

quia respectu illius juris, & solemnitate bene est perfectum: & in expresso ita tenent, & declarant ibi Dec. Bart. Bald. & communiter DD. Idem Bart. in leg. 1. ff. de Jure codicill. 3. column. Ex quo text. cum communi sententia nota & collige, quod quando quis fecit actum, qui non potest valere de jure communi, sed tantum de jure speciali; videtur velle uti suo privilegio, ut valeat, & teneat de illo jure speciali, & privilegiato.

106 Et in tantum est vera prædicta sententia, & conclusio, quæ habet, quod testamentum imperfectum ratione voluntatis non consumata est nullum, & in jam dispositis non valet; ut procedit, & habeat locum, etiamsi præcessit institutio, vel legatum ad pias causas: ita singulariter Paul. de Castr. in dict. leg. Si is qui testamentum. ff. de Testament. 2. column. versic. Et eadem ratione. & dicit, perpetuo esse menti tenendum: & idem tenent ibi Aretin. final. column. in fin. Bald. in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. 2. lectur. antepenult. column. 6. question. Joan. de Imol. in cap. 2. de Testament. 4. column. num. 22. & ibi Anchar. 3. column. numer. 10. Barb. in cap. Relatum. el. 1. eod. tit. 20. column. numer. 25. Oldrad. in Cons. suis. cons. 19. (x) Licet contrarium velit Bart. in leg. In testamento. ff. de Fideicommiss. libertat. Abb. in cap. 1. de Succes. ab intestato. 2. column. num. 2. Secundo, & principaliter extendit, ut procedat, & habeat locum etiam in testamento inter liberos: & hoc est valde utile in casu quo sunt instituti inæqualiter, vel uni eorum est facta melioratio tertii, & quinti, vel partis ejus: ista est Glossa singularis in jure in l. fin. Cod. Fam. exercisc. in verb. Nec impletum. quam ibi ad hoc notant, & commendat Bart. Bald. Paul. Salyc. & communiter DD. Idem etiam voluit Gloss. in dict. leg. Si is qui testamentum. ff. de Testament. in glos. final. & ibi tenent Bart. Paul. Imol. & Aretin. tenent etiam Bart. Bal. & communiter DD. in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. Cod. de Testam. Ang. de Aret. in §. Ex eo autem solo. Institut. Quibus modis testam. infirm. Abb. in cons. 105. 2. volom. Roder. Suar. in Reptitione leg. Quoniam in prioribus. Cod. de Inofficios. testament. fol. 89. 3. column. versic. Quarto quæro. Neque obstat textus cum materia in dict. leg. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. cum Authentic. sequenti, & in l. fin. Cod. Famil. exercisc. ubi habetur, quod valet testamentum imperfectum inter liberos. Quia debet intelligi, quando erat imperfectum ratione solemnitate: secus verò quando esset imperfectum ratione voluntatis, ut in nostro casu; quia tunc non valet

etiam inter liberos: & in expresso ita respondent Glossæ ordinariæ & communiter Doctores ubi supra. Tertio extendit, ut procedat, & habeat locum etiamsi in tali testamento esset posita clausula codicillaris: quia similiter non valet testamentum, nec censetur esse facta repetitio ab intestato: ita probat textus notabilis in l. Ex ea scriptura. ff. de Testam. & ibi Joan. de Imol. & alii DD. text. in l. Fideicommissa. §. Quotiens. ff. de Legat. 3. per quæ jura ita tenent Bart. in leg. 1. ff. de Jure Codicill. 2. 4. quæst. Paul. de Castr. in l. Si is qui testamentum. ff. de Testam. fin. column. & facit bonus text. in leg. Lucius. ff. de Milit. testament. Nec obstat text. in leg. final. versic. Illud quoque. Cod. de Codicill. ubi habetur, quod omnia contenta in testamento nullo, & imperfecto valent, & censentur repetita ab intestato, posita clausula codicillari: Quia debet intelligi, quando testamentum est nullum, & imperfectum ratione solemnitate, non verò ratione voluntatis, ut in nostro casu: ita tenet, & respondet Bart. in dict. l. 1. de Jure codicillor. 4. quæst. & practici DD. ibi supra. Ex quibus datur necessaria declaratio ad leg. 1. tit. lib. 5. Ordinament. ubi disponitur, quod licet testamentum non valeat, conservantur legata, & omnia in eo contenta, ut debeantur ab intestato: Quia debet intelligi quando testamentum deficit ratione solemnitate, non verò ratione voluntatis.

107 Item quæro, si testator fecit testamentum nuncupativum in scriptura publica, coram Tabellione, & legitimo numero testium, & debita solemnitate; & complevit ultimam testamentum, tamen testator decessit, & mortuus est antequam ei legeretur coram testibus; an valeat, & teneat, & probet voluntatem defuncti? Et breviter, & resolutivè dico, quod non: textus est singularis, & unicus in jure, in l. Fideicommissa. §. Quotiens. ff. de Legat. 3. quem ad hoc notant, & commendat Glossa ordinaria Bart. Bald. & communiter DD. antiqui, & reputat singularem, & unicum Alber. reputat etiam singularem Bald. in leg. fin. Cod. de Sent. experic. recit. & per illum textum ita tenet Bart. in l. Si is qui testamentum. ff. de Testament. 2. column. versic. Quod si testator. & ibi Paul. de Castr. & alii DD. (y) Idem Paul. de Castr. in leg. Hac consultissima. vers. At, cum humana. Cod. Qui testament. fac. pos. 2. column. & ibi facit textus. Cujus ratio potissima est, secundum DD. ubi supra: quia si instrumentum, vel scriptura non legatur, potest aliud continere quam testator dixit: pro qua sententia, & conclusione considero singularem. leg. partit. 102. in fin. tit. 18. part.

(x) Tenet etiam Burg. de Paz hic num. 23. Tell. Fernand. num. 18. & 19. in 2. part. Matienz. in leg. 11. gloss. 1. tit. 4. num. 1. lib. 5. Recopilat. Aceved. ibid. num. 61.

