

fin. ff. Si quid in fraud. patro. (p) Sed melioratio Tertii dicitur Legitima respectu filiorum, cum extraneo relinqui non possit, ut in leg. 9. tit. de las Mandas. lib. 3. For. ll. (q) Ergo illo tempore attendatur valor ejus. Istam rationem ponit Doctor Palac. Rub. in leg. 19. supra, eod. num. 5. licet idem Doctor Palac. Rub. relinquat istam questionem indecisam & cogitandam in sua repetit. cap. Per vestras. de Donat. inter virum & uxorem. fol. 97. col. 1. versic. Et ista faciunt. Ex quo inferitur, quod si tempore mortis pater vel mater haberet plura bona, de omnibus debet ei solvi melioratio: si vero haberet pauciora quam tempore contractus & promissionis, de illis tantum debet fieri solutio. Et extendit conclusionem hujus textus, ut procedat & habeat locum tam in melioratione expressa, quam etiam in donatione simpliciter facta alicujus rei vel quantitatis, modo sit statim valida & firma, modo non, sed morte confirmetur: quia cum illa habeat vim meliorationis, ut in leg. 26. infr. eod. debet etiam in ea attendi & considerari tempus mortis: & ita tenet expressè Cifuentes in presenti final. quest. (r) Et adde pro maxima declaratione & extensione hujus legis, quod talis melioratio, etiam respectu honorum futurorum non potest revocari, licet in eis non fuerit tradita possessio, si fuerit tradita de presentibus, ut dixi & fundavi in leg. 17. supra, eod. num. 1.

## TEXT. XXIIV.

Quando el Testamento se rompiere, ò anularse por causa de pretericion, ò exheredacion, en el qual oviere mejoría del Tercio, ò Quinto; no por esso se rompa, ni menos dexa de valer el dicho Tercio, y Quinto, como si el dicho Testamento no se rompiesse.

(p) Limita tamen in casu leg. 29. infra, quæ hodie est lex 3. tit. 8. lib. 5. Recopilation. sci. licet, cum dos & donatio contrahuntur ad collationem & partitionem in hæreditatum divisione precedentium ab ipsis meliorationibus; tunc enim attendetur tempus factæ ac promissæ dotis, vel donationis propter nuptias, vel tempus defunctorum, secundum quod elegerit is, in cujus favorem dos vel donatio propter nuptias facta sit, ut tenet Angelus in leg. 7. glossa 2. num. 6. & in 6. glossa 1. num. 10. Aceved. in leg. 7. tit. 6. lib. 5. Recopilat. ubi etiam id sublimitat.

(q) Et ut tenet Castell. in leg. 19. Taur. num. 6. & 7. Covarrub. in cap. Quamvis pactum. 3. part. §. 1. num. 2. Aceved. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. num. 24. al fin.

(r) Huc faciunt dicta per Tellum in leg. 15. num. 15. cum sequent. ubi, quamvis pater in vita assignasset filio congruam Legitimam, habito respectu ad bona quæ tunc habebat; si postea bona patris aucta sint, debetur ex illis bonis auctis Legitima; quam etiam questionem tangit Aceved. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. Recopilat. num. 22. & idem Tellus hic.

(A) Vide Matienz. in leg. 8. tit. 6. lib. 5. Recopilat. glossa 1. num. 1. Tell. Fern. hic num. 1.

Id est:

Quando Testamentum rumpetur aut annullabitur ob præteritionem aut exheredationem, in quo fuerit aliquod augmentum vel melioratio in Tertio, aut Quinto; ob id non rumpatur seu reddatur minus validum prædictum augmentum, vel melioratio, perinde ac si prædictum Testamentum non esset ruptum.

## COMMENTARIUM

## In Legem XXIV.

## SUMMARIUM.

- 1 Quibus modis & casibus annulletur testamentum?
- 2 An & quando institutio directa contenta in tali testamento nullo & invalido obliquetur convertatur in fideicommissum?
- 3 Quando testamentum defuncti ratione præteritionis vel exheredationis deficit, an conserventur legata?
- 4 Melioratio Tertii & Quinti relicta in testamento, an conservetur, rupto vel annullato testamento?

**N**Ota ex ista lege, quod rupto vel annullato testamento ex causa præteritionis vel exheredationis, confirmatur & validatur melioratio Tertii & Quinti in eo contenta. Pro cujus perfecta declaratione magistratiter & resolutivè dico, quod testamentum primo modo potest annullari propter defectum Testantis, quia minor, vel in potestate alterius, vel furiosus, mente captus, (A) & sic carens intellectu, vel prodigus, vel condemnatus crimine capitali, vel ex aliqua alia causa prohibitus testari: Et tali casu legata & fidei-

