nantur.
- 3 In Tenute iudicio agi non potest de institutoris potentia, sed solùm de
eius voluntate.
- 4 Scriptus hæres in possessionem mittitur, quanuis quis falsam institutio-
nem alleget, vel defunctum testari non potuisse.
- 5 In iudicio Tenute solùm inspici debet, quis sit institutus, nominatus
& substitutus; nec inquirendum de potentia disponentis.
- 6 Lex 45. Tauri institutoris voluntatem solum considerat, ut possessio
transferatur.
- 7 In edicto diui Hadriani appellationi non desertur, ut hæres scriptus
mutatur in possessionem.
- 8 Lex 45. Tauri transferendo possessionem ciuilem & naturalem, non
respexit fauorem instituti, sed institutoris, cuius contemplatione pos-
sessio in substitutum & nominatum transfertur.
- 9 Dominium fauore testatoris transfertur in heredem ab adita heredi-
tate, & in legatarium a morte testatoris.
- 10 Qui habet institutoris voluntatem, utitur remedijs legis Tau-
rinensis, quibus non potitur qui aduersus voluntatem succedere
conatur.
- 11 In lege solùm videtur comprehensus ad ius succedendi, qui vocatio-
nem habet.
- 12 Non simpliciter omnem sequentem in gradu lex admittit, sed eum qui
ex maioratus dispositione succedere debeat.
- 13 Interpretatur tex. in l. non putauit. §. non quauis. ff. de bonorum pos.
contra tabul.
- 14 Remedium possessorium introductum in fauorem præteritorum, non
prodest institutis, uccatis, & substitutis,

15 Reme-

- 15 *Remedium possessorium introductum à lege Tauri, præteritis vel exclusis non datur.*
- 16 *Possessio quæ ex lege Tauri in Vocatos transfertur, non auellitur ab eis, nisi in iudicio proprietatis.*
- 17 *Interpretatur tex. in c. cum Ecclesia Sutrina, de causa pos. & propr.*
- 18 *Qui successionem prætendit, suam institutionem, vel substitutionem ostendere debet.*
- 19 *Lex 45. Tauri in transferendo possessionem, non respexit successionis ius ad possessionem transferendam, sed illam qualitatem, ut quis nominatus inueniatur.*
- 20 *Si statuto sic cautum, ut femina non succedant stantibus masculis, an filia instituta competat remedium possessorium.*
- 21 *Statutum, & consuetudo in solos capaces hereditatem transfert: & quomodo hoc intelligendum sit.*
- 22 *Qui incapacitatem opponit, in possessione debet esse.*
- 23 *Non iuuatur legis Tauri beneficio, qui suam prætensionem fundat in iure succedendi, & non in iure vocationis.*
- 24 *Statutum & consuetudo transferendo possessionem, non habet locum in eum, in quem non concurrit voluntas ultimi morientis,*
- 25 *Ille qui substitutionem & nominationem non habet, & voluntati institutoris se opponit, verius est Tenutam proponere posse.*
- 26 *Qui Tenutam proponit, illud agit, ut verus successor declaretur.*
- 27 *De quæstionibus & exceptionibus incidentibus, in iudicio summario Tenuta cognosci potest.*
- 28 *Iudex cognoscens de causa principali, de quæstione incidenti cognoscit, etiamsi alias non spectaret ad eius cognitionem.*
- 29 *In omni actu necessaria est potestas & voluntas.*
- 30 *Prius assignandus est terminus ad probandum de potentia testandi, quàm tractetur de petitione hereditatis.*
- 31 *Exceptio de impotentia testandi, præiudicialis est ad intentionem agentis.*
- 32 *Iudicium Tenuta habet admixtionem proprietatis, & in eo cognosci potest de omni exceptione quæ proprietatem concernat.*
- 33 *Declaratur lex 45. Tauri, ibi: Que segun la disposicion del mayoralazgo huuieren de suceder en el.*
- 34 *Quando lex resistit, voluntas testatoris seruanda non est.*
- 35 *Obiectio aduersus testamentum, testatorem, vel heredem, non impedit bonorum possessionem ex edicto diui Hadriani, & quæ sit ratio.*

310 De Tenuta, seu remed. possessor.

- 35 In remedia possessorio Tenuta non sufficit prima figura, sed vera & indubitabilis existentia successionis.
- 37 In eum cui obstat proprietas, lex possessionem non transfert.
- 38 In edicto diui Hadriani exceptiones proprietatis admittuntur, dum modo in continenti probentur.
- 39 In continenti probari dicitur, quod probatur intra terminum instantia.
- 40 Cui obstat proprietas, non potest obtinere in possessorio Tenuta.
- 41 In interdictis meris & simplicibus non cognoscebatur de iure illius, qui pretendebat non potuisse excludi.
- 42 Interdictam Tenuta mixtum est, omnesq. altiores questiones in eo disceptantur.
- 43 Possessorium statuti & consuetudinis merum est, sicut edictum diui Hadriani.
- 44 Interdicta possessoria Tenuta, & legum Regiarum remedium, tam nominatis, quam exclusis competunt.

A N T E N U T A M P R O P O -

nere possit ille, qui vocatus & sub-

stitutus non est, conten-

dens excludi non

potuisse,

C A P V T X X X .



In præcedentibus questionibus de voluntate institutoris expressa & explicita, tū & de voluntate tacita & præsumpta tractauimus, cumque qui in ea se fundet, siue explicite, siue implicite substituat, Tenuta

proponere posse, ostendi. Nūc vero dubium in eo versatur, an si aliquis ex litigatoribus succedere in maioratu prætendat contra institutoris voluntatem, contendens excludi non potuisse, & præferri debere vocatis & substitutis, an hæc questio in summarissimo iudicio Tenuta

Tenutæ examinari possit; an
verò sit articulus proprietatis.
In qua quæstione dicendum vi
2 detur, in iudicio possessorio Te
nutæ solùm admittendos eos, 6
qui prætendunt succedere ex
scriptura institutionis & funda
tionis, ex vocationibusque, in
stitutionibus & substitutioni
bus in ea factis; non verò eos,
qui in maioratus instrumento
exclusi sunt, & aduersus volun
tatem institutoris succedere cõ
nātur: cùm in hoc Tenutæ iudi
3 cio agi non possit de instituto
ris potentia, sed solùm de eius
voluntate, ex textu expresso in
dict. l. 8. tit. 7. libr. 5. Comp. alias
lege 45. Tauri, ibi: *Que segun la*
disposicion del mayor adgo de uie
re suceder en el, cui similis est de
cisiotextus in l. 2. C. de edicto
diui Hadriani tollendo, ibi: *Ta*
4 *men scriptus heres in possessione*
mitti solet; probat enim hæc lex,
quanuis quis se iniuste præteri 7
tum, omissum, aut exclusum al
leget, aut falsam institutionem
dicat, vel alio vitio subiectā, vel
defunctum testari nō potuisse;
nihilominus scriptum hæredē
in possessionem mittendum;
cùm omnes prædictæ exceptio
nes, & aliæ quæ respiciant pote
tiā institutoris, in proprietatis
5 iudicio discutiendæ sint. In iudi
cio enim Tenutæ solū inspici de 8
bet, quis sit institut⁹, nominat⁹

& substitut⁹, nec inquirendū est,
an institutor potuerit substitue
re quē substituit, aut excludere
quem exclusit; quasi verba illa
prædictæ l. 45. institutoris volū
tatem solū considerent, & cum
tantū cōprehendant, qui nomi
nationē & substitutionē haber,
vt docuit Paul. in l. si scriptū, n.
1. C. de probationibus, ibi: *Et*
nota, quod si scriptus heres petit
se mitti in possessione bonorū, &
aliquis ad impediendā missionem
possessionis allegat defectum te
stamenti, vel ex persona testato
ris, quia non poterat testari, vel
heredis, quia erat incapax, nō ad
mittitur, etiā si velit probare istos
defectus, qui potius concernunt iu
diciū petitoriū, quā possessorium;
& tradit Menoch. de adipiscēd.
pos. rem. 4. nu. 726. quibus addo
iura optima in l. ult. ff. de appel.
recipiendis, & in l. quisquis. C.
quorū appellationes non recip.
ex quibus in hoc iudicio posses
sorio appellationi nō defertur,
vt scriptus heres in possessionē
mittatur: volūtas enim testato
ris, vt in dictis iuribus cauetur,
celerē executionē requirit, cui
locus nō esset, si pri⁹ admittere
tur appellatio, quā sententia
missionis in possessionem exe
cutioni mandata fuisset: quæ ra
tio vrgētius militat, cōsiderata
l. 45. Tauri, quæ transferendo
possessionem ciuilem & natu
ralem

312 De Tenuta, seu remed. possessor.

ralem in sequentem in gradu si
 ne actu apprehensionis, nō re-
 spexit fauorem nominati, insti-
 tuti, vel substituti, sed instituto-
 ris & nominatoris: quod mani-
 festè colligitur ex illis præfatæ
 legis verbis, *Se traspassse la pos-
 session ciuil y natural en el siguiē-
 te en grado, que segun la disposi-
 cion del mayoradgo deuiere suce-
 der en el*; ponderanda enim sunt
 verba illa, *Que segun la disposi-
 cion del mayoradgo, &c.* quæ fa-
 uorem institutoris demonstrāt,
 & eius contemplatione posses-
 sionem transferri in substitutū
 & nominatum, satis indicant: si-
 cut & de iure communi idem
 9 decisum extat; nam quauis re-
 gulare sit, dominium absque
 traditione non transferri, vt in
 l. traditionibus. C. de pactis, fa-
 uore tamen testatoris transfer-
 tur in hæredem ab adita hære-
 ditate: l. cum hæredes. ff. de ac-
 quirenda possessione, & in lega-
 rarium à morte testatoris. l. à Ti-
 tio. ff. de furtis. In cuius rei com-
 probationem plura congersit
 Menchaca de succession. crea-
 tione, lib. 1. §. 3. par. 1. à num. 8.
 10 versi. *Quoddam enim est inductū.*
 Ex quibus sanè infertur, illum
 qui habuerit institutoris. volun-
 tatem, vocationem & nomina-
 tionem, cui prædicta lex Tauri
 fauet, remedia possessoria pro-
 ponere posse: eum verò, qui ad-

uersus voluntatem institutoris
 succedere contendit, actionem
 Tenutæ non posse mouere: eò
 enim respiciunt prædicta ver-
 ba, *Que segun la disposicion del
 mayoradgo deuiere succeder:* in-
 dicant enim, solum in legis de-
 cisione comprehendere qui sub-
 stitutionem habet; nam si quili-
 bet qui ius succedendi haberet,
 quauis vocatus non esset, Te-
 nutam proponere posset, contē-
 ta esset lex Taurina illis verbis,
*Se traspassse la possession ciuil y
 natural en el siguiente en grado,*
 nec adiecisset verba sequentia,
Que segun la disposicion, &c.
 Quia tamē lex voluit, vt solum
 translatio possessionis & inter-
 dicta possessoria Tenutæ substi-
 tutis & nominatis competerēt,
 fauore illius qui eos noī inauit
 & instituit, à prædictis remedijs
 possessorijs exclusit eos qui vo-
 catione & substitutione carent,
 12 cum non simpliciter omnem se-
 quētem in gradu lex admittat,
 sed eum qui secundum maiora-
 tus dispositionem in eo succe-
 dere debet, & ab instituyente vo-
 cationē habet. Pro qua opinio-
 ne considero textum in l. non
 putauit. §. non quauis. ff. de bo-
 norum possessione contra tab.
 13 ibi: *Non quauis exhereditio sum
 mouet filium à contra tabulas bo-
 norum possessione, sed que rite fa-
 cta est,* quæ lex loquitur in re-
 medio

- 14 medio possessorio à prætore introducto in fauorem filiorum, qui patris voluntatem aduersus se habent; & ideo appellatur bonorum possessio contra tabulas: ad obtinendum itaque in hoc possessorio, de quo in d. §. non quæuis, opus est præteritione. Infertur ergo, ut sicut hoc interdictum possessorium solum non nominatis datur, & nominatis non competit, ita remedium possessorium dictæ legis 45. quod vocatis & substitutis datur, his tantum competat, non verò exclusis, qui excludi non potuisse contendunt; nam cum remedijs possessorijs, quæ dantur his qui nominationem non habent, nominati vti nequeant, ex dict. l. non putauit, ita etiam exclusi non poterunt proponere interdicta possessoria, quæ dantur vocatis & substitutis à dicta lege 45. quæ ita exclusis resistit, sicut resistit nominatis dictus §. non quæuis.
- 16 His accedit alia vrgens in fauorem vocatorum consideratio: nam cum in eos possessio ipso iure transferatur ex verbis legis 45. ibi, *Que segun la disposicio del mayorazgo, &c.* prædicta possessio à substitutis & nominatis auelli nequit, nisi in iudicio proprietatis victi sint; de quo est
- 17 text. expressus in cap. cum Ecclesia Sutrina, de causa posses-

sionis & proprietatis, ibi: *Per testes vero partis aduersa fuit sufficienter consensum, quod in c. in Episcoporum electionibus, de quibus prouisum est, clerici presentes adsuerunt, &c.* Vocem habuerunt eligendi, præmissam electionem factam eis contrariis &c. exclusis, decreuimus irritandam, clericos sæpe dictos in eam quasi possessionem, quam ante controuersiam motam habuerant, reducentes: de quo textu ad hoc meminit Philippus Francus in c. cum de beneficio, nu. 1. de præbendis, lib. 6.

18 Et prædictis adhæret vulgaris regula, quæ docet, illum qui aliquam successionem præten- dit, suam institutionem vel substitutionem & nominationem ostendere debere: textus est in l. Lucius. §. tres hæredes. ff. ad Trebellian. ibi: *Non proponi, Se- ium rogatum unciam ei restituere*: vbi communiter Doctores. Vtteriùs facit, nam prædicta lex 45. dum possessionem trāsferit in nominatos & substitutos, nō respexit successionis ius ad possessionem transferendam, sed illam qualitatem, ut qui in eum possessionē translata fuisse præ- tendit, ab instituente nomina- tus fuerit: quæ legis verba per- sonam nominati respiciunt, & substitutionis qualitatem: in cū itaque qui prædictam substitu-

314 De Tenuta, seu remed. possessor.

- tionis & nominationis qualita-
tem non habet, prædicta lex
possessionem non transtulit.
- 20 Quod notant Scribentes in eo
casu, videlicet quando statuto
sit cautum, vt foemina non suc-
cedant extantibus masculis, tuc
enim dubitatio insurgit, si filia
instituta esset stante masculo,
vtrum filia instituta competere-
ret remedium possessorium vi
consuetudinis transferentis pos-
sessionem in hæredem; conclu-
duntque, possessorium compe-
tere ratione institutionis, voca-
tionis & nominationis, vt cen-
set Parisius consi. 53. nume. 79.
libr. 3. & communem testatur
Covarrub. in cap. quanuis pa-
ctum, initio. 3. par. num. 8. de pa-
ctis, lib. 6. Menoch. de adipiscē.
remed. 4. nume. 321. Tiraquel.
de morte. 2. part. declar. 8. num.
3. Cui doctrina non obstat eius-
dem Tiraquel. opinio eodem
tract. par. 2. declar. 1. a num. 2. &
declar. 2. nume. 1. & 6. dum exi-
stimat, statutum & consuetudi-
nem in solos capaces hæredita-
tem transferre: idemque in ca-
su Tenutæ arbitratur Molina
lib. 3. cap. 3. num. 24. & 25. Hæc
enim opinio procedit, quando
vocatus & institutus est ille qui
est incapax absolute, ita vt nul-
lo modo succedere queat, quo
casu in incapace non transfer-
tur possessio legalis: secus vero
est, quando quis nō est incapax
absolute, sed ab alio gradu præ-
ceditur, tunc nanque quanuis
in secundo gradu deberet voca-
ri & substitui, & in primo insti-
tuatur, possessorium remediū
ei competere, præfati Scriben-
tes docent. His addimus, nam
ad hoc vt incapacitatis excep-
tiones in iudicio possessorio ad-
mittantur ad eius remedium
impediendum, requiritur, vt is
qui incapacitatem opponit, in
possessione sit: ita enim intelli-
git Accursius auctor origina-
rius huius opinionis in l. 2. ver-
bo Quanuis. C. de edicto diui
Hadriani, ibi: *Sed circa omnes ar-
ticulos quero, quid filio in posses-
sione constituto? an debet institu-
tus mitti, et ille exire?* etc. cum
quo transeunt Bart. & Bald. ibi,
& communiter Doctores. Cū
igitur secundum quæstionem
propositam exclusus in posses-
sione actuali non sit, nec rursus
in legali, cum hæc in non voca-
tum non transferatur, manife-
ste patet, Tenutam non posse
proponere, nec impedire mis-
sionem in possessionem ei, qui
expressam institutionē, vocatio-
nē, & substitutionē habet: ex-
clusus enim non iuuatur legis
beneficio, & possessionis trans-
latione, etsi contendat excludi
non potuisse, cum prædictam
prætensionem funder in iure
succe-

succedendi, & non in iure voca-
tionis & nominationis: in iudi-
cio itaque proprietatis discepta-
re debet, non verò in possesso- 26
rio Tenuæ, quod tantum no-
minatis præstatur: argumento
text. in l. tale pactum. ff. de pa-
ctis, ibi: *Cum inter contrahentes*
id actum sit, ut heredibus consu-
latur: quam exornat Costa de
successione Regni. 1. par. num.
24 41. & in indiuiduo statuti trās-
ferentis possessionem ipso iure
docuit Franciscus Milanens. de
cisione 3. Siciliæ, num. 244. libr.
1. his verbis: *Nam stante statuto*
possessionem continuante in here- 27
dem, non habet locum in eum, in
quem non concurrit voluntas ul-
timi morientis, quia statutum co-
tinuat, ubi voluntas testatoris
concurrat, alias non: quæ verba
notabilia sunt in huius opinio- 28
nis confirmationem.

25 His tamen non obstantibus,
longè verius est, etiam illum
qui substitutionem & nomina-
tionem non habeat, & volunta-
ti institutoris se opponat, Tenu-
tam proponere posse; ut puta, si
in maioratu monachus, cleri-
cus, vel foemina, exclusi essent
ab institutore, & ipsi excludi
non potuisse allegent, cum abs-
que Regia facultate primogeni-
um institutum sit, & in casibus
similibus, iuxta ea quæ latè tra- 29
ctauimus in l. 200. Styli, quæ sit,

6. & sequētibus: nam & hi, quā-
tunvis exclusi sint, actionē Te-
nutæ mouere poterūt. Primò,
nā qui Tenuā proponit, illud
agit, ut verus successor declare-
tur, & in eum possessionem le-
galem fuisse translata: aduer-
sarius tamen opponit, ipsum
esse exclusum, & remedia pos-
sessoria ei nō competere: exclu-
sus verò replicat, excludi nō po-
tuisse, cū ei assistat legis 27.
Tauri decisio, & nemo possit fa-
cere, quin leges in eius disposi-
tione locum non habeant. l. ne-
mo potest. ff. de legat. 1. tunc
enim de prædictis exceptioni-
bus, tanquā incidentibus, in
iudicio summario Tenuæ co-
gnosci potest, ut in indiuiduo
docet Paulus de Castro in l. fi-
lio præterito, nume. 2. & 6. ff. de
iniusto rupto. Regularē enim 28
est, ut iudex cognoscens de cau-
sa principali, possit etiā cognos-
cere de quolibet eius incidenti,
cuiuscunque qualitatē sit, etiā
si alias non spectaret ad eius co-
gnitionem. l. quoties. C. de iudi-
cijs. l. 2. C. de ordine cogn. Bart.
in l. Titia, num. 4. ff. soluto ma-
trimonio, vbi Romanus num.
5. Alexand. num. 7. & Doctores
communiter in l. 1. ff. de iuris-
dict. omnium iudicum, & in l.
1. C. de ordine iudiciorum.

29 Secundò, quia in omni actu
necessaria est potestas & volun-
tas:

316 De Tenuta, seu remed. possessor.

tas: vulgaris textus in cap. cum
super abbacia, de officio & pote-
stat. iudicis delegat. & de pote-
state prius agendum est, quam
de voluntate, vt ex prædicto
textu censet Paulus in l. si quæ-
ramus, num. 2. ff. de testam. vbi
arbitratus est, si quis agat con-
tra me petitione hæreditatis, al-
30 ferens se ab aliquo institutum;
& obijciam, non potuisse testa-
ri, prius iudicem debere assignare
terminum ad probandum de po-
tentia testandi; quia frustra
tractaretur de petitione hæ-
reditatis, si testamentum fieri
non potuisset: & numero sequen-
ti idē auctor existimat, excep-
tionem de impotentia testandi,
31 esse præiudicialem ad intentionem
agentis; quia non est dare
testamentum, vbi non est potē-
tia id condendi: & ita ante om-
nia est examinanda potentia
disponentis, quantumcunque
iudicium sit summarium. Ter-
tio, cum quo omnis diluitur dif-
ficultas; nam compertum est, &
32 cap. 6. ostendimus, iudiciū Te-
nutæ habere admixtionē pro-
prietatis, & sic in eo cognosci
potest de omni exceptione quæ
proprietatem concernat, vt ibi
resoluimus, & arbitratur Moli-
na lib. 3. cap. 13. ex num. 20. ibi
33 Nec obstat prædicta lex 25.
Tauri, ibi: *Que segun la disposi-
cion del mayorazgo hauiere de su*

ceder en el; debent enim intelli-
gi prædicta verba, si adsit potē-
tia instituendi maioratum sub
prædictis substitutionibus &
exclusionibus; vt in secūdo fun-
damento diximus; si lex enim
resistit institutoris voluntati,
34 quāuis nominatus & substitut⁹
cū substitutione litiget, obstat
tamen ei potentia, & ideo obti-
nere non potest: & cum in præ-
dicto summario iudicio de vo-
luntate adimplenda agatur, in
eodem examinari potentia de-
bet, nec prædicta cognitio ad iu-
diciū proprietatis remitten-
da est; nam cum de possessione
primogenij tractetur, de omni
incidenti quæstione cognosci
in hoc iudicio potest, licet quæ-
stio proprietatis sit; de quo est
textus in l. 1. C. de ordine iudi-
ciorum, ibi: *Pertinet enim ad offi-
cium iudicis qui de hæreditate co-
gnoscit, vniuersam incidentem
quæstionem, quæ in iudicium deuo-
catur, examinare.*

35 Neque iterum obstat l. 2. C.
de edicto diui Hadriani, ex qua
nec obiectio aduersus testamē-
tum, testatorem, vel hæredem
institutum, impedit possessionē
bonorum, & prædictæ excep-
tiones ad petitorium remittun-
tur. Respondetur enim, in edi-
cto diui Hadriani non requiri
veram existentiam hæredis; sed
primam figuram & inspectio-
nem

nem testamenti, & ideo excep-
 tiones contra testamentum, &
 contra personam testatoris, vel
 contra personam hæredis, non
 admittuntur, cum proprietate
 concernant; & in hoc iudicio
 possessorio examinari non de-
 bent, nec impedire missionem
 in possessionem, quæ ex natura
 edicti competit hæredibus scri-
 ptis: in remedio verò possessorio
 36 Tenuæ non sufficit prima
 figura, sed vera & indubitabilis
 existentia successionis, ut satis
 ostendunt illa legis Tauri ver-
 ba sæpe repetita, *Que segun la*
disposicion del mayorazgo de uie-
re suceder en el; quæ admixtio-
 nem proprietatis demonstrant;
 37 nec in eum, cui obstat proprie-
 tas, translationem possessionis
 conferunt. Distat itaque hoc iu-
 dicium Tenuæ, cum mixtum
 sit, ab edicto diui Hadriani,
 quod est merum possessorium.
 38 Rursus respondetur, quia & in 40
 edicto diui Hadriani exceptio-
 nes proprietatis admittuntur
 aduersus testamentum, testato-
 rem & hæredem, dummodò
 in continenti probentur, & in
 specie dictæ legis 2. censet Saly-
 41 cetus ibidem in principio, Bar-
 tolus in l. 1. 2. oppositione. C. de
 edicto diui Hadriani tollendo,
 & in l. vltima, num. 2. co. l. titul.
 39 ubi Decius num. 36. Et huc per-
 tinent à me congesta in scholijs

ad leges Styli, l. 200. num. 179.
 & 180. Diciturque in continen-
 ti probari illud, quod probatur
 intra terminum probatorium
 instantiæ. l. si is a quo. ff. ut in
 possessionem legatorum, do-
 cet Molina in præallegato cap.
 13. num. 16. lio. 3. & dixi in dict.
 l. 200. num. 176. & de probatio-
 ne in continenti, & varijs circa
 eam Doctorum opinionibus,
 plura congestit Menoch. de re-
 cupe. pos. remed. 1. a num. 25 2.
 vsque ad num. 260. Statilius in-
 spectione 2. cap. 2. a nu. 103. vs-
 que ad 108. Nec ad rem facit
 decisio textus in dict. cap. cum
 Ecclesia Sutrina, loquitur enim
 in possessorio sine proprietatis
 admixtione; qua responsione sa-
 tisfit prædictæ legi Lucius, &
 prædictis considerationibus,
 quas in fauorem nominatorum
 à prædictæ legis Non putauit,
 §. non quæuis, decisione dedu-
 ximus: nam cum ipsis obster-
 42 ret proprietatis, non possunt succe-
 dere, cum eius connexionem si-
 mul cum possessione voluerit
 prædicta Tauri lex, ad obtinen-
 dum in hoc interdicto. Præfata
 tamen iura loquuntur in inter-
 dictis possessorijs meris & sim-
 plicibus absque mixtura, in qui-
 bus non cognoscebatur de iure
 illius qui prætendebat excludi
 non potuisse; ut debatur enim
 tantummodò ad primam inspec-
 ctionem

318 De Tenuta, seu remed. possessor.

tionem scripturæ, ut suprâ diximus; de illa itaque quæstione, an persona testatoris testari potuisset; vel hæredis, si incapax esset; vel præteritionis filij, & de alijs similibus defectibus, in mero possessorio non agebatur, cū potius concernerent iudicium petitorium, & altiore quæstionem & cognitionem desiderarent: sicut etiam de eis in terminis legis nonæ non discutiebatur, cum Tenuta in eius origine magis facti quā iuris esset, ut in cap. 1. & 7. latè tractauimus: postea verò quam possessorium Tenutæ mixtum effectū fuit, omnes altiores quæstiones in eo disceptantur, quantumvis proprietatem respiciant. Nec postremo obest Tiraquelli opinio, & aliorum quos recensuimus, qui censent, in remedio possessorio admitti filiam in primo gradu institutam, quanuis in secundo deberet institui: pro
 42
 43
 44
 cedit enim in possessorio statuti & consuetudinis, quod merū
 est, sicut edictum diui Hadriani; non verò in mixto, cuius naturæ est Tenutæ remedium, & ideò de exceptione illa, quæ cōcernit petitorium, impotentiāque testatoris, ibi non disceptatur, sed proprietati reseruatur; ex qua (inquam) ratione in prædicto possessorio forma quæ vocationem habet, vincit masculinum qui ea caret, quanuis de iure ipse succedere deberet: aliud verò est in Tenuta nostra, cū proprietatem respiciat, ut opinatus fuit Franciscus Milanes. hanc differentiam inter legem Tauri & statutū Siciliæ constituens decisione 3. nume. 13. & 14. lib. 1. Concludimus ergo, interdicta possessoria Tenutæ. l. 45. Tauri, & legis nonæ & decimæ, tit. 7. lib. 5. Compil. tam nominatis, quā exclusis cōpetere, & exceptionū cognitionē, licet proprietatem concernant, in hoc summario iudicio venire, ex his quæ superius adnotata sunt.

S V M M A R I A C A P. XXXI.

- 1 **T**ENUTAE remedium possessorium inter causas summarias computatur, & in eo extra ordinem proceditur.
- 2 Summarium & momentaneum iudicium, idem est.
- 3 Summa-

Caput Trigesimumprimum. 319

- 3 Summarium iudicium quare dicatur.
- 4 Momentaneum iudicium quare dicatur.
- 5 Duo possessoria in iure constituuntur.
- 6 Ordinarium possessorium est, in quo iuris ordine servato proceditur, & quia plenum & perpetuum praiudicium infert in iudicio possessorio.
- 7 Summarium iudicium dicitur, in quo extra ordinem, solo facto inspecto proceditur.
- 8 Tenuta, interdictum Interim, fiduciaria, aut depositaria possessio appellari solet.
- 9 De Tenuta olim summatim cognoscebatur, & de facto tantum, sine altioris questionis examine.
- 10 Tenuta remedium, quod olim merum erat, iam mixtum est effectum.
- 11 Tenuta remedium licet possessorium effectum sit, Tenuta tamen nomen retinet.
- 12 An in summatim Tenuta remedio plena & legitima probationes requirantur.
- 13 In quocunque summatim iudicio probationes semiplena sufficiunt.
- 14 Alia opinio est, in quocunque summatim iudicio plenam requiri probationem.
- 15 Ratio quare in summatim iudicio non requiratur plena probatio.
- 16 Ratio quare in summatim iudicio plena probatio desideretur.
- 17 In edicto & remedio diui Hadriani, quanvis summatim sit, plena requiritur probatio.
- 18 Saluianum interdictum summatim est, & tamen plena probationes in eo requiruntur.
- 19 Iudicium adipiscende summatim est, & in eo plena desideratur probatio.
- 20 Verba conditionalia plenè adimplenda sunt.
- 21 Summaria cognitio intelligitur quoad modum procedendi, non verò quoad modum probandi.
- 22 Rescriptum Principis si probationem exposcat, interpretatur de plena & perfecta.
- 23 In iudicio spoliū debet superesse probatio.
- 24 In remedio recuperanda, & in interdicto Unde vi, licet possessoria & summatim sint, plenā in eis requiritur probatio.
- 25 Iudicium non dicitur summatim respectu probationum, sed respectu solennitatum & dilationum.

26 Distin-

320 De Tenuta, seu remed. possessor.

- 25 Distinguendum est inter possessorium iudicium preparatorium, & iudicium plenarium possessorium.
27 In interdicto preparatorio sufficit semiplena probatio.
28 In interdicto linderum sufficit imperfecta probatio.
29 In iudicio ad exhibendum, semiplena sufficit probatio.
30 In plenario possessorio perfecta & legitima probationes requiruntur.
31 Plenarium possessorium, ordinarium dicitur, summariumq. possessorium extraordinarium nuncupatur.
32 Summarium possessorium ex natura plenarij iudicij est, si in eo plenè & perfectè probari debeat.
33 In possessorio Tenuta an requirantur plena & legitima probationes: cum qua distinctione.
34 Tenuta olim preparatorijs iudicijs comparari poterat.
35 Postquam Tenuta vim & effectum interdicti possessorij habet, plenam probationem exposcit.
36 Quando de plena possessione docetur, plena requiritur probatio.
37 Quauis in Tenuta plena & perfecta requirantur probationes, nihilominus interdictum summarium est: & quæ sit ratio.

IN INTERDICTO ET REMEDIO possessorio Tenutæ, an plenæ & legitimæ requirantur probationes: & cuius naturæ hoc interdictum sit,

C A P V T XXXI.



TENUTÆ iudicium, remedium seu interdictum possessorium, inter causas summarias computari, & de earum natura esse, compertissimum est, ita ut in eo extraordinem procedendū sit, Clementina Sæpe, de verb. signifi. Clementina Dispendiosam, de iudicijs. l. momētaneę. C. Vnde vi. l.

vi. l. si coloni. C. de agricolis & censitis, lib. 10. Bart. in extrauaganti Ad reprimendum, verbo *summarie*, nu. 9. & 10. Menoch. remed. 3. recup. num. 448. Matthesilanus singulari 2. nume. 1. 5
Gail pract. obseruat. obseruatione 7. num. 2. lib. 1. Cæsar Cōtardus in l. vnica. C. si de moment. poss. fuerit appell. limit. 6
14. num. 13. & 14. & per totam Sarmiento de reddi. Ecclesiast. part. 3. quæst. 2. à num. 20. Rota diuers. decis. 389. à num. 1. part. 1. glos. in l. 1. verb. *petiturus*. C. Quorum bonorum, vbi Salicetus num. 9. Bart. in l. iudices, nu. 7
mer. 3. C. de iudicijs, glossatores omnes in l. 45. Tauri, & in l. 8. & 9. tit. 7. lib. 5. Comp. Greg. Lopez in l. 7. tit. 4. part. 5. verbo *possession*. Couar. pract. quæst. cap. 23. nume. 7. Mieres part. 3. quæst. 24. quæ vltima est, num. 1. Molina libr. 3. cap. 12. & 13. vbi plenissime tractat. Franciscus Milan. decisione 3. nu. 13. & 14. lib. 1. vbi interdicti nostri & Mediolanensis transferentis possessionem in hæredem, differtiam constituit. 8

- 2 Summariumq; & momentaneum, siue momentariū & temporariū, iudiciū, idem est: summarium dictū, quia absque iuris ordine, solo facto in prima iuris figura & inspectione proceditur. Momentaneumq;, quia
- 3
- 4

sententia lata non perpetuum, sed temporarium præiudicium adfert, reparabileq; per ordinarium possessorium. Duo enim possessoria in hac re constituuntur: vnum ordinariū, siue plenarium: alterum summarium, siue extraordinarium, de quo nostra lex Regni de Tenutis edita disponit. Ordinarium possessorium est, in quo iuris ordine seruato proceditur, & principaliter de iure litigatorū disceptatur: & quia plenū & perpetuū præiudicium infert in iudicio possessorio, licet in petitorio reparari possit: summarium verò ideò nuncupatur, quia extraordinem, solo facto probabiliter inspecto, summarim & celeri executione procedi debeat, de quo Scribentes communiter in locis prædictis, & in l. ordinarij. C. de reuēdicatione, & in l. æquissimum. ff. de usufructu, & in l. vltima. ff. de officio procur. Cæsaris, & in Clementina Sepe, & in Clemētina Dispendiosam, de iudicijs. Tenuita itaq; nostra ab exteris & nostratibus interdictum Interim, fiduciaria aut depositaria possessio appellari solet: vt in c. 1. 3. & 4. animaduerti; ea (inquā) ratione, quia solum agebatur de tenendis & occupandis interim bonis, dum scilicet de possessione ordinaria agebatur, vt obser

X uauit

322 De Tenua, seu remed. possessor.

- uauit Couarrubias pract. ques. cap. 17. per totum, Castrensis. 11 in toto consilio 3. lib. 2. Capici^o decisione 55. nume. 7. Mattheslanus singulari 2. numer. 2. Statilius Pacificus inspectione 1. cap. 2. & 5. de Saluiano interdicto, Gail innumeros citans pract. libr. 1. obseruatione 7. num. 6. & satis probatur ex l. 9. titul. 7. lib. 5. Compil. vbi de Tenua in eius origine summam cognoscebatur, & de facto tantum ibi disceptabatur, nec altioris quaestionis exceptiones in eo iudicio discutebantur, sed in prima figura & inspectione lis diffiniebatur, & de mero tantum & simplici possessorio agebatur, absq; vlla admixtione: ordinariū enim possessorium 12 Regijs prætorijs reseruabatur, vbi de possessionis iure & eius subtilitate quaestio erat, vt in cap. 3. 5. 6. & 7. superius ostendi.
- 10 Illud tan. ē nō prætermitto, ex lege scilicet decima, d. tit. 7. lib. 5. Compil. Tenuæ remedium, quod merū tantum erat, mixtū fuisse effectū, & in omnibus naturam habere interdicti possessorij, & solam proprietatem ad Regios Conuentus remitti: ex qua noua sanctione iam Tenua interdicto Vti possidetis, magisq; interdicto Interim, & fiduciarie possessioni equiparatur, vt in c. 5. n. 14. animaduerti.
- 11 Vtius considero, licet Tenua remedium possessorium effecta sit, Tenuæ tamē nomē & effectus retinere, & summarissimum iudicium dici; sicut quando merum & simplex erat, & in eo tantum de facto, & non de iure disceptabatur; vt ex dicta lege decima colligitur, & in dict. cap. 5. à nume. 15. satis demonstraui.
- 12 His ergo pro constanti habitis, & ad quaestionem deueniendo, disputandum est, an in hoc nostro summario Tenuæ remedio plenæ & legitimæ probationes requirantur. Dicendumque videtur, probationes perfectas non desiderari, cum in quocunq; summario iudicio probationes imperfectæ & semiplenæ sufficiant: cuius opinionis fuit Bart in l. 1. numer. 6. C. quorum bonorum, & in l. 2. §. si verò, numer. 1. C. vbi in rem actio. Bald. in l. ordinarij, a num. 1. C. de reuendicatione. Iason in l. admonendi, n. 187. ff. de iureiuran. Mattheslanus singulari 2. numer. 1. & Gabriel Sarayna in annotationibus ad eum, numer. 1. 2. & 5. Decius in cap. cum causam, de probationibus, numer. 4. Berroius consilio 43. numer. 44. & consilio 61. nu. 24. lib. 3. Paulus Castrensis consilio 3. libr. 2. per

Caput Trigesimum primum. 323

per totum, Francif. Hercul. in tractatu de cautione de non offendendo, cap. 2. nu. 17. Bertazola confi. 123. numer. 29. Viuius opinione 901. num. 2. Plotus in repetitione. l. si quando. C. vnde vi. §. 3. num. 35. & 38. Maranta parte 4. distinctione 9. num. 44. Menoch. in præludijs recup. num. 32. & de adipiscen. remed. 1. nume. 96. & de recup. remed. 15. nume. 410. Capicius decis. 55. nume. 7. Achill. Personal. de adipiscend. possessione vigore legis finalis. C. de edicto diui Hadriani tollen. num. 487. decisio Rotæ 1. in antiquis de officio Archidiaconi, per tota. Puteus decis. 75. numer. 1. lib. 1. Pedem. Cacherani decis. 99. n. 37. Craueta confi. 159. num. 12. Gozadin. confi. 22. nu. 11. Ruinus confi. 106. nu. 18. lib. 5. Andreas Gail præct. lib. 1. obseruatione 7. n. 6. & 7. Mascard. concl. 1198. nu. 30. Couar. præct. c. 17. n. 4. Contrariam verò opinionem, imò in prædicto summario iudicio plenam & completam, legitimam & perfectam probationem requiri, docet Bart. in extrauaganti Ad reprimendum, vers. summariè, nume. 12. & in l. iudices, num. 3. C. de iudicijs. Bald. in l. præscriptione, nume. 31. versiculo in isto casu. C. si contra ius vel vtilitat. publi. Cagnolus in l. in pari, numer. 7. de

regulis iuris, Plotus de in litem iurando. §. 3. numer. 45. Alexander confi. 139. numer. 14. lib. 6. Viuius opinione 901. nume. 6. Marcellus Crescencius decisione 302. per totam. Achill. de decisione vltima de testibus, Senatus Pedemontanus decisione Cacherani 99. nume. 12. Petrus Benintend. decisione 62. num. 10. Afflict. decisione 364. nu. 5. Iosephus Ludouicus decisione 59. num. 2. & declarauit Rota nouissima, decis. 21. nume. 1. quæ inuenitur in Statilio de Saluiano interd. ad finem operis. Rolandus confi. 50. nu. 16. Surdus confi. 73. nu. 38. lib. 1. Hieronym. Gabr. confi. 31. num. 6. lib. 1. Aymon confi. 61. num. 6. Menoch. rem. 15. nu. 508. & de adipiscen. rem. 4. nu. 678. Mascard. de probat. concl. 1198. nu. 10. Sarmiento in regula de in firm. resig. q. 36. per totam, & de redditibus Ecclesiast. part. 4. quæstione 2. numer. 23. & hanc partem valde tuentur Menoch. & Mascard. vbi supra, & pro ea plurimos recensent auctores, & ita in sacro Rotæ Auditorio seruari magis communiter, refert Ioann. Baptist. Pont. de spolio, cap. 14. numer. 110. libr. 2. & Ioan. Paul. decisione 105. qui contrariam opinionem vrgentissimis fundamentis improbat.

X 2 Aucto-

324 De Tenuta, seu remed. possessor.

¹⁵ Auctoresque primæ opinio-
nis ea ratione mouentur, quia
possessorium iudiciū, summa-
rium & momentaneum, leuis
& molici præiudicij est, cum
sententia in eo lata non perpe-
tuum, sed temporarium præiu-
diciū adferat, quod in ordina-
rio possessorio restaurari queat;
cum sit mera, puraque interlo-
cutoria, neutri litigatori, tam in
possessorio, quam in petitorio
præiudicialis.

¹⁶ Doctores verò secundæ opi-
nionis in eo se fundāt, quia cau-
sa possessorij, etiam summarij,
& momentanei, grauis præiu-
dicij est, cum prima sententia,
siue interlocutione, exequatur,
& transferat in aduersarium
onus probandi.

¹⁷ Hanc ergo secundam opinio-
nem admittendo, eam confir-
mo ex remedio legis vltimæ. C.
de edicto diui Hadriani tollen-
do, quod summarium & momen-
taneum est, merumque & sim-
plex, absque vlla admixtione,
glo. in §. summa, verb. *bonorum
possessori*, in fine, Inst. de inter-
dictis. Bart. in dict. l. vltim. nu. 2.
Zuccharus num. 385. Achill.
Personal. de adipiscend. possess.
ex edicto diui Hadriani, nume.
1. At in eo plena requiritur pro-
batio, vt arbitratur Rolandus
confi. 78. nu. 4. lib. 3. Riminald.
Senior confi. 258. num. 35. libr.

2. Zuccharus in dicta l. vltim.
nume. 100. & 318. Menoch. de
adipiscenda, remed. 4. nu. 678.
& satis probatur ex d. l. vltima,
ibi: *Et de positionibus testium legi-
timi numeri, &c.* Quibus adijci-
tur, hæredem, & fideicommis-
sarium probare astringi, testato-
rem tempore mortis plenā ha-
buisse possessionem illorum bo-
norū, de quibus summarie agi-
tur; vt colligitur ex adnotatis
ab Aymone confi. 62. nume. 5.
Cagnolo in l. in pari, num. 7. ff.
de regul. iuris. Deinde Saluia-
num interdictum summarium
est, & tamen plenæ & perfectæ
probationes in eo requiruntur,
cum plenè de conductoris debi-
to constare debeat, vt docuit
Franciscus Sarmientus in com-
mentarijs de redditibus Eccle-
siast. par. 3. cap. 2. num. 23. & 24.
Menoch. de adipiscend. remed.
3. nu. 172. & n. 173. His annexi-
tur, nā in omni iudicio adipiscē-
dæ, quanuis summarium sit, ple-
na & perfecta probatio deside-
ratur, nec semiplena sufficit. §.
sequēs Inst. de interdictis. Bart.
in Rub. C. quorū bonorum, in
pri. Pute' decis. 73. n. 4. lib. 2. Me-
noch. de adipisc. reme. i. n. 100.
& hæc sententia elicitur ex l. 1.
C. quorum bonorū, ibi: *Si ad hæ-
reditatē, vel bonorū possessionem
admissum probaueris*; quæ cū cō-
ditionaliter à lege proferatur,
plenam

Caput Trigesimum primum. 325

plenā exposcūt probationem. l. Lucius. ff. de condit. & demōst. vbi gl. verb. *filii*, & Bart. n. 1. & in l. ait prātor. §. si iudex, num. 7. ff. de re iudicata. Felinus in Rubrica de probationibus, nu. 3. qui plura de hac re congerit.

