

## TEXT. V.

EL hijo, ò hija, que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder.

Id est:

Filius, aut filia, quæ sub potestate parentis est, si ad legitimam ætatem testandi venerit, possit testari, perinde ac si extra parentis potestatem esset.

## COMMENTARI I

## In Legem V.

## SUMMARIUM.

- 1 De jure communi filius familias an possit testari?
- 2 An filius familias naturalis, & originarius hujus Regni, si decedat in alio Regno, ibi possit testari?

Noto & colligo ex ista lege, quòd hodiè in nostro Regno filius familias qui est in potestate patris potest testari in quibuscumque bo-

nione, ibi: Item quero an excommunicatus possit testari, &c. Præterea, Tell. rationem falsam esse constat ex text. in cap. Felicitis, §. Verum, de Pœnis, lib. 6. & in cap. Significavit, de Eo qui duxit in matrimon. & in cap. Quoniam multos, caus. 11. quæst. 3. ibi: Et emere, & capere ab excommunicato, text. formalis in cap. Si verè, de Sententia excommunicat. quibus juribus manifestè liquet, omnes actus, & contractus, etiam ad suam utilitatem, posse excommunicatum gerere, ut latissimè tradit Spino in Rubric. de Testament. glos. 11. num. 66. & seq. Minus etiam obstat oppositum correlativum, quo ipse negat, testari, & ex testamento capere esse correlativa; cum id apertè constet, nam sicut patrem sine filio non possumus dare, ita nec testatorem sine aliquo qui ex sua dispositione aliquid percipiat. Nec quarta ratio Domini mei divinationem, ut ipse Tell. inquit, continet: Quòd ex eo probatur; nam cum de jure antiquo condemnatus testari prohibitus esset, tamquam pœnæ servus, eadem etiam ratione in consequentiam ex testamento capere fuit prohibitum: text. in leg. Quidam sunt servi, de Pœnis. Cùm igitur hodiè jam permissum sit condemnato ad mortem, ut facere testamentum possit, quòd magis est, ut supra probabimus, ut puta, impedimento quo id facere prohibebatur sublato, id est servitute; in consequentiam, ex testamento, quòd minus est, capere poterit.

Ex quibus corollarie deducitur, quàm abs re Dominum meum Tell. reprehenderit in hujus legis interpretatione, simul cum Gomez. Arias asserenti, multa verba eum extra materiam effundere, eo quòd declarare connatur: Si damnatus ad mortem servus pœnæ efficitur, necne? Cùm basis & fundamentum materiæ totius legis sit, ut ex supra traditis constat, hujus quæstionis resolutio. Denique Domini mei sententiam, licèt non sit declaratam, sequitur Velazquez de Avendañ. hic glos. 5. num. 9. Aceved. in leg. 2. glos. 3. tit. 4. lib. 5. num. 4. Matienz. ibid. num. 6. mutato consilio, eam etiam sequuntur. Greg. in leg. 3. tit. 31. part. 7. verb. Señalados, ad medium. Mier. in Tractat. Majoratum, quæst. 1. num. 52. & his non relatis, Spin. suo in Speculo Testamentor. glos. 8. Rubric. numer. 5. & 6. idè autem latius quàm opus id expostulat sum progressus, quia neminem Tell. contra Dominum meum objectionibus respondentem inveni; licèt multos eum sequentes, prout ipse Tell. sequitur. Quotiescumque autem articulos, seu quæstiones disputantes & declarantes invenero, remissivè procedam, aliorum fundamenta non transcribendo.

