

quia indistinctè in testamento *nuncupativo* requiritur prædicta solemnitas legis Ordinamenti. Item etiam ex nostra lege infero, quòd licet de jure communi testamentum inter filios, & descendentes, modò sit *in scriptis*, modò *nuncupativum*, valebat sine prædicta solemnitate requisita; sed tantum cum solemnitate juris gentium, duorum testium: ut in leg. *Hac consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testament. & ibi communiter DD. in leg. 7. tit. 1. part. 6.* Tamen hodiè, indistinctè, tam in testamento *in scriptis*, quam *nuncupativo*, requiritur inter filios eadem solemnitas, quæ requiritur inter extraneos, attenda *ista leg. 3. Tauri*, juncta *leg. Ordinamenti. (g)*

49 Item adde, pro maxima & necessaria intelligentia, & declaratione nostræ legis & materiæ, quòd testamentum, modò *in scriptis*, modò *nuncupativum*, debet fieri coram prædicto numero testium, uno eodemque tempore, loco, & contextu, nullo actu extraneo interveniente: text. est *capitalis*, & expressus in leg. *Heredes palam. §. fin. ff. de Test.* cujus verba sunt: *Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu, nulum alienum actum testamento intermiscere* & ibi Glos. ordinar. Bart. & communiter DD. text. in leg. *Si unus. Cod. de Testam.* text. in leg. *Hac consultissima. eod. tit. ubi: Uno, eodemque, die ac tempore conscribentibus, & consignantibus.* Quod intellige, nisi actus extraneus sit necessarius natura: text. est in leg. *Cum antiquitas. Cod. de Testament. text. in leg. 3. tit. 1. part. 6. (h)* Cujus ratio potest esse duplex: Prima, quia tunc probatur testamentum per omnes illos testes contestes, & uniformes: aliàs verò essent particulares & singulares testes, & non contestes. Secunda ratio potest esse, quia si diversis temporibus, & locis testator ostenderit voluntatem suam, jam essent plura testamenta, & non unicum testamentum, vel saltem semper ultima voluntas derogaret priori, & esset unicum testamentum posterius quod semper prevaleret, & priora essent sublata, & non valerent.

50 Ex qua sententiâ, & resolutiva conclu-

(g) Hanc opinionem defendit, veramque esse testatur Molin. *de Hispanorum primogeniis, lib. 1. cap. 12. n. 24. & lib. 2. cap. 18. n. 27. ad fin.* Gregor. in leg. 7. tit. 2. part. 6. verb. *A los Acev. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 1.* Cifuent. *hic*; quidquid contrarium tenuerit Tell. *hic. n. 5. & 13. & 14.* Sed Matienz. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. n. 13. & seq. dis. inquit: inquit enim, legem istam jus commune corrigere tantum, quòd testium solemnitatem; in quo eandem observandam censet, quæ in testamento inter extraneos *in scriptis* factò observatur: Sed in *nuncupativo* non debere eandem solemnitatem intervenire inter liberos, quæ inter extraneos, docet in *dict. leg. 2. glos. 1. num. 3.* alios plures referens.

(h) Vide Menchac. *lib. 3. de Succes. creatione. §. 22. num. 91. & §. 30. num. 111. & 12.*

(i) Vide Burgos de Paz *hic*, n. 133. Cost. in leg. *Gallus. §. Et quid si tantum. 3. part. n. 86. de Lib. & posth. & in cap. Si pater. versic. Aficiens. num. 8.* Menchac. *lib. 3. Controv. illustrium. volum. 3. & novissimè Spin. de Testam. 7. part. Rubr.*

sione primò inferò notabiliter, quòd si testator coram duobus vel tribus testibus dixit, & declaravit voluntatem suam, & denique fecit testamentum suum; & postea alio die vel tempore coram aliis testibus illudmet dixit, & confirmavit: qui postea deponunt de tenore testamenti, & deponunt de eadem voluntate, & dispositione testatoris: talis probatio non valet nec concludit, quia non fuit testamentum, & voluntas defuncti uno eodemque tempore, loco, & contextu factum & dispositum. Secundò infero, & valdè subtiliter, quòd una pars testamenti non potest probari per septem testes deponentes se illud scire, & non plus, & alia pars testamenti per alios septem: quia necessariò requiritur, quòd per eosdem testes probetur totus tenor testamenti, & qualibet ejus pars, & dispositio, quia aliàs non censeretur factum uno eodemque tempore & contextu: ita tenet expressè Bald. reputans esse mirabile, in *dicta leg. Cum antiquitas. C. de Test. col. 2. & quest.* & illud dictum reputat unicum, & alibi non scriptum Alexand. *ibi column. fin. in fin.* Quod tamen singulariter intellige & declara, quando non apparet, neque constat, quòd omnes illi testes fuerunt præsentés totali tenori & dispositioni testamenti: secùs verò si apparere, & constare possit, quòd fuerunt præsentés toto testamento, sed de omni ejus tenore & partibus non recordantur, sed tantum septem eorum recordantur & deponunt de aliqua ejus parte, & alii septem recordantur & deponunt de alia parte: quia tunc qualibet pars remanet probata: ita tenent & declarant *ibi* Alex. de Im. & Phil. Corn. quorum opinio videtur vera, & juridica, & eam tenerem in judicando, & consulendo.