(y) Idem tenet Aceved. plures congerens, in leg. 2. tit. 4. num. 48. lib. 5. Recopilat.

partit. 3. Imò, quod magis est, in dubio non præsumitur lectum, nisi probetur: ita Bart. Bald. & alii DD. in dict. §. Quotiens. Quod intellige, nisi Tabellio vel Notarius hoc dixisset, vel nisi in fine instrumenti vel scripturæ reperiantur illa verba, quæ solent apponi à Tabellionibus, scilicet: quod factum, & absolutum fuit, &c. Quia tunc præsumitur & probatur esse lectum coram testatore, & per consequens valet & tenet: ita singularit. Bald. in Authentic. Quod sine, Cod. de Testament. 2. col. Et idem est in aliis quibuscumque instrumentis super contractibus: ita probat textus notabilis in leg. Contractus, Cod. de Fide Instrument. ibi: Et postremò partibus absoluta sint, quem ad hoc notant & commendat ibi Bald. 3. column. Ang. & communiter DD. probat etiam textus, qui non allegatur, in leg. final. Cod. Plus valer. quod agit. &c. & ibi DD. etiam tenet Bald. in leg. Item quæritur, §. fin. ff. Locati, 3. column. pro qua sententia & conclusione considero leg. 54. in fin. tit. 18. part. 6. & ita practicatur.

108 Quod tamen intellige in testamento inter extraneos: secus verò inter liberos, vel ad pias causas; quia valet, licet non legatur, ita Bart. in dict. leg. Si is qui testamentum, ff. de Testament. 2. col. item Bartol. in dict. §. Quotiens, Jason. in leg. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testament. col. 2. num. 3. Joan. de Imol. in cap. 2. de Testament. 5. column. Rom. in Authent. Similiter, Cod. ad leg. Falcid. 13. specialitate ultimatum voluntatum: Ego tamen, salva eorum pace, teneo contrarium, imò, quod tale testamentum non valeat, etiam inter liberos, vel ad pias causas; quia attenda superiori ratione, deficit potius ex defectu voluntatis, quam solemnitate. Unde, in hoc articulo resolutivè ego dicerem sic: quod si testamentum debet probari per solam scripturam absque publicatione testium, quia est factum manu publici Tabellionis; tunc procedat & sit vera superior opinio & conclusio, scilicet, quod nullo modo valeat, neque probet, nedum inter extraneos, sed etiam inter liberos, vel ad pias causas: quia isto casu propriè militat ratio superior: Si verò fiat in scriptura publica vel privata, & fiat publicatio, quia testes veniunt & deponunt de voluntate & tenore testamenti, & voluntate defuncti;

tunc valeat & teneat, tam inter extraneos, quam inter liberos, & ad pias causas: quia cessat ratio superior, & non deficit testamentum ex defectu voluntatis, neque solemnitate: Et hoc teneo pro firmo & æquo.

109 Item quæro, si quis interroget testatorem coram testibus rogatis, an eum, vel alium per eum nominatum instituat; & testator expressè dixit, quod sic: an valeat & teneat institutio? Et breviter & resolutivè dico, quod valet, & talis hæres censetur rectè institutus, & consequitur hæreditatem defuncti. Quam sententiam & conclusionem primò probat text. in l. 1. §. Si quis ita interroget, ff. de Verbor. obligat. text. in l. Si defensor, alias: Si sine, §. Qui interrogatus, ff. de Interrog. in jur. faciend. text. in §. Præter. Instit. de Inut. stip. text. in §. Quotiens, eod. tit. Secundo, text. in l. Pamphil. §. Propositum, ff. de legat. 3. ibi: Etiam ipso testatore interrogato, an ea dixisset. Tertio, text. in leg. Nemo dubitat. ff. de Hæred. instit. Quarto, text. in leg. Hac consultissima, vers. An cum humano, Cod. Qui testament. fac. possunt, ibi: Quam susceptam testatori recitabit Tabellarius, simul & testibus... & elogium ipse suum profiteatur agnoscere, & ex animi sui quæ lecta sunt disposui se sententia, Quinto, textus notabilis in leg. final. Cod. Si quis aliquem testari prohib. ubi verbis & blanditiis potest quis alium inducere ut eum instituat. Sexto, quia de jure naturali vel gentium est cui libet liberum arbitrium testandi quomodo velit, & quomodo possit, dum tamen colligatur & intelligatur mens & voluntas ejus coram legitimo numero testium: text. est in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. & ibi communiter DD. & in expresso istam sententiam & conclusionem tenet Gloss. notabilis & ordinaria, in leg. Jubemus, Codic. de Testam. in verb. Quemadmodum, & ibi Pet. Cyn. Jac. But. Alber. Jacob. de Bellovis. Ricard. Mat. quos ipse Alber. refert, Bart. Angel. Salic. & Alexand. tenet etiam Bart. in leg. Hæredes palam, finalibus verbis, ff. de Testam. & ibi Imol. & Aret. idem Bart. in leg. 1. §. Si quis ita de Verbor. obligat. & ibi Paul. & Modern. Joan. Imol. in c. Cum tibi, de Testament. 2. column. num. 3. Joan. Andr. in Addition. ad Specul. in tit. de Testament. §. In primis, vers. Quid si is. Angel. in leg. In fraudem, §.

(z) Nimis controversa hæc est quæstio, tam inter antiquos, quam inter nostri temporis DD. Et prædictum testamentum non valere, tenuerunt plures, quos refert & sequitur Roderic. Suar. in allegat. 1. fol. 6. column. 2. pag. 116. & plures, quos refert Matienz. in leg. 2. tit. 4. lib. 5. glos. 16. num. 5. quam opinionem communem esse testantur. Sed contraria sententia, quam Dominus meus sequitur, tunc verior, tunc etiam communior est; quam sequuntur cum multis quos referunt, Matienz. ubi supra, num. 6. & Mench. de Succes. creatione lib. 2. §. 23. num. 52. & 54. Greg. in leg. 6. tit. 3. part. 6. glos. 1. Socin. Junior. cons. 173. num. 2. lib. 2. Dueñ. in leg. Suae allegat. num. 5. & sequent. Menes. in leg. Eam quam, Cod. de Fideicommiss. num. 83. Aceved. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 163. & eleganter Menoch. cons. 45.

