

2 Quod instantia litis transit in successorem, etiam partitalem rei, si ex necessitate succedat; si autem voluntarius successor sit, non transferatur instantia: quod tenet etiam Marc. Ant. Peregr. *de fideicommissis, art. 53. n. 24.* ubi in id citat nonnulla jura, latius loquitur quam Molina, & recte advertit, necessitatem duplici modo in proposito considerari, ut exemplis ibi ostendit, sic ut, cum occasio se offerat, videre illum necessarium sit; de inde eodem loco *n. 30. fol. 523.* recte etiam animadvertit, quod ubi instantia adversus aliquem transit, is citandus est, & reassumpta instantia actoris, reproducentur omnia acta, & docetur de translatione instantiæ: & sic quoque, ubi instantia transit adversus successorem rei, omnia acta repetuntur; ac denique *n. 18. ejusdem artic. 53.* verè probavit, quod instantia judicialis activè, & passivè transit ad universales jurium successores, & in hærede rei, ut passivè transeat, esse casum in *l. si eum hominem, ff. de fideiussoribus*; activè autem, ut transeat ad petitoris hæredem, esse casum legis in *l. si petitor, ff. de iudiciis, §. in l. si operarum, ff. de operis libertorum*, & esse valde utile, ut instantia transeat propter expensas, fructus, & accessiones: unde cum in successorem Majoratus necessariò debeant transire bona ex dispositione primi institutoris, *l. unum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legatis 2. l. 3. ff. de interditiis & relegatis*, cum aliis, quæ in proposito adducunt Molina *de Hispanorum primogeniis, lib. 2. c. 4. n. 5, 6, 7, & 8.* Velasquez de Avenaño in *l. 40. Tauri, gl. 1. n. 2.* Menochius in *conf. 357. n. 16. §. seqq. lib. 4.* in ipsum etiam transire debet non solum instantia cepta cum ipso Majoratus institutore, *ex dict. l. si eum hominem, d. l. si petitor, §. dict. leg. si operarum*; sed etiam instantia cepta cum ultimo Majoratus possessore, *ex dict. l. in hoc iudicio*, & his, quæ notantur Authores relati per Molinam *d. cap. 8. n. 6.* & ultra eum Marcus Ant. Peregrinus *de fideicom. art. 53. n. 20.* & 21. ubi cum aliis probat, quod instantia generaliter transit in casibus, ubi bona & jura transferuntur, & in fortioribus terminis existat doctrina Bartoli in *leg. Lucius, §. rogatus, ff. ad Trebellianum*, ubi docuit ut ipse, instantiam transire in singularem successorem rei in iudiciis realibus: & sequuntur Bernard. de Bisign. in *tit. de iudiciis, dec. 3.* Caltr. in *conf. 329. n. 2. lib. 2. Paris. in conf. 108. n. 3. lib. 1.* qui loquuntur in successore rei, & in beneficiabilibus, ut per mortè possessoris lis non finiatur, sed transeat in successorè, determinavit Rota in novis, *ut lite pendente, decif. 10.* sequitur Gomezius in *regula, de annali, q. 62. n. 4.* & esse text. in *cap. finali, ut lite pendente, lib. 6.* & in Clement. eodem *tit. firmat Peregrinus de fideicommissis, d. art. 53. n. 25.* ubi dicit contra tenuisse Abbatem, & Aretinum, post Innocentium; nec audeat firmare neutram partem, sed pro nunc dicit se cogitandum relinquere, idque per text. in *l. is à quo, §. 7.* & 8. *ff. de rei vend.* Ego verò opinionem Bartoli libentius probarem, non obstantibus dictis legibus in contrarium adductis: & pro illarum explicatione, ultra Peregrinum, & superiores, sequentia constituerem.