51 Item adde, quòd in testamento cæci requiritur per nostram legem solemnitas quinque testium. Et certè in hoc nostra lex est valdè dubia: an cum supra locuta sit, tam in testamento *in scriptis*, quam *nuncupativo*, in utroque sufficiant quinque testes in testamento cæci? (i) Pro cujus perfecta declaratione dico & præsuppono, quòd cæcus non potest testari *in scriptis*: quia cum non possit videre, & cognoscere litteras suas, vel alienas, posset

de.

decipi, & faciliter contra eum committi falsitas: sed tantum potest testari *nuncupativè*, & in tali testamento debent intervenire sequentes solemnitates. Prima, quòd non possit testari *in scriptis*. Secunda, quòd requirantur septem testes. Tertia, quòd requiratur Tabellio Quarta, quòd sint rogati; nam debet ipse dicere coram eis, quòd ad hoc sunt vocati. Quinta, quòd debet exprimere nomen hæredis. Sexta, quòd uno, eodemque tempore & contextu fiat. Septima, quòd Tabellio debet se subscribere. Octava, quòd etiam testes debent se subscribere. Nona, quòd omnes debent signare testamentum, & scripturam ejus. Decima, quòd institutio pro forma debet præcedere legata. Undecima, quòd non invento Tabellione, adhibeatur octavus testis. Duodecima, quòd omnes prædictæ solemnitates requiruntur etiam in codicillis: textus est formalis & expressus, qui omnia prædicta requirit, in leg. *Hac consultissima. Cod. Qui testament. facer. poss. & ibi communiter DD. & idem disponit lex 14. tit. 1. part. 6.* Et sic nostra lex, quæ simpliciter disponit, quòd in testamento cæci requirantur quinque testes, necessariò debet intelligi in testamento *nuncupativo*, quia *in scriptis* non potest testari: & licet in aliis personis requirantur quinque, vel tres, ut supra dictum est, tamen in testamento cæci necessariò semper requiruntur quinque: & iste est verus intellectus legis hujus.

52 Sed pulchrum dubium est, an hodiè requiratur etiam Tabellio, & prædictæ solemnitates, quas supra numeravi, vel aliqua earum? Et teneo quòd non, cum in nostra lege non ponantur, neque requirantur; etsi replices: ergò eadem ratione posset testari *in scriptis*, cum simpliciter & absolute nostra lex loquatur, dicendo, quòd in testamento cæci requirantur quinque testes: Quia respondeo, quòd nullo modo potest testari *in scriptis*, quia in eo est major ratio prohibitionis, quam supra dixi, de jure communi: Item, quia in testamento *in scriptis* nostra lex requirit septem testes in qualibet persona, etiam si testetur inter filios: ergò in cæco non coarctatur, vel tollitur prædicta solemnitas & numerus testium: unde, cum nostra lex loquatur in testamento *nuncupativo*, & *in scriptis*, & dicat, quòd in testamento cæci requiruntur quinque testes, aperte colligitur loqui tantum in testamento *nuncupativo*, in quo est capax, & non in alio.

53 Item quæro, quando pater testatur inter liberos, quam solemnitatem debet adhibere? In quo articulo resolutivè dico, quòd non tenetur adhibere solemnitatem aliquam requisitam

de jure civili positivo, sed tantum sufficit adhibere requisitam de jure gentium, puta, duos testes, masculos, vel feminas, rogatos, vel non; modo testetur *in scriptis*, modò *nuncupativè*; & quando *in scriptis*, non requiritur subscriptio testium, neque appositio sigillorum, neque alia solemnitas juris communis: text. in l. *Hac consultissima. §. Ex imperfecto. Cod. de Testam.* cujus verba sunt: *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.* & ibi etiam Glos. ordinaria & communiter DD. textus in leg. *fin. Cod. Famil. ercisc.* & ibi etiam Glos. ordinar. & commun. DD. & idem disponit *lex 7. tit. 1. part. 6.* quæ addit, quòd tales duo testes debent esse rogati. Ex quibus juribus inferitur, quòd quando in aliquo actu removetur solemnitas juris communis positivi, semper remanet intacta solemnitas juris divini, vel gentium, secundum quod requiruntur duo testes masculi, vel femina: istam doctrinam & regulam inferunt Bart. & commun. DD. in *dict. §. Ex imperfecto.* idem Bart. in leg. *Milites. Cod. de Testam. milit.* Angel. de Aret. in *§. fin. Instit. de Testament. (k)*

54 Quod primò extende, ut procedat, & habeat locum etiam in matre, quæ testatur inter liberos, ita probat text. in *dicto §. Ex imperfecto.* ibi: *A parentibus utriusque sexus:* & ibi tenet Glos. ordinaria in verb. *liberos.* Secundò extende, ut procedat etiam in filiis emancipatis: text. in leg. *fin. Cod. Famil. ercisc.* ibi: *vel emancipatis, quos Prætor ad successionem vocat:* & ibi Glos. ordinar. & communiter DD. Tertio extende, ut procedat etiam in filiis naturalibus, in eo quod capere possunt à patre, vel matre: quia ista jura videntur se fundare in jure & privilegio sanguinis; ergò ad eos extenduntur: item etiam, argumento text. in leg. 2. *Cod. de Natur. liber.* text. in *Authent. Licet. eod. tit. text. in leg. fin. Cod. de Confirmator. text. in l. 1. & per tot. Cod. ad Orficiam.* & in expressò istam sententiam & conclusionem tenent Specul. in tit. *de Instrument. & hic. §. Compendiosè. versic. Quid si mulier.* Alber. in *dict. §. Ex imperfecto. col. 2. vers. Quid si mater.* & ibi Paul. Joan. de Imol. in leg. *Filio præterito. ff. de Injusto rupto. column. 28. versic. Item adde. idem Imol. in leg. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Trebell. fin. column. Salyc. in leg. fin. Cod. Famil. ercisc. 2. quest. licet contrarium tenent. Bald. Alex. & Jason. in *dicto §. Ex imperfecto.* Angel. de Perus. in *dict. leg. fin. Cod. Fam. ercisc.* dicens, quòd cum ista quæstio contingeret Perusii, ita consultum fuit per plures DD. Contrarium etiam*

te.