§. 1. ff. de Testament. milit. & ista est communis opinio secund. Alexand. in dict. leg. Jubeamus, Cod. de Testament. fin. column. & cons. 12. eod. volum. & cons. 33. 3. volum.

Contrariam tamen tenet sententiam, & comprobatur text. expressus, qui videtur carere responsione, in leg. Jubeamus, Cod. de Testam. ubi disponitur, quod pro forma & solemnitate testamenti, & evitanda falsitate requiritur, quod testator exprimat ore & voce propria nomen hæredis, & annullat testamentum si aliter fiat: ergo cum lex ista requirat hoc expresse pro forma, & solemnitate testamenti, non potest aliter valere: imò etiam, quando sumus in dubio, eo ipso quod lex procedit cum annullando si aliter fiat, semper intelligitur esse de forma & solemnitate. Ergo in nostro casu non sufficit, quod testator respondeat ad interrogata, sed oportet ore & voce propria exprimere nomen hæredis: text. in l. Hæredes palam, ff. de Testament. & ibi communiter Doctores. Secundò, textus in leg. 1. §. Qui questionem, ff. de Questionib. ubi habetur, quod voluntas & confessio alicujus non dicitur propria & perfecte libera, quod interrogatus & incitatus ab alio respondit. Tertio, text. in leg. Jubeamus, la 2. Codic. de Erogat. milit. annon. lib. 12. juncta communi opinione, ubi disponitur, quod ille qui tenetur manu, voce & persona propria aliquid facere, non potest mediante alio per procuratores vel substitutos: textus in leg. Unica, §. Ne autem, Cod. de Caduc. toll. text. notabilis in leg. 2. Cod. de His, qui ven. etat. impet. text. formalis & expressus in leg. Huc consultissima, vers. At cum humana, Cod. Qui testam. fac. poss. ubi disponitur, quod si testator committit dispositionem & voluntatem suam declaratam alicui scribendam & postea legatur & recitetur illa scriptura coram testatore & testibus, & testator agnoscat & assentiat ei, valet & tenet: ergo si non præcedat dicta voluntas testatoris, per quam constat quod ejus voluntate fuit confecta prædicta scriptura, non valebit; & sic videtur casus directus in nostra questione pro ista parte contra communem opinionem: & in expresso, istam sententiam & conclusionem tenet Abb. Papiens quem refert Joan. And. in Add. ad Spec. in tit. de Testament. §. In primis. Bald. qui non loquitur, in dict. l. Jubeamus, Cod. de Testament. 3. column. & Nicol. de Ma. quem ipse refert. Paul. in dict. vers. At cum humana, 2. col. Ant. in cap. Cum tibi, de Testam. & Roder. Suar. in allegat. 16. in fin. fol. 124.

Sed his non obstantibus, ego teneo primam communem sententiam & opinionem: Et primò

(A) Vide Covarrub. in cap. Cum tibi, num. 4. de Testament. Matienz. in leg. 1. gloss. 16. num. 2. Aceved. in dict. leg. 1. num. 162. tit. 4. lib. 5. Recopil.

non obstat text. in dict. leg. Jubeamus, Cod. de Testament. quia debet intelligi, quando non præcessit interrogatio alicujus. Secundò non obstat text. in dict. leg. 1. §. Qui questionem, ff. de Question. quia loquitur in criminalibus & tortura, ubi metu tormentorum multoties confitetur quis contra se quod nunquam fecit. Tertio non obstat text. in dict. leg. Jubeamus, Cod. de Erog. at milit. annon. cum similib. quia debet intelligi in casibus a jure expressis. Quarto non obstat text. fortissimus in dict. leg. Huc consultissima, vers. At cum humana, Cod. Qui testament. fac. poss. quia loquitur & procedit in testamento cæci, in quo plura sunt specialia propter defectum visus, scilicet: quod testetur nuncupative, & inter Tabelliones, & quod prius declaret voluntatem suam, &c.

Item quæro, si testator infirmitate gravatus & in extremis positus amisit loquelam, taliter quod clarè & articulatè non potest loqui, an possit testari & hæredem instituere saltem nutu, vel signis? Et breviter & resolutivè dico, quod si testator penitus amisit loquelam, taliter quod clarè, articulatè, & intelligibiliter non potest loqui, non potest testari, neque hæredem instituere, etiamsi nutu vel signis exprimat voluntatem suam: (A) ita probatur text. notabilis in l. Jubeamus, Cod. de Testament. versic. Si enim; cujus verba sunt: Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in eloquiis committitur, & ad hoc notant & commendant ibi Bart. Paul. & communiter DD. tam Antiqui, quam Moderni. Bald. Paul. & alii DD. in leg. 2. ff. de Testament. Si verò penitus non amisit loquelam, sed loqui potest, licet tardè, balbutiendo, & non articulatè, taliter quod potest intelligi, bene potest testari & hæredem instituere: text. est singularis & unicus in jure, in leg. Quoniam indignum, Cod. de Testam. ibi: Quia fortè seminecis, & balbutiens lingua profudit: quem ad hoc notant & commendant ibi Bald. Angel. & communiter DD. & reputat singularem Paul. & unicum Jason. notant etiam & commendant Ang. Imol. & alii DD. in leg. In diversa, ff. de Testam. idem Angel. & DD. in fraudem, §. 1. ff. de Mil. testament. Roman. in leg. 1. ff. de Verbor. obligat. 2. column. Bald. in cap. 1. §. Vassalli, de Pace Constantia in Usib. feud. 2. column. num. 6. Angel. de Aret. in §. 1. Instit. de Testament. penultim. column. facit etiam text. in cap. Raynutius, de Testament. ibi: In extremis positus condidit testamentum, text. in cap. Nos quidem, eod. tit. ibi: De hac luce migrante: text. in leg. Pamphilo, §. Propositum, ff. de leg. 3. ibi: In discrimine vitæ constitutus: text.

