



**R. P. Antonii De Escobar Et Mendoza, Vallisoletani,
Societatis Iesv Theologi, Vniversæ Theologiæ Moralis,
Receptiores Absqve Lite Sententiæ nec-non
Problematicæ Disquisitiones ... Volumen ...**

Ivstitia Et, Ivs. Sex Libris totidem Tractatus appono, nempe de rerum
Dominio, de Restitutione, de Contractibus Gratuitis, de Contractibus
Onerosis, de Contractibus Fortunæ, de Contractibus Adminicularis, de
Quasi-Contractibus, & nonnullis Innominatis

Escobar y Mendoza, Antonio de
Lugduni, 1663

Cap. 12. Circa Emphyteusim & Feudum.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-80681](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-80681)

CAPVT XII.

Circa Emphyteusim & Feudum.

DV BIVM XCIX.

An Emphyteuta seu feudatarius debeat privilegium domini gaudere?

433
Questionis
status.

Icet Emphyteusis valde affinis sit locationi, & quatenus ab ea differt. Imagis ad Iuristarum, quam ad Theologorum tribunal spectet, nonnulla tamen dubia atroxam, quæ ad conscientie causam magis pertinere videbitur. Simul autem de Feudo tractationem exponam, nam Feudum parum ab Emphyteusi differt. In primis igitur requiram, num emphyteuta, seu feudatarius debeat privilegium domini gaudere. Exemplum est, cum emphyteuta ab Ecclesia, vel ab alio exempto accipit in emphyteusim prædia, quæ à tributis & vectigalibus erant exempta, an eandem apud ipsum retineant?

434
Gaudet
privilegiis.

Gaudet quidem domini privilegium. Quia l. *Prinata*, & l. *penult. C. de excus. minor. lib. 10.* emphyteuta gaudet immunitate filico concessa: Ergo idem erit dicendum de emphyteuta Ecclesia, cum Ecclesia & filicus fere semper æquiparentur. Sic Bartol. ad l. *Prinata*, l. *in Auth. Quas actiones Duennas*, regul. 100. ampliat. 3. *Sylvan. conf. 9. numero 9. rachim. l. 1. contron. c. 9. 1. & alij.*

435
Non gaudet.

Minime gaudet. Quia onus vectigalis, ac tributum Regij tollendi non imponitur emphyteutæ ob bona in emphyteusim accepta, sed ob viumfructum, & dominum utile ex his bonis perceptum, qui viumfructus, & dominium non est Ecclesia, sed emphyteutæ, ac proinde Ecclesia hac exactione non læditur. Ita Rolan. *conf. 18. Petri Nuñez. de Auendaño tr. de execution. manda. cap. 15. numero 33. Menoch. de arbitrar. casu. 180. numero 8.* Pluresque copiosius refert centur. *sext. casu 562. numero 22. Molina trall. secund. d. 446. & 456. Lessi. lib. 2. de iust. c. 24. dub. 8. n. 44. Laym. l. 3. sect. 5. tr. 4. ca. 23. n. 5.*

436
Probabilius
hoc mihi.

Hanc sententiam probabiliorē esse reor. Nec enim ei obest textus ex l. *Prinata*, & l. *penult.* solummodo quippe probat emphyteutæ filici audere filici privilegium quoad exemptionem numerum sordidorum, de quibus fit mentio in l. *Maximam. Cod. eodem titulo* nihil tamen de exemptione tributorum, ac vectigalium decedit, ut ipse Bartol. in lege. *penultim.* exponit.

DV BIVM C.

An emphyteuta, & feudatarius obligentur rem in emphyteusim, seu feudum acceptam meliorari?

Obligantur quidem. Quia hic contractus meliorationem significat, & in eum finem conceditur. Sic Franc. Sarmiento lib. 10. *quidem. tertio selest. capite quarto Fachin. lib. prim. controuers. cap. 92.* Hinc doctores hi inferunt, finita emphyteusi, vel feudo non adstringi dominum proprietatis meliorationes factas in re emphyteutica, aut feudali solvere, sed ipsi cedere; nam hæc meliorationes debite erant ex vi contractus.

