

conf. 146. n. 6. eod. vol. Corn. conf. 18. in littera T. lib. 2. & conf. 137. in littera A. eod. vol. & conf. 168. in littera B. eodem vol. Ripa de peste, in privileg. contractuum, n. 12. Paris. conf. 51. n. 13. lib. 3. Bello conf. 14. n. 3. Joan. Dilect. de arte testam. tit. 2. caut. 2. post n. 2. & intellige, quod hæc conclusio locum habet in terris Ecclesie, non solum in foro ecclesiastico, sed etiam in foro temporalis, ut statim dicam. Et licet Fulgof. conf. 29. n. 1. & 2. dicat, quod hæc opinio non est communiter approbata, & quod imò contraria opi. est communis, quod scilicet in terris subjectis temporali jurisdictioni Ecclesie, non valet testamentum in non pias causas conditum, nisi servata solemnitate juris civilis: credo, quod de hoc dicto Fulg. parum sit curandum, cum fere omnes Doctores teneant contrarium, ut videri potest. Et hæc etiam communis opi. est consuetudine roborata, ut dicit Imel. in d. c. cum esses, n. 13. & sic non efficit iudicando aut consulendo ab ea recedendum. Extra vero terras Ecclesie, & sic in terris Imperii, non habet locum dispositio d. c. cum esses, sed omnino debent intervenire septem testes. Ita volunt communiter Doctores, ut dicit Corn. conf. 161. col. 3. littera H, lib. 4. & hæc opinio videtur de generali consuetudine roborata, ut dicit Bertran. conf. 178. in fi. lib. 3. in 2. parte. Quod tamen intellige, ut procedat in foro seculari: nam in foro ecclesiastico, etiam in terris Imperii, servatur dispositio d. c. cum esses, ut statim dicam. Et sic ex his omnibus collige conclusionem, quod dispositio d. c. cum esses, est observanda in foro ecclesiastico, ubique, & in terris Ecclesie in utroque foro. Et hæc est communis sententia, teste Corn. conf. 31. in littera B, lib. 2. & conf. 168. in littera B. eod. vol. & conf. 157. in littera A. lib. 4. à qua non recedas in practica: quia quantum ego vidi, apud omnes ita servatur sine controversia. Bene verum est, quod illi duo testes, qui debent ultra parochianum intervenire, debent esse idonei, & sic omni exceptione majores. Et hæc est communis opin. ut dicit Alexand. conf. 177. post. nu. 4. versio. Secundo respondet, lib. 2. de qua non videtur dubitandum, ex quo ipomet e. cum esses, dicitur, personis idoneis, &c. Quis tamen dicatur testis idoneus? dixi supra lib. 2. §. testis.

Sed pone aliquis fecit testamentum, in quo adhibuit quatuor testes idoneos, non tamen aderat sacerdos parochianus: nunquid isti duo testes adhibiti ultra alios duos, supplebunt absentiam parochiani, ita, ut testamentum valeat perinde, ac si ipse parochianus una cum duobus testibus adhibitis fuisset, juxta dispositionem d. c. cum esses? Respond. quod sic. Ita tenet Specul. de infirm. editio. §. compendiose post. nu. 12. & hæc opin. dicit esse magis communiter approbatam Bertran. conf. 41. n. 6. lib. 3. in 2. parte. Et dixit Alexand. conf. 105. n. 15. lib. 4. quod ita tenent communiter omnes. Hanc etiam opi. attestatur esse communem Decian. conf. 284. n. 8. quem refert, & sequitur Bello. conf. 14. post. nu. 3. & Didacus in d. c. cum esses, n. 13. Paris. conf. 31. post. n. 15. lib. 3. Et licet hæc opin. forte in puncto Juris non transeat sine difficultate; tamen propter auctoritatem Doctorum illam tenentium, credo quod in practica obtineret; neque ego audeam consulendo, aut iudicando, ab ea recedere, ubicunque essemus in foro Ecclesiastico, vel etiam in utroque foro in terris Ecclesie. Et quamvis Corn. conf. 77. in littera D, lib. 1. & conf. 137. in littera C, lib. 2. dicit communem opinionem esse, quod in ultimis voluntatibus in quibus non intervenit presbyter proprius testatoris, remanet jus civile immutatum, & quod ita observatur in practica; nihilominus ex supra allega-

tis apparet magis communem opinionem esse in contrarium. Pro qua facit, quia semper plus creditur duobus testibus, quam uni, quantacunque dignitatis sit. Si ergo sufficiunt duo testes cum parochiano, id. e. cum esses, multo magis sufficient quatuor testes.

Sed quid si duo tantum testes in testamento intervenierint sine parochiano, nunquid tale testamentum valebit de jure canonico, & secundum quod dicitur, quod in ore duorum, vel trium fiat omne verbum? Respon. aliqui dixerunt, quod sic, & hæc opin. dicit esse communem Bald. conf. 404. libro 4. prout illum refert Joan. Dilect. de arte testandi, tit. 2. caut. 2. num. 4. Ego non reperio illud conf. Bald. quia forte allegetur secundum aliam impressionem. Sed quidquid dicit Bald. contraria opinio est verior, scilicet, quod ultra duos testes debet etiam parochianus intervenire: & est etiam magis communis, ut attestatur Imola in d. c. cum esses post. nu. 13. & quia res est nimis clara, stultus esset, qui ab hac sententia recederet in practica.

ADDITIONES.