20 Et est ratio secūdum prādictos Doctores, quia cū verba sint conditionalia, plenē adimplenda sunt, nec semiplenē probari sufficiet. l. qui hāredi, & l. Māuius. ff. de condit. & demonst.

Nec huic verissimā expositioni obstat glo. in d. l. 1. verb. *petiturus*. C. quorum bonorū, 24 quæ ait, summam in prādicto iudicio & interdicto cognosci debere; imō sententiam nostrā confirmat: summaria enim cognitio intelligitur quoad modum procedendi, non autem quoad modum probandi, vt bene percepit Salicetus in dict. l. 1. nu. 9. C. quorum bonorum; post Bart. in dict. l. iudices, nu. 3. C. de iudicijs. Quod & in rescripto Principis admissum est: si probationem enim exposcat; illa admittenda est, quæ plena & perfecta sit, non verō semiplena & imperfecta. Bald. in l. bonæ fidei, num. 8. C. de rebus creditis. Felinus in dict. Rubricā nu. 3. Ripa in l. interdicto; 25 nume. 9. ff. quorum bonorum.

23 Huc pertinet, quia & in iudicio spolijs plenā debet superesse

probatio, cū plene constare debeat, spoliatum possedisse, & reum conuentum nunc esse in possessione, glo. in l. 1. verb. *filium*. C. quorum bonorum; vbi Scribentes communiter. Alexand. consi. 187. num. 3. libr. 7. Rolandus consi. 50. nu. 16. libr. 2. Pontan. de spolio libr. 2. cap. 14. num. 81 & tamen hoc iudicium summarium est, vt docet Alexand. consi. 139. numer. 14. lib. 6. & Menoch. de recuperanda, remedio 15. num. 413. Ripa in cap. sepe, num. 12. de restitutione spoliat. Et postremò adijcio, in quocunque iudicio possessorio, etsi summam de eo tractandū sit, plenā probatio- nē requiri, vt requiritur in remedio recuperandæ, & in interdicto Vnde vi (nā semper est merū possessorium, etiā si agens vt hāres spoliati, probare debeat se hāredem, ac ita dominum) idemq; dicimus in interdicto Quorū bonorū, & Quorū legatorū; plena enim in eis requiritur probatio, iuxta decisionem tex. in l. 1. C. quorū bonorū, & notat Roland. d. consi. 50. n. 16. lib. 2. Afflict. decis. 364. n. 5. Alexand. consi. 139. n. 14. lib. 3. Bant. de nullitate, n. 38. Vestr. in praxi, lib. 4. c. 1. in prin. Et ratio est, quia iudiciū nō dicitur summarium respectu probationū, hāc enim plenarie secūdū rei qualitatē

326 De Tenuta, seu remed. possessor.

tatem recipiendæ sunt, sed respectu solennitatis iudicij & dilationum summarium nuncupatur, vt docet Bart. in l. iudices, numer. 3. C. de iudicijs. Baldus in l. præscriptione, numer. 31. versiculo *in isto casu*. C. si contra ius. Surdus decis. 277. numer. 10. Marfil. in Rubric. de probationibus, numer. 44. quos refert & sequitur Statilius de Saluian. interdicto, inspectione 1. num. 4. 5. & 6.

26 Silentio tamen præteriri nõ debet, distinguendum esse inter possessorium summarium, præparatorium ad iudicium possessorium plenarium, & inter ipsum plenarium possessorium. Primæ distinctionis exempla scripsit lex prima. C. de Carboniano; in ea scilicet possessione, quæ Carboniana vocatur, cuius cognitio differtur post pubertatem, in quo interdicto semiplena sufficit probatio. Ripa in l. naturaliter. §. nihil commune, numer. 185. ff. de acquirenda possessione. Maranta in praxi, parte 4. distinctione 9. numer. 43. Achill. Personal. de acquirenda possessione, numer. 488. Grarus consilio 210. numer. 13. lib. 2. Benintendis decis. 62. numer. 13.

28 Similique modo, si quis agat possessorio Interim, cum

hoc interdictum præparatorium sit ad plenarium iudicium possessorium, imperfectas in eo probationes sufficere, docet Plotus de in litem iurando. §. 3. num. 36. Capicius decis. 13. n. 11. & decis. 55. nu. 7.

Deinde si quis egerit plenarium possessorio, & dum lis pendet, petat bona exhiberi, vt manifesta sint vsque ad exitum controuersie, hunc articulum præparatorium dici, nec in eo legitimas & perfectas probationes requiri, constat ex lege prima. §. secundum. ff. ad exhibend. & agnoscunt Iason in §. præterea, numer. 42. Institut. de actionibus. Cæsar Contardus de momentanea, limitatione 14. num. 25. & ante eos Baldus in l. 1. n. 4. C. ad exhibendum.

Regulariterque in omnibus iudicijs præparatorijs, quia de inodico præiudicio in eis agitur, satis esse, imperfectè & semiplenè probare, tradit Paulus consilio 3. numer. 2. lib. 2. Achill. Personal. de adispiscenda possessione, numer. 488. Benintendis decisione 62. numer. 13. Hippolytus Riminaldus consil. 363. numer. 152. lib. 4. Alexand. consil. 103. nume. 3. lib. 7. Decius consil. 252. n. 2. Matthesilanus in toto singulari. 2. Gabriel de testib. concl. 1. n. 23. & huc

Caput Trigesimumprimum. 327

& huc spectant adnotata à Statilio Pacifico de Saluiano in terdicto, inspectione 1. cap. 5. à numer. 43. versiculo verum.

30 Quod attinet verò ad secundam distinctionem plenarij possessorij, omnes fatentur, perfectas & legitimas probationes in eo desiderari, vt docent Gratus consilio 210. numer. 14. lib. 2. Riminaldus Iunior consilio 363. numer. 152. lib. 4. Achill. de adipiscenda num. 487. Cagnolus in dict. l. in pari, numer. 6. Bantius de nullitate, numer. 51. Maranta part. 4. distinctione 9. numer. 43. Plotus de in litem iurando. §. 3. numer. 45. Viuius opin. 901. nume. 6. & hæc fuit doctrina originaria Bart. in extrauaganti Ad repri mendum, versiculo *summariè*, numer. 12. quæ communiter recepta est secundum Couarrub. practic. cap. 17. per totum, Capicium decisione 13. per tota, & videnda sunt quæ scripsimus in cap. 2. 3. 6. & 7. supra.

31 Denique non prætermittito, quanuis regulariter verum sit, plenarium possessorium, ordinarium dici, summariumque possessorium, extraordinarium nuncupari, ex his quæ superius diximus, & scripsit Gail dicta obseruatione septima, libr. 1. animad-

uertendum tamen esse, ordinarium possessorium non dari, nisi plenarium sit; fieri tamen posse, vt & summarium possessorium, licet non sit ordinarium; sit tamen ex natura plenarij, si in eo plenè & perfectè probari debet, vt in Tenuta nostra contingit, cum summariū remedium non dicatur (vt superius prædixi) ex defectu probationum, sed ex defectu solennitatis & dilationis ad probandum, cum hæc breuior esse debeat, quàm ea quæ in iudicijs ordinarijs requiritur, vt docuit Baldus in l. 1. nu. 6. C. communia de legatis. Iason in l. 2. cod. titul. & eodem num. 6. quos refert & sequitur Menoch. de adipiscend. remed. 3. numer. 176. Nam quando probationes, vt in casu nostro, plenæ esse debent, plenarium iudicium dicitur, etsi ex sui natura sit summarium, & in procedendo ordo seruari non debeat; vt ex Antonij de Butrio, Alexand. Alberici & aliorum auctoritate, docuit Mascardus conclusionem 33. numer. 50. & 51. cum plenaria cognitio non attendatur penes ordinem, sed penes qualitatem probationis, vt respondit Abbas consilio 50. ad finem, libr. 1. quem refert & sequitur Mascardus vbi supr. numer. 52. *Summariè agnosci audit*

X 4 Quibus

328 De Tenuta, seu remed. possessor.

33 Quibus sic cōstitutis, in quæ-
stione nostra, in qua dubita-
mus, an in possessorio Tenutæ
plenæ & legitimæ requirantur
probationes, distinguendum
etiam est inter Tenutam in ei'
origine, secundum legem 9. tit.
7. lib. 5. Compil. de qua egimus
in cap. 2. suprâ, & inter Tenutâ
secundum legem decimam di-
ctō tit. & libro, de qua tractau-
imus in cap. 5. 6. & 7.

34 Diximus enim, Tenutam
in eius origine Interim reme-
dium esse, vel ei adæquari, à le-
ge introductum ad tenenda bo-
na vinculo & restitutioni obno-
xia, donec de iure possidendi
cognitum fuisset, quo casu præ-
paratorijs iudicijs comparari
poterat, possetque defendi, tūc
non adeo completas & exactas
probationes requiri, sicut in in-
terdictis plenarijs possessorijs
desiderantur.

35 Postea verò quàm ex dicta
lege decima, & his quæ cap. 5.
scripsimus, Tenutam interdi-
ctum possessorium effecta fuit,
nō merum & simplex, sed mix-
tum, vt cap. 6. ostendi, absque
controuersia est, in hoc iudicio,
Nec summarium sit, in eo ta-
men opus esse probationibus li-
quidis, plenīs, integris & perfe-
ctis, quibus nihil desit ad obti-
nendum in illo, vt in dictis capi-
tulis longa serie tractauimus;

nam quando de plena possessio-
ne est docendum, tunc plena re-
quiritur probatio, iuxta repeti-
tam Bart. doctrinam in dict. ex-
trauaganti Ad reprimendum,
versic. summarie, num. 12. quā-
tuetur Cagnolus in l. in pari, n.
7. ff. de regulis iuris. Plotus de
in litem iurando. §. 3. nume. 45.
Viuius opin. 901. nume. 6. Sar-
miento de redditibus Ecclesia-
stic. part. 3. quæst. 2. numer. 23.
Alexand. consi. 139. numer. 14.
& 15. lib. 6. & consi. 187. nume.
3. lib. 7. Rolandus consi. 50. nu.
16. libr. 2. Pontanus de Spolio,
lib. 2. cap. 14. numer. 81. Puteus
decis. 75. nume. 2. lib. 3. Ripa in
cap. sæpe, num. 12. de rest. spol.
Menoch. de recuperanda, rem.
15. nume. 413. post Accursium
in l. 1. verb. *filium*. C. quorum
bonorum. Concluditur ergo,
in interdicto & remedio posses-
sorio Tenutæ plenæ & legiti-
mas requiri probationes. Et ni-
hilominus summarissimum re-
medium & interdictum esse:
nam quanuis plenè in eo proba-
ri debeat, non tamen no-
men, naturam & priuilegium
summarij remedij amittit; vt
adnotauit Bart. in l. creditores,
ad finem, versic. *erit igitur*. C. de
pignoribus. Petrasancta singu-
lari. 22. per totum. Iason in l. vl-
tim. §. vltim. num. 3. ad finem.
ff. de conditione indebiti. Me-
noch.

Caput Trigesimum primum. 329

noch. de arbitrijs lib. 1. quæst.
45. a num. 9. vsque ad 12. Abb.
confi. 50. ad finem lib. 1. Bald. in
l. penult. 1. lectura à nume. 1. ff.
de his qui sunt sui vel alieni iu-
ris, signanter Albericus in l. 3.
§. ca. 1. x cognitio. ff. de Carbon.

ibi: *Plenam causæ cognitionem ef-
se, per quam religio iudicantis in-
firmitur de Veritate summaria.*
Malcardus pluribus recensitis
de probation. conclusionem
33. a numer. 49. vsque
ad 54.

SUMMARIA CAPITIS XXXII.

- 1 **P**ROBATIONES factæ in Tenuta, fidem non faciunt in
proprietate.
- 2 Attestationes in iudicio summario receptæ fidem non faciunt in
plenario.
- 3 Testes in summario Tenuta recepti, in domini iudicio ratificari de-
bent.
- 4 Sententia lata in possessorio, petitorio non præiudicat.
- 5 Sententia lata in possessorio summario; non nocet plenario possessorio.
- 6 Inter possessionem & proprietatem diuersitas constituitur.
- 7 Acta facta in iudicio possessorio, non prosunt in iudicio proprietatis.
- 8 Probationes factæ in iudicio possessorio summarissimo, non proficiunt
in iudicio possessorio plenario.
- 9 Probationes factæ in proprietate, nihil prosunt in iudicio possessorio.
- 10 Testes examinati in Tenuta, iterum in iudicio proprietatis examina-
di vel ratificandi non sunt: & quæ sit ratio.
- 11 An acta facta in possessorio, fidem faciant in petitorio; & quomodo
hoc intelligatur.
- 12 In causa criminali, nec acta probatoria causæ civilis alterius iudicii
fidem faciunt.
- 13 Acta pertinentia ad decisionem causæ, non pereunt perempta instan-
tia.
- 14 Acta probatoria Tenutæ, produci debent in nouo iudicio proprietatis.
- 15 Quando testes summaria probationis examinantur absque litigato-

X s rum

330 De Tenuta, seu remed. possessor.

- rum citatione fidem non faciunt.
- 16 Testes in Tenuta recepti parte citata, in proprietatis iudicio non examinantur. Idemq. dicimus in probationibus factis in iudicio proprietatis.
- 17 Si testes producti in Tenuta, mortui sint, fidem faciunt in petitorio; si vero viuunt, est in electione illius contra quem producuntur, an sine iterum in iudicio proprietatis recipiendi: & quæ sit ratio.
- 18 Omnes testes in possessorio Tenute recepti, fidem faciunt in proprietate, etiam si viuant, & aduersarius petat iterum examinari.
- 19 Distinctio de qua in num. 17. in arbitro intelligitur.
- 20 Testes recepti coram ordinario, fidem faciunt in alio iudicio, reiecta distinctione superiori.
- 21 Ratio diuersitatis inter iudicē ordinariū & arbitrum assignatur.
- 22 Arbitri iure communi non habebant iurisdictionem.
- 23 Ex sententia arbitri non nascebatur actio, neque exceptio.
- 24 In arbitris statuarijs, cum à statuto iurisdictionem habeant, idem quod in iudice ordinario obseruatur.
- 25 Iure nouiori nostri Regni ex sententia arbitri nascitur actio & exceptio.
- 26 Quando sententia arbitri actionem & exceptionem producit, in nihilo differt à sententia iudicis ordinarij.
- 27 Reus & possessor, aduersus quē actio proprietatis proponitur, etis probatorijs in Tenuta factis, uti poterit, ea producendo in petitorio.
- 28 Actor qui in Tenuta victus fuit, an in petitorio possit producere probationes Tenute, an vero reprobatae maneant, cum in Tenuta fuisset victus.
- 29 Intelligitur tex. in cap. suborta, de re iudicata.
- 30 Probationes factas ex partium confessionibus, reprobatae per sententiam possessorij manere defenditur.
- 31 Confessio omnes probationes superat.
- 32 Testis esse reprobatus existat, non afficitur infamia.
- 33 Instrumentum productum in possessorio, iterum produci nequit in petitorio: & quæ sit ratio.
- 34 Quando falsi questio mouetur contra instrumentum, & iudex pro instrumento iudicat, non potest in alio iudicio de dicta falsitate cognosci.
- 35 Etiam post rem iudicatā potest allegari falsitas instrumenti, quando de falso nunquam fuit disceptatum.
- 36 Quæ exceptiones in iudicio Tenute admittantur,

37 Quando

Caput Trigesimumsecundum. 331

- 37 Quando in Tenuta de facto solum cognoscebatur, exceptiones altioris questionis repellebantur.
- 38 In possessorio Tenuta, cum iuris sit, omnes exceptiones admittuntur, quanuis concernant proprietatem.
- 39 Probationes Tenuta in iudicio proprietatis produci possunt, etiam ab eo qui victus fuit, secundum veriore opinionem.
- 40 intelligitur tex. in l. gesta. C. de re iudicat.
- 41 intelligitur tex. in l. spadonem. §. qui absolutus. ff. de excusationibus tutor.
- 42 intelligitur tex. in l. 2. ff. iudicatum solui.
- 43 Rursus intelligitur tex. in dict. cap. suborta.
- 44 In Tenuta non plene de proprietate cognoscitur.
- 45 Exceptio compensationis non intelligitur reprobata per sententiā, et si contra eam opponentem sit iudicatum: ¶ quæ sit ratio.
- 46 Nunquā à sententia reprobata manet exceptio, quando subsistere potest absque exceptionis reprobatione.
- 47 Quando sententia incompatibilis est cum probationibus, tunc dicta probationes reprobatae manent per ipsam sententiam.
- 48 Si in causa nobilitatis, nobilis eam probauerit maiori testium numero, ¶ Fiscalis Regius aliquibus testibus probet, actorem esse plebeium ¶ Iudaum, ex parte illa quæ nobilitatem tangit, ¶ hac probatione non obstante, in fauorem nobilis sit pronuntiatum, an tunc prædicta sententia, quæ in rem iudicatam transit, reprobet testes, non solum deponentes contra nobilitatem, sed ¶ dum deponunt de sanguinis macula.
- 49 Quando sententia lata super principali, non potest subsistere, nisi intelligatur super incidenti, tunc ¶ id comprehensum videtur.
- 50 An in ordinibus militaribus, vel Ecclesijs habentibus puritatem sanguinis, possint produci testes alijs reprobati per sententiam nobilitatis.
- 51 Prædicti testes neque à commissario compulsari possunt contra prætorem; ¶ si de facto deducantur à lite in qua deposuerunt, nulla fides eis adhibetur.
- 52 Testibus reprobatis non creditur, etiam ex consensu partium.
- 53 Iudicium summarium informatiuum non subijcitur iuris regulis.
- 54 In iudicio informatiuo licet deficiat solennitas, secundum ius iudicandum est.
- 55 Si probatio secundum ius non recipitur, aufertur ius quesitum, aduersus iuris præcepta.

Insignia

332 De Tenuta, seu. remed possessor.

- 56 Insignia ob benemerita tribuuntur, & sic causa enerosæ naturam habent.
- 57 Etiam si iudici concedatur libera potestas procedendi, semper intelligitur, ut ius observare debeat.
- 58 Causa honoris æquiparatur criminali.
- 59 Quauis in Cōsilio Regio Ordinum militarium summatus & extra ordinem procedatur, quoad ordinationem causæ intelligi debet, nō vero quoad decisionem.
- 60 In dubio inheredum est iuri communi.
- 61 Quauis statuto cautum sit, ut qualiscunque probatio recipiatur, debet intelligi de ea qua non sit reprobata per contrariam probationem.
- 62 Liberum arbitrium iudicis non extenditur ad probationem reprobata.
- 63 Statutum, ut in causis arduis credatur uni testi, non valet.
- 64 Iudicis arbitrium non debet opponi legis præsumptioni.
- 65 Quod procedit in militibus Diui Iacobi, Alcantaræ, & Calatravæ. Idem procedit in militibus Beati Iohannis, & in militibus sanctæ Mariæ, & Montehisæ.
- 66 Eademque observatio est in laudabili statuto Toletano, Legionensi, & in similibus à Romanis Pontificibus confirmatis, in quibus secundū iuris regulas probationes recipi debent.
- 67 Idemque est statuendum in huius Regni Collegijs, cum distinctione de qua hic.
- 68 De iure querendo & quesito tractatur.
- 69 Res iudicata inducit præsumptionem iuris & de iure.
- 70 Contra rem iudicatam non admittuntur probationes, nisi per confessionem partis.
- 71 Sententia indiuidua est; una itaque sola iuris præsumptio ex ea resultat.
- 72 Illi cui prodest vel nocet sententia, acta causæ officere, vel proficere debent.
- 73 Sententia lata super nobilitate, ius vniuersale inducit contra omnes, ad instar causæ status.
- 74 Si plures testes deponant de puro sanguine, & minor numerus de impuro, cui probationi standum sit: & num: sequenti.
- 75 Probationes sunt arbitrariæ, præsertim in causa nobilitatis & puritatis sanguinis.
- 76 Probatio quæ ad animum reducitur, debet omnino carere affectu veritatis contrario.

78 Animus

Caput Trigesimum secundum. 333.

- 78 *Animus ex qualicunque probatione instruitur.*
- 79 *Dictio, Qualiscunque, nullam, etiam imperfectam probationem excludit.*
- 80 *Rei iudicata non potest opponi iudicis arbitrium.*
- 81 *Commissarius non potest animum instruere ex testimonijs alterius iudicij.*
- 82 *Diversitas constituitur inter testes & testimonia.*
- 83 *Quando eligitur industria persona, testibus ab alio commissario examinatis, & eorum depositionibus uti non potest.*
- 84 *Examen testium est quid industriale, & facultas recipiendi iuramentum, personalis est.*
- 85 *Probationes extinctae & reprobatae per sententiam, iterum suscitari non possunt.*
- 86 *Commissarius non potest uti probationibus contrarijs alterius iudicij, nisi utatur quoque probationibus vincens.*
- 87 *Quando edictio fit ipsi iudici, omnia integrè edenda sunt.*
- 88 *Testes reprobat per sententiam, nullo tempore eius valorem impedire possunt.*
- 89 *In causa puritatis sanguinis, minori testimonij numero statuitur, si de impuro deponunt.*
- 90 *Intelligitur tex. in l. gesta. C. de re iudicata.*
- 91 *Semel extinctum per sententiam quae transijt in rem iudicatam, instaurari non potest.*
- 92 *Intelligitur tex. in l. penult. C. de re iudicata.*
- 93 *Gesta dicuntur illa, quae in publico lata sunt.*
- 94 *Tractatur de propositionibus & disceptationibus Donati & Cecilianus Episcoporum Africae.*
- 95 *Olim omnis Africa Christianorum erat.*
- 96 *Papa Melchades, seu Melthiades, Concilio Roma conuocato doctrinam Cecilianus approbavit, & Donati propositiones damnauit.*
- 97 *Donatistae in suis erroribus perstiterunt usque ad Imperatoris Honorij tempestatem.*
- 98 *Praedictorum gestorum publicatio commissae fuit Martellino Iurisconsulto.*
- 99 *Intelligitur tex. in l. 55. C. Theodosiani.*
- 100 *Ex actis non inferitur praedictum, nisi illis cum quibus fuit litigatum.*

PROBA-

PROBATIONES FACTAE

in Tenutæ iudicio, an prosint in iudicio proprietatis,

CAPVT XXXII.



N hac quaestione dicendum videtur, probationes factas in iudicio possessorio Tenutæ, fidem facere non posse in petitorio: textus in l. si iudex. ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris, ibi: *Nec enim alimentorum causa veritati facit præiudicium*, & in cap. veniens, in 2. de testibus, cuius sententia est, attestaciones receptas in sumario, fidem non facere in plenario iudicio, nisi cōmuni litigatorum cōsensu essent approbata, vt in dict. cap. veniens, cōmuniter Doctores notant, & bene explicuit Felinus ibi nume. 3. cum distinctione Innocentij ibidem nume. 4. & 5. Iaco. But. in l. ab hostibus. §. sed quod simpliciter, a numer. 1. ff. ex quibus causis maiores, & Antonij de Butrio in cap. per inquisitionē, ad finem, de electione, Ioannis

de Imola in Clementina Constitutionem, in princip. eodem titul. de electione, & eiusdem Felini in cap. causam, prima fallentia, de testib⁹, per totam; tradit Menoch. de retinenda, rem. 5. num. 120. Probationes itaque factas in Tenutæ summarissimo iudicio, nihil prodesse quoad proprietatem, nisi testes in hoc dominij iudicio ratificentur, & iterum producantur, ex supradictis probatur, & ex textu in l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquirenda possessione, iuncta l. permisceri, eod. titul. ibi: *Quemadmodum nec possessio et proprietatis misceri debet*. Sententia itaque lata in iudicio possessorio, petitorio nullatenus præiudicat. l. & an eadem. §. vltimo, cū vulgatis. ff. de exceptione rei iudicatæ. Nec sententia lata in possessorio sumario, nocet plenario possessorio. l. penultima, vbi gloss. ff. de his

Caput Trigesimumsecundum. 335

his quib' vt indignis, & scribit Bart. in extrauaganti Ad reprimendum, verbo *summarie*, numer. 12. & post Butriū & Imolam in cap. causam que, de testibus, docet Menoch. reme. 5. de retinenda, num. 120. Diuersitatemque inter hæc duo iudicia, possessionis & proprietatis, constituit Accursius in dict. §. nihil commune, verb. *nihil*. Bart. ibi num. 4. Iason num. 7. Paulus numer. 2. & 5. Aretinus num. 4. & omnes Doctores ibidem, præcipue Ripa ex num. 12. qui omnino legendus est.

Rursus, quia etsi sit iudiciū inter easdem personas, & ante eundem iudicem, acta facta in iudicio possessionis, non profunt in iudicio proprietatis. l. cum antea, in fine, cum similibus. C. de arbitris. Bart. in dicto §. nihil commune, num. 32. Ripa nume. 75. Iason numer. 158. Alexand. in l. 2. C. de edendo, num. ultimo, & in consi. 82. per totum, lib. 1. Baldus in l. ordinarij, a num. 12. C. de reuendicatione. Butrius in cap. cum dilectus, ex num. 34. de causa posse. & propriet. Matthesilanus singulari 160. in princip. vbi Gabriel Sarayna in eius adnotationibus. Ioannes de Amicis consi. 137. num. 10. Innocentius in c. 2. prope finem, de ordine cognition. Riminaldus consi. 99. nu.

26. lib. 1. gloss. in l. 2. C. de ordine cognitionū, & plures quos allegat Mascardus conclus. 34. num. 47. & sequenti, & eadem conclus. a num. 1.

Et prædictis adijcio, probationes factas in iudicio possessionis summarissimo, non proficere in iudicio possessionis plenario, iuxta textum in l. non omnis. ff. si certum petatur, docet Felinus in Rubric. de treuga & pace, in fine. Beroius consi. 11. nume. 3. lib. 1. Brunus consi. 98. num. 5. Neuizanus consi. 80. n. 7. Menoch. innumeros recensens de retinenda possessione, remed. vltim nume. 38. Et quidem verum est, possessionium summarium & extraordinarium, & possessionium plenarium & ordinarium, similitudinem habere, & tamen non fit transitus de vno ad aliud, vt prædicti Doctores testantur: omne tamen possessionium, siue ordinarium, siue summarissimum, omnino dissimile, discretum & distinctum esse à proprietate, competentissimum est, iuxta textum in dict. §. nihil commune, vbi omnes notant. Probationes itaque possessionis in petitorio non prodesse, censuit Castrensis in l. si in possessione. C. vbi causa status, a nume. 1. Natta consi. 121. a num. 5. lib. 1. Neuizanus consilio 81. a num. 25. Menoch. de

336 De Tenuta, seu remed. possessor.

de retinend. remed. ultimo, numer. 36.

9 Nec postremò prætermis-
rim, probationes quoque factas
in proprietate, nihil proficere
in iudicio possessorio, ut opina-
tus fuit Paulus in dict. l. si in pos-
sessione. C. vbi causa status, Ne-
uizanus consi. 81. nu. 27. Ioann.
Bolognetus in l. naturaliter. §.
nihil commune, nume. 443. ff.
de acquirenda possessione. Me-
noch. vbi supra dict. numer. 36.
& num. 37. Mascardus conclus.
1205. num. 1. lib. 3.

10 Sed his non obstantibus, cō-
trarium longè verius & recep-
tius est in casu Tenutæ, in qua
si testes examinati sint, iterum
in iudicio proprietatis exami-
nandi & ratificandi non sunt,
cum, ut sæpe repetitum est, Te-
nutæ interdictum possessorium
mixtam habeat proprietatem:
& quia regulariter quauis iu-
diciū non esset mixtum, sed
merè possessorium, si testes litiga-
toribus citatis examinati fue-
rint, eorum ratihabitio in lite
proprietatis non desideratur,
ut adnotauit Alexand. in dict.
§ nihil commune, nu. 76. Gui-
do Papæ decisione 136. num. 1.
& 2. vbi disputat, an acta facta
11 in possessorio, fidem faciant in
petitorio; resoluitque, licet in-
stantia perempta sit, non ta-
men perimi probationes & cō-

fessiones, nec alia respicientia
merita causæ; & ibi docet Ste-
phanus Ranchinus in annota-
tionib⁹ ad dictam decisionem,
ad finem, vbi distinguit inter
acta probatoria, & ea quæ respi-
ciunt litis ordinationem; illa
enim existimat, fidem facere in
alio iudicio, hæc verò in alio iu-
dicio non probare; nisi causa
criminalis esset, tunc enim nec
12 acta probatoria causæ civilis fi-
dem in criminali faciunt. Bald.
elegantè in l. is apud, num. 22.
C. de edendo, ibi: *Venio ad secun-
dam partem. Dico, quòd interdū
quæritur, nunquid acta vnius in-
stantiæ præiudicent in alia instan-
tia inter easdem personas. Et sic
distingue, aut loquimur quoad li-
tis ordinationem, aut quoad præ-
scriptionis interruptionem, vel
actionis perpetuationem. Si quidē
loquimur quoad litis ordinationē,
non est dubium, quòd talia acta
non prosunt, quia noua instantia
requirit noua acta, & omnia à
capite oportet fieri, ut ff. iudicati
solui. l. cum lite mortua, quæ do-
ctrina originaria fuit Iacobi de
Arenis & Cyni in l. properan-
dum. §. & si quidem, vers. secū-
dò quæritur. C. de iudicijs, quā
sequuntur Baldus, Salicetus, De-
cius, Curtius Iunior, Bologne-
tus, & communiter Scribentes
in l. 2. C. de edendo, & in l. cum
antea. §. ultimo. C. de arbitris,
& in*

Caput Trigesimumsecundum. 337

& in l. gesta. C. de re iudicata, & docet Bart. in varijs locis, præcipuè in l. cum lite, numer. 2. & 4. vers. quandoque quæritur. ff. iudicatum solui, ibi: *Distingue, quod aut sunt acta pertinentia ad decisionem causæ, & confessiones & attestaciones, & non pereunt: aut pertinent ad litis ordinationem, & pereunt perempta instantia;* & arbitratur Philippus Decius consil. 483. nume. 3. lib. 4. & Pontificij in cap. cum causam, in 1. de testibus, vbi Innocent. n. 4. Abbas in c. præsentata, de testibus, n. 9. Felin. n. 7. Imola n. 5. idè Abbas in c. ult. de arbitris, num. 6. Lanfrancus de Oriano in tractatu de arbitris, diuisione 7. nume. 76. versic. *cetera autem acta*, docet Alexander consil. 58. num. 2. lib. 2. Ruinus consil. 69. num. 5. libr. 1. Doctores in l. prolatam. C. quomodò & quādo iudex, glossa verbo, *triennij*, in l. properandum. §. 1. C. de iudicijs. Xuarez allegatione 27. num. 2. versic. *nam quibus nocet*. Mascard. conclus. 33. numer. 8. versic. *concilies hoc pacto*, lib. 1. & in indiuiduo Tenet hæc opinionem amplectitur Molina libr. 3. cap. 13. nu. 20. Molin. de iustitia, tracta. 2. disput. 537. n. 7.

14 Neque obstant superiores doctrinæ; eò enim respiciunt, ut acta produci debeant in hoc nouo iudicio proprietatis; quod

verissimum & receptissimum est; nō tamen inde sequitur, debere testes iterum recipi: & sic distinguit & declarat Alexan. in dict. l. 2. num. 30. C. de edendo, ibi: *Ultimò nota, quod cautus debet esse ille qui vult se fundare ex actis factis inter se & aduersarium suū in alia causa; quia oportet, quod in ista causa reproducat, alias non releuaret:* & ante eum censuit Bart. in d. §. nihil commune, num. 32. illis verbis: *Sit tamen cautus reus, ut acta primi iudicij in secundo producat; nam acta etiam inter easdem personas non probant in alio iudicio, nisi quis eis utatur:* & in hunc sensum intelligi debent iura & Doctores superius allegati. Rursus accipiendæ sunt superiores doctrinæ, quādo testes summarie probationis examinati fuissent absque litigatorū citatione; nā hoc casu denuo examinari debent, aut in suis depositionib' ratificari; sec' verò est, quādo plene, parte citata recepti testes fuerūt; aliud enim nouū eorū examen nō requiritur. Et quanuis Molin. vbi sup. d. nu. 20. asserat, in ardua lite, quæ super amplissimo primogenio versabatur, ex prudentum consilio testes in Tenuta receptos, iterum in proprietate fuisse examinatos; ad maiorem cautelam factum fuisse putat; prædicto

Y tamen

338 De Tenuta, seu remed. possessor.

tamen examine non fuisse op^o
 .asserit: & ita intelligit & decla-
 rat Paulus dict. consi. 3. à num.
 6. Couarru. pract. cap. 17. num.
 4. Neuizanus consi. 80. num. 7.
 Natta consi. 121. à num. 5. libr.
 1. Bolognetus in §. nihil com-
 mune. l. naturaliter, de acquir.
 possessione, ad finem. Menoch.
 de retinend. remed. ultim. nu.
 38. vers. *duos casus*, Mascard. cō-
 cluf. 1204. per totam. Et in hūc
 quoque sensum accipiendum
 est quod diximus, probationes
 factas in proprietate, nihil pro-
 ficere in iudicio possessorio: nā
 si litigatores citentur, & iudicij
 ordo seruetur, probationes
 vnius iudicij in alio produci
 queunt: communisque & rece-
 ptissima doctrina est, à qua ne-
 mo discessit, & contraria doctri-
 na, cuius suprà meminimus, cū
 hac distinctione concilianda &
 accipiēda est: latè Menoch. plu-
 res referens de retin. rem. ult. n.
 36. plenè Mascard. conclu. 1204.
 & 1205. per totam, & conclus.
 1202. nume. 10. qui ex professo
 disputant, & omnino legendi
 17 sunt. Sed nihilominus distin-
 guendum est, nam si testes pro-
 ducti in Tenutæ iudicio, mor-
 tui sunt, eorum attestationses fi-
 dem faciūt in petitorio. l. iube-
 mus. C. de liber. caus. si verò vi-
 uunt, est in electione illius, con-
 tra quem producuntur, an sine

iterum in iudicio proprietatis
 recipiendi; vt docet glossa per
 textū ibi, in c. presentata, verb.
acta, de testibus, ibi: *Hoc est*
simpliciter verum de his qui iam
sunt mortui; de alijs qui viuunt,
est in optione illius, cōtra quem in-
ducuntur, vt depositiones eorum
admittat, vel eis repulsis, ijdem
testes iterum producantur; & ibi
 docet Abbas numer. 3. & 4. sen-
 tiens, vt expensis illius qui vult
 vt iterum testes recipiantur, eo-
 rum fiat examen. Eandem opi-
 nionem admittit Imola in dict.
 cap. presentata, num. 4. Abb. in
 cap. ultim. de arbitris, numer. 6.
 Baldus in l. penultima. C. de ar-
 bitris, num. 12. & in l. diem pro-
 ferre. §. 1. ex numer. 1. de recep-
 tis arbitris. Et potuit esse ratio,
 quia testes qui supersunt, facile
 inueniri queunt: sanxit itaque
 lex, vt sit in optione illius cōtra
 quē producti fuerūt, an velit eo-
 rū dictis stare, vel iterū interro-
 gentur: arg. tex. in l. cū apud.
 C. de testibus, & in l. penul. §. vl-
 tim. ff. de arbitris, & doctrinæ
 Abbatis in c. presentata, nu. 4.
 de testibus. Testibus tamē mor-
 tuis statuitur, nam æquum est, vt
 acta mortuorū fidem faciāt, iux-
 ta tex. in d. l. iubem^o. C. de libe-
 caus. & Cyni doctrinā in l. 2. n.
 2. C. de edendo. Ego tamē præ-
 dictā distinctionē nō admitto;
 puto enim, omnes testes in pos-
 sesso.

Caput Trigesimumsecundum. 339

fessorio Tenutæ receptos, fi-
 dem facere in proprietate, etiā
 aduersario inuito, nec iterum
 viuentes in petitorio examinā-
 dos, quanuis suis expensis ad-
 uersarius petat: nam glossa &
 Doctores vbi supra intelligi de-
 bent in attestationibus factis co-
 ram arbitro; hæ enim prosunt
 coram iudice ordinario, si te-
 19 stes sint mortui: alioqui aduer-
 sarius petere poterit, vt iterum
 examinentur: & in hoc casu lo-
 quitur textus in dicto cap. præ-
 sentata, & in l. vltima. C. de testi-
 bus, quæ sic summatur: *Testibus*
examinatis coram arbitris, non
tenetur quis stare coram iudice, si
viuunt, sed potest petere, eos ite-
rum examinari, si vult: sed si sunt
mortui, standum est eis, sicut si co-
ram iudice fuissent recepti. Et
 20 quanuis non ignorem, glossam
 in l. properandum. §. sin verò
 causæ, verbo *vigorem*, eandem
 doctrinam admittere in testi-
 bus apud iudicem ordinarium
 productis & in plenario exami-
 natis, ait enim, aduersario pe-
 tente, iterum in alio iudicio
 examinandos: displicet tamen
 Bartolo in lege secunda. ff. iu-
 dicatum solui, numer. 5. ad
 finem, ibi: *Si verò sunt re-*
cepti coram iudice, tunc faciunt
fidem inter easdem personas in
causa civili, non seruata distin-
ctione dictæ legis. finalis. C. de

testibus, et) legis Gestæ. C. de
re iudicata: et) ita tenet Inno-
centius extra de testibus, cap.
cum in tua, licet glossa videat-
tur dicere contra in l. properan-
dum, in fine. C. de iudicijs, &
 Bartolum contra Accusum
 sequuntur Alexand. & Iason
 in dict. §. sin verò causæ, Ioan-
 nes de Imola in dict. cap. præ-
 sentata, numer. 4. Et ratio di-
 uersitatis inter iudicem ordi-
 narium & arbitrum, ea esse
 potest, nam iure communi
 arbitri propriè non habebant
 iurisdictionem, sed notionem
 22 tantum, & ideò testes ab eis re-
 cepti, iterum apud iudicem or-
 dinarium examinabantur: &
 ita sensit Felinus in d.c. præsen-
 tata, de testibus, nu. 7. & est de
 mente omnium ibidem. Rur-
 23 sus, quia ex sententia arbitri nō
 nascebatur actio neque excep-
 tio: soluendo enim quis pœnā,
 poterat sententiæ arbitrariæ nō
 stare. l. 1. C. de receptis arbitris,
 ibi: *Quia nec iudicati actio inde*
prestari potest, et) ad hoc inuicem
pœna committitur, vt motu eius
à placitis non recedatur. Et idem
 probat textus in l. 35. tit. 4. part.
 3. & de iure Canonico in dict. c.
 dilecti filij, in fin. & in hunc sen-
 sum accipi debet textus in dict.
 cap. præsentata, de testibus, &
 dicta lex vltima. C. eodem, &
 ideò cessante ratione prædicta,

Y 2

si alias

340 De Tenuta, seu remed. possessor.

si alias arbitri iurisdictionem haberent, vera etiam in eis esset prædicta Bartoli opinio, ut acta probatoria in arbitrorum iudicio valeant sine nouo examine, quanuis testes superessent, & pars opponeret, ut opinatur Marcus Ant. Blanc. de compromissis, quæst. 8. num. 24. concludens, in arbitris statutarijs, qui à statuto iurisdictionem habent, limitari decisionem textus in dict. cap. præsentata, & in dict. l. vltima. Et ratio est, quia huiusmodi arbitri statutarij, dicuntur iudices, & habere iurisdictionem ordinariam, vel saltem delegatam, ut respondit Riminaldus consi. 169. nu. 17. libr. 1. Socinus Senior consi. 27. num. 15. lib. 3. latè prosequitur idem Blacus de compromissis, q. 6. num. 1. & sequentibus, & dicta quæst. 8. ad finem, quæ refert & sequitur Mascardus de probationibus, conclus. 33. num. 22. & 23. Inferitur itaque, iure nouiori nostri Regni, per legem 4. tit. 21. libr. 4. Comp. ex sententia arbitri nasci actionem & exceptionem, & ideò hodie eandem observationem esse in arbitro, ac in iudice ordinario, testesque ab utroque receptos, in alio iudicio examinari non debere; & quoad hoc corrigi iura in dict. c. præsentata, & in d. l. vlt. nec distinctionem de qua ibi, in Reg-

no nostro admittendâ esse, constanter asserimus. Ut autem iure Regio ex d. lege Compilationis nascatur actio & exceptio, ex eo satis probatur; permittit enim prædicta lex appellare à sententia arbitri: quod fieri non posset, si actio & exceptio ex ea non orirentur, ut est casus ad litteram in l. 1. C. de arbitris, ibi: *Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfectio aditi appellari non posse, sepe rescriptum est: quia nec iudicati actio inde præstari potest: & ita declarat ibi Bart. numer. 1. cum sequentibus.* At quando sententia arbitri actionem & exceptionem producit, in nihilo differt à sententia iudicis ordinarij: & ita patet ex Bart. in dicta l. 1. nu. 4. C. de arbitris. Paulo in l. pecuniam, num. 2. ff. si certum petatur, Alexan. ibidem, num. 6. & Iasone num. 11. Bald. in cap. 1. nu. 7. de contro. feud. apud pares term. Concluditur ergo, probationes factas in Tenuta, prodesse in proprietate, nec opus esse testes iterum examinari, quanuis litigator suis expensis petar; distinctione reiecta, an mortui vel viui testes sint, & an sint iudicia ordinaria, vel arbitraria, absque distinctione enim non solum in Tenuta, sed in omni iudicio prædicta doctrina vera est.