Non obligantur rem acceptam in emphyteusim, vel in feudum meliorare, sed solum illam conservare, ne eorum culpa deterior reddatur. Quia licet res in emphyteusim olim concessa fuerit, ut melioraretur, idem quæres inculcæ, & infringere in emphyteusim concedebantur, & modo ob eundem finem plerumque fiat concessio: attamen obligatio meliorandi nisi expresse inter partes conventum sit, inducitur non censetur: alias meliorationes faciendæ ex vi huius contractus determinate essent, cum absque determinatione obligatio stare non potest. Itaque ex communi sententia Rebel. *parte secunda de obligat. instit. lib. tertio quæ secund. sine.*

Hoc probabilis esse reor. Unde in foro, finita emphyteusi, vel feudo absque culpa emphyteutæ, vel feudatarij, posse eos repetere a domino meliorationes posse; quia non ipsi domino, sed emphyteutæ, aut feudatario cedunt. *Gloss. ad l. sed si quis vers. Reficere. ff. de usufr. l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. l. 7. l. 8. l. 9. l. 10. l. 11. l. 12. l. 13. l. 14. l. 15. l. 16. l. 17. l. 18. l. 19. l. 20. l. 21. l. 22. l. 23. l. 24. l. 25. l. 26. l. 27. l. 28. l. 29. l. 30. l. 31. l. 32. l. 33. l. 34. l. 35. l. 36. l. 37. l. 38. l. 39. l. 40. l. 41. l. 42. l. 43. l. 44. l. 45. l. 46. l. 47. l. 48. l. 49. l. 50. l. 51. l. 52. l. 53. l. 54. l. 55. l. 56. l. 57. l. 58. l. 59. l. 60. l. 61. l. 62. l. 63. l. 64. l. 65. l. 66. l. 67. l. 68. l. 69. l. 70. l. 71. l. 72. l. 73. l. 74. l. 75. l. 76. l. 77. l. 78. l. 79. l. 80. l. 81. l. 82. l. 83. l. 84. l. 85. l. 86. l. 87. l. 88. l. 89. l. 90. l. 91. l. 92. l. 93. l. 94. l. 95. l. 96. l. 97. l. 98. l. 99. l. 100.* Molina d. 456. Layman. l. 3. *sest. quinta tr. 4. c. 23. numero 7.*

DV BIVM CI.

An emphyteuta, vel feudatarius reddens deterioiorem rem acceptam incidat in commissum; unde possit, domino privari?

Profecto licet emphyteuta, aut feudatarius non obligentur, rem in emphyteusim, vel in feudum acceptam meliorare: obligantur tamen, ne illam deterioiorem reddant: alias tenebuntur compensare domino, quanti sua intererat rem deterioratam non esse, ut constat ex leg. *diuortio, §. si fundum ff. solut. matrimonio, & tradit l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. l. 6. l. 7. l. 8. l. 9. l. 10. l. 11. l. 12. l. 13. l. 14. l. 15. l. 16. l. 17. l. 18. l. 19. l. 20. l. 21. l. 22. l. 23. l. 24. l. 25. l. 26. l. 27. l. 28. l. 29. l. 30. l. 31. l. 32. l. 33. l. 34. l. 35. l. 36. l. 37. l. 38. l. 39. l. 40. l. 41. l. 42. l. 43. l. 44. l. 45. l. 46. l. 47. l. 48. l. 49. l. 50. l. 51. l. 52. l. 53. l. 54. l. 55. l. 56. l. 57. l. 58. l. 59. l. 60. l. 61. l. 62. l. 63. l. 64. l. 65. l. 66. l. 67. l. 68. l. 69. l. 70. l. 71. l. 72. l. 73. l. 74. l. 75. l. 76. l. 77. l. 78. l. 79. l. 80. l. 81. l. 82. l. 83. l. 84. l. 85. l. 86. l. 87. l. 88. l. 89. l. 90. l. 91. l. 92. l. 93. l. 94. l. 95. l. 96. l. 97. l. 98. l. 99. l. 100.* Molina d. 457. Rebel. *tom secund. de iust. lib. 13. g. 3.* Quæsierim verò num ob hanc causam emphyteuta, aut feudatarius incidant in commissum, privarique à domino possint?

Emphyteuta vel feudatarius secularis deteriorē

SECT. II. de Contract. Onerosis. 213

Non incidunt in commissa. *Non incidunt in commissa*
 riorum reddens rem in emphyteusim, vel feudum acceptam non incidunt in commissum. Quia hæc poena nullibi statuta esse videtur. Sic Immo, Iason, & alij, quos refert Aluar. Valascus *consul. 50. n. 5.* qui horum sententiam reputat esse probabilem.