In primis ex dictis legibus aperte deduci, quod si duo vendicant eandem rem ab eodem possessore, primo vincenti traditur, non obstante tertii oppositione dum tamen ipse caveat possessori, idque, ne possessor ipse duplex damnus trahat; & confirmat *l. 6. tit. 10. part. 3.* & latius explicant ibidem Doctores communiter, Bartol. qui magistraliter loquitur in *l. penult. ubi est etiam similis text. ff. de petitione hereditatis*, idem Bartolus in *l. à Divo Pio, §. si super rebus, num. 3.* & ibidem Jason *ex n. 16.* & Doctores communiter *ff. de re iudicata, Romanus singulari 44.* Imola in *leg. à sententia, in princ. col. 5. ff. de appellat.* Alexand. in *l. si alienam, col. pen. §. ult. ff. de soluto matrimonio*, latius Andr. de Ifern. *de prohibita feudali alienatione per Federicum, in §. præterea si inter duos, col. 3. 4.* & 5. Afflicti *decif. 235. n. 6.* Vincentius de Franchis *dec. 261. per totam*, latissimè Barb. in *l. si alienam, 12. ex n. 15. fol. 154. ff. soluto matrimo-*

nio, ubi multa dicit in proposito necessaria. Decianus in *conf. 26. n. 39. per totum, lib. 5.*

Deinde constituo, quod illæ leges procedunt, quando duo simpliciter agunt contra tertium possessorem, non obijciendo jus unius, nec infringendo jus alterius: nam si unus refringendo jus alterius, se opponeret, tunc nõ haberet locum decisio *d. l. is à quo, §. d. l. penult. ff. de petitione hereditatis.* & pro neutro ferri possent sententia, nisi jure utriusque discussio: quod cum Baldo in *§. si duo, in princ. de pace tenenda*, recte adnotavit Gregorius Lopez in *d. l. 6. tit. 10. part. 3.* & cum eodem Baldo, & Innocentio, Felinus in *d. cap. cum super, n. 11. vers. limita tertio, de sententia & re iudicata.*

Constituo etiam, casum dictarum legum diversum esse à casu proposito *suprà*, *n. 8.* aut saltem resolutioni Bart. non refragari, quicquid in contrarium expendat ea jura Peregrinus, quia in effectu procedunt, quando duo in diversis iudiciis petunt eandem rem à Titio, vel Sejo: & tunc si unus prius perveniat ad sententiam, teneatur præstare cautionem de conservando indemnitate alteri postea vincenti, quoniam pendente iudicio ejus, qui prius ad sententiam pervenit, alius coepit agere; nam si antequam sententiam ageret, lata fuisset prima sententia, & in rem iudicatum transivisset, executioni quidem mandaretur, nulla cautione præstita, ut cum comuni resolvit Jas. in *d. l. à Divo Pio, §. si super rebus, n. 18.* eleganter Barboia in *d. l. si alienam, n. 15.* qui rectè dicit procedere text. in *l. is à quo*, quando duo erant diversa iudicia, & quado secundum iudicium movetur, primo pendente; tunc enim ille, qui prius obtinuit sententiam, mittendus est in possessionem, præstita cautione victo, & de eo defendendo adversus tertium: quod si lata jam sententia, secundo moveatur lis, tunc nulla victo præstanda est cautio, quia ea lis non debet moveri adversus victum, qui propter sententiam jam non debet haberi pro possessore, sed potius adversus victorem, in quæ, virtute sententiæ, possessio transferenda est; vides igitur in hoc secundo casu, nullo modo urgere contra Bartol. text. in *dict. l. is à quo*, nec etiam primo casu, idque effectus dictæ cautionis præstandæ, ob quam necesse habebit primus victor prosequi eadè instantiam ceptam cum possessore primo, & non erit opus inchoare novum iudicium cum victore, ut eleganter, & verè advertit Gregorius Lopez in *d. leg. 6. tit. 10. part. 3. verbo, recabdo, in princ.* & dixit magistraliter Bartol. in *dict. l. penult. ff. de petitione hereditatis*, notans ex illo textu, quod tertius superveniens non impedit executionem sententiæ latæ pro primo, ut ibi probatur, & in *d. leg. is à quo*, & reddens rationem, quia jus alterius petitoris non fit deterius; sicut enim poterat invocare à primo possidente, ita ab isto secundo, & licet iste secundus possideat, qui petit executionem, ita possidet ille prius conventus, & ideo fit executio taliter, quod alteri non præjudicet, & primus petitor cavere cogitur, quod eum defendat adversus alium petitorum. Ratio est, inquit Bartolus, quia si possessor non peteret cautionem, ipse absolveretur petitione secundi petitoris, quia non possidet, neque dolo desit possidere, & ille secundus petitor deberet inchoare novum iudicium: & ideo ne istud inconveniens sequatur, cogitur petere cautionem, & ille præstare teneatur; quæ præstita, ille habebit necessitatem prosequi eandem instantiam ceptam cum possessore primo: & sic cautio proderit secundo petitori. Et hæc tenus de primo fundamento Molinæ, à quo digressi sumus *ex n. 9.* us superiora notarentur, quæ, ut videbis, non erant alibi sic digesta, atque ut dubium Peregrini *ex d. l. is à quo, cum seq. cessaret* & Bartoli opinio in tuto maneret.