Supra-

Caput Trigefimumfecundum. 341

- 27 Supradicta verò ego intelli-
go respectu rei possessoris, ad-
uersus quem actio quoad pro-
prietatem intenditur; hic enim
actis probatorijs in iudicio pos-
fessorio Tenutæ factis vri pote-
rit, ea producendo in petitorio,
nec iterum testes in priori iudi-
cio Tenutæ productos exami-
nare debet, nec eos ratificare
compelletur, ex superioribus
considerationibus.
- 28 Secus verò erit respectu acto-
ris, qui in Tenuta victus fuit, cū
per sententiā cōtra eum in hoc
summario iudicio latam proba-
tiones ab eo factæ reprobatæ
maneant, iuxta decisionem tex-
tus in cap. suborta, de re iudica-
ta, ideoq; in petitorio iterū eas
producere non poterit, ex glos-
sa recepta in d. c. suborta, verbo
reprobasse, quæ, quanuis text. in
instrumento loquatur, & in te-
stibus eius decisionem procede-
re arbitratur, vt nullam eorum
testimonia in petitorio fidem
faciant, si cōtra illa sententia la-
ta fuit; quam sequitur Abb. in
cap. vltimo, nume. 24. ad finem,
de iuramento calumniæ. An-
charranus in dict. cap. suborta,
num. 5. vbi Felin. numer. 19. Et
probationes quoque factas ex
partium confessionibus repro-
batas & extinctas per senten-
tiam manere, censet Petrus Sur-
dus consilio 135. ex nume. 128.
- lib. 1. Viuius decisione 313. nu-
mer. 5. lib. 2. Verallus decisione
197 part. 1. Et cū cōfessio om-
nes alias probationes longe su-
peret, vt arbitratur Bald. in l.
cū quis, nume. 11. & 12. C. de
iuris & facti ignorant. Gratia-
nus decisione 193. numer. 4. vel
ex eo constat, idem in testibus
recipiendum esse, vt si iudex
contra eos iudicauerit, eo ipso
reprobati existant; docuit Ho-
stiens. in dict. cap. suborta, num.
2. dum existimat, testem satis
reprobari, si aduersus eū iudi-
cetur, licet non afficiatur infam-
ia: & adnotauit Rebuffus
3. tomo ad leges Gallicas, tra-
ctatu de reprobationibus te-
stium, glossa vnica, numer.
4. tradit Magonius decisione
39. Lucensi, num. 17. versicul.
quando secundum, Franciscus
Personalis consilio 7. num. 22.
lib. 1. & consilio 1. numer. 55.
& sequentibus. Menoch. con-
silio 23. numer. 28. libr. 1. Ol-
drad. consilio 192. ad finem.
Natta consilio 394. numer. 4.
Rota decisione 287. ad finem,
lib. 3. part. 3. diuersorum. Anto-
nius Gabriel de testibus, concl.
21. numer. 18. qui omnes in ea
sunt sententia, vt prædicti te-
stes nec indicium quidem fa-
ciant in iudicio proprietatis. Et
illius textus in d. c. suborta, de-
cisio satis casui nostro aptatur,

Y 3

cū

342 De Tenuta, seu remed. possessor.

cum secundum opinionem gl.
 verbo *restituto*, ad finem, prius
 33 ibi fuisset actum possessorio, in
 quo victus (si petitorio agat) in-
 strumentum quod prius in pos-
 sessorio produxerat, iterum pro-
 ducere nequit, cum videatur re-
 probatum ex priori iudicio: ea-
 dem itaque ratione dicendum
 erit, testes, vel alias probationes
 in possessorio Tenuræ produ-
 ctas, iterum aduersus vincen-
 tem produci non posse in iudi-
 cio proprietatis, cum reproba-
 tæ videantur per possessorium.
 Et licet non diffitear, Scriben-
 tes in expositione illius textus
 contra glossam sentire, actum
 fuisse simul in illo capite de pos-
 sessorio & petitorio; omnes ta-
 men cōueniunt, iudicem super
 possessorio tantum pronuntias-
 se, & quæstionem proprietatis
 fuisse suspensam; & nihilomi-
 nus (quod doctrine nostræ con-
 ducit) non fuerunt admittæ in
 proprietatis iudicio, iudicij pos-
 sessorij probationes, tanquam
 reprobatae per sententiam in
 possessorio latam, iuxta supe-
 riorem resolutionem: cuius opi-
 nionis fuit Innocentius in dict.
 cap. suborta, num. 1. Abb. num.
 7. Ancharranus num. 2. Felinus
 num. 3. Cardinalis Zabarella
 numer. 2. notabili 2. Ioannes de
 Anania numer. 4. Ioannes An-
 dreas num. vltimo, Ioannes de

Imola num. 2. Antonius de Bu-
 trio eodem num. 2. Sicut quan-
 do falsi quæstio mouetur con-
 tra instrumentum, & iudex pro
 instrumento iudicat; nam non
 poterit victus iterum in alio iu-
 dicio falsitatem prædicto instru-
 mento opponere, cum falsitatis
 quæstio iam videatur per prius
 iudicium reprobata, ex textu
 in l. 1. C. si ex falsis instrumen-
 tis, & ex l. 116. tit. 18. part. 3.
 Cui doctrinæ non obstant iura
 in l. diuus. ff. de re iudicata, & in
 teger titulus. C. si ex falsis instru-
 mentis, & testimon. & l. 1. tit. 26.
 p. 3. in quib' probatur, etiã post
 sententiam quæ transijt in rem
 iudicatam, posse quem allega-
 re instrumenti vel testium falsi-
 tatem: hoc enim verum est, quan-
 do de falso nunquam fuit disce-
 ptatum: secus verò, si obijcere-
 tur falsitas in primo iudicio, &
 ea non obstante, contra obijci-
 tem sit pronuntiatum, & præ-
 dictum iudicium finitum sit:
 prædicta enim reprobata falsi-
 tas non poterit in alio iudicio
 deduci, vt docuit Accursius in
 l. vltima. C. de fide instrum. ver-
 bo *et si posita*, ibi: *Sed videtur*
post sententiam audiri, vt infra,
si ex falsis instrumentis. l. 1. et 2.
quæ sunt contra. Solutio: *Hic non*
soli instrumento habuit fidem iu-
dex, ibi sic: vel hic quando abini-
tio fuit de hoc quæstio, ibi, quando
 non

Caput Trigesimumsecundum. 343

non: & hac vera, & cenſet gloſ. verb. opponi, in c. licet cauſam, de probationibus, ibi: Distinguitur tamen, quia aut quaſtio de falſo mota fuit in iudicio, aut non: ſi fuerit mota, nunquam poſtea prætextu falſi retractatur ſententia: & eſt ſimilis glo. in l. 1. C. ſi ex falſis inſtrum. verb. præſcriptione, ibi: Quia de falſo hinc non fuit quaſitum, ſed ibi fuit. Idemque docuit Bart. in l. qui agnitis, ante numerum primum. ff. de exceptionibus. Innocentius in d. cap. licet cauſam, num. 1. verſi. Secus autem, ſi eſſet mota quaſtio falſi: quos refert & ſequitur Gregor. Lopez in dict. l. 1. 16. ſcholio 4.

36 Nec obſtat, ſi dicatur, Tenu-
tæ probationes nunquam re-
probataſ cenſeri in iudicio pro-
prietatis, cum talis qualitatis ex-
ceptiones in poſſeſſorio propo-
ni poſſent, quæ altiore quaſ-
tione, & , vt vulgò loquimur,
indaginem deſiderarent, & in
petitorio opponi deberent, ita
vt neutiquam dici poſſit, pro-
bationes ſuper prædictis excep-
tionib⁹ factas reprobatas mane-
re in proprietatis iudicio; quaſi
non ideo lata fuiſſet contra acto-
rem ſententia, quia eius proba-
tiones non concluderent, ſed
quia ad illud poſſeſſorium iudi-
cium prædictarum exceptio-
num examen non pertinebat,

ideoque dictas probationes ite-
rum produci poſſe in petitorio,
vt ibi de earum viribus discu-
tiatur, dicendum eſſe. Reſpon-
detur enim, prædictam obie-
ctionem tunc locum habere,
quando de Tenu-
tæ tantum quaſ-
tio erat, ſecundum deſiſionem
textus in dicta l. 9. tit. 7. libr. 5.
Compil. ex qua lege iudicium
Tenu-
tæ ſolum mere poſſeſſio-
nis erat, & potius facti, quam
iuris, vt in cap. 1. adnotauimus:
in illo itaque iudicio excep-
tiones quæ altiore requirebant
indaginem, repellebantur, &
ad iudicium ordinarium poſſeſ-
ſorium remittebantur, & reſer-
uabantur: poſtea verò quam ex
lege decima ſequenti, dict. tit. 7.
lib. 5. Tenu-
tæ remedium poſſeſ-
ſorium effectum fuit, omnes ex-
ceptiones admittuntur, quan-
tunvis proprietatem concer-
nant, vt in cap. 5. 6. & 7. ſuperi⁹
oſtendi, & in cap. penultimo
tractabitur. Neceſſariò itaque
fatendum eſt, probationes illi⁹
qui victus in Tenu-
tæ fuit, repro-
batas per ſententiam manere,
cum in illo iudicio poſſeſſorio
de eis fuiſſet diſceptatum, nec
alteri reſeruaretur cognitio.

39 Sed quanvis prædicta vr-
geant & notabilia ſint, verius
tamen exiſtimo, in caſu Tenu-
tæ, etiam ab eo litigatore qui vi-
ctus in ea fuerit, probationes in

Y 4 illo

344 De Tenuta, seu remed. possessor.

illo iudicio possessorio receptas, iterum produci posse in iudicio proprietatis, nec nouum testium examen requiri, nec eorum rati habitionem, ex textu in l. gesta. C. de re iudicata, vbi
 40 depositiones testium ad publicam formam redactæ perpetuam habent firmitatem, etsi illa instantia pereat, in qua fuerunt productæ, vt ibi exponit Accursius verbo *firmitatem*, & in l. is apud, scholio 1. C. de edendo, & probat textus in l. publicati, vbi Doctores communiter. C. de testam. docet Baldus in dict. l. gesta, nu. 4. & 5. vbi ait, attestations non publicatas fidem in
 41 alio iudicio facere non posse; publicatas vero, vt in casu de quo agimus, semper firmas manere, absque distinctione possessorij & petitorij; & an producantur à reo, vel ab actore; cum nullo respectu reprobate censeantur in alio iudicio; & ante eum censuit Accursius in l. vel ei, verb. *patiat*. ff. quæ in fraudem creditorum, quem refert & sequitur Salicet. in dict. l. gesta, num. 4. Paulus num. 1. Petrus Philippus Corn. num. 5. vbi refert opinionem Doctorum, qui censent, acta gesta coram vno iudice, coram alio fidem facere, si sit successor in eodem tribunali. Verius tamen ipse putat, etiã
 42 in alio iudicio & tribunali di-

uerso inter easdem personas prædicta acta admitti, & obseruat Alberic. ad finem, & in l. properandum, num. 13. C. de iudic. Innocent. in cap. causam quæ, numer. 1. & 3. de testibus. Specul. de iudice delegat. §. restat videre, vers. *sed nunquid omnia acta*, & de contumacia. §. nunc nobis occurrit, in fine. Idem Innocent. in cap. consuluit, nu. 1. de offic. delegat. Azo in summa, ad finem, de iudicijs, & latè disputat Albericus in l. is apud, ex num. 12. C. de edendo, & absque distinctione hanc sententiam admittit.

Cui verissimæ doctrinæ non obstat tex. in l. spadonem. §. qui absolutus. ff. de excusat ex cuius decisione contrarium arbitratur Dynus ibi in princip. ille enim tex. non loquitur inter easdem personas, vt in casu quo versamur, sed inter diuersas, proindeque probationes prioris iudicij in alio fidem non faciunt, vt ex litera illius tex. elicitur, ibi: *Non omnino depositionibus apud acta, ad remissionem alterius tutela vel curationis utitur*. Si enim iterum litigator ad eiusdem personæ tutelam in ius vocaretur, non est dubium, exceptione rei iudicatæ tutum esse.

Neque rursus obstat tex. in l. 2. ff. iudicatum solui, ibi: *Cum*
 luc

Caput Trigesimumsecundum. 345

lite mortua, nulla res sit, accipitur enim illius tex. decisio in his quæ concernunt causæ ordinationem, non verò decisionē, vt in casu nostro superius diximus, & omnes in illius legis interpretatione communiter notant.

43 Neque vltimò ad rem facit decisio tex. in dict. cap. suborta, de re iud. loquitur enim in instrumento, quod ea ratione per sententiam reprobatur dicitur, quia ibi ex nulla alia causa sententia sustineri potuit, nisi ex instrumenti reprobatione. Idemq; diceremus de alia qualibet exceptione & depositionibus testium, sine quorū reprobatione sententia subsistere non posset; quo casu prædicta sententia excludit & reprobatur exceptionem, instrumentum, seu aliam probationem; secus verò est in casu Tenutæ, nā quauis omnia interdicta possessoria in ea veniant, admixtionemq; proprietatis habeat, secundum decisionem. l. 10. tit. 7. lib. 5. Compil. 46 & in eius interpretatione superius adnotata in cap. 1. 5. & 6. non tamen ita plenè in ea de dominio cognoscendum est, ac si principaliter de eo quæstio esset, cum proprietatis exacta & principalis cognitio ad supremum Regium Senatum non pertineat, vt ibidem demonstrat-

uim: sequitur ergo, exceptionū cognitionem tacite videri reseruata iudicio proprietatis, & de eis non satis fuisse cognitum in iudicio possessorio: alioqui enim non remitteretur ad alios iudices: illud nanque remitti dicitur ad aliud iudicium, de quo in primo exactè non fuit cognitum. Hottom. & Brissonius, verbo, *remittere*. Proindeque probationes super prædictis exceptionibus in possessorio factas, iterum produci posse in petitorio, vt ibi exacti^o lis discutatur, & dominij quæstio absoluat, defendendum est; quæ sententia satis probatur in l. quod in diem. §. si rationem. ff. de compensation. vbi exceptio compensationis nō intelligitur reprobata per sententiam, etsi contra eam opponentem sit iudicatum. Et ratio est, quia exceptio prædicta merita quoque causæ respicit, & ibi opponi potest, & sic videtur reseruata ad executionem sententiæ, à qua nunquam remanet reprobata exceptio, quando ipsa sententia subsistere potest absque exceptionis reprobatione: argum. l. sancimus C. de testam. & cap. cum renuntiatur, 32. quæst. 1. docet Bart. n. 2. in d. l. quod in diem. §. 1. Abb. nume. 9. in dict. cap. suborta, & vtrobique Doctores communiter, Accur. in l. pen. ff. de his qui

Y 5 sunt

sunt sui, vel alieni iur. late Roman. consi. 4. 2. Angelus consi. 200. & 217. per tota. Alber. in l. fin autem. §. si quocunque. ff. de negot. gest. & in dict. §. si rationem, ad finem, signanter Innocent. in cap. ultim. nu. 2. vers. *sed contra ponamus*, de ordine cognition.

- 47 Silentio tamen prætereundum non est, prædictam doctrinam limitandam esse, quando sententia incompatibilis sit cū ipsis probationibus, tunc enim dictæ probationes reprobatae remanet per ipsam sententiam, ex adductis à decisione Rotæ Genuensis 103. num. 2. & à Cacherano Pedemont. 64. numer. 3. Magon. decis. 3. Florent. nu. 26. & à Ioanne Garcia de nobilitate glos. 1. in exordio, ex nu. 19. Ruino consi. 71. ex nume. 4. lib. 5. Parladorio libr. 2. cap. vlti. §. 11. ampliatione 4. numer. 18.

- 48 Ex quo inferitur, quod iam disceptatum vidim⁹, si in causa & lite nobilitatis quis eam probaverit maiori testium numero, & Fiscalis Regius aliquibus testibus actorem plebeium esse probet, & à Iudæis descendere ex parte illa quæ nobilitatem tangit, & hac probatione non obstante, in fauorem nobilitatis sit pronuntiatum, tunc prædictam sententiam, quæ in rem iudicatam transijt, reprobasse

testes non solum deponentes contra nobilitatem, sed & dum deponunt de sanguinis macula, proculdubio dicē lū est. Et est ratio, quia hoc casu sententia est incompatibilis cū ipsis probationibus partis aduersæ; nam si litigator à Iudæis descenderet per lineam paternam, vt testes contra eum deposuerant, nobilis declarari nequaquam potuisset, vt adnotauit Montalius in l. 4. tit. 2. libr. 4. Fori, & in l. 2. tit. 3. lib. 4. verbo *tornadizo*, Gregorius in l. 3. tit. 13. part. 6. verbo *mugeres*. Otalora de nobilitate, 2. par. 3. partis ex nu. 16. & 4. part. princip. cap. 9. Ioann. Garcia de nobilitate glos. 7. nu. 19. Cætera in quæstionibus criminalibus, cap. 2. nume. 11. Pelaez de Mieres 1. par. quæst. 51. num. 30. Gutierrez lib. 3. præst. quæst. 14. num. 99. Quibus conducunt adnotata à Doctorebus communiter in dict. cap. suborta, dum censent, quando sententia lata super principali non potest subsistere, nisi intelligatur esse pronuntiatum super incidenti, tunc sententiam videri elidere & reprobare illud incidens: quæ est doctrina mirabilis Antonij de Butrio ibidem, num. 12. Abbatis num. 8. & sequentibus, Felini numer. 3. & 4. Alexandri de Næuo ex nume. 16. Cum ergo sententia nobilita-

Caput Trigesimumsecundum. 347

nobilitatis non posset esse valida, macula Iudæi sanguinis manente, ex necessaria consequentia dicendum est, pronuntiatur super principali, ad incidēs extendi, illudque excludere, cum alioqui sententia sustineri nequeat, ut doctè consideravit Ancharranus in cap. cum dilectus, numc. 13. & 28. de ordine cognitionum.

50 Ex quibus constanter defendimus, in terminis laudabilis statuti puritatis sanguinis, vel ⁵¹ Ordinis militaris, in quo puritas sanguinis simul cum nobilitate requiritur, nō posse produci aduersus prætensorem testes illos, qui in litē nobilitatis suæ contra eum, vel eius ascendentes deposuerunt, & testificati sunt ex parte Regij Fiscalis ipsū prætensorem ignobilem & Iudæū esse ex stipite & prolapia paterna; nam cum in prædicto iudicio, non obstantibus prædictis depositionibus, in fauorem illius qui nobilitatem contendebat, sit pronūtiatum, & sententia hæc in rem iudicatam transierit; ipsa (inquam) re iudicata & eius auctoritate, prædictæ scilicet incompatibilitatis ratione, extinctæ prorsus sunt prædictæ depositiones, & perinde habentur, ac si prædicti testes non deposuissent: probationes itaque nouæ requirun-

tur, nec veteribus reprobatis uti poterit Commissarius, cui commissa fuerit nobilitatis, vel puritatis sanguinis cognitio, si ex eis sanguinis maculam & labem deducere velit; alias enim ipsa res iudicata victo proficeret, aduersus iuris regulas, & decisionem textus in l. euidenter. ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Euidenter enim iniquissimū est, proficere rei iudicata exceptio nem ei cōtra quem iudicatum est.* Prædicti itaque testes, & earū depositiones non debent à prædicto commissario edi, extrahi & compulsari contra prætendentem, & si de facto deducantur & extrahantur à lite & processu in quo dicti testes deposuerunt, nulla fides eis adhibenda est, nec vllum indicium, nec præsumptio ex horum testium depositione potest assumi contra prætensorem, cum, ut diximus, per sententiam reprobati prædicti testes maneant, ut notabiliter arbitratus fuit Magon. decisione Lucens. 39. nu. 17. ibi: *Quando secundum ius testes non admittuntur, si contra prohibitionem recipiantur, necdum non probant, si d neque indicium quidem faciunt, nec in aliquo iudicatis religionem instruunt, ut dicit Oldradus consi. 129. ad finem, ¶ tradit Salicetus post Baldum in l. seruos. C. de testibus, ¶ fir-*
mat

348 De Tenuta, seu remed. possessor.

mat Natta conf. 394 caput inquisitionis, num. 4. Haftenus Magonius, & idem consuluit Personalis conf. 7. num. 22. lib. 1. ibi: *Nam licet testes qui semel fuerunt admissi, deberent facere aliquam probationem, dato quod non deberent admitti, secundum Bart. in l. maritus, de questionibus, illud non procedit, quando examinatur ille cui lex resistit, quia tunc nulla fidem facit, nec probat.* Cùm ergo his testibus resistat decisio textus in dict. cap. suborta, & eorum depositiones ex toto illius capitis cōtextu reprobatae subsistant, vt superius ostendi, planè sequitur, nullam eis fidem adhibendam, vt adnotauit glo. ibi, verbo, *reprobasse*, illis verbis: *Sic testis reprobatur eo ipso quod iudex contra eum iudicat: argumento sup. de ordine cognition. cū dilectus, in fine, & his qui notantur infam. Lucius*, quā glossam Abbas, Hostiensis, Ancharranus, & omnes veteres & recentiores Doctores sequuntur in locis supra citatis, qui existimant, eorum testium personas infamia non affici; eorum tamen attestaciones omnino reprobatas & extinctas esse, & docet Franciscus Personalis vbi su præconf. 1. nume. 55. & 56. vbi amplius notat, testibus reprobatis à iure, etiam ex consensu partis non debere aliquam fidē

adhiberi; & expendit Menoch. conf. 23. nume. 28. lib. 1. Et denique concludo, probationes à iure reprobatas & damnatas iudicem admittere non debere, sed eas prorsus ab eo repellendas & elidendas, vt declarauit Rota decisione 287. ad finem, lib. 3. part. 3. diuersorum. Antonius Gabriel de testibus concl. 21. num. 18.

53 Nec obstat huic verissimæ doctrinæ, si dicatur, hoc procedere, si sententia iterum esset ferenda contra ipsum prætensorem, tunc enim de stricto iuris rigore testes reprobatī ei officere nequirent; secus verò esse in hoc iudicio summario, quod vulgus informatiuum appellat, quod non subijcitur iuris regulis, cū solum hi testes compulsi ad instructionem animi iudicis, similesque summarias cognitiones de communi stylo, iuris traditionibus repugnare, & alijs ordinarijs cognitionibus opponi, probatur ex eo, quia in eis pars non citatur, nec prædictæ probationes recipiuntur ante tabellionem & personam publicam, nec datur copia testium, nec depositionum, & ex eis indicium & præsumptio sumitur cōtra tertium qui non litigauit, nec defectus opponuntur contra testes, licet inimici sint illius qui præten-

Caput Trigesimumsecundum. 349

præcedit, nec dilationes ad probandum dētur, nec publicatio fit probationum, nec causa concluditur, nec instrumenta reprobantur, nec minori restitutio conceditur.

34 Responderetur enim, prædicta accipienda esse quoad solennitatem iudicij, quæ deficit in similibus cognitionibus: nihilominus tamen debet iudicari secundum iuris regulas & præcepta, iuxta l. 2. C. de noxalibus. c. cum dilectus, de consuetudine. Alexan. consi. 19. numer. 4. lib. 1. Parisium consi. 110. n. 38. lib. 3. Roland. consi. 67. numer. 86. lib. 3. Bart. in l. iudices, num. 3. C. de iudicijs. Bald. in l. præscriptione, num. 31. vers. *in isto casu*, & ibi Barbatiam, in additionibus, verb. *Innocentius*, C. si contra ius vel utilit. pub. Marfil. in Rub. de probationibus, n. 44. Petrum Surdum decil. 177. num. 10.

35 Et in casu nostro hoc procedit urgentius, cum gratia & beneficium Principis, qui insignia Diui Iacobi, Alcantaræ vel Calatraux, alicui nobili concessit, probationes præcedat: si hæc itaque secundum ius non reciperetur, auferretur ius acquisitum ex prædicta gratia & concessione, reclamante legē 2. §. meritò, & §. si quis à Principe. ff. nequid in loco publico, & re

gula Id quod nostrum, de regulis iuris, & vulgari iuris principio de iure quæsito non tollendo. Et in iure quæsito auferendo maior ratio viget, quàm si quæsitum non fuisset; cap. super his, de accusationibus. l. infamia. C. de decurionibus, ibi: *Non etiam tibi quæsitum ademit honorem*. l. vltima, vers. *non enim par*. C. de codicillis, cap. quemadmodum, de iure iurati. Innocentius, & Abbas, & Doctores communiter, in cap. inter dilectos, de excessibus prælatorum.

Deinde, quia prædictæ gratiæ regulariter fiunt ob merita & seruitia recipientis; quod & de more fuit antiquorum, ut benemeritis insignia tribuerentur; unde scribit Tacitus, *Decreta fuisse Narcisso quæstoria insignia à Claudio Casare ob eius merita*, & ab eodem *insignia prætura Crispino decreta fuisse*: & insignia militaria, Regalia, Cōsulariavè, quib' acies ab acie, eques ab equite, Rex & Consul, & Senator à viro privato cognosci & discerni debeat, ob merita introducta fuisse, refert Virgil. lib. 1. *Danaumq; insignia nobis Aptemus Clypeos*.

Liuius lib. 1. *Ipse enim ille nostris decoratus insignibus magnifice incedit*. Sallust. *Cum sacibus atque alijs Imperij insignibus ad Manlium in Castra tendit*. Quod & Ovidius

350 De Tenuta, seu remed. possessor.

Ovidius commemorat 1. de arte, & Cicero 3. Philippica, vestesque, vexilla & alia quæ feruntur ab his, ab alijs discreta & distincta, ut nosci possint cuius sint, & ad quos pertineant, insignia dicuntur; quæ cum remuneratoria sint, causæ onerosæ naturam habent. Mandel. Albenf. consi. 290. numer. 12. & consi. 336. num. 5. lib. 2. Ioannes 59 Garcia in tractatu de donation. remunerator, à num. 5. Mascara de probationibus. 1. part. concl. 186. & 187. Patet ergo, in his & similibus casibus secundum ius iudicandum esse, ita ut probationes ab eo reprobate, nec in summaria & extraordinaria cognitione recipiantur, ut in proposito adnotavit Hippolytus Riminaldus consi. 398. num. 3. Sebast. Medices de diffinition. 1. part. num. 15. Ferretus consi. 275. nume. 7. Menoch. de arbitrarijs, lib. 1. quæst. 54. num. 30. Cæsar. Bartius decis. 151. num. 2. Farinacius consi. 81. num. 162. 60
 57 ubi id ampliat, etiam si esset concessa iudici libera potestas procedendi; nam semper intelligitur, ut ius observare debeat: tradit Decius in l. legem, nume. 7. C. de pactis: Gambarà tract. de officio legati, lib. 8. num. 48. Farinacius quæst. 111. nume. 390. Anton. de Butr. tract. de notor. artic. 4. numer. 26. præcipue in

causa honoris, quæ equiparatur 58 criminali, in qua ex iuris præceptis iudicare oportet, non verò ex libero arbitrio, ut testatur Sebastian. Medicis tit. 2. opus. 3. suorum tractatum, fol. 310. Alexand. Raudens. consi. 50. numer. 575. Carol. Tapia in l. ultim. de constitution. Princip. 2. part. cap. 9. num. 83. Claud. Prat. de regulis iuris, lib. 1. tit. 4. sub cap. 1.

Vtteriùs, quia quantunvis summarim & extraordinè procedatur in Consilio Regio Ordinum militarium, quoad ordinationem causæ accipi debet; quoad decisionem verò ius observari & custodiri oportet, ut in indiuiduo censuit Ioan. Redinde maiestate Principis, verbo *per legitimos tramites*, num. 172. & 199. & duobus sequentibus. His accedit, nam ad hoc ut testibus reprobatis alterius iudicij, in hoc summarissimo Ordinum militarium iudicio fides adhiberetur, opus erat speciali statuto & decreto; alioquin enim semper est inhærendum iuri communi, donec id limitatum inueniamus, cap. 2. de coniugio leproforum, in fine, ibi: *Cui præcepto nulla in hoc casu exceptio inuenitur*, plenè lason in l. ex quacunque, ex num. 33. ff. si quis in ius vocatus non ierit, Castillo de usufruct. c. 62. n. 5. & 6. Imò et si in prædicto Ordinu mili-

Caput Trigesimumsecundum. 351

militarium Consilio statutum esset, vt Commissarij quascunque probationes reciperent, re-
 62 duci deberet ad eas probationes quæ à lege non fuissent reprobatae, vel per contrarias probationes exclusæ, vt signanter scripsit Baldus in l. 2. §. filius. ff. qui satisd. cogant. ibi: *Ex hoc nota, quòd si statuto caueretur, quòd*
 63 *omnia lauda, qualitercunque lata, mandarentur executioni, hoc debet intelligi, dummodò subsistat de iure, vt in l. diuus. ff. de militari testamento. Idem si statutum dicat, quòd contra magnatem sufficiat qualiscunque probatio; nam debet esse talis probatio, quæ de iure valeat, & quòd non sit remota per probationem contrarij: quæ doctrina satis còducit quæstioni nostræ, cum ex ea deducam⁹, vt quanuis Regium Còsiliū & eius Commissarij possint instrui ex qualicunque probatione, ita tamen accipiendum sit, nisi prædictæ probationes, licet*
 64 *alias quæcunque sufficerent, essent victæ & reprobatae per alias pleniores probationes, iuxta casum Baldi in d. §. si filius, quem sequitur Bursatus consi. 201. num. 114. libr. 2. Hippolytus de Marsilijs consi. 81. num. 72. & sequentibus. Ias. consi. 63. num. 10. libr. 3. Rebuffus in l. credirorem, colum. 4. de verb. signific. Mandel. Alben. conf. 276.*

num. 3. libr. 2. & consi. 421. num. 13. libr. 3. qui aiunt, vt quanuis iudex ex qualicunque probatione, etiam impropria & imperfecta, possit determinare: nò tamen hoc liberum arbitrium extendendū ad qualemcunque probationem, quæ ex alia perfecta reprobata sit, vt in casu nostro: quibus addimus, legē, stylum, statutum, vel consuetudinem, vt in causis arduis (sicut est quæstio status) credatur vni testi, vel famæ, vel probationi ex alia reprobata probatione desumptæ, extractæ & deductæ; nullius roboris esse, tanquam
 70 contra legem & rationem, cap. consuetudo. 1. distinctione. l. cū ratio. ff. de bonis damnatorum, cap. erit autem lex. 4. distinctione, vbi Sebast. Medic. num. 110 & 12. Idem de legibus, 2. par. q. 16. num. 3. Ias. in authen. si qua mulier, à n. 1. C. de sacrosanct. Eccles.

64 Rursus & adijcimus, iudicis arbitrium non debere opponi legis præsumptioni, quæ assistit sententiæ, quæ transijt in re iudicatam, & reprobata & elidit probationes còtrarias; sine qua reprobatione sententia nò posset subsistere, vt superius dicebamus: probationes enim tunc denum sunt arbitrariæ, quoties hinc inde inuicem contrariæ sunt: secus verò, quādo vna
 aliam

352 De Tenuta, seu remed. possessor.

aliani excludit & reprobatur, ut probatur textus in cap. iudicet. §. 1. 3. quæst. 7. Cassador. libr. 3. epist. 27. Baldus in cap. vigilantium. §. versic. *nec debeo*, & in cap. ultimo. num. 6. de præscriptionibus, & in l. 1. ex nume. 1. ff. de arbitris Anton. Natta consil. 585. nume. 2. & sequentibus, libr. 3. Menoch. de arbitrarijs, lib. 1. quæst. 14. per totam, & cetera 6. casu 526. a nume. 5. Fulvius Pacianus consil. 13. ex nu. 23. Iacob. Omphalius lib. 3. civilis politice, cap. 3. ex nu. 7. Eucrar. Brone centuria 1. cap. 2.

65 Item nec illud omitto, ea quæ in militibus Diui Iacobi, Alcantaræ & Calatrauæ diximus, eadem quoque procedere & vigere in militibus Beati Ioannis, & in militibus sanctæ Mariæ & Montefiæ, quos duos Ordines Iacobus Rex Aragoniæ instituit, & utranque militiam Gregorius IX. approbavit, cum in omnibus eadem militet ratio: & sic censuit Ioan. Redin de maiest. Principis, verbo, *per legitimos tramites*, nu. 199. Chasineus in Catalogo gloriæ mundi, 5. part. 4. & 9. consideratione, Volaterranus in sua antropologia, lib. 21. cap. *Ordines militares, &c.*

66 Quibus & id addiderim, eandem nempe observationem esse in laudabili statuto Tolera-

no, Legionensi, & similibus à Romanis Pontificibus confirmatis, quibus cauetur, insectæ nationis viros ad Dignitates, Canonicatus, aliasque præbendas in eisdem Ecclesijs non recipiendos, ut Redin ubi sup. numer. 201. arbitratur: nam cum in his & similibus casibus gratia probationes præcedat, & sic ius sit quæsitum his in quos beneficium confertur, secundum iuris regulas prædictæ probationes recipi debent, nec reprobat testes in alio iudicio, in hoc summario fidem faciunt, nec animum iudicantis instruere poterunt, iuxta supradictas considerationes, & verum intellectum textus in dict. cap. subort.

67 Et tandem idem statuendum erit in huius Regni Collegijs; in quibus puritas sanguinis requiritur, ut opinatur Redin in dict. verb. *per legitimos tramites*, n. 200. Ego tamen hac in re ita distinguere, ut si quis per præsentationem patroni, Collegiū prætendat, & sic tractet de iure quæsito, similis observatio sit, sicut in alijs Ordinibus & præbendis; secus verò in cæteris qui Collegia prætendunt, nam cum probationes præcedere debeant, & gratia nec prouisio facta sit, libera potestas datur Collegio & Commissarijs, ut hoc casu

Caput Trigesimumsecundum. 353

casu animum ex qualicunque⁶⁹ probatione instruere possint, cum tunc nullum ius quæsitum fuerit his qui Collegium prætendunt: nulla itaque probationis⁷⁰ species, etiam imperfecta, censetur exclusa, ex Iasonis doctrina consi. 63. nu. 10. & 11. libr. 3. Mandel. Alben. cons. 421. n. 13. lib. 3. Bursat. cons. 201. nu. 114. libr. 2. quod expressim voluit Bald. in l. 2. §. filius, ff. qui satisfacere cogantur, versic. *ex hoc nota*, ibi: *Et quod non sit remota per probationem contrarij*, vbi docet; quando ius quæsitum fuit ei qui ex statuto prætendit, tunc admitti eas probationes, quæ non⁶⁸ sint per contrarias probationes improbatae, cum ad repellendum non fidem faciat probatio illa cui ius non assistit, imò ei resistit, iuxta superius tradita: aliud verò esse, quando res est integra, quoniam qualiscunq; probatio sufficit ad non admittendum: nam si non est ius quæsitum & præsens, liberum arbitrium locum habere, probat l. 3. ff. de testamen. Bart. in l. Gallus. §. & quid si tantum, nu. 14. ff. de liber. & posth. Molina lib. 1. c. 8. n. 28. & libr. 2. c. 7. nu. 19 Barahona ad Palac. Rub. in Rub. §. 69. litera I. Distinctio quæ iuris quæredi & quæsi colligitur ex Clem. Pastor. versic. ceterum, de re iudic. Bald. in l. ult. C. de legibus. Molin. lib. 2. c. 7. à. n. 20. & his quæ superius tradidi-

mus. Rursus, quia res iudicata inducit præsumptionem iuris & de iure, contra quam non admittuntur probationes in contrarium, nisi per confessionem partis, iuxta adnotata à Bald. in l. cum quis, n. 12. C. de iuris & facti ignorantia, & Alexan. cons. 156. n. 6. lib. 2. Testibus ergo contrarijs credi non potest, nec eorum attestationibus standum est, cum sententia indiuidua sit; vna itaque sola iuris & de iure præsumptio ex ea resultare queat, extinctis & reprobatis testimonijs quæ illi officere possint. Bart. in l. si duo, nu. 4. ff. uti possidetis, Bald. in l. præscriptione, nu. 24. C. si contra ius. Natta consil. 524. n. 28. lib. 3. Hieron. Gabr. consil. 149. n. 37. lib. 2. Petr. Surd. consil. 134. n. 9. lib. 1. Galiaula consil. 9. ex n. 1. & consil. 27. ex n. 97. Afflict. decis. 363. n. 26. Felin. nu. 8. & Deci^o n. 9, in c. licet causam, de probationibus, latissimè Menoch. de retin. remed. 3. n. 718. Aym. Craueta consil. 6. n. 50. alias enim eadem res operaretur effectum contrarium, contra legem Si ut certo. §. si duobus. ff. commodati. Vtteriùs, quia illi cui prodest vel nocet sententia, acta causæ officere vel proficere debent, cap. inter dilectos, de fide instru. Pacianus de probationibus, lib. 1. c. 5. n. 7. Moli. lib. 4. primog. c. 8. n. 5. Ioan. Gar. gl. 25. n. 8. in tractat. de nobil. post Bart. in l. si superatus,

Z

354 De Tenuta, seu remed. possessor.

peratus, n. 4. & 5. de pign. & in l. sepe, n. 12. ff. de re iudic. Sequitur ergo, contrarias probationes testiū reprobatorū, ne res iudicata offendatur, nocere nō posse vincēt; nec victo has prodesse probationes, cum reprobatae sint: probationes tamen vincētis semper existere, cum secundum eas iudicatum sit. Deinde vrgetur, si consideremus, sententiā talem super nobilitate, quando litigatum fuit cum Fiscali Regio & alio legitimo contradicte, ius vniuersale inducere contra omnes, ad instar causę status & ingenuitatis, iuxta l. ingenuum, de statu homin. vbi arbitrati fuerūt Bald. & veteres scriptores. Tirac. de nobil. c. 37. ex n. 2. Peregr. de fideicom. art. 53. n. 44. Fabius de Anna cons. 89. lib. 1. Francisc. de Ponte cons. 90. n. 7. Hondedeus cons. 28. lib. 1. Francisc. Bechius cons. 56. ex n. 55. Fachineus lib. 7. controuerf. c. 103. per totū. Petrus Vimius cons. 109. ex n. 1. Couar. pract. q. c. 13. n. 5. Otalora de nobil. 3. p. in prin. c. 1. n. 12. Gutier. cons. 1. n. 3. & seqq. Sesse decif. 4. Aragoniæ, n. 13. & 50. Perez de Lara de annuer. lib. 2. c. 4. ex n. 21. Cōsequens igitur est, cōtra vincentē non posse opponi, etiā in alio iudicio & per diuersas personas, ea quę opposita fuerunt in causa & lite ingenuitatis status & nobilitatis, cum extincta

omnino fuerint quoad omnes per ipsam rem iudicatā: alioqui enim sententiā nō induceret ius vniuersale, aduersus predictam receptissimā conclusionē, & ea quę collegit Ioan. Garc. gl. 6. n. 48. & gl. 25. n. 8. & gloss. 40. n. 3. Ioan. Gut. pract. libr. 3. q. 14. nu. 142. Perez de Lara lib. 2. c. 4. nu. 18. Iosephus de Sesse decif. 4. ex nu. 13. Petr. Vimius cons. 109. per totū, lib. 2. Alex. in l. sepe, de re iud. n. 12. Aym. cōf. 206. n. 7. Ronchegallus in l. ex duobus, in 2. n. 37. de duobus reis. Rota decif. 132. n. 18. diuers. p. 2. & in indiuiduo hanc sententiā admisit Petr. Surd. cons. 547. n. 4. lib. 4.

Nec huic opinioni contraria est Larę doctrina de capellanijs lib. 2. c. 4. n. 58. ibi: *Sed quia sepius contingit, quod facta informatione qualitatum pretendētis, resultat quod sunt plures testes deponentes, inquisitū esse puri sanguinis, & nō descendere a iudeis seu Maauris, vel alijs macularis, & quod pro tali viderunt eū reparari, & sic audierunt a maiori bus, & sunt pauci testes qui cōtrariam deponunt, & per pauciores repellitur, congruit, ut sciamus de ratione. Et videtur, eos nō repellēdos, cū stantibus probationibus testiū cōtrarijs, pręferatur ea pars, pro qua est maior numerus testiū.* l. 3. §. eiusdē. ff. de testibus. c. ex literis, de probationib. l. si. verfi. lex etenim.