442 *Incidunt in feudum.*
 Incidunt in commissum, & possunt a domino priuari quia rationi consonum non est obligare proprietarium ad perseverandum in contractu, cum ex eius perseverantia detrimentum accipiat. Ita Bartol. *ad l. diuersio, §. si fundum. ff. soluto matrimonio.* Menoch. *de arbitr. lib. secund. casu. 78. numer. secund.* asserens esse omnium Molina. *d. 457. Laym. l. 3. q. 5. r. 4. c. 2. §. 7. & alij.*

443 *Autoris regulatio.*
 Equidem de emphyteuta Ecclesie nullus est, qui dubitet, quia expresse definitum est. *Auth. de alien. & emphyteu. Authent. Qui rem Codic. de sacrosan. Eccle.* Item de feudatario videtur sic videtur expressum in *cap. Federicus, §. quicumque, de pace tenenda* ubi habetur, Vallallum re feudali abutentem priuandum esse. De emphyteuta vero seculari idem iudico. Quia nulla est specialis ratio, ob quam emphyteuta Ecclesie priuatur ob deteriorationem factam, quæ in seculari emphyteuta non procedat. Attamen ut locum habeat doctrina, hæc tria debent concurrere ut Baldannotat *Auth. Qui rem, numero secund. Cod. de sacros. Eccles.* quem ceteri sequuntur. Primo deteriorationem contingere debere in ipsa re, non autem in fructibus. Secundo, ex culpa non solum lata, sed leni, quia contractus communis est utrique. Tertiò, debere esse deteriorationem notabilem; nam cum hæc poena grauis sit, graui detrimentum debet.

DVBIVM CII.

Acceptit quis in emphyteusim, aut feudum perpetuum, vel ad plures vitas olivetum verbi gratia Poteritne, irrequisito domino, oliuas euellere, & loco illarum vitas plantare, quæ secundum communem hominum estimationem utiliores sint?

444 *Poteritne euellere.*
 Poterit quidem. Quia illa non est alienatio aut destructio, sed in melius commutatio, & quia quod proprietario non nocet, & emphyteuta, vel feudatario prodest, permitti debet. Sic Aluar. de Valasco. *consul. 50. numer. ultim.* Aluar. Pinel. *lib. 1. de bon. matern. 2. p. n. 52.*

445 *Non poterit.*
 Minime poterit. Quia negari non potest, rem emphyteuticam, aut feudalem destrui, & consequenter emphyteusim aut feudum perire. Ità Iul. Clar. *l. 4. sentent. §. emphyteusis, q. 26.* Arias Pinel. *l. 1. Codic. de bonis matern. p. secund. n. 60.* Molina *lib. 1. de primogen. cap. 22. num. 7.* & noster Molina *rr. 2. d. 457.*

446 *Idem affirmo.*
 Idem affirmo probabilius. Nam quod loco oliuæ veti vinea subrogetur, non impedit emphyteusim antiquæ interitum, sed, solum præstat,

ut alia de nouo possit institui; quam dominus oliuæ creare non tenetur, quia nemo adstringitur loco propriorum bonorum alia bona etsi meliora accipere: ideoque proprietarius poterit emphyteutam ad interesse cogere cum oliuarum renouatio ferre sit impossibilis.

DVBIVM CIII.

Si ab hostibus res emphyteutica, aut feudalis occupetur, eo tempore emphyteuta, aut feudatarius habetne obligationem pensionis soluenda?

447 *Abent quidem.*
 Habent quidem. Quia casus fortuiti, ex quibus res emphyteutica in integrum non petit, ad emphyteutam pertinent. Certè bellum casus est fortuitus, neque tamen ob illius causam res perit, ut supponimus: Ergo ob hunc casum fortuitum emphyteuta non excusatur. Sic ex legum prætextu Conan. *l. 7. comment. iur. c. 12. n. 7.* Molina *d. 454.*

448 *Non habet.*
 Minime habent soluendæ pensionis obligationem. Quia in eo euentu fundum emphyteuticum emphyteuta non possidet. *lege cum vna, §. ultim. ff. de bonis authorit. Iudic. possidend. ibi: Qui propter latrones pecunia non potest possidere, recte dicitur non esse, quod possideatur.* At obligatio soluendi non nascitur ex eo tantum, quod fundus existat, sed ex eo, quod existat possessus ab emphyteuta: Ita Abbas, *ad caput. Potuit, de locato, Iason ad leg. prim. num. 91.* Codic. *de iure emphyteut. Iul. Clar. l. 4. sent. §. emphyteusis, q. 8. num. 6.* Aluar. Valasco. *de iure emphyt. q. 27. num. 13.* Fachine. *l. 1. c. 90. & alij.*

449 *Verius hoc mihi.*
 Verius hoc esse crediderim. Nam comparatione emphyteutæ perinde est non possidere fundum, ac si fundus integrè perisset: Ergo illo tempore, quo cessat possessio, cessat soluendi pensionem obligatio, & emphyteusis suscipitur.

DVBIVM CIV.