Secundum verò fundamentum Molinæ in questione principali hujus Capituli, in eo consistit, quod cum Majoratus sua natura perpetuus sit, nullus esset liti finis, si cum quolibet successore lis esset denuò instauranda, quod publicæ utilitati, & bono communium multum adversaretur; *l. properandum, C. de iudiciis, cap. finem liti- bus, de dolo, & contumacia*; ideo hæc sola ratio, omnibus etiam

etiam aliis deficientibus, sufficiens esset, ut nullo pacto lis debeat denuò instaurari, dummodò lis à Majoratus possessore dolose, vel negligenter prosequuta non fuisset; tunc enim sequentibus successoribus non præjudicaret, ut jure, ratione, & autoritate optime fundat ipse Molina, & vide novissimè Cabedum *decif. 198. Regni Lusitania, n. 3.* & 4. ubi declarat Molinam, & conciliat eum cum Marc. Anton. *conf. 219. num. 1. lib. 1.* Verum enim verò, contra superiorem resolutionem illud videtur fortiter urgere (quod Molina, Cabedus, & reliqui intactum relinquunt) nam instantia cepta cum testatore defuncto, licet transire debeat in fideicommissarium, cepta tamen cum ipso hærede in fideicommissarium non transit, utpote cum hæreditaria non sit, per text. in *l. 1. juncta expositione Glof. verbo, iudicia, ff. ad Treb. ubi sic adnotant Bartol. n. 1. vers. item contrarium dicitur.* Angelus, Paulus, Alexander, & Socinus *n. 2. Jason n. 8.* & Ripa *n. 14. l. cum hæreditas, ff. eodem tit. ubi sic distinguit ipse Bartolus, & repetit eandem distinctionem in l. Lucius Titius, 78. §. rogatus, ejusdem tituli, §. in l. si eum hominem, ff. de fideiussoribus*: sequuntur Balduinus in *§. sed quia stipulationes, in verbo, omnes hæreditariæ actiones, Institut. de fideicommissariis hereditariis*, Marcus Antonius Peregrinus *de fideicommissis, art. 53. num. 19.* Unde cum successor sit veluti fideicommissarius, qui in familiæ favorem gravatus est alteri, sive aliis in Majoratu successoris conservare, & restituere fideicommissum, ut cum aliis multis constituit Molina *de Hispanorum primogeniis, lib. 1. cap. 1. n. 7.* Burgos de Paz junior *quest. 1. numero ult. Mieres de majoratu, in initio 1. part. num. 3. §. quest. 1. nam. 3.* videbatur dicendum, quod instantia cepta cum possessore Majoratus, non transiret in sequentem successorem, quamvis cepta cum ipso institutore transeat: quoniam illi quilibet successor succedere dicitur, in infinitum, *l. coheredi, §. cum filia, ff. de vulgari.* Ex qua sic notantur, & multis exornant Petrus de Peralta in *l. cum quidam, ex num. 1. cum seqq. ff. de legatis 2.* D. Antonius de Padilla in *leg. unum ex familia, §. si de falcidia, ex num. 2. ejusdem tit.* Molina *de Hispanorum primogeniis, lib. 2. cap. 4. num. 6.* & quatuor *seqq.