nis suis, ac si esset sui juris. Pro cujus perfecta intelligentia præsuppono, quòd de jure communitatis filius familias non poterat testari, nec codicillari: text. est in l. Qui in potestate, ff. de Testam. cujus verba sunt: Qui in potestate parentis est, jus testamenti faciendi non habet: adeò ut quamvis pater ei permittat: nihilo magis tamen jure testari possit, & ibi Glossa ordinaria, Bartol. & communiter DD. text. in leg. Tam is, §. 1. ff. de Donat. causa mort. text. in leg. 3. §. 1. Cod. Qui testam. facer. poss. text. in leg. penult. eod. tit. text. in l. fin. §. Ipsum, vers. Filiis autem, Cod. de Bonis quæ liber. text. in §. 1. Instit. Quibus non est permiss. facer. testam. & ibi communiter DD. Cujus ratio est, quia testamenti factio est publici juris, ut in l. 3. ff. de Test. cum simil. & in his patria potestas impedit, & reddit filium inhabilem: ita dicit Glos. ordin. in dict. l. Qui in potestat. & in aliis locis allegat. cum qua alii transeunt DD. Sed certè ista ratio non concludit: Imò, attenda ea, posset testari; quia in his quæ publici juris sunt, patria potestas non attenditur, nec impedit personam & habilitatem ejus: text. est in leg. Nam quod, ff. Ad Trebell. ubi habetur, quòd filius familias potest esse judex, tutor, vel curator. Sed sustinendo rationem, sensus ejus est, quòd habilitas & potentia testandi est publici juris, & à publico jure introducta, idè non debet concedi à privata persona & particulari, & sic à patre. Secunda ratio potest esse: quia testamentum dependet à libero

## In Legem V. Tauri.

arbitrio personæ testantis, ut in leg. 1. ff. de Testam. & in leg. 1. Cod. de Sacros. Eccles. Sed filius familias qui est in potestate patris non videtur habere liberum arbitrium, cum sit in ejus potestate, ei subiectus, & obediens: ergò testari non possit: ita Bart. Alber. Paul. & communiter DD. in dict. leg. Qui in potestate. Sed neque ista ratio concludit: quia filius familias potest facere omnia illa quæ consistunt in libero arbitrio, ut facere contractus, se obligare, contrahere matrimonium, & denique omnia alia quæ libera persona potest facere. Tertia ratio potest esse: quia licèt ille qui nulla bona habet in actu, possit testari; ut in leg. Hæreditas etiam, ff. de Petit. hæred. tamen qui nulla bona habet in actu, nec potentia, non potest testari: ut in Authent. Ingressi. Cod. de Sacrosanct. Eccles. cujus verba sunt: Ingressi monasterium se & sua dedicant Deo; nec de his testari possunt, utpotè nec domini rerum: Sed filius familias qui est in potestate patris non est dominus nec capax bonorum, quia ipso momento quo acquirit, non resident penès eum, sed transeunt in patrem: ergò meritò non potest testari; cum dispositio sua esset sine effectu & nullius momenti: istam rationem ponit Bald. in leg. Senium, Cod. Qui testament. facere poss. 2. column. Cuman. in dict. leg. Qui in potestate. pro qua facit bonus & expressus text. in leg. Lex Cornelia. versic. Si verò vivo patre. ff. de Vulg. & pupil. Et si replices: Quare filius familias non potest testari, consentiente patre, ut disponunt prædicta jura? Respondeo, quòd ratio est, quia ultima voluntas non debet pendere ex alieno arbitrio; quia esset captatoria, quæ à jure est reprobata, ut in leg. Illæ autem institutiones, ff. de Hæredibus inst. & in leg. Captatorias. Cod. de Testam. milit. cum similib.

Et in tantum est verum, quòd de jure communi filius familias non poterat testari, ut procederet & haberet locum etiam in bonis adventitiis, in quibus pater haberet usumfructum, imò, quòd magis est, etiam in bonis in quibus pater nullum haberet usumfructum, quos enumerat Glossa in Authent. Idem est. Cod. de Bonis quæ liber. quia militant rationes superiores vel aliquæ earum: ita probat text. in leg. penult. Cod. Qui testam. facere poss. & ibi communis opinio: Glos. ordinaria. Bart. & communiter DD. in dict. leg. Qui in potestate. ff. de Testam. Glos. etiam ordinaria. Bart. & communis opinio, in leg. 1. §. In filiis. ff. Ad Trebell. Nec obstat text. in leg. final. §. Ipsum, vers. Filiis autem. Cod. de Bonis quæ liber. Quia ibi non debet assumi argumentum à

contrario sensu, quia resultaret contrarius & absonus intellectus. Hodiè verò contrarium determinat nostra lex, imò quòd filius familias potest liberè testari, licèt sit in potestate.