Cum ob infortunium, aut sterilitatem fructus rei emphyteuticæ non colliguntur, estne eam causam pensio imminuenda?

450 *Status questionis.*
 Quando modica est pensio, communis sententia testatur diminuendam non esse; maximè cum sterilitas vnius anni aliorum abundantia possit compensari. Quæstio autem quid, cum pensio fructibus correspondet, an sit diminuenda?

451 *Diminuitur.*
 Diminuenda est. Quia æquitas non patitur, ut cum iactura emphyteutæ proprietarius locupletetur, *de est.*

214 Theologiae Moralis Lib. XXXIX.

completetur Sic Aluar. Valse. de iur. emphyteut. quest. 17. num. 1. Iul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteutis. q. 8. Nauar. sum. capite 17. num. 190. Gregor. Lopez ad l. 28. v. octava parte. Fachin. lib. 1. controu. c. 89

452 Non est diminuenda. Quia per accedens est quod pensio ita gravis fuerit constituta, neque ob illius causam censendi sunt, recessisse à dispositione legis contrahentes illi cum non expreserint, ita Castro Palao de iust. ar. 32. d. 10. pun. 5.

453 Idem affirmo. Cui quidem adhæreo. Nam etsi inspecta æquitate, primam sententiam præferre possem & deberem; at seculsa consuetudine nullam reor obligationem esse diminutionem faciendi. Etenim lex 1. Codic. de iure emphyt. & paragrapho Adeo, institut. de locatione aperte decidunt, manente re etiam in parte, soluendam esse pensionem. Ergo ob sterilitatem excusari emphyteuta non poterit.

DVBIVM CV.

An obligatio emphyteuta, vel feudatarij soluendi pensionem requirat Iudicis sententiam?

454 Requirit quidem Iudicis sententiam.

Residet in emphyteuta, ac in feudatario obligatio soluendi proprietario pensionē. Querierim vero, an hæc obligatio ipso iure eos adstringat, an Iudicis requiratur sententiam? Requirit quidem. Quia si emphyteutis laica sit, & triennio non solvatur pensio constituta, cadit emphyteuta in commissum, hoc est, committit culpam, ob quam merito ab emphyteusi expelli potest. At privatio huiusmodi ipso iure inducenda non est absque manifesta lege, lex vero non apparet, cuius præscripto privatio hæc ipso iure incuratur: quin imo indicatur à lege sententiam Iudicis requisitam esse, siquidem vitur verbo futuri temporis, ut patet ex leg. 2. Cod. de iure emphyt. ubi: *cadat iure suo, id est sententiam Iudicis subsecuta & in Authent. de alienat. & emphyt. §. si vero, ibi: Extranseus Fiet à iure suo*, quod post sententiam rectè intelligi potest. Sic Speculat. tr. de emphyt. q. 41. paul. Castrenf. conf. 63. lib. 2. Ludouicus. Rom. conf. 212. & alij, quos refert, ac sequitur Tiraquel. ad leg. si unquam. Codic. de reuocanda donat. v. Reuertatur. num. 187. Sà v. emphyteutis. n. 1.

455 Sententiam Iudicis non requirit.

Emphyteuta ipso iure privatur, nisi triennio pensionem non soluat. Quia est verbum *Cadat*, & verbum *Fiet* indifferentia sint, ut privationem inducant ex lege, vel inducantur Iudicis officio significant, attamen convenientius privationem ex lege indictam innuere videntur, sita lason ad leg. secund. num. 14. C. de iure emphyt. Alexand. conf. 6. lib. 3. Decius conf. 146. Andr. Fachin. lib. prim. cap. 93. Iur. Clar. §. emphyteutis, q. 9. Layman. l. 3. sect. 3. tr. 4. cap. 23. num. 8. Molina d. 453. Rebel. p. 2. de iust. lib. 13. q. 7.

456 Hanc sententiam probabiliorē esse iudico, cuius explico fundamentum, nam si attentè inspicatur, verbum illud *Cadat*, & *Fiet* non sunt indeterminata, ut significant privationem re esse reor.

ipso iure inducant, cum non ad iudicem dirigantur, sed ad ipsum reum, qui virtute legis cadere debet & fieri extraneus à iure suo.

DVBIVM CVI.

Quando emphyteuta venditioni emphyteusim exponit, non expectata domini venia, ut incidat in commissum, sufficitne traditioem geri factam per clausulam constituti?