(a) Sed quero, quid de jure canonico, an minor numerus testium sufficiat. An tamen quatenus jure canonico testamentum, coram duobus sive quatuor testibus factum, valeat, præter Clarum hic nostrum, & ab eo allegatos, diligenter explicat Fernand. Vasqu. de success. creat. lib. 3. §. 21. nu. 1. Dominicus de Magdal. in tractat. de num. test. in testam. regulis, part. 2. cap. 8. nu. 9. & seq. Michael Grassius lib. 1. recep. sentent. §. testamentum, q. 56. Iosephus Mascardus in tractat. de probationibus vol. 3. conclusio. 1352. nu. 28. cum seq. & Joannes Dauth. in tract. de testamentis, sub tit. de testibus testamentar. n. 426. HARR.

QUÆSTIO LVIII.

SUMMARIA. EX CLARO.

- 1 Requiritur testes in testamento adhibitos esse rogatos. Et quid in testamento nuncupativo. ibid.
- 2 Et quid in testamento ad pias causas.
- 3 Et quid in testamento condito inter liberos.
- 4 Et quid in testamento militis.
- 5 Et an sufficiat testes esse rogatos ab alio quam à testatore.
- 6 Et an testes in dubio presumantur rogati.
- 7 Et an requiratur etiam Notarium e. c. de ipso testamento rogatum.

Ex Additionibus.

- 1 In testamentis faciendis an, & quatenus testes rogatos esse oporteat, remissive.
- 2 Utrum in dubio testes presumantur rogati.
- 3 Quomodo testium rogatio probetur.
- 4 An in dubio rogatus Notarii presumatur.

Non sufficit in testamento septem testes idoneos adhibitos fuisse, nisi etiam appareat illos, ut in testamento intererant, fuisse (a) rogatos. Est de hoc tex. expressus in l. hæredes palam §. in test. ff. de test. Licet enim regulariter in aliis actibus humanis non requiratur, quod testes sint rogati. l. ad fidem. ff. de testibus, & dixi supra lib. 2. §. testis, tamen in testamentis, in quibus, ut sæpe dictum est, maximus subest timor fraudis & falsitatis, voluit lex adhiberi testes non fortuitos, sed ad id in specie rogatos, ut diligentius ad omnia animadvertirent. Et hæc quidem conclusio satis de plano procedere videtur in testamento in scriptis confecto l. hæc subtilissima, in pr. C. de test. Sed quid in nuncupativo? Resp.

Resp. quod pariter in nuncupativo debent testes esse rogati: & hoc sive hujusmodi testamentum nuncupativum fuerit sine scriptura confectum, sive etiam fuerit in scriptis redactum. Ita tenet gl. in §. si in verbo, adhibitis. Insti. de test. & est communis opin. ut dicit Boer. decif. 34. num. 8. Nulla enim (iudicio meo) subest in hoc concludens ratio differentie, inter testamentum in scriptis, & nuncupativum. Et quia hæc opin. notissima consuetudine ubique approbatur; non est aliquo modo de ea dubitandum.

Quero, an in testamento conditio ad pias causas requiratur, quod testes sint rogati? dixi supra q. 6. vers. Secundo inferitur.

Quero etiam quid in testamento condito inter liberos? dixi supra q. 8. vers. 3. Tertio inferitur.

Item quero, quid in testamento militis, an scilicet in illo sit necessarius rogatus testium? Respon. quod sic. Text. est in l. hæc. ff. de test. milit. & est communis sententia, ut ait Natta in repet. §. imperfecto, post. n. 164.

Scias tamen, quod non requiratur ad testamenti validitatem, quod testes sint rogati ab ipsomet testatore: sed sufficit, quod sint rogati à Notario, vel etiam ab alio extraneo, presente tamen, & patiente ipso testatore. Ita colligitur ex gl. in Auth. rogati. in gl. 1. C. de testib. & est communis opin. ut dicit Jas. in l. hæc. subtilissima, in princ. post. nu. 2. vers. & debent. C. de testam. & ita etiam observat consuetudo, ut dicit Jas. in l. servi electione, nu. 41. ff. de l. 1. Ita etiam tenere Doct. affirmat Jac. de Ravenna in §. sn. Insti. de test. quem refert Soc. in l. si quis ita, n. 3. de rebus dubiis, subdens hoc esse notandum, quia alias fuit multum dubitatum super hoc. Et ita fuit consultum per omnes Doct. Italice, & ideo ab hac sententia nullo modo esset in practica recedendum. Reperio tamen, quod Bauer. in §. sed hæc quidem post. nu. 41. Insti. de test. videtur affirmare contrariam sententiam esse magis communem: quod si testes ab ipsomet testatore, & non ab aliquo alio debeant esse rogati. Sed, ut ex prædictis colligitur, proculdubio in hoc Baue. deceptus est. Propterea à priore sententia non recedas, quæ verior est & communior, æquior, & consuetudine roborata.

An autem (b) testes in dubio presumantur rogati, & quomodo (c) probetur rogatus testium, dixi supra lib. 2. §. testis.

Quod vero dictum est in testibus, idem dicendum est in Notario. Ad hoc enim, ut Notarius possit de ipso testamento conficere instrumentum, requiritur, quod & ipse sit de hoc à testatore rogatus. Ita dixit gl. in §. nos autem, in verbo, Injurgator. in Auth. de rebellio, quam dicit esse communiter approbatam Soc. jun. conf. 178. num. 3. lib. 1. & ita videmus quotidie observari. Hoc tamen locum non habet in testamento condito inter liberos, ut dixi supra q. 8. vers. 3. inferitur.

An etiam in dubio (d) rogatus Notarii presumatur, dixi supra lib. 2. §. Notarius.

ADDITIONES.