(k) Vide Tell. *hic 1. part. num. 13. Burg. de Paz. n. 134. cum sequent. Matienz. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Novæ Recopil. glos. 1. num. 13. cum duobus sequent.*



tenet Bald. in leg. Si in illustris. Cod. Ad Orficiam. idem Bald. in leg. Qui testamento. §. Mulier. ff. de Testam. idem Bald. in leg. Parentes. ff. de in jus vocand. idem Bald. in leg. Humanitatis. Cod. de impub. & aliis. Alex. in dict. leg. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. Quarto extende, ut procedat & habeat locum è contra; scilicet, quòd filii descendentes possint instituere parentes in minus solemnitate, & sic coram duobus testibus: ita Alber. in dicto §. Ex imperfecto 2. column. & ibid. Alexand. Corne. & Jason. Salic. in leg. fin. Cod. Famil. ercisc. 2. column. 3. quæst. Jason. in l. Filium quem habentem. Cod. Famil. ercisc. 5. c. num. 9. & probat dict. lex 7. tit. 1. part. 6. licet Spec. teneat contrarium in tit. Instrument. & hic. §. Compendiosè. versic. Quid si filius.

55 Item adde, quòd hujusmodi testamentum conditum inter liberos cum ista solemnitate, erit perfectum testamentum, & non dicetur codicillus; & per consequens liberi succedent ex testamento, & non ab intestato: ita notabiliter tenet Glos. ordinaria in l. Filii. Cod. Famil. ercisc. & ibi Bald. & communiter DD. & illam Glossam ad hoc reputat singularem Joan. de Imol. in leg. Si filius qui in potestate. ff. de Liber. & posthum. column. 2. in medio: & istam dicit communem opinionem Jason. in dict. §. Ex imperfecto. penultim. column. n. 14. Et effectus maximus est, si sunt instituti inæqualiter; quia valebit, & conservabitur institutio: aliàs, si tantum valeret ut codicillus, irritaretur institutio, & succederent æqualiter ab intestato. 56 Quod limita, & intellige, quando pater usus est verbis directis denotantibus institutionem, vel divisit inter filios hæreditatem per quotas: secus verò si per singulas res; quia tunc illa est quædam divisio, & successio ab intestato, & non testamentum: ita probat Glos. in dict. leg. Filii. Cod. Famil. ercisc. & ibi tenent Paul. & alii DD. tenent etiam Cyn. & commun. DD. in leg. Quoties. eod. tit. Salic. in leg. final. eod. tit. final. column. 5. quæst. & ibi commun. DD. Paul. & Alexand. in dict. §. Ex imperfecto. 2. column. Item adde, quòd si pater noluit testari, sed codicillari inter liberos, vel quolibet alio modo voluntatem declarat inter eos, aliquo instrumento, vel epistola, eis relinquendo prælegata, vel meliorationes; talis voluntas, vel codicillus requirunt etiam duos testes, sicut testamentum: text. est formalis, & expressus in leg. fin. Cod. Famil. ercisc. & ibi Glos. ordinaria, & communiter DD. Adde tamen, quòd eo casu, quo hodiè testatur in scriptis, requiritur quòd si scit scribere, ma-

(1) Hanc eandem sententiam tenet, & communem asserit Matienz. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 1. num. 3. quam etiam tenere refert Cifuent. hic num. 7. Palac. Rub. num. 4. Tell. Fernand. num. 13. in 1. part. hujus legis.

nu propria scribat substantiam testamenti, scilicet, nomen filiorum, & quotam institutionem eorum: text. est in Authent. Quod sine Cod. de Testament. & ibi commun. DD. & idem disponit. dicta lex 7. tit. 1. part. 6.

57 Item adde, quòd in tali testamento inter liberos, oportet, quòd omnes filii sint instituti, aliàs, si aliquis eorum sit præteritus, testamentum est nullum. Ex quo notabiliter collige, quòd dispositio textus in dict. §. Ex imperfecto, solum habet locum quando testamentum deficit ratione solemnitatis omissæ: secus verò si deficiat ratione præteritionis alicujus filii; quia testamentum non valet: & in terminis ita tenent Glossa ordinaria in l. Si filius qui in potestate. ff. de Liber. & posthum. in glos. fin. & ibi Bald. column. 1. & oppo. 1. Imol. column. 52. Jason. col. 5. num. 27. Glos. ordinaria in Authent. Ex causa. Cod. de Liber. præter. in verb. Irritum. & ibi Bald. col. 6. oppo. fin. Paul. penult. column. oppo. fin. & communiter DD. Imol. in l. Filio præterito. ff. de Injusto rupto column. 27. in medio. & ibi commun. DD. Bald. in dict. §. Ex imperfecto. col. 1. n. 20. & ibi Angel. in fin. Corn. column. 1. Jason. col. 3. Salic. in l. fin. Cod. Famil. ercisc. column. fin. & ista est communis opinio. Cujus ratio est: quia tunc videtur peccare in defectu naturali, vel gentium, quo filii debent succedere patribus.

58 Item adde, quòd si in testamento inter liberos sit mixta extranea persona, cui aliquid sit relictum per viam institutionis, legati, vel fideicommissi; talis persona habetur pro non apposta vel adjecta; & tale relictum nullo modo valet, nec tenet, sed accrescit liberis: text. in dict. §. Ex imperfecto, & ibi commun. DD. & idem disponit prædicta Lex 7. tit. 1. part. 6. Quod tamen intellige in testamento nuncupativo; sed in testamento in scriptis valeret legata & fideicommissa relicta extraneis personis: text. est, qui sic debet intelligi, in Authent. Quod sine. Cod. de Testament. & ibi commun. DD. & idem disponit. dict. lex 7. in fin. tit. 1. part. 6. Hodiè tamen in nostro Regno prædicta corriguntur, quia testamentum inter liberos nuncupativè factum requirit eandem solemnitatem, quæ requiritur in testamento extraneorum: ita expressè disponit ista nostra Lex 3. Tauri, in quantum dicit, quòd solemnitas testamenti nuncupativi requisita per legem Ordinamenti, habeat etiam locum in testamento condito inter liberos: unde, hoc casu hodiè nulla est differentia inter liberos & extraneos. (1)