Emphyteuta, irrequisito domino potest venditioni Emphyteusim exponere, dñ Nonnulla tamen ei denunciet, an velit pro eodem pretio rem accipere, teneturque per duos menses eius resolutionem expectare. Quod si ea resolutione non expectata, & à fortiori denunciatione non præmissa, emphyteusim vendat, venditio est nulla & emphyteuta incidit in commissum. Ut autem præfata poena locum habeat, debet venditio ex se valida, esse, ac venditionem traditio subsequi. Quæstioni autem do, an sufficiat, traditionem esse factam per clausulam constituti, vel an debeat esse realis? Sufficit esse traditionem per clausulam constituti. Quia per eam dominium, & possessio in emptorem transfertur, & vera alienatio perficitur, dominique iniuria irrogatur. Sic Roland. à Valle con. 51. lib. 2. Iul. Clarus §. emphyt. q. 13. Tiraquel. de utroque tract. rit. 1. glossa 2. n. 4. Matien. l. 1. rit. 10. glossa 6. n. 4. Fachin. l. 7. contr. c. 80. & alij plures communiter.

Non sufficit factam fieri traditionem. Quia licet traditio per clausulam constituti eodem operetur effectus quoad dominij translationē ac vera & realis traditio: at negari non potest, traditionem illam solum fictione iuris traditionem esse, ac proinde non veram neque realem. Cum autem ad incurrandam poenam caducitatis requiratur venditio, traditione subsequente, intelligi debet de traditione vera, ac reali, non de traditione ficta. Ita Anton. Gomez ad leg. 45. numero 95. Rebel. de iustit. parte secunda lib. 13. qu. 4. a. 7. & alij quos refert Fachineus l. septimo capite 86.

Verum etsi prima sententia, rigore iuris inspecto, vera sit, crediderim, contrariam æquiorē esse, & in iudicando amplectendam, ut testatur Iul. Clar. ibid. n. 4. Certè in poenis mitior est facienda interpretatio, maxime aduersus reum.

DVBIVM CVII.

An possit quis permutare vel donare emphyteusim domino irrequisito?

Potest quidem quilibet irrequisito domino, emphyteusim Pignori, hypothecæ, alterive seruituti subicere. Titulo hæredis, legati, aut pondo nomina.

Secl. II. De Contract. Onerosis. 215

nominationis concessio, potest irrequisito domino emphyteusim alienare, non poterit autem emphyteusim ad longum tempus locare; ad breue tempus potest, & ad longum emphyteusis commoditates, in his Doctores conveniunt. Dissentiunt tamen quoad permutationem, & donationem quæstioni committo, an possit quis emphyteusim commutare vel donare irrequisito domino?

⁴⁶² Potest quidem permutare, dummodo, ante traditionem, moneatur proprietarium, ut videat, an novus emphyteuta sit persona idonea, eamque in possessionem mittat, ab eoque laudemium accipiat. Quia emphyteusis alienatio ob pretium acceptum, vel ob rem, quæ loco pretij habeatur, videtur interdici legi. *tertia & ult. Codic. de iure emphyteut.* Potest item, irrequisito domino, emphyteusim donare, dummodo ante possessionem moneatur dominum, ut novum emphyteutam in possessionem mittat, si nihil habet, quod ei legitime opponat. Quia nulla est causa moneendi dominum ante donationem, cum ipse nullum ius habeat prælationis comparatione donatarii ab illo designati. Non enim tenetur ipse donare: neque eius iuri ac potestati exigendi pensionem præiudicatur, cum novus emphyteuta ab eo investituram accipiat. Sic de permutatione Sylvest. *verb. emphyteusis, quest. 17.* Iul. Clarus *ibi, quest. 17.* Gregor. Lopez, *lege ultim. tit. 8. parte quinta* Molina d. 461. Lessius lib. secund. capite 24. d. b. 9. numer. 54. Layman l. 3. sectio. quinta tract. quart. cap. 23. num. 9. De donatione verò sic Glos. ad leg. ultim. Cod. de iure emphyte. v. *emphyteusis, questio. 15.* Gregor. Lopez *ibi, v. La venta* Molina d. 461. Lessius, & Layman *ubi supra.*

⁴⁶³ Nec permutare, nec donare, quis potest domino non requisito consensu emphyteusim. Quia *lege tertia Codic. de iure emphyte.* inquit Imperator, *minimè licere emphyteuta sine consensu domini meliorationes suas alijs vendere, vel ius emphyteuticum transferre.* Quæ verba de qualibet translatione siue titulo oneroso, siue lucrativo intelligi debent. Neque refert, si dicas, consensum domini post celebratum contractum permutationis, aut donationis intelligendum esse, quia Iustinianus expresse de denunciatione ante contractum loquitur, & æque venditioni, ac translationi illam requirit. Constat autem in venditione requirendum esse dominum ante contractum celebratum. Ergo etiam in donatione, ac permutatione, ac qualibet translatione alia. Ita Bartol. ad legem ultim. Glossa lib. prim. Codic. de fund. patrimonial. Fachin. lib. tertio contr. on. cap. 97. Rebel. p. secund. de oblig. instit. lib. 13. q. 5. n. 1. & alij.