text. in leg. Seja, §. fin. ff. de Don. caus. mort. ubi habetur, quod contractus potest fieri usque ad ultimum vitæ spiritum, si memoria non sit læsa & ad hoc notant & commendant DD. ibi, & illum dicit singularem Bald. in cap. Quoniam frequenter. Ut lite non constet, 3. column. & pro utraque sententia considero textum formalem in leg. Discretis, vers. final. Codic. Qui testament. facer. poss. qui expresse determinat, quod ille qui casu morbo, vel infirmitate superveniente est factus mutus, vel lingua est impedita, taliter quod penitus amisit loquelam, non potest testari, nisi sciatur scribere: ergo clarè patet & inferitur, quod nutu vel signis non potest testari, neque hæredem instituere: Si verò penitus non amisit loquelam, sed quomodocumque possit loqui, tardè, balbutiendo, & non articulatè, potest testari, & hæredem instituere.

Limita tamen & intellige superiorem doctrinam & conclusionem, ut procedat & habeat locum præterquam in testamento, & institutione ad alias causas, quia valet & tenet, & potest fieri solo nutu & signis: ita est Glos. singular. & unica in cap. Cum tibi, de Testament. quam ibi notant & commendant DD. & dicit unicum Bald. in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. 2. col. (b) Item prædicta intellige in institutione universali: secus tamen in legatis & fideicommissis; quia illa bene possunt relinqui nutu vel signis: text. est in leg. Nutu, ff. de legat. 3. textus in leg. Et in Epistola, Codic. de Fideicommiss. textus in leg. Cum proponebatur, ff. de legat. 2. textus in leg. Labeo, §. final. ff. de Superlect. legat. Intellige tamen omnia prædicta respectivè in suis casibus, quando testator qui est in extremis, amisit loquelam, sed non intellectum; quia tunc, nullo modo potest testari, hæredem instituere, neque legata relinquere, ut in dict. leg. Jubeamus, Codic. de Testament. & in leg. Conficiuntur, §. 1. de Jur. codicill. & declarant Bart. & communiter Doctores. in dict. leg. Nutu, ff. de legat. 3. Cyn. & communiter DD. in dict. leg. Et in Epistola, Cod. de Fideicommissis.

Pulchrum tamen & dubium est, pro intelligentia prædictorum, & validitate institutionis & legatorum: Si testator ita in extremis positus, & constitutus, fecit institutionem, & legata, & statim incontinenti expiravit, an in dubio præ-

sumatur esse sanæ mentis, & habere sensum & intellectum, ut valeat, & teneat testamentum ejus & per eum disposita, an vero præsumatur carere sensu, & intellectu? Et videtur, quod præsumatur defectus judicii, & intellectus, ut disposita non valeant, nisi ille qui præterdit validitatem eorum probet sensum, & intellectum habuisse; argumento text. in leg. Jubeamus, Cod. de Testament. versic. Si enim, ibi: Si enim talis est testator quod neque scribere nec articulatè loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in eloquiis committitur: & in expresso, per illum text. ita tenet Petr. de Bella-per. in leg. Et in Epistola, Cod. de Fideicommiss. in fin. & ibi Salic. in fin. reputans esse singulare & dignum memoria. Sed salva eorum pace, ego teneo contrariam sententiam, imò quod in dubio etiam illo tempore præsumatur esse sanæ mentis, & habere sensum, & intellectum, ut omnia per eum disposita valeant, & teneant, nisi ex adverso probetur contrarium. (c) Primò, quia quando actus per se valeat, & habet sua essentialia formalia, ille qui vult, & præterdit illum annullare aliquo defectu, vel impedimento, debet illud probare. Secundò, quia naturaliter videmus, & experientia docet, quod potest quis esse in extremis, & in ultimo articulo mortis, & habere sensum, & intellectum: unde merito debent valere per eum disposita. Nec obstat text. in dict. leg. Jubeamus, in quo se fundant prædicti DD. Quia non loquitur textus, nec se fundat in eo quod testator careat sensu, & intellectu, sed eo quod amisit loquelam, & nesciebat scribere; & sic nec voce propria, neque scriptura poterat hæredem instituere, dato quod haberet sensum, & intellectum.

Limita tamen superiorem conclusionem, quæ habet quod legata, & fideicommissa possunt relinqui nutu, ut procedat quando testator amisit loquelam casu, vel morbo: secus tamen est, si potest loqui, & nullum habet impedimentum; quia tunc non potest legata, vel fideicommissa relinquere nutu, vel signis: ita Jason. in leg. Si quis infundit vocabulo, ff. de legat. 1. penult. column. n. 38. Sed ejus opinio aperte est falsa. (d) Primò, quia prædicta jura, quæ dicunt quod legata, & fideicommissa possunt relinqui nutu, loquuntur simpliciter, & indistinctè: ergo non debent restringi ad illum casum particularem, quo testator amisit loquelam casu, vel morbo. Secundò & in terminis

(b) Vide Covarrub. idem sententem in cap. Cum tibi, de Testament. num. 6. Gregor. in leg. 6. glos. 2. tit. 3. partit. 6. Matienz. alios allegantem, qui etiam id procedere in testamento inter liberos docent, in leg. 1. tit. 4. lib. 5. glos. 6. num. 3. Aceved. in dict. leg. 1. num. 162.

(c) Id etiam tenet & defendit late Matienz. in dict. leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 3. num. 3. ad finem.