(a) Fuisse rogatos? Item t quod septem testes, qui requiruntur in testamento rogati etiam debeant, communem dicit Rol. conf. 33. nu. 3. vol. 3. quod etiam dixi in collect. mea commun. opin. in verbo, testis, ubi addidi res. cum trib. fullentis, nu. 62. & nu. 63. & 64. postui de communi, & magis communi opi. An f. sufficiat testes esse adhibitos, esto, quod haud constaret illos fuisse rogatos. Adde etiam atque vide pro opin. negativa, quæ uti ibid. videtur magis communis, per Diaz. reg. 751. ubi citat Jas. limitantem quatuor modis in l. sciendum ff. de ver. oblig. Item quod testis rogatus à testatore ex quo ejus fides fuit approbata, haud possit

postea reprobari, dixi supra sub q. 46. in fin. GIACH. Nisi etiam appareat, illos, in testamento intererant, fuisse rogatos. De hac t questione, & quatenus in testamentis faciendis oporteat testes esse rogatos, post Clarum nostrum, & alios latissime differant Michael Grass. lib. 1. recep. sent. §. testamentum, q. 38. Mascard. in tract. de probatio. vol. 3. concl. 1354. Nic. Reufin. in tractat. de jure testam. p. 3. c. 11. HARR.

An autem testes in dubio presumantur rogati, nisi quod testes in dubio non presumantur rogati, nisi expresse illud appareat, communiter DD. tenent. Cynus, Alex. Bart. Bald. & Jas. in l. hæc. subtilissima, 21. C. de testam. Rolandin. in rubr. de testa. n. 10. & 11. Mantie. de conjectur. ult. volunt. lib. 2. tit. 11. Mascard. d. concl. 1354. nu. 8. & cum seqq. Reufin. d. p. 3. c. 11. nu. 9. aliquæ complures, ab his citati: anud quod limitationes nonnullas istius conclusionis videre licet. HARR.

Et quomodo probetur rogatus testium? Communis t conclusio est, quod duob. saltem testibus probari possit testes fuisse rogatos, secundum Bald. in l. comparationes. 10. C. de fide instrumentor. & in l. a. C. de bon. post. secund. tabul. & Grass. §. testamentum, q. 38. n. 6. Et ideo productos testes ad testimonium perhibendum, eo f. tempore, quo testamentum publicatur, oportet utrumque asserere: & quod præfentes, & quod rogati, hoc est, specialiter ad hoc requisiti, actui intererant, notante Jas. in d. l. hæc. subtilissima, 21. in princ. nu. 2. C. de testa. & Rolan. à Valle conf. 38. nu. 4. lib. 1. Quod tamen intelligendum erit, nisi ex verbis necessario rogatus inferatur, ut quia ita subscripti: Ego subscripsi, & publicavi. Quoniam necessarium consequens est: illum rogatum fuisse: cum alias instrumentum publicum conficere non possit, ut bene animadvertit Grass. d. §. testamentum, q. 38. in fine. HARR.

An in dubio rogatus Notarii presumatur? Notarium t non presumi rogatum, nisi probetur, vel idem sum in instrumento testetur, tenent Innoc. Dec. & alii in c. 1. de fid. instrumentor. Alex. conf. 100. num. 9. vol. 2. Soc. jun. conf. 178. num. 3. vol. 2. Boer. decif. 8. nu. 11. vol. 3. & conf. 144. nu. 2. vol. 4. Boer. decif. 15. nu. 17. Gram. decif. 106. nu. 27. & Rolan. à Valle conf. 38. nu. 4. lib. 1. Quod tamen intelligendum erit, nisi ex verbis necessario rogatus inferatur, ut quia ita subscripti: Ego subscripsi, & publicavi. Quoniam necessarium consequens est: illum rogatum fuisse: cum alias instrumentum publicum conficere non possit, ut bene animadvertit Grass. d. §. testamentum, q. 38. in fine. HARR.

QUÆSTIO LIX.

SUMMARIA. EX CLARO.

1 Speciale testamentis est, ut requiratur, quod testes videant testatorem, & audiant ipsum loquentem.

Ex Additionibus.

- 1 Testamentum non, nisi coram testibus in conspectu testatoris presentibus factum, valet.
- 2 Verius magis oculata fide, quam per aures animis hominis inspicitur.
- 3 In testamento omnia aperte, & palam fieri expedit.
- 4 Facilius decipitur in auditu, quam visu.
- 5 Testamentum noctu factum, aut signatum, an, & quatenus valeat.
- 6 Testes in testamento adhibiti non faciunt fidem, si de auditu & non de visu deponant.

Licet alias in contractibus testes de auditu proprio probent, modo habeant notas voces contrahentium, ut dixi supra lib. 2. §. testis, tamen (a) in testamentis ob maximam suspicionem fraudum, quæ in illis quotidie committuntur, specialiter requiritur, quod testes videant (b) testatorem, & audiant ipsum loquentem. Text. est in l. si non speciali. C. de testa. & ita communiter tenetur per Legillas, ut dicit Abb. in c. ex literis, post. num. 5. de consuet. & dicit Corn. conf. 18. in lit. D, lib. 2. quod in hoc concordare videntur Doct. omnes. Hang

