

gravatos, & intentio eorum non est inducere conditionem, sed ostendere causam impulsivam, non vero finalem; & ideo per convalescentiam non revocatur, sed etiam postea omni alio tempore valet, tenet, & habet suas vires, si permansit in eadem voluntate, & non revocavit: maximè, quia potest ex intervallo mori & decedere ex causa, radice, & fundamento illius infirmitatis, & esset nobis valdè dubium disputare, an illa vel alia infirmitate decesserit. Secundò, facit text. in leg. *Sancimus. Cod. de Testament.* ubi habetur, quòd testamentum legitimè factum semper habet suas vires, etiamsi longum tempus sequatur post ejus perfectionem. Tertio, facit textus singularis & unicus, secundum DD. ibi, in leg. *final. Cod. de Instir. & substitut.* ubi disponitur, quòd substitutio vulgaris expressa sub conditione, *Si posthumus non nascatur*, continet etiam substitutionem tacitam pupillarem, si nascatur & impubes decedat, ex tacita voluntate defuncti. Quarto facit, quia quando testator fecit substitutionem vulgarem in solo casu, individuo voluntatis, vel impotentiae, extenditur ad alium: textus est in leg. *Gallus. §. Et quid si tantum. ff. de Liber. & posthum.* & ibi Bart. & communi DD. & tenet magistraliter Bart. in leg. *1. ff. de Vulg. & pupil. 4. colum.* & Moderni: ergò ita extenditur hic ad alium casum, & tempus mortis. Quintò facit, quia quando testator posuit conditionem necessariam pro forma & solemnitate actus, sufficit impleri per æquipollens; quia potius consideratur effectus in adimplemento ipsius, quam ipsa specifica conditio: argumento textus cum materia in *dict. leg. Gallus. §. Et quid si tantum. de Liber. & posthum.* sed in nostro casu mors testatoris necessariò requiritur pro confirmatione testamenti: ergò non refert, an sequatur ex hac infirmitate, vel alia. Sextò facit, quia in dubio pro testamento & ejus validitate est judicandum: text. est in *Regul. In testamentis. ff. de Regul. juris.* Nec obstat text. in *dict. leg. Potest quis. ff. de Hæred. instituend.* Quia ibi conditio est limitata tempore, scilicet. *Si testator decedat infra tale tempus:* undè, in illo tantum voluit disponere, & non in alio. Nec obstat etiam textus in *l. Alumnae. §. fin. de Adimendis legatis.* Quia ibi non loquitur in conditione mortis adjecta in persona ipsius testatoris, sed in persona alterius tertii: quia legavit rem vel pecuniam alicui; & cum cognovisset eum in gravi infirmitate constitutum, dixit, quòd si ex ea decederet, legatum pertineret alteri: quo casu importat veram & realem conditionem, quia non militant rationes quæ concludunt, quando conditio illa ponitur in persona ipsius testatoris.

T E X T. I V.

„MAndamos, que el condenado per delicto
„à muerte civil, ò natural, pueda facer
„testamento, y codicillos, ò otra qualquier ul-
„tima voluntad, ò dár poder à otro que la faga
„por él, como si no fuesse condenado: el qual
„condenado, y su commissario puedan disponer
„de sus bienes, salvo de los que por el tal de-
„lito fueren confiscados, ò se ovieren de con-
„fiscar, ò aplicar à nuestra Cámara, ò à otra
„persona alguna.

Id est:

Præcipimus, ut damnatus pro crimine ad mortem civilem, seu naturalem, possit condere testamentum & codicilla, aut quamvis aliam ultimam voluntatem, aut alteri potestatem dare ut pro eo condat, perinde ac si damnatus non esset: Qui damnatus, & ab eo commissus, possint de bonis suis disponere, præterquam de his, quæ propter ejusmodi crimen fuerint fisco adita, aut erunt adenda, vel cubiculo nostro, aut cuicumque alteri adjudicanda.

C O M M E N T A R I I

In Legem IV.

S U M M A R I U M.

- 1 An de jure communi condemnatus ad mortem naturalem vel civilem efficiatur servus pœnæ, & non possit testari?
- 2 Post sententiam, ante realem executionem, an efficiatur servus pœnæ? Et quid? si aliquo casu differatur executio.
- 3 Per istam legem quartam, condemnatus ad mortem naturalem vel civilem, an efficiatur servus pœnæ, & intestabilis?
- 4 Quando bona sunt confiscata, an possit testari?
- 5 Effectus qui resultant ex eo, quòd tali casu possit testari condemnatus.
- 6 & 7 An condemnatus possit hæres institui? Et casus in quibus potest verificari talis institutio.
- 8 An condemnatus possit facere contractum?