⁴⁶⁴ Equidem licet prima sententia communior videatur, & secunde in foro conscientie, & externo amplecti possis; verior tamen existimo esse secundam, quam ita confirmo: Contraria sententia aditric, ante traditionem, ac possessionem rei emphyteuticæ requirendum esse ut videat, an persona idonea sit, cui donatur, vel quocum permutatur emphyteusis. At si ante permutationem, vel donationem celebratam requisitus fieret, domino commodior esset, cum liberius posset iudicium ferre de noni emphyteutæ idoneitate, utpote

qui nulli eius iuri quæsitio derogaret, ipsi etiam emphyteutæ minus gravis, & damnoſa esset. Negari enim non potest, dare laturum, donationem aut permutationem factam sibi reuocari; quod non ita ægre ferret, si nulla donatio, aut permutatio facta esset: occasioque non levis excitandi lites præstatur.

DVBIVM CVIIL

An si Princeps aliquem legitimeret, ut in feudo succedat: eius dispositio habeat effectum, irrequisito Domini?

⁴⁶⁵ SI Princeps aliquem filium naturalem, spiritumque à feudo quidem exclusum, irrequisito domini consensu legitimeret, ut posset in feudo succedere, eius dispositio effectum habet, quia ea est potestas Principis, ut valeat suis legibus legitimatos à successionem feudi excludentibus derogare. Sic Glos. ad §. *Naturalis*, Curtius iun. Alexand. Roland. à Valle, & alij plures quos refert Fachin. lib. septim. cap. 49. Eius dispositio non habet effectum, quia ex huiusmodi Principis dispositione domino grati præiudicium inferitur, ita alij plures relati à Fachineo *ubi supra.*

⁴⁶⁶ Ego autem ex ipso doctore utramque sententiam concilio. Prior sententia vera est, si *veramque* gravis causa, ac publica intercedat utilitas. *sententiam* Nam hac interueniente, non solum Princeps ad concordiam potest suis in legibus dispensare: verum iudicium adiri quæsitio alteri derogare, *argum. lege quinta duco.* *paragrapho ultimo, ff. de iniur. leg. Adificari.* C. de opere. publ. & tradit Decius cap. *Que in Ecclesiarum, numer. 19. de constitut.* Abbas n. 11. Felin. nu. 26. At hac causa celsante nullum in hac parte effectum legitimatio habebit, quia abique causa nequit Princeps ius alteri quæsitum tollere, quamvis possit suis in legibus dispensare. Conar. l. 3. var. capite. 6. num. 3. Zafius *cons. 20. n. 7.* An dreas Gaill. l. 2. *observat. 56.*

DVBIVM CIX.

An in agnatorum præiudicium legitimatio habeat effectum ad emphyteusis, seu feudi successionem?

⁴⁶⁸ HABET quidè, quia agnati, quibus ex antiqua investitura cõpetit successio huiusmodi, nullum ius quæsitum habent, sed quærendum, ut iuri quærendo, & in spe facilius derogatio contingit. *l. ult. C. de acquir. posses. l. Qui autem, ff. quæ in fraud. credi. l. si spons. §. si maritus, ff. de donat. inter vir. & uxorem.* Præterquam quod Princeps non tollit ius vilius agnatis, sed differt; & casu quo tollat, non tollit directè, sed indirectè, quatenus ab illegitimo remouet successionis obstaculum. Sic

216 Theologiae Moralis Lib. XXXIX.

Sic Decius *consil.* 269. *num.* 10. Alciat. *consil.* 171. *lul.* Clarus §. *Feudum*, q. 82. Rolandus à Valle *conf.* 3. *n.* 142. *l.* 1.

469 Non habet. Non habet effectum. Quia Princeps nequit pro libito alteri suum ius auferre. At agnati ius succedendi debent deficientibus legitimis filiis ex primo feudi institutore, quod ius non est tantum in spe, & futurum, sed praesens, & certum. Ergo illi Princeps derogare non potest. Ita Andreas Gayll. *l. secundo obseruat.* 142. *numero* 15. Menoch. *conf.* 181. *numero* 24. *libr. secundo* & *consil.* 202. *num.* 168. *l.* 3. Fachin. *l. septim. controu.* c. 50.