Hanc etiam dicit esse communem fere omnium sententiam Corn. conf. 166. in princ. lib. 3. Paris. conf. 33. n. 1. lib. 2. Rimin. in d. l. si non speciali, n. 3. Et ideo, si in testamento conficiendo esset cortina, vel paries inter testes, & testatorem, non valeret (c) testamentum, etiam si testes haberent notam vocem testantis. Ita concludunt communiter Doct. ut dicit Alex. in d. l. si non speciali, num. 6. Nec quicquam facit, quod gloss. in l. 2. §. idem Labeo, in verbo, Meminerim. ff. de acq. plu. arcent. tenuit contrarium, quia illa gloss. communiter reprobat, ut dicit Rip. ibi, quem refert, & sequitur Corn. conf. 200. in litera G, libro secundo. Porc. Instit. de testam. milit. in princ. post num. 8. Bayer. in §. Sed hac quidem, num. 4. in si. Instit. de testa. Nostri temporibus quaedam mulier sagax maritum, statim postquam exspiraverat, e lecto extrahi fecit, & alium pro eo supposuit, qui fenestris thalami fere in totum clausis, & capite pannis involuto, simulans se propter infirmitatem vix loqui posse, condidit testamentum, in quo uxorem instituit haeredem, & aliis personis diversis legata reliquit: omnes testes credebant ipsum esse vere ejus maritum, quia quasi in extremis laboraret, & nisi mulier ipsa cum Notario, qui solus erat particeps fraudis, fuga sibi consulisset; credo, quod non evasissent poenam ultimi supplicii.

ADDITIONES.

- (a) Amen in testamentis. An hoc etiam in donationibus causa mortis, & codicillis requiratur, vide Matth. nota 115. Socin. conf. 130. volum. 1. Jas. conf. 26. vol. 1. Roland. conf. 82. nu. 22. & 23. vol. 1. GOVERN. (b) Videant testatorem. Etiam hic addit, quod testamentum non valet si testes haud videant testatorem, licet sint post aliquam cortinam circa lectum ipsius. Vide per Diaz. hanc reg. cum suis ampliatio. atque limitatio. reg. 729. Item quod pro forma, & validitate testamenti inductum sit, ut testes videant testatorem ratione fraudis evitanda, atque falsitatis, que de facili committi potest, si testes solum audierint testatorem, & non viderint, cum potuissent, supponi alius, qui testatoris vocem potuisset simulare, & fingere; vide in collecta. mea commun. opin. verb. test. num. 32. & 33. ubi communem hanc ampliata, atque limitatam remissive posui. GIACH. Specialiter requiritur, quod testes videant testatorem, & audiant ipsam loquentem. Testes non solum audire testatorem, sed & videre debent: alioqui nisi testes in conspectu testatoris palam testimoniorum officio functi sint, nullo jure testamentum valet, l. si non speciali. 9. C. de test. Eiusque ratio est pericula: tum quia si veritas magis oculata fide, quam per aures animis hominum insiguitur, §. ult. ibique gl. Instit. de gradib. cognat. 3. Tum quia si in testamento omnia palam, & aperte fieri expedit in conspectu testatoris, ne fraus, & falsitas aliqua locum inveniat, l. heredes palam. 21. ff. qui testam. fac. poss. Angel. in d. l. si non speciali. 9. n. 3. C. de testam. Idque eo magis, quod non tantum in testamento mutari interdum solet vox propter infirmitatem, secundum Bald. in l. 2. §. Idem Labeo. nu. 4. ff. de aqua. plu. arcent. sed etiam quod vocem alienam proclive sit quibusdam imitari instar hyemae; multoque facilius quis decipi queat in auditu, quam visu juxta Cicum in d. l. si non speciali. 9. C. de testam. Unde primo inferitur: testamentum quod noctu factum absque luminibus & in tenebris, quia potestas conficiendi testatoris non fuit data, minime valere, per notata Jas. conf. 30. lib. 3. Gabr. ad adlit. Math. sing. 124. & Doctorum in l. non minorum. 10. in verb. secunda hora noctis, C. de transactionibus. Onamys enim testamentum nocturno tempore facere, & signate permittit sit. l. ad testum. 22. §. penult. ff. qui testam. fac. poss. nequaquam tamen hoc facere licet sine luminibus, & in tenebris; in quib. plerumque falsum fraudantur: propterea quod qui male agit, odit lucem. c. consuevit. 27. post medium, ex. de inoffic. & por. in l. delo. Deinde inferitur: testes si in testamento adhibitos, si interrogati de causa scientie respondeant,

se scire, quia audiverint, nihil probare; sed omnino opus fore, ut se scire dicant, quia ipsi viderint, allerere Baldo in l. divus 24. nota. 6. ff. de testam. milit. Hanc rem explanatius pertractant Mich. Grass. lib. 1. recept. sentent. §. testamentum, quafi. 59. nu. 4. cum seqq. & Nicolaus Ruffnerus in tract. de test. part. 3. c. 13. per totum. HARP. (c) Non valeret testamentum. Amplia etiam, quod speciali privilegio concedi haud potest per Principem, quod valet isto singulari fundamento; quia Princeps non potest naturalem rationem inmutare, secundum communem Doctorum sententiam in l. si non speciali. C. eod. quod tamen fallit urgente necessitate, puta ob sevisimum merorem pennis tunc vigentis: cuius tunc testamentum valet, tamen factum extra conspectum testium mediante pariete; non ex privilegio, sed ex necessitate cogente. Vide per Mari. Angul. conf. 126. nu. 8. cum multis seq. GIACH.

QUESTIO LX.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1. Duo an possint in eadem charta conjunctim facere testamentum. Ex Additionibus.

- 1. An, & quatenus duo versentur testamenta in pupillari substitutione. 2. Testamenta ex numero hereditatum non distinguuntur. 3. Paterni testamenti pars, & sequela est substitutio pupillaris. 4. Si patris, & filii testamentum diverso tempore sit factum: solemnitas in utroque intervenire debent.

Occurrit etiam in hac materia pulchra quaestio, nunquid duae personae possint conjunctim in eadem charta facere testamentum, & se invicem instituire, & de bonis suis disponere? Respond. quod sic (a): Et est communis opin. ut ait Bello. conf. 85. num. 9. erunt (b) tamen quasi duo testamenta separatim facta. Sed haec raro contingunt.