1 P R O perfecta intelligentia hujus legis dico, quòd est correctoria juris communis: quia de jure communi condemnatus ad mortem naturalem, vel civilem, ut deportationis, damnationis in metallum, vel ad triremes, efficiatur servus pœ-

næ,

næ, & non poterat testari: (A) imò etiam testamentum antea factum irritabatur: text. est in leg. *Ejus qui. §. 1. ff. de Test. text. in leg. Si quis filio exheredato. §. Irritum. ff. de Injust. rupt. text. in leg. Qui ultimo. ff. de Pœnis. text. in leg. Sunt quidam servi. eod. tit. text. in leg. Quod ad statum. eod. tit. text. in leg. penultim. §. Consumitur. ff. de Extraordinar. cognition. text. in leg. 4. Cod. de Bonis proscriptor. text. in §. Pœnæ servus. Instit. Quib. mod. jus patr. potest. solv. text. in leg. 1. §. tit. 1. partit. 6. (b)*

2 Et in tantum hoc est verum, ut procedat, & habeat locum statim post sententiam, ante realem executionem: quia ipsa sententia facit eum inhabilem, & servum pœnæ, non verò executio; ut expressè dicunt & probant prædicta jura. Ex quo primò infero, quòd si post sententiam, condemnatus naturaliter decedat ante executionem, moritur inhabilissimus pœnæ, & per consequens, intestabilis. Secundò infero, quòd si post sententiam ante executionem aufugiat de carcere, vel eripiat de manibus judicis, vel familiaris, est inhabilis servus pœnæ, & intestabilis: ita Bart. in *dict. leg. Qui ultimo. ff. de Pœn.* & ibi alii DD. Angel. Paul. de Castr. & communiter DD. in *l. Ejus qui. §. 1. de Testam. idem Angel. & Joan. de Imol. in dicta lege. Si quis filio exheredato. §. Irritum de Injust. rupt.* Tertio inferò, quòd si ex aliqua causa à jure permissa differatur executio, est inhabilis servus pœnæ, & intestabilis. Quæ omnia extende, etiamsi velit disponere ad pias causas; cum jura non distinguant: & in terminis ita tenet Bald. in leg. 1. *Cod. de Sacrosanct. Eccles. 3. column. numer. 5. & communiter DD.* Nec obstat textus in *Authentic. de Nuptiis. capit. Quod autem prius. collat. 4. & in Authentic. Sed hodie. Cod. de Donat. inter virum & uxorem.* & ibi DD. ubi habetur & disponitur, quòd hodiè nemo benè natus efficiatur servus pœnæ per condemnationem: Quia illa jura debent intelligi, quando quis est condemnatus ad mortem civilem, putà, deportationis, damnationis in metallum, vel similis pœnæ, & debet remanere vivus; quia de jure communi antiquo etiam efficiatur servus pœnæ, ut *juribus*

superiorib. sed de jure Authenticorum non efficiatur servus pœnæ, sed remanet sibi integer status quoad omnia: Atamen condemnatus ad mortem naturalem, etiam de jure Authenticorum efficiatur servus pœnæ, sicut ante: ita tenet Glossa Ordinaria in *dict. Authentic. Sed hodie.* & ibi Odofred. Petr. Cyn. Bart. Salyc. & communiter DD. idem Bart. & communiter DD. in leg. *Qui ultimo. ff. de Pœnis.*

3 Hodiè autem per *Leg. Tauri*, indistinctè condemnatus ad mortem civilem, vel naturalem non efficiatur servus pœnæ, sed remanet liber, habilis, & per consequens, testabilis; ac si nunquam esset condemnatus. (c) Etsi replices Quid voluit *ista Lex*, dum dicit, quòd etiam condemnatus ad mortem civilem possit testari; cum de jure communi Authenticorum non efficiatur servus pœnæ, inhabilis, nec intestabilis, ut supra dictum est: Respondeo notabiliter, quòd *ista Lex Tauri* vult, quòd etiam condemnatus ad mortem civilem non efficiatur servus pœnæ, inhabilis, nec intestabilis, in casibus in quibus de prædicto jure Authenticorum efficiatur servus pœnæ, licet tantum esset condemnatus ad mortem civilem, scilicet: Quando condemnatus non erat benè natus, putà, servus à nativitate, qui postea fuit manumissus, & sic libertus; nam si talis delinquat, & condemnetur ad mortem civilem, etiam de jure Authenticorum efficiatur servus pœnæ: Ita Gloss. ordinaria in *dict. Authent. Sed hodie* & ibi commun. DD. præcipuè Salic. Idem, si antea erat spurius, & postea condemnetur ad mortem civilem: ita Glossa ordinaria & ibi DD. in *dict. leg. Qui ultimo. ff. de Pœnis.* Sed hodiè nostra *Lex Tauri* vult, quòd indistinctè condemnatus ad mortem naturalem, vel ad mortem civilem, in casibus prædictis, & similibus, in quibus de jure Authenticorum efficiatur servus pœnæ, in nostro Regno non efficiatur, sed remaneat liber, habilis, & testabilis: & iste est verus & realis intellectus ad istam legem.