commissa in eo relicta non valent, nec tenent, quia prohibitus testari videtur etiam prohibitus codicillari: text. est formalis & expressus in leg. 2. ff. de Legat. 1. cujus verba sunt: Sciendum est eos demum Fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent: & ibi Glossa ordinaria, Bartol. Alberic. Bald. Panormit. Imol. Angel. Aret. Socin. Cuman. Alexand. Jas. & communiter DD. text. in leg. Divi §. Codicillos. el 2. ff. de fure codicilli. text. in leg. Conficiuntur. §. Codicilli. eod. tit. text. in leg. 1. tit. 12. part. 6. Ex quo notabiliter inferitur, quod si lex nova vel statutum disponat, quod minor viginti quinque annorum, vel senex post certam ætatem, vel advena & forensis, vel similis persona non possit testari; non poterit etiam codicillari: quia licet non debeat extendi, ut in leg. Si verò. §. De viro. ff. Solutio matrim. juncta communi opinione, ex eo quod est correctoria; tamen ex eo quod sunt casus æquiparati per legem antiquam, dispositum in uno censetur etiam dispositum in reliquo: argumento text. in leg. Si quis servo. Cod. de Furtis. & ibi notat & commendat Glossa final. Bartol. & communiter DD. text. in leg. 1. §. 2. ff. Ad leg. Fulcid. text. in leg. 1. §. 1. ff. de Munerib. & honorib. cum simil. & in expresso ita tenet & infert Bartol. in dict. leg. 2. ff. de Legat. 1. column. 1. i quest. & ibi Panorm. Aret. Alexand. & Modern. & istam dicit communem opinionem Socin. Junior in repet. illius leg. pen. fol. num. 134. tenet etiam Paul. de Castr. & alii DD. in leg. Non est novum. ff. de Legibus.

Secundo & principaliter testamentum potest annullari ratione voluntatis imperfectæ & non consummatæ, quia antequam impleteretur testamentum testator mortuus est: Et tali etiam casu legata & fideicommissa in eo relicta non valent: text. est in leg. Si is qui testamentum. ff. de Testament. text. in leg. Ex ea scriptura. eod. tit. text. in leg. Fideicommissa. §. Quotiens. ff. de Legat. 3. & utrobique Glossa ordinaria, & communiter DD.

Tertio & principaliter testamentum potest annullari propter defectum solemnitatis, quia testator instituit hæredem, sed non fuit adhibitus legitimus numerus testium. Et hoc casu dico, quod legata & fideicommissa in eo relicta non valent nec tenent, quia cum institutio sit nulla, omnia in eo contenta debent annullari: Item quia ex eo hæreditas non potest adiri: item quia testamentum est actus individuus, & non potest valere pro parte: Imò nec valebit

ut codicillius, licet habeat solemnitatem in codicillis requisitam, quia constat quod voluit testari, & non codicillari: text. est formalis & expressus in leg. Non codicillum. Cod. de Testament. cujus verba sunt: Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, & exheredatio facta probant evidenter; & ibi Glossa ordinaria & communiter DD. text. in leg. Illud. §. Tractari. ff. de Jure codic. text. in leg. fin. Cod. de Codicil. Ex quo singulariter inferas, quod presumptio voluntatis defuncti colligitur & consideratur secundum formam & solemnitatem quam adhibuit in actu: & ad hoc summè notat & commendat Fulgos. Alexaud. & alii DD. in dict. leg. Non codicillum.

Quarto & principaliter testamentum potest annullari propter defectum institutionis, quia bene est adhibitus legitimus numerus testium, sed deficit institutio hæredis: Quo casu legata & fideicommissa in eo relicta non valent, quia militat rationes superiores: text. est in leg. fin. §. Illud. Cod. de Codicil. cujus verba sunt: Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator qui decrevit facere testamentum, si id implere nequeerit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille amplexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere. & ibi notat & commendat Glossa ordinaria, & communis opinio DD. text. in leg. 1. §. de Jure codicil. & ibi Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD. text. in leg. Cohæredi. §. Cum filie. ff. de Vulgar. & pupill. Hodie tamen in hoc corrigitur jus commune, quia legata & fideicommissa in tali testamento relicta valent & tenent, licet in eo nullus hæres sit institutus; vel si fuerit institutus, repudiavit hæreditatem: (b) ita disponit lex 1. tit. De los testamentos, lib. 5. Ordin. cujus ratio est, ne omissione tam levi solemnitatis desinat servari voluntas defuncti, & legatarius & fideicommissarius amittat commodum sibi relictum.

Quinto & principaliter testamentum potest annullari propter incapacitatem hæredis, ut quia naturaliter vel civiliter erat mortuus, vel alio quovis modo vel causa erat inhabilis; Quia hoc etiam casu legata & fideicommissa non valent; textus est in leg. 3. & per tot. ff. de His quæ pro non scriptis habentur. text. in leg. 1. Cod. de Hered. instit. text. in leg. Unic. §. Et cum triplici. & in §. In prima. & in §. Pro secundo. Cod. de Caduc. tollend. & utrobique communiter DD. text. in leg. 4. tit. 3. 6. part.

Pul-

(b) Ita tenet Matienz. in leg. 8. tit. 6. lib. 5. Recopil. glossa 2. num. 3. & in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glossa 14. in princ. num. 81. & sequent. & glossa 15. Anton. Gomez. ad Leg. Tauri.

Pulchrum tamen dubium est, an hoc casu hodie de jure Regio corrigatur ista conclusio? Et videtur quod non, quia lex correctoria non debet extendi ex paritate vel majoritate rationis, ut in *leg. Si verò. §. De viro. ff. Solutio matrim.* cum similib. Sed firmiter teneo contrarium, imò quod corrigatur: Cujus ratio est, quia quando duo casus æquiparantur à jure, dispositum in uno censetur etiam dispositum in alio, etiam in materia odiosa, & correctoria: ita probat text. in *leg. Si quis servo. Cod. de Furtis.* & ibi communiter DD. Sed in jure nostro caput impotentiae & caput noluntatis æquiparantur, & tacite ex juris dispositione unum comprehendit aliud, ut in *leg. Gallus. §. Et quid si tantum. ff. de Liber. & posthum. cum similib.* & ibi Bart. & communiter DD. Ergo in nostro casu prædicta lex Regia procedat & habeat locum.