59 Sed pulchrum & necessarium dubium est, an jus

jus commune sit etiam correctum in testamento in scriptis per istam legem, ut eadem solemnitas requiratur in testamento inter liberos, quæ requiritur inter extraneos? Et videtur quòd jus commune non sit correctum, imò etiam hodiè duret differentia in testamento inter liberos, & extraneos: quia nostra lex tantum loquitur & corrigit in testamento nuncupativo, dicens, quòd solemnitas testamenti nuncupativi, inducitur per legem. Ordin. habeat locum tam inter liberos, quam inter extraneos: ergò ad testamentum in scriptis non est extendenda: argumento text. in leg. Sancimus. Cod. de Testament. ubi habetur, quòd illud quod non mutatur, stare non prohibetur: Item etiam, quia lex correctoria non debet extendi etiam ex paritate vel majoritate rationis; ut in Authent. Quas actiones. Cod. de Sacros. Eccl. & ibi commun. DD. Sed his non obstantibus, ego teneo contrariam sententiam, imò, quòd ista nostra Lex 3. Tauri corrigit jus commune etiam in testamento in scriptis, & in eo requiratur eadem solemnitas in testamento inter liberos, quæ requiritur inter extraneos: & hoc apertè probat nostra lex, in quantum dicit, quòd in testamento nuncupativo requiratur solemnitas legis Ordinamenti tam inter liberos, quam inter extraneos: postea dicit & subdit, quòd in testamento in scriptis servetur solemnitas & forma in presenti per istam nostram legem posita & descripta: ergò loquitur & refertur ad omnes personas de quibus supra locuta fuit: Sed supra dixit & voluit, quòd in testamento nuncupativo requiratur eadem solemnitas inter liberos & inter extraneos: ergò solemnitas testamenti in scriptis, quam postea simpliciter ponit, loquitur & extenditur inter easdem personas, & sic, tam inter liberos, quam inter extraneos. (m) Confirmatur etiam ratione, quia si ista nostra lex voluit eandem solemnitatem adhiberi in testamento nuncupativo tam inter liberos, quam inter extraneos, ergò à

fortiori idem videtur velle in testamento in scriptis, in quo est major suspicio & timor falsitatis.

61 Nec obstant fundamenta in contrarium adjecta: quia respondeo, quòd ista non est extensio quam ego facio de lege in casu omisso, sed est vera & propria dispositio legis, quæ expressè, vel saltem virtualiter locuta fuit in utroque casu, scilicet, tam in testamento in scriptis inter liberos, quam inter extraneos; cum supra in eodem utroque casu locuta fuit in testamento nuncupativo.

Unum tamen est, quòd in codicillis factis in scriptis etiam hodiè benè sufficerent quinque testes, vel in testamento in scriptis in quo ponitur clausula codicillaris, ut supra dictum est, quia quantum ad hoc ista nostra lex nihil mutat: idè jus commune remanet incorrectum. Neque obstat, quòd hodiè expressè ista nostra lex dicat, quòd eadem solemnitas requiritur in codicillis, quæ in testamento nuncupativo: Quia procedit & habet locum, quando codicillus fit nuncupativè: secus verò si fiat in scriptis; quia tunc nihil disponit, & idè servandum est jus commune, maxime quòd in utroque codicillo hodiè requirantur quinque testes. Et ista sunt nova, subtilia, & benè notanda ad istam nostram legem.

62 Juxta prædicta tamen se offert mihi singularis & subtilis difficultas: qualiter intelligatur & procedat, & cujus sit effectus illa communis conclusio, quæ habet, quòd in testamento condito inter liberos subintelligitur, & censetur apposta clausula codicillaris? (n) Quam tenet Glos. reputata singul. in leg. Cohæredi. §. Cum filia. in verb. Non valuit. ff. de Vulg. & pup. quam ibi ad hoc notat & commendat Joan. de Imol. column. 2. in fine. & reputat singul. Aret. column. 3. in fin. num. 8. Jason. column. final. num. 18. notat etiam & commendat Alexand. in leg. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. Cod. de Testament. column. final. in

(m) Confirmatur ex eo, quia cum lex Regia majorem solemnitatem exigat in testamento in scriptis, quam in nuncupativo, & in nuncupativo inter liberos eandem solemnitatem desideret, quam inter extraneos, & sic majorem quam de jure communi inter liberos requirebatur; absurdum foret si in testamento in scriptis, in quo major solemnitas jure communi exigitur, minorem solemnitatem exigeret lex Regia; Quam rationem scribo, licet latius scripsisse reperi Matienz. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 6. qui hanc etiam opinionem defendit à num. 4. usque ad 8. alias plures rationes in ejus confirmationem congerens; & praxi receptam testatur Cifuent. hic num. 7. Gom. Arias num. 5. & plurib. sequentib. Castill. verb. Entre los hijos. Greg. Lop. in leg. tit. 1. part. 6. verb. A los hijos. Covarrub. in Epitome de Sponsalib. 2. part. cap. 8. §. 4. num. 13. in fin. Aceved. in dict. leg. 2. tit. 4. lib. 5. num. 1. Ex quibus infero, perperam Tell. Fernand. hic num. 5. me reprehendisse, & num. etiam 13. in 1. part. existimantem, etiam hodiè differentiam testandi inter liberos & extraneos durare, quem etiam sequitur Burg. de Paz hic num. 64. Mench. de Success. creation. §. 21. num. 13. 14. & 15. quorum fundamentis latè satisfaciunt contrariæ opinionis Authores supra allegati.

(n) Communem esse hanc sententiam refert Matienz. in dict. leg. 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. num. 9. Menchac. de Success. creation. cap. 21. num. 64. Burg. de Paz hic num. 178. alios plures ejusdem sententiæ AA. citans.