470 Auctorio resolutio. Existimo istae causa graui, & publica, posse Principem legitimare quemquam, vt in praedictum agnatorum legitimatus succedat. At ea cessante contrarium iudico asserendum. Porro contrariae sententiae argumentum procedit de iure incerto futuro. Neque verum est, nullum agnatis tolli ius ex hac legitimatone, cum ab illis tollatur feudi possessio, viuentis legitimo, quod ius etiam indirecte non est permittendum tolli.

DVBIVM CX.

Si sit emphyteusis, aut feudum priuati, & concedatur alicui pro se eiusque liberis: comprehendunturne illegitimi naturales?

471 Non comprehenduntur. Quia leg. *Filius*, ff. de iis, qui sui, vel alieni iuris sunt, definitur, si ius eum esse qui ex viro & uxore natus est. Ergo nomine filij illegitimus comprehendendi non debet, maxime in materia odiosa, & praedicta, sicui est emphyteusis successio; praedicta enim concedenti, ad quem difficultus dominiū vtile reuertetur. Sic Decius ad caput *In praesentia*, *num.* 42. de probatione, & ibi, verones, *numero* 325. Ansel. Corbul. de iure emphyt. cap. 12. *n.* 59. alijque apud ipsos.

472 Comprehenduntur plane. Naturales illegitimi, legitimis deficientibus, comprehenduntur, Quia leg. ex facto, paragrapho si quis rogatus, ad Trebellian. inquit Consulatus: si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit, vt restituat hereditatem, Papiasian. scribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio. Ecce qualiter naturalis filius nomine filiorum comprehenditur, & ad successionem: filiis legitimis deficientibus, admittitur. Ita Molina d. 475. Fachin. *l.* 8. controuers. capite 98. & alij antiquiores quos refert Iul. Clarus paragrapho emphyteusis quaestione 30.

473 Hanc sententiam vt communem amplector, procedere autem iudico, cum mens concedentis emphyteusim nequit inuestigare. Nam prius cenleo examinandas esse circumstantias concessionis, & ex illis inuestigandum an voluerit naturales filios comprehendere sicuti dixit Vlpian. ad leg. ex facto, paragrapho si quis rogatus. Mihi autem quoad naturales liberos attinet voluntatis quaestio videbitur esse, de quibus liberis testator sentent

sed hoc ex dignitate, i& voluntate, & conditione eius, qui fideicommissi accipiendum est, vt aduertit Fachin ubi supra.

DVBIVM CXI.

An Femina semel ad feudum admissa, eo, quod masculus deficiebat, si postmodum nascatur illius natiuitate sit excludenda?

Certum est, foeminas, earumque filios a feudi successione excludi, nisi expresse in inuestitura admittatur. Porro si in feudo nullū sit praestandū personale obsequiū, vel quod praestandum sit, a foemina praestari potest, ad successionem feudi admittitur in feudo foemineo, id est, quod primo foeminae fuit concessum. At euentu, quo foeminae admittuntur ad feudum, intelligendae sunt admittae, deficientibus masculis. Iam requiro, num foemina semel ad feudum admissa, eo quod masculus deficiebat, si postmodum nascatur, illius natiuitate sit excludenda?

Ita plane? Quia capite primo. de eo, qui sibi, & heredibus suis masculis, & foeminis, ex libro secunda. titul. 17. dicitur, Non enim patet locus foeminae in feudi successione, ubi masculus superest. Sic Gloss. ibi. Burlat. *conf.* 63. *num.* 16. & alij adducti à Fachineo, & Claro citandis.

Non est excludenda. Quia id aperte ex dicto capite primo colligitur, ubi foemina obtinet feudum, deficientibus masculis, exclusa non fuit à feudi possessione, ob suorum filiorum natiuitatem. Neque congruum erat, vt masculus denno natus priuaret foeminam iure iam quaesito, maxime cum hoc ius perpetuum sit Ita Curtius iunior de feudis, parte tertia *num.* 33. *lul.* Clar. §. *feudum*, qu. 8. Fachin. *l.* 7. *contr.* c. 41. Molina *l.* 1. de primogen. cap. 10. *n.* 13. Molina noster d. 474. & alij plures. quos ipsi referunt.

Hanc sententiam veriorē esse crediderim, nec ei obstat verba illa textus quibus is contraria nititur. Fateor enim, non patet relocum foeminae in feudi successione, ubi masculus superest, foemina non succedit in feudo interim ac superest masculus: bene tamen illius successionem masculo non existente requisitam retinet, masculo postmodum superueniente. Nam de hac tetentione nihil tex. fuit locutus.

DVBIVM

DVBIVM CXII.