Sextò & principaliter testamentum potest annullari propter præteritionem filii: Quo casu institutio hæredis, & legata & fideicommissa in eo contenta annullantur, & non conservantur: text. est capitalis & expressus in *leg. Filio præterito. ff. de Injusto rupto. cum similib.* Cujus verba sunt: *Filio præterito, qui fuit in patris potestate, nec libertates competunt, nec legata præstantur.* & ibi Glossa ordinaria, Bartol. & communiter DD. Quod est verum & procedit, quando filius in potestate præteritus agit contra testamentum per jus dicendi nullum: secus tamen est, quando filius emancipatus sit præteritus, & rumpit testamentum per bonorum possessionem contra tabulas; quia tunc, cum admittatur tantum de jure prætorio, & ejus æquitate, voluit quod legata & fideicommissa præstentur liberis, & parentibus, & quibusdam aliis personis, de quibus in *leg. 1. & per tot. ff. de Legat. præstand. & in leg. 1. Cod. de Bon. poss. contra tabul.* & ibi communiter DD.

Unum tamen est, quod si filius in potestate præteritus intenet prædictam bonorum possessionem contra tabulas, quæ sibi etiam competit de jure prætorio, non tenetur legata & fideicommissa præstare etiam illis personis privilegiatis: quia aliàs, licet non uteretur isto remedio, posset dicere testamentum nullum de jure civili, vel tanquam si non esset factum succedere ab intestato; & per consequens nulla fit alicui injuria, licet intenet bonorum possessionem contra tabulas: undè non tenetur prædicta legata nec fideicommissa solvere: text. est notabilis & subtilis in *leg. Iis qui in potestate. ff. de Legat. præstand.* & ibi Bartol. & com-

munit DD. antiqui.

Septimò & principaliter testamentum potest annullari propter exhæredationem filii: Quo etiam casu institutio hæredis, & legata & fideicommissa annullantur, & non conservantur: text. est capitalis & expressus in *leg. Papinian. §. Si ex causa. ff. de Inoffic. testament. cum similib.* & ibi communiter DD. cujus verba sunt: *Si ex causa de inofficioso cognoverit Judex, & pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescisum est, & suus hæres erit, secundum quem judicatum est: & bonorum possessor, si hoc esse contendit: & libertates ipso jure non valent, nec legata debentur.*

Octavò & principaliter testamentum potest annullari propter arrogationem & legitimatorem sui hæredis: Et hoc etiam casu legata & fideicommissa annullantur, & non conservantur: text. est in *leg. 1. ff. de Injusto rupto. text. in leg. Verum. 8. eod. tit. cum similib.* & ibi Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD.

Nonò & principaliter testamentum potest annullari propter non aditam hæreditatem: Et hoc etiam casu legata & fideicommissa annullantur & irritantur: text. est in *leg. Si nemo. la. 1. ff. de testament. tutel.* cujus verba sunt: *Si nemo hæreditatem adierit, nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt: text. in leg. Proximè. ff. de His quæ in testament. delent. text. in leg. 1. §. 1. ff. de Legat. 3. text. in leg. Eam quam. Cod. de Fideicommissis. text. in leg. Ex testament. eod. tit. text. in leg. 2. §. Adeo. ff. de Vulgar. & pupil. text. in leg. Si nemo. ff. de Regul. jur. & utrobique communiter DD. Quod extendit etiam si legata vel fideicommissa sint relicta ad pias causas: ista est communis opinio in *dict. leg. Eam quam.* secundum Jas. ibi 10. col. num. 19. (c)*

Decimo & finaliter testamentum potest annullari propter errorem testatoris, qui erravit in persona instituta in conjunctione naturali vel civili, quia instituit aliquem tanquam filium proprium, vel tanquam adoptivum, vel tanquam legitimatum, vel tanquam sibi conjunctum & consanguineum, cum in veritate non esset: quia tunc talis institutio non valet nec tenet, quia deficit consensus ipsius testatoris, ex eo quod est erratum in causa efficiendi & finali: text. est in *leg. Si pater. Cod. de Hæred. instit. text. in leg. Nec apud. eod. tit. text. in leg. Quotiens. eod. tit. text. in leg. Neque professio. Cod. de Testam. & utrobique & communiter DD. Sed isto casu legata & fideicommissa in eo relicta bene valent & tenent, quia nullus error in eis cen-*

se-

setur adhibitus, & testator qui ea relinquebat à filio vel conjuncto, à fortiori præsumitur reliquisse à venientibus ab intestato: (d) text. est singularis & unicus in *leg. Eam quam. Cod. de Fideicommissis.* secundum intellectum Azonis verum & communem, & secundum DD. antiquos, & modernos ibi. Confirmatur etiam per textum singularem & unicum in *leg. final. ff. de Hæred. instit.* ubi habetur, quod si testator instituit Titium hæredem, & postea rumore, & fama interveniente credebatur eum mortuum, & ex hoc errore fecit secundum testamentum, in quo legata & fideicommissa reliquit; institutio in hoc secundo testamento facta annullatur & irritatur, tamen legata, & fideicommissa in eo contenta valent, & tenent: Et ad hoc reputat singularem, & unicum Bart. & communiter DD. ibi. Quod extendit, modò error testatoris esset expressus, modò non, secundum eos.