*in fin.* & ibi Jason. *column. 3. num. 8.* Alexand. *in leg. fin. Cod. de Codicill. column. 2. num. 4.* & eam dicit ibi singularem Jason. *column. 3. num. 5.* Et est similis Glos. *in leg. Filii patris. Cod. Fam. escisc.* quam ibi notat & commendat Fulgos. & alii DD. Confirmatur etiam per textum notabilem *in leg. 3. ff. de Milit. testament.* ubi habetur, quòd in testamento militis semper inest clausula, quòd si non valet jure communi, valeat jure militari, & meliori modo quo possit valere: & ad hoc illum textum notabilem commendat ibi Bart. Alber. Bald. & communiter alii DD. idem Bart. *in leg. 1. ff. de Jure Codicillor. column. 3. quest. 6. principali.*

63 Et noviter & valdè subtiliter respondeo, quòd clausula codicillaris principaliter operatur circa duo. (o) Primum est respectu solemnitate, ut quando testator non adhibuit solemnitate requisitam in testamento, puta, *septem testes*, tamen adhibuit solemnitate requisitam in codicillis, puta, *quinque testes*, tunc enim, si non apponat clausulam codicillarem, talis dispositio non valet ut testamentum, nec ut codicillus; per text. *in leg. Non codicillum. Cod. de Testam. & in leg. fin. §. Illud. de Codicill.* Si verò apponat prædictam clausulam codicillarem, benè valet ut codicillus, ut *in dict. §. Illud.* Sed hoc casu, talis clausula codicillaris expressa, vel tacite subintellecta inter liberos, nullius est momenti, vel effectus, quia eadem solemnitas duorum testium requiritur, tam in testamento, quam in codicillis.

64 Secundum circa quod operatur clausula codicillaris, est respectu voluntatis, & ipsius directæ dispositionis: quia si testator instituit hæredes in codicillis, vel in testamento continente clausulam codicillarem, talis institutio licet non possit valere jure directo, valet tamen jure obliquo, & hæredes & succesores ab intestato tenentur restituere hæreditatem hæredibus institutis, detracta quarta, tamquam si per fideicommissum universale essent gravati, ut supra suo loco dixi. Ex quo inferitur, quòd si pater hodiè instituat aliquem ex filiis suis, & alios prætereat, vel quosdam directè & universaliter instituat æqualiter, vel inæqualiter, & alios prætereat, licet testamentum non valeat ratione præteritionis, tamen ipsi filii ab intestato succedentes tenentur inter se dividere hæreditatem secundum quotas sibi assignatas in testamento & institutione directæ, & sic filius præteritus tenetur per viam fideicommissi, prelegati,

(o) Vide Matienz. *in dict. tit. 4. lib. 5.*

(p) In eandem inclinat sententiam Matienz. *hic in dict. leg. 2. tit. 4. lib. 3. glos. 1. num. 10.* Joan. Paris. relatus à Burg de Paz *hic num. 180.* licet ipse contrariam teneat, perseverans in errore quem *num. 64.* tenuit, scilicet: legem istam jus antiquum non corrigere in testamento inter liberos *in scriptis*: quem supra damnavimus *num. 59.* ibi: *Sed bis non obstantibus.*

vel meliorationis, fratribus institutis illas partes in quibus directè fuerunt instituti, detracta sua legitima, restituere: argument. text. cum materia *in leg. Scævola. ff. Ad Trebell.* Et si dicas, quòd hoc videtur decisum per *Authent. Ex causa. Cod. de Liber. Præter.* ubi habetur, quòd rupto vel annullato testamento ex causa præteritionis vel ex hæredationis, omnia conservantur: Respondeo, quòd legata & fideicommissa benè conservantur, sed ipsæ institutiones directæ nullo modo valent, nec conservantur. Sed hodiè inter liberos benè conservarentur, & obliquarentur prædictæ institutiones, per clausulam codicillarem inter eos intellectam: & iste est principalis effectus hujus articuli, quem sic alibi non invenies declaratum.

65 Item etiam potest considerari maximus effectus, quòd dicta clausula codicillaris tacite subintelligatur inter liberos, etiam hodiè, respectu solemnitate testamenti *in scriptis*: nam, ut supra dixi, licet in testamento nuncupativo eadem solemnitas requiratur in codicillis, quæ in testamento, per istam *leg. 3. Tauri*: tamen secus est in testamento *in scriptis*: quia licet posuit formam testamenti *in scriptis*, nihil tamen dixit de codicillis; unde remanet in dispositione juris communis, ut sufficiant quinque testes subscripti, secundum formam text. *in leg. fin. versic. fin. Cod. de Codicill.* unde hoc casu, si fiat testamentum inter liberos cum quinque testibus, & solemnitate in eo requisita, valet saltem ut codicillus, licet expressè non ponatur clausula codicillaris: quia tacite subintelligitur & censetur apposta. (p)

66 Sed quia supra visum est de forma & solemnitate testamentorum, nunc restat videre de codicillis, de eorum forma & solemnitate. Pro cujus perfecta declaratione dico, quòd de jure communi in quolibet codicillo requiruntur quinque testes: textus est *in leg. fin. Cod. de Codicill. text. in leg. fin. Cod. de Fideicom. text. in §. fin. Instit. de Fideicommissar. hereditat.* & idem disponit *lex 1. tit. 12. partit. 6.* & idem est in quolibet alia ultima voluntate in genere, vel in specie: textus est *in leg. fin. Cod. de Donat. causa mortis.* Confirmatur, quia benè potest dari, & reperiri ultima voluntas in genere, & innominata, quæ non sit testamentum, nec codicillus: text. est singularis & unicus *in leg. Licet inter privatos. Cod. de Pactis.* quem ibi ad hoc reputat singularem & unicum Bald. Angel. & Jason. *penult. column.*