* Præterea, si verum est fundamentum deductum *ex dict. l. in hoc iudicio, ff. familie eriscunde*, quo principaliter movetur Molina, quare & in fideicommissarium universale non transit instantia cepta cum hærede? cum utique in eum ex necessitate bona hæreditaria transeant, non ex voluntate hæredis, qui restituit cum is invitus etiam, & coactus teneatur adire, *l. 4. leg. ille à quo, l. 14. §. qui compulsus, l. recusare, ff. ad Trebellianum, leg. non justam, C. eodem titulo, §. sed si recusabat, Institut. de fideicommissariis hereditariis*, ubi Antonius Pichardus *ex numero 1. cum sequent. leg. 14. titulo 15. partia 6.* Sed huic difficultati, facile & verè responderi poterit, si in memoriam repetantur aliqua ex his, quæ superius diximus, videlicet textum in *d. l. in hoc iudicio*, procedere in restitutione, quæ fit iudicio reali, in qua obtinent quæ *suprà* dicta sunt; restitutionem verò, quæ fit fideicommissario universali, fieri iudicio personali, ideoque instantiam cum hærede ceptam, in ipsum non transire, & doctrina Bartoli in *d. l. Lucius, §. rogatus*, quæ communiter approbatur per Doctores *ibi*, & sequuntur Socinus junior in *conf. 34. num. 13. lib. 3.* Parisius in *confilio 108. num. 3. vol. 1.* Marcus Antonius Peregrinus *de fideicommissis, dict. art. 53. n. 19.* Hæc autem doctrina, aut distinctio Bartoli aptè potest successori Majoratus applicari; si & secundo loco constituumus, verum esse, 14 Majoratus, & Fideicommissa in aliquibus convenire, sed in multis longè quidem differre, nec posse dici præcisè Majoratum, fideicommissum esse: quod eleganter probat Molina *lib. 1. d. cap. 1. ex n. 14. cum seqq.* Mieres *de majoratu, 1. p. in initio, §. q. 1. n. 3.* Burgos de Paz *d. quest. 1. n. ult.* Et sic inter fideicommissarium, & Majoratum possessorem, diversum jus statuitur in multis, sed in eo præcipuè, quod fideicommissarius ab hærede

fideicommissum petere, & de manu ejus recipere debet, 15 neque propria autoritate possessionem bonorum jure fideicommissi relictorum occupare potest; aliàs à jure fideicommissi cadit, & poenam privationis incurrit, *leg. eam quam, C. de fideicommissis, l. quod per manus, ff. de jure codicil. l. 1.* ubi notant Doctores *C. quorum legatorum, & cum Socino, & Decio*, sic advertit Molina *de Hispanorum primogeniis, lib. 1. d. c. 1. n. 14.* & ultra eum, idem tenent Gloffa, Bartolus, & Doctores communiter in *l. Paulus, ff. ad Trebellianum.* Parisius in *conf. 54. num. 4. §. n. 12. vol. 3.* Jason in *conf. 146. col. 1. lib. 4.* Natta in *conf. 395. n. 9. lib. 2.* Socinus junior in *conf. 131. col. 4. in princ. lib. 1.* Menochius *adipiscenda possessionis, remedio 2. n. 21. §. 4. seqq. §. remedio 4. n. 185.* Michael Grassus *recept. sentent. §. fideicommissum, quest. 46. n. 1. §. 2.* Antonius Galeatus Malvassia in *conf. 12. n. 62. §. seqq. vol. 1.* Laurentius de Pinu in *conf. 56. ex num. 1.* Angelus Alexander de Ubaldis, in *conf. 120. num. 4. inter confil. ult. voluntat. volum. 2.* Hippol. Riminald. in *conf. 363. num. 20. §. seqq. lib. 4.* Marcus Antonius Peregrinus *de fideicommissis, art. 47. num. 11.* Joannes Vincentius Honded. in *conf. 26. n. 3. vol. 1.*