2 Item quero, an filius familias naturalis & originarius hujus Regni, si decedat in alio Regno possit ibi testari mediante dispositione nostræ legis? Et breviter dico, quòd benè poterit testari de bonis existentibus in isto Regno, non in alio: quia cum lex, vel statutum tangat & concernat personam, comprehendit illam, licèt sit in alio Regno, vel territorio; & in consequentiam extenditur ad bona existentia in proprio Regno originario: (A) quoad bona verò existentia in alio Regno, vel loco, non potest testari, quia non potest lex vel statutum extendere effectum suum ultra quam extendatur potestas statuentis. Et eodem modo, & ratione dico, quòd si filius familias alterius Regni decedat in nostro Regno, non poterit testari de bonis hie, vel ibi existentibus, quia lex, vel statutum non potest comprehendere personam sibi non subditam; argumento text. in leg. 1. ff. de Tutorib. & curatorib. dat. ab his. text. in leg. Etiam. ff. de Tutel. text. in leg. final. Cod. de Testament. Nec obstat, quòd quis non potest decedere pro parte testatus; & pro parte intestatus: Quia procedit, quando quis potest de omnibus bonis testari; se eus verò alias, ut in leg. final. Cod. de Inoffic. testament. & in expresso ita tenet Bart. in leg. Cunctos populos. Cod. de Summa Trinit. & Fidei Catholic. 9. column. num. 26. Bald. 9. column. num. 13. & communiter Moderni. Cifuent. in ista leg. 5. finalibus verbis.

## TEXT. VI.

LOS ascendentes legitimos, por su orden, & y linea derecha, succedan ex testamento & abintestato, à sus descendientes, y les sean legitimos hærederos, como lo son los descendientes à ellos, en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legitimos, ò que ayan derecho de les heredar: pero bien permitimos, que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ò hacer qualquier ultima voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren: Lo qual mandamos que se guardè, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares do se-  
gun

(A) Id etiam tenet Paul. Paris. Cons. 2. volumin. 3. Gozadin. Consil. 49. Aceved. in dict. leg. 4. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 15.  
Ant. Gomez ad Leg. Tauri.

gun el Fuero de la tierra, se acostumbra a tomar sus bienes al tronco, o la raiz a la raiz.

Id est:

Ascendentes legitimi, suo ordine, & linea recta, ex testamento & abintestato succedant suis descendentibus, sintque illis hæredes legitimi, quemadmodum ipsi descendentes illis sunt, in omnibus suis bonis cujuscumque qualitatis; modò ipsi descendentes careant liberis descendentibus legitimis, aut jus ad eorum hæreditatem habentibus. Benè tamen permittemus, ut etsi eis sint ejusmodi ascendentes, possint nihilominus descendentes prædicti, dum vivunt, disponere de tertia bonorum suorum parte, aut condere quam velint ultimam voluntatem pro anima sua, aut quomodo eis libuerit: Quod præcipimus ut servetur; præterquam in eis civitatibus, Oppidis, aut locis, in quibus ex Foro patrio moris fuerit, ut bona redeant ad stipitem, aut stipites ad stipitem.

## COMMENTARI I

### In Legem VI.

#### SUMMARIUM.

- 1 Qualiter parentes vel ascendentes succedant liberis?
- 2 An in bonis castrensibus, vel quasi, succedat pater filio jure hæreditario, non jure peculii?
- 3 Effectus qui resultant ex eo quòd succedat jure hæreditario, vel peculii.
- 4 Si filius moritur, relicto patre, vel matre, & fratre utrinque conjuncto, an succedant una frater, & pater? Et quid in filio emancipato?
- 5 Successio parentum in bonis liberorum est de jure civili positivo tantum.
- 6 Ascendentes an succedant descendentibus secundum gradus prærogativam?
- 7 Inter ascendentes an habeat locum representatio.
- 8 Si in successione descendentes concurrat avus paternus, & maternus, an debeat fieri distinctio bonorum?
- 9 In successione descendentes, si concurrant ascendentes ex linea paterna, & materna in dispari gradu, & numero, an admittantur in stirpes, vel in capita?
- 10 Quomodo intelligantur ista verba: otros que le hayan derecho de heredar.

(A) Eandem sententiam amplectitur Matienz. in dict. leg. 1. tit. 8. lib. 5. Recopilat. glos. 3. num. 4. Velazq. de Avendañ. ibi. glos. 4. num. 2.