Caput Trigesimumsecundum. 355

- et enim. C. de fideicom. c. in nostra, detestibus. Aretin. c. cū causam, n. 8. et) 9. de probat. Brixian de finibus regundis, c. 59. n. 3. Aym. conf. 327. n. 352. Vbi optime, et) in terminis defendit Oxeda de incōpati bil. benef. 1. p. c. 23. n. 41. Sed nihilo minus Hispaniæ praxis contrariū obseruat in omnibus statutis puritatis sanguinis; nā adhibetur maior fides minori numero testiū, et) repellitur pretendens admittē, de quo nemo est qui dubitet!*
- 75 Hæc enim opinio casui nostro nō aptatur, loquitur enim prædictus Auctor, quādo testes fuerūt recepti ab eo cui probationes cōmissæ fuerūt, pluresq; ex eis de puro sanguine deposuerūt, paucioresq; de impuro; tūc enim exiūtimat, maiore fidē adhibendā minori numero testiū.
- 76 Et potest esse ratio, quia probationes sunt arbitrariæ, ex doctrina vulgari Bart. in l. Lucius, n. 3. ff. de ijs qui notātur infam. & in causis nobilitatis & puritatis sanguinis, plurimū prodest iudicis arbitriū, ex Ioan. Gar. gl. 12. n. 24. & quia similes probationes debent esse liquidæ, & ex vtraq; parte constare; nec iuris subtilitas in eis attēditur; cū solum fiat ad instructionē animi iudicū, qui propēdi sanē possunt cōtraprætēforē, quādo testes aliqui aduers⁹ ipsum deponūt, et) si per maiore numerū cōtrariū probetur: animus enim in hoc casu non debet esse dubius, sed probationibus acquiescere. Et deniq; probatio illa quæ ad animū reducitur, debet omnino ea rere mente, cogitatione, & affectu veritati contrario. l. 1. §. sed furiosus. l. 3. §. Neratius. ff. de acquir. pos. l. 1. §. interdictū, & §. cū qui. ff. de vi & vi armata. Animus enim ex qualicūq; probatione intruitur; & dictio *Qualiscūque*, nullā, etiā imperfectā, probationē excludit: quāquā & casus improprios comprehendit, vt docēt Rebus. in l. creditores, col. 4. de verb. signi. post Ias. col. 63. ex n. 10. lib. 3. quibus cōducūt ea quæ adnotauit Mādē. Alb. cōf. 421. n. 13. lib. 3. & conf. 276. nu. 3. lib. 2. At iste non est casus noster, vbi solum loquimur in probationib⁹ in alio iudicio factis, quæ reprobata & extinctæ sunt per sententiā; cū alioqui ea nō posset respectu incōpatibilitatis subsistere; tūc enim, vt sentētia subsistat, & res iudicata effectus cōtrarios nō pariat, testiū depositiones & testimonia iterū produci nō possūt aduersus vincentē, iuxta superiorē resolutionē: nā hoc casu probationes nō possūt esse cōtrariæ & variæ, vt in casu Lare vbi sup. ita vt in arbitrio iudicū sit, quā velint eligere, licet minori testiū numero fulcitā; sunt nāque probationes, de quib⁹ agimus, omnino extinctæ per rē iudicatam,

356 De Tenuta, seu remed. possessor.

tam, cui nō potest opponi iudi-
 80 cis arbitriū; hoc enim solū locū
 habet in illis probationib⁹; quæ
 a Cōmissario, seu informate, vt
 ita loquar, fuerunt recepta, cui
 cōfidebitur, vt ex testiū depositio-
 nibus & animo deponēdi, veri-
 81 tatē eruat & inquirat; de testi-
 monijs itaq; alterius iudicij &
 testiū animo nihil hic Cōmissa-
 rius scire potest, cū ipse prædi-
 ctos testes nō examinauerit, vt
 satis probatur in l. 3. §. ideò. ver-
 sic. *Tu magis*. ff. de testibus, ibi:
An ad ea quæ interrogaueras, ex
tēpore Verisimilia respōderint; &
 cū testes à Cōmissario nō sunt
 82 examinati, nō dicuntur testes, sed
 testimonia, quibus nō ita æquē
 creditur, d. l. 3. §. idē diuus, ibi:
Testib⁹ se, nō testimonijs crediturū,
 & in §. Gabinio, eiusdem legis,
 ibi: *Alia est auctoritas presentū*
testiū, alia testimoniorū qua reci-
 83 *tari solēt*. Ideoq; in similib⁹ pro-
 bationib⁹ semper industria per-
 sonæ electa est, vt ab ea testes
 examinētur, nec prædicti Com-
 missarij vti poterūt aliorū Cō-
 missariorū probationibus: hæc
 enim industria aliena esset, &
 nō propria, vt indiuidualiter cē-
 suit Caual. decis. 46. de cōtrac. p.
 1. n. 384. Bald. cōf. 297. lib. 1. per
 totū. Alex. Rau. cōf. 7. n. 41. lib.
 84 1. Et facultas quoq; recipiēdi iu-
 ramētū personalis est, c. ego N.
 de iureiur. lib. 6. examēq; testiū
 est quid industriale, in quo in

his summarijs cognitionib⁹ est
 electa industriæ persone, nec sub
 delegari potest; de quo Bald. cō-
 fi. 297. per totū, lib. 1. Raud. cōf.
 7. n. 41. lib. 1. & sic standū nō est
 iuramento ab alio recepto. Cō-
 85 cluditur ergo ex supradictis,
 prædictas probationes extinctas
 & reprobatas per sententiā quæ
 tranijt in rem iudicatā, iterum
 suscitari nō posse aduersus præ-
 tensorē, vt docuit Natta consil.
 524. n. 28. lib. 3. Hieron. Gab. cō-
 fi. 149. n. 37. lib. 2. Galiaula conf.
 9. nu. 3. post. Bald. in l. præscrip-
 tionē, n. 24. C. si cōtra ius vel vti-
 86 litat. publicam. Et deniq; adijci-
 mus, prædictū Cōmissariū saltē
 nō posse vtī probationibus con-
 trarijs alteri⁹ iudicij, nisi vtatur
 quoq; probationibus vincētis,
 & sententia in eius fauorem la-
 ta; aliās enim resultaret iniqui-
 tas & inæqualitas, cū hæc om-
 nia vno cōtextu facta scindi nō
 possint, cū indiuidua sint; vt
 probatur in l. in omnibus, ff. de
 reg. iur. in c. quæretī, de offi. de-
 leg. docet Clau. Prat. de reg. iur.
 lib. 1. c. 1. tit. 1. & cōpulsatio, edi-
 tio & extractio actorū, integrè
 fieri debet, c. cupiētes, de elect.
 libr. 6. Steph. Gratian. discept.
 forē. c. 121. n. 28. Cagnol. in l. 2.
 C. de edēdo, n. 35. & 36. vbi Bo-
 lognet. nu. 19. præcipuè cū edi-
 87 tio fiat ipsi iudici, nā tūc nō du-
 bitamus, omnia integrè edēda
 esse, quæ ad instruendū eius ani-
 mum

Caput Trigesimum secundum. 357

mū necessaria sint, vt doctissi-
mē explicat Socin. Iun. in Rub.
de noui oper. nunt. n. 132. Gui-
do Pancirol. lib. 2. variar. c. 185.
Cæsar Bart. decis. Bononiens. 89.
88 per totam. Si igitur omnia acta
edēda & producēda sunt, aper-
tē cōstat, testes reprobatos per
sententiā, nō impedire valorem
ipsius sententiæ, & effectū eius,
cū, vt sepē diximus, acta, & sen-
tētia quæ indiuidua est, nō pos-
sit scindi & diuidi, vt victo pro-
sit cōtra vincentē. Rursus addi-
mus, opinionē Perez de Lara, li-
cēt ad rē de qua agimus, nō per-
tineat, improbari tamē per Hie-
ronym. de Ceuallos lib. 4. comu-
niū cōtra cōmunes, q. 900. n. 84.
ibi: *Ex quibus, salua pace, venit*
reprobāda opinio Perezij de Lara
lib. 2. de annuier. c. 4. n. 60. Versi.
sed quia sæpissime, ubi nescio quo
iure intēdit defendere, sine lege nec
auctore, neq; ratione concludenti,
sed solum ex cōsuetudine, quod in
probationibus puritatis sanguinis,
quando agitur de probatione vt
quis nō descendat ex familia Iu-
daeorū, vel Maurorū, per testes,
per reputationē & famam, quod
tūc magis sit credendū minori nu-
mero testiū deponēti de mala opi-
nione, quā maiori deponēti de bo-
na, & nu. 106. sequenti, ibi: Et sic
ex omnibus supradictis resolutiue
teneo aduersus opinionē Laræ. Et
licet quæstionē difficillimā pu-
tē, & in ea nec vni nec alteri as-

sententiā, quāuis in Laræ sententiā
propendēda, pro qua fundamēta
adiungere, ad tractatū nostrū non
spectat, & ideo omitto; sunt ta-
men pleraq; & si vera prædicta
opinio nō esset, nullus esset qui
puritatem sanguinis maiori te-
stiū numero nō probaret: in ca-
su tamen nostro, qui logē dissi-
milis est, nullū inueni scribētē,
qui contrariū sentiat: absq; con-
trouersia itaq; puto, prædictos
reprobatos testes, qui cōtra no-
bilitatē, vel sanguinis puritatē
deposuerūt, nō posse edi & pro-
duci, & (vt intelligar, & nō qui
dē barbarē loquēdo) cōpulsari
aduersus vincentē, ex superiori-
bus cōsiderationibus: quæ qui-
dē nō inclegāter cōiecim⁹ pro
intellectu quæstionis nostræ, &
pro intellectu tex. in d. cap. sub-
orta, qui difficillimus est, & ma-
teriæ nostræ appositissim⁹. Nec
supradictis obstat tex. in d. l. ge-
sta. C. de re iudicata, quē suprà
in contrariū adduximus; habet
enim quatuor intellect⁹. Prim⁹
est, acta iudicij semel publicata
facere perpetuā fidē, etiā mor-
tuo vel remoto iudice quidecau-
sa cognouit; quē textū sic intel-
ligit ibi Bart. Salicet. & Paul. de
Cast. secundū quē intellectū so-
lū quæstio ibi fuit, an mortuo
iudice, acta ab eo gesta valerēt:
sed an prædicta acta respectu vi-
cti reprobata maneāt, & an res-
pectu vincētis perpetuā habeāt

Z 3 firmita-

358 De Tenuta, seu remed. possessor.

firmitatē, ibi nō fuisse decifum, prædicti Doctores testātur: secundū quā lecturam nō est iste
 91 casus de quo agimus. Secundus⁹⁴ intellectus est, qui continuatur à lege penultima illius tituli, quæ sancit, semel extinctū per sententiā quæ trāsijt in rē iudicatā, suscitari iterū non posse; vt innuit litera legis, ibi: *Nec enim*
instaurari finita, rerū iudicatarū patitur auctoritas: quæ lex penultima loquitur in sententijs rerū priuatarū; & quia de sententijs rerū publicarū nihil sancitū fuerat, lata fuit lex vltima sequēs
 92 quæ incipit *Gesta*, in quibus rerū publicarū sententijs ex dictæ legis decifione idem statuitur, quod in priuatis causis fuerat à
 93 lege penult. prouisum: cū *Gesta* dicātur illa, quæ in publico lata sunt; vt sunt gesta Cōciliorū, Cōuentuū, descriptionū, censuū, & alia Rerū publicarū monumenta, vt adnotauit Brifon. de verb. sign. verb. *Gesta*. Rebuf. in l. La-
 beo, verb. *gestū*, de verb. sign. Bo lognet. in l. 2. n. 3. C. de edendo. Hæc ergo gesta publica, quid-
 94 quid cōprehendāt ex qualicūq; specie probationū, nō possunt iterū restaurari: & hūc esse isti legis verū sensum, docuit Cuia-
 95 cius in Paratitla ad libros Codicis, sub tit. de re iudic. ad fin. ibi: *Et generaliter in l. s. rerū iudicatarū auctoritatem nō pati, vt ea*
quæ semel finita sunt, instaurētur:

quæ est summa definitio huius tituli, quæ trahitur etiā ad publica monumēta. l. ult. Hactenus Cuiacius. Alia & 3. lectura prædictæ legis Gesta, est, vt solum lata fuerit pro elidēdis cōtrouersijs, propositionibus & disceptationibus Donatī Africæ Episcopi, inter quæ & Cæcilianū eiusdē Africæ Episcopū (illa enim tēpestare omnis Africa Christianorū erat) circa prædictas propositiones magnæ fuerūt contentionē, super quibus aditus Cōstantinus Magnus Imperator, cū nouisset, earū cognitionem & diffinitionē ad summū Pōtif. pertinere, ad Miltiadē, seu Melchiadē Papā remisit, qui Cōcilio Romæ prius cōuocato, doctrinā Cæciliani approbavit, & Donatī propositiones dānauit: & iterū in ciuitate Arles in Regno Gallia super iisdē propositionibus Cōciliū fuit cōuocatū à Siluestro Miltiadis successore, vbi gesta à Cōcilio Romano cōfirmata fuerūt, & nihilominus vsq; ad Imperatoris Honorij tēpestatē Donatistæ in suis erroribus perstiterūt, quos Catholici Episcopi omnino extirpare cupientes, & vt in suis Ecclesijs gesta à Cōcilio, tū Romano, tū & Arelatēsi, publicaretur, auxilio Imperatorum Honorij & Theodosij, tanquā brachio seculari & Regio inuocato, horum gestorum collectio & publicatio cōmissa

Caput Trigesimumsecundum. 359

98 missa fuit Marcellino Iuriconsulto, Tribuno & Notario, qui hæc acta in publica monumenta redegit, sicut in dicto Concilio Romano & Arelatenſi fuerant diffinita, ut refert Papirius Maſſon. in vita Miltiadis Papæ, ibi: *Marcellinus habuit tam diligentem, tamque exactam cognitionem, ut ab illo tempore Donatistarum nullum nomen, nullaq; secta, nullaque auctoritas fuerit*: quod illis temporibus summè necessarium fuit; nam ut refert prædictus Papirius, & S. Augustinus ad Vincentium epistola 48. Donatistæ pleraque ex ipsis actis Conciliorum deleuerant, & combusserant, librumq; Optati Mileuitani, in quo prædicta historia scripta erat, maculauerant. Catholici itaque Episcopi cupientes colligere acta prædictorum Conciliorum, & in suis Ecclesijs ea publicare, ad omnimodam extirpationem Donatistarum, Marcellini industria consequuti sunt, ut ex Maſſone supra meminimus. Sanxeruntque præfati Imperatores, ut prædicta acta Conciliorum à Marcellino congesta secundum Pontificum approbationem, perpetuam fidem & auctoritatem haberent, etiam mortuo Marcellino. Qui intellectus colligitur ex inscriptione prædictæ legis Gesta, quæ codita est ab Honorio & Theodosio Imperato-

99 ribus, iuncta lege 55. cuius initium est, *Notione*, in Codice Theodosiano lib. 16. tit. 5. de hæreticis, sub iisdem Imperatoribus; cuius verba sunt: *Notione & sollicitudine Marcellini spectabilis memorie viri contra Donatistas gesta sunt ea, quæ translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem: nec enim morte cognitoris perire debet publica fides*, à qua lege transcripta fuit d. l. Gesta, in Iustiniano Codice, ut ex eius verbis colligitur. *Gesta* (inquit Iustinianus) *quæ sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem: nec enim morte cognitoris perire debet publica fides*. Suadetur quoque prædictus intellectus ex D. August. epist. 162. & contra Crescon, c. 71. lib. 3. & lib. unico ad Donatistas, c. 33. & ad Vincentium epist. 48. & epist. 50. ad Bonifacium, & lib. 1. contra Gaudentium. c. 22. & ex Fracisco Balduino ad Optatum Mileuitanum, fol. 84. eodè August. epist. 125. ad Marcellinum, & lib. 1. contra Parmen. c. 6. Papirio Maſſone in vita Miltiadis Papæ, Cuius ubi supra, in fine dicti tituli, C. de re iudicata, super expositione d. l. Gesta, ibi: *Quæ proprie pertinere ad gesta à Marcellino V. S. Tribuno & Notario cōfecta contra Donatistas, constat ex l. 55. C. Th. de her. & D. August. epist. 158. 159. 160. Haftenus Cuiaci.*

360 De Tenuta, seu remed. possessor.

Quartus intellectus est, vt
diuina lex Gesta, procedat quoad
facti figuram probandam, id est,
vt acta publicata, solennitates
iudiciales interuenisse, quocun
que tempore, & respectu cuius
libet personæ demonstrant; vt
in cap. quoniam contra, de pro
bationibus, decisum extat:
¹⁰⁰ quoad effectum verò decisiuū,
& actorum substantiam, ita vt
ex eis præiudicium inferatur,
nisi illis cum quibus litigatum
fuit, nihil prædictam legem sta
tuere, comuniter receptum est;
hoc enim remanet in disposi
tione aliorum iurium, secundū
ea quæ superius ostendimus: &
ita hunc textum intelligunt
Bald. & Doctores in l. 2. C. de
edendo. Alexan. ibidem, num.
14. Curtius Iunior num. 71. De
cius num. 51. Mascard. de pro
bat. 1. par. conclus. 33. num. 33.
Salicetus in d. l. 2. num. 5. Felin.
in cap. causam quæ, num. 25. de
testibus.

Colligitur ergo ex supradic
tis, opinioni nostræ non obsta
re prædictam legis Gesta, deci
sionem, imò ei suffragari, cum
secundum utramque lecturam,
ea quæ gesta fuerunt in fauorē

vincentis, & rei iudicatæ aucto
ritatem habuerunt, cōtra eum
suscitari non possint, iuxta iura
superius allegata. Rursus, & his
quæ reprobata & damnata fue
runt, nulla fides adhibenda est,
ex superioribus considerationi
bus. Quæ omnia utilissima sanè
sunt, & materiæ nostræ aptissi
ma, ad cognitionem & decisio
nem quæstionis nostræ, an sci
licet testimonia vnius iudicij,
in alio proficiant, & an Tenute
probationes iterum in lite pro
prietatis possint produci, tam
respectu rei possessoris, qui in
Tenuta vicerat, quàm respectu
actoris; an verò, & quando, re
probata maneat, ita vt suscita
ri nequeant in proprietatis iudi
cio. Regulariter verò concludi
mus, probationes factas in Te
nuta, vtrisque litigatoribus in
proprietate proficere, cum Te
nutæ sententia absque prædi
ctarum attestationum reproba
tione subsistere possit, iuxta ve
rum intellectum textus in dict.
cap. suborta, & legis Gesta, de re
iudicata, & ea quæ in horum iu
rium interpretatione su
perius adnotaui
mus.

SVMM. A.

SUMMARIA CAPITIS XXXIII.

- 1 **A**N qui succedere cōtendit in maioratu, & translationem possessionis intētat, pretendere debet at tanquam immediatus substitutus huius ultimi possessoris.
- 2 Quis dicatur sequens in gradu.
- 3 Sequens in gradu debet pretendere bona maioratus cum illa qualitate qua fuit apud defunctum possessorem.
- 4 Sequens in gradu debet esse proximus successor ipsius praedecessoris.
- 5 Quando aliqua dispositio fundatur in aliquo antecedenti, prius debet de eo constare.
- 6 A legis literalis sensu nunquam recedendum est.
- 7 Sequens dicitur respectu praedecessoris.
- 8 Propinquitas regulatur ab ultimo possessore.
- 9 Sequens in gradu computandus est respectu praedecessoris possessoris.
- 10 In petitione translativa duo extrema concurrere debent, à quo, & ad quem.
- 11 Extremum à quo, debet concurrere cum habilitate in essentia, & nō sufficit, si interueniat in potentia.
- 12 Lex Tauri de praedecessori mortuo in sequentē possessionem transfert.
- 13 possessio qua transfertur in sequentem successorem, non noua possessio est, sed illamet qua penes defunctum erat.
- 14 Si ultimi possessoris possessio negatur, nihil est quod in sequentē transferri possit.
- 15 Proprie transferri dicitur de uno in alium.
- 16 Quando ipso iure aliquid transfertur, idem transmittitur quod apud praedecessorem erat.
- 17 In casibus, in quibus ipso iure dominium transfertur, eadem proprietatē transit in sequentem, qua fuit penes praedecessorem.
- 18 Verba qua inducunt conditionem, etiam inducunt formam.
- 19 intelligitur tex. in l. 45. Tauri, verbo, Tenedor.
- 20 Continuation non causatur, nisi sit eiusdem possessionis, quam defunctus habebat.
- 21 possessio non abdicatur ab ultimo possessore, etsi ipse in vita alij tradiderit.
- 22 Tertius, cui possessio est tradita, gradum non facit.
- 23 Ex actū

362 De Tenuta, seu remed. possessor.

- 23 Ex actu quem quis impugnat, non potest commodum consequi.
- 24 De successore & ultimo possessore eadem persona constituitur.
- 25 Quamvis quis succedere contendat, non tanquam substitutus immediatus ultimi possessoris, Tenutam proponere potest.
- 26 In Tenuta non potest vincere, qui ex maioratus dispositione succedere pretendat.
- 27 Tenuta iudicium est mixtum cum proprietate.
- 28 Figura ultimi possessoris non est attendenda, sed vera successio a maioratus proueniens institutione.
- 29 Lex aut statutum loquens de heredem, de directo intelligi debet.
- 30 Ille dicitur verus successor, qui contendit continuare possessionem veri successoris, & non ultimi, si intrusus erat.
- 31 Appellatione heredis & successoris, intelligitur de eo qui est successor cum effectu.
- 32 Iniustus possessor gradum non facit.
- 33 Proprietatis ius potest probari ex extrinsecis etiam probationibus.
- 34 Lex non simpliciter sequentem in gradu admittit, sed eum qui habeat qualitatem veri successoris ex maioratus institutione.
- 35 Non semper sequens est, qui post ultimum sequatur.
- 36 Qui vocatus & substitutus est ab institutore, ad Tenuta remedium admittitur, quamvis non pretendat esse immediatum substitutum ultimi possessoris.
- 37 Relatiuum Quæ, positum sine copula, significat & inducit precisam limitationem.
- 38 Relatiuum positum futuro tempore, inducit conditionem.
- 39 Quando relatiuum refertur ad tertium, producit effectum conditionalem, siue adijciatur presenti, siue futuro tempore.
- 40 Verba, Quisquis mihi hæres erit, faciunt conditionem.
- 41 Interpretantur verba legis 45. Tauri, ibi: Que segun la disposicion del mayorazgo, &c.
- 42 Sequens in gradu quomodo interpretandus sit, ad intellectum legis 45. Tauri.
- 43 Verè ultimus possessor ille est, qui iuste, & ciuilitè possedit.
- 44 Verius est, possessionem quæ ex l. 45. transfertur, nouam & distinctam esse à possessione ultimi possessoris.
- 45 Vnusquisque nominatus & substitutus suam specialem substitutionem habet, ab alio distinctam.
- 46 Substantia & actualis possessionis effectus mortuo possessore finitur.
- 47 Sicut

Caput Trigesimumtertium. 363

- 47 Sicut persona successoris distincta est a persona prædecessoris, ita etiam possessio debet esse distincta.
- 48 Quilibet ex substitutis censetur per se substitutus, nec ab alio dependens est.
- 49 Possessio quæ ex statuto transfertur in heredem, eadem est, quam defunctus habebat, quia eadem persona cum defuncto est.
- 50 In maioratibus succeditur institutori, & non ultimo possessori: eius itaque actum approbat, qui possessionem præcedentis intrusi impugnat.
- 51 Intrusus non efficitur ultimus possessor, sed detentator dicitur, & gradum præcedentis facere nequit.
- 52 Consultius est agere possessorio, quam petitorio.

TENV TAM AN PROPONE-
re possit ille, qui non prætendit se esse imme-
diatum substitutum ultimi possessoris,
& eius possessionem con-
tinuare,

C A P V T XXXIII.



RATIO dubi-
tandi eorū quæ
hoc capite tra-
ctare contendi-
mus, deducitur
à lege 45. Tauri, quæ statuit,
mortuo ultimo maioratus pos-
sessore, possessionem civilem
& naturalem transferri in se-
quentem in gradu. Supponit

itaque prædicta lex, illum, qui
succedere in dicto maioratu cō-
tendit, & translationem posses-
sionis intentat, prætendere de-
bere tanquā immediatum sub-
stitutum huius ultimi possesso-
ris; nam alioqui, si ex alio iure
succedere conetur, non potest
dici sequens in gradu, nec ei Te-
nutæ beneficium indulgeri, cū
hoc

364 De Tenuta, seu remed. possessor.

hoc tantum competat substitui
to immediato in gradu sequen-
ti, vtilia verba ostendunt: *Auer-
to el tenedor del mayorazgo, luego
sin otro acto de aprehension se tras-
passe la posesion civil y natural
en el siguiente en grado:* quæ ver-
ba satis probant, prædictum se-
quentem in gradu, debere præ-
tendere bona maioratus cum il-
la qualitate, quæ fuit apud de-
functum possessorem; & rursus
probant, ipsum in gradu sequen-
tem debere esse proximum suc-
cessorem ipsius prædecessoris;
argumento tex. in l. cum ita le-
gatur. §. in fideicommissio. ff. de
legatis 2. & in l. peto. §. fratre,
eodem tit. Quibus accedit, quia
quando aliqua dispositio, vel le-
galis prouisio, fundatur in ali-
quo antecedenti præsupposito,
vel subiecto, prius debet de eo
constare. l. 1. §. prægnantem. ff.
de ventre in possessionem mit-
tendo. l. Diuus Trajanus. ff. de
militari testamento. l. hoc iure.
ff. de verborum obliga. l. is qui
hæres. §. si quis dubitet. ff. de
acquirenda hæreditate. Conse-
quens ergo est, successionem vlti-
mi possessoris adhærere debere
sequentem in gradu, ad hoc vt
ei locus pateat; nam si auxilio le-
gali translationis possessionis
potiri velit, necessario fateri de-
bet, prædecessorem, legitimum
& iustum possessorem fuisse, &

ipsum prætensorem ei imme-
diatè substitui. Et confirmatur,
quia à legis literali sensu nun-
quàm recedendum est. l. nō ali-
ter. ff. de legatis 3. l. 1. §. si is qui
nauem, cum vulgatis. ff. de exer-
citoria. Cum ergo lex 45. vt Te-
nutæ locus sit, qualitatē sequen-
tis in gradu desideret, necessa-
rio præsupponit, illum qui præ-
cessit, gradum anteriorem fe-
cisse, vt Tenutam proponens,
sequens in gradu dici possit: se-
quens enim dicitur respectu
præcedentis. §. sequens, Institu-
tis de interdictis. l. si filius. §. cū
filius, ibi: *Qui sequentis gradus
sunt.* ff. de bon. libertorum. Rur-
sus, quia sicut propinquitas re-
gulatur ab vltimo possessore,
quauis institutori succedatur.
l. cohæredi. §. cum filia. ff. de
vulgari, cum similibus. Molina
late lib. 1. cap. 6. ex nume. 46. &
libr. 3. c. 9. per totum, ita etiam
sequens in gradu, vt Tenutæ lo-
cus sit, regulandus & compu-
tandus est respectu præceden-
tis possessoris, quanquàm non
ab ipso, sed ab eo qui primoge-
nitum instituit, successio deriue-
tur. Vtteriùs, quia lex in sequen-
tem in gradu possessionem con-
fert, per fictionem translatiuā;
in quā duo extrema concurre-
re debent; vnum à quo, & aliud
ad quem. l. bonorum. ff. rem ra-
tam haberi. l. necessario, ver-
ficulo,

Caput Trigesimum tertium. 365

ficulo, *quòd si pendente*, ff. de pe-
 riculo & commodo reivendi-
 tæ. Bartolus receptus in l. si is
 qui pro emptore, in principio.
 ff. de vsucap. Prædictumque ex-
 tremum à quo, debet concurre-
 re cum habilitate in essentia, &
 non sufficit si interueniat in po-
 tentia. l. 2. ff. de usufructu earū
 rerum. Bartolus in dict. l. si is
 qui pro emptore, nume. 1. & 8.
 vbi Iason num. 107. Extremum
 igitur à quo, est vltimus posses-
 sor, & extremum ad quem, est
 sequens in gradu; qui ergo non
 præ tendit sequens esse respectu
 vltimi possessoris, & ei imme-
 diatè substitui, Tenutam pro-
 ponere non potest; cum lex de
 præcedenti mortuo in sequen-
 tem viuum possessionem trās-
 ferat: translatio itaque cessabit,
 si sequens præcedentis posses-
 sioni adhærere nolit: deficiente
 namque extremo præcedentis,
 deficiet quoque extremum se-
 quentis, & remedium possessor-
 rium competere non peterit
 ex legis Tauri translatione.
 Deinde, quia possessio quæ trās-
 fertur in sequentem successo-
 rem ex legis 45. Tauri decisio-
 ne, non noua possessio est, sed il-
 lamet quæ penes defunctum
 erat, vt probari videtur ex illo
 relatiuo, *Se traspassse la possessiō
 civil y natural*. Si vltimi ergo
 possessoris possessio negatur ab

eo qui succedere contendit, ni-
 hil est quod in eum transferri
 possit; cum proprie transferri
 de vno in alium dicatur. l. tradi-
 tio, de acquirendo rerum domi-
 nio. l. illud. §. illud. ff. de contra-
 tabulas. l. 3. l. cū antiquioribus.
 C. de iure liberandi, & Iustinia-
 nus sanxit in §. transferri, Insti.
 de ademptione legatorum, ibi:
*Transferri quoque legatū ab alio
 ad alium potest, veluti si quis ita
 dixerit: Hominem Stichum, quem
 Titio legauī, Seio do lego*, ad idem
 est textus in l. translatio, in l. &
 si transferam, in l. legatum, in
 l. si adimendo. ff. de adimendis
 legatis, & in l. vltima. ff. de his
 quæ pœnæ nom. l. item si res. §.
 1. ff. de alienatione iudic. elegā-
 ter Baldus in Authent. defun-
 cto. C. ad Tertul. nu. 6. & 7. do-
 cens, quando ipso iure aliquid
 transmittitur, idem transmitti
 quod apud prædecessorē erat.
 Et probatur prædicta cōclusio
 ex text. in l. cum hæredes. ff. de
 acquirenda possessione, ex qua,
 adita hæreditate, ipso iure trās-
 fertur in hæredem idem quod
 defunctus habebat, cum omni
 qualitate sua, præterquàm pos-
 sessio, quæ nisi corporaliter ab
 herede apprehendatur, ad eum
 non pertinet. Sequitur ergo, cū
 aduersus ius commune, ipso iu-
 re ex legis 45. Tauri translatio-
 ne possessio comprehendatur
 & transfe-

366 De Tenuta, seu remed. possessor.

& transferatur, eandem possessionem transferri, quam habebat ultimus possessor, & non novam & diversam, cum & hæc possessionis translatio intelligi debeat cum eademmet qualitate, quæ apud prædecessorem erat: argumento prædictorum iurium; sicut de dominio dicimus: in casibus enim in quibus ipso iure transfertur, eadem proprietas transit in sequentem in gradu, quæ fuit penes eum qui præcessit, nec nova & diversa proprietas causatur, ut censet Baldus in dict. Authen. defuncto, num. 5. & in individuo statuti Mediolanensis arbitratus fuit idem Baldus in Rubrica de causa posses. & proprietatis, num. 11. & 13: ubi ait, possessionem testatoris continuari ex prædicto statuto in heredem ipso iure sine actu apprehensionis, & tunc eandem possessionem dici, & non novam, ut illa verba indicant: *Sed nunquid alius est citandus? Et videtur quod non, quia est continuatio possessionis, potius quam nova possessio.* Vt prius hæc sententia satis probari videtur ex dictæ legis 45. Tauri verbis, ibi, *Muerto el tenedor*, quæ conditionem inducunt, ut per Bart. & Doctores in l. 1. ff. de condition. & demonstrat & per consequens formam, quæ nisi in specifica forma implea-

tur, nullatenus locum habere potest legis dispositio, vulgata l. qui hæredi. ff. de conditionibus & demonstrat. illa enim verba referuntur ad merum factum, id est, ad eam duntaxat possessionem, quam defunctus habebat mortis tempore; verbum enim illud, *Tenedor*, necessario refertur debet ad defunctum immediatum, qui tempore suæ mortis possidebat actualiter bona maioratus. Quod virginius probatur, argumento sumpto ab eadem lege 45. à contrario sensu; nam si eius ministerio transfertur possessio in sequentem in gradu, mortuo ultimo possessore; si hic qui moritur, non sit ultimus possessor, a lege possessio non transfertur, & sic Tenuta proponi non potest: & in individuo legis 45. cæset Molina lib. 3. cap. 13. num. 40. versi. præterea, ibi: *Omnes namque resolvunt, quod si statutum diceret, quod de defuncto in heredem possessio continuetur, id intelligendum sit, quando defunctus possidebat; aliàs autem possessio quæ apud defunctum non erat, non potest continuari*, quæ opinio vera videtur, attentis verbis dictæ legis 45. ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de apprehension se traspasse la posesión civil y natural en el siguiente en grado*, quæ sanè verba præcise requi-

requirunt continuationem possessionis de possessore ultimo in sequentem; continuatio ergo prædicta nullatenus esse potest, nisi sit eiusdem possessionis quam defunctus habebat, ut in l. sed et si manente. ff. de precario, satis probatur: nam si in persona sequentis in gradu noua possessio constitueretur, continuatio veteris possessionis non posset causari. Glossa recepta communiter in cap. ij. qui, verbo *specialiter*, de præbendis, lib. 6. docuit Baldus in Authen. defuncto, num. 6. C. ad Tertul. Tiraquel. de morte. 5. part. de declaratione. i. num. 7. Et confirmatur ex decisione dictæ l. 45. ibi: *Aunque aya otro tomado la possession de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el dicho tenedor le ayudado la possession de ellas, que verba manifeste indicant, possessionem nunquam abdicati ab ultimo possessore, et si ipse in vita alij tradiderit; cum lex prædicta possessioni resistat, annullando actum; saltem in præiudicium sequentis in gradu; argumento text. in l. ubi lex. ff. de usucapionibus. Cū hæc ergo eadem possessio; et si alij tradita, transferatur in sequentem in gradu, euidenter colligitur, hoc euenire respectu dictæ continuationis de ultimo possessore in sequentem succes-*

sorem: alias enim diceremus, de tertio possessore, qui possessionem occupabat, in sequentem in gradu translationem fieri, omni iure reclamante, cum ille tertius gradum non faciat, nec eius respectu successor maioratus sequens in gradu dici queat. Postremo suadetur hæc opinio ex eo; nam si quis succedere non contendit ex translatione possessionis ultimi possessoris, eam continuando, quinimò iniustam & illegitimam possessionem dicat, ex actu quem impugnat, non poterit commodum consequi, cap. ex eo, de regulis iuris, lib. 6. l. quæsitum. ff. de acquirenda hæreditate. Quibus suffragatur argumentum ab absurdo euitando; magnum enim sequeretur, si quis Tenutam proponendo, contendat, ultimum possessorem fuisse intrusum & iniustum, & rursus iniuste possidisse illum à quo iste causam habuit, cæterosque prædecessores, & solum in eum translatam fuisse possessionem ab eo, quem ipse iustum possessorem fuisse contendit; quod quidem absurdum esset, & contra verba dict. l. 49. quæ de successore & ultimo possessore eandem personam & possessionem constituit, per subrogationem sequentis in locum præcedentis; alioquin possessionis translatio fieret, quamquam

368 De Tenuta, seu remed. possessor.

quàm in diuersis & contrarijs
lineis, & per longum tempus
successio extitisset: quod repu-
gnare videtur decisioni prædi-
ctæ legis 45. & menti eius con-
ditoris; præcipuè cum ius suum
non amittat prædictus legiti-
mus successor; remedijs nanq;
ordinarijs vti potest, non verò
extraordinario & summarissi-
ma Tenutæ, propter prædicta
repugnantiam. In hanc itaque
opinionem videtur propende-
re Molina libr. 3. cap. 12. num.
22. ibi: *Vt scilicet maioratus suc-
cessor habeatur pro possessore, non
aliter quàm defunctus, si viueret,
haberetur.*

25 Sed quanquam hæc graui-
ter ob stare videantur, & admo-
dum controuersam nostram
quæstionem efficiant, contra-
ria opinio eligenda est, nempe;
vt quauis quis succedere con-
tendat non tanquam immédia-
tus substitutus vltimi possesso-
ris, sed sicut verus successor, ex
maioratus nempe institutione,
& sicut talis verus successor, eum
qui præcessit, iniustum fuisse
possessorem pretendat, & intru-
sum; nihilominus Tenutam
proponere possit in Regio su-
premo Consilio: quod proba-
tur ex prædicta lege Regia Tau-
ri, ibi: *Muerto el tenedor del ma-
yorazgo, luego, sin otro acto de
aprehension de posesion, se tras-*

*passee la posesion civil y natural
en el siguiente en grado, que segun
la disposicion del mayorazgo de-
uiere suceder en el.* Igitur duo re-
quirit copulatiuè prædicta lex
45. vt Tenutæ beneficio locus
sit, mortem scilicet vltimi ma-
ioratus possessoris, & vt qui re-
medium legis intentat, sit ille,
qui ex maioratus dispositione
succedere debet. Cum ergo hæc
duæ qualitates concurrant in
eo qui Tenutam proponit, ver-
ba legis ei conueniunt, & ab
eius remedio prædictum præte-
sorem excludere non possumus.
l. 4. §. toties, cum similibus vul-
garibus, de damno infecto. Rur-
lus, quia, vt sæpè dictum extat,
Tenutæ iudicium est mixtum
cum proprietate; at quando ex
lege vel statuto possessio trans-
fertur sine apprehensione in ve-
rum successorem, opus est, qua-
litem prædicti successoris ve-
rificari, cuius examen nisi in iu-
dicio proprietatis fieri nequit;
quam denotant illa legis verba,
*Que segun la disposicion del ma-
yorazgo. deuiere suceder en el;*
quæ transcripta sunt de l. 1. ver-
ficulo, quauis. C. quorum bo-
norum, ibi: *Tamen in interdicto
Quorum bonorum, non aliter pos-
sessor constitui poteris, quam si te
defuncti filium esse, & ad heredi-
tatem, vel bonorum possessionem
admissum, probaueris.* Cum
igitur

Caput Trigesimum tertium. 369

igitur in hoc Tenuræ iudicio proprietas examinari debeat, sine cuius cognitione ad possessionem deveniri non potest, prædictæ admixtionis vi, consequens est, figuram possessionis ultimi possessoris attendendam non esse, sed tantummodo cognoscendum, quis sit, eo mortuo, verus successor, secundum maioratus institutionem; & sic qui Tenuram proponit, non necessario prætereundum debet tanquam immediatus substitutus ultimi possessoris, sed tanquam verus successor institutoris, ut declarat Baldus in dicto numero 13. in Rubrica de causa possessionis & proprietatis. Tiraquellus tractatu de morte, secunda parte, declaratione secunda, numer. 1. & 3. Palacios Rubios in dicta l. 45. numer. 2. Id namque in iure compertum est, statutum aut legem loquentem de hærede & successore, de directo intelligi debere, proprio & vero, & non de ficto, interpretatio, improprio, putativo & abusivo, & in prima tantum facie, iuxta textum in l. 2. ff. quemadmodum testamenta aperiuntur. l. Paulus, ff. de verborum significatione, tradit Baldus eleganter in consilio 141.

nu. 3. versiculo tertio est præmittendum, libr. 1. ibi: Quod, quid sit in simplici edicto divi Hadriani; vel Iustiniani; tamen in edicto Mediolani, id est, in lege municipali, si hæres scriptus vult prætereundum, possessionem a se vigore fictionis statuti continuatam, debet docere de re veritate, quod verè sit hæres.

Cum ergo lex 45. Tanti possessionem transfundat in eum qui ex maioratus dispositione succedere debet, interpretatio erit, ut ille tantum succedat, qui verus successor est, & contendit continuare possessionem veri possessoris, & non ultimi, qui pro possessore putabatur, si verè & proprie successor non erat. l. 1. §. hæc verba. ff. de negotijs gestis. l. prætor ait. ff. de suis & legitimis, cap. in nostra, de iniurijs. Bart. in l. si is qui pro emptore. 3. quæst. principali. ff. de usufructu. & in l. 1. §. hoc interdictum de cisterna, à nu. 1. per textum ibi, eum gloss. ff. de fonte. Bald. in Rub. de causa posses. in fine, & cons. 181. nu. 1. lib. 1. & cons. 330. nu. 4. & 5. eodem lib. 1. Alexan. cons. 82. à. n. 3. lib. 2. Jacob. de S. Georgio in l. si sorori, n. 5. C. de iure deliberandi. Catel. Cotta in memorab. cuius initium est, Decreto Mediolanensi, vers. tertio pro limitatione.

Aa

Quibus

370 De Tenuta, seu remed. possessor.

Quibus suffragatur vulgare
 31 principium iuris, hoc nempe,
 ut appellatione hæredis & suc-
 cessoris, intelligatur is qui
 successor est cum effectu. l. 1. §.
 hæc autem verba. ff. quod quis-
 que iuris, cap. relatum, de cleri-
 cis non residentibus, cap. hæc
 autem verba, de poenitentia
 distinctione prima, Philippus
 Decius in l. hæredem, prope
 finem, versiculo, & hæres da-
 tus. ff. de regulis iuris. Ruy-
 nus consilio 29. à numer. 9. lib.
 4. Tiraquellus de morte, secun-
 da parte, tertia declaratione, nu-
 mer. 2. Illa ergo verba dictæ le-
 gis, Taurinensis, *Que segun la*
disposicion del mayorazgo denie-
re suceder, interpretari cum ef-
 fectu debemus, ita ut ille tan-
 tum successor sit sub lege com-
 prehensus, qui iustus & verus
 sit successor, non verò iniustus
 & intrusus: ab hoc enim (quan-
 35 uis actualiter possedisset) in se-
 quentem in gradu non conti-
 nuatur possessio legalis, sed
 ab illo qui ante eum iuste &
 verè possederat; cum iniustus
 32 possessor gradum non fecerit,
 iuxta superiorem doctrinam.
 Quod adeò verum est, ut
 33 quanvis proprietatis ius non
 ostendatur ex institutionis scri-
 ptura, sed ex extrinsecis pro-
 bationibus de qualitate veri
 successoris constiterit, adhuc

qui taliter probauerit, in iudi-
 cio Tenutæ obtinere debe-
 re opinetur. Molina libr. 3.
 cap. 13. numero 23. versicu-
 lo: *Quod eo maxime dicendum*
erit.

34 Qua opinione ex prædictis
 fundamentis admittitur, & ex
 his quæ cap. 35. sequenti con-
 gerimus, quæ huc spectant,
 non obstant in contrarium ad-
 ducta, & in primis illud quod
 de sequenti in gradu diximus,
 ut hic sequens dicatur, qui præ-
 tendit tanquam immediatus
 substitutus ultimi possessoris,
 & postea sequitur: hūc enim
 non simpliciter admittit lex,
 sed cum prædicta qualitate,
 ut ex maioratus foundatione
 & institutione succedere de-
 beat: hic itaque sequens est,
 qui prædictam qualitatem ha-
 bet, non qui sequatur post
 35 ultimum possessorem, & ei
 immediate substituatur, ut
 ex Ripa & alijs, cap. 35. osten-
 demus, & ultra ipsos censeat
 Couarrubias practicar. quæ-
 stione 38. numero nono, ver-
 sic. *Octauò, huius legis*, quem
 sic intelligit, eundem secu-
 tus, Matienço in l. 5. titulo
 7. libr. 5. Compilatio. gloss. 3.
 numero 2. ibi: *Quod possessor*
maioratus si iniquè possideat, is
ad quem maioratus legitime per-
tinet, attendendus est, ut qui ei
proxi-

Caput Trigesimumtertium. 371

proximior sit, ad illum admit-
tatur, non qui proximior sit pos- 38
sessori: & ibi: Itaque in hac
specie non proximior possessoris
admittitur, sed eius cui verè
ff) legitime maioratus competit,
& ante eos arbitratur Baldus
in Authentica Defuncto. C.
ad Tertullian. numero 9. ibi:
Contrarium videtur per hanc li-
teram, ibi, Gradu proximis:
& ibi: Non obstat litera, qua
dicit, proximis, quia proxi-
mus in iure dicitur, quem nul- 39
lus precedit, ut Instituta de
legitima agnatorum successione.
§. fin. in ultima glossa. Quo-
36 modocunque enim constet,
quem esse vocatum, nomi-
natum & substitutum ab in-
stitutore, ad Tenuæ iudicium
& remedium admittendus est,
quanuis non prætendat esse im-
mediatum substitutum vltimi
possessoris; in hoc enim verifi-
cantur illa verba, *Que segun la
disposicion del mayor adgo de-
uiere suceder en el*, quæ con-
ditionalia & restrictiua sunt:
quoniam illud relatiuum,
37 *Que*, positum sine copula, in-
ducit ac significat præcisam li-
mitationem. l. ea tamen adie-
ctio, & ibi Bartolus. ff. de legat.
3. idem Bartolus in l. omnes
populi, numero 1. ff. de iu-
stitia & iure. Ruynus consil.
30. numero sexto, libr. 1,

Purpuratus consilio 369. nu-
mer. 14. Tùm præterea, quia
relatiuum positum futuro
tempori, & habenti tractum
successuum, inducit condi-
tionem. l. Stichum qui meus
erit. ff. de legat. 1. l. si debitor.
§. verisimile. l. si quis fundum,
& utrobique Bartolus. ff. de
contrahenda emptione. Iason
consil. 55. num. 27. libr. 3. Rur-
sus, quia quando relatiuum, ut
hîc euenit, ad tertium refertur,
producit conditionalem effe-
ctum, siue adijciatur præsentî,
vel futuro tempori. l. legauî. ff.
de liberat. legat. censet Craucta
consil. 415. nume. 10. libr. 3. Hip-
polytus Rimin. consil. 672. nu.
35. libr. 6. præsertim cùm lex no-
stra loquatur de persona incer-
ta, cuius demonstratio pender
à verificatione illius qualitatis,
*Que segun la disposicion del mayo-
raz go deuiere suceder*: quo casu
ex dictione relatiua resultat
absque dubio formalis condi-
tio. Bartolus in l. demonstra-
tio falsa, numer. 1. ff. de con-
ditionibus & demonstratîonib.
Aymon dict. consil. 415. nu. 11.
vbi adducit text. in l. qui libe-
ris. ff. de vulgari, in quo illa
verba, *Quisquis mihi heres erit*,
40 faciunt conditionem, id est,
si heres erit, latè Hippoly-
tus Riminaldus consilio 672.
numero 36. Et in hunc
Aa 2 modum

372 De Tenuta, seu remed. possessor.

modum intelligenda est dicta nostra lex, ibi: *En el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayoradgo deuere suceder en el*: interpretari enim debet, id est, *si segun la disposicion, &c.* quasi ille sequens in gradu tantum dicatur, qui dispositionem & voluntatem institutoris in suum fauorem habet; nec debeat attendi ille qui præcessit, cum ipsi non succedatur, sed institutori, cuius respectu sequens in gradu dicendus est, non respectu præcedentis intrusi, iniusti & illegitimi possessoris; vel saltem sequens in gradu dici debet respectu præcedentis iusti & legitimi possessoris; quod est verissimum, huic enim immediate substitui præ-
 42 tendere debet, & non ultimo intruso possessori, siue detentatori, cum verè ultimus possessor ille sit, qui iuste possedit, ut in indiuiduo docuit Guilielmus Benedictus in cap. Raynūtiū, verb. *mortuo itaque testatore*, in 2. de testamentis, num. 72. illis verbis, quæ sanè Tenuræ nostræ propemodum conducunt: *Et talis consuetudo sayfit virum, si habilis sit ad succedendum; quia alias sayfaret in gradu sequentem. l. si qua pæna. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. secundum Baldum in dict. cap. Item cum quis, & in dict. Rubrica de*

causa possession. & proprietat. vbi Barbati. in repetitione: nam beneficia legum capacibus scripta sunt. l. Lucia. §. Lucius Titius. ff. de legat. 2. Hactenus Benedictus, quem refert & sequitur Mieres part. 3. quæst. 10. num. 2. & censuit Bartholomæus Chassaneus in consuetud. Burgund. Rubrica 7. *le mort sayfit le vis. limit. 4. 5. & 6. nu. 7.* Alexand. consi. 82. à nu. 3. lib. 2. Iacob. à Sancto Georgio in l. si sorori, nu. 4. & 5. C. de hered. instituend. Legumque & statutorum beneficia capacibus scripta esse, habilibus & idoneis, probatur in l. vt gradatim. ff. de muneribus & honoribus, & scribit Accursius in glos. ad l. emancipati. ff. de adoptionibus, & ad l. 1. C. de sacrosan. Eccles. & ad l. 1. C. vbi de ratio. agi oport. & ad l. 1. C. de fide instrum. & tradunt Doctores in dictis locis, & plura huius rei congescit Tiraquellus de morte, 2. parte, prima declaratione, per totam.