Et adde, quòd nostra lex & ejus conclusio clarè habet locum, & procedit quando bona condemnati non sunt confiscata. (d) Sed neces-

(A) Idem testatur Velazq. de Avendaño *hic num. 1.* Villalob. in *Antinomiis inter jus. commun. & Regium litter. A. n. 24.* Tell. Fernand. Gom. Arias, Castell. & omnes Glossatores, *hic Matienz. in leg. 3. tit. 4. lib. 5. Recopilat. gloss. 1. num. 1.* Rceved. *ibid.*

(b) Vide Matienz. in leg. 5. tit. 4. lib. 5. *glos. 5. num. 4.* Velazq. de Avendaño. *hic num. 2. glos. 1.* Tell. *hic in princ. num. 1.*

(c) Idem tenet Gregor. in leg. 5. *Glossa magna ad finem tit. 3. part. 7.* Tell. Fernand. *num. 31.* Matienz. in *dict. leg. 2. tit. 4. glos. 3. num. 2.*

(d) Et hoc casu majoratum posse condere, melioritatem tertii facere, tenet Molin. de *Primo-gen. lib. 3. cap. 10. num. 69.* Gregor. Lop. in leg. 5. tit. 3. part. 7. verb. *Señalados.* Tell. Fern. *hic n. 17.* quamvis contrariam sententiam tenuerint Roderic. Suar & Covarrub. in *Rubric. de Testament. 3. part. num. 27.* ut refert idem Molin. *ubi supra.* & Matienz. in leg. 3. tit. 4. lib. 5. *Novæ Ræ-*

cessarium dubium est, an habeat locum & , procedat quando bona sunt confiscata? Et breviter & resolutivè dico, quòd sic; & hoc probat expressè *ista lex*, in quantum dicit, quòd possit testari licèt non de bonis confiscatis. (e) Confirmatur etiam, quia ille qui nulla bona habet, potest testari; ut probat text. in leg. *Hæredit. etiam*, ff. de *Petit. hæredit.* & ibi DD. illè vero qui nulla bona habet, nec potentialiter potest habere, non potest testari: text. est in *Authentic. Ingressi. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* & dixi magistraliter *suprà in Commentar. ad leg. 3. in n. 17.* idèd iste condemnatus ad mortem poterit testari, licèt bona ejus sint confiscata. Et effectus erit maximus. Primus: quia hæres succedet in bonis quæsitis post condemnationem; quia bona futura non veniunt in confiscationem: argumento text. in leg. *Si mandavero. 22. §. Is cujus bona.* ff. *Mandati.* ubi habetur, quòd quando agitur de magno præjudicio, actus, contractus, vel confiscatio non extenditur ad bona futura: licèt quando agitur de modico præjudicio, ut in hypotheca bonorum, benè extenditur, ut in leg. *fin. Cod. Quæ res pignor. obligar. pos.* & tenet magistraliter Bart. in leg. *Si ita.* ff. de *Auro & argent. legat.* Ergò iste condemnatus de his rebus futuris potest testari. Secundus: quia hæres succedet in bonis sibi debitis sub conditione; quia illa non veniunt in confiscationem: ut est Glossa singularis & unica in leg. *Non ad ea.* ff. de *Condit. & demonstr.* quam ibi notant, & commendant Bart. Paul. & commun. DD. & reputat singularem Joan. de Imol. & unicam Bald. in leg. *Etiam in Cod. Ad leg. Falcid.* (f) Quam tamen intellige in conditione proveniente ex ultima voluntate: quia illa numquam transmittitur ad verum hæredem; ut in leg. *Unica. §. Sin autem aliquid sub conditione.* Cod. de *Caduc. tollend.* ergò nec ad fiscum qui habetur loco hæredis: Secùs verò in conditione proveniente ex contractu, vel