Ho-

67 Hodiè tamen sufficiunt tres testes cum Tabellione, vel quinque sine eo, sicut in testamento nuncupativo: ita expressè dicit *ista nostra lex*; & adde singulariter, quòd licet nostra lex non diceret, neque aliquid disponderet de codicillis, ita deberet intelligi: quia quando lex nova modificat, & restringit solemnitate testamentorum, dicendo, quòd sufficiant duo, vel tres testes, illam solemnitate sufficit in codicillis: ita eleganter tenet (q) Bald. *in leg. fin. Cod. de Testamentis, column. 2. num. 6.* & ibi Salic. *in fin. argument. textus in leg. Si quis in principio testamenti, §. Miles, ff. de Legat. 3. & in leg. Cum hic status, §. Similes, ff. de Donat. inter vir. & uxor. & facit text. in leg. 2. ff. de Legat. 1.* & ibi tenent Paul. de Cast. *column. 1.* & Alexand. *column. 1.* dicentes, esse notabile & Jason. *2. column.* facit etiam bonus text. *in leg. Marcellus, juncta gloss. ff. de Donat. causa mortis.* Ex quo infer Salic. *in leg. Quotiens, Codic. Famil. escisc. 1. column. in fin.* quòd sicut testamentum inter liberos de jure communi valet cum duobus testibus, ut *in leg. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testam.* ita valet codicillus inter liberos. Prædicta tamen intelliguntur & procedunt, quando codicillus fit nuncupativo modo: Quæro tamen, si fiat *in scriptis*, quam solemnitate debet continere? Et certè de jure communi debet continere quinque testes, qui debent in eo subscribere: text. est *in leg. final. versic. fin. Cod. de Codicillis.* Sed hodiè in nostro Regno quæro, quæ solemnitas adhibeatur? Et videtur, quòd sufficiat solemnitas trium testium cum Tabellione, & quinque sine Tabellione, per text. *in ista nostra leg. 3.* quæ postquam posuit solemnitate testamenti nuncupativi, & testamenti *in scriptis*, dicit quòd *in codicillis intervenit solemnitas quæ requiritur in testamento nuncupativo*: Sed in eo requiruntur tres testes cum Tabellione, vel quinque sine eo, ut supra dictum est: ergo & in codicillis. Sed ego teneo contrariam sententiam & conclusionem, imò, quòd codicillus *in scriptis* requirat semper & indistinctè quinque testes, & subscriptiones eorum; sicut requiritur de jure communi, quod in hoc corrigitur. (r) Nec obstat text. *in nostra leg. 3.* imò pertè facit pro me: quia dicit, quòd in testamento nuncupa-

tivo requiratur solemnitas trium testium cum Tabellione, & quinque sine eo; sed in testamento *in scriptis*, requiruntur semper & indistinctè septem testes, & subscriptiones eorum; & statim subjicit, quòd in codicillis requiratur illamet solemnitas quæ requiritur in testamento nuncupativo, ergo codicillus *in scriptis*, remanet in dispositione juris communis, & nihil de eo disponitur *in nostra leg. 3.* & per consequens, in eo requiruntur hodiè quinque testes cum subscriptionibus eorum indistinctè, modò interveniat Tabellio, modò non. Effectus tamen erit maximus, quia quando intervenit Tabellio, non requiratur aliqua publicatio; quando verò non intervenit, benè requiritur, sicut in testamento; ut dixi supra *ista leg. In materia, & solemnitate testamenti in scriptis.*

670 Item adde circa superiora, quòd licet in testamento testes debent esse masculi, & non feminae, ut supra notabiliter dixi: tamen in codicillo sufficiunt feminae, quia non reperiuntur prohibita. Ita tenet Gloss. notabilis & ordinaria *in leg. fin. Codic. de Codicillis, in glos. antepenult. & ibi notat & commendat Bartol. Bald. Paul. & communiter DD. Gloss. etiam ordinaria in leg. Qui testamento, §. Mulier, ff. de Testament. in glos. 1.* & ibi etiam Bart. & communiter DD. Ex quo deducit & infert Paul. de Cast. quòd licet ille qui non potest testari, non possit codicillari, ut *in leg. Divi, §. Licet, versic. Codicillos, ff. de Jure codicillorum, & in leg. Conficiuntur, §. 1. eod. tit. & in leg. 2. ff. de legat. 1. & in leg. 1. ff. de leg. 3. & in leg. Ex testamento, Cod. de Fideicommiss. & in leg. 1. tit. 12. part. 6.* Tamen ista regula non procedit in teste, nec sequitur, quòd ille qui non potest esse testis in testamento, non possit esse testis in codicillo. Ita Paul. de Cast. qui reputat singularem, *in dict. leg. Qui testamento, §. Mulier, ff. de Testament.* Ex quò datur notabilis declaratio *ad nostram leg. 3.* quòd testes requisiti in codicillis sufficiant esse feminae. Nec obstat lex in quantum dicit quòd *in codicillis interveniat eadem solemnitas, quæ requiritur in testamento nuncupativo*: quia intelligo respectu numeri, non verò respectu qualitatis personæ. Et ita tenerem in judicando & consulendo, licet fortè alii teneant contrarium. (s)

Item

(q) Tenet etiam Tell. *3. part. num. 22.* Azeved. *in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 32.* Covarrub. *in Rubric. de Testament.*

(r) Cifantes *hic num. 10.* Gregor. Lop. *in leg. ultim. tit. 12. part. 6.* Glos. magna. Azeved. *in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 33.* Matienz. *ibid. 9. num. 5.* licet contrariam sententiam teneant Burg de Paz *hic num. 1360.* & Menchac *de Success. creat. §. 25. num. 23.* quorum fundamentis latissimè & doctissimè ipse Matienz. satisfecit, & ided ego facere prætermitto.