Et si quæras: Cum testamentum secundum non valeat propter errorem, & defectum consensus testatoris in ipsa principali dispositione, hoc est in institutione; quare etiam non irritatur in legatis, & fideicommissis, cum sit eadem, & adhuc major ratio? Respondeo, quod error tantum fuit limitatus & adhibitus circa solam institutionem; ideò illa sola vitatur: non verò vitantur legata & fideicommissa, nec alia contenta in ipso secundo testamento; sed valent, tenent, & conservantur, non tanquam à secundo testamento, tanquam nullo; nec ab intestato, cum primum testamentum remaneat validum circa institutionem: sed conservantur tanquam codicillus, qui sumit vires ab ipso primo testamento: & ita tenet, & declarat Bart. & communiter alii DD. in *dict. leg. final.* idem Bartol. & communiter DD. in *leg. Si jure. ff. de legat. 3. & probat text. & ibi Bart. & communis opinio in leg. Posthumus. §. Si puganus. ff. de Injusto rupto.* Sed attende subtiliter ultra DD. quod certè major difficultas est apud me; quæ sit ratio, per quam legata & fideicommissa relicta in primo testamento non valeant, nec teneant? cum sit credendum, & plusquam verisimile, quod cum ea reliquit & voluit præstari à primo hærede instituto in primo testamento, quem magis diligebat, à fortiori voluit præstari à secundo hærede ex errore instituto? Et certè noviter, & subtiliter potest dici, quod prædicta lex finalis hoc non negat; imò præsupponit & vult, quod prædicta legata & fideicommissa relicta in primo testamento valeant, & teneant: Sed tantum erat dubium, an contenta in secundo testamento debeant valere, & tenere? & respon-

det & determinat, quod sic. Ideo dicendum & tenendum est, quod omnia prædicta legata & fideicommissa valeant, tam relicta in primo testamento, quam in secundo: & in expressò ita disponit & determinat *lex Regia 21. tit. 16. 6. part.*

2 Prædicta tamen omnia, & casus superiores, præter duos primos, limita & intellige, præter quàm si testator voluit codicillari, & in codicillis fecit legata & fideicommissa: quia illa valent & tenent: textus est in *leg. 2. & per tot. ff. de Jure codicillorum, textus in leg. 1. & per tot. & maximè in leg. fin. Codic. de Codicillis, textus in §. 1. & per tot. Institut. de Codicillis, textus in leg. 1. & per tot. tit. 12. 6. part.* Imò, quod magis est, institutio directa contenta in codicillis obliquatur, & inducit repetitionem à venientibus ab intestato, quia videntur gravatj restituere hæreditatem per fideicommissum hæredi instituto: text. est in *leg. 2. §. fin. ff. de Jure codicill. text. in leg. 3. eod. tit. text. in leg. 2. Cod. de Codicil. text. in §. penult. Institut. eod. tit. & utrobique communiter DD.*

Advertendum tamen, quod prædicta jura bene dicunt, quod in codicillis possunt hæredes ab intestato gravari de restituenda hæreditate cui testator velit; non tamen dicunt, quod institutio directa simpliciter facta & in eis contenta obliquetur. Sed licet prædicta jura hoc expressè non disponant, bene tamen probatur & colligitur ex eis, quod illa institutio & dispositio quæ non potuit valere jure directo, valeat eo modo quo melius valere possit: & in terminis ita probat textus in *leg. Scævola. ff. Ad Trebellian. ubi habetur, quod substitutio directa pupillaris facta in codicillis obliquatur, & valet jure fideicommissi: ergo idem sit in ipsa directa institutione: Et ad hoc notant & commendant ibi Din. Bartol. Alberic. Angel. Paul. Imol. & communiter DD. & per illum textum ita tenet Paul. de Castro in *leg. 1. Cod. de Codicill. & dicit ita tenere Din. in quadam sua dispositione. Joann. de Imol. in leg. 1. in fin. ff. de Injust. rupt.**

Ex quo singulariter infertur, quod si præcessit primum testamentum solemne, & postea fiat codicillus, in quo alter instituatur hæres, censetur hæres institutus in primo solemnè testamento rogatus restituere hæreditatem secundo hæredi instituto in codicillis: ita tenet & declarat Imol. in *dict. leg. 1. in fin. ff. de Injust. rupt. & ibi communiter DD. Et idem est, si in tali testamento, quod deficit, & annullatur ex aliquo prædicto defectu, ponatur clausula*

co-

(c) Cujacius tamen hoc casu conservari legata jure communi asserit, in *cap. Relat. extra de Testament. & ipse in pulchra specie consuluit consultatione 32.*

(d) Idem tenet Matienz. in *leg. 8. tit. 6. lib. 5. Recopilat. glos. 1. num. 3. Anton. Gomez. ad Leg. Tauri.*