(d) Pro hujus articuli resolutione, vide Peralt. in Rub. de legat. 2. num. 13. & Spin. in Speculo testament. glos. 9. num. 1.

facit, quia actus, vel dispositio quæ potest fieri nutu, vel signis, potest etiam fieri ab eo qui potest perfectè, & articulatè loqui, & non amisit loquelam casu, vel morbo: text. est in leg. *Si stipulor. §. fin. ff. de Verbor. obligat. text. in leg. In quibuscumque, ff. de Obligat. & Action. text. in leg. Obligamur, §. final. eod. tit. text. in leg. In venditionibus, ff. de Contrahend. emption. & utrobique communiter DD.* Advertendum tamen, quòd videtur, quòd superior conclusio, & jura, quæ habent quòd solo nutu, & signis possunt relinquì legata & fideicommissa, corrigantur hodiè per nostram legem 3. *Tauri*, in quantum dicit, quòd in codicillis interveniat eadem solemnitas quæ requiritur in testamento: Sed illud non potest fieri nutu: ergò nec codicillus, legatum, vel fideicommissum. Sed teneo contrarium, imò, quòd non corrigantur: quia ista nostra lex *Tauri* tantum loquitur, & procedit in solemnitate testium, & solum in hoc est æquiparatio; non verò in modo relinquendi per testatorem, quia potest relinquere verbo, vel scriptura, vel nutu, signis, sicut de jure communi.

114 Item pro complemento hujus articuli potest subtiliter dubitari: Si testator instituit hæredem solo nutu, vel signis, an convertatur in fideicommissum? Et videtur quòd sic; quia institutio directa universalis contenta in codicillis, convertitur in fideicommissum: text. est in *l. Scævola, ff. Ad Trebellian. & ibi communiter DD. & in l. Verbis civilibus, ff. de Vulgar. & pupil.* Sed teneo contrarium; quia illa lex *Scævola* loquitur, quando verbis directis expressis testator instituit hæredem, & tantum deficit solemnitas testium: secùs verò quando deficit alia forma, & solemnitas testamenti, quia instituit hæredem nutu, vel signis; quia tunc non valet, nec convertitur in fideicommissum. Quod iterum intellige, quando verbis directis est facta institutio: secùs si verbis communibus, quia interrogatur testator, an velit relinquere sua bona Titio, & nutu vel signis consentiat; tunc enim valet, & convertitur in fideicommissum universale ab intestato: argumento text. in leg. *Quotiens, Cod. Famil. ercisc. & in expressò ita tenet singulariter Bald. in dist. leg. Et in Epistola, Cod. de Fideicommissis, 2. column. num. 4.* Jason. ubi valdè commendat, in leg. 1. §. *Si quis ita, ff. de Verb. obligat. 3. column.*

115 Item quæro, si testator in testamento, in institutione, vel legato dixit, & posuit verba dubia, quæ possunt intelligi dispositiva, & deliberatè prolata, vel non, an valeat, & teneat talis dispositio? Et breviter & resolutivè in hoc articulo dico, quòd si verba sunt totaliter de futuro,

quia dixit, *instituturum*, vel, *debere instituere Titium hæredem*, non valet talis dispositio, nec dicitur perfecta, nec deliberata, sed quidam animi motus, cujus effectus aufertur in futurum: textus est formalis, qui sic debet intelligi, in leg. *ff. final. de Testament. cujus verba sunt: Ejus bona qui se Imperatorem faciendum hæredem jactaverit, à fisco occupari non possunt, & ad hoc notant & commendant ibi Bart. Bald. Imol. & communiter Doctores: Quod intellige, etiam in persona privilegiata, vel favorabili, vel in pia causa: quia est defectus voluntatis, & non solemnitatis. Si verò verba sunt dubia, quæ possunt trahi ad sensum perfectum, & deliberatum de præsentem, vel ad non perfectum & deliberatum de futuro: quia testator dixit, *volo instituere Titium*, vel similia verba, quæ possunt intelligi quòd de præsentem, deliberatè instituit, vel possunt intelligi quòd vult instituere alio tempore in futurum; tunc distinguo: Nam si talia verba dubia proferat verbis, vocatis, & rogatis testibus in sufficienti numero, præsumitur velle testari, & disponere de præsentem, & deliberatè: (e) Si verò talia verba proferat, non vocatis vel rogatis testibus, tunc talis dispositio non valet, quia non est perfecta nec deliberata de præsentem, sed tantum censetur esse quidam animi motus faciendi vel instituendi in futurum: textus est singularis, qui sic debet intelligi, in leg. *Divus Trajanus, ff. de Milit. testament. & ibi communiter Doctores.* Quod etiam extende, modo persona sit privilegiata, vel favorabilis, vel pia, modo non; ut probat ibi text. qui loquitur in milite, & ad hoc illum textum notat, & commendat Socin. in leg. 1. §. *Si quis ita, ff. de Verbor. obligation. 1. column.* & refert ita dixisse, & consultisse in magna causa sibi commissa: Quod reputat benè signandum & notandum, quia multoties posset contingere.*

Sed advertendum, quia ista sententia & distinctio non videtur posse verificari, nec procedere; cum in testamento testes debeant esse rogati, ut in leg. *Hac consultissima, Cod. de Testament. cum similib.* ergò semper dicemus, quòd talia verba dubia perfectam dispositionem inducant. Si verò testes non sint rogati, etiamsi verba non sint dubia, sed certa & clara, actus testamenti est nullius momenti: & sic superior doctrina & distinctio non videtur posse verificari. Sed eam sustinendo dico, quòd potest procedere & verificari in testamento & dispositione ad pias causas, vel in casibus in quibus non requiruntur testes rogati, ut in cap. *Cum esses, & in cap. Relatum, de Testament. cum similibus.* Item potest procedere & veri-

(e) Vide Monoch. de Arbitrar. cas. 449. num. 1.

ficari hodiè in nostro Regno: quia in qualibet persona & causa non requiruntur testes rogati, attenda ista leg. 3. *Tauri*, & dixi, suprà: quod est novum & necessarium. Quod tamen singulariter limito & intelligo, præterquam si talia verba proferantur à testatore in discrimine vitæ constituto; quia tunc semper disponunt, etiamsi ea non dixit coram testibus rogatis, ita tenet solus Faber in §. *Planè, Instit. de Milit. testament. 1. column. in medio, & sequitur ibi Angel. column. 2.*