Nec iterum obstat quod de possessione diximus, ut eadem debeat esse penes successorem, quæ erat apud prædecessorem: longè enim verius & receptius est, possessionem quæ ex lege 45. transfertur in verum maioratus successorem, nouam & distinctam esse, & non illam quæ apud ultimam

num possessorem erat, vt ad-
uersus Baldum iuridicis funda-
mentis testatur Antonius Go-
mezius in dict. l. 45. n. 114. ver-
siculo *sed his non obstantibus*.
Molina lib. 3. primogeniorum,
cap. 12. nume. 22. versiculo *sed*
verius est. Nec relatiuum quod
diximus, *se traspasse, &c.* in ⁴⁵
contrarium mouere potest; de-
bet enim referri ad illam posses-
sionem, quæ de nouo transfer-
tur; non verò ad antiquam, vt
prædicti scriptores profitetur;
quorum doctrina vera est, siue
transuersalium possessionem
respiciamus, in quo nulla du-
bitatio est; siue ascendentium
& descendentium: inter per-
sonas enim quoque, inter quas
linea recta & non inflexa con-
tinuatur, ascendentis & des-
cendentis possessio, non ea-
dem est, sed diuersa: vt do-
cet Bartolus in l. cum miles.
ff. ex quibus causis maiores,
& in l. in suis, numer. 5. ff.
de liberis & posthumis. Bal-
dus in lege vltima numer. 2. ⁴⁶
C. de edicto diui Hadriani
tollendo, ibi: *Quod existen-
tia sutatis efficit filium suum
heredem, sed non possessorem:*
argumento textus in l. si homo.
ff. de usucapionibus. Areti-
nus in l. si sorori, in principio.
C. de iure deliberand. Mat-
thæus de Afflictis decisione ⁴⁷

67. numer. 3. Tiraquellus in
tractatu de morte, in præfatio-
ne, declaratione 3. nu. 6. & pro-
batur satis in l. cum hæredes. l.
qui vniuersas. §. quod per colo-
num, vbi Bart. ff. de acquirenda
possessione. l. 2. §. apparet. ff. de
crimine expilatæ hæred. Et, si
quid iudico, ratio est, quia vnus
quisque nominatus & substitu-
tus in primigeniorum materia
suam substitutionem specia-
lem habet ab alio distinctam,
tanquam si in vnoquoque eo-
rum maioratus institutus esset,
vt ait Paulus consilio 164. nu-
5. lib. 2. Tiraquellus de primo-
genijs, questione 40. num. 108.
Rodericus Xuarez in l. quo-
niam in prioribus. C. de inoffi-
cioso testamento, ad declaratio-
nem legis Fori, 8. quæst. nu. 6.
Siluan. consilio 15. num. 9. Con-
sequens ergo est, possessionem
vnus ab alio distinctam & di-
uersam esse, & non eandem,
quæ consistebat apud defun-
ctum; quoniam substantia &
actualis effectus possessionis,
mortuo possessore finitur; ideo
que in personis denuo super-
uenientibus opus est nouam
possessionem constitui, vt ele-
ganter scribit Zasius in epito-
me feudorum, sexta parte, fe-
lio 5. Molina libr. tertio, cap.
12. numer. 22. Nam sicut
persona successoris distincta

374 De Tenuta, seu remed. possessor.

est à persona prædecessoris; ita etiam possessio debet esse distincta, iuxta gloss. celebrem in l. 1. §. interdum, versiculo *quori die constituitur*. ff. de usufructu accrescendo. Ex substitutionibus enim gradualibus maioratus, ius oritur ad succedendum institutori; & quilibet ex substitutis censetur per se substitutus, nec ab alio dependens est, & sic nec possessio unius à possessione alterius pendere debet, sed omnino esse diuersa, ex Baldo in cap. 1. nume. 3. & 4. si vassallus feudo priuetur: docet Paulus Castrensis in l. si pecuniam, num. 11, ff. de condictione ob causam. Decius consilio 498. num. 19. Parisius consi. 65. num. 17. lib. 3. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17. Ex quibus ultra Doctores considero diuersitatem statuti seu consuetudinis transferentis possessionem in hæredem absque apprehensione, & legis 45. transferentis possessionem in verum maioratus successorem: in hærede enim eandem personam consideramus eum defuncto, & ideo nihil mirum, si eadem possessio continuetur inter eos: in maioratus verò successore diuersam personam constituimus, cum institutori, & non defuncto succedatur; diuersa itaque possessio causatur, cum vltimus possessor,

& futurus successor, non sint eadem persona, quia ab eo maioratus non capit.

Nec vltius obstat quod diximus, non posse quem commodum cōsequi ex actu quem impugnat. Respondetur enim, in maioratibus, vt dictum extat, succedi institutori, & non vltimo possessori. l. vnum ex familia. §. 1. cū similibus, de legat. 1. ideoque actum non impugnat, qui possessorem intrusum dicit: quinimò eum approbare videtur, cum secundum institutoris voluntatem succedere cōtendat.

Nec quidquam obest quod dixi de subrogatione sequentis in præcedentem, ideoque adhendū esse præcedentis possessioni, vt absurdum cesset: nam secundum superius tradita, ille præcedens est, qui iuste possedit; intrusus namque nō efficitur vltimus possessor, sed detentator dicitur; gradu itaque præcedentis facere nequit, vt ex Martiengo & alijs supra adnotaui-mus. Lex enim & statutum loquēs de possessione in qua erat defunctus, intelligitur de vera & ciuili possessione, vt signāter opinatur Bald. in l. 1. post prin. C. cōmunia de vsucap. vbi firmat, verbum *Possidere*, à lege prolatum, intelligi de ciuili possessore, cum verba legis vel statuti

statuti ciuilliter intelligenda
sint: quia ciuilis possessio trahit
ad se naturalem consecutiue:
detectatio verò & naturalis pos-
sessio ciuilem possessionem ad
se non trahit, imò ei repugnat:
verba ergo legis 45. quæ ad vlti-
mum possessorem diriguntur,
accipi debent de ciuili & iusto
possessore. l. stipulatio ista. §.
hæc quoque, vbi Bart. Cuman⁹
& omnes. ff. de verbor. obligat.
latè Cæsar in l. vnica. C. si de
moment. §. 2. num. 18. & limit.
21. nu. 6.

52 Nec postremò ad rem facit,
in casu dubio Tenuam non
competere, tenendum esse, cū
ius suum actor non amittat: in
plenario enim & ordinario pos-
sessorio, item & in petitorio cō

sequi potest. Respondetur enim,
consultius esse, possessorio sum-
marissimo agere, cū vnica
& summaria sententia omnis
causa possessoria in Tenua
quoad vtrumque effectum ab-
soluatur, vt ex l. 8. 9. & 10. tit. 7.
lib. 5. Comp. iuncta lege nouis-
sima cōstat, & ex l. is qui desti-
nauit. ff. de reivendicatione, ibi:
*Quia longe commodius est ipsum
possidere.* Ex quibus considera-
tionibus, quanuis quæstio satis
difficilis sit, receptius puto, re-
medium possessorium Tenu-
tæ proponi posse ab eo qui
se fundat in volūate instituto-
ris & eius dispositione, quanuis
non sit immediatus substitutus
illius qui pro vltimo possessore
reputabatur.

SUMMARIA CAPITIS XXXIIII.

- 1 **V**T Tenua locus sit, an necessariò requiratur mors naturalis
vltimi possessoris.
- 2 Si vltimus possessor in vita, honorum primogenij possessionem
alijs tradiderit, an viuentis vltimo possessore, possit intentari remediū
Tenuæ.
- 3 Apud Iurisconsultos mors semper intelligitur naturalis, nec mors ciui-
lis reperitur apud eos: est enim nomen Iurisconsultorum recentiorum.
- 4 Mors ciuilis non equiparatur naturali, nisi in casibus à iure expres-
sis.

Ad 4

1 Vacatio

376 De Tenuta, seu remed. possessor.

- 5 Vacatio per mortem, & Vacatio per renuntiationem, diuersa sunt.
- 6 Vacatio per mortem omnibus est notoria: ex vacatione vero per casum mortis similem, non idem effectus de iure resultare potest.
- 7 Prohibitum succedere, non censetur prohibitum possessionem continuare.
- 8 Ante mortem naturalem non dicitur primogenium vacans.
- 9 Prohibita mulier à successionem hereditatis, si nupserit extero, non priuatur hereditate, in qua iam successerat, etiamsi ei nubat.
- 10 Actus perfectus non vitatur, etiamsi deueniat ad casum à quo incipere non potuit.
- 11 Conditiones in maioratibus regulariter obseruandæ sunt, alioquin maioratus amittitur.
- 12 Ratione incompatibilitatis, dominium maioratus amittitur, & absq; alio actu in sequentem in gradu transfertur.
- 13 Possessio, ratione incompatibilitatis, in sequentem in gradu transfunditur.
- 14 Casus mortis extenditur ad alios casus eandem vacationem inducentes.
- 15 Casus similes morti equiparantur.
- 16 Si possessor maioratus ingrediatur religionem incapacem bonorum, secuta professione, statim Tenuta proponi potest.
- 17 Conditiones sufficit impleri secundum voluntatem disponentis.
- 18 Paria sunt, non esse in rerum natura, vel ex incompatibilitate, vel ex alia causa successorem excludi.
- 19 Possessor maioratus, quauis post mortem tantum teneatur restituere, inhabilis tamen effectus statim restituit.
- 20 Professus non reuocat maioratum, quauis reuocatio permissa sit ei usque ad mortem: & intelligitur tex. in l. 17. Taur.
- 21 Pœna damnationis in metallum, morti equiparatur: & intelligitur tex. in leg. ex facto. §. si quis rogatus, ad Trebel.
- 22 Intelligitur tex. in l. mulier quæ. ff. ad S. C. Trebel.
- 23 Semper iura testatorum voluntati nituntur.
- 24 Propter delictum amittitur maioratus, cum pro mortuo habeatur delinquens, & Tenuta proponi potest.
- 25 Per acceptationem secundi primogenij, vacat primum incompatible
- 26 Electio unius ex contrarijs præsupponit dimissionem alterius.
- 27 Intelligitur tex. in cap. de multa, de præbendis.
- 28 Mors ciuilis equiparatur naturali, quando militat eadem ratio, etiam in materia odiosa & correctoria.

29 Per

Caput Trigesimumquartum. 377

- 29 Per mortē vacat beneficium; per renuntiationem non vacat, nisi prauisum fuerit in fauorem illius cui renuntiatio fit.
- 30 In ignorantem possessio transfertur.
- 31 Contra ignorantem currunt sex menses à lege praestituti.
- 32 Tempus continuum currit aduersus ignorantem, utile verò à tempore scientia.
- 33 In actū momentaneo, qui semel perficitur, sufficit tempore quo acquiritur, habilitas; secus in actū continuo, cuius obligatio semper aurat.
- 34 Distinguitur inter qualitatem adiectam actui disponenti de praesenti, & inter qualitatem adiectam actui de futuro.
- 35 Quando qualitas habet tractum successuum, semper requiritur existentia praedictae qualitatis.
- 36 An & quando conditio apposita per testatorem, sufficiat momento impleri, vel semper existere, declaratur.
- 37 Quando maioratus vacans dicatur, ut actioni Tenuta in vita possessoris locus sit.
- 38 Per acceptationem secundi maioratus vacat primum incompatible.
- 39 Ratione incompatibilitatis, per receptionem secundi beneficii primum vacat.
- 40 Adipisci possessio secundi beneficii debet, ut vacet primum.
- 41 An maioratus ipso iure vacet per acquisitionem secundi, vel an sit necessaria sententia declaratoria.
- 42 Declaratur authentica Hoc amplius. C. de fideicommissis.
- 43 Electione secundi maioratus vacat primus, & in sequentem in gradu transfertur legis ministerio.
- 44 Quando unum ex primogenijs incompatilibus nō elegerit possessor, moneri debet, ut unum eligat: quo casu terminus arbitrius est.
- 45 Quando in vita maioratus vacat, intra quod tempus Tenuta in Regio Senatu proponenda sit.
- 46 Sex menses à lege praestituti currunt à die acceptationis secundi maioratus, & occupationis prioris primogenij ab eo factae, quin eo succedere contendit.
- 47 Casus incompatibilitatis pro morte habetur.
- 48 Electione facta secundi maioratus, an possit possessor variare, & ad primum redire.
- 49 Distinctio est inter primogenium testamento, aut contractu institutum.

Aa s

50 Qui

378. De Tenuta, seu remed. possessor.

- 50 Qui facultatem habet eligendi ex testamento, Variare non potest.
- 51 Eligendi & oprandi facultas consumitur in primo actu Valido.
- 52 Interpretatur textus in l. cum pater. §. à filia, de legat. 2.
- 53 Quando facultas eligendi conceditur cum relatione ad tempus mortis electoris, & ad eligendum incertum de certis, Variari potest; & que sit ratio.
- 54 Quando facultas eligendi conceditur simpliciter & absolute, electione semel facta, non Variatur: & ita intelliguntur iura in l. apud Ausfidium, de optione legat. & in l. statuliberum. §. Stichum. ff. de legat. secundo.
- 55 Quando ius eligendi ex testamento competit, electione & optione facta, statim transfertur dominium in accipientem.
- 56 Si ius eligendi ex testamento competat, & ex contractu electio fiat, irrevocabilis & incommutabilis est: & ita intelligitur tex. in l. servi electione, & in l. huiusmodi. §. Stichum, de leg. 1.
- 57 Si ille, cui optio ex testamento competit, testamento eligendi facultate usus fuerit, tunc Variare poterit.
- 58 Testamento contractus irrevocabilis fieri potest.
- 59 In dubio testator presumitur revocabiliter voluisse disponere.
- 60 Quando contractu institutum est primogenium, & in eo fuit concessa facultas eligendi unum ex maioratibus, licet electio facta sit, Variari potest: & que sit ratio.
- 61 Si ex testamento competit electio, statim ea facta, etiamsi res que eligitur, non sit apprehensa, ipsius dominium transfertur.
- 62 In contractibus ante executionem & traditionem dominium non acquiritur.
- 63 In electionibus, etsi eligens Variare queat, de unico actu accipiendum est.
- 64 Semel uno ex maioratibus electo, ad alium rediri non potest, siue electio competat ex contractu, siue ex testamento: & an in testamento, vel in contractu electio facta sit.
- 65 Electo uno ex primogenijs, aliud vacat, & pro mortuo possessor habetur.
- 66 Duo domini & possesores in solidum esse non possunt.
- 67 Declaratur textus in l. apud Ausfidium, de optione leg.
- 68 Ex electione & acceptance secundi beneficii, vacat primum ipso iure: ita tamen accipitur, si possessio secundi beneficii apprehendatur, & non aliter.
- 69 Quando

Caput Trigesimumquartum. 379

- 69 Quando factum legis operatur, non est opus facto hominis.
- 70 In beneficijs non continuatur possessio, sicut in maioratibus.
- 71 Ante vacationem nec tribui nec promitti potuit beneficium.
- 72 Ex vacatione primi primogenij cum secundo incompatibilis, dominium & possessio in sequentem in gradu transfertur, etiam si absens sit & ignoret.
- 73 Si coniux facultatem coniugi concedat meliorandi unum ex filijs, an semel electione facta, possit coniux variare.
- 74 Semel electione facta maioratus titulo, non potest reuocari, siue ius eligendi ex testamento vel contractu competat, siue in contractu, siue in testamento electio sit facta, & siue res sit tradita, nec ne.
- 75 Declaratur l. 35. Tauri, & num. 77.
- 76 Factum commissarij reputatur factum defuncti, & tanquam eius dispositio habetur.
- 78 Voluntas collata in arbitrium alterius, nulla est.
- 79 Si substantia dispositionis in alterius arbitrium non conferatur, sed solum electio persone, valet dispositio.
- 80 Valet dispositio que confert aliquid in tertium per modum declarationis.
- 81 Meliorandi facultas à coniuge data, in primo actu perficitur, absque variatione.
- 82 Melioratione facta maioratus titulo, statim dominium & possessio transfertur in electum & nominatum.
- 83 Vis & substantia maioratus & eius institutio non deriuatur à commissario, sed ab eo qui commisit.
- 84 Verbum Potest, non inducit necessitatem, nisi refratur ad heredem.
- 85 Si maioratus non fiat à Commissario, pro facto habetur à lege.
- 86 Interpretatur l. 22. in legibus Tauri.
- 87 Commissarius solum habet miram executionem.
- 88 Quando commissarius maioratum non instituit, lex pro instituto habet, & pro regulari, ita ut nulla insolita in eo insint.
- 89 Verbum Maioratus, primogenium inducit regulare.
- 90 Ne possessio vacet, ea transfertur electione facta, & ius queritur electo: variari itaque nequit,
- 91 Vbi datur continuatio dominij vel possessionis, non datur hereditas iacens.
- 92 Etiam si voluntas electi concurrat, non auocatur ab eo maioratus semel translatus & radicans.

380 De Tenuta, seu remed possessor.

- 93 Ab electo regulatur proximitas, et si moriatur ante actum alem apprehensionem.
- 94 Remedium legis Taurinensis etiam sibi locum vendicat in maiora-
tu meliorationis tertij.
- 95 In primum nominatum ad maiora tum transfertur quoque civilis et
naturalis possessio.
- 96 Quando melioratio fit absque maiora tus gra uamine, ex electione non
transit possessio, et seruatur distinctio de qua hic.
- 97 Si facultas data sit eligendi unum ex filiis vel filiabus, an commis-
sarius, praetermisso filio, possit eligere filiam.
- 98 In alternatiua sufficit alteram partem esse veram.
- 99 Quando alternatiua penitur inter personas, in quibus cadit affectio,
tunc non satis est alteram partem esse veram, sed ordo scripturae in-
sufficiendus est.
- 100 Potius conseruatur maiora tus per masculos, quam per faeminas.
- 101 Quando copulatiua ponitur inter personas, in quibus consideratur
affectio, tunc copulatiua non coniungit, aduersus eius naturam.
- 102 In successione Regni et aliorum maiora tuum ex Hispaniae consue-
tudine masculus praefertur.
- 103 Quando militat diuersa ratio, licet cesset affectio, adhuc disiuncti-
ua non verificatur in una parte.
- 104 Si Rex facultatem concedat instituendi primogeniu in uno ex filiis
vel filiabus, an necessario debeat praferri filius.
- 105 Extante masculo faemina eligi potest.
- 106 Facultas concessa ad eligendu filium aut filiam, liberam volunta-
tem denotat.
- 107 Cui electio committitur eligendi propinquum, non astringitur elige-
re proximorem.
- 108 Quando filia eligitur, solum offenditur sexus, non tamen linea et
gradus, et sic sustinetur electio.
- 109 In electione fratrum, indigniter potest eligi.
- 110 Ante legem Tauri petat meliorari nepos viuentis eius patris.
- 111 Interpretantur iura in l. eam pater. §. a te peto et in l. haec des mei.
§. vlti. de leg. 2. et ad Trebel.
- 112 Non potest dici, inter filios et filias considerare affectionem.
- 113 Referuntur auctores huius opinionis, ut filia elegi possit, filio pra-
etermisso.
- 114 Quando coniectura colligi potest filium praferendi, non potest eligi
filiam.

Caput Trigesimumquartum. 381

- 115 Si facultas data sit eligendi unum ex filiis, nec additum sit, & filiabus, an possit filia eligi.
- 116 An coniux qui facultatem habet instituendi maioratum, debet eum regularem facere : an vero maioratum agnationis possit instituere.
- 117 Natura mandati restrictissima est.
- 118 Factum commissarij continet in se meram executionem, absque arbitrio extensiuo.
- 119 Qui habet electionem inter pauperes, ut inter eos distribuat, an possit unum alij substituere.
- 120 Cum coniux faciendi maioratū facultatem concesserit, ordine successiuo videtur eum instituere.
- 121 Distinctio est, an fideicommissum relictum sit familia, vel inter personas familia.
- 122 Quando à coniuge datur potestas eligendi filium, nō potest eligi descendens.
- 123 Quando facultas datur eligendi unum ex filiis, non extenditur ad nepotem nondum natum tempore mortis testantis.
- 124 Si facultas data sit eligendi unum ex filiis vel nepotibus, an possit eligi nepos extante filio.
- 125 Quando coniux electionem committit inter filios primi gradus, facta electione, mandatum expirat.
- 126 Actus instituendi & actus substituendi diuersi sunt, & ad diuersos effectus.
- 127 Si cui concessum sit, ut possit instituere filium, non poterit ei substituere.
- 128 Substitutio dicitur euersio voluntatis committentis institutionem tantum.
- 129 Declaratur lex 31. Tauri.
- 130 In mandato generali tantum veniunt specialiter expressa.
- 131 Quauis potestas detur substituendi, accipitur quoad substitutiones nominatas.
- 132 Irregulares substitutiones odiosae sunt, & aduersus ius comune, & non habent locum nisi in speciatim commissis.
- 133 Contra naturam maioratus est irregularis substitutio.
- 134 Irregulares substitutiones continent speciem exheredationis.
- 135 Arbitrium secundum ius regulari debet.
- 136 Maioratus agnationis nunquam introducitur, nisi in casibus à iure expressis.

137 Ver-

382 De Tenuta, seu remed. possessor.

- 137 Verbum Videbitur, Placuerit, & similia, quomodo exponi debeant:
& liberum arbitrium quid importet,
- 138 Ultima voluntas collata in arbitrium alterius, est nulla, & sic modificatur & limitatur ad arbitrium boni viri, ut non corrumpat dispositio.
- 139 In mandato ea tantum continentur, quæ mandari queunt, quantumvis generale sit.
- 140 Arbitrium boni viri continet id quod est de iure, vel de consuetudine.
- 141 Octo modis redigitur arbitrium ad arbitrium boni viri.
- 142 Si commissarius, cui facultas data est instituendi maioratum, eum de facto irregularem faciat, an vitetur dispositio: an verò redigatur ad regulare primogenium, & numeris sequentibus, usque ad numerum 154.
- 155 An filij maioratui irregulari possint consensum prestare.

SI MAIORATVS POSSESSOR in alio maioratu succedat, qui cum primo, quem possidebat, incompatibilis sit, an ille, qui in primo maioratu succedere cōtendit, in vita huius vltimi possessoris Tenutam proponere possit,

C A P V T XXXIIII.



RATIO dubitandi huius questionis ea esse potest; lex enim quadragesima-quinta Tauri mortem natura-

lem vltimi possessoris exposcit; ut Tenutæ locus sit; ut illa verba insinuant: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego, sin otro acto de aprehension, se traspassa la possession, &c.* iunctis verbis legis

Caput Trigesimumquartum. 383

legis non æ, tit. 7. lib. 5. Compil. quæ lata fuit ad executionem prædictæ legis Taurinensis, in qua ita scriptum est: *Y en caso q algun possedor de mayorazgo falleciere, &c.* Ex quibus lanè verbis elicit Molina lib. 3. cap. 13. 5 nume. 59. si vltimus maioratus possessor, bonorum primogenij possessionem in alium, quæ prætendit eiusdem primogenij successorem efficere, transtulerit, illum, qui in hoc maioratu succedere cõtendit, non posse, vltimo possessore viuentē, remedium Tenutæ proponere: necessariò enim eius mors expectanda est. Apud Iurisconsultos enim mors semper intelligitur naturalis, nec mors civilis reperitur, sed quasi magistrale nomen à Iurisconsultis recentioribus & iuris præceptoribus inuentum est, secundũ Acoſt. in l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 4. ff. de liberis & posth. qui fuit immemor Luce de Penna in l. vnica. C. de impon. lucra. descrip. lib. 10. col. 1. versic. *&c. cum dicimus mortem*, qui ante eum dixit; & vtrũque refert Mieres par. 2. quæst. 3. n. 4 15. Et mortē civilem non æquiparari naturali, nisi in casibus à iure expressis, placuit glossæ in cap. placuit, 16. quæst. 1. verb. *mortuus*, versic. *&c. hoc teneat*. Ias. in d. l. 1. nu. 1. C. de hæred. inst.

& in Authen. si qua mulier, nu. 19. C. de sacrosan. Eccles. Ægidio Bolsio in praxi crim. tit. de bonorum publicatione, nu. 40. Gregor. in l. 2. glo. 1. tit. 18. par. 4. Menchacæ lib. 2. controuersi. cap. 27. nu. 15. Et confirmatur hæc Molinæ opinio ex textu in c. susceptum, de rescriptis, libr. 6. vbi vacatio per mortem, & vacatio per renuntiationem, diuersa sunt, & ideo in literis ad beneficium impetratis, vno expresso, non venit reliquum: & ita illum textum intelligūt ibi Ioan. Andreas, & glo. verb. *non morte*, & Hostiens. in c. ex parte, in 1. de offic. delegati, à num. 1. His accedit, nam vacatio per mortem, omnibus est notoria; vacatio tamen per incompatibilitatem, non omnibus patet; & sic absens & ignorans damnum recipere possent, cum liti non se opponerent, existimantes, possessore viuo, maioratum non vacasse: ex mortis enim æquiparatione non ijdem legis effectus possunt resultare, ac si vltimus possessor mortuus esset. Baldus in l. apud hostes, nu. 6. C. de suis & legitimis hæ. Corneus in l. 3. num. 104. C. de iure delib. Postremò considero, in casu nostro ratione prædictæ incompatibilitatis non potuisse maioratum vacare ante mortem naturalem possessoris; & sic

384 De Tenuta, seu remed. possessor.

7 & sic Tenutam competere nō posse: prohibitus namque succedere, non censetur prohibitus possessionem continuare, ex textu singulari in l. vltima. ff. vnde liberi, in illis verbis: *Si posteaquam filius emancipatus bonorum possessionem patris petijt, statum suum mutauit, nihil obesse ei, quominus id quod acquisiuit, retineat; quod si prius conditione suam mutauerit, bonorum possessionem cum petere non posse*: ex qua lege satis constat, si ante vacationem secundi maioratus, primum quis acquisierat, illū retinere posse, etiam si alterius maioratus cum primo incompatibilis dominus & possessor fuerit effectus; ad hoc enim vt prædicta incompatibilitas in consideratione sit, vterque maioratus simul & coniunctim vacare debet, tunc enim vtriusque possessio ratione incompatibilitatis in vnum transferri non potest, vt vltima prædicta verba legis vltimæ demonstrant, ibi: *Quod si prius conditionem suam mutauerit, bonorum possessionem cum petere non posse*. Consequens ergo est, ad hoc vt Tenuta proponi queat, mortem naturalem requiri; cum ante eam primogenium vacans dici nequeat, secundum dictæ legis decisionem: ex qua censet Baldus in l. si mater, in fine. C. de suis & legiti-

9 mis hæredibus; prohibitam mulierē à successionē hæreditatis. si nupserit extero, non priuari hæreditate, in qua iam successerat, etiam si ei nubat: quam doctrinam sequuntur Cumanus & Arcerius in l. hæres perferuum. ff. de acquirenda hæreditate, in princip. Iason in l. 1. §. veteres, à num. 28. ff. de acquir. posses. Et est ratio, actus enim perfectus & consummatus nō vitatur, etiam si deueniat ad casum à quo incipere non potuit. l. pluribus. §. & si placeat, cum vulgatis. ff. de verb. obligat. Sed omitta disputatione, verius existimo, Tenutā in hoc casu proponi posse ratione incompatibilitatis: regulariter enim prædicta incompatibilitas à conditione in maioratu apposita provenit, quæ obseruari debet. l. hoc iure. §. vltimo. ff. de donationibus. l. facta. §. in danda. ff. ad S. C. Trebellianum, vbi notant Bart. & Scribentes, quos refert & sequitur D. Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. numero 10. Chassaneus in Catalogo gloriæ mundi, conclus. 46. per totam. Mieres 2. part. quæst. 4. illatione 8 num. 2. Et si hæc conditio à possessore non adimpleatur, maioratum amittit, iuxta prædicta iura, & ea quæ tradit Mieres vbi supra, nume. 3. & 4. Molin. libr. 2. cap. 8. numer. 15.

His

Caput Trigessimūquartum. 385

12 His adhæret, nam prædictæ incompatibilitatis ratione, huius primi maioratus dominium amissum fuit, & absque alio actu neque traditione in sequentem in gradu fuit translatum, ut docet Accurs. verb. *petitionem*, in l. quoties. C. de fidei-commis, quatenus voluit, debere sequentem in gradu, in casu incompatibilitatis & conventionis, agere reivendicatione, quæ non competit nisi vero domino, ut in l. in rem actio, cum vulgatis. ff. de reivendicatione, & probat textus in dict. l. quoties, in verbo *petitionem*, & in l. cum pater. §. libertis. ff. de legat. 2. & ita in individuo ex his iuribus deduxit Salicetus in dicta l. quoties, nume. 4. & 5. Gregor. Lopez in l. 34. titul. 9. verb. *el señorio*, part. 6. versic. *et nota quod similiter*. Mieres 3. p. quæst. 9. num. 1. Vtteriùs, quia non solum dominium ex prædicta maioratum incompatibilitate in sequentem in gradu transfertur, sed etiam & possessio, iuxta legem Quoties. C. de donationibus quæ sub modo, prout ex ea expendunt Speculator, Decius, & Ripa, quos recenset & sequitur Molina libr. 3. cap. 12. num. 2. Couarrub. pluribus relatis, lib. 1. resolut. cap. 14. num. 3. licet ipse contrarium sentiat. Molinæ verò

opinio communior & receptior fuit, & ex l. 7. titul. 4. par. 5. nullam dubitationem habet: & in casu & quæstione nostra non solum dominium, sed & possessionem transferri in sequentem in gradu, arbitrantur Gregorius Lupus ubi suprâ, Xarez allegatione 9. nu. 5. & duobus sequentibus, & numer. 10. Tellus in l. 27. Tauri, numer. 2. vers. *tamen in his substitutionibus*, & in nume. 19. Mieres 1. p. quæst. 24. num. 2. Molin. libr. 3. cap. 12. num. 3. & 4. & lib. 2. cap. 12. n. 17. Cum igitur per prædictam incompatibilitatem dominium & possessio transferatur, Tenutam competere, compertum est, iuxta dictam l. Tauri, & l. 8. & 9. tit. 7. lib. 5. Compil. Neque his refragatur decisio textus in dict. l. 45. Tauri, & in l. 8. & 9. tit. 7. lib. 5. Compil. quia quanvis ibi ad translationem possessionis, & ad Tenute actionem proponendam casus mortis exprimatur, extendi debet ad alios casus eandem vacationem maioratus inducentes, iuxta glossam, verbo *moriente*, iuncto textu in Clementina Ne Romani. §. sanè, de electione. glossa similis verbo *mori*, in Clement. 1. ut lite pendente. l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de liber. & posth. ibi: *Ad similitudinem mortis ceteri casus admittiendi sunt.*

Bb

l. si

386 De Tenuta, seu remed. possessor.

l. si necem. §. deportatus. ff. de bonis libertorū. l. mulier. ff. ad Trebel. l. si mater. C. de institution. & substitution. sub cond. fact. l. 5. tit. 4. p. 5. c. si Episcopus, de supplenda negligentia Prelat. lib. 6. & facit tex. optimus in l. 28. ti. ul. 4. p. 5. quæ postquam egit de morte iudicis, adjicit etiā casus similes, quos morti æquiparat prædicta lex: legemque, quæ de morte loquitur, ad similes casus trahi, & eos cōprehendere, docet Bart. in l. ex ea parte. §. in insulam, in princ. & fin. & ibi latè Albericus nu. 1. ff. de verb. obligat. quæ sententia cōmunis est secundū Iasonem in l. si decesserit, per textum ibi nu. 10. ff. qui satisficere cogatur. Alciat. in d. §. in insula, n. 6. ver si. *merito*. Sebastian. Medices in tractatu Mors absorbet omnia. 1. p. n. 28. & 30. Tiberiū Decianum consi. 86. n. 39. lib. 3. Philippum Francum in cap. susceptum, num. ultimo, de rescriptis, lib. 6. Boerium decis. 104. n. 7. Seguram in l. cohæredi. §. cū filie, nume. 54. ff. de vulgari, & in individuo quæstionis nostre censet Molina, l. is iuribus & autoribus non relatis, lib. 1. c. 13. n. 59. Mieres 2. p. q. 3. n. 15. & in 3. par. quæstione 18. nu. 8. alter Molina de iustitia, tomo 3. tractatu 2. disputatione 638. nu. 5. in fine, Tiraquellus de primo-

gen. quæstione 23. nume. 15. & quæstione 53. nume. 16. & huc pertinet doctrina Beroij in cap. in præsentia, num. 334. de probation. & Gregorij in l. 2. tit. 15. p. 2. verb. *si dexasse fijo, õ fija*.

16 His conducit, quia si possessor maioratus ingrediatur religionem quæ bona capere non potest, secuta professione, statim aperitur edictum sequenti in gradu, & Tenuta proponi potest, ac si verè esset mortuus prædictus possessor; cū hic casus morti æquiparetur, vt post Gregorium vbi suprā, latè defendit Mieres 2. p. q. 3. num. 16. & 4. par. q. 23. nume. 44.

17 Item pro hac sententia non parum vrget, ea nempe cōsideratio, vt quanuis conditiones de iure sint in forma specifica adimplendæ; tamen sufficit impleri secundū volūtatem disponentis, vt in l. si mater. C. de institutionibus & substitutionibus, elegans tex. in l. 5. tit. 4. p. 5. ibi: *Ca en este caso, y en todos los otros semejantes del, en que se a pñcia condicicn, en qual manes a quier q se cūpla la voluntad del q la puso, vale el donadío*: vbi Greg. notat, & Mieres 2. p. q. 3. n. 10. & 3. p. q. 18. n. 1. verū quia ratio legis. Cum ergo prædicta institutoris maioratus voluntate, prædictæ incompatibilitatis ratione maioratus vacauerit,

Caput Trigesimumquartum. 387

cauerit, consequens est, hunc 20
casum vacationis, morti com-
parari, & sic Tenuam posse
proponi, ac si vltimus possessor
mortuus fuisset; ex vulgari tex-
tu in Authentico de nuptijs. §.
disponat.

18 Deinde facit, quia paria sunt
in materia successionum, suc-
cessorem non esse in rerum na-
tura, vel esse, & à successione
ex incompatibilitate, vel alia
ex causa excludi, vt locum fa-
ciat sequenti in gradu; textus
expressus in l. 1. §. vltimo. ff. de
bonorum possessio. contra ta-
bul. dict. l. si necem. §. si depor-
tatus. ff. de bonis libertorū, vbi 21
si deportatus sit filius, & ideo
inhabilis ad successionem, ne-
pos admitti debet ad bonorum
possessionem, cum filius mor-
tui loco habeatur.

19 Vltcrius & his adijcio, vt
quanuis verum sit, possesso-
rem maioratus post mortem
tantum teneri restituere: si ta-
men dum viuit, efficiatur inha-
bilis, statim tenetur restituere,
& pro mortuo habetur, vt Te-
nuta competat, vt post Richar.
Malum. & Ioann. Andream in 22
Rub. de secundis nuptijs, & Pau-
lum de Castro, & Doctores in
l. 3. C. de institutio. & subst. sub
cond. fact. scribit Tiraquell. de
iure primigeniorum, quæst. 23.
num. 17.

Et prædictis conducit deci-
sio textus in l. 17. Tauri, quæ pa-
tri reuocationem maioratus vs-
que ad mortem permittit: nam.
si religionem fuerit ingressus,
& in ea fuerit professus, irreuo-
cabilis maioratus efficitur per
professionem, quanuis ante eā
possit voluntatem mutare, ex
his quæ scribit Tellus in l. 17.
Tauri, nu. 6. & vltra eum glossa
in cap. placuit, verb. mortuus,
16. quæst. 1. ibi: *Et sicut donatio
causa mortis confirmatur morte na-
turali, ita similiter confirmatur
morte ciuili, vt C. de donation. in
ter vir. & vxor. res vxoris. 10.*

Et his quoq; annectitur de-
cisio tex. in l. ex facto. §. si quis
rogatus in 3. ff. ad S. C. Trebel.
vbi conditio illa, Si sine liberis
decesserit, posita in substitutio-
ne, adimpletur, quando quis
damnatur in metallū, cum ser-
uus pœnæ efficiatur; & sic hic
casus mortis æquiparatur: ex quo
textu hanc opinionem admit-
tit Angelus in prin. dictæ legis
Ex facto, Alex. conf. 13. n. 2. lib.
1. Roland. conf. 97. nu. 39. lib. 2.
Mieres par. 3. q. 3. n. 1.

22 Quibus propemodum con-
ducit tex. in l. mulier quæ. ff. ad
S. C. Trebel. vbi fideicommissum
à matre relictū filio, & collatū
in tempus mortis patris sui, in cu-
ius potestate consistebat, debetur
immediatè, cū filius qualiter-

Bb 2 cunque

388 De Tenuta, seu remed. possessor.

cunque factus sui iuris fuerit; cuius decisionis rationem reddit Consultus, ibi: *Intellecta matris voluntate, quæ quia non crediderat, patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si cum emancipaturum sperasset:* quæ verba quæstioni nostræ satis aptantur, cum iura & Doctores casum mortis considerent ad vacationem maioratus & translationem possessionis; cum regulariter primogenium aliter non vacet; si tamen propter incompati-
 25 bilitatem primogeniorum vacatio contigerit in vita possessoris, & hunc casum a lege
 23 45. comprehensum esse, cum semper iura voluntati testatorum nitantur, dicendum est.

Et huc pertinet, quia ubique possessor maioratus ali-
 quod commisit delictum, ex quo primogenium amittit, & in sequentem in gradu transit, ex institutoris prouisione, hunc
 24 casum morti naturali comparari, omnes Doctores sentiunt; idemque in cæteris similibus casibus ad mortis similitudinem arbitratur Mieres pluribus relatis dict. quæst. 3. part. 3. numer. 2. beneficiumque legis
 27 quadragesimæ quintæ Tauri

tunc locum habere, cum eadem ratio vigeat, scribit his verbis: *Hoc etenim casu mors ista civilis habet eundem effectum quem mors naturalis; & ideo æquitas & beneficium & priuilegium illius famosa legis ad hunc casum extendi debet: maxime quia concurret eadem ratio, quæ adest, quando antecessor in maioratu verè & naturaliter mortuus fuit: facit lex Etiam. §. si de portatus, ibi, Fratribus suis non obstabit. ff. de bonis liber. l. 1. C. de heredibus instituendis. Hactenus Mieres.*

Et huic sententiæ adstipulatur, nam per acceptance[m] huius secundi primogenij vacauit primum, ratione, ut diximus, prædictæ incompatibilitatis, quia electio vnius ex contrarijs, præsupponit dimissionem alterius. l. 1. C. de furtis. l. qui seruum. ff. de actionibus & obligation. notat Bald. in l. in rebus, n. 2. C. de iure dotium. Molina de primogenijs, libr. 2. cap. 14. nu. 25. & 27. Si possessor ergo maioratus admisit aliud primogenium incompatible cum eo quod possidebat, eo ipso vacauit primum quod obtinebat: argumento textus in cap. de multa, de præbendis, Clementina Si plures, eodem titulo: & sic cum vacante primogenio, possesio

Caput Trigessimumquartum. 389

sessio vacare non possit, quia continuari debet, necessario sequitur, transfundi in sequentem in gradu vi & ministerio dictæ legis 45. & Tenutæ locū esse, & hoc casu nō esse expectādam mortem naturalem, sed vacationem ipsius maioratus, ex glossa recepta in cap. si propter, verb. *vacabunt*, de rescriptis, lib. 6. in cap. cupientes, verbo *vacantibus*, de electione in 6. in cap. quia sæpe, verbo *vacat*, de præbend. lib. 6. & in c. 1. verbo *renuntiet*, de renuntiatione in 6. ex quibus appellatione vacationis venit omnis vacatio, siue per mortem, vel renuntiationem, seu per incompatibilitatem, conditionē, vel aliam causam.

28 Neque etiam obstat quod diximus, apud Iurisperitos mortem semper intelligi naturalem, & ei civilem æquiparari non posse; omisissis enim varijs interpretationibus, vera conclusio est, quando militat eadem ratio in civili, prout in naturali, & representatur idem effectus in civili, sicut in naturali, tunc æquiparari; alias non. Hæc est doctrina Felini in cap. licet vndique, num. 2. in principio, de officio & potest. iudicis delegati, ibi: *Collige unam conclusionem, videlicet: Mors*

*civilis æquiparatur morti naturali, quando in casu occurrenti tantum operatur, quantum operaretur naturalis. Imol. hic. Idem Bart. in l. ex ea parte. §. in insulam. ff. de verborum obligationibus, et dom. Ant. et Imol. hic: quæ conclusio est melior ea quam ponit glossa magna in cap. susceptum, de rescriptis in 6. et in cap. placuit, 16. questione 1. dum dicit, quod mors civilis non æquiparatur naturali, nisi in casibus à iure expressis. Quæ conclusio procedit etiam in materia odiosa & correctoria, ut dicto numero idem auctor docet, & eum sequitur Alexand. consilio 13. libr. 2. Socinus consilio 92. libr. 1. per totum, & relati ab Ægidio Borsio titulo de bonorum publicatione, numer. 35. post glossam verb. *integra*, in dict. cap. licet vndique, quam ibi expendunt Antonius de Butrio, Imola, Felinus, & Doctores communiter, Bart. & Scribentes in dict. §. & quid si tantum, versic. *ad similitudinem mortis*. Et an, & quando mors civilis operetur eosdem effectus, quos naturalis, tractant Doctores in d. §. & quid si tantum, ubi est materia principalis. Præpositus in c. 2. 2. notab. de maiorit. & obediē. & in c. licet, 2. notabili, de offic. delegati,*

Bb 3

390 De Tenuta, seu remed. possessor.

delegati, Felinus in cap. qualiter, in 2. §. ad corrigendos, ad finem, de accusationibus. Corneus consi. 249. per totum, libr. 1. Alexand. consi. 138. nume. 1. lib. 2. Bald. consil. 8. per totum, lib. 4. & in cap. 1. à nume. 4. quibus modis feud. amittatur. Ias. in l. 1. nu. 1. C. de hæred. instit. & in Authen. Si qua mulier, n. 19. C. de sacrosanct. Eccles. Gregorius in l. 2. scholio 1. titul. 18. part. 4. Menchaca lib. 2. controuers. cap. 27. numer. 15. Mieres parte 2. quæst. 3. num. 15. Molina lib. 3. cap. 13. num. 59. Ægidius Bosius multa cumulas de bonorum publicatione, nume. 35. 37. & 40.