codicillaris; ut si dicat testator: *Si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum*; quia tunc legata & fideicommissa conservantur, & similiter institutio directa obliquatur, argumento prædictorum jurium: & in expresso ita tenet Glos. ordinaria in *Authentic. Ex causa, Cod. de Liber. præ. in glos. fin. quæst. fin. secundum primam opinionem*. ubi dicit, quod annullato vel rupto testamento ex causa præteritionis, vel exhæredationis licet annulletur institutio in eo contenta, & non conservetur in aliquo; tamen si fuerit posita clausula codicillaris, convertitur in fideicommissum, ut hæredes ab intestato venientes teneantur restituere hæreditatem ipsi hæredi instituto: & ibi tenet Nicol. de Mata, Odofred. *fin. col. penult. quæst. Cin. fin. col. num. 12.* Bartol. *fin. col. & quæst. Bald. 12. col. 7. quæst. & fin. col. in fin.* Angel. de Perus. in *fin. Paul. fin. col. num. 15.* Alexand. 6. *col. numer. 13.* Jas. *antepenult. col. num. 22.* Corn. numer. 47. Curt. 20. *column. num. 69.* Glos. etiam notabilis & ordinaria in *leg. Ex ea scriptura, ff. de Testament. in glos. fin. & ibi Bart. Bald. Angel. Paul. Imol. & communiter DD.* Idem Bart. in *leg. 1. ff. de Jure codicill. 5. quæst. principal. cum sequent.* Confirmatur, quia dispositio directa defuncti, quæ non potest valere jure directo ratione personæ vel solemnitatis, obliquatur ut valeat jure Fideicommissi: text. est capitalis & expressus in *leg. Scævola, ff. ad Trebellian. text. in leg. Si quis priore, eod. tit. text. in leg. Ex facto, eod. tit. text. in leg. Si patroni, §. fin. eod. tit. text. in leg. Filius familias, §. Ut quis hæredem, ff. de legat. 1. text. in leg. Posthumus, §. fin. ff. de Injust. rupt. text. in l. Generaliter, §. Ex testamento, ff. de Fideicommissar. libertat. text. in l. Cum quis decedens, §. Sejam, ff. de legat. 3. text. in leg. Lucius, §. Filiam, de legat. 2. text. in leg. Codicillis, aliàs 88. §. fin. eod. tit. & utrobique Bart. Bald. Paul. Imol. & communiter DD. notat etiam & declarat Bartol. & communiter DD. in *leg. Verbis civilibus, ff. de Vulgar. & pupil.**

Et adde, quod in aliquibus casibus prædicta clausula codicillaris tacite censetur appositæ, licet expressè non ponatur. Primus est, quando testator dicit: *Valeat omni meliori modo quo possit valere*; textus est notabilis in *leg. Codicillis, aliàs 88. §. Lucius Titius, ff. de legat. 2. & ibi notant & commendant indifferenter omnes DD.*

(e) De his casibus vide supra in *leg. 3. num. 74.* ubi vide aucta.

(f) Idem tenet Aceved. in *dict. leg. 8. tit. 6. lib. 5. num. 60.* & Tell. *hoc, num. 2.*

(g) Sed prælegatum conservatur, ut per Covarrub. in *cap. Raynutius, §. 6. num. 4. de Testament. Menchac. de Successionum creation. lib. 3. §. 20. num. 151. cum præcedentib. & sequentib. Matienz. in leg. 8. tit. 10. lib. 5. per tot. Mieres in tract. de Majorat. in princip. num. 12. Angel. in tract. de Melior. leg. 8. per tot. Ergo melioratio conservabitur.*

Secundus est, quando apponitur juramentum: textus est singularis & unicus in *leg. Cum pater, §. Filius matrem, ff. de legat. 2. & ibi notant Bartol. Bald. & communiter DD.* Tertius est, quando pater testatur inter liberos: Glossa est singularis & unica in *leg. Cohæredi, §. Cum filie, ff. de Vulgar. & pupil. & ibi notant communiter DD. antiqui, & moderni: de quo articulo vide per DD. in leg. final. Cod. de Codicil. & in leg. Nam quam, Cod. de Fideicommiss. & omnino posita per me in *leg. 3. supra his legib. Taur. num. 62. & num. 74. (e)**

4 Item adde, quod quando testamento deficit ratio præteritionis vel exhæredationis, licet prædicta clausula codicillaris non sit posita, omnia legata & fideicommissa in eo contenta conservantur: textus est formalis & expressus in *Authentic. Ex causa, Codic. de Liber. præ. cujus verba sunt: Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cetera namque firma permanent.* & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. & idem disponit *lex final. tit. 8. 6. part. (f)* Et similiter valet, & conservatur substitutio pupillaris, item substitutio fideicommissaria, item tutela, item executoria, & alia jura similia, per quæ non succeditur directe ipsi defuncto; secundum Glossam, & communiter DD. in *dict. Authentic. Ex causa.*

Ex quo subtiliter poterat dubitari, an hodie, stante illa Authentica, conservetur melioratio Tertii & Quinti filio facta, quando testamentum rumpitur vel annullatur ex causa præteritionis, vel exhæredationis? Et videtur quod non, quia talis melioratus reputatur hæres, & tenetur ad omnia debita defuncti, pro rata, tamquam verus hæres, ut in *leg. 21. supra his legibus Tauri: ergo sicut ipsa institutio irritatur, ita ista melioratio. Sed contrarium est dicendum; imò quod prædicta melioratio valeat & teneat, & non irritetur, rupto vel annullato testamento ex prædictis causis exhæredationis, vel præteritionis: Cujus ratio est, quia talis melioratio potius censetur prælegatum, quam institutio universalis: argumento textus in *leg. Qui filiabus, §. final. cum leg. sequent. ff. de legat. 2. & ibi communiter DD. & dixi & declaravi leg. 21. supra his legibus Tauri. (g)* Et in expresso ita decidit & determinat nostra lex, &*

& iste est verus, & realis intellectus ejus.