ADDITIONES.

- (a) Respond. quod sic. Et hanc mutuum institutionem non esse captatoriam, neque una revocata alteram revocatum censeri, scribit Alciat. l. licet inier, num. 56. C. de pact. GOVERN. (b) Erunt tamen quasi duo testamenta separatim facta. Hic addendum: quod licet in pupillari substitutione duo quodammodo videantur versari testamenta: unum patris, alterum filii: propterea quod pater proprium haeredem habeat; & filius itidem proprium habeat haeredem; adeoque haereditas patris ab haereditate filii separaretur, l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberit. §. ff. de inoff. testam. l. in duplicibus 79. ff. ad leg. Falc. l. 1. §. i. ff. si cui plus quam per l. Falc. C. l. 2. §. interdum. 2. ibi, ex secundis tabulis, & l. si filius 11. ff. de vulgar. & pupill. substit. §. igitur 2. Instit. de pupill. substit. probabilius tamen sit, testamentum non ex numero hereditatum distingui, sed proprie, ac vere unum testamentum paternum censeri: cuius pars aliqua sit & sequela five appendix substitutio pupillaris, vel testamentum pupillare liberis §. Instit. eod. Hinc est, quod utrumque ab uno, & eodem testatore fiat, & una eademque solemnitas utrique sufficiat, nempe septem testes, septemque sigilla, l. patris §. & filii 20. ff. de vulgar. & pupill. substit. quod una tantum Falcidia de utroque detrahat l. in ratione 12. quod vulgar. ff. ad l. Falcid. d. l. 1. §. 1. ff. si cui plus, quam per l. Falcid. C. quod scripti in patris, & pupillari testamento pro

pro conjunctis habeantur, l. plane 34. §. sed in pupillari 10. ff. de legat. l. l. coheredi. 41. §. coheres, 6. ff. de vulgar. & pupill. substit. quod denique unam ex uno, five paterno, five pupillari testamento, haereditatem capiendi, alteram ex altero repudiare non possit substitutus, sed utramque, vel acquirere, vel omittere cogatur, l. sed si plures 10. filio 2. ff. eod. 4. Sane si diverso tempore utrumque, & patris, & filii testamentum sit factum: legitimus numerus testium, & reliqua solemnitas in utroque intervenire debent, ut evincitur ex l. si quis cum, 16. §. ff. de vulgar. & pupill. substit. ibique in suis commentariis docet Francisc. Duaren. c. 14. §. quartam est, vers. sed an sufficiat una solemnitas, &c. HARP.

QUESTIO LXI.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1. Voluntatem testatoris pro lege haberi. Ex Additionibus. 1. Voluntatem testatoris pro lege valet: eamque servari publice expedit. 2. Nihil est in actis privatis testamento gravius. 3. Suprema morientium judicia à dolo, & fraude remota. 4. Mortis solatium maximum, ultra mortem voluntas. 5. Testatoris voluntas servanda dummodo contra leges non disponat. 6. Nemo facere potest, quin leges in suo testamento locum habeant. 7. Testator non potest uti clausula non obstantibus legibus. 8. Testator legans alicui centum, non potest haeredem gravare ut interea, donec solvat, usuras praestet.

Idem est, quae solemnitates in testamento requirantur. Nunc de ipsius testatoris dispositione videamus: & vulgaris quidem est regula, quod in quolibet actu humano duo praecipue considerantur: Potestas scilicet, & voluntas. In primis ergo videndum est quid testator in suo testamento facere possit, deinde de ejus voluntate conjecturanda nonnulla subjiciemus. In hac autem materia facienda est generalis conclusio, quod voluntas testatoris (a) pro lege habetur. Textus est vulgaris in §. disponat, in Auth. de nuptiis, cum similib. quam tamen intellige, ut procedat in his, quae ab ipsius testatoris voluntate dependent. Caeterum non potest testator facere, quod minus leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest. ff. de legat. 1. ita dicit gloss. in verbo, Cautione, C. de usu, & habita. quam dicit esse communiter approbatam Socin. jun. conf. 115. num. 1. lib. 1.

ADDITIONES.

- (a) Voluntatem testatoris. Hic adverte, quod voluntas testatoris dicentis se velle notarium de illa esse rogatum, licet per testes proberet, nisi tamen per notarium in scriptis solemniter sit redacta, haud valet; communem dixi in collecta mea commun. opin. in verb. voluntas, nu. 5. GIACH. 1. Voluntatem testatoris pro lege habetur. Testatoris voluntas pro lege habetur Novell. 22. cap. 2. eamque servari, & exitum fortis, publice expedit l. vel negare §. testamentum quomodocumque aperiant. l. hereditas. 50. in fin. ff. de port. heredit. l. 1. in princ. ff. si quis omisit. caus. test. C. l. 1. C. de sacrosanct. Eclesi. Huicque pertinet, quod M. Cicero Philipp. 2. scripsit: nihil t esse in actis privatis gravius testamento; adeo, ut lex XII. tab. antiquissima, uti quisque rei suae legasset, ita jus, id est, legem esse jubeat. Sic enim hanc legem explicans Theophilus in principio sir. Inst. de leg. Falcid. (inquir) quo-