(s) Articulus autem iste anceps nimis & controversus est inter nostri Regni Doctores, nostramque sententiam, tamquam benigniorem, defendunt Cifuent. *hic num. 32.* Burg. de Paz, *num. 1349.* Joan. Lup. de Palac. *Rub. n. 34.* Sed contraria sententia, scilicet, quòd in codicillis testes feminae



72 Item adde etiam circa prædicta, quòd si testator voluit facere testamentum, & non adhibuerit solemnitatem requisitam ad validitatem ejus, non valebit ut testamentum, nec ut codicillus, etiamsi in eo interveniat solemnitas requisita in codicillis: text. est in leg. 1. ff. de Jure codicill. text. in l. Cohæredi, §. Cum filia, vers. Quæ ita, ff. de Vulgar. & pupil. text. in leg. final. §. Illud quoque, Codic. de Codicill. Quod tamen hodiè non potest verificari in testamento nuncupativo; quia eadem solemnitas requiritur in codicillis, quæ requiritur in eo, ut in nostra leg. 3. Tauri. Potest tamen verificari, & habere locum in testamento in scriptis. in quo tam de jure communi, quam regio, requiritur diversa solemnitas & numerus testium in eo & in codicillis, ut supra visum & declaratum est. Et adde, quòd videtur voluisse testari eo ipso quòd fecit institutionem hæredis: text. est in leg. Non codicillum, Cod. de Testam. text. in leg. Illud, §. Tractari, ff. de Jure codicillor. & utrobique communiter DD. (r) Quod tamen limita & intellige, præterquam si testator apposuit clausulam codicillarem, dicendo quòd si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum: quia tunc illa dispositio valebit ut codicillus, si non possit valere ut testamentum: text. est formalis & expressus in leg. fin. §. Illud quoque, Cod. de Codicill. text. in leg. Illud, §. Tractari, ff. de Jure Codicillor. text. in leg. Cohæredi, §. Cum filia, versic. Quæ ita, ff. de Vulgar. & pupil. & utrobique communiter DD.

74 Quæ quidem clausula codicillaris in aliquibus casibus tacitè censetur appposita ex præsumpta mente defuncti, licet expressè non apponatur. Primus est, quando in testamento vel dispositione apponitur juramentum: & hoc dupliciter: vel quòd testator jurat velle omnia ibi contenta servari: vel quòd jubet hæredem jurare omnia ibi contenta solvere & adimplere: text. est singularis, & unicus in leg. Cum pater, §. Filius matrem, ff. de Legatis 2. quem ad hoc notant & commendant Bart. Alber. & communiter DD. antiqui: & reputant singulare, & unicum Bald.

non sufficiant, urgentioribus fundamentis fulcitur; quàm latè defendit Molina de Primogeniis lib. 2. capit. 8. num. 25. sequitur Azeved. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 36. Matienz. ibi glos. 9. n. 8. qui adeò diligenter hunc articulum tractant, ut super unum mihi videatur quicquam amplius alium non addere, vide etiam Tell. hic 4. part. num. 2. Castell. verb. Siete testigos, colum. 7. Gregor. Lop. in leg. 7. tit. 1. part. 6. verb. Dos testigos, eandem tenentes sententiam.

(r) Vide quæ tradit Tell. hic part. 5. num. 5. Azeved. in leg. 2. num. 47. tit. 4. lib. 5. & Matienz. ibid. glos. 10. num. 3.

(u) Hoc etiam casu tacitè clausulam codicillarem appositam censeri, testatur Gom. Arias hic num. 72. ubi alios hanc opinionem sequentes allegat.

(x) Clausulam codicillarem ubi pater, mater, vel ascendens inter liberos testatur, tacitè appositam censeri, docet Gom. Arias hic num. 71. & vide allegatos num. 63. supra, ibi: In testamento condito inter liberos, &c.

Paul. & Imol. (u) Secundus modus est, quando testator dixit, quòd volebat quòd dispositio sua valeret omni meliori modo quo possit: text. est singularis. in jure in l. Codicillis, aliàs Titia, §. fin. ff. de Legat. 2. quem ad hoc notant & commendant Bart. Alber. Bald. Imol. & communiter DD. & reputat singularem & unicum Paul. de Castr. ibi. Tertius casus est, quando pater, mater, vel ascendens testantur inter liberos & descendentes: quia tunc tacitè subintelligitur prædicta clausula codicillaris, ut ibi dixi, & fundavi supra.

75 Et adde, maximum effectum procedere, quòd prædicta clausula codicillaris sit appositæ expressè, vel tacitè. (x) Primus est, quia si testamentum deficit ratione solemnitatis, valebunt omnia legata, & relicta in testamento ab intestato, jure codicillorum; & tenentur successores ab intestato illa solvere & præstare eis quibus relicta sunt; aliàs verò, si prædicta clausula non sit appositæ, non valerent, nec successores tenerentur præstare de jure communi, nec Regio. Nec obstat text. in Authentic. Ex causa, Cod. de Liber. præter. cum materia. Quia procedit & habet locum, quando testamentum deficit ratione præteritionis, vel exhæredationis; non verò ratione solemnitatis omisæ: Nec obstat etiam lex r. tit. de los Testamentos, lib. 5. Ordinar. Quia illa loquitur & procedit, quando testamentum deficit ex defectu institutionis hæredis, vel ratione aditionis hæreditatis. Cæterum primus effectus non potest hodiè habere locum in testamento nuncupativo; cum eadem solemnitas requiratur in eo, & in codicillis, per istam nostram leg. 3. Tauri, potest tamen habere in testamento in scriptis; quia si non contineret solemnitatem hujus legis 3. Tauri, valebit saltem ut codicillus, si contineat quinque testes requisitos de jure communi; ut supra dixi & fundavi.