Pro cujus perfecta declaratione quæro, an dispositio prædictæ Authenticæ habeat locum in præteritione filii nati, vel posthumi, quem testator ignorabat habere? Et breviter & resolutivè dico quod non: imò tali casu legata & fideicommissa non conservantur; quia præsumitur, quod si cogitaret, vel sciret, non relinqueret: argumento text. in l. Si cum vel in utero. Cod. de Testament. milit. ubi habetur, quod præteritio facta à milite de filio quem sciebat habere, non reddit testamentum nullum, sed habet vim exhæredationis; præteritio tamen de filio facta, quem ignorabat habere, reddit testamentum nullum, & omnia in eo contenta irritantur: Et in expresso per illum textum ita tenent ibi Bart. Paul. & communiter DD. Idem Bart. in *dict. Authentic. Ex causa 3. col. & ibi Bald. 4. col. Paul. 2. col. & communiter alii DD. & hanc dicit communem opinionem ibi Jas. 4. col. & Francisc. Curt. Junior, 5. col. idem tenet Bart. in leg. Filio præterito. ff. de Injust. rupt. 3. col. idem Bart. in leg. 1. ff. de Jure codicill. 3. col. num. 10. (h) Nec obstat text. in *leg. fin. ff. de Hæred. institut. ubi habetur, quod quando præteritio est facta ab ignorante, vitiatur institutio, & legata & fideicommissa remanent firma: Quia ibi loquitur, quando præteritio est talis personæ, cujus præteritio non rumpit testamentum, sed institutio rumpitur propter defectum causæ, quam testator adesse putabat; quæ causa respiciebat institutionem solam, non verò legata nec fideicommissa: ideo meritò remanent firma, quia in eis non deficit voluntas defuncti: ita Bart. & communiter DD. ubi supra, & maxime in *dict. Authentic. Ex causa.***

Quod tamen limita & intellige sequentibus modis. Primo modo, quando testator facit testamentum: secus tamen si codicillos tantum, quibus legata vel fideicommissa reliquit venientibus ab intestato; quia tunc, licet ignorasset habere filium, valent & tenent. Secundo modo limita & intellige, quando in testamento non fuit appositæ clausula codicillaris: secus tamen si fuit appositæ; quia indistinctè valent, licet ignoret habere filium. Tertio modo limita & intellige, quando legata vel fideicommissa sunt prophana: secus tamen si pia pro anima; quia debentur. Quarto modo, quando Testator prædicta legata vel fideicommissa reliquit extraneis personis: secus verò si conjunctis. Quinto modo, quando unicum tantum filium haberet: quem præterisset ignoranter: secus

tamen si plures filios haberet, & unum eorum ignoranter præterivit. Sexto modo, si legata essent magna; secus verò si parva & modicæ quantitatis; quia verisimiliter potest præsumi, quod etiamsi testator sciret filium habere, legaret & relinqueret: argumento text. cum communi opinione, in *leg. Tale pactum. §. fin. ff. de Pact. cum simili. & in leg. Cum alienam. Cod. de Legat. & in expresso ita tenet & declarat Bald. in leg. Titius. ff. de Liber. & posthum. idem Bald. in leg. Filio præterito. ff. de Injust. rupt. 2. col. idem Bald. in *dict. Authentic. Ex causa. Cod. de Liber. præ. 4. col. num. 8. & ibi Alexand. 10. col. & alii moderni.**

Sed his non obstantibus, ego teneo contrariam sententiam; imò quod omnes prædictæ limitationes non sunt veræ, nec procedant, sed indistinctè hoc casu annullentur & irritentur legata & fideicommissa, quia dispositio Testatoris deficit ratione præsumptæ voluntatis, & ex defectu consensus. Ex quibus infero maximam & singularem declarationem ad nostram *leg. 24.* qua cavetur, quod rupto testamento ex causa præteritionis, vel exhæredationis, conservetur melioratio: ut intelligatur & procedat, quando filius est præteritus scienter: secus verò si ignoranter; quia non conservabitur, sed erit nullius momenti.

Secundò principaliter quæro, si legatum vel fideicommissum relinquatur ipsi filio præterito, vel exhæredato, an valeat & conservetur per *dict. Authentic. Ex causa.* rupto vel annullato testamento ad ejus instantiam & petitionem? Et videtur quod sic, quia dispositio prædictæ Authenticæ loquitur simpliciter & generaliter; ergo videtur quod etiam intelligatur & procedat in casu isto: Et in expresso ita tenent ibi Cyn. 5. col. post Din. & Antiquos, quos ipse refert: Paul. de Castr. in *leg. fin. ejusdem tit. fin. col. Angel. in Authentic. Ut cum de appellat. cognos. §. fin. collat. 8. fin. col.* Sed his non obstantibus, contrarium est tenendum, imò quod prædicta legata & fideicommissa non conserventur: quia aut filius petit legatum vel fideicommissum ante expugnationem testamenti, & videtur approbare illud, argumento text. in *leg. Parentibus. Cod. de inoffic. testam.* aut filius petit legatum vel fideicommissum post impugnationem testamenti, & repellitur tamquam indignus; quia ille qui iudicium testatoris impugnat, non debet ex eo aliquod commodum consequi: text. est in *leg. Quæsitum. ff. de Acquir. hæred. text. in leg. Papinianus. §. Meminisse. ff. de Inoffic. testam. text. in leg.*

Post

(h) Idem tenet Matienz. in *lege 8. tit. 6. lib. 5. Recopil. glossa 1. num. 1.* Anton. Gomez. ad *Legem Tauri.*