Ex quibus noviter intelligo textum in leg. *Quoniam indignum, Cod. de Testamet.* ubi disponitur, quòd non interest utrum testator dicat, *instituo, hæredem facio, volo, mando, cupio, vel erit, vel similia verba: sed quocumque verbo usus sit, etiam valdè dubio, valet testamentum, & institutio: Quia respondeo, licet nemo tangat, quòd debet intelligi modo prædicto, scilicet, quando vocatis & rogatis testibus testator dixit, etiamsi simus in casu quòd non requirantur de jure rogati.*

117 Item ex prædictis infertur, quòd cum in legatis, & fideicommissis particularibus vel universalibus, non requirantur testes rogati, ut in leg. *fin. versic. fin. Cod. de Codicill. ibi: Vel rogati, vel qui fortuiti venerint, & in leg. 1. tit. 12. 6. partit.* quòd, si testator in legato vel fideicommissum possit talia verba, taliter quòd non constet de expressa, deliberata dispositione, & voluntate, habebit locum prædicta distinctio: quia si vocatis & rogatis testibus dixit, præsumitur legare, & relinquere cum deliberatione, dispositioque erit valida & perfecta; si verò dixit, non vocatis nec rogatis testibus, non valebit: & in expressò istam sententiam & conclusionem probat textus singularis & unicus in jure, in leg. *Pamphilo, §. Propositum, ff. de Legat. 3. ibi: Accersitis amicis, &c. & illum textum ad hoc notant & commendant Bart. Bald. Paul. Imol. & alii DD. in leg. final. ff. de Testament. & illum textum reputat singularem & unicum. Angel. in leg. *Servi electione, ff. de Legat. 1. & ibi Alexand. 2. column. & notant, & commendant. Paul. Imol. Arctin. & communiter DD. Paul. de Castr. notabiliter in leg. *Cunctos populos, Cod. de Summ. Trinit. & Fide Cathol. 2. column. & ibi Jason. 3. column. num. 13. Bart. in leg. *Gerit, ff. de Acquir. hæred. 4. column. num. 13.* Quod etiam limito & intelligo, præterquam si talia verba proferat in discrimine vitæ constitutus; quia tunc semper disponunt, etiamsi non dixit, neque proferat coram testibus rogatis, ut suprà proximè dixi, & probavi. Item etiam limito, & intelligo, præterquam si testator prædicta verba dixit, & protulit cum juramento; quia tunc disponerent: argumento text. in leg. *Cum pater, §. Filius matrem, Anton. Gomez. ad Leg. Taur.****

ff. de Legat. secundo, quem reputat singularem & unicum Bald. *ibi.*

118 Item infertur, quòd si pater coram sufficienti numero testium dixit, quòd volebat talem filium suum meliorare, non erit melioratus, nisi vocatis & rogatis testibus dixit, vel nisi concurrat aliqua alia conjectura, per quam videatur patrem deliberatè dixisse; cum talia verba dubia aliter non disponant, ut suprà dixi & probavi. Item infertur, quòd idem erit in contractu qui pendet voluntate proferentis; unde si quis dicat, quòd vult dare vel donare Titio talem rem vel pecuniam, non tenetur, nec erit obligatus dare, quia non censetur perfecta, deliberata, nec dispositiva donatio, nisi dixit, vocatis & rogatis testibus: & ita reperio quòd tenent Petrus & Cyn. in leg. *In vendentis, Cod. de Contrahend. emption.* Quod etiam procedit de jure Regio, leg. 3. tit. 8. lib. 2. *Ordinament.* quia illa requirit voluntatem obligantis, quæ nostro casu non præsumitur, nisi fiat coram testibus vocatis & rogatis: Nam licet in contractibus non requirantur testes rogati, ut in leg. *Ad fidem, ff. de Testibus, & ibi DD. & tenent Gloss. ordinar. Alber. Bald. Paul. Salicet. & communis opinio, in Authentic. Rogati, Cod. de Testibus*, nisi in casibus specialibus, ut ibi notatur, tamen illud est verum, & procedit, quando promittens, donans, vel contrahens, deliberatè se obligant: secùs verò si proferat verba dubia, de quibus suprà; quia non censetur se obligare nisi vocatis & rogatis testibus hoc dixisset.

119 Item infertur, quòd si quis habens facultatem eligendi inter res, vel personas, à lege vel ab homine, simpliciter dicat: *Volo eligere talem rem vel personam*: per hoc non erit facta electio, nisi concurrat aliqua præsumptio, de quibus suprà: & in terminis ita tenet Glossa ordinaria in leg. *Servi electione, ff. de Legat. 1. in glos. 2. & ibi Bartol. Bald. Paul. & communiter DD.* quod est notabile ad omnes leges permittentes electionem in rebus & personis. Item infertur, quòd si hæres ex testamento, vel ab intestato, dixit coram testibus: *Volo esse hæres, vel Volo adire*: non per hoc censetur adita hæreditas, nisi concurrat aliqua præsumptio vel conjectura de suprà dictis, per quam deliberatè videatur adire: ita Bart. in leg. *Gerit, ff. de Acquir. hæred. 4. column. n. 13. & eodem modo, si protulit verba negativa, dicendo, Non sum hæres, vel Nolo adire*: non censetur repudiare, nisi concurrat aliqua præsumptio de suprà dictis. ita Bart. in leg. *Si quis suus, ff. de Jure deliber. & ibi Paul. & alii DD. & ita debet intelligi Gloss. ordinar. in leg. *Qui se patris, Cod. Unde liber.* de quo melius quàm per alium, per Jason. *ibi 11. column. num. 4. & Philip. Dec. 3. column.* Quòd limita & intellige, quando actus dependet à voluntate*

unius in contractu, vel ultima voluntate: secus verò si à voluntate duorum, ut in contractu emptionis, locationis, societatis, vel similibus; quia tunc talia verba dubia disponunt & obligant: Glos. est notabilis & ordinaria, in leg. In vendentis, Cod. de Contrahend. emption. in Gloss. Magna, propè finem, & ibi communiter DD.