Denique, fideicommissarius nullum jus habet in bonis subjectis fideicommissis, nec actiones aliquas intentare potest, quousque re, aut verbis restitutio fiat per hæredem, *l. 1. l. restituta, ff. ad Trebell.* Ex quibus sic adnotantur & plenius declarant Bartol. *n. 9.* Albericus *num. 10.* Baldus *num. 46.* Alexand. *num. 7.* Jason *num. 8.* in *l. ult. C. de edicto Divi Adriani tollendo.* Natta in *conf. 200. n. 2. lib. 1.* Rolandus in *conf. 78. n. 14. lib. 3.* Cephalus in *conf. 37. n. 35. lib. 1.* Grassus *§. fideicommissum, quest. 42. §. 45.* Menochius *adipiscenda possessionis, remedio 4. n. 633.* Antonius Gomez. *tom. 1. variar. cap. 5. n. 13.* Burlatus in *conf. 198. in princ. lib. 2.* Fabius Turretus in *conf. 77. num. 36.* Marcus Antonius Peregrinus *de fideicommissis, art. 2. n. 50. art. 45. n. 18. art. 48. à princip.* Joan. Vincentius Honded. in *conf. 26. n. 1. §. 2. vol. 1.* At in successore Majoratus contrarium 17 omninò observatur, utpote, cum in illum absque ulla restitutione transeat ipso jure dominium bonorum Majoratus, imò & possessio etiam *ex decif. l. 45. Tauri*, ut cum iudicio observant Molina *lib. 1. d. c. 1. n. 14. §. 16. §. n. 20. §. c. 14. n. 16. §. lib. 3. c. 12. §. 13.* Menchaca *de successorum resolut. lib. 3. ad. l. si quando, C. de inofficioso testamento.* Mieres *de majoratu, part. 3. q. 1.* Joannes Gutierrez *practicar. lib. 2. q. 80. §. 87.* & sic traditio communis Doctorum *ex dicta lege, in hoc iudicio*, defumpta, optime convenit successori Majoratus, cum procedat eo casu, quo ex iudicio reali bona transferuntur ex causa necessaria, prout in successione Majoratus contingit: non sic in fideicommissis, in quo res ipse non transferuntur, nisi re, aut verbo restitutio fiat per hæredem; tunc autem omnes actiones fideicommissario, & in fideicommissarium transeunt, prout latius explicavit Pichardus in *§. restituta, 2. Institut. de fideicommissariis hereditariis, per totum.* Ex quibus dubia proculdubio redditur concordia, aut distinctio quædam, quam in proposito novissimè adducit Cabedus *decif. Lusitan. 198. n. 5. 1. part.* quem retuli *suprà*, in *fine, n. 9.* utpote, cum in *2. membro*, etiam ubi litigans agebat nomine proprio, clarè repugnet resolutioni & rationibus Molinæ *suprà* traditis.

CAPUT X. De Substitutione vulgari.

Ad explicationem primæ, secundæ, quintæ, & sextæ assertionis, quarum *lib. 1. harum controversiarum, cap. 81.* mentio fit, per Authorem, brevis traditur, sed non contemnenda interpretatio, quæ, ut videbis, nihil ab alio dictum transcribitur, nec etiam aliquid scri-
H ptum