Neque iterum obstat textus in dict. cap. susceptum, de rescriptis, lib. 8. ex quo docuimus, vacationem per mortem, & vacationem per renuntiationem, diuersa esse, & ideo in literis ad beneficium impetratis, vno expresso, non venire reliquum.

29 Responderur enim, in dict. cap. susceptum, diuersam rationem constitui, quàm in l. 45. Tauri: per mortem enim vacat beneficium, vt Sumus Pontifex prouideat cui voluerit; per renuntiationem tamen non vacat, nisi prouisum fuerit in fauorem illius cui renuntiatio fuit facta; vt probat Rota noua de renuntiatione, decisione 1. numer. 3.

quod sensit glo. in dict. cap. susceptum, verb. *non morte*, quatenus dixit, renuntiantem posse redire ad suam Ecclesiam; cum diuersus itaque effectus resultet ex morte, quàm ex renuntiatione, ideo de vna ad aliam æquiparatio ibi non fit; vt tradit Gomezius in regula de impetran. benef. per obitum famil. quæst. 4. & 5. Philippus Francus in d. c. susceptum, num. vltim. idem Gomezius in regula de annali pos. per totam, in præfatione. Exl. tamẽ 45. nõ diuersus effectus causatur; quomodocunque enim maioratus vacet, ad illum pertinet qui ex institutoris dispositione succedere debeat; & sic nihil interest, an per mortem vacauerit, an per casum morti similem.

30 Vlteriùs non obstat quod diximus, vacationem scilicet per mortem, omnibus esse notoriã; vacationẽ autem per incompatibilitatem, non omnibus patere, ideoque diuersam admodum rationem militare. Respõdetur enim, effectũ translatiuũ legis 45. & remediũ Tenutæ legis 9. tit. 7. lib. 5. Cõp. non cõsistere in sciẽtia vel ignorantia illius in quem transfertur possessio; cum etiam in ignorantem possessio transferatur, & etiam contra eum sex menses à dicta lege præstituti currant, argumento

Caput Trigesimumquartum. 391

mento eorum quæ probat glos-
sa iuncto textu in cap. statu-
tum; verbo *numerandum*, de
præbend. lib. 6. & quæ late scri-
bit Tiraq. de retract. lignag. §. 33
32 35. glo. 2. 3. & 4. Molina lib. 3. c.
13. numer. 60. & plene osten-
di in cap. 17. supra. Et est
ratio (ut id obiter dicam) nam
prædicti sex menses continui
sunt; & tempus continuum
aduersus ignorantem quoque
currit; secus verò utile; cur-
rit enim tantum à tempore
scientiæ, cap. quia diuersi-
tatem, in fine, de concessio-
ne præbendæ, c. de multa. §. is
quoque, de præbend. vbi In-
nocentius verbis *sex menses*.
Ioan. Andreas eodem verbo.
Hostiensis in summa de præ-
bendis, ad finem. Cum ergo 34
ad transferendam possessio-
nem, & actionem Tenuræ
proponendam, lex solum va-
cationem maioratus conside-
rauerit, siue hæc per mortem,
vel alium casum similem con-
tingat, suum intentum con-
sequitur, & Tenuræ locus est.

Postremò non vrget decisio
textus in l. vltima. ff. vnde libe-
ri, ex qua deduxi, prohibitum
succedere, non censi prohibi-
tum possessionem continuare,
& sic ratione prædictæ incom-
patibilitatis non potuisse pri-
mum maioratum vacare, cum

incompatibilitas debeat consi-
derari tempore acquisitionis
nam posteaquam actus semel
fuerat perfectus, non poterat vi-
tiari, etiam si deueniret ad ca-
sum, à quo non posset incipere.
Respondetur enim, quanuis ve-
rum sit, supradictam doctrinā
procedere in actu momentaneo,
qui semel perficitur, ut in acqui-
sitione hæreditatis, quæ acqui-
ritur vnica sola aditione, vel
in mixtione, & similibus, in qui-
bus sufficit tempore quo ac-
quiritur, habilitas; non tamē lo-
cum habet in actu continuo, suc-
cessiuo & iterabili, huius enim
obligatio semper durat, ex do-
ctrina Bart. in l. ex facto, nu. 1.
ff. de vulgari, dū distinguit in-
ter qualitatem adiectam actu
disponenti de presenti; & inter
qualitatem adiectam actu de
futuro, per quem significatur
tempus à quo dispositio de-
bet sumere effectum: nam in
primo casu inquit sufficere,
qualitatem ipsam aliquo mo-
mento impletam fuisse, licet po-
stea cesserit: in secundo verò casu
ait, non sufficere, qualitatem il-
lam aliquo momento & tem-
re impleri, nisi duret, & verè exi-
stat tempore quo dispositio su-
mit effectum: & Bart. doctrinā
sequuntur ibi Alex. & Imol. Ri-
pa n. 29. & 30. vbi docet, quan-
do qualitas requisita, est talis;

Bb 4 quæ

392 De Tenuta, seu remed. possessor.

35 que statim cōsummat effectū,
 & secum trahit executionem,
 nihil interesse, an prædicta qua-
 litas postea cesset; nam nihilo-
 minus non cessabit dispositio,
 exque semel eius effectus per-
 36 fectus fuit: secus verò esse, quan-
 do prædicta qualitas habet in
 se inclusum tractum successi-
 uum; nam tunc semper requiri-
 tur existentia prædictæ qualita-
 tis, vt arbitrat̃ur Alciatus in l.
 ex facto, nume. 8. ff. de vulgari.
 Ripa in l. ex facto. §. si quis au-
 tem, num. 4. ff. ad S. C. Trebell.
 Baldus & Doctores in l. si quis
 hæredem. C. de institutione &
 substitut. sub condit. latè Tira-
 quellus de cessante causa, limita-
 37 tione 23. nume. 2. tradit Ange-
 lus consilio 34. num. 8. & 9. vbi
 tenet, ad cognoscendum, an
 cōditionē appositā per testato-
 rem, sufficiat momento imple-
 ri, vel semper existere, esse con-
 siderandum, an illud quod in
 conditione apponitur, concipi-
 atur per verba denotantia
 actum instantaneum, aut suc-
 cessiuum in futurum: nam pri-
 mo casu satis est semel condi-
 tionem impleri, in secundo ve-
 38 rò non semel conditionem exi-
 stere debere, sed omni tempo-
 re in quod conferatur: & sequi-
 tur Parisius consilio 32. nume.
 84. lib. 1. Rolandus consilio 52.
 num. 46. lib. 2. Tiraquel. in l. si

vnquam, verb. *susceperit liberos*,
 numer. 171. & latissime tractat
 Baldus in l. humanitatis, num.
 28. C. de impuber. Alexand. cō-
 filio 53. nume. 12. lib. 6. Crotius
 consi. 58. num. 12. lib. 1. Anton.
 Gabriel lib. 4. communium cō-
 clus. Rubrica de fideicommissis,
 conclusionē 8. num. 6. & sic
 in materia primogeniorum, &
 in indiuiduo quæstionis de qua
 agimus, absque controuersia
 putamus, propter prædictam
 incompatibilitatem, & condi-
 tionem ab institutore apposi-
 tam per verba quæ denotant
 tractum successiuum, primum
 primogeniū vacare per acqui-
 sitionem secundi cum primo in-
 compatibilis: & hæc est verissi-
 ma interpretatio textus in dict.
 l. vltima, qui alioqui satis diffi-
 lis videbatur.

37 Cum ergo ex supradictis ostē-
 derim, prædictæ incompatibili-
 tatis ratione in vita possessoris
 maioratum vacare, & Tenutā
 posse proponi, dubitatio insur-
 git, an & quando hic maiora-
 tus vacans dicatur, vt actioni
 Tenutæ in vita possessoris adi-
 38 tus pateat. Et dicendum vide-
 tur, per acceptationem secundi
 maioratus cum primo incom-
 patibilis, statim ipso iure vaca-
 re primum primogenium, &
 eius possessionem transfundi
 in verum successorem, legis
 quadra-

Caput Trigesimumquartum. 393

quadragesimequintę Tauri ministerio; nam, vt superius dixi, electio vnus aliud dimittit, ex dicta. l. 1. C. de furtis. l. qui seruum. ff. de actionibus & oblig. & probat in indiuiduo textus in cap. de multa, de præbend. vbi habens beneficium curę animarum annexum, si secundum receperit, eo ipso primo priuatus existit, & ipso iure vacat, ratione scilicet prædictę incompatibilitatis; & eadem decisione in Clement. Si plures, eodem titulo, ibi: *Eius possessione adeptæ pacificę, dignitates quas prius habebat, ipso facto vacare censemus*; qui est casus ad litteram decisiuus quęstionis nostrę: & ponderari debent illa verba, *Possessione adeptæ pacificę, &c.* vt ex eis cesset quęstio illa, quam disputauit Innocentius in dict. cap. de multa, num. 1. dum dubitat, an sufficeret acceptatio secundi beneficii, vt vacaret primum, possessione secundi nondum nacta: & quando dicatur quis adeptus possessionem pacificam, vt prima dignitas vacet, latę tractat Imola in dict. Clementina Si plures, numer. 4. 6. & 8. Innocentius in cap. constitutus, gloss. vltim. de appellationibus, & gloss. in cap. commissæ, verbo *pacificam*, de electione in 6. Hostiens. in dict. cap. de multa. §. quia verò, nu-

3. Ioan de Anania, nu. 5. & 12. Zabarella num. 1. 5. notabili, & 2. oppositione. Ancharranus à nu. 3. vsque ad decimum. Ioannes Andreas num. 2. & Abbas à num. 1. Henricus de Boich à num. 4. Ioan de Imola num. 5. & 6. Quorum iurium & auctorum argumento, acquisitione pacifica secundi maioratus secuta, possessionem primi translata fuisse in verum successorem ex decisione legis Taurinensis, fatendum est; præsertim si poena priuationis ipso facto imposita sit à maioratus institutore, vt frequenter apponi solet, iuxta legem primam. C. de his quę poenę nomine, & glossam verb. *adiiciens*, iuncto textu in cap. Raynaldus, de testamentis, vbi Couarrub. §. 1. num. 6. ad finem, & num. 7. & 8. gloss. vltim. in princ. in l. vltim. C. de fideicommissis, quibus adhæret decisio textus in l. sancimus. §. cum autem, in fine. C. ad S. C. Trebell. ibi: *Siue à primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure vtiles actiones transferuntur*. Et hoc casu maioratum vacare ipso iure per acquisitionem secundi, nec necessariam esse sententiã quę vacationem declaret, arbitratu Francus in cap. proposuit, à num. 1. de appellat. Capitius decis. 121. numer. 25. Felinus in

Bb 5 cap.

394 De Tenuta, seu remed. possessor.

cap. Rodolphus, numer. 37. de rescriptis, pro quibus facit textus in cap. licet canon, de elect. in 6. & l. 1. titul. 4. libr. 3. Compil. ubi ipso iure, sine alia declaratione, fideicommissi sic restitutio fideicommissario, & ibi adnotauit Matienço glos. 18. n. 8. Licet non ignorem, regulariter ex legis dispositione non dari effectum ipso iure, nisi per sententiam declaratoriam. l. nō tātum. §. Senatus, de fideicom. libertatibus. cap. cū secundum leges, de hæreticis in 6. Bartolus à nu. 1. in l. qui delatorem, ff. de iure fisci. Hoc enim procedit, quando vacatio non est certa, sed controuersa: in casu tamē nostro nō dubitatur de incompatibilitate, quæ assumptum est quæstionis nostræ, & sic vacatio controuersa esse non potest, iuxta glossam in l. mancipia, verb. *aduocandum*. C. de seruis fugitiuis; quib⁹ addiderim, sufficere acceptationem secundi maioratus, ut vacet primus, quanuis possessio actualis nondum sit nacta, propter possessionem legale, quæ statim transfertur acceptatione secuta, de 43 quo mox latius agemus.

42 Neque puto obstare huic receptissimæ sententiæ textum in Authentica Hoc amplius. C. de fideicommissis, ex qua elicitur, moneri debere prædictū

possessorem, ut vnum ex prædictis primogenijs eligat: at ad eligendum habet annum, & ante electionem & intra annum, primum primogenium vacare nō potest, nec eius possessio transferri in sequentem in gradū, nec Tenuræ actio proponi in supremo Senatu. Respondetur enim, hunc textum non aptari quæstioni nostræ, sed casum dissimilem continere, nam loquitur in hærede vel legatario, cui onus in hæreditate vel legato iniunctū est: ad hoc enim, ut hæreditate vel legato priuetur, moneri debet, & ei annus ad implementū grauaminis præstitui. Et est ratio, nam cū hoc onus ipsimet hæreditati iniungatur, & in implendo cōsistat, terminus datur ad eligendam hæreditatem, vel onus adimplendum: aliud verò est in casu & quæstione nostrā, in qua on⁹ nullum iniunctum est maioraui, ipsum retinendo, ita ut illud onus implendo, ambo primogenia retinere possit possessor; sed ratione prædictæ incompatibilitatis vtrūque maioratum possidere non potest; si ergo ipse elegit secundum maioratū, & actualem eius possessionem pacificè nactus est, & in possessione legali nullum impedimentum ei iniicitur, inanis & frustratorius esset terminus ad implendum

Caput Trigesimumquartum. 395

plendum & eligendum, quod ipse iam elegerat; merito itaq; per acquisitionē huius secundi maioratus vacat primus, & bonorum eius dominium & possessio in sequentem in gradu, qui verē succedere debeat secundum maioratus dispositionem, transfertur, iuxta ea quæ superius tradidimus: & in indiuiduo casus nostri ita dicta Authenticam intellexit Hostiensis, qui à nemine allegatur, in dicto cap. de multa, de præbend. num. ultimo, ibi: *Quod nec monitio necessaria sit, &c.* & hanc opinionē amplectitur Molina lib. 2. cap. 12. num. 31. & 32.

- 44 Tunc verò dicerem, decisione dictæ Authenticæ procedere, quando secundum maioratum prioris possessor nondum adeptus fuisset, sed esset dubius quē eligeret, tunc namque moneri debet, vt vnum eligat: & hoc casu terminum arbitrio iudicis restringi posse, nec annum necessario expectandum, docet 46 Molina lib. 2. cap. 14. num. 23. & de intellectu textus in d. Authentica hoc amplius, latè agit in materia primogen. Burgos de Paz in proœmio legū Tauri, num. 25. Antonius de Padilla in lectura dictæ Authenticæ n. 12. Ludouicus Molina lib. 2. c. 14. à num. 13 vsque ad 26. quorum scripta ad quæstionem no-

stram non pertinent, & idcò ea disputare omitto.

Præsupposita igitur prædicta maioratus vacatione ipso iure, & possessionis translatione in verum successorem in vita possessoris, alia incidit quæstio, quæ prætermittenda non erit; intra quod scilicet tempus Tenu-
nuta in Reg'io Senatu proponi debeat: nam quando vacatio per mortem contingit, in cap. 16. latè tractauim⁹. Quæ in re distinguendi sunt duo casus. Primus est, quando prædictus possessor secundum primogeniū acquisiuit, & primum non dimisit, imò vtrunque retinuit.

Alius casus est, quando post secundi maioratus acceptationem, ab alio primus maioratus esset occupatus.

In primo casu, absque controuersia puto, quocūque tempore contra ipsum possessorem actionem Tenuæ proponi posse.

In secundo vero casu haud dubium est, sex menses à Regni lege præstitutos ad Tenuā proponendam; currere à die acceptationis secundi maioratus, & occupationis prioris primogenij ab eo factæ, qui in eo succedere contendit; & eis elapsis, actioni Tenuæ non locum esse.

Primæ distinctionis ratio est, quia

396 De Tenuta, seu remed. possessor.

quia quanuis verum sit, ab acquisitione secundi maioratus, primum vacasse, perinde ac si mortuus possessor fuisset; cum ad similitudinem mortis hic casus habendus sit, vt supra ostendi: ad actionem tamen Tenutæ excludendam non considerauit solum prædicta lex non mortem possessoris, vel vacationem maioratus ob alium casum morti similem, sed & alterius possessionem actualem, in qua per sex menses stetisset, vt actio Tenutæ præscripta sit; cum itaque possessor prioris maioratus, in eius possessione, siue de-
48 tentatione permanserit, nec alius tertius actualiter eum possideat, prædictum semestrem præscribi non potest.

Secundæ verò distinctionis ratio est; nam cum prædicti sex menses ex prædictæ legis nonæ
49 decisionis à die mortis ultimi possessoris, & occupationis possessionis ab alio factæ currant,
47 & casus incompatibilitatis pro morte habeatur, & post eam sex menses à die occupationis lapsi fuerint, eorum lapsu Tenuta præscribitur, iuxta dictæ legis seriem: & in indiuiduo docuit Molina lib. 3. cap. 13. num. 59. ibi: *Quanuis non diffiteamur, quod si aliquis alius casus euenerit, ex quo ultimus maioratus possessor pro mortuo habendus sit,*

possit in vita eiusdem remedium dictæ legis proponi. Alter Molina de iustitia, tract. 2. disputa. 638. num. 5. ad finem, ibi: *Tunc semestre illud supputandum esse à prædicto occupatæ possessionis per eum qui intenderet se esse legitimum successorem, postquam ultimus possessor ea de causa in vita sua amitteret maioratum, tunc enim pro mortuo est habendus talis ultimus possessor.* Et huc pertinet ea quæ c. 16. & 18. scripsimus, dum tractauimus, an, & quando, & intra quod tempus Tenuta proponi debeat.

Postremo nec silentio prætereundum erit, cum materiæ de qua agimus peculiariter conueniat, an semel electione facta secundi maioratus cum primo incompatibilis, possit possessor variare, & ad primum redire.

In qua quæstione duæ conclusiones disceptandæ sunt.

Prima, an primogenium, in quo prædicta incompatibilitas fuit adiecta, & maioratum cōcursus prohibitus, testamento sit institutum.

Secunda, an prædictus maioratus contractu institutus sit. Quoad primam cōclusionem, compertissimum est, eum qui facultatem habet eligendi ex
50 testamento, variare non posse, iuxta Labeonis responsum in l. apud Aufidium. ff. de optione vel

Caput Trigesimumquartum. 397

vel electione legata, ibi: *Vestimenta quæ uolet triclinaria sumito, si biq̃ habeto: si is dixisset quæ uellet, deinde antequam ea sumeret, alia se uelle dixisset, mutare uoluntatem cum non posset, ut alia sumeret, & Pompon. in l. statuli berum. §. Stichum. ff. de legat. 2. ibi: Cum autem semel dixerit utrum dare uelit, mutare sententiam non poterit: & ita & Iuliano placuit. Iuliani autem placitum & sententia scripta est in l. huiusmodi. §. Stichum, in fine. ff. de legat. 1. & in l. serui electione. ff. de legatis 1. Idemque cauetur & notat Accursius uerbo non poterit, in dict. l. statuliberum. §. Stichum, & in l. vnum ex familia. ff. de legat. 2. schol. ultimo.*

51 Vltcrius, quia eligendi & optandi facultas consumitur in primo actu valido, c. si electio, de elect. lib. 6. l. filix mea. l. hæc conditio. ff. de conditionibus & demonstrat. Et ratio est, quia vltima iudicia non possunt esse in 53 pendenti. l. vltima. ff. communia præd. Ripa in l. serui electione, num. 15. ff. de legat. 1. Tiraraquel. in l. boues. §. hoc sermone, limitatione 1. & limitatione 15. Peralta in l. cum pater. §. filia, nume. 12. ff. de legat. 2. Mieres 1. part. quæst. 84. nume. 45. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 35. Pereyra de nominatione emphy-

teot. 3. part. cap. 2. nu. 7. Simon de Prætis lib. 1. dubitatione 5. solutione 4. Costat ergo, semel electione facta, eam incommutabilem esse. Sed in contrarium uirgere videtur decisio textus in l. cum pater. §. a filia. ff. de legat. 2. ibi: *A filia pater petierat, ut cui uellet ex liberis suis prædia, cum moreretur, restitueret. Vni ex liberis prædia fideicommissi uiua donauit. Non esse electionem, propter incertum diem fideicommissi certa donationis uidebatur. Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remota matris electione, & textus in l. vnum ex familia, in principi. eodem titul. ibi: Siue tamen durat electio, fuisse uidetur creditor: siue mutetur, ex neutro testamento petitio competit: ex quibus iuribus aperte colligitur, cum, cui electio competit ex testamento, variare posse usque ad mortem.*

53 Sed priorē opinionē admittēdo, solutio est, hæc iuraloqui, quando facultas eligēdi non simpliciter & absolute conceditur, sed cum relatione ad tēpus mortis electoris, & ad eligendum incertum de certis; hoc enim casu is cui hæc facultas indulgetur, variare potest, ne præiudicium fiat his qui uiuunt tempore mortis eligentis: quæ ratio mouit

398 De Tenuta, seu remed. possessor.

mouit Consultum in l. cum pater. §. hæreditatem, in 1. ff. de legat. 2. ibi: *Viriles autem inter eos fieri qui eo tempore vixerint, quia de alijs eligendi potestas non fuit*: & censuit Accursius. quem omnes ibi sequuntur, in d. l. vnum ex familia, verbo *mutetur*, ad finem, & in dict. l. cum pater. §. à filia, verbo *non esse electionem*, in principio. ff. de legat. 2. Iura verò in dict. l. apud Aufidium, de optione legata, & in dict. §. Stichum, legis Statuliberum. ff. de legatis 2. loquuntur in eo qui simpliciter & absolutè eligendi facultatem habet, non collatam in tempus mortis, tunc enim, semel electione facta, variare non debet; & ita in dict. §. à filia, arbitrati fuerunt Accursius, Bartolus, Imola, & Cumanus, Iason in l. huiusmodi. §. Stichum, num. 4. ff. de legat. 1. Ripa in l. serui electione, eodē titul. nume. 14. Gregor. Lopez in l. 25. titul. 9. part. 6. glo. 1. Anton. Gomez in l. 40. Tauri, num. 50. Molina libr. 2. cap. 4. nu. 24. & 34. Pereyra de nominatione emphyteor. 3 part. cap. 2. num. 7. & cap. 3. ex nume. 1. & 3. Martienco in l. 14. gloss. 1. num. 42. lib. 5. Compil. Gutierrez libr. 3. pract. quæst. 79. nume. 3. Cuiacius lib. 1. obseruation. cap. 39. Morotius consi. 31. numer. 12. Cum ergo in casu & quæstio-

ne nostra, adueniente die incompatibilitatis horum duorum maioratum, secundum primogenium elegerit possessor, non poterit variare, & ad primum redire, si testamento sit institutum primogenium, cui prædicta incompatibilitatis conditio adiecta sit. Ratio autem ea est, nam quando ius eligendi ex testamento competit, electione & optione facta, statim fuit translatum dominium huius maioratus in accipientem, iuxta l. à Titio ff. de furtis, & l. cum pater. §. furdo. ff. de legat. 2. & sic ab eo non auocatur, etiamsi possessionem non apprehenderit, & ante possessionis apprehensionem voluntatem mutauerit, iuxta decisionem legis Apud Aufidiū, ibi: *Deinde antequàm ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eū non posse*. Quod in casu nostro, & primogeniorum quæstione, minorem difficultatem habet, cum ex lege 45. Tauri non solum dominium, sed & possessio transferatur in eligentem: itaque electione semel facta maioratus vacantis, & primus quæ possessor obtinebat, vacauit, & eius dominium in verum successorem simul cum possessione fuit transfusum prædictæ legis Taurinensis ministerio, à quo prædictum quæsitum ius non

Caput Trigesimumquartum. 399

non potest auferri, secundum iura vulgaria: & sic cessat ratio dubitandi prædictæ legis Apud Aufidium, ibi: *Si is dixisset quæ vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset*; tunc enim dubitauit Consultus, an cum rei legatæ electio tantum fuisset facta, non tamen esset apprehensa, legatarius iterum posset eligere: & nihilominus respondit, eligere non posse; si tamen iure communi, sicut ex nostra lege Tauri, coniunctum cum dominio & possessio transferretur, nullus dubitationi aditus pateret.

Concluditur ergo, si ex testamento facultas eligendi competat, semel electione facta, variari non posse, secundum superiorem doctrinam.

65. Non tamen omitto, ut hæc materia percipiatur, multum interesse, an prædicta electio quæ ex testamento competit, contractu, an verò testamento fuerit facta. Nam si is qui ex testamento ius eligendi habet, ex contractu, vel aliqua dispositione & declaratione inter viuos, semel elegerit, variare nequit; incommutabilis enim & irrevocabilis prædicta electio manet; & ita intelligenda sunt iura in l. serui electione. ff. de leg. 1. ibi: *Serui electione legata, semel duntaxat optare possumus,*

& in l. huiusmodi. §. Stichum, eodem tit. ibi: *Si dixerit hæres, Stichum se velle dare*, & ibi: *Cum autem semel dixerit hæres*, & in d. l. apud Aufidium, de optione legata, ibi: *Si is dixisset quæ vellet*, & ibi: *Alia se velle dixisset*, & ibi: *Simulac se dixerit*; hæc enim verba ad dispositionem & voluntatis declarationem inter viuos referuntur, ut ex eis constat; & ita hæc iura interpretatur Ripa in dict. l. serui electione, nume. 12. Bart. in l. cum qui certarum. §. 1. num. 2. & 3. ff. de verborum obligat. vbi Socinus à num. 4. & docent Scribentes communiter in dict. l. serui electione. Molina libr. 2. cap. 4. num. 36. & 37.

Aliud verò erit, quando ille, cui optio ex testamento competit, non in contractu & dispositione inter viuos, sed in testamento eligendi facultate usus fuerit, tunc enim variare poterit. l. 4. ff. de adimend. legat. l. si fratres. §. idem respondit. ff. pro socio, ibi: *Quomodo enim libertatem de supremis iudicijs contingere quis poterit?* Qua ratione, si electio ex testamento competat, & in vltima voluntate fiat, reuocabilem & commutabilem esse, in indiuiduo primogeniorum arbitratur Molina dict. lib. 2. cap. 4. nume. 36. inducens ad hoc textum in d. §. à filia, legis Cum

400 De Tenuta, seu remed. possessor.

Cum pater. ff. de legat. 2. ibi: *Vina donauit*, vbi ratio dubitandi fuit in electione facta ex contra-
 60 *ctu*, an reuocari posset: nam si electio fuisset facta in testamen-
 to, nulla dubitatio fuisset, cum compertissimū sit, reuocatio-
 ni locum esse, ex iuribus vulga-
 tis: & Molinæ opinionem am-
 plectitur Aluarus Valascus cō-
 sultatione 102. nume. 17. & 23.
 Molina de iustitia tom. 3. dispu-
 ratione 593. num. 4. Caldas Pe-
 reyra de nominatione emphy-
 teot. 3. part. cap. 3. num. 50. & c.
 58 8. nume. 1. & 2. Neque huic re-
 ceptissimæ opinioni obstat, si
 61 dicatur, testamento contractū
 irreuocabilem, actumque & de-
 clarationem, quæ vim disposi-
 tionis inter viuos habeat, fieri
 posse, vt gloss. vltima, & omnes
 notant in l. hæredes palam. §.
 vlti. ff. de testam. Fateor enim,
 si electio competat ex testamē-
 to, & in testamēto per modum
 62 contractus electio facta sit, reuo-
 cari non posse, si constiterit, ele-
 ctorem irreuocabiliter in testa-
 59 mēto contraxisse: in dubio ta-
 men testator præsumitur reuo-
 cabiliter voluisse disponere.
 Bart. in l. cum quis decedens. §.
 codicillis, num. 3. ff. de legat. 3.
 Guillelmus Benedictus in cap.
 Raynuntius, verbo *testamen-*
tum, num. 5. Aluarado, his non
 citatis, de coniectur. lib. 2. cap. 2.

nu. 25. Et hæc quoad primam
 conclusionem.

Quoad secundam verò, quā-
 do scilicet contractu sit institu-
 tum primogenium, in quo præ-
 dicta incompatibilitas apposi-
 ta fuit, & facultas tantum fuit
 concessa eligendi vnum ex ma-
 ioribus, longè verius est, se-
 mel huius secundi maioratus
 electione facta, variari posse, &
 ad primum maioratum posse
 possessorem redire, & secundū,
 quē iam elegerat, dimittere. Et
 ratio diuersitatis inter electio-
 nem competentem ex testamē-
 to, vel ex contractu, ea est; nam
 si ex testamento competat ele-
 ctio, statim ea facta, etiam si res
 quæ elegitur, non sit apprehen-
 sa, ipsius dominium transfer-
 tur, iuxta ea quæ superius tradi-
 dimus, & verum intellectum
 textus in dicta l. apud Aufidiū,
 & similibus.

62 In cōtractibus verò ante exe-
 cutionē & traditionē dominiū
 nō acquiritur, vt in l. traditioni-
 bus, vbi Scribentes communi-
 ter. C. de pactis, & sic non suffi-
 cit possessorem elegisse, si maio-
 ratus, quem elegerit, actualem
 possessionem non apprehēde-
 rit; cum in hoc casu non militet
 ratio textus in dict. l. apud Aufi-
 dium, ibi: *Quoniam res continuo*
eius sit, simulac se dixerit eam su-
mere, & ita in terminis indiui-
 dualibus

dualibus agnouit Molina dict. lib. 2. cap. 4. nume. 35. ibi: *Si electio competit ex contractu, eligens variare poterit. l. cum qui certarum. §. si. ubi Bart. ff. communiter scribes id notant. ff. de verborum obligat. gloss. in l. statuliberum. §. Stichum, Verb. non poterit. ff. de legat. 2. Ripa in l. serui electione. ff. de legat. 1. nu. 15. Tiraquellus in l. boues. §. hoc sermone, limitatione 15. ff. de verb. signific. num. 9. ff. alibi sepe scribes. Haec tamen Molina, & late prosequitur Caldas Pereyra de nominatione emphyteot. 3. p. cap. 2. num. 7. Illud tamen animaduersione dignum est, si electio cōpetat ex contractu, ideoque eligens variare queat, non pluries, sed semel tantum variare posse: quæ fuit doctrina originaria Baldi in Auth. habita, nume. 35. C. ne filius pro patre, quam extollit & exornat Tiraquell. multis confirmans in l. boues. §. hoc sermone, in regula eiusdem legis, numer. 23. & utrūque refert & sequitur Molina dict. libr. 2. c. 4. nu. 36.*

64 Sed quanquam prædicta notabilia sint, & in alijs electionib⁹ procedant, in questione tamen nostra putarem, semel vno ex prædictis maioratib⁹ electo, ad alium redire non posse, distinctione reiecta, an electio competit ex testamento, vel ex contra-

ctu; & an in testamento, vel in contractu electio facta sit. Ratio enim prædictæ conclusionis & distinctionis ea fuit, nam si electio competit ex testamento, semel electione facta, dominium trāsit; si electio verò competat ex contractu, non ex ipsa electione, sed ex traditione, executione & apprehensione dominiū acquiritur: hæc tamen ratio cessat in quaestione nostra, & sic cessat prædicta distinctio; nam, ut superius meminimus, electo vno ex prædictis primogenijs, aliud vacat i⁹ sō iure, & promortuo habetur ille qui illud possidebat, ratione prædictæ incompatibilitatis; & cū possessio vacare non possit, statim electione facta, cōtinuatur possessio in sequentem in gradu, & simul cū ea dominium in eum transfertur ex legis Taurinensis decisione & prouisione: alioqui enim daremus duos dominos & possessores in solidum, iuris præceptis reclamantibus.

67 Quod confirmo vrgenti ratione, & decisione textus in d. l. apud Aufidium, ubi quādo electio cōpetit ex testamēto, ideo ea facta non potest reuocari, quia dominiū trāslatū fuit ex electione ipsa, etiā ante apprehensionē rei electæ; si tamen electio competit ex contractu, non sufficit nuda electio, cū ex ea non

Cc acqui-

402 De Tenuta, seu remed. possessor.

acquiratur dominium, & ideo 70
traditione opus est. Si igitur in
casu nostro, ex legis Taurinen-
sis ministerio, electione facta, si-
ue in testamento, siue in con-
tractu fiat, non solum domi-
nium, sed & possessio ex facto
legis transfertur, planè sequi- 71
tur, prædictam distinctionem
casui nostro non aptari.

68 Nec huic doctrinæ obstant
iura in cap. de multa, de præ- 72
bendis, & in Clementina Si plu-
res, eodem titulo, ubi quauis
ex electione & acceptatione se-
cundi beneficii vacet primum
ipso iure, ita tamen accipitur, si
possessio secundi beneficii ap-
prehendatur, & non aliter. Re-
spondetur enim, ibi appren-
sionem possessionis expresse
requiri, ad hoc ut primum be-
neficium vacans sit, ut ostendit
prædicta Clementina, ibi: *Eius
possessione adeptæ pacificè*. Et est
ratio, nam cum possessio non 73
transferatur, requiritur eius ac-
quisitio & apprehensio; ex lege
tamen Tauri in primogenio-
rum materia dominium & pos-
sessio transmittitur, & ideo suf-
ficere acceptatio, & electio & op-
tio secundi maioratus, ut primus
vacet, absq; acquisitione posses-
sionis: nam quando factum le-
gis operatur, non fuit opus fa-
cto hominis ad eius acquisitio-
nem.

Rursus & ex alio, nam quan-
vis ex acquisitione secundi be-
neficii primum vacasset, in nul-
lum tamen fuit translatum abs-
que noua prouisione & institu-
tione, cum in eo possessio non
continetur, sicut in maiorati-
bus: ante vacationem enim nec
tribui nec promitti potuit, nec
vllum ius translatiuum ad be-
neficium competit, cap. 2. de cō-
cessione præbendæ. Ex vacatio-
ne tamen primi primogenij cū
secundo incompabilis, dominiū
& possessio in sequentē in gra-
du transfertur, etiā si absens sit
& ignoret, ut in c. 35. ostēdam,
& in c. 17. latē tractaui, ideoque
nō auellitur à prædicto in gra-
du sequenti, quantumvis varia-
uerit ipse primi maioratus pos-
sessor; & siue hæc variatio ex te-
stamento, vel ex cōtractu cōtin-
gat. Quod puto nouū & singu-
lare, & à nemine animaduersū.

73 Ex quibus inferitur interpre-
tatio ad quæstionem assiduam,
non verò satis cognitam, eam
nempe, si vnus ex coniugibus
alteri facultatem cōcesserit eli-
gendi & meliorandi vnum ex
filijs, ita ut perpetuò meliora-
tionis bona vinculo & restitu-
tioni obnoxia sint; an semel ele-
ctione facta, possit coniux va-
riare, & aliū filium eligere.
Cuius quæstionis resolutio
pendere videtur ab his quæ
proximè

Caput Trigesimumquartum. 403

proximè dicta sunt, itavt si in testamento hæc facultas concessa sit, & in cōtractu & dispositione inter viuos electio facta fuerit, reuocari nequeat, etiā si traditio rerū donatarum facta nō fuerit, iuxta ~~textū~~ in l. serui electione, in prin. ff. de leg. 1. & in l. apud Aufidiū, & in l. huiusmodi. §. Stichū. ff. de opt. lega. propter rationē superi⁹ adductā: nā electione facta, fuit in filiū electū & melioratū dominiū trāslatū, etiam si ignoraret, iuxta legem A Titio. ff. de furtis, & in d. l. cū pater. §. surdo. ff. de legat. 2. & ea quę in huius opinionis confirmationem suprā adnotauimus: ab eo itaque auelli prædicta melioratio nequiuir.

Secus verò diximus esse, quādo facultas meliorādi & eligendi testamēto cōpeteret, & in testamēto nominatio & electio facta fuisset, tūc enim propter naturā vltimæ voluntatis, sicut ea reuocari potest, itidē electio & melioratio potest reuocari, ex l. 4. ff. de adimēd lega. l. si fratres. §. idē respondit. ff. pro socio, & ex his ex quibus supra hanc sententiam comprobauimus.

Rursus & aliā distinctionē fecimus, quæ & hīc cōuenit, vt si vnus ex cōiugibus in cōtractu alij meliorationē & electionē, & maioratus institutionē cōmiserit, & cōmissarius per contrā-

ctū inter viuos elegerit, & meliorauerit, & ad maioratū vocauerit vnum ex filijs, & bona donata tradiderit, non possit alius filius eligi, & in prædicta melioratione variari; aliud verò sit, quando facta fuit nominatio, & electio absque traditione meliorationis; reuocari nāq; potest, cū ex sola electione hoc casu non transferatur dominiū in electum, sicut si ex testamento prædicta electio cōpeteret, iuxta legem Qui certarum. §. vltimo ff. de verborum obligationibus. Bart. Tiraq. Molinam, Pereyram & alios huius doctrinæ auctores à nobis allegatos. Ostēdimusq; etiam (quod huic quæstioni aptatur) si in testamēto electio fuerit facta, nihil inter esse, an ex testamēto, vel ex cōtractu ius nominādi cōpetat, cū vtroq; casu variari possit, vt ex glo. Bart. & Doctoribus in d. l. vnum ex familia; & in d. §. à filia, Greg. Anton. Gom. Molina & alijs demonstraui.

74. Sed prædictis nō obstantibus, lōgè veri⁹ existimabo in proposita quæstione, semel electione, & melioratione facta titulo maioratus in fauorē vnus ex filijs, nō posse à cōiuge reuocari, siue ex testamēto, siue ex contractu ius meliorādi cōpetat, siue in testamēto vel in cōtractu melioratio & nominatio, & primogenij

Cc 2

genij

genij institutio facta sit, siue traditio ipsius maioratus interueniat, nec ne; quam opinionem, quia iuris principijs, & predictę quam fecimus distinctioni repugnare videtur, fundo ex sequentibus.

Primò, quia quanquam coniux testamento electionem & meliorationem fecerit, qui est casus maioris difficultatis, & testamentum suum possit reuocare, ex iuribus vulgaris; non tamen illud reuocare poterit quoad dispositionē alterius coniugis, cū duo hæc reputentur testamenta vno contextu, eademque solennitate & scriptura collecta: argumento textus in l. Papinianus. §. sed neque impuberis. ff. de inoffic. testam. c. si pater. §. vlti. de testam. lib. 6. l. patris & filij. ff. de vulgari. l. eo quod à multis. C. si cert. pet. c. sent Bald. Salicet. & Paulus in l. licet inter priuatos. C. de pactis, vbi Decius nu. 3. Roderic. Xua rez in l. quoniam in prioribus, limitat. §. ad l. Regni, Couar. in Rub. de testamentis, 2. par. n. 9. Petrus Pechius de testam. coniugum, libr. 1. c. 19. Et est ratio, quia ea pars testamenti, quæ continet prædictam meliorationem, electionem, & maioratus institutionem, confirmata fuit morte coniugis, qui electionem commisit, vt in indiuiduo testamen

ti à marito & vxore simul confecti opinatus fuit Oldradus consi. 174. à num. 1. Xuarez vbi sup. Petrus Pechius de testam. coniugum, libr. 1. c. 43. n. 1. Bald. eleganter cōsi. 276. lib. 1. per totum. Michael Cressus de successionibus ab intest. q. 90. num. 1. Corneus consi. 156. lib. 4. nu. 1. & ex nostratibus Couar. vbi su. Menchaca de succes. resolu. lib. 1. §. 1. n. 10. Castillo controuer. iuris cap. 18. n. 16. lib. 2. qui plures allegant.

Secundò, quia commissari⁹, electione & melioratione facta, eam reuocare non poterit; arg. tex. in l. 35. Tauri, & eorum quę ibi ab scribentibus adnotantur. Et ratio est, quia commissarius, qui alieno nomine testatur, æquiparatur iudici ordinario, delegato vel arbitro, cū mandatam iurisdictionem exerceat, & sic semel eligēdo, functus est officio suo, & amplius eligere nequibit. l. 1. §. qui mādātā. ff. de officio eius. l. iudex posteaquā. ff. de iudicijs. l. si vt proponis. C. quomodo & quando iudex.

Tertiò, quia quidquid sit ab eo cui testator electionē, distributionē, seu declarationē commisit, tanquā ipsius defuncti factū reputatur, ex tex. in regula Qui per alium, de regul. iur. libr. 6. l. quod meo. ff. de acquir. poss. & morte defuncti hoc testamētū confir-

confirmatur, tanquàm si ipse fecisset. l. vnum ex familia. §. si de Falcidia. & §. sed etsi fundū, vbi Bart. Baldus, & omnes. ff. de legat. 2. l. cū filius. ff. de testam. milit. l. pater ex prouincia. ff. de manumi. vindicta. Peralta in d. §. si de Falcidia, à nu. 5. Padilla ibidem, n. 21. Gregor. in l. 4. tit. 15. par. 2. scholio 1. quæst. 2. Molina lib. 2. cap. 4. numer. 12. Menoch. consi. 158. num. 50. libr. 2. & signanter Goffredus in d. l. vnum ex familia. §. rogo, nu. 1. interpretando verbum, *Vni dā-
tū*, scribit, *Scilicet per testantem,
quia volendo restitui cui ex liber-
tis vult, videtur vni ex libertis
fideicommissum relinquere & dare:
unde commissarius in casu isto est
organū legis, non autē causa per se* 78
*disponens, & ideo ab eo non deno-
minatur effectus.* Et ita commissarius, semel melioratione facta, mutare eam nō potest, quāuis reuocādi facultatē in se reserua-
uerit, vt in d. l. 35. cauetur, & ibi adnotarunt Palac. Rub. Cifuentes, Ant. Gom. Castillo, & Tel-
lus, Mieres 1. p. q. 44. n. 14. Ma-
tienç. in l. 9. tit. 4. lib. 5. Cōp. gl.

77 3. Quibus adstipulatur, quia
quauis prædicta. l. 35. loqua-
tur in testamento à commissario
facto, quod reuocare nō po-
test, cōprehendit omnem aliā
dispositionem & vltimam vo-
luntatem, electionem & meliora

tionem, quam commissarius fe-
cerit vi commissionis à defun-
cto præstita, vt notat Cifuentes
in l. 31. Tauri, n. 6. vbi Tellus n.
3. Mieres 1. p. q. 84. n. 45. Verus
enim intellectus dictæ legis 31.
est, vt substantia dispositionis re-
statori tribuatur, non solum
quoad institutionem, sed etiam
quoad meliorationem, & cæte-
ra omnia in dict. l. contenta; so-
lumenim electio & executio cō-
missario videtur mādāta, vt ex-
ponit Couar. in c. cū tibi, nu.
11. de testam. Mieres 1. p. q. 48.
n. 3. Cutier. lib. 2. præct. q. 42. n.
3. Azeued. in l. 5. tit. 4. lib. 5. Cō-
pil. nu. 3. Et est ratio, nā alioqui
esset volūtas in alterius arbitriū
collata, quæ, tanquā captatoria,
est nulla. l. illa institutio. ff. de hē-
red. instituend. l. Senatus. §. le-
gatum. ff. de legat. 1. l. captato-
rias. l. illæ autem institutiones.
ff. de hæred. inst. l. captatorias.
C. de testam. mil. quæ iura, licet
de captatorijs dispositionib' lo-
quatur, & sciam propriè ab ar-
bitrio distare, vt adnotauit Con-
nan' lib. 10. cōmentar. c. 6. nu. 5.
Corras. lib. 15. miscel. c. 13. Ant.
Augustin' libr. 4. emendation.
c. 15. Alciat. libr. 2. parerg. c. 31.
Couar. in d. c. cū tibi, n. 2. de te-
stam. Sarm. lib. 2. select. c. 6. Me-
noc. alios recēsens cōs. 408. n. 2.
lib. 5. nihilominus omnes DD.
in dictis iuribus ea generaliter
Cc 3 accipiunt

406 De Tenuta, seu remed. possessor.

accipiunt de vltima voluntate & dispositione in alterius arbitrium collata, vt animaduertit Rodericus Xuarez de capt. volunt. a num. 1. Peregrinus de fideicommiss. art. 33. num. 65. & 68. Petrus Surdus consi. 264. n. 5. lib. 2. & consi. 380 nu. 26. latē Menoch. d. consi. 408. ex nu. 1.