120 Item quæro, si testamentum est factum cum minus solemnitate voluntate, quia deficit aliquis testis, vel alia solemnitas, de quibus in ista lege dictum est, an hæres institutus possit cum bona conscientia retinere hæreditatem in qua est institutus? Et resolutivè dico, quòd videtur quòd hæres sit securus in conscientia; (f) dum tamen testamentum habeat duos testes: per doctrinam & conclusionem singularem Innoc. in cap. Quod sicut, de Electione, ubi dicit, quòd electio facta solemnitate juris naturalis vel gentium, scilicet duorum testium, licet sit nulla de jure positivo, valet & tenet in foro conscientie. Idem Innoc. in cap. Si celebrat. de Cleric. excomm. in 2. column. quam sequuntur & commendant Abb. in cap. Quia plerique, de Immunit. Eccles. fin. column. & quest. idem Abb. in cap. 1. de In integr. restitut. fin. column. & quest. Anchar. in Regul. Beneficium, de Regul. jur. in 6. 4. column. 6. quest. idem Anchar. in Reg. Possessor. eodem tit. 9. & 12. column. ubi dicit, se consuluisse quatuor peritissimos Magistros in Sacra Theologia, qui consenserunt in hac sententia, Joan. de Imol. in leg. Nemo potest, de Legat. 1. 3. column. & ibi Alexand. 6. column. & Jason, notabiliter melius quàm alii, 26. col. num. 2. idem Jason, in leg. Si post divisionem, Cod. de Juris, & fact. ignor. penult. column. idem Jason, in §. Sed ista quidem, Institut. de Action. penult. column. Felin. in cap. 1. de Constit. 10. column. n. 39. Sylvest. in sua Summ. in verb. Testament. 1. part. 4. quest. & in verb. Alienatio, §. 13. & in verb. Legatum, 4. part. §. 10. & in verb. Hæreditas, 3. part. §. 7. Adrian. Pap. in Quodlibetis suis, Quodlibet. 6. artic. 1. conclus. 2. 2. Corollario. Confirmatur, quia leges humanæ positivæ fundant se in excluenda & evitanda falsitate, ut in leg. fin. Cod. de Fideicom. & in leg. Jubemus, Cod. de Testam. cum similib. ergò cessante dolo & fraude, si constat hæredi scripto de voluntate defuncti, licet retinebit. Confirmatur etiam ex textu in l. fin. ff. de Rebus eorum, ibi ex testamento minus solemniter probatur voluntas defuncti. Probat etiam

(f) Idem tenet Covarrub. communem hanc sententiam dicens, in cap. Cum esses, de Testament. num. 5. Guid. quest. 143. Corn. cons. 119. Medin. in Cod. de Rebus instituendis, quest. 23. column. ultim. Sot. lib. 4. de Just. & jure, quest. 5. artic. 5. column. 318. Menchac. de Success. creatione, §. 1. num. 13. qui plura fundamenta pro hac opinione adjicit: Burg. de Paz hic num. 1046. cum aliis multis quos ipsi allegant: & vide Aceved. in leg. 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat. num. 42. Gutier. in leg. Nemo potest, num. 461. de Legat. 1.

text. in leg. 2. Cod. de Fideicommiss.

121 Ex quo inferitur, quòd si hæres non confecit inventarium, non tenetur in foro conscientie ultra vires hæreditarias: quia lex positiva præsumit hæredem subtraxisse, ut in Authent. de Hæredib. & falc. cap. 2. vers. Sancimus igitur, Collat. 1. ibi: Et non per ea quæ fortè surripiant, &c. quem text. ad hoc notant & commendant Bart. in leg. In ratione, §. Quod vulgo, ff. Ad leg. Falcid. 3. col. Bald. in leg. fin. Cod. de Jure delib. 2. column. 6. quest. idem Bald. in leg. Filiam quem habentem, Cod. Famil. erisc. penult. column. idem Bart. in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. 9. column. num. 45. Abb. in cap. 1. de Solution. Idem Abb. in cap. Tua nos, de Usuris. Hostiens. in Summ. de Testament. §. penultim. versic. Sed quid, si bona. Joan. Andr. in cap. Quamquam de Usur. lib. 6. Bart. in leg. Gerit, ff. de Acquir. hæred. idem Bart. in Rubric. eod. tit. & ibi Alexand. & Jason. Ana. in cap. In litteris, de Raptorib. Abb. in cap. Raynaldus, de Testam. 3. column. num. 4. Ana. in Reg. Possessor. de Reg. jur. in 6. Item inferitur, quòd si quis est confessus spe futuræ numerationis, & non sit opposita exceptio infra biennium, est securus in conscientia, si nihil recipit: ita Innoc. in cap. Quia plerique, de Immunit. Eccles. & ibi Abb. & alii DD. item inferitur, idem esse in condemnato per judicem injustè, ut non teneatur solvere in conscientia: ita Innocent. Abbas, & communiter alii Doctores. Dicunt tamen & tenent Doctores ubi supra, quòd successores ab intestato licet possunt petere hæreditatem ab ipso hærede instituto, & securi erunt in conscientia, cum petant autoritate legis: & idem est à fortiori, si possident dicta bona; quia non tenentur restituere hæredi instituto in minus solemnitate voluntate: ita Bald. in leg. Si post divisionem, Cod. de Juris & fact. ignor. final. column. & ibi Paul. Jason. & alii DD. Et similiter, si hæres institutus in minus solemnitate petat dicta bona à successoribus ab intestato, justè possunt se defendere cum bona conscientia, autoritate legis. Sed contrariam sententiam, imò, quòd talis hæres institutus in minus solemnitate testamento non sit securus in conscientia, sed teneatur restituere successoribus ab intestato, apertè vult S. Thom. 2. 2. quest. 96. artic. 4. ubi dicit, pro solida doctrina, quòd leges humanæ positivæ, conditæ ab eo qui habet potestatem, ex justa & rationabili causa, super rebus temporalibus & super cer-