Post legatum. §. Si pater. & §. Qui principale. ff. de His quæ ut indign. text. in leg. Is qui contra tabulas. ff. de Vulgar. & pupill. text. in leg. In servitute. §. Si quis bonorum possessionem. ff. de Bonis libertor. text. in leg. Sub conditione. 18. vers. fin. ff. de Bonor. poss. contra tabul. text. in leg. Filium. §. Omnibus. ff. de Legat. præstandis. text. in leg. Alia. Cod. de His quibus ut indign. text. in cap. Ex eo. de Regul. juris, in 6. Et in expresso isto fundamento & consideratione istam sententiam & conclusionem tenet Bart. in dist. Authentic. Ex causa. 9. column. num. 19. post Marsil. & alios Antiquos, quos allegat: & ibi Bald. pen. column. Salyc. 7. column. num. 14. Jas. 9. column. num. 14. & communiter alii DD. Idem Bart. in leg. Filio præterito. ff. de Injust. rupt. 7. col. num. 13. & ibi Joan. de Imol. 16. column. idem Bart. in l. Filium. §. Omnibus. ff. de Legat. præstand. Angel. in leg. fin. Cod. de Liber. præter. & ibi Fulgos. 2. column. Alex. fin. column. qui dicit hanc esse comunem opinionem: Jas. fin. column. in fin. qui similiter dicit, hanc esse comunem opinionem. Ex quibus etiam infero aliam singularem & necessariam declarationem ad nostram leg. 24. qua cavetur, quod rupto vel annullato testamento ex causa præteritionis, vel exhæredationis, conservatur melioratio: ut intelligatur, quando melioratio est relicta filio instituto: secus si relinquatur ipsi filio præterito, vel exhæredato, qui expugnavit testamentum patris; quia tunc non conservabitur prædicta melioratio: & ita tenet in præsentibus egregius Doctor Palac. Rub. 3. column. num. 7. & Didac. de Castell. 2. column. (i)

4 Tertio principaliter quæro: Si pater vel mater instituit aliquos filios hæredes, & unum præterivit, vel exhæredavit, & alterum tertium & diversum in Tertio & Quinto melioravit per viam institutionis, dicendo *Talem filium meum instituo in tertio & Quinto bonorum*, vel per alia verba directæ institutionis, & postea filius præteritus vel exhæredatus annullat vel rumpat testamentum? an omnes æqualiter succedant ab intestato in sua Legitima, & ultra hoc filius melioratus habeat integram meliorationem Tertii & Quinti? Et videtur quod sic per prædicta, cum ipse non fuit causa nullitatis vel rupturæ testamenti per nostram legem. Sed contrarium tenet in præsentibus Palac. Rub. 2. column. num. 5. vers. Tertio pone. & 4. column. num. 8. vers. Accedo nunc ad tertiam casus positionem.

Imò, quod in totum annulletur & irritetur: quia cum sit relicta talis melioratio per viam institutionis, necessariò sequitur quod debet rumpi vel annullari in totum, per text. cum materia in dist. Authentic. Ex causa. ubi expressè disponitur, quod rupto vel annullato testamento ex causa præteritionis vel exhæredationis, irritum est testamentum quantum ad institutiones, licet cætera remaneant firma: Sed ista melioratio est relicta per viam institutionis: ergo revocetur: & nullo modo conservetur, & tantum succedant æqualiter ab intestato. Sed salva pace tanti D. ego teneo contrarium, imò quod melioratio conservetur, & quod iste filius melioratus succedat ab intestato in sua Legitima, & insuper per viam prælegati & fideicommissi fiat sibi restitutio residui usque ad valorem Tertii & Quinti: quia dispositio patris vel matris erga filios, etiam respectu solemnitatis invalida, debet ab intestato servari: (k) Item etiam quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacite apposita clausula codicillaris, quæ facit actum valere omni meliori modo quo possit, & per consequens operatur ut major pars & portio quam Legitima, filio relicta vel assignata in testamento, restituatur sibi ab intestato per cohæredes per viam prælegati & fideicommissi: argumento text. in leg. fin. Cod. Fam. ercisc. & tenet Glossa ordinaria singularis & unica in leg. Cohæredi. §. Cum filia. ff. de Vulgar. & pupill. & ibi communiter DD. ut dixi supra ista leg. Ergo in nostro casu & quæstione, licet filius melioratus succedat ab intestato unà cum aliis fratribus, tamen per viam prælegati & fideicommissi alii fratres tenentur sibi restituere residuum Tertii & Quinti: non quod habeat integram Legitimam, & insuper Tertium & Quintum, quia repugnaret voluntas defuncti; sed quod in effectu habeat Tertium & Quintum, succedendo ab intestato.

Quartò principaliter quæro: Si pater vel mater instituit aliquos filios hæredes, & unum præterivit vel exhæredavit, & alterum in Tertio & Quinto bonorum melioravit per viam legati vel fideicommissi, dicendo: *Melioro talem filium meum in Tertio & Quinto bonorum meorum*, vel *Lego filio meo Tertium & Quintum bonorum*: an hoc casu, si filius præteritus vel exhæredatus annullavit vel rupit testamentum, alter filius melioratus succedat ab intestato æqualiter cum aliis fratribus, & insuper ha-

(i) Tellus Fernand. num. 3. Gregor. Lopez in leg. ult. tit. 8. part. 6. verb. Mandas, in princip. Matienz. in l. 8. tit. 6. lib. 5. Recopil. glos. 1. num. 6. Aceved. ibid. in fin. Tellus Fernand. hic n. 3.