*Recopilationis glos. 6. num. 4. Velazq. de Avendaño. hic glos. 5. num. 5. Sed idem Suar. in Lege Regni. num. 4. & in tit. De las Arras. fol. 45. pag. 1. Covarrub. in Rubric. de Testam. 3. part. n. 27. observant, quòd cum bona damnati ad mortem ex legis dispositione deferantur, non potest condemnatus, si filios habet, aliquem ex his meliorare; quia hujusmodi lucrum æqualiter debet dividi: argumento text. in *Authentic. Hoc lucrum.* Cod. de *Secundis nuptiis*, & in leg. *Si deportatus.* Cod. de *Bonis damnatorum*, ibi: *Et quæ divisionis partibus*, &c. Sed hanc observationem damnat Gregor. in leg. 5. tit. 31. part. 7. & Tell. num. 14. Nec quicquam faciunt jura *suprà* allegata; procedunt enim ubi à lege deferuntur damnati bona: hic ab ipso damnato fit dispositio, ut probat ipse text. ibi: *Puedan disponer de sus bienes.**

(e) Idem tenet Matienz. in *dict. leg. 3. tit. 4. lib. 5. gloss. 7. num. 2. Velazq. de Avendaño. hic gloss. 7. num. 2. Tell. hic num. 33. & 40. Sed utrum hæc lex procedat in eo, cujus bona ipso jure confiscantur, ut testari possit, putà, in hæretico, vel in eo qui crimine læsæ majestatis humanæ damnatur, vel in Sodomita, vide Tell. Fernand. hic n. 34. & 35. Castill. in verb. *Confiscado.* Palac. Rub. hic n. 17. Gregor. in leg. 7. tit. 7. partit. 6. Matienz. in *dict. leg. 3. glos. 7. n. 3. Velazq. hic glos. 7. num. 4. cum seq. & 7. & num. 14. & 15. cum duob. seq.**

(f) Idem tenet Matienz. in *dict. leg. 3. glos. 7. num. 1. & Velazq. hic num. 5.*

quasi; quia illa benè transmittitur ad hæredes, ut in §. 4. vers. *Ex conditional.* *Instit. de Verb. obligat* & per consequens transmittitur ad fiscum: ita tenet, & declarat Joan. de Imol. in *dict. leg. Non ad ea.* ff. de *Condit. & demonstr.* & per consequens, talia bona, & jura conditionalia confiscabuntur, & non pertinebunt: de quo articulo dixi *latius*, & magistraliter in *materia delictorum*. Tertius effectus est: quia similis condemnatus, licèt nulla bona habeat, quia sunt confiscata, poterit testari, & relinquere tutorem filiis suis: argumento text. in leg. 1. & per totum. ff. & Cod. de *Testament. tutel.* Quartus effectus est, quòd poterit substituere pupillariter filiis: argumento leg. 2. *Et quasi per tot.* ff. de *Vulg. & pupil. & in leg. Precibus.* Cod. de *Impub. & aliis.* & in §. 1. *Instit. de Pupil. subst.* & tenet Bald. Alexand. & Moderni, in *Rubric. ff. de Acquirend. hæredit.*

6 Item quæro, an nostra lex & ejus dispositio habeant locum & procedant etiam in testamenti factione passiva, ut condemnatus ad mortem possit institui, vel ab intestato succedere, sicut activè potest facere testamentum? Et videtur quòd quæstio sit impossibilis, quia post sententiam definitivam executio non est differenda, sed statim sententia est executioni mandanda; ut in leg. *Qui sententiam.* Cod. de *Pœnis*: ergò non potest dari, nec considerari tempus, in quo ipse condemnatus ad mortem possit institui, vel ab intestato succedere: & idèd cautè ista lex non loquitur in casu factionis testamenti passivæ, sed activæ. Sed resolutivè teneo, quòd habet etiam locum in testamenti factione passiva, ut possit institui, & etiam ab intestato succedere proximiori consanguineo defuncto. Quod potest procedere, & verificari in casibus sequentibus: Primò, quando condemnatus appellavit à sententia; quia appellatio extinguit judicatum, & reponit causam & personam in statu quo erat ante sententiam post