72 Illud tamen haud dubiū est, vt si substantia dispositionis in liberū arbitriū alterius nō cōferatur, sed solū electio personæ, vt in casu nostro, tūc valet dispositio, & sustinetur voluntas. l. cū quidā. l. vnū ex familia. l. cū pater. §. hæreditatē, & §. a filia. ff. de legat. 2. l. vtrū. §. cū quidā. ff. de rebus dubijs. l. pater ex prouincia. ff. de manum. vindicta, censet Bart. in l. illa institutio, in fine, num. 9. ff. de hæred. inst. Corneus num. 15. Decius num. 12. Alexand. num. 6. in d. l. captatorias. C. de testam. mil. Xuarez in dict. tract. de captat. voluntate, nu. 6. Couarr. in d. c. cū tibi, n. 11. de testam. & plerosq; recenset Menoch. d. consi. 408. n. 25. & consi. 1054. n. 5. lib. 12. qui omnes mouentur ex ratione tex. in d. §. cū quidā, legis Vtrum. ff. de rebus dub. nepe, quia nō substantia dispositionis, sed electio incertæ personæ de certis cōmissa est; similique modo potest cōmitui distributio bonorū inter certas perso-

nas. l. cū filius. §. pater. ff. de leg. 2. Roder. Xuar. vbi sup. sub. nu. 7. vers. *valet etiam per modum.*

80 Sicut pari sanè iure valet dispositio quæ confert aliquid in tertium per modū declarationis, vt in l. Theopōpus. ff. de dote prælegata, tradit Bald. in d. l. illa institutio, n. 3. ibi. *Quod vltima voluntas non potest conferri in alterius arbitrium dispositiuum, sed bene in distributiuū, declaratiuum & electiuum*, quem refert & sequitur Surd. d. consi. 380. n. 44. libr. 3. & docet Xuar. in d. tract. de captatoria, n. 7. quibus satis probatur, & cōfirmatur opinio nostra, dum dixim⁹, quidquid ab eo fiat, cui testator electionē & declarationē cōmisit, censeri factū ab ipso met. disponēte, nō verò ab eligente, ita vt declaratio & electio, quæ semel facta est, mutationem & variationem non recipiat.

81 Quartò, quia eligēdi, meliorādi, & instituēdi primogeniū facultas à coniuge data, in primo actu perfectionē recipit in persona illius, in cui⁹ fauorē electio facta est: cū electo itaq; ex prædicta declaratione ius quærat, ab eo nō aufertur, & cōsumitur facultas respectu eligētis, vt nō possit alterum eligere: alioqui enim esset in pendentī vltima voluntas, contra legem vltimam. ff. communia prædi. & ea quæ

Caput Trigesimumquartum. 407

ea quæ adnotauit Peralta in l. cum pater. §. filia, num. 12. ff. de legat. 2. Mieres 1. part. quæstione 84. nu. 45. Molina lib. 2. cap. 4. num. 35. Caldas de nominat. emphyt. 3. par. cap. 2. numer. 7. qui innumeros huius opinionis auctores referunt. Mandatum namque testatoris prima nominatione, electione maiora tus, & meliorationis distribu- tione extinguitur, argumento textus in dict. l. serui electione. ff. de legat. 1. & dict. l. apud Au- fidium. ff. de optione legata, tradit Crotus consi. 11. num. 9. lib. 1. Caualecanus decis. 11. nu. 29. vers. cum per primam, par. 3. Tiraquellus in §. hoc sermone, limitatione 6. num. 20. & limi- tatione 7. num. 5. Marin. Freccia de subfeudis, lib. 2. q. 35. per totam.

82 Quinto & vltimo, nam cum vnus ex coniugibus alij faculta- tem dederit vocandi, eligendi, & nominandi ad primogeniũ & meliorationem vnum ex fi- lijs, statim electione & nomina- tione facta, dominium & pos- sessio translata fuit in electum & nominatum vi & ministerio legis 45. Tauri: nullum itaque ius apud commissarium man- sit, vt iterum eligere possit, siue ei electio ex testamento, siue ex contractu competeret, siue in testamento vel in contractu ele-

gerit; tradiderit, vel non tradi- derit bona in dicto maioratu & melioratione contenta; hæc enim distinctio, cuius superius meminimus, quæstioni nostræ non aptatur; ratio enim prædi- ctæ distinctionis ea fuit, nam quoties ex electione non trans- fertur dominiũ in accipiẽtem, ius manet integrũ in electore, vt iterũ possit eligere: in casibus verò, in quibus ex electione do- minium trãsfertur in electum, eligens variare non possit, iux- ta ea quæ suprà ostẽdimus. Cũ ergo in quæstione proposita non solum dominium, sed & possessio ex dicta lege Taurinẽ si transferatur in filium electũ à coniuge ad dictum primoge- nium, planè sequitur, dominio & possessione translatis, nullũ ius remanere penes eligentem, vt aliam electionem facere pos- sit. Et est ratio, nam vis & sub- stantia prædicti maioratus, & eius creatio & institutio, non deriuatur à commissario & eli- gente, sed ab eo qui commisit: hic enim institutor dicitur, iux- ta superius tradita, ita vt non sit in arbitrio eligentis, instituere, vel non instituere prædictũ ma- ioratum; ei enim necessitas præ- cisa imponitur adimplẽdi rem mandatam. l. si prædiorum. C. ad l. Falcidiam. l. cum pater. §. mando. ff. de legat. 2. l. alteri. ff.

C c 4 de

408 De Tenuta, seu remed. possessor.

de adimend. legat. Quod verū est, et si coniux committendo dixisset, vt commissarius *possit* ¶ *debeat* facere maioratum; astringitur enim præcise illum
84 instituere, cap. 1. ibi: *Possumus* ¶ *debemus*, vt Ecclesiastica beneficia. Clemētina 2. cum glos- 87
sa, verbo *debent*, de statu monach. l. prætor. ff. de edendo. Alexand. consi. 223. num. 5. lib. 2. Ias. in l. Gallus, num. 27. ff. de liber. & posth. Secus verò esset, si verbum *Possit*, absolute po- 88
natur, nam tunc nō inducit necessitatem, nisi referatur ad hæ redem. l. fideicommissa. §. hæc verba. ff. de legat. 3. glossa in l. sæpe, verbo *necessitatem*. ff. de officio Præsidis. Bart. in dict. l. Gallus, num. 4. vbi Iason num. 27. Ripa in l. ex facto, num. 4. ff. ad Trebel. Menoch. consi. 408. num. 50. lib. 5.

85 Ex quo sequitur, vt si cōiux mandatum non adimpleret, & maioratum non faceret, pro facto habeatur, tanquā si ab eo qui commisit, factus & institutus fuisset: quod expresse probatur ex l. 33. Tauri, qua cauetur, si commissario quid certum cōmissum sit, & non fecerit intra tempus legale, pro facto & disposito haberi; cuius decisio- 86
ni conuenit. l. 22. Tauri, ex qua si cōiux meliorare promiserit, & non adimpleuerit, meliora. 89

tio ipso iure pro facta habetur: & hanc legem etiam procedere in promissione faciendi maioratum, docet ibi Tellus nu. 1. Mieres 1. par. quæst. 66. nume. 1. & 4. Velazquez de Auendaño in l. 44. Tauri, glos. 16. nu. 9. & tunc commissarius cū solum habeat merā executionē, maioratum regularem facere debet. Idemque erit, si non fecerit, nam ipso iure primogenium regulare institutum manet. Gregorius in l. 2. tit. 15. p. 2. scholio 1. Couarrubias lib. 3. variar. cap. 5. num. 2. Padilla in Rubr. C. de fideicommissis, nu. 11. Molina lib. 1. cap. 4. num. 13. & ante eos Antonius Gomezi⁹ in l. 40. Tauri, nu. 64. Et in feudo idem opinatur Rosentha de feudis, cap. 2. conclusionem 54. n. 1. ibi: *Feudum simpliciter seu in dubio præsumi concessum esse iuxta propriam suam naturam, ita vt solita omnia adsint, nulla autem insolita pacta contineat*: & arbitratus fuit Baldus consilio 330. num. 2. lib. 3. ibi: *Quod verba quæ non sunt determinata formaliter, determinantur naturaliter secundum naturam rei* ¶ *contractus*: ¶ *quod naturaliter inest, pro expresse debet haberi, quasi ipsa natura loquente*. l. ex empto. ff. de actionibus empti. l. quoties. ff. de operis libertorū. Et est ratio, quia secundum prædicta

prædicta iura & auctores illud verbum *Maioratus*, primogenium inducit regulare; & consequenter mādātū transgredetur cōmissari^o, si maioratū irregularē institueret: argumento textus in l.vnū ex familia, vers. *sive tamen*, & in §. si de Falcidia, & in §. sed si fundum. ff. de leg. 2. l. si hominem. ff. mandati.

90 Cū igitur ex supradictis eliciamus, maioratum ab ipsa dispositione committentis provenire, & non ab electione commissarij, cū quoad maioratus institutionem idem sit ipsum instituere, vel non instituere, cū lex illud quod commissari^{us} omiserit, suppleat, eique so-
91 lum electio personæ sit cōmissa; consequens est, hac ab ipso electa, possessionem simul cum dominio, legis ministerio in electum transferri, siue in testamento, siue in contractu electio facta sit: alioqui enim, si electionem posset reuocare commissarius, sequeretur, possessionem vacare à die primæ electionis, & institutionis maioratus, vsq; ad reuocationem: quod repugnat primogenierum naturæ, cū possessio nec per momentum possit vacare; quæ sicut transfertur mortuo ultimo possessore in sequentem in gradu,
92 ita vt nullum tēpus inter mortem & translationem possit cō-

siderari; ita etiam electione facta, inter eam & mortem illius qui commisit, considerari nequit interuallum vllum; morte enim disponentis, & declaratione & distributione commissarij, prædicta possessio, vt diximus, iunctim cū dominio transfunditur, vt adnotauit Tiraq. in tract. de morte, part. 2. declarat. 6. num. 10. qui plures in huius opinionis confirmationem allegat: & iterum eadem 2. part. declaratione vltima, num. 3. in fine, vers. *aliàs esset aliquod medium*. Molina lib. 3. cap. 12. numer. 20.

Rursus, quia alioqui sequeretur, ipsum maioratum, postquam institutus fuit, electæque & nominata persona successoris, iacentem esse, aduersus omnes iuris regulas: cū illud equidem in iure certissimum sit, vbi datur continuatio dominij vel possessionis, non posse hæreditatem iacere. glo. in l. cū hęreditas, verb. *successeritis*. C. de positi, docet Baldus in l. 1. n. vltimo. C. de appellation. & cōsilio 330. num. 1. cum sequentibus, libr. 1. Corneus in l. si fratris. 3. notab. C. de iure deliberandi. Molina vbi supra, numer. 21.

Deinde sequeretur, postquā prædictus maioratus per institutionem, nominationem, electionem,

C c 5

410 De Tenuta, seu remed. possessor.

ctionem, & dominij & possessionis translationem radicans fuit in persona successoris, ab eo auelli posse per electionem in alterius fauorem factam, contra iuris vulgaria principia, vt id quod nostrum effectum est, sine facto nostro à nobis discedat. Præsertim quia etiamsi voluntas electi concurreret, ab eo maioratus auocari non posset, iuxta textum in l. si mulier. §. ex affe. ff. de iure dotium. Molina libr. 1. c. 6. nu. 45. de quo latè agemus cap. sequenti, a nu. 23.

93 Vtcrius sequeretur præiudicium proximi successoris ex prædicta reuocatione, & alterius electione, cum iam sit effectus dominus & possessor ipse primò nominatus, & ab eo debeat proximitas regulari, cum successor legitimus constitutus sit, & proximitatem & gradum faciat, & aperiat edictum sequenti in gradu, iuxta textum in l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. & Gregorij doctrinam in l. 9. titu. 1. par. 2. gloss. 2. & ea quæ capite sequenti tractabimus, à numero 19.

94 Neque obstat, si dicatur, in maioratibus institutis virtute legalis facultatis meliorationis tertij & quinti, remedium & beneficium legis 45. Tauri non competere; cum possessio in his ipso iure non transferatur;

illa namque lex solum in primogenijs ex Regia facultate institutis procedit, vt opinatus fuit Gomez Arias in l. 25. Tauri, nume. 62. Antonius Gomez in l. 45. nu. 116. & alij quos recensuimus suprâ, cap. 4. num. 5. ea itaque ratione dicendum esse, in prædictum electum & nominatum possessionem non transfundi, nec prædicta à nobis adducta procedere. Longè enim verius est, in quocunque maioratu prædictâ legem Tauri locum sibi vindicare, vt ex Roderico Xarez, Couarrub. Mieres, Molina & alijs ostendimus in dict. cap. 4. num. 5. & sequentibus.

95 Neque iterum obstat, si dicamus, in hunc primum electum & nominatum non potuisse transferri ciuilem & naturalem possessionem legis Taurinensis, & sic doctrinam nostram non procedere, vt arbitratus fuit Molina de primogenijs lib. 3. cap. 13. num. 40. & sequentibus. Alter Molina tom. 3. disput. 638. num. 1. Velazquez in l. 45. Tauri, gloss. 3. num. 3. nam hæc quæstionem in cap. 25. disputaui, & sum ausus à Molinæ opinionione dissentire (sicut in additionibus discedo) Antonijque Gomezij opinionem amplecti in dict. l. 45. num. 117. qui existimat, possessionem etiam in immedia-

Caput Trigesimumquartum. 411

mediatum successorem fundatoris transferri. Constanter itaque asserimus, semel facta electione, possessionem in primo nominatum & substitutum transferri; eam itaque, siue in testamento, siue in contractu fiat, in commutabilem esse, ex superioribus considerationibus arbitrator, cum in maioratibus Hispaniæ prædicta distinctio de qua supra, admittenda non sit.

96 Secus tamen erit (ut nec id omiserim) quando coniux meliorandi vnum ex filiis facultatem dederit, non tamen maioratum instituendi; nam hoc casu cum ex prædicta electione & melioratione possessio legis Taurinensis non transferatur; quippe cum in bonis restitutioni obnoxijis locum tantum habeat præfata lex, prædicta distinctio obseruanda erit, ita ut si ex testamento ius meliorandi & eligendi competat, & contractu melioratio & electio personæ fiat, reuocari nequeat; ea inquam ratione, quia electione facta, transfertur dominium in personam quæ eligitur, quamuis traditio meliorationis ei non fiat, nec bonorum in ea contentorum possessionem apprehenderit, iuxta textum in dict. l. à Titio. ff. de furtis, & dictam l. apud Aufidium. ff. de optione legata, & ex alijs iuribus, & Do

ctorum allegationibus superioribus adductis in huius opinionis comprobationem. Si ex contractu verò ius eligendi & meliorandi competat, quamuis electio facta sit, non statim dominium transfertur in electum & melioratum, & ideo reuocari electio potest, nisi traditio præcessisset; cum ante traditionem & executionem dominium non acquiratur. l. traditionibus. C. de pactis, cum alijs, quæ pro hac opinione supra retulimus. Si in testamento verò prædicta electio sit facta, usque ad mortem eligens variare poterit, & alterum filium meliorare & eligere, ut ex lege 4. ff. de adimendis legatis, & ex lege Si fratres. Si idem respondit. ff. pro socio, & ex Molina lib. 2. cap. 4. num. 36. Aluaro Valasco, Pereyra & alijs scribentibus supra probauimus, siue hoc casu ex testamento, siue ex contractu electio competat.

97 Illud tamen in hac materia electiua & distributiua non pretermittam, cum quæstioni nostræ ad stipuletur, si coniux, ut diximus, facultatem præstiterit alteri coniugi eligendi ad maioratum vnum, quem voluerit, ex filiis, vel filiabus, an prædictus commissarius possit filiam eligere, & eam filiis masculis antepone

In qua

412 De Tenuta; seu remed possessor.

In qua quæstione dicendum videtur, necessàriò coniugem alstringi ex filijs vnum eligere, eoque filiabus præferre.

98 Quia quanuis facultas data sit eligendi filium aut filiam, & ex natura alternatiuæ, siue negatiuè, siue affirmatiuè cõcipiatur, sufficiat alteram partem esse veram. l. si hæredi plures. ff. de conditionibus & demonstrationibus. l. si ita quis stipulatus fuerit. ff. de verbor. obligat. Ripa in cap. inter ceteras, de rescriptis, num. 54. vbi Decius num. 6. & in l. generaliter, à n. 1. C. de institutionibus & substit. Hippolytus Riminaldus consilio 318, num. 254. Menoch. plures recensens consi. 3. à nu. 10. libr.

99 Sed quando alternatiua ponitur inter personas, in quibus cadit dilectio & affectio, tunc non satis est alteram alternatiuæ partem veram esse, imò ordinem successuum respicit, secundum scripturæ ordinem, vt primò nominati, censcatur primò vocati, tanquàm magis dilecti; & post eos secundò nominati admittantur. l. cum pater. §. à te peto. ff. de legat. 2. ibi: *A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis prædia relinquant; vel si non habueris, tuis, siue meis propinquis, aut etiam libertis nostris. Nō esse datam electionem, sed ordinē scripturæ factum substitutioni re-*

cup al

spondi. l. hæredes mei. §. à te peto. ff. ad S. C. Trebellianum, ibi: Ex ceteris autem cognatis, si nepotes superessent, non rectè mulierē electuram, propter gradus fideicōmissi præscriptos: deficiente verò gradu nepotum, ex cognatis quam velit personam eligi posse, vbi Accursius verb. præscriptos, ita exponit, id est, prænominatos. Cumanus, & Alexander in d. §. à te peto. nu. 5. Hippolytus Riminaldus consi. 401. numer.

11. Menoch. consil. 200. nu. 33. lib. 1. & ex nostris Couarr. practicarum quæst. cap. vltim, nu. 4. Cum ergo alternatiua sit, eligendi filium aut filiam, & in maioratus successione cadat affectio pro filio, cum potius conseruetur primogeniū per masculos, quam per fœminas, planè sequitur, ordinem scripturæ attendendum, primoque loco nominandum masculum, & secundo loco fœminam; nam existentibus fratribus, sorores, licet ætate maiores, reducuntur ad instar secundi gradus; vt in indiuiduo primogeniorum Hispaniæ respondit Paulus Castrensis consi. 164. num. 18. lib. 2. Socinus in l. Gallus. §. quidā rectè, nu. 4. ff. de liber. & posth. Molina lib. 3. cap. 4. numer. 12. Masculosque plusquàm fœminas diligere, vt prædictus ordo succedendi obseruari debeat, comper-

Caput Trigesimumquartum. 413

compertum est. §. cæterorum, Instit. de legitima agnatorum successione l. pronuntiatio. §. familiæ. ff. de verbor. significat. l. Iuriscōsultus. §. 1. ff. de gradibus. latè Molina lib. 2. cap. 1. numer. 3. & lib. 3. cap. 5. nume. 25. Mieres in initio primæ partis, num. 2. & in quæstione 3. parte 1. à num. 1.

301 Et confirmatur prædicta ex eo, ut quavis natura copulatiuæ sit, omnes conditiones ita vnire & coniungere, ut omnibus parendum sit. l. si hæredi plures. ff. de conditionibus institution. & ratio est, quia vnus loco omnes habentur, ut ibi Iuriscōsultus respondit: limitatur tamen, quando copulatiua ponitur inter personas, inter quas cōsideratur affectio & prædilectio, tunc namque non coniunctim prædictæ personæ censentur vocatæ, sed secundum ordinem scripturæ: veluti si pater filio & nepoti legauerit, vel pro se & filiis & filiabus feudū recipiat; nō enim hoc casu omnes admittuntur, sed prius filius, postea nepos, & primo loco & gradu masculus, posteriori fœmina, ratione scilicet prædictæ dilectionis & charitatis, ut adnotauit Accursius in l. Gallus, §. quidam rectè. ff. de liber. & posth. Bart. in l. iurisiurandi. §. si liberi. ff. de operis libertorū, a

num. 1. Riminaldus Senior cōsilio 187. num. 9. lib. 1. Alexander consil. 15. libr. 4. per totum. Antonius Gomezius 1. tom. variar. cap. 2. num. 4. versic. *quinto limita*. Caldas Pereyra de nominatione emphyteo. quæstione 14 num. 41. Quæ doctrina primogenijs Hispanorum satis cōducit, cum in successione Regni & aliorū inferiorum maioratum semper masculus ex Hispanorum consuetudine excludat fœminam eiusdem gradus & lineæ. l. 2. tit. 15. p. 2. l. 40. in legib^o Tauri; & præsumendum est, disponentes pristinam Hispaniæ obseruationē in suis maioratibus voluisse recipere. Baldus in l. fideicommissa. §. si seruo. ff. de legatis 3. & in l. si seruus plurium. §. vltimo. ff. de legat. 1. & in l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de edilitio edicto. Decius cons. 397. n. 7. Gregor. in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. *mayoria*, & verb. *de su padre*. Cou. lib. 3. var. resol. cap. 5. nume. 2. Burgos de Paz quæstione 2. num. 72. Euerardus in locis legalibus, loco 63. Boerius decis. 217. numo. 6. Andreas de Ifernina in cap. 1. §. is de quo, de gradibus success. in feud. Molina lib. 2. cap. 4. numero 42.

103 Et confirmatur rursus hæc doctrina ex sententia Pauli Castrensis in l. cum quidam, nu. 3. C. de

414 De Tenuta, seu remed. possessor.

C. de verborum significa. dum cenſet, quotieſcunque hæres grauiatur alternatiue dare diuerſis perſonis, inter quas militat ratio diuerſa, licet non cadat inter eas affectio, adhuc tamen diſiunctiuam denotare ſubſtitutionem factam ſecundum ſcripturæ ordinem, ex textu in c. Metropolitano. 63. diſtinct. docet Dominicus in cap. mandato, de præbendis in 6. numer. 2. idem in cap. licet, de ſepulturis, diſt. lib. 6 Felin^o in cap. cum dilecta, de reſcriptis, num. 8. Imola in l. ſi quando. §. hæres, a nu. 1. ff. de lega. 1. Patet ergo, alternatiuam poſitam inter filium & filiam, ordinem ſucceſſiuum, & non electiuum reſpicere.

104 Et huic opinioni ſuffragatur Gregorij Lopez opinio in l. 2. tit. 15. par. 2. verb. *ſi uxor*, ſcholio 15. & in l. 3. tit. 13. par. 6. verb. *mugeres*, quæſtione 2. dū docet, ſi Rex facultatem conceſſerit ad inſtituendum primogenium in vnum ex filiis vel filiabus, extante filio, non poſſe filiam eligi & præferri; quem ſequitur Gam. deciſ. 260. num. 2. Aluaradus de coniectur. mente defuncti, lib. 2. cap. 3. §. 4. n. 48. Fontanella de capitulis matrimonialibus, gloſ 25. clauſula 4. num. 21. Pelacz de Mieres. 1. p. quæſtione 16. nume. 4. & quæſtionem hanc late & doctè diſ-

putat Ioannes del Caſtillo libr. 2. controuerſiarum, cap. 26. per totum, & in fauorem maſculi eam reſoluit, & Iacobus Cane rius variarū reſolutionum libr. 1. cap. 1. num. 53.

105 Contraria verò opinio, ea nempe, vt extante maſculo, foemina eligi & præferri poſſit, alijs perſuaderi ſolet, ex ſequen-
tibus.

Primò, quia iſta diſpoſitio, vt ſuperius conſtitui, non eſt accipienda tanquam diſpoſitio eligentis, ſed tanquam diſpoſitio eius qui electionem commiſit, vt in l. vnum ex familia, in principio, & in §. ſi de Falcidia. ff. de legat. 2. ſatis probatur, cū adductis a Molina libr. 2. cap. 4. num. 5. Cum igitur virtute legalis facultatis compertum ſit, illum qui electionem commiſit, poſſe primogenium inſtituere in filiæ fauorem, filiis maſculis extantibus, conſequens eſt, eandem facultatem commiſſario conceſſam videri, qui ſi filiā prætulerit, tanquam prius ſcripta admittenda erit, iuxta legē. Cū ita legatur. §. in fideicommiſſo. ff. de legat. 2. & in l. plurimum, de acquirenda hæreditat. ibi: *Prius à ſcriptis incipiatur, deinde tranſitus fiat ad eos ad quos legitima hæreditas pertinet.*

106 Secundò, quia cū facultas data

Caput Trigesimumquartum. 415

data sit à coniuge eligendi quæ voluerit ex filiis vel filiabus, prædicta dispositio liberam eligendi facultatem denotat. l. cum quidam. ff. de legatis 2. ibi. *Rogo restituas libertis meis, quibus volueris. Marcellus putauit, posse heredem & indignum præferre, & probat prædicta lex Vnum ex familia. §. si de Facidia, ibi: Eodem vel dispari gradu, satis erit uni reliquisse; nam postquā paritum est voluntati, ceteri conditione deficiunt*, docet Mieres. 1. parte, cap. 73. à num. 1. Molina lib. 2. cap. 5. num. 4. Gutierrez præct. q. 67. num. 3.

307 Tertiò, quia is cui electio libera commissæ est propinquum eligendi, non astringitur eligere proximiorẽ: sequitur ergo & vrgentius, inter existentes in eodem gradu electionem liberam facere posse, & alium alij præferre; quæ fuit doctrina Bartoli in dict. §. si de Falcidia, nu. 4. vbi Baldus num. 2. Paulus eodem num. 2. Imola in princip. Peralta num. 12. Decius consil. 422. num. 9. & consil. 619. num. 3. Tiraq. de retract. lignagier. §. 11. gloss. 6. num. 7. Mieres 1. parte. quæst. 72. num. 1. qui ita intelligit. l. 27. Tauri, vbi in substitutione propinquorum ait, non teneri disponentem propinquiores eligere, ne alias facultas eligendi inutilis reddatur

tur, vt arbitratur Molina dict. cap. 5. num. 3. Gregorius in l. 2. tit. 15. part. 2. scholio 13. quæst. 3. ibi: *Si tamen pater, cui talis fuit data facultas, eligeret alium filium, & non maiorem, teneret electio, & maior excluderetur; & ibi, ubi sue opinionis rationem reddit, Quia alias nihil operaretur facultas ad eligendum, si maior de necessitate esset eligendus*: docet Molina dict. lib. 2. cap. 5. num. 3. & 4. Si igitur qui facultatem habet eligendi vnum ex familia, potest remotiorem eligere; à fortiori dicendum erit, cui potestas data est eligendi vnum ex filiis vel filiabus, posse filiam eligere, cum solum ex hoc offendatur sexus, nõ tamẽ linea & gradus: & ita in indiuiduo hanc opinionem amplectitur Molina dict. lib. 2. cap. 5. nu. 4. & 6. existimans, posse patrem eligere filiam, & eam fratri antepondere. Alter Molina de iustitia, tomo. 3. disput. 594. nu. 2. & 3. Alexander Raudensis decisione Pisana 38. numer. 341. ibi: *Nonus casus, ubi ex dispositione maioratus institutoris, eligendi facultas concessa fuit: & tunc quãvis maior natu sit dignior, non astringitur elector ad electionem, sed eo prætermisso, potest secundogenitum filium, seu etiam vltiores eligere, dummodò non sit indignus indignitate iuru: & ibi nu.*

416 De Tenuta, seu remed. possessor.

342. *Posse electorem eligere filia
natu minorem.*

110 Quarto probatur hæc opinio ex textu in leg. 18. Tauri, ubi parentes, quibus electio data est meliorandi vnum ex filiis, vel filiabus, vel nepotibus, possunt quem voluerint eligere, nepotemque, etiam viuentem filio, meliorare: constat ergo ex dicta lege, disiunctiuam positam inter personas diuersi gradus, & diuersæ affectionis & charitatis, in quolibet gradu verificari. Neque dicatur, hoc procedere, quia ipsamet lex expressit & declarauit: quasi aliud esset, stante lege Fori 9. tit. de las mandas, libr. 3. ex qua quanuis patri data facultas fuit meliorandi vnum ex filiis vel nepotibus; viuentem tamen filio, meliorare nepotem non poterat, vt per Seguram in l. coheredi. §. cum filia, nu. 91. & 92. & in l. vnum ex familia. §. sed si fundum, numer. 109. & Palac. Rubios in l. 18. Taur. nu. 2. Et ratio erat, quia viuentem patre, nepos auo non succedebat. l. posthumorum ff. de inofficio so. l. si quis filius. C. eodem. l. si quis posthumos. §. si filium, cum alijs vulgatis. ff. de liber. & posthum. Nam verius est, etiam ante legem Tauri, filio viuentem, nepotem posse meliorari, vt docuit Couarr. libr. 1. variar. cap. 19. num. 4. Castillo in dict. l. 18.

gloss. 1. Angulo in l. 2. glo. 6. tit. 6. libr. 5. Compilationis, & ante eos Palacios Rub. plene disputans in l. 27. ex nume. 24. & nos diximus in l. 200. Styli, quæst. 1. à numer. 3. Et quod hæc iura sanciant in facultate eligendi & meliorandi à lege data, procedere in commissione & facultate data ab homine, docet Telleus in l. 33. Tauri, num. 4. vers. tertius casus. Angulo in l. 3. glo. 7. nu. 2. vers. idem si iussit. Mieres 1. par. quæst. 48. numer. 11. his verbis: *Cum commissarius, cui à testatore fuit data potestas meliorandi vnum ex filiis, habeat quantum ad hoc eandem potestatem, quam testator habebat faciendi electionem inter filios ad meliorationem tertij & quinti.*

Et hanc opinionem admitendo, non obstabunt iura in l. cum pater. §. à te peto. ff. de legatis 2. & in l. hæredes mei. §. vltimo. ff. ad S. C. Trebel. vbi Doctores notant, si inter personas vocatas per disiunctiuam, detur affectio, vel rationis diuersitas, ordinem scripturæ attendi, vt primò nominatus, secundo præferatur. Respondetur enim, illam disiunctiuam, *filium aut filiam eligat*, verificari in qualibet eius parte, vt in l. si is qui ducenta. §. vtrum, versicul. *quia cum significatio*, & §. si quis autem. ff. de rebus dubijs. l. plerunque.

Caput Trigesimumquartum: 417

runque. §. vltimo. ff. de iure do-
tium. l. 24. tit. 11. par. 5. Rursus,
quia quando hæres grauatur
per alternatiuam, illud aut illud
dare, censetur ei data eligendi
potestas vtrum velit dare. l. si
ita relictum. §. vltimo. ff. de le-
gat. 2. gloss. in l. cum quidam,
verb. *incorrupta*, eodē tit. Dein-
de, quia in hoc casu quilibet ex
filijs vel filiabus habet ius con-
ditionale, si à patre scilicet ele-
ctus, electa ve fuerit, vt docet
Paulus in l. vnum ex familia. §.
rogo, num. 1. ff. de legat. 2. Po-
stremò, quia in dict. l. cum pa-
ter. §. à te peto, & in dict. l. hære-
des mei. §. vltimo, ideò verba
disiunctiua intelliguntur secun-
dum scripturæ ordinem, quia
simul cum præcedentia nomi-
nationis, interuenit affectio, de
qua non potuit dubitari: in casu
enim & specie textus in dict. l.
cum pater. §. à te peto, satis de
prædilectione graduum con-
stitit, cum maritus primo lo-
co grauatus fuisset prædia relin-
quere filijs, secundo eius pro-
pinquis, tertio propinquis vx-
oris, quarto libertis mariti &
vxo-
ris: & in dict. l. hæredes mei,
primo loco fuerunt nominati
filij, in secundo nepotes, & in
tertio cognati: & ita hæc iura
interpretantur Ripa in dict. l.
hæredes mei. §. vltimo, num. 7.
Simon de Prætis de interpreta-

tione vltimarum voluntatum
libr. 3. interpretatione 3. dubita-
tione 4. solutione 2. num. 6. Pe-
regrinus de fideicommissis, ar-
tic. 18. numer. 24. Caldas Perey-
ra de nominatione emphyteor.
tertia part. quæstione 11. num.
39. Ponderanda enim sunt illa
verba dict. §. à te peto, ibi: *Si
quid liberorum habueris*, & in
dict. l. hæredes mei, §. vltimo,
ibi: *Filijs meis, vel uni eo-
rum, vel nepotibus meis, cui
volueris, vel cognatis meis,*
cui voles ex tota cognatione mea:
dubitatio enim non extitit in
sexu, sed in gradu: respon-
dit enim Consultus, prius fi-
lios, mox nepotes, deinde co-
gnatos admitti. Casus tamen
noster longè distat ab eo quem
Iurisconsultus proponit; nam
solum quæstio nostra est inter
eosdemmet filios, & an for-
mina eligi possit, extante fra-
tre: & quæstio hæc non de-
ciditur explicitè in dicto §. à te
peto, nec in dict. §. vltimo.
implicitè tamen in filiarum fauo-
rem decisa videtur ex illis di-
cti §. vltimi verbis: *Inter filios
respon-di substitutionem fideicom-
missi factam videri*, iuncta
vulgari interpretatione legis
Filij appellatione, & legis lu-
sta interpretatione. ff. de verbo-
rum significatione, & l. 40. in
legibus Tauri; præsertim cum

D d hîc

418 De Tenuta, seu remed. possessor.

hic non versetur in casu materiae odiosae, & strictae interpretationis, iuxta distinctionem Decij in l. foeminae, num. 105. ff. de regul. iuris, & Peregrini de fideicommissis, art. 25. numer. 3. cum secundum quaestionem nostram potestas data sit filium aut filiam nuncupatim eligendi.

112 Et denique dici non potest, inter filios & filias, cum in eodem gradu sint, affectionem & charitatem considerari, cum aequalitas inter eos seruetur iure naturae, & sublata sexus differentia, ab intestato patri succedant. l. maximum vitium. C. de liberis praeteritis, iuncta doctrina Bartoli in l. Gallus. §. quidam recte, num. 4. ff. de liberis & posth. ubi Iason num. 20. qui aiunt, tunc adesse inter vocatos & substitutos ordinatam charitatem & affectionem, quando unus alteri ab intestato praefertur. Rursus attentis verbis illis, *Hereditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum*, ex quibus satis elicitur, filiam hoc casu eligi posse, ut indicant verba sequentia: *Inter filios respondendi substitutionem fideicommissi factam videri*, cum nullam sexus differentiam Papinianus ibi constituat: forsan enim vxor in d. §. vltim. grauata fuit restituere filiis, vel uni eorum; cum inter eos

solus filius & sola filia extaret: & tamen Iurisconsultus ad eligendum non distinguit inter ipsos, sed tantum in primo gradu filiorum substitutionem factam, decidit; nec credendum est, si vxor in casu illius textus astricta necessario esset filium masculum eligere, Papinianum non declaraturum. Rursus, quia tunc cessaret electio, & inutilia essent verba illa: *Restituas filiis meis, vel uni eorum*.

113 In indiuiduo itaque quaestionis nostrae, quando facultas commissario data est eligendi filium aut filiam, eam eligi posse extra te fratre, docet Palacios Rubios in cap. per vestras. 3. notabili. §. 26. nu. 16. Rodericus X Suarez in l. quoniam in prioribus, 2. limitatione ad l. Regiam, num. 8. in prin. Mieres 1. p. q. 18. n. 1. Molin. lib. 2. c. 5. n. 4. 5. & 6. & in annotationibus, n. 9. Idem (Molina suppresso) docet Aluarado de coniectur. mente lib. 2. c. 3. §. 4. nu. 48. Alter Molin. tom. 3. de iustitia, disput. 594. num. 2 & 3. Alex. Raudés. decis. Pisana 38. n. 342. & sequenti, qui opinionem Doctoris Molinae sequitur; & nemine ex praedictis relato, idem arbitratur Caldas Pereyra in 3. p. de nominatione emphyt. q. 11. n. 31. qui omnes grauissimi scribentes casum facultatis Regiae & commissarii equiparant, impro-

improbato Gregorio ubi sup.
 114 Et tamē si nostra sententia in
 quæstione factis dubiis interpo-
 nenda est, putarem, hanc vlti-
 mam opinionem longē verio-
 rem esse, ex superioribus confi-
 derationibus, nisi ex aliquibus
 coniecturis constare posset, me-
 tem testantis fuisse filium præ-
 ferendi, iuxta l. si seruus pluriū.
 §. si numerus, de lega. 1. ibi: *Sed
 et mens patris familias, &c.* l. in
 conditionibus. ff. de condit. &
 demonstri. l. alumnos. ff. de ma-
 numis. vindicta, ibi: *In quo in-
 struendo propensioem animum
 habuit*, notat Bart. in l. Caius, n.
 2. ff. solut. matr. Mantica de con-
 iecturis lib. 6. tit. 8. num. 13. Ro-
 man. consi. 231. num. 3. Molina
 lib. 17. cap. 3. num. 2.
 115 Sed id non faciliē recipere-
 si facultas data esset eligēdi vnū
 ex filiis, nec additum esset, vel si
 liabus: nam tunc si duo, aut plu-
 res filij masculi extarent, item
 & sorores, existimarem, vnum
 ex filiis eligi à commissario de-
 bere, prætermisā filia: quæ quā-
 uis aliās veniat filij appellatio-
 ne. l. iusta interpretatione, cum
 similibus. ff. de verbor. signific.
 accipitur tamen & limitatur,
 quando materia strictam inter-
 pretationem recipit, iuxta do-
 ctrinam Decij in l. fœminæ, nu-
 mer. 105. ff. de reg. iur. Peregri-
 de fideicommissis, art. 25. num.

13. In hoc enim casu diuersitas
 est inter testatorem & commis-
 sarium: huic enim non videtur
 data facultas eligendi filiam, cū
 mandatum ex eius natura stri-
 ctissimam recipiat interpreta-
 tionem. l. diligenter. ff. manda-
 ti, c. cum dilecta, de rescriptis.
 Censet Iosephus Ludouicus de
 cis: Perusin. 117. nu. 14. in 2. p.
 Surdus decis. 209. num. 6. cum
 sequentibus. Rota decis. 13. de
 procuratoribus, in nouis. nu. 2.
 Mantica de tacitis & ambiguis
 conuent. tit. 14. n. 1. & lib. 7. tit.
 15. n. 13. Bald. notabiliter in l. id
 quod pauperib⁹, n. 14. C. de Epif-
 cop. & Cler. Rimin. Senior cōs.
 129. n. 5. lib. 1. Iacobus Puteus in
 ter cōsilia vltimarū voluntatū,
 lib. 1. consi. 121. n. 39. Simon de
 Prætis libr. 5. vltimarū volunta-
 tū, interpretatione 1. dubit. 2. n.
 32. Castillo in l. 31. Tauri, n. 40.
 ibi: *Quod huiusmodi cōmissiones
 sunt stricti iuris.* Tello ante nu. 1.
 ibi: *Quod ex illa lege demonstra-
 tur, quā stricta sit facultas com-
 missarij.*
 116 Quā quæstionē illud cōfestim
 sequitur, an cōiux qui facultatē
 habet eligendi ad maioratum
 vnū ex filiis vel filiabus, debeat
 maioratū regularē facere; an ve-
 rò maioratū agnationis possit
 instituere, & inter filios substitu-
 tiones quas voluerit, apponere
 queat.

De 2 Qua

420 De Tenuta, seu remed. possessor.

Qua in re securè dicendum cenſeo, ſolùm regulare primogenium abſque irregularibus vocationibus & ſubſtitutionibus à coniuge inſtitui poſſe.

117 Primò, ex natura mandati, quæ reſtricta eſt, vt ſuperiùs cōſtitui, & vltra ibi allegatos docet Baldus in Authent. Niſi rogati, num. 11. C. ad S. C. Treb. & conſi. 123. num. 5. libr. 5. & in l. ſi pupillorum. §. ſi prætor, nu. 3. ff. de rebus eorum. Paulus cōſil. 177. numer. 1. Ancharranus conſi. 84. nu. 2. Calcanæus conſi. 104. num. 6. Cùm ergo prædictum mādātum & commiſſio fuerit maioratum inſtituendi, de maioratu regulari intelligi & interpretari debet, vt opinatur Gregorius Lupus in l. 2. tit. 15. part. 2. ſcholio 1. Anton. Gomezius in l. 40. num. 64. Couarub. lib. 3. reſolut. cap. 5. num. 2. Padilla in Rub. C. de fideicommiſ. num. 11. Molina libr. 1. c. 4. à num. 13. alioqui enim ſi maioratus irregularis à commiſſario fieret, mandatum egredere-
tur, omnibus iuris traditionib⁹ reclamantibus, vt doctè explicuit Bald. conſi. 330. nu. 2. libr. 3. Roſentha de feudis, cap. 2. con-
cluſ. 54. nu. 1. ibi: *Feudum ſimpli-
citer, ſeu in dubio præſumi conceſ-
ſum eſſe iuxta propriam ſuam na-
turam, ita vt ſolita omnia adſint,*

*nulla autem inſolita pacta conti-
neat.*

118 Secundò, quia, vt ſuperiùs dixi, factum commiſſarij in ſe cō-
tinet meram executionem diſ-
poſitionis teſtatoris, abſque ar-
bitrio extenſiuo: cùm ergo data
potestas ſit faciendi primoge-
nium, de regulari accipitur, cū
præceptū teſtantis iuxta formā
mandati debeat adimpleri à cō-
miſſario, qui ſi maioratū non fa-
ciat, lex pro facto reputat. Si à le-
ge igitur regulare primogeniū
hoc caſu conſtituitur, vel ex eo
conſtat, irregulare à commiſſa-
rio inſtitui non poſſe, contra le-
gem 33. in legibus Tauri, & ibi
adnotata à Doctoribus ſuprà re-
latis, & in l. 22. vbi Tell⁹ n. 1. Ve-
lazquez in l. 44. gl. 16. n. 9. Mie-
res 1. p. q. 66. nu. 1. & 4. Quibus
ſuffragatur. l. ſi hominem. ff.
mandati, & l. 34. Tauri. l. vnum
ex familia. §. ſi de Falcidia, & §.
ſed ſi fundum. ff. de legat. 2. ple-
nè Molin libr. 2. cap. 4. num. 10.
119 Quibus non obſtat Bartoli do-
ctrina in dict. §. ſed ſi fundum,
numero 2. dum docet, illum
cui commiſſa eſt electio & di-
ſtributio bonorum inter paupe-
res, poſſe eligere aliquem pau-
perem, hoc pacto, vt poſt mor-
tem alteri reſtituat de numero
pauperū; ita vt eadem ratione
dicendum ſit, commiſſarium
in caſu noſtro poſſe ſubſtitu-
tiones

Caput Trigesimumquartum. 421

tiones in eos quos voluerit facere, dummodo sint de numero familiæ, vt ipse Bart. putat prædicto num. ibi: *Qui erat extraneus, non ei qui erat de familia.* Respondetur enim, hæredem in casu Bartoli plures potuisse eligere diuerso tempore: infert itaque, vnum posse eligere ad tempus, & alium post eius mortem, sicut etiam ab initio inter eos diuidere posset; si tamen electio in vno esset præcisè facienda, hic grauari non potuisset, vt ibi Bart. sentit, & optimè interpretatur Cœneus consil.