quomodo quis de re familiari sua disposuerit, ita lex esto. Neque sane illud immerito. Solent t etenim & sana cum primis, & ab omni remota esse ludo doloque suprema momentium judicia, & quaei elogia: & in testamentis nota plerumque patent peccata: remissive officiorum iudicibus pessimis, spe, metu, voluptate; sola in istdem locum habet honestas, & veritas. Neque majus solitum mortis solatium esse videtur, quam voluntas ultra mortem, uti notant Nicolaus Reusner. in tract. de test. par. 1. cap. 6. nu. 6. cum sequenti. & Joan. O. class. §. adionum in pralud. pag. 288. Ideoque quod dixit & voluit testator, servandum est: nisi aperte sit contra leges, vel ratio juris ei occurrat, l. si quis, 12. §. ff. quis scripserit, 3. ff. de legat. 1. Nemo si quidem cavere potest, quominus leges in suo testamento locum obtineant, l. nemo. 55. ff. d. iis. veluti, si testando solemnitas iuris non observaverit; vel testamenti factionem non habuerit, si haeres, aut legatarius sit incapax: cum res legata non sit in commercio hominum, & nihilominus valere iussit, quoniam sunt de substantialibus: quemadmodum testatur Holognet. num. 29. & DD. communiter in d. l. nemo, 55. ff. de legat. 1. Hinc inferitur, quod testator non possit uti clausula illa, non obstantibus legibus, ad tollendam formam legis: five hoc fiat per modum directum, five per indirectum. Ita tenent Bald. Ripa. & Jas. in d. l. nemo. Fernand. Valsq. de success. creat. §. 6. n. 2. Quod diligenter notandum: quia solent testatores in suis testamentis subjicere ejusmodi clausulas, quibus prohibent, ne quis impugnet testamentum contra leges factum; & contra facientem proculsus excludunt, tradente Grassio. li. 1. recep. sentent. §. testamentum, quafi. 62. nu. 2. Hinc item inferitur, quod si testator legavit alicui centum, non possit haeredem gravare ad solvendum annuas usuras, donec legatum solverit, per notata Bar. in l. 1. in fin. de ann. legat. §. l. cum stipulam. 00. ff. de verbor. oblig. Alex. conf. 26. li. 4. Roland. à Valle conf. 55. n. 30. & 22. vol. 2. Anchar. conf. 89. Valsq. de §. 6. n. 19. & 23. hofq. referentis Grass. d. quafi. 62. n. 3. HARP.

QUESTIO LXII.

SUMMARIA.

EX CLARO.

- 1. Testator an possit prohibere Trebellianica detractionem. 2. Et an in codicillis. 3. Et an possit testator illam tacite prohibere. 4. Et an si usus sit testator verbis universalibus vel equipollentibus, conseauer detractionem Trebellianica prohibuisse. Ex Additionibus.

- 1. An testator hodie Trebellianica detractionem prohibere possit. 2. Falcidia & Trebellianica equiparantur. 3. Lex nona statuens aliquid de uno equiparatorum, etiam ad alterum pertinet. 4. Unumquodque ad naturam suam facile revertitur. 5. Legata, & fideicommissa jure XII. tabb. integre debebantur. 6. Lex nova, & correctoria, in qua ratio certa est expressa, eatenus extenditur, quatenus ratio locum habet. 7. Mens, & sententia Novell. 1. c. 2. §. 2. 8. Fideicommissa singularia legatis per omnia exaquareta. 9. An & quatenus hodie haeres cogi possit adire hereditatem, eaque ex fideicommissis restituere. 10. Equid codicillis Trebellianica prohiberi queat. 11. Num testator tacite Trebellianica detractionem prohibere possit.

Tu scis, (a) quod haeres gravatus per fideicommissum restituere haereditatem alteri, potest de ipso fideicommissio detrudere Trebellianicam, ut dixi