11 Ascendens qui debet succedere cum aliis, si habet usumfructum in bonis descendents, an illum habeat præcipuum.

12 Pater, & mater an in usufructu pariter admittantur? Et alia illationes ex supra dictis.

13 Si filius facit testamentum, & instituit patrem in sua legitima, & in aliis bonis instituit extraneum, pater an præferatur in usufructu?

14 Si sit consuetudo quòd ascendentes ex linea paterna, & materna succedant cum distinctione bonorum, servabitur consuetudo.

**N**Ota benè dispositionem hujus legis, quæ necessaria fuit in isto Regno, in successione ascendentium: Et quia in explanatione quam feci de jure communi in materia ultimarum voluntatum, posui in leg. 1. ff. de Vulgar. & pupillar. examinavi, & tractavi magistraliter, qualiter filii, vel descendentes succedant parentibus, & ascendentibus? ubi videre poteris: Ideò nunc principaliter deo agere, qualiter parentes, & ascendentes succedant liberis, & descendentibus suis? de quibus tantum principaliter ista lex loquitur. Pro cujus perfectissima declaratione dico, quòd de jure antiquo Digestorum, pater non succedebat ab intestato filio suo in potestate defuncto jure hæreditario, sed pater occupabat bona ejus jure peculii; & hoc nedum in peculio profectio, & adventitio, in quibus totum acquirebatur patri ratione patriæ potestatis, licet apud filium esset administratio; sed etiam in peculio castrensi, vel quasi; quia licet pleno jure quærentur filio, tamen eo mortuo ab intestato, succedebat pater, non jure hæreditario nec tamquam hæres, sed occupabat illa jure peculii: textus est capitalis & expressus in leg. 2. ff. de Castrens. pecu. cujus verba sunt: Si filius familias miles decesserit, siquidem intestatus, bona ejus non quasi hæreditas, sed quasi peculium patri deferuntur. & ibi notat Bartol. & communiter DD. antiqui. (A) Hodie tamen posset hoc verificari, habere locum & procedere in bonis profectiis tantum, quæ pleno jure quærentur patri: ut in leg. Cum oportet. Cod. de Bonis qui liberis: & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. & in leg. 5. & 6. titul. 17. 4. part. Sed in omnibus aliis bonis, puta, castrensibus, vel quasi, vel adventitiis ex linea materna, vel ex qualibet alia parte acquisitis, illud reperitur correctum; quia imò in eis pater succedit filio ab intestato, tamquam verus & le-

legitimus hæres. & jure hæreditario: (b) text. in leg. 3. in principio. Cod. de Bonis quæ liber. & ibi notant Bartol. Paul. Salic. & commun. DD. textus in leg. final. Cod. Commun. de succession. propè fin. ibi: Tunc ad ultimum locum pater à legibus conclametur, & sui filii non gratam hæreditatem relictam, sed triste lucrum sibi lugeat acquisitum. & ibi notant Paul. Salic. & DD. text. in leg. final. Cod. ad Tertyll. vers. Sin vero defuncta persona. & ibi DD. text. in Authent. de Hæred. ab intest. venient. cap. Si igitur. defunctus. collat. 9. ubi expressè disponitur, quòd deficiente linea descendentium, succedant ascendentes, servata gradus prærogativa; & si plures sunt in eodem gradu, puta, pater, & mater, pariter succedant: & ibi notant Bartol. & alii DD. text. in Authent. In successionem. Cod. de Suis & legit. ubi, si filius familias moritur ab intestato, relicto filio, & parentibus, succedunt & præferuntur filii: quod non esset, si pater potuisset occupare ejus bona jure peculii: & ad hoc notant & ponderant ibi Bart. & alii DD. text. in Authent. Defuncto. Cod. Ad Tertyllian. cujus verba sunt: Defuncto sine liberis filio, parentes, si soli sunt, succedunt salva gradus sui prærogativa. Tenet etiam Bart. in l. Post dotem. ff. Solut. matrimon. 6. column. num. 26. & ibi Moderni, præcipue Jason. 15. column. n. 65. Cin. in Authent. Itaque Cod. Commun. de success. 2. column. propè fin.