(k) Ita tenet Matienz. in leg. 8. tit. 6. glossa 1. num. 7. & 8. Aceved. ibidem num. 3.

habeat integram meliorationem Tertii & Quinti, ex eo quod non fuit relicta melioratio per viam institutionis, sed per viam legati & fideicommissi? Et videtur quod sic: argumento text. cum materia in dist. Authentic. Ex causa. & in nostra leg. 24. Taur. & in expresso ita tenet & declarat in præsentibus Palac. Rub. 6. column. numer. 14. versic. *Vel pone casum aliter & quarto.* (l) Sed salva ejus pace, similiter isto casu ego teneo contrarium; imò quod talis filius melioratus habeat Legitimam ab intestato, & insuper illud plus & residuum usque ad complementum Tertii & Quinti, quod tenentur alii fratres sibi restituere per viam prælegati & fideicommissi: argumento supra proxime quæst.

Advertendum tamen, quod in casibus, in quibus legata & fideicommissa sunt relicta in codicillis, vel conservantur virtute clausulæ codicillaris, vel ex causa præteritionis vel exhæredationis, vel ex qualibet alia causa, semper requiritur additio hæreditatis, saltem ab intestato: ista est Glossa singularis & unica in leg. Qui filio. §. Servus. ff. de Hæred. institut. glossa penultim. in fin. & ibi notat & commendat Bart. & communiter DD. & eam reputat singularem & unicam Bald. & Angel. Notat etiam & commendat Bald. in leg. Eam quam. Cod. de Fideicom. 2. column. & ibi Paul. 2. column. in fin. Jas. 6. column. num. 13. Bart. Bald. Cuman. & alii DD. in leg. Si quis cum nullum. §. fin. de Jure codicill. illam etiam reputat singularem Bald. in Authentic. Ex causa. Cod. de Liber. præter. 2. oppos. num. 25. & ibi communiter alii DD. idem Bald. in leg. fin. Cod. de Testament. manum. Ang. de Aretin. in §. fin. Instit. de Codicill. Pro qua Glossa & communi opinione est text. formalis & expressus in l. 2. ff. de Fideicommissar. libert. quem ibi ad hoc notat & commendat Jacob. de Aret. Bart. Alber. & communiter DD. antiqui. Cujus ratio est, quia hæres non potest obligari nisi ex quasi contractu, qui inducitur per additionem hæreditatis, ut in l. Apud Julianum. §. fin. ff. Ex quibus caus. in poss. eatur. & in §. Hæres. Instit. de Oblig. quæ ex quasi contr. nasc. Item quia ubi non est obligatio passiva, non potest activa deduci in iudicio, ut in leg. In tribus. ff. de Judic. Item quia hæreditas jacens non obligatur, quia representat personam defuncti, non verò hæredis; defunctus enim non tenetur ex proprio legato, ut in leg. Legatum. la. 2. ff. de Legat. 1. & in leg. Legatum. ff. de Le-

gat. 2. Ex quo videtur inferri singularis intellectus & declaratio ad leg. 1. tit. 2. lib. 5. Ordinem. ubi disponitur, quod licet in testamento non sit aliquis hæres institutus; vel dato quod sit, non adierit hæreditatem, debentur & conservantur legata & fideicommissa, & omnia alia contenta in testamento: ut intelligatur, quod his casibus saltem requiratur additio hæreditatis ab intestato per supra dicta.

Sed ego firmetur teneo contrarium, imò quod hodiè omninò valeant & teneant, & conserventur, nulla facta additione ex testamento, nec ab intestato, per prædictam legem Regiam, quæ apertissimè hoc probat: & idem dixi & tenui in materia juris communis, cap. 5. numer. 8. Confirmatur, quia leges hujus Regni procedunt generaliter attenda veritate, & intentione disponentis potius quam ex juris subtilitate: argumento text. in leg. 3. tit. 8. lib. 3. Ordinem. Item etiam confirmatur, quia per novam legem vel statutum bene potest induci, quod non adita hæreditate ex testamento, vel ab intestato, debeantur legata & fideicommissa, & omnia alia per testatorem disposita: argumento text. in leg. Hæreditas etiam. vers. fin. ff. de Petit. hæred. & ibi expressè notant & commendat Bald. Angel. Paul. & communiter DD. text. in leg. Quintus Mutius. ff. de Annis legatis. text. in leg. His consequenter. §. Sed & cum monumentum. ff. Famil. ercisc. text. in leg. final. §. Illo videlic. Cod. de Necessar. serv. hæred. instit. & in expresso tenet Bald. in l. 1. Cod. Si quis omiss. caus. testament. final. column. num. 9. Alex. in leg. 1. ff. de Legat. 1. 10. column. num. 24. & ibi Jas. 19. column. n. 19. Nec obstant fundamenta, & quidem urgentia, in contrarium adducta, quibus approbatur difficultas, imò impossibilitas conveniendi, cum nulla reperitur persona obligata: Quia respondeo, quod facta additione ex testamento, vel ab intestato, clarè procedit nostra conclusio: nulla verò facta additione, posset procedere & habere locum Fisco adeunte, cui bona sint applicata, tanquam vacantia; Fisco verò non adeunte, competeret officium Judicis, quod nullam præsupponit obligationem, ut in leg. Qui per conclusionem. §. fin. ff. de Action. empt. cum similiib. Vel meliùs & clarius dico, quod daretur curator bonis, & sic hæreditati jacenti, qui possit conveniri à creditoribus: argumento text. in l. 1. & per totum, ff. de Curatore bonis dand. & ibi Glossa ordinat. & commun. DD.

TEXT.

(l) Idem etiam tenet Castell. glossa 1. verb. Pro solutione. Matienz. in leg. 8. tit. 6. glossa 1. num. 8. lib. 5. Recopilation.