dixi supra hoc eod. libr. §. substitutio. Quaro, nunquid possit testator in testamento prohibere Trebellianicæ (b) detractionem? Hæc est terribilis, & ardua questio, in qua adeo varie fuerunt Scriben- tium sententiæ, ut aliquando vix discerni possit, quæ opinio esset magis communis. Sed omniten- do superflua, facias (c) conclusionem, quod tes- tator potest hæredi prohibere Trebellianicæ detrac- tionem. Ita tenuit gl. in §. sed quia stipulationes, in verbo. Licet. Infit. de fideicommiss. hæred. & ita magis communiter concluditur, ut ait Roman. conf. 206. nu. 5. in fi. Ita etiam magis communiter teneri at- testatur Alexand. conf. 29. post nu. 2. lib. 5. quem re- fert Cassiod. decif. 4. de testam. num. 1. Hanc etiam opin. dicit esse communem Imola in l. Marcellus in fi. princ. vers. Et per hoc etiam ff. ad Trebellian. quem refert & sequitur Benedic. de Perusio & vulgo Capra nominatis; confil. 36. circa princ. & confil. 83. vers. Circa secundum. Comensis confil. 26. nu. 3. Alexand. in d. l. Marcellus, in princ. nu. 8. conf. 67. (d) nu. 1. lib. 1. conf. 5. nu. 16. lib. 3. & conf. 201. nu. 15. lib. 6. referens idem attestari Paul. de Caslr. in Auth. sed cum testator. C. ad l. Falc. quem tamen in libr. meo id dicentem non reperio. Angel. Aret. in d. §. Sed quia stipulationes, nu. 3. Barbat. conf. 10. col. 10. lib. 4. quem refert, & sequitur Joan. Dilect. de arte testandi, tit. 5. caut. 31. n. 2. in fi. Aret. conf. 37. nu. 10. Rom. conf. 239. post nu. 3. Corn. conf. 207. litera H. lib. 2. Petr. Math. in rep. l. filium quem habentem nu. 107. C. fam. hercise. quem refert, & sequitur Jas. in d. l. Marcellus in princ. nu. 40. Bald. Nov. de dote, in 6. parte, privileg. 13. post n. 2. & in eadem 6. parte, privileg. 26. post nu. 1. Jas. conf. 84. post nu. 9. lib. 1. & conf. 89. post nu. 2. vers. Successive, eo. vol. & conf. 99. col. 5. vers. Transio ad secundum lib. 4. & conf. 156. nu. 5. eod. vol. & in d. l. filium quem habentem, post nu. 11. C. fam. hercise. Dec. confil. 81. nu. 3. Claud. in d. l. Marcellus in princ. ubi etiam dicit, quod hæc opin. servatur in præc. Bert. conf. 96. post nu. 1. lib. 1. in 2. part. & conf. 130. nu. 4. lib. 3. in 2. part. & conf. 144. nu. 2. eod. vol. & conf. 158. post nu. 7. eod. vol. & conf. 205. nu. 4. eod. vol. Gallaia in rep. l. centurio, post nu. 87. vers. Adverte itaque primo ff. de vulg. Picus in rep. l. in quartam, post nu. 101. vers. Secundo & fortius, ubi etiam subdit, quod ita solet teneri in scholis, & servatur etiam in practica, referens idem attestari Paul. de Castro, in l. 1. §. ad mancipium, ff. ad Trebell. qui tamen in libro meo hoc non dicit, Crot. in rep. d. l. nemo potest, num. 30. Probus in Apost. ad Joan. Mon. in c. si pater, num. 6. de testam. in 6. Gozad. confil. 45. n. 21. Ruin. conf. 37. num. 15. lib. 1. & conf. 77. n. 1. lib. 2. & conf. 111. n. 17. eod. vol. & confil. 160. nu. 11. eod. vol. Ripa in l. nemo potest, n. 44. & sequ. ff. de leg. 1. & in l. 1. in princ. post nu. 15. ff. ad Trebell. Cotta in verbo. Trebellianica licet. Soc. jun. conf. 131. post nu. 7. lib. 1. & conf. 127. num. 6. eod. vol. & confil. 170. post nu. 19. lib. 2. Joan. Ann. in rep. l. nemo potest n. 235. Paris. conf. 16. n. 58. lib. 2. & conf. 21. nu. 33. lib. 3. Et sic ex quo adfunt tot illustres Doctores attestantes de communi opin. Doctorum, & observantia, fatuus, & temerarius esset Judex, qui in practica auderet illam in du- bium (e) revocare.

2 Et hæc conclusio satis de plano procedit in tes- tamento: sed (f) quid in codicillis? dixi supra §. Codicillis.

Habet etiam hæc conclusio minus difficultatis, ubiqueque liquido appareat testatorem ita voluisse; puta, quia expresse dixit; Prohibeo hæredi meo detractionem Trebellianicæ: & hoc modo com- muni conclusionem esse, quod prohiberi possit, affirmat Paris. confil. 21. num. 34. lib. 3. Sed si hoc ex- presse non dixit, potest tamen ex ejus verbis

colligi, (g) eum ita voluisse, nunquid (h) di- cendum est, posse testatorem etiam tacite hæc Tre- bellianicæ detractionem prohibere? Respond. quod sic: & est communis opin. ut dicit Paris. in d. confil. 21. num. 35. Bellon. conf. 65. num. 2. Dicitur autem testator tacite illam (i) prohibere, quan- do verba apposta a testatore sunt hujusmodi, ut nil aliud possint importare, quam Trebellianicæ detractionem: & hæc etiam est communis conclu- sio, ut attestatur Bellon. in d. conf. 65. num. 3. quam tamen intellige secundum ea, quæ statim di- cam: nam ita absolute intellecta, non esset com- munis, nec vera.

Sed nunquid si testator usus sit verbis (k) uni- versalibus, vel æquipollentibus, censetur tacite Trebellianicam detrahi prohibuisse, puta si dixerit; Volo, ut hæres meus resiliat totam, & in- tegram meam hereditatem, vel sine aliqua diminu- tione, vel pleno jure, vel hujusmodi? Resp. in hoc articulo magna est inter Doctores alteratio. Aliqui enim tenentur, quod per hæc verba non censetur prohibita detraçtio Trebellianicæ. Et hanc opin. dixit esse communem Rom. conf. 239. post num. 3. Capra in d. confil. 36. in fi. & conf. 38. in fi. quem refert Gratus confil. 103. num. 14. lib. 2. Crotus in rep. l. nemo potest num. 35. ff. de leg. 1. ubi reprehendit Alex. qui dixerat contrariam opin. esse magis communem approbatam, Bertrand. conf. 148. lib. 3. in 1. parte. Bellon. confil. 65. num. 1. & confil. 97. num. 1. Contrariam vero sententiam, scilicet quod per hujusmodi verba universalia, vel æquipollentia censetur prohibita detrac- tio Trebellianicæ, dicit esse communem Alexand. confil. 5. post num. 15. lib. 3. quem refert, & sequitur Curt. jun. conf. 16. post num. 12. Ripa in l. cum filiofamil. num. 69. ff. de leg. 1. & in l. 2. §. sed & quoties, num. 5. ff. ad Trebellian. & Joan. Dilect. in d. caut. 36. num. 3. Cor. de Potestate regia in mate- ria Trebellianica in 2. dubio, num. 10. & sequitur Guido Papa decif. 537. post num. 2. Gallaia in rep. l. centurio, num. 399. Dec. conf. 395. num. 23. Claud. in d. l. Centur. num. 23. ubi dicit, quod fallitur Roman. qui dicit contrarium. Bertran- dus sibi contrarius confilio 241. libro 3. in prima parte, Ripa, in d. l. centurio, num. 130. Joan. Ann. in rep. l. nemo potest, num. 250. Paris. confilio 93. num. 45. libro 2. & confilio 9. num. 9. & 10. lib. 4. & confilio 21. num. 35. eod. volum. & 52. num. 11. eod. volum. Franciscus Maruffus in 3. confil. Bellon. confil. 64. num. 1. Et licet contraria opin. æ- quior videatur: nihilominus ego semper hæc opi- nin. secutus sum, tanquam veriore, & magis communem. In ultimis enim voluntatibus, in quibus mens, & voluntas testatoris maxime domi- natur, sufficit quomodocunque de ipsa mente tes- tatoris appareat, ut dixi infra quest. 76. in 1. regu- la; & ab hæc opin. in practica non recedas, nisi tamen ex aliquibus conjecturis colligi possit tes- tatorem aliter sensisse: hoc enim casu (l) tenen- da est contraria opin. quæ, ut dixi, æquior est, & in his casibus bonum esset habere judicem fa- vorabilem: quia in hujusmodi opin. controversia multum potest judicis religio in perferenda men- te defuncti, cui semper in judicando adharere de- bebamus.