76 Secundus est, quia si testator careat liberis, descendantibus, & ascendentibus, & instituit extraneum hæredem universaliter; & testamentum non contineat solemnitatem requisitam, sed benè contineat solemnitatem requisitam

in

in codicillis, & sit appositæ clausula codicillaris; illa institutio hæredis directæ convertitur in fideicommissum universale, ut legitimi successores ab intestato teneantur restituere totam hæreditatem, detracta quarta, ipsi hæredi instituto, tamquam si per fideicommissum essent gravati: quod hodiè in nostro Regno non potest exemplificari in testamento nuncupativo, sed tantum in scriptis, per supra dicta. (y) Ita probat textus notabilis, juncta Glossa in leg. Ex ea scriptura, §. 1. ff. de Testament. ubi habetur, quòd si in testamento minus solemniter appositæ verba fideicommissi, vel similia, institutio directæ ibi relicta obliquatur: & ibi notant & commendant commun. DD. probat etiam textus in leg. Quærebatur, ff. de Milit. testam. ubi, si testator miles fecit secundum testamentum, in quo approbavit primum, illa verba operantur fideicommissum universale, ut institutio directæ contenta in primo testamento obliquetur, & valeat jure fideicommissi: & ad hoc notant & commendant ibi Oldr. Cyn. Bart. Alber. Angel. & communiter DD. & facit text. notabilis, & melior de jure in leg. Posthumus, §. Si paganus, ff. de Injust. rupt. ubi disponitur, quòd si testator in secundo testamento confirmavit primum testamentum nullum; dato quòd illa confirmatio mero jure non valeat, sed nihilominus testamentum primum remaneat nullum; tamen illa verba operantur, ut primum testamentum valeat jure codicillorum, & hæres institutus in secundo testamento teneatur restituere hæreditatem, per viam fideicommissi universalis hæredi instituto in primo testamento: & ad hoc notant & commendant ibi Bart. Bald. Paul. Imol. & communiter DD. idem probat text. in leg. Si quis priore, ff. Ad Trebellianum, facit text. in leg. Codicillis, aliàs, Titia Sejo, §. final. ff. de Legat. 2. text. in leg. Si jure, Cod. de Testament. manum.

77 Ex quibus juribus apertè colligitur & inferitur, quòd per clausulam codicillarem videtur testator tacitè gravare venientes ab intestato, restituere per viam fideicommissi ea quæ reliquit per verba directæ in minus solemniter testamento: & in expresso ita tenet Glossa ordinaria in l. Ex testamento, Cod. de Fideicommiss. in glos. fin. & ibi Petr. Cyn. Alber. & communiter DD. tenet etiam Bart. in leg. 1. ff. de Jure codicill. colum. 3. quest. 5. & colum. penult. quest. 15. & ibi communiter DD. Confirmatur, quia quando actus seu dispositio personæ, vel solemnitatis; institutio ipsa universalis, vel voluntas disponentis, quæ non potest sustentari jure directo, convertitur in fideicommissum

ex præsumpta ejus voluntate, & legis dispositione: text. est in leg. Qui filium, ff. Ad Trebell. ubi habetur, quòd si testator gravat hæredem ut non testetur, videtur gravatus restituere hæreditatem venientibus ab intestato: text. in leg. Filius familias, §. Ut quis hæredem, ff. de leg. 1. ubi habetur, quòd si testator gravat hæredem ut post mortem instituat aliquem hæredem in illis bonis; dato quòd ista dispositio directæ non valeat, nec hæres teneatur eam adimplere; tamen convertitur in fideicommissum universale, ut teneatur restituere bona ipsius testatoris ei quem volebat institui.

78 Tertius effectus est, quia si testamentum deficit ratione præteritionis vel exhæredationis, quia pater præterit vel exhæredat filium vel descendentem injustè, & extraneum instituit hæredem; & tale testamentum postea annullatur vel irritetur virtute juris dicendi nullum, vel querelæ; talis institutio extranei directæ convertitur in fideicommissum, ut filius vel descendens præteritus vel exhæredatus, succedens ab intestato, teneatur restituere hæreditatem hæredi extraneo instituto, detracta sua legitima: Et hodiè in nostro Regno tenebitur restituere solum quintum bonorum; cum omnia alia bona sint Legitima filii, vel filiorum: ita probat text. in dist. leg. Posthumus, ff. Si paganus, ff. de Injust. rupt. text. in leg. Quærebatur, ff. de Milit. testament. cum similib. supra allegatis, & in expresso ita tenet Bart. in Authent. Ex causa, Cod. de Liber. præter. colum. final. & quest. & ibi Petr. colum. final. & quest. Cyn. colum. final. quest. 6. Alber. colum. 15. versic. In quest. prædicta. Bald. colum. 12. quest. 7. Angel. colum. final. & quest. Paul. de Cast. colum. final. num. 15. Salic. colum. final. num. 24. Alex. colum. 6. num. 13. ubi dicit, hanc esse communem opinionem: Corn. colum. 34. num. 47. Jason. colum. antepenult. num. 22. ubi etiam dicit, hanc esse communem opinionem: Curt. colum. 20. num. 69. tenet etiam Bart. in leg. 1. ff. de Jure codicill. colum. 3. quest. 5. idem Bart. Bald. & alii DD. in leg. 2. ff. de legat. 3. Bald. Angel. Imol. & Aret. in leg. Ex ea scriptura, §. 1. ff. de Testam. Licet contrarium teneat Glossa ordinaria in dist. Authentic. Ex causa, Cod. de Liber. præter. in glossa fin. quest. final. quæ non est alibi in jure, secundum Angel. ibi colum. final. & secundum Alex. & Modernos: quam sequuntur ibi Oldr. Reyn. Marsill. Jacob. de Aret. Jacob. Butr. quos refert. ibi Corn. num. 47.

79 Intellige tamen communem opinionem, quando pater præterivit vel exhæredavit filium vel descendentem scienter: secus verò ignoranter; quia tunc non tenebitur filius, ab intestato succedens,

(y) Vide per Matienz. eundem effectum notabilem in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 2. num. 9. ubi etiam hos omnes effectus clausulæ codicillaris enumerat latissime,