li-

litem contestam: (g) text. in leg. 1. §. *fin.* ff. *Ad Turpillian.* text. in leg. 2. §. *final.* de *Pœnis*, cujus verba sunt: *Eum accipiemus damnatum, qui non provocavit: Caterùm si provocavit, nondum damnatus videtur*, text. in leg. *Elegantès*, §. 1. vers. *Quid ergo*, ff. de *Condit. indeb.* text. in leg. *Qui cum major. §. Accusasse*, ff. de *Bonis libertorum*: text. in leg. *Et post rem judicatam*, ff. de *Transact.* text. in leg. *Qui à latronibus*, §. *fin.* ff. de *Testament.* text. in leg. *Si quis filio exheredato*, §. *Hi autem*, ff. de *Injust. rupt.* text. in leg. *Furti*, ff. de *His qui notant. infam.* text. in leg. *Sciendum*, §. *Si fundum*, ff. *Qui satisd. cogant.* text. in leg. *Peremptorias*, Cod. *Sentent. rescind. non poss.* text. quem in suo casu reputat singularem, & unicum Bald. in leg. *Ita demum*, Cod. de *Procuratorib.* Secundò, quando condemnatus non appellavit, sed est intra tempus datum ad appellandum: quia etiam illò tempore poterit contingere quòd instituat, vel ab intestato decedat consanguineus, cui ipse succedat tamquam proximior; quia paria sunt, quòd appellatio sit interposita, vel quòd quis sit intra tempus datum ad appellandum: ista est Glossa singularis & unica in leg. *Ex judiciorum*, ff. de *Accusation.* quam ibi ad hoc reputat singularem & unicam Dyn. Bart. Alber. & Angel. de Perus. illam etiam dicit unicam Joan. de Imol. in leg. *Defuncto*, ff. de *Public. judic.* Bald. in leg. *Unica*, Cod. *Ex delict. defunctor.* idem Bart. & Angel. in leg. *Qui à latronibus*, §. 1. ff. de *Testament.* idem Bald. in cap. *Quoniam contra falsam*, de *Probation.* penult. column. *Salic. in leg. final.* Cod. *Si reus vel accusat. mort. fuerit.* Tertius, & ultimus casus proprius nostræ quæstionis, & magis dubitabilis, potest esse & contingere, quando quis est condemnatus ad mortem naturalem, & sententia transivit in rem judicatam, & tantum superest executio realis; sed interim illo, vel medio tempore, dum præparatur executio, vel condemnatus confitetur peccata sua, quidam testator fortè ignorans decessit, & eum instituit; vel illo tempore ab intestato decessit, & condemnatus erat proximior consanguineus ab intestato; vel fortè ante delictum commissum illum instituerat, vel ab intestato decesserat: vel (quod melius & facilius posset contingere) fortè differtur executio ex aliqua justa causa; ut si condemnatus erat gestor vel administrator bonorum alterius, cui teneatur reddere rationes, ut in l. 1. Cod. de *Bonis proscript.* vel mulier condemnata est prægnans; nam differtur executio donec pariat, ut in leg. *Prægnantis*, ff. de *Pœnis*: vel in similibus casibus, quibus differtur executio, quos notavi, & cumu-

lavi in *materia delictorum* in fine: vel fortè talis condemnatus confugit & ereptus est de manibus judicis & familiae. His enim casibus propriè & realiter potest nostra ardua quæstio procedere, & verificari: an talis condemnatus ad mortem hæres institutus, vel ab intestato vocatus, possit succedere, & adire hæreditatem, & per consequens habere testamenti factionem passivam; vel ex aliquo capite suitatis, sanguinis, vel juris deliberandi, transmittere hæreditatem ad hæredes? Et videtur quòd non; sed hæreditas sit caducà, vel pro non scripta, & pertineat successoribus ab intestato ipsius defuncti, vel ab intestato decedentis: Primò, quia ista nostra lex est correctoria, & non extendenda: ergò cum tantum loquatur in testamenti factione activa, ut condemnatus ad mortem possit testari; nullo modo potest nec debet extendi ad testamenti factionem passivam, ut condemnatus possit institui, vel ab intestato succedere: argumento text. in leg. *Si verò*, §. *De viro*, ff. *Solut. matr.* & in leg. *Quod verò*, ff. de *Legibus*, & in l. *Jus singulare*, eod. tit. & in leg. *Præcipimus*, Cod. de *Appellat.* Secundò, quia de jure communi talis condemnatus ad mortem non remanet liber ut sibi possit acquirere, nec servus fisci, ut ei quærat; sed est servus pœnæ, & habetur per mortuo; & per consequens ejus institutio vel successio est caduca & pro non scripta, tamquam si non esset facta: text. est formalis & expressus in leg. *Sunt quidam servi*, ff. de *Pœnis*, cujus verba sunt: *Sunt quidam servi pœnæ, ut in metallum dati*, & in opus metalli, & si quid eis testamento datum fuerit, pro non scripto est, quasi non Cesaris servo datum, sed pœnæ: & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. text. in leg. *Si quis mihi bona*, §. *Si quis plane*, ff. de *Acquir. hæred.* text. in leg. 1. Cod. de *Hæred. instit.* text. in leg. 3. Cod. de *His, quæ pro non script. habent.* ergò cum is casus hodiè non corrigatur per nostram legem, sequitur quòd talis condemnatus ad mortem non potest institui, neque succedere, licèt possit condere testamentum: Et istam sententiam, & conclusionem tenet in præsentem solus Cifuentes.