An si quis accipiens emphyteusim, stipu-
latus fuerit pro se, & filiis suis:
femina sit admittenda?

478. **S**olum masculi admittendi sunt, nō fœmīng.
Quia in contractibus & stipulationibus,
quia sunt stricti iuris, interpretatio stricta fa-
cienda est. At nomine filiorum non compre-
henduntur filiae nisi ex benignitate, ac favore
legis, leg. *Pronunciatio*, leg. *Iusta*, ff. de verb. si-
gnific. leg. *Cum in adoptivis*, §. *quæ in filio*, ff. eo-
dem tit. Ergo in hoc euentu filia censenda
sunt excludæ. Sic Couar. l. 2. var. cap. 18. num.
1. Barlat. conf. 80. u. 7. Riminal. conf. 153. n. 3 l. 2.

479. **E**tiam fœminæ sunt admittendæ. Quia esto
in materia stricti iuris, & quæ aliis præiudica-
re debet nomine filiorum filia non continet-
tur iuxta leg. 3. §. *sed si incertum sit*, ff. de ven-
tre in posses. mittendo. fallit tamen quando ex
legis dispositione contrariū colligitur, vt in casu
nostro contingit. Cum æque fœminæ ac mal-
culi habiles sint ad emphyteusim, §. *emphyteusi*.
Authent. de non alienand. reb. Cum autem quæ-
libet stipulatio & contractus censetur factus
secundum iuris regulas, leg. *si stipulatus*, ff. de
usur. conueniens est, vt stipulatio emphyteusis
pro filiis, filiis contineat, si quidem emphy-
teusis veritatis masculis, ac fœminis sit com-
munis. Ita Salicet. ad l. 2. de iure emphyteu. qu.
12. Decius ad leg. 2. ff. de reg. iur. n. 9. Alciat ad
leg. ff. de verb. signific. Couar. l. 2. var. c. 18. n. 1.
Pinel. leg. 3. num. 33. c. de bonis matern. Me-
noch. conf. 111. num. 57. & 60. lib. 2. Fachin. l. 2.
controu. c. 97. Molina d. 474. Palao de iusi. tr.
22. d. 10. pun. 8. §. 4. n. 2.

480. **C**um his probabilibus opinor. Nam est
nomine filiorum fœminæ non veniant nisi ex be-
nignitate legis, sufficiens fundamentum habeo-
mus, vt hac benignitate in presenti gaudea-
mus. Cum hæc interpretatio dispositioni legis
admittentis fœminas æque ac masculos ad em-
phyteusim sit conformis.

DVBIVM CXIII.

An in emphyteusi, vel fundo heredita-
rio possit successor, repudiata hereditate
vltimi possessoris, emphyteusim obtine-
re, cum tamen primi possessoris hæres
existat?

Non potest. Quia emphyteuta, aut feudata-
rius ab vltimo possessore recipit emphy-
teusim, vel feudum, immediate, à primo
autem non nisi mediantibus illis, in quos em-
phyteusis, vel feudum derivatum est; Ergo vl-
timi possessoris hæres debet esse. Sic Molina
d. 472. in fine.

Potest profecto. Quia licet quilibet emphy-
teuta, ac feudatarius accipiat emphyteusim, 481
aut feudum à proprietario, qui emphyteusim, nō.
vel feudum concessit tanquam à prima origine
at negari non potest, primum possessorem hanc
concessionem acceptasse, & pro se, suisque hæ-
redibus stipulatum esse, cuius stipulationis vir-
tute quilibet eius successor hæres capax est
emphyteusis; Ergo ab ipso possessore primo tā-
quam à causa formali, & propria emphyteusi
habetur, tamen si ordine quodam successionis
deriuetur; Ergo potius spectandum est, an suc-
cessor sit hæres primi possessoris, quam vltimi
Ita Arias, Pinel. ad l. 1. Cod. de bon. matern. p. 3. n.
91. l. 1. Clar. §. *feudum*, q. 9. n. 5. Caldas de nomi-
nat. emphyteus. qu. 22. n. 39. Aluar. Valasc. de iure
emphyt. q. 44. n. 19. Clarusque testatur in facto
Senatum Neapolitanū iudicasse, sufficere, hæred
esse primi possessoris, quamvis vltimū non sit.

Hæc sententia verosimilior mihi addiderim, 483
præfatum successorem absolute hæredem esse
saltem primi possessoris. At prima dispositio, ex
qua interpretatio sumenda est, solam qualita-
tē hæredis in successore requirit. Ergo absque
fundamento restringunt, vt ea qualitas hæredis
debeat esse vltimi possessoris, & non sufficiat
esse primi.