3 Et effectus est maximus: quia si pater occuparet jure peculii, nullus alius posset succedere, licet sit in potiori vel æquali gradu: unde non possent succedere liberi, nec descendentes hujus filii in potestate, sed solus pater: (c) item non posset mater cum eo concurrere, licet sit in pari gradu. Sed hodie, cum hæreditas deferatur jure hæreditario, & jure propriæ, & ordinariæ successionis, ut dixi, sequitur quòd prima causa successione erit liberorum: item, quòd pariter admittentur pater, & mater. Præterea alius effectus est: quia si ratione peculii filius contrahebat, defuncto filio, pater obligabatur de jure antiquo tantum quatenus erat in peculio, & tenebatur tantum infra annum; ut in l. 1. & per totum. ff. Quando actio de pecul. est an. hodie verò tenebitur in solidum, & perpetuo tantum hæres, si adit hæreditatem. Et in expresso istos effectus probat textus, juncta Glossa ordinaria, & ibi tenet, & declarat Bart. & communiter DD. in l. Pater qui castrense. ff. de quasi pecul. tenet etiam, & notabiliter declarat Jas. in l. Qui se patris. Cod. unde liber. antepen. col. n. 60. & pro ista communi sententia, & doctrina est hodie lex 4. tit. 13. part. 6. quæ disponit, quòd parentes succedant filiis & descendentibus secundum sui gradus prærogativam; & si plures sint in eodem gradu, pariter succedant: idem expressè disponit ista lex 6. Tauri. in princ.

4 Item adde, quòd si filius moriatur, relicto patre vel matre, & alio fratre, vel fratribus utrinque conjunctis, talis frater vel fratres succedunt unà cum ipso patre, vel matre pro virili portione: text. est in Authent. de Hæred. ab intest. ven. cap. Si igitur. collat. 9. & in Auth. Defuncto. vers. 1. Cod. ad Tertyllian. & ibi communiter DD. Quod tamen hodie corrigitur in nostro Regno, quia solus pater, vel mater succedit, & non concurrunt cum eis alter filius, fraterque ipsius defuncti: ita expressè disponit Lex 7. Tauri. & ista est ejus principalis decisio, nec aliud nobis adduxit. Si verò talis filius erat emancipatus, pater non succedebat ei, nisi eum emanciparet contracta fiducia, reservando sibi jus successionis; licet benè succederet de jure prætorio: text. est in l. 2. §. Objicitur. ff. Ad Tertill. text. in l. Si ad patrem. ff. de Suis & legit. hæred. Postea verò de jure Codicis decisum est, quòd semper videatur pater emancipare filium contracta fiducia, & tacite à lege subintelligatur illud pactum inesse, licet expressè non apponatur: text. est in l. Si ab eo. Cod. de Legit. hæredib. text. in l. fin. Cod. de Emancip. lib. r. ibi: Et legitima jura omnino habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit. text. in §. fin. Instir. de Legitim. agnat. Succes. & ibi notant Fab. & commun. DD. text. in leg. 4. Cod. de Legit. tutela. Hodie verò de jure novissimo Authent. indistinctè succedit pater filio emancipato, sicut filio in potestate, quia sublata est differentia patriæ potestatis, & emancipationis: text. est in Authent. de Hæred. ab intest. venient. cap. Nullam verò. collat. 9. & ibi communiter DD. text. in Authent. Defuncto. Cod. Ad Tertyll. ibi: Exclusa prorsus omni differentia sexus & patriæ potestatis: & idem disponit lex 4. tit. 13. 6. part. istud idem determinat, & disponit nostra Lex 6. Tauri. in princ. quæ ita debet intelligi. Unum tamen est, quòd ita demum ascendentes succedunt descendentibus, quando tales descendentes non habent filios, vel descendentes legitimos, vel alios qui habeant jus succedendi: ita disponit nostra Lex Tauri. & hoc est notissimum, & probavi in linea descendentium.

5 Advertendum tamen est, quòd ista successio defertur parentibus, vel ascendentibus ab intestato in bonis liberorum, de jure civili positivo tantum.

(b) Vide Matienz. in dict. leg. 1. glos. 3. num. 5. Velazq. de Avendañ. glos. 4. num. 6. hic.

(c) Eundem effectum considerat Matienz. ubi supra num. 7. Velazquez. hic glos. 4. num. 5. alios allegans.