7 Sed his non obstantibus, ego teneo contrariam sententiam, imò, quòd talis condemnatus ad mortem habeat testamenti factionem passivam, & possit institui, vel ei legari, vel ab intestato succedere, & adire hæreditatem ante realem executionem sententiæ, & transmittere hæreditatem vel legatum ad hæredes ex quolibet capite: & per consequens hæreditas pertinebit sibi; si restitatur à Principe, vel ex aliquo casu remaneat vivus; vel pertinebit ejus hæredi instituto, cum

pos-

(g) Textus in leg. 15. titul. 1. part. 6. & vide etiam Aceved. in leg. 3. titul. 4. lib. 5. *Recopilat.* numero 4.

possit facere testamentum, vel pertinebit proximiori ab intestato. Primò, quia quando duo casus æquiparantur à jure, dispositum in uno censetur tacite dispositum in alio, etiam in materia odiosa, & correctoria: ita probat text. juncta Glos. ordinar. finali, in leg. Si quis servo, Cod. de Furtis, & ibi tenet communis opinio: textus in cap. Felicis, de Pœnis, in 6. ibi etiam communis opinio: Sed factio testamenti activa, & passiva, æquiparantur regulariter in jure; quia ille qui potest testari, potest institui, & ipse qui potest institui, potest testari: ut in §. 4. vesic. Testamenti autem factionem, Inst. de Hæred. qualitat. & differ. ergò lex nostra quæ permittit condemnatis quòd possint testari, permittit etiam quòd possint institui & succedere. Secundo, quia fortius vinculum & juris impedimentum consideratur in causa activa & efficienti, quàm in passiva & recipiente, secundum Philosophos, præcipuè Aristot. 2. Physic. Commen. 9. & 1. Metaphys. Commen. 3. & patet etiam de jure; quia servus & filius non possunt testari, tamen bene possunt institui: text. est in l. Filius familias, ff. de Testament. text. est in l. 2. ff. de Hæred. instituend. text. in §. 1. Institut. de Hæredib. instituend. Ergo cum hodiè condemnatus ad mortem per nostram legem possit testari, per consequens potest institui. Tertio, quia in correlativa licita est extensio ex identitate rationis: text. est in leg. final. ff. de Acceptillat. text. in l. final. Cod. de Ind. viduit tollend.