115. numer. 12. lib. 2. ibi: *Prætereà in casu Bartoli in dict. §. sed si fundum, heres ex potestate eligendi, plures potuit eligere diuerso tempore, sicut potuit etiam ab initio rem inter plures diuidere: sed in casu nostro filij & descendentes Orlandi sunt substituti ad inuicem ordine successiuo, ex testamento Bartholomæi, cum potestate cuiuslibet attributa alienandi inter institutos & substitutos: non potuit ergo Orlandus substituere Carolo, & c.* Ex quo oritur, cum præcisè maioratus faciendus sit, & in vna sola persona, ex cuius natura veniunt regulares substitutiones, si aliter substitueretur, grauamen esse, & iniici non posse, iuxta prædicta a iura.

120 Tertiò, quia cum coniux fa-

cultatem dederit faciendi maioratum in vno ex filiis vel filiabus, eo ipso cauisse videtur, vt titulo regularis maioratus familia succedat ordine successiuo secundum iuris dispositionem, absque remotioris prælatione. Illud enim compertissimum est, in fideicommissio familiæ vel descendentiæ nomine collectiuo relicto, debere admitti ordine successiuo eos qui sunt de familia, vel descendentiæ. l. vltima. C. de verborum significatione. l. cum ita. §. in fideicommissio. l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. Aliud est, si fideicommissum relicto sit inter personas familiæ, tunc enim possunt præferri remotiores, l. filius familiæ. §. cum pater. ff. de legatis primo. l. vnum ex familia. §. si de Falcidia. ff. de legatis secundo, vbi scribes communiter, & censet Tiracuellus de retractu. §. 11. gloss. 6. num. 7. Decianus consil. 78. libr. 2. per totum. Socinus Iunior consilio 227. nume. 8. libr. 2. Menoch. conf. 211. num. 125. lib. 3. Surdus consil. 247. nu. 14. Mieres 1. p. q. 72. in tota. Molin. lib. 2. cap. 5. n. 4.

122 Quarto, quia cum à coniuge potestas concedatur eligendi vnum ex filiis ad maioratum, limitata est ad distribuendum inter eos duntaxat, & non inter

Dd 3 vltorio-

422 De Tenuta, seu remed. possessor.

ulteriores descendentes. l. cum pater. §. hæreditatem ff. de legatis 2. ibi: *Cum de alijs eligendi potestas non fuerit*: hoc est, de filijs præmortuorum; & ita interpretantur ibi Doctores, & Imola numer. 9. Menoch. consilio 215. numer. 42. libr. 3. Quod verissimum esse, si filij supersint, arbitratur idem Imola in dict. l. Gallus. §. instituens, numer. 64. vbi ait, testatorem disponentem circa filium, non comprehendere nepotem: argumento legis *Quod si nepotes*. ff. de testam. tutela, docet Berengarius Fernandez in c. 1. de filijs natis ex matrim. ad morganaticam tracto, c. 9. nu. 5. & 8. vbi ita declarat textum in dict. l. cum pater. §. hæreditatem. ff. de legatis secundo. Mantica de coniectur. lib. 8. titulo 8. numer. 5. Menoch. dict. consilio 215. numer. 37. Et his iuribus & auctoritatibus motus Segura vbi supra ausus fuit dicere, viuentem filio, iuxta l. Fori, non posse meliorari nepotem virtute legalis facultatis; quanuis contraria opinio sit verior, vt supra ostendi.

¹²³ Quintò, quia quando facultas conceditur eligendi vnum ex filijs, non extenditur ad nepotem nondum natum tempore mortis testatoris. l. 1. §. si quis

proximior. ff. vnde cognati. l. Titius. ff. de suis & legitimis hæredibus, plenè Mantica lib. 8. tit. 8. nu. 8. in tract. de coniecturis.

Sextò, quia etsi facultas data sit eligendi vnum ex filijs vel nepotibus, adhuc defenderem, extante filio, non posse à commissario nepotem eligi, iuxta iura expressa in dict. l. cum pater. §. à te peto. ff. de legatis 2. & in dict. l. hæredes mei. §. vltim. ff. ad Trebellian. vbi rogatus restituere filijs vel nepotibus, vel vni eorum, quem voluerit, debet vni ex filijs restituere, & ei nequit nepotem præferre. Idemque dicendum erit in indiuiduo legis 18. Tauri, & similibus, ex quibus patri indulgetur, vt filium aut nepotem meliorare & eligere possit: ipse enim ex facultate legali potest nepotem filio antepone, quia lex hoc expressit, & ei concessit: commissarius verò mandatum habet strictum, & scripturæ ordinem sequi debet, iuxta dictam l. hæredes mei. §. vltimo: esset enim aliàs irregularis substitutio, quæ ei à lege nullatenus permittitur. Sed quanquàm hæc de iure communi sustineri possent, de iure Regio longè verius existimo, in casu prædicto, quando facultas data sit filium aut nepotem meliorandi, posse, prætermisso filio, nepotem

tenet eligi: cum illud quod quis
per se facere potest, etiam por-
tuum possit. l. Arcthusa, in fin.
ff. de statu homin. regula Potest
quis, de regulis iuris in 6. Quan-
do vero, ut in questione nostra
proposuimus, simpliciter detur
facultas instituendi maioratum
& meliorationem inter filios, so-
lucur affirmamus, filio viuentis,
nepoti ei non posse anteponi. Et
est ratio, quia maior affectio con-
sideratur in persona filij, quam
in persona nepotis, iuxta dictam
l. cum pater. §. a te peto. & dil. 126
hæredes mei. §. vlti. & cum pater
committit electionem inter filios,
animum, affectionem, & volun-
tatem declarauerit, si commiss-
sarius nepotem posset eligere,
non solum mandatum egi de-
retur, verum etiam aduersus vo-
luntatem ipsius testatoris dispo-
neret, & contra textum in l. 3. u.
Tauri, de qua statim agemus. Il-
lud enim certissimum est, solam
executionem voluntatis commissaria-
rio commissam. Tellus in d. l.
31. n. 7. Mieres 1. par. q. 48. n. 3.

125 Septimò, quia quando con-
iux electionem committit in-
ter filios primi gradus, prima
electione & nominatione man-
datum expirat, ita ut neutiquam
dici possit, speciales & irregula-
res substitutiones apponi a com-
missario posse, argumento tex-
tus in l. serui electione. ff. de le-

gatis 1. & in dicta l. apud Aul-
gium. ff. de optione legata, doc-
ret Cavalcamus de off. 1. n. 11.
29. Tiraquellus in l. bones. §.
hoc sermone, limitatione 6. nu.
20. Crotus confi. 1. n. 1. num. 1. 19.
lib. 1. Marinus Freccia in tract.
de subfeudis, lib. 4. quaest. 34. n.
23. cum facultas secundum pre-
dicta iura & Dores concessa ad
disponendum & instituendum,
non possit nec debeat extendi
ad facultatem substituendi &
gravandi institutum.

Octauò, quia actus institu-
endi, & actus substituendi diuersi
sunt. l. 1. ff. de vulgari, ibi: Hæ-
redes aut instituti dicuntur, aut sub-
stituuntur: institui primo gradu, sub-
stituuntur secundo vel tertio, & in §.
substituere, eiusdem legis, ibi: Sub-
stituere liberis pater non potest, ni-
si hæredem sibi instituerit. l. mori-
bus. §. prius. l. iam hoc iure. l. si
in testamento. l. si is qui, cum
vulgaris, eodem titulo: docet
Bart. in cap. 1. §. filius. ff. de li-
beris & posthumis, ibi: Sed
quando sunt plures substitutio-
nes, quæ concurrere simul non possunt,
sed una in defectum alterius,
dicuntur diuersa capita, & diuersi
gradus, ut institutio & substitutio:
refert & sequitur Fo-
linus in cap. cum inter, num. 7.
versi. & docet Bart. ff. de re iudi-
cat. Peregrinus de fideicommissi-
art. 16. n. 103. Menoc. de arbit.

D d 4 casu

424 De Tenua, seu remed. possessor.

casu 95. nume. 22. Palacios Ru-
 127 bios in l. 27. Tau. n. 14. Si igitur
 coniugi concessum sit, ut possit
 eligere filium quem velit, ad
 maioratum & meliorationem,
 & sic instituendi tantum pote-
 stas sit data; consequens est, sub-
 stituere non posse; cum substi-
 tutio omnino separata & distin-
 cta sit ab ipsa institutione: alio-
 qui enim diceremus, aduersus
 iuris regulas, qui mādaturum ha-
 bet ad vnum actum, extendere
 posse ad alium actum distinctū
 & discretum ab eo qui commis-
 sus fuit, contra l. hoc legatum.
 ff. de legat. 3. l. 1. §. qui in perpe-
 tuū, si ager vectig. vel emphy-
 pta. docet eleganter Marinus
 Freccia dict. lib. 2. quæst. 35. nu-
 me. 28. & duobus sequentibus,
 dum ait, substitutionem adeo
 prohibitam esse, quando facul-
 tas instituendi tantum data est,
 128 ut substitutio hoc casu non so-
 lum dicatur secundum, vel præ-
 ter voluntatem illius qui com-
 misit, imò euersio voluntatis
 committentis, & contra eius
 mentem, qui noluit aliud dare,
 quam verbo expressit: sequitur
 Menoch. consi. 378. numer. 57.
 lib. 4. De iuris itaque rigore cō-
 missarius neque regulares sub-
 stitutiones facere posset; ideo
 tamen sustinentur, quia ex na-
 tura maioratus veniunt, non ve-
 rò ex natura cōmissionis: cum

et si ipse regulariter non substi-
 tuat, lex ipso iure maioratū re-
 gularem instituit, & substituit,
 vt superius ostendi.

129 Nonò huic doctrinæ suffra-
 gatur decisio textus in l. 31.
 Tauri, ex qua commissarius
 qui facultatem habet instituen-
 di & meliorandi, nec potest ex-
 hæredare vel substituere, nisi
 expressim à cōmittente disposi-
 tum sit: & ibi notat Tellus nu-
 1. & 2. Guierrez practic. libr. 2.
 quæstione 42. num. 3. Azeuedo
 in l. 5. tit. 4. lib. 5. Compil. num.
 25. Matienço ibidem, gloss. 8.
 num. 1. vbi ait, non sufficere, si
 substituendi generalis potestas
 cōmissa sit, sed opus esse speci-
 fica cōmissione & substituti-
 onis qualitate, eam nominan-
 do.

130 In mandato namque gene-
 rali instituendi & substituendi,
 tantummodò veniunt speciali-
 ter expressa. l. quam Tubero-
 nis, cum glos. verbo *aliud*. ff. de
 peculio, docet Bart. in l. procu-
 rator cui libera, nu. 2. ff. de pro-
 curatoribus. Bald. in l. si procu-
 rator ad vnam speciem, nume.
 1. C. eodem. Albericus in l. quæ-
 æta, nu. 12. ff. de officio procur.
 Cæsar. Decian. responso 91. n.
 31. lib. 3. Ruin. consi. 84. nu. 12.
 ibi: *Quod executores qui habent
 potestatem à testatore faciendi
 omnia quæ posset facere ipse testa-*
 tor

Caput Trigesimumquartum. 425

tor uiuens, intelligitur scilicet cir-
ca pramissa, & pro executione co-
sentorum in testamento. Simon
de Prætis lib. 5. interpretatione
1. dubitatione 2. num. 34. Ias. in
dict. l. quæ acta, num. 21. & ante
eos Cynus in dict. l. si procura-
tor, a num. 1. C. de procuratori-
bus. Si ergo etiam si potestas da-
ta sit instituendi & substituen-
di, accipitur quoad substitutio-
nes nominatas, iuxta dict. l. 31.
Tauri, & ea quæ Doctores su-
prà relati admittunt, apertè se-
quitur, si facultas indulgeatur
ad instituendum tantum maio-
ratum, substitutiones irregula-
res apponi non posse. Mandatum
enim commissarius transgrede-
retur, aduersus prædicta iura,
& Doctorum traditiones. Et ratio
est, quia prædictæ irregulares
substitutiones, cum remotiores
admittant, & eos propinquiore
bus antecellant, odiosæ sunt, &
aduersus ius commune; nullatenus
itaq; de eis intelligi debet, nisi
speciatim à testatore committan-
tur, expresse nominando qualita-
tem substitutionis quæ fieri de-
beat, ut censet Ioan. Faber in §.
procurator. Inst. de his per quos
agere possum. num. 1. versi. idē
puro. Bart. signanter in l. filius
familiæ, num. 9. ff. de donatio.
Tiraquell. post leges connubia-
les, gloss. 7. num. 111. Rebuffus
in Concordata, tit. de electionis

erogatione, gloss. super verbo
speciali, ad fi. Nicolaus Mozius
de contract. subst. tit. de manda-
to. §. de diuisione mandati, nu.
51. Couar. lib. 1. var. cap. 6. nu. 4.
Menoch. de arbitr. lib. 1. quæst.
80. num. 145. Lodolphus Sera-
der de feudis, part. 10. sessione
18. num. 133. Statilius Pacificus
decis. 115. num. 9. quas decisio-
nes scribit ad fin. tractatus de in-
terdicto Saluiano. Et denique
dicimus, cum à prædicta lege
Tauri speciale mandatum re-
quiratur, non sufficere per ver-
ba generalia, quanuis alias com-
prehensiuæ essent, ut in indivi-
duo prædictæ legis tradit Ma-
tiençus in l. 5. tit. 4. lib. 5. gloss.
8. num. 1. & colligitur ex addu-
ctis à Tiraquello ubi sup. gloss.
7. num. 98. & sequentibus. Ca-
mill. Gallin. de verborum signi-
ficatione, lib. 2. cap. 15. n. 21.

Decimò, quia cum potestas
data sit instituendi maioratum,
si substitutiones irregulares ad-
mittere inus, contra naturam
maioratus esset: cum hoc verbū
maioratus, comprehendere tan-
tum possit substitutiones eas,
quæ ex eo resultant; hæ autem
regulares sunt, ut docet Grego-
rius in l. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 1.
Gomez. in l. 40. nu. 64. Molin.
lib. 1. cap. 4. num. 13. cum alijs
innumeris, quos referunt; & tra-
dit Ioseph. Sesse decis. Arago-
nia,

D d 5

nia,

426 De Tenuta seu regni possessor.

nlx 36. numer. 8. alie namque
substitutiones irregulares im-
plicita non veniunt in verbo
Mortuus antea eius nature re-
pugnarent. Neutiquam itaque
dicendum est, potestatem facien-
di maioratum (quæ regulares
substitutiones respicit) extendi
ad casus irregulares substitutio-
nes, quæ a testatore expressæ
non fuerunt, & verbis disposi-
tionis contrariæ sunt, & maio-
ratus nature, ut supra compro-
bauimus: & tradit Bald. consil.
383. nume. 5. lib. 3. Curtius Se-
nior in l. si super possessione, nu-
mer. 2. C. de transactionibus,
ibi: *Quod arbitrator poterit in lau-
do apponere modos congruos & ad-
iacentes, & etiam conditiones co-
gruas & adiacentes, non autem
extraneas.* Idem adnotauit Be-
roius consil. 103. num. 13. Tibe-
rius Decianus responso 73. nu-
39. Paulus notabiliter consilio
335. numer. 2. & 3. lib. 1. quibus
conducunt tradita a Socino co-
silio 160. num. 48. lib. 2. ubi plu-
ribus fundamentis probat, fa-
cultatem patri concessam, ut
possit disponere de feudo inter
filios, prout sibi videbitur, accipi
debere secundum naturam feu-
di: quem sequitur Petrus Pe-
carius de testamentis coniugum,
lib. 1. cap. 13. per totum. Greg.
Lopez in l. 2. tit. 15. part. 2. scholi-
13. quæst. 1. *De feudo lib.*

¹³⁴ Undecimò, quoniam irregu-
lares substitutiones speciem
exheredationis continent, ut
arbitratus fuit Molin. lib. 3. c. 4.
num. 19. Consequens itaque
est, virtute mandati & commis-
sionis non posse quem exhere-
dem fieri iuxta dictam legem
Tausinentem: at ex substitu-
tione irregulari exheres quis
fieret; cum rempueatur a sub
gradu propter admissionem al-
terius remotionis, contra prædi-
ctæ legis verba, & verisimilem
mentem mandantis. l. creditor
§. si inter maritum. ff. mandati.
Consuet. Palacios Rubios in dicti.
l. 31. num. 48. & num. 76. Man-
rica de tacitis & ambiguis con-
uentionibus, lib. 7. tit. 15. num.
25. Puteus decisione 21. num. 2.
parte 3. Mieres i. par. quæst. 48.
num. 15. Tiberius Decian. resp.
60. nu. 5. lib. 2.

¹³⁵ Duodecimò, quia cum com-
militario liberum arbitrium co-
cessum sit instituendi maiora-
tum, & ad eum eligendi vnum
ex filiis; planè inferitur, irregula-
re primogeniū facere non pos-
se; cum prædicta facultas, pote-
stas & arbitrium secundum ius
regulare debeat: maioratus au-
tē irregularis, institutio odiosa
est & irrationalis, & aduersus
omnem æquitatem, & equali-
tatem, & sic ad arbitrium boni
viri est reducenda; ut in facultate
disponendi

Caput Trigesimumquartum. 427

disponēdi inter filios cum clau-
sula, *Prout sibi videbitur & pla-*
cebit, consuluit Socinus Iunior
consilio 160. ex nume. 48. lib. 2.
& docuit Petrus Pechius de te-
stam. coniugum, libr. 1. cap. 13.
Molina lib. 3. cap. 4. numer. 18.
336 Maioratus itaque agnationis
nunquam introducitur, nisi in
casibus à iure expressis, vt plu-
ribus fundat Marcus Antonius
Eugenius consi. 83. numer. 40.
lib. 1. Molina lib. 3. cap. 5. nu. 54.
Arbitriū namque boni viri est,
vt commissarius, cui facultas
concessa est eligendi filium aut
filiam, inter eos institutionem
& electionem faciat, non verò
substitutiones insolitas, extraor-
dinarias & irregulares appo-
nat, contra mandati formam,
& iuris interpretationem; vt
probat in l. vtrū. §. cum qui-
dam, vers. plurimum. ff. de re-
bus dubijs, & in l. cum filius. §.
pater cum filia. ff. de legat. 2. &
sic quod quis alieno nomine fa-
cit, arbitrio boni viri facere de-
bet, etsi libera potestas data sit,
337 vt exponendo verbū *liberum*,
arbitratur Baldus consilio 383.
num. 3. lib. 3. & in c. cum olim,
nume. 5. de electione. Oldradus
consi. 148. num. 7. Rebuffus in
l. liberti, vers. at verbum hoc *Pla-*
cer, ibi: *Omnia verba, quantum-*
vis liberam voluntatem denotan-
tia, restringuntur ad limites ratio-

nis & causa. ff. de verborum si-
gnificatione, plura tradit Olaf-
cus decis. 169. à nume. 5. Lapis
allegatione 128. nume. 3. Iason
in l. si sic, num. 23. ff. de legat. 1.
Crauetia consil. 732. numer. 28.
lib. 4. Menoc. de arbitrarijs, libr.
1. quæst. 9. nume. 8. Et denique
concludimus, quotiescunque
in dispositione adiiciuntur ver-
ba denotantia liberam disposi-
tionem, reduci ad significatio-
nem arbitrij, & non liberæ volū-
tatis, vt in verbo *videbitur*, cen-
suit Bart. in extrauagati Ad re-
primendum, numer. 10. & in l.
Caius, nume. 4. ff. de fideicom-
missarijs libertatib⁹, & in l. si sic
legatum, nume. 2. ff. de legat. 1.
& in l. item si vnus. §. idem Pō-
ponius, numer. 1. ff. de arbitris.
Abb. in cap. Quintauallis, nu.
32. de iure iuran. Cardinalis in
Clementina Sæpe. §. non sic ta-
men, nu. 6. de verborum signifi-
catione. Et in facultate *disponen-*
di data per testatorem, decidit
Rota decis. 640. num. 22. diuer-
sorū part. 1. & in facultate cō-
cessa *executori*, Caualcamus de-
cis. 36. num. 387. par. 2. & verba
Quidquid voluerit & placuerit,
redigi ad arbitrium boni viri,
docet Alex. in l. si sic, nume. 14.
vbi Iason num. 32. ff. de legat. 1.
Cornelius consi. 221. numer. 28.
lib. 2. Et in *mandato* ita consu-
luit Decius consi. 493. num. 17.
Afflictis

428 De Tenuta, seu remed. possessor.

- Afflict. decis. 91. n. 4. post Barto¹⁴⁰ bitriū ergo boni viri continet id
lum in l. creditor. §. Lucius. ff. quod est de iure, vel de consue-
mandati. Et huc pertinent tra- tudine; non autem id quod est
dita à Beroio consi. 103. nu. 15. contra legem. l. continuus. §. cū
libr. 1. Natta in dict. Clementi- ita. ff. de verbor. obligat. l. socie-
na Sæpe. §. non sic tamen, a nu. tatem. §. arbitrorum. ff. pro so-
139. Imola post lectionem ipsius cio, tradit Bart. in extrauaganti
Clementine, num. 35. Christo- Ad reprimendum, verbo *vide*
phoro Torniola consi. 26. num. bitur, num. 5. Hippolytus Rimi-
67. libr. 1. Francisco Marco que- naldus consi. 411. nume. 77. libr.
stione 542. num. 7. part. 1. Hip- 4. Hondedeus consi. 64. nume.
polyto Riminaldo consil. 257. 24. libr. 2. Paulus consi. 335. num.
num. 114 cum sequentibus, libr. 2. & sequentibus, libr. 1. Alexan.
3. Et verbum *Placuerit*, arbi- consi. 33. num. 3. libr. 1. Aymon
trium boni viri respicere, pro- consi. 612. nume. 11. libr. 4. Cur-
bat textus in l. Thais. §. sorore. tius Senior in repetitione. l. si si
ff. de fideicommissarijs liberta- per possessione, numer. 2. C. de
tibus, vbi scribentes communi- transactionibus. Parisius consi.
ter.
- 138 Et ratio est, quia vltima vo-
luntas collata in arbitrium alte-
rius, nulla est, vt supra ostendi;
& sic, vt non corruat dispositio,
modificatur ad arbitrium boni
viri. l. quoties. ff. de reb⁹ dubijs.
Plenè Menoch. libr. 6. præsum-
139 ptione 4. & 6. Et eadem quoq;
ratione in mandato ea tantum
comprehenduntur, quæ man-
dari possunt. l. Lucius. §. Impe-
ratores. ff. ad municipalem, ibi:
Cum ad ea quæ mandari possunt,
voluntatem dedisse videaris!
Notat Aymon consil. 105. nu.
6. libr. 1. Paulus consi. 335. num. 141
3. eodem libr. 1. post Bart. in l. si
quis sub conditione, num. 1. ff.
de conditionibus institut. Ar-
bitriū ergo boni viri continet id
quod est de iure, vel de consue-
tutine; non autem id quod est
contra legem. l. continuus. §. cū
ita. ff. de verbor. obligat. l. socie-
tatem. §. arbitrorum. ff. pro so-
cio, tradit Bart. in extrauaganti
Ad reprimendum, verbo *vide*
bitur, num. 5. Hippolytus Rimi-
naldus consi. 411. nume. 77. libr.
4. Hondedeus consi. 64. nume.
24. libr. 2. Paulus consi. 335. num.
2. & sequentibus, libr. 1. Alexan.
consi. 33. num. 3. libr. 1. Aymon
consi. 612. nume. 11. libr. 4. Cur-
tius Senior in repetitione. l. si si
per possessione, numer. 2. C. de
transactionibus. Parisius consi.
45. num. 18. libr. 3. Simon de Pre-
tis lib. 5. interpretatione 1. dubi-
tatione 2. numer. 35. Bald. opti-
mè in l. vltima. §. sed & si quis.
C. communia delegat. vbi octo
modis redigit ad ius, rationem
& æqualitatem, arbitrium ali-
cui collatum. Arbitror ergo, vt
hanc quæstionem finiam, eum
cui datur facultas faciendi pri-
mogenium, regulariter tantum
posse substituere; alioqui enim
mandatum & voluntatem illi⁹
qui comisit, egrederetur; quod
ius non patitur, ex superioribus
fundamentis.
- Id tamen nec hîc prætermi-
tam, si commissarius, cui pote-
stas data est instituendi maiora
tum, de facto eum irregularem
instituat,

Caput Trigessimumquartum. 429

instituat, an vitietur dispositio; an verò ad regulare primogenium redigatur.

Qua in re absque controuersia puto, prædictam dispositionem non vitari, sed ad maioratium regularem reduci. Primò, ex natura verbi *Maioratus*, ad quem instituendum cum facultas data sit, pro facto habetur, cum omnibus clausulis & regularibus substitutionibus, ex Gregorio in l. 2. tit. 15. part. 2. schol. 1. Molina libr. 1. cap. 4. num. 13. & alijs supra recensitis: & si contrarium à commissario fiat, hoc tantum annullatur, & primogenium regulare validum remanet, iuxta textum in l. interdum. §. denique. ff. de hæredibus instituend. ibi: *Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc reuoluitur*, vbi Accursius verbo reuoluitur, ibi: *Voluntate testatoris in potestatem iuris resolui*, quam glossam dicit notabilem Ruinus in l. 1. nume. 94. ff. de legat. 1. Socinus consil. 225. num. 9. libr. 2. Peregrinus de fideicommissis, art. 16. à nu. 103. Non enim est in iure nouum, ex vnico verbo plures substitutiones deduci. l. cohæredi. §. qui discretas. ff. de vulgari, ita vt iure optimo dicere possim, ex verbo *Maioratus*, omnes eas substitutiones elici, quæ necessariæ sint ad instituendum maioratium

regularem, vt censuit Aretinus in dict. §. qui discretas, ex quo in specie notat, ex vnica oratione posse deduci plerique gradus substitutionum: & refert & sequitur Iason ibidem, numer. 5.

Secundò probatur ex lege 27. Tauri, vbi apponitur forma distributiua in quolibet gradu primo, in descendentes legitimis: secundo, in illegitimis: tertio, in ascendentes: quarto, in transuersalibus: quinto, in extraneis: & tamen si posteriores gradus priores præcedant ex testatoris dispositione, non tota dispositio subuertitur, sed tantum ille gradus, in quo legis forma non fuit obseruata. l. si is qui duos, de liberatione legata. l. plane. §. si coniunctim, de legat. 1. l. vnica. §. pro secundo. C. de caduc. tollendis. l. filio. ff. de hæredibus instituendis. l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulgari: ibi: *Quia non in totum testamentum infirmant filij, sed tantum eum gradum qui ab initio non valuit.*

Tertio, ex l. sancimus, & l. penultima. C. de donationibus, per quas vltra quingentos solidos donatio insinuationem desiderat; si tamen absque ea fiat, in excessu tantum nulla est, vt verba legis insinuât, ibi: *Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum*

430 De Tenuta, seu remedi possessor.

perfluum est, statummodo non valere, reliquam vero quantitate; qua intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare.

147 Quarto probatur, ex gravamine filio appposito in tota hereditate, tollitur enim tantummodo de legitima, & in residuo toleratur, ut dispositio sustineatur in eo quod formam non respicit, ut censet X Suarez in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. ubi latissime tractat. Idemque patet ex l. pecunie fœnebris. ff. de usuris, ibi: *Quare pro modo cuiusque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires*

148 Quinto, ex vulgari iuris principio, Utile per inutile non vitiari; ex quo receptum est, excessum dispositionis irritum fieri; valere tamen & sustineri in eo quod à iure non prohibetur, nititurque testatoris voluntati; quam iuris receptam regulam latissime prosequitur Iason in l. 1. §. sed si mihi Pamphilum, a num. 7. ff. de verborum obligat. Cardinalis Tuschus tomo 8. concl. 373. Utile per inutile, &c.

149 Sexto & prædictis accedit,

nam, quando capaces & incapaces simul vocati & substituti sunt, quoad eos qui capere possunt, valet dispositio; quoad eos vero qui capere nequeunt, nulla efficitur. l. si Titio. ff. de legatis 2. ibi: *Si Titio & ei qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus heres dare damnatus est, & unus capere non potest, quinque sola Titio dantur*, & idem probat textus in l. si is qui duos. ff. de liberatione legata, & in l. huiusmodi. §. si Titio, & in l. plane. §. si coniunctim. ff. de legatis 1.

150 Septimo & his conducit. l. humanitatis. C. de impuber. ubi inter filios & fratres furiosi exemplaris permittitur substitutio; & tamen si substituto iniiciatur gravamen in fauore alicuius extranei, contra illius legis dispositionem, substitutio valet, & totum gravamen vitatur, ut tradit ibi Paulus numer. 13. & consi. 222. num. 2. lib. 2. Si mon de Prætis lib. 3. interpretatione 2. dubitatione 1. solut. 7. nu. 17. & sequentibus. Decius consi. 371. num. 5.

151 Octavo & his adhæret decio textus in l. inter cætera. ff. de liber. & posthum. iuncta l. si filius. ff. de hæred. instituend. ubi forma apponitur de filio instituendo aut exheredando; nihilominus tamen si filius ex

vno

Caput Trigesimumquartum. 431

vno gradu præteritus sit, & ex alio exhæredatus vel institutus, hic valebit, ille tamen solū vitiabitur, in quo præteritio facta est. l. si à primo. ff. de liberis & posthum. l. non putauit. §. si ab vno. ff. de contra tabulas. l. 3. §. vltimo. ff. de iniusto rupto. l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulgari.

352 Nonò probatur ex textu in l. 3. §. vltimo. ff. de iniusto rupto, vbi si posthumus à primo gradu exhæredatus sit, à secundo præteritus, solū quando nascitur, rumpit gradum præteritionis; cum tamen à quo exheres factus fuit, nullatenus rumpit; vt innuunt verba prædictæ legis, quæ casui nostro admodum conueniunt, ibi: *Tamen interdum euenit, vt pars testamenti rumpatur: vt puta, si proponas, posthumum à primo gradu exhæredatum, à secundo præteritum: nam hic primus gradus valet; secundus ruptus est.* Illud namque in dispositionibus testamentarijs perpetuò obseruatur, vt solū corruat illud quod vitiū habet, & quod eo caret, firmum 154 maneat. l. si quis habens. ff. qui & à quibus. l. 1. §. si venter. ff. de ventre in possessionem mittendo. l. si is qui soluendo, in 1. & 2. ff. de hæred. instituend. l. nam & si miles. ff. de iniusto rupto.

353 Decimò, & in indiuiduo

quæstionis nostræ, ei suffragatur decisio textus in l. vnum ex familia. §. sed & si fundum. ff. de legatis 2. vbi si is qui eligendi vnum ex familia facultatem habet, grauamen ei iniiciat, hoc reijcitur, electio tamen firma manet; vt in dict. §. sed & si fundum, censuit Cumanus à num. 1. Paulus num. 3. Peralta nume. 1. & 2. Nauarrus consil. 14. sub titul. de testamentis, à nume. 4. & in simili Palacios Rubios in l. 27. num. 50. vbi Castillo vers. *esraños*, num. 38. Tellus nume. 7. Angulo in l. 1. titul. 6. lib. 5. Compil. gloss. 15. nu. 1. & gloss. 4. num. 9. & 13. Simon de Præteritis de vltim. volunt. interpretatione 2. dubitatione 1. solut. 7. num. 17. lib. 3. Marinus Freccia de subfeudis, lib. 2. quæst. 36. vbi ait, matrem quæ facultatem habuit diuidendi feudum inter filios, sed non substituendi & grauandi, & tamen de facto substituat, quoad substitutionem actum non valere, sustineri verò intra limites facultatis & mandati.

Postremò hæc pars tuetur ex decisione legis Hac consultißima. §. ex imperfecto. C. de testam. & l. inter omnes. C. familiæ herciscun. ibi: *Si verò in huiusmodi voluntate, designatis liberis, alia sit mixta persona, certum est, eam voluntatem quantum ad illam*

432 De Tenuta, seu remed. possessor.

ad illam duntaxat personam pro nulla haberi. Ex quibus iuribus elicitur, testamentum imperfectum ratione solenitatis, quoad filios firmum manere, licet alia extranea persona admixta sit: docet Albericus in l. 1. §. sed si mihi. ff. de verborum obligat. nume. 2. Signorolus consi. 114. per totum, & arbitratur in dict. l. hac consultissima, & l. inter omnes, Curtius num. 23. Riminaldus num. 3. & Corneus n. 8. & ex dict. l. 33. Tauri satis hæc opinio suadet. Citra omnem itaque ambiguitatis casum putamus, prædictum primogenium quoad regulares substitutiones sustineri, quoad irregulares verò nullum esse.

155 Illud autem ultimo loco non omittendum censui, cum ad questionem nostram familiariter spectet, si coniux facultatem habeat maioratum instituendi inter filios, & ipsi, maioratui irregulari consensum præstiterint, an hoc casu primogenium tanquam irregulare habendum sit. Et ego quidem, disputatione omissa, in eam sententia, ut prædictus consensus nihil in questione proposita operari possit. Et ratio solidissima est, nam ut superius constitui, hoc verbum *Maioratus*, primogenium regulare significat, cum suis perpetuis substitu-

tionibus ad id inducendum necessarijs. Rursusque commissarius, qui illud instituendi commissionem habet, si ea usus non fuerit, nihil prædictæ maioratus foundationi & institutioni præiudicat: lex enim pro facto & instituto habet & reputat, tanquam si à disponente fuisset institutus. Deinde, nam si commissarius irregulare primogenium instituat, & mandatum fuerit transgressus, ad regulare maioratum reducitur dispositio, ut supra ostendi. Cum igitur commissarii factum, nihil aliud sit, quam mera executio dispositionis testatoris, vel ex eo constat, consensum filiorum eam mutare non posse; cum perinde habeatur prædicta dispositio & maioratus institutio, ac si à disponente, & non à commissario facta fuisset: at quando ipsemet disponens, maioratum regularem fecisset in familiæ fauorē ordine successiuo, quis auderet dicere, primò nominatos & substitutos posse consentire, ut hic regularis maioratus, irregularis fieret? Illud namque in hac materia scitum est, priores successores nihil in præiudicium cæterorum qui substituti sunt, facere posse, quia vniuscuiusque personæ vocatæ & substitutæ, explicitè siue implicitè, vel nomine collectiuo, diuersa est

Caput Trigesimumquartum. 433

est substitutio; vt tradit Paulus in l. si pecuniam, num. 11. ff. de condi&t. causa data. Molina libr. 1. cap. 1. nume. 17. qui innumeros recenset. Tiraquellus de primogenijs, quæst. 40. à nu. 108. vbi vsque ad numer. 116. pluribus relatis plenissimè tractat. Quauis itaque maioratū instituens, nullas speciales vocationes & substitutiones fecerit, censendus est eas omnes facere, quibus sit opus ad bona prædicti maioratus perpetuò in familia cōseruanda; tuncque proximior de familia admittitur, & post eius mortem alius proximior in locum mortui substituitur & subrogatur, & sic ordine successiuo perpetuo succeditur, tanquàm si speciatim omnes proximiores de familia, vnus post alium, vocati, nominati & substituti fuissent; cū, vt suprà dixi, ex vnico verbo plures possint substitutiones deduci; vt probat textus in l. cohæredi, §. qui discretas. ff. de vulgari. l. iam hoc iure, eodem tit. l. 1. C. de impuber. & arbitratus fuit Socinus consi. 57. numer. 3. lib. 3. Paris. consi. 72. numer. 86. lib. 4. Iason in dict. §. qui discretas, nume. 5. & his & alijs citatis prosequitur Molina libr. 1. cap. 4. num. 14. & sequentibus. Quibus suffragatur decisio textus in l. quandiu institutus. ff. de ac-

quirend. hæreditat. vbi si sint plures vulgariter substituti, ita vt vnus post alium substituat, mortuo primo ante aditionem hæreditatis, eius ius extinguatur, & substitutus succedit ex iure suo, non ex iure primi ad se transmissio; ideoque postremus substitutus, seductis anterioribus, succedit, sicut si solus à principio fuisset substitutus, iuxta dict. l. cohæredi, in principio. Et in successione ab intestato, quæ maioratibus æquiparatur, similis observatio est, in qua quādo plures gradus sunt, cuilibet gradui à lege successio defertur, & semoto primo gradu per explicitam, aut implicitam repudiationem, ius illius gradus non transfunditur in sequentem; imò hoc extincto, sequēs gradus succedit iure proprio, ex legali translatione, non verò ex iure transmissio. l. si quis filium. C. de inofficioso testam. Bart. in l. qui superstitis, num. 2. ff. de acquirend. hæred. Franciscus Aretinus in l. 2. à num. 4. C. de in ius vocan. Iason in l. si arrogator, à num. 20. ff. de adoptionibus. Alexander consil. 20. per totum, lib. 1. Ancharranus in toto consilio 315. vbi plenè fundat. Satis ergo ex his probatur, maioratui irregulari filios primi gradus non posse cōsensum præstare: esset namque in præ-

Ec iudi-

434 De Tenuta, seu remed. possessor.

iudicium ceterorū in proximiorum, qui ordine successiuo sunt substituti, & aduersus maioratus regularis naturam, cū hic proximiores admittat: irregularis verò eos excludat propter remotiores. Compertissimum enim est, illum qui primū gradum successionis obtinet, non solum posterioribus præiudicium inferre non posse, verum etiam nec sibi ipsi; non enim poterit desinere esse successor, quāuis iuri succedendi renuntiauerit, nec ex sua renuntiatione alij aperitur edictum respectu præcedentis, sed ille succedere debet post renuntiantis mortem, qui ei proximior sit, tanquam si renuntiationem non fecisset; solum enim propter renuntiationem in fauorem alterius factam priuabitur emolumentis maioratus; proximitatem verò & gradum facit sequenti in gradu, & pro ultimo possessore habetur, ac si maioratum acceptasset: & hoc ea ratione, ne ille consensus & renuntiatione officiat ei qui post eum qui renuntiavit succedere debet; alioqui enim ordo succedendi turbaretur, & morientium voluntates infirmæ manerent. Eius itaque personæ quæ renuntiavit, quoad successionem ratio habenda est ad proximitatem regulandam & computandam, & non illius

qui eum præcessit. Sicut dicimus in suo hærede, qui propter eius abstensionem priuatur fructibus hæreditarijs; semper tamen nomen hæredis retinet & conseruat, vt cap. sequenti latè ostendam. Filij itaque qui consensum præstiterunt, aut renuntiationem fecerunt, solum sibi ipsis præiudicant, quoad maioratus commoditates; sequentibus tamen in gradu, & proximioribus de familia præiudiciū non irrogant; cū ille qui consensit, vel renuntiavit, nihilominus vltimus possessor sit respectu sequentium: nam quoad iuris effectus, prædictus consensus nullius roboris & firmitatis fuit, vt in cap. sequenti prosequimur, & adnotauit Bartolus in l. qui superstitis, num. 2. ff. de acquiren. hæred. dum quærit, an cū filia renuntiavit hæreditati paternæ, noceat nepoti. Et respondet hæc verba: *Aduerte, si quidem nepos ex filia veniret ad successionem cum alijs nepotibus aui, tunc pactum matris non noceret sibi sine dubio, quia mater pacta est de se; filius autem veniret suo iure.* Baldus in l. vltima, nu. 16. C. de pactis, ibi: *Sed hic incidenter quæritur, si ista filia quæ renuntiavit meretur, nunquid nepos ex ea, poterit successionem petere? Videtur quod sic.* & ibi: *Præterea nepos venit ex propria persona,*

Caput Trigessimumquartum. 435

*persona: ergo non obstat sibi renun-
ciatio materna, ut. l. non tantum,
§. emancipatus, de contra tabu-
las. Præterea videtur habere lo-
cum successorium edictum. ff. de
inofficioso testam. l. pater filium,
et l. si is qui. Præterea si non est
heres matris; ergo factum matris
non nocet nepoti. Idem Baldus in
l. pactum, quæst. 28. C. de colla-
tion. Fracis. Por. in tract. de duo-
bus fratribus, parte 4. quæst. 20.
plenè Alexander consi. 75. per
totum, lib. 1. præcipuè à nu. 13.
Idem in l. quod de bonis. §. ult.
ff. ad l. Falcid. & consi. 68. à nu.
4. lib. 4. Guido Papæ. consi. 140.
à nume. 10. & consi. 244. prope
finem. Alciatus in l. nihil aliud,
ad finem. ff. de verbor. signific.
Decius consil. 180. per totum.
Tiraquel. de iure primogen. q.
26. num. 5. & quæst. 27. num. 3.
Consequens ergo est, cum qui-
libet ex substitutis, qui de fami-
lia sit, suam habeat specialem
substitutionem de per se, & ab
alio non depēdeat, consensum
primi vocati & substituti eis no-
cere non potuisse, ut præceden-
ti cap. ostendi, præcipuè sub nu-
mero 47. versu. *Ex substitutioni-
bus enim gradualibus.* Denique
quia ad hoc, ut prædictus con-
sensus familiæ præiudicare pos-
set, debebat fieri per priores vo-
catos in fauorem disponentis;
respectu grauaminis ab eo eis*

impositi. l. si quando. §. illud, &
§. & generaliter, ibi: *Tunc enim
omni exclusa querela, paternum
amplecti compelletur iudicium.*
C. de inofficioso. Xuarez in l.
quoniam in prioribus, amplia.
10. num. 5. Molin. libr. 2. cap. 3.
num. 36. In fauorem tamen cō-
missar ij non poterunt filij con-
sentire contra volūtatē illius
qui commisit, cuius voluntas
fuit maioratum regularem in-
stituendi; consensus itaque ma-
ioratui irregulari præstitus, di-
ci non potest in fauorem dispo-
nentis fuisse; imò eius volunta-
ti & dispositioni repugnans;
cū tantum instituere regula-
re primogenium voluerit, &
sic prædictus consensus nullū
effectum producere potest: suc-
ceditque iuris regula, ut contra
domini voluntatem in rebus ip-
sius nihil fieri possit; quā pro-
sequitur Baldus in l. vltima, nu-
mer. 3. C. de pactis, vltimo nota-
bili. Ordini enim successiuo
maioratus regularis præiudica-
ri nequit ex assensu primò vo-
catorum, etiam si simul cum
eo Regi^o assensus interueniret,
ut cenlet Couarrub. lib. 3. var. c.
6. num. 6. & 8. Pinelus in Rubr.
C. de rescind. cap. 2. num. 18. &
19. Burgos de Paz consilio 9. n.
29. Mieres in initio 2. part. nu-
46. Matienço in l. 7. titul. 7. libr.
5. Compil. gloss. 3. num. 1. Ioan.

Ec 2 Garc.