certa disponendo, ligant & obligant subditos etiam in foro conscientie: idem tenet Henricus, Quodlibet 8. quest. 22. tenent etiam Bald. Paul. Alexand. & Jas. in leg. pen. §. Illo. Cod. de Necessar. serv. hæredib. instit. idem Bald. in Auth. Ingressi. Cod. de Sacrosanct. Eccles. 6. column. idem Bald. in leg. Cum quis, Cod. de Juris & facti ignor. 6. column. num. 14. idem Bald. in cap. In omni negotio. de Testib. Abb. in Proæmio Decret. in part. Rex pacificus. 4. column. num. 4. idem Abb. in cap. 1. de Constit. 6. column. & ibi Felin. 13. col. num. 44. Paul. de Castr. in Rubric. de Acquirend. hæred. in fine. & ibi Franc. de Aret. & Jas. Anchar. in Regul. Possessor. de Regul. jur. 7. column. Andr. de Isern. in cap. 1. de Pace jurum. final. column. Florian. in leg. Ex part. §. Servo. ff. Famil. erisc. Jason. in §. Sed ista quidem, Institut. de Action. 2. column. num. 112. pro quibus est Glos. singul. & unica, in cap. Quæ in Ecclesiarum, de Constit. in glos. 1. quam ad hoc reputat singularem & unicam Bald. 1. column. (g) Confirmatur, quia lex justè facta, autoritate divina videtur edita per suos ministros: ut in cap. Quo jure. 8. dist. & in cap. final. in fine. Caus. 16. Quest. 3. & Proverbior. 8. ibi: Per me Reges regnant, & legum conditores justa decernunt. & in Epistola. Interclaras. Cod. de Summa Trinitat. & Fide Cathol. & in cap. Imperatores. 9. dist. & Autoritate Petri: Estote subditi principibus vestris tanquam præcellentibus, & habetur in cap. Si lite. de Major. & obed. & in cap. Magnum quidem. Caus. 11. Quest. 1. Et leges justæ derivantur à lege divina: ut Sapientia 11. & secundum Augustinum de Libero Arbitrio: ergò si per leges annullatur testamentum minus solemniter, & applicatur hæreditas successoribus ab intestato, necessariò sequitur, quòd obligant hæredem institutum eis restituere: & istam sententiam tenet Rayner. in Repetit. leg. Omnes. populi. ff. de Just. & jure. 14. column. num. 25. quæ repetitio est in lectura Alber. idem tenet Joan. Cald. in Disputatione quæ incipit: Bononiensi statu; quem refert Anchar. in Regul. Possessor. de Regul. jur. 8. column. & tenet Bald. in Disputatione sua incipiente: Statuto cavetur quòd fenerator.

Et hujus modi opinio videtur mihi vera tenenda, scilicet, quòd hæres institutus in minus solemnitate testamento non possit retinere hæreditatem cum bona conscientia, sed teneatur eam restituere successoribus ab intestato. Et primò pro hac sententia & conclusione facit prædicta sententia S. Thomæ supra allegata & confirmata, 2. 2. quest. 96. artic. 4. dicens quòd leges humanæ positivæ ligant & obligant in conscientia: Secundo facit concludens ratio, nam licet facultas testandi sit de jure naturali vel gentium, ut supra dixi, tamen respectu formæ est de jure positivo, & potest lex positiva addere, & detrahere, & distinguere, & adjuvare: Ita Innocent. in cap. Quæ in Ecclesiarum, de Constit. Idem in cap. fin. de Consuet. & ibi Abb. & commun. DD. & tenet Bart. in leg. Omnes populi, de Justit. & jur. 8. column. Unde, licet de jure divino, naturali, vel gentium sufficiant duo testes in quolibet actu & negotio, ut in Evangelio probatur; tamen ex causa, propter publicam utilitatem potest lex positiva in testamentis & aliis casibus inducere majorem solemnitatem: ergò hæres institutus coram duobus testibus non est tutus in conscientia, sed tenetur restituere; quia solemnitas in qua potest se fundare est alterata & mutata per legem positivam, cui standum est: & huic fundamento non potest responderi. Tertio facit, quia Princeps vel Rex potest per legem privare subditos rebus suis; ergò à fortiori disponere, quòd non querantur nisi certo modo: ut in leg. Antiochensium, de Privileg. creditor. ergò in nostro casu poterit impedire acquisitionem hæreditatis, non servata solemnitate legis. Quarto facit, quia si præcedens opinio esset vera, sequeretur quòd successores ab intestato non possent retinere, sed tenerentur dare & restituere hæredi instituto: quia si in conscientia debet vigere solemnitas juris gentium; ergò alii non possunt habere cum bona conscientia, & implicaret contradictionem. Quinto facit, quia lex positiva ipso jure omninò annullat testamentum, non servata forma ab ea requisita: text. est in l. Hac consultißima. in fin. Cod. de Testament. text. in §. Per nuncupationem ejusdem legis. text. in §. Ex eo autem solo. Institut. Quibus mod. testament. infir. text. in leg. Si unus, Cod. de Testament. Sed quando omninò deficit titulus, vel habetur pro non titulo; semper tenetur possessor restituere: ista est theoria Innocent. communiter approbata in cap. Quia plerique, de Immunit. Eccles. Sed non

(g) Sequitur Tiraquell. de Retrahtu lignagier, in præfatione. num. 73. Alciat. in cap. Novit. de Judic. num. 38. Fortun. Garcia de Ultim. fine. n. 260. Florian. in Summa. 1. part. tit. 18. §. 4. & Moderni. in cap. Quæ in Ecclesiarum, de Constitut. & in leg. 16. tit. 1. partit. 1. ibi: E meten se ya en la carrera de la muerte; & ibi Gregor. Castr. lib. 1. de Potestate Legis penalis. cap. 5. docum. 4. & 5. Joan. Medin. de Rest. quest. 36. verb. Quo promisso. Perez in Proæmio Ordinamenti. quest. 10. & denique Joan. Gutier. in l. Nemo potest. num. 461. de Legat. 1. Aceved. in leg. 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat. num. 42. Gomez. Arias hic num. 80. & sequent.