(b) In hoc articulo tres fuerunt Doctores Regni nostri: Quorum alter contra Dominum defendit, condemnatum ad mortem testamenti factionem passivam non habere: & hic fuit Cifuent. hic num. 2. Alter est Domiaus meus, qui contrariam tenet; scilicet, condemnatum ad mortem passivam testamenti factionem habere: Alter, Gregor. in l. 5. tit. 1. part. 6. qui cogitandum relinquit. Sed Domini mei sententia tandem obtinuit, quam sequitur Tell. licet ejus fundamenta impugnant rationem quam Dominus meus antea docuerat, referens scilicet, hodiè testabilem esse condemnatum ad mortem quia servus pœnæ non efficitur, eo fundamento à Domino meo sæpius repetito, tam in num. 2. quàm in 6. interpretans textum in leg. Quidam sunt servi, ff. de Pœnis, alia adjecit non futilia, & ut Tell. inquit, gravissima, & urgentissima: Quarum primum illud est, scilicet: quia ubi duo casus æquiparantur in jure, dispositum in uno, in alio dispositum censetur: Quod ex eo maximè probatur, quia condemnatus qui testamentum facere potest, testamenti factionem habere dicitur: Sed testamenti factionem habere, non solum id significat, ut quis testari possit, sed etiam ut ex testament. capere possit, ut in §. 4. vers. Test. autem, Inst. de Hæred. qualitate, & different. Ergò &c. Neque obstat oppositum à Tell. de æquiparatione per modum regulæ generalis: Nam responderi potest, regulam, dict. vers. Test. autem factionem, generaliter esse intelligendam, nisi aliud à lege disponatur, prout in casibus ab ea exceptis expressè disponitur: Præterea, quia licet non in omnibus & per omnia æquiparentur testamenti factio passiva & activa, tamen hoc casu æquiparari constat ex dict. vers. Test. autem factionem. Nec obstat secunda objectio contra secundum fundamentum adducta, quæ habet, idèd testamenti factionem passivam majorem exigere solemnitatem, quàm activa, quia tria tempora in passiva spectantur: Nam si hoc casu amplius hæc solemnitas exigeretur in testamenti factione passiva, quàm in activa (quod negamus); multi alii sunt casus, præter hos à Domino meo Gomez enumeratos, in quibus major solemnitas requiritur in testamenti factione activa, quàm in passiva: nam impubes testari non potest, & sic testamenti factionem activam non habet, nec furiosus, nec mentecaptus, nec Monachus, nec obses, ut docent omnes scribentes in leg. 3. supra. His legibus: Omnes tamen hi possunt ex testamento capere, ac per consequens testamenti factionem passivam habere; igitur plures solemnitates requiritur in testamenti factione activa, quàm in passiva; ad testamenti enim factionem activam oportet quem esse pu-

text. in leg. Is cui lege, §. final. ff. de Testament. text. in leg. Marcellus, ff. Ad Trebellian. text. in l. His solis, Cod. de Revocand. donat. text. in §. Legari, Institut. de Legatis. Ergò, &c. Quarto facit, quia licet casus omissus remaneat in dispositione juris communis; ut in leg. Commodissimè, ff. de Liber. & posthum. & in leg. Si extraneus, ff. de Condict. causa data cum similib. tamen provisio vel dispositio facta in aliquo casu, bene extenditur ad alium per legem omissum, si verisimiliter disponens idem statuisset in eo, si esset interrogatus: text. est in leg. Titius, §. Lucius, ff. de Liber. & posthum. quem ibi ad hoc summè notant & commendant. Bart. Bald. Alexand. Jason. & communiter Moderni: facit etiam text. in leg. Gallus, §. Et quid si tantum, eo. l. tit. & ibi notant Angel. & alii DD. text. in leg. final. Cod. de Posth. hæred. instit. & ibi DD. & propriè loquendo in lege, vel statuto, est Glossa ordinaria reputata singularis, juncto textu, in leg. Tale pactum, §. fin. ff. de Pactis, quam ibi ad hoc notant & commendant Bartol. Alber. Angel. Paul. & communiter DD. Ergò lex nostra, quæ tantum loquitur in testamenti factione activa propter majorem frequentiam ejus, extendatur ex prædictis causis & rationibus ad istum casum omissum factionis testamenti passivæ; ut talis condemnatus possit institui. (b)

8 Item quæro an ista nostra lex habeat locum, & procedat in contractibus, ut condemnatus ad mor-

mortem naturalem possit contrahere? Et breviter dico, quòd de jure communi nullo modo poterat, nisi quoad alimenta: argumento text. in leg. 3. ff. de His quæ pro non scriptis habent, & ibi DD. textus in leg. Sunt quidam servi, ff. de Pœnis, & ibi etiam DD. & tenent magistraliter Bartol. Paul. Imol. Alexand. Jason. & communiter DD. in leg. Si victum, ff. de Re judic. idem Bartol. in leg. 1. column. fin. ff. de Bonis damnatorum. Hodiè tamen est dubium necessarium, an per nostram legem possit talis condemnatus ad mortem contrahere quolibet genere contractus? Et videtur quòd non: quia tantum disponit, quòd possit testari; in quo vertitur publicus, & privatus favor, ut in Regul. In testamentis, ff. de Regulis juris. Sed teneo contrariam sententiam, imò quòd etiam condemnatus ad mortem possit contrahere, obligationem, & actionem quærere activè, vel obligari passivè ex contractu oneroso, vel lucrativo: Primò, quia valet argumentum de testamentis & ultimis voluntatibus ad contractus, vel è contra, de contractibus ad ultimas

voluntates, quando est eadem ratio, favor, vel æquitas, & loquimur affirmativè: text. est in l. Servum filii, §. Eum qui chirographum, ff. de legat. 1. text. in leg. Quæ de legato, eod. tit. text. in leg. Pactum inter hæredem, ff. de Pactis, text. in leg. Ita stipulatus, §. 2. versic. Idque defendebat, ff. de Verbor. obligat. text. in leg. Si divortii, eod. tit. text. in leg. Obligationum ferè, §. 1. vers. Placet, ff. de Obligat. & action. text. in leg. Eandem, de Duobus reis, text. in leg. fin. Cod. de Legat. text. in leg. Cum quidam, in fin. Cod. de Verbor. signific. Ergò cum per nostram legem talis condemnatus possit testari, similiter poterit contrahere; quia in correlativis, & æquiparatis licita est extensio, ut supra dictum est. Secundo quia contractus potest fieri in testamento, ut probat textus, & ibi est glossa singularis, & communiter approbata, in leg. Hæredes, §. fin. ff. de Testam. ergò si contractus potest fieri à condemnato in ipso testamento, similiter poterit fieri inter vivos extra testamentum.

TEX-

puberem, sanæ mentis, liberum, & sui juris: quæ solemnitates in testamenti factione passiva minimè requiruntur: Undè non debuit Tell. regulam generalem à casu speciali deducere. Præterea, quia nec hoc casu major solemnitas in testamenti factione passiva, quàm in activa desideratur: nam si illis tribus temporibus capacitas, ut ipse contra Domini mei opinionem inquit, requiritur in instituto; eadem etiam in institute desideratur: nam quid, quæso, interest hoc casu inter institutorem, & institutum? Si enim tempore institutionis, habilis ad capiendum, & capax ad instituendum debet esse hæres, eadem etiam capacitas ad eandem institutionem faciendam in testatore eodem tempore desideratur, & (ut supra probabimus) major: nam si tempore institutionis fuerit effectus servus pœnæ testator, minimè institutio tenebit, ut in leg. Ejus qui, §. 1. ff. de Testam. & in leg. Si qui filio exheredato, §. Irritum, ff. de Injust. rupt. cum aliis; quos congerunt scribentes hic: item & si quis tempore mortis fuerit effectus servus, ac per consequens incapax ad testandum, testamentum ab eo antea factum nullius erit momenti, ut idem Tell. hic fatetur in num. 1. glos. 1. contra Paris. & ferè omnes scribentes hic resolvunt, probaturque manifestè ex leg. 15. tit. 1. part. 6. docet Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 11. num. 2. Unde constat, his duobus temporibus, non solum eandem, verùm majorem exigì solemnitatem in testamenti factione activa, quàm in passiva.

Restat igitur ut ad ultimum tempus, scilicet, additionis, deveniamus; quo tempore cum jam nec capacitas, nec incapacitas in testatore, tamquam in mortuo, considerari possit, mirum non est in instituto tantum hoc casu considerari. Nec obstat etiam quod Tell. inquit: ex eo non licere cui plus licet, quod minus est, quia donare causà mortis ei non permittatur, quod est minus, ut ipse inquit, quod falsum existimo; cum inter vivos donare liceat, quod secundum eum plus est, ut in leg. Filius familias donare, ff. de Donat. Quia propter quam quod in eo textu hoc non probatur, ut statim probabimus, ab uno tantum casu speciali non oritur regula, argument. leg. Ex his, ff. de Legib. Lex enim filium familias donare, tam eo casu quo loquitur, scilicet, in donatione de bonis patris sine ejus consensu faciendâ inter vivos, quàm casu mortis, prohibet: donare autem casu mortis filio familias, consentiente patre, jure non prohibetur, ut in leg. Tam is, §. Filius familias, ff. de Donat. causa mortis. Nec rursus obstat argumentatio quæ de excommunicato ab ipso traditur, scilicet, testamentum posse facere, non tamen ex eo percipere: quod licet ipse probare nisus fuerit, non potuit; & denique ad excommunicatum propter hæresim tantum suam retraxit sententiam, qui nec ex testamento capere, nec testari, ut ipse fatetur, potest, ut per eum latius hic num. 34. Nam id verum non censeo: quia excommunicatus testamenti factione passiva arcetur, qui à communibus actibus, tam judicialibus quàm extrajudicialibus, repellitur, ubi de ipsorum utilitate agitur: Nam præterquam quòd hæc ratio est falsa, etiamsi vera esset, militaret in testamenti factione similiter activa, quæ excommunicato minimè prohibetur, ut latè diximus in leg. 3. supra num. 15. in Additione.

Anton. Gomez. ad Leg. Tauri.