ADDITIONES.

(a) TU sis.] Vide ad hæc, & sequentem ques- tionem ad nascentem usque Gabr. tit. ad Trebell. concl. 1. & seq. Rol. à Valle confil. 5. & conf. 9. vol. 4. Menoch. conf. 164. num. 23. & seq. vol. 1. Gor- VEAN.

(b) Trebellianicæ detractionem.] Hanc conclusio- nem eum suis ampliationibus, atque limitationibus vi-

de per Gabr. Rom. in suis concl. ad Trebell. concl. 1. fol. 480. GIACH.

(c) Fætas conclusionem, quod testator potest hære- di prohibere Trebellianicæ detractionem.] Eandem conclu- sionem, post Clarum hic nostrum, & ab eo recita- tos, amplectuntur Gomez. to. 1. var. resolut. c. 5. n. 11. Gail. lib. 2. observ. 138. n. 13. Covarr. in c. Raynal- dus 18. §. 3. n. 6. ext. de testam. Dnaron. ad l. nemo. 55. in vers. questio est de prohibitione, & ff. de leg. 1. Hænonius disp. 11. covarr. 18. Ant. Gerhart. deead. 10. g. 10. Giphani. in disp. 22. ad Infit. in corollar. ibique Oleman. n. 24. cum seqq. H. lib. 2. var. resolut. jur. civ. tract. 8. quest. 21. Michael Grass. lib. 1. recept. sent. §. tes- tamentum, q. 61. n. 4. alique plures per eum adducti. Hæcque sententia subsequenter, præcipue nititur funda- mentis. l. Falcidia & Trebellianica jure veteri æquipa- rantur. l. Marcellus. 1. §. 1. ff. ad SC. Trebellian. & ad exemplum Falcidia Trebellianica recepta est. §. sed quia hæreses §. Infit. de fideicommiss. hæred. nec non Falcidia appellatio sepevetit Trebellianicæ. l. pater filium 14. §. l. Titia 86. ff. ad SC. Trebel. l. conhered. 41. ff. de vulg. & pupil. just. l. zobemar. 6. C. eod. §. l. si ut allegas. 11. C. ad l. Falc. Atqui testatorem prohibere hodie posse deductionem Falcidia, extra omnem controversiam est. Novel. 1. c. 2. circa fin. ibi. si vero expressum, & Auth. sed cum testator C. ad l. Falcid. Igitur & Trebellianicæ detractionem prohibere poterit, per regulam vulgo ap- probatam: quod si lex nova statuens aliquid de uno æquiparatorum, etiam ad alterum pertineat. l. si quis seruo. 29. C. de furt. junct. l. ut tantum 14. §. 1. ibique Bar. n. 1. ff. de seruo. corrupt. 11. Quanto per extensio- nem legis correctoria ad jus commune articulum re- ducitur: tunc extensio fieri posse probabile est: quia quod unum quodque ad naturam suam facile reverti- tur, arg. l. in tantum 8. in princ. ff. de divif. ver. l. si quis 27. §. pater non poterit, vers. quotiens enim, ff. de pact. l. hæc consilium, 21. §. si quis autem. C. de test. can. ab exordia. 2. & ibi gl. in vers. refertur disp. 35. item gl. in c. statutum 3. vers. numeracionem, de proben. in c. Sed si jure antiquo X I l. tab. omnia legata, & fideicom- missa, integre, absque detractione quattu, debebantur, in fit. de l. Falc. l. ver. leg. 120. ff. de verb. sign. Ergo & hodie, ut Falcidia, ita & Trebellianicæ prohibitio valebit. III. Indubitatum est apud Doct. no- stros axioma; legem quod novam, & correctoriam: in qua ratio certa est expressa, cætenus extendi quatenus ratio locum habet, arg. Novel. 118. c. 5. §. l. cum mulier. 47. ubi Raph. Cuman. ff. solutum. Paul. Castr. in l. quamvis 25. C. de fideicom. idque plurib. auctoritatibus con- firmat Valq. lib. 1. de testatoris potest. §. 8. n. 8. Jam quod vero in d. Novel. 1. c. 2. vers. si vero expressum. tales exprimuntur rationes, quæ non solum in quarta Falcidia, cuius prohibenda facultatem ibidem Justinianus concedit; sed etiam in Trebellianica locum sibi vindicant. Ergo illius Novella dispositio, & correctio etiam ad quartam Trebellianicam pertinet. Assump- tio hujus argumenti evidens est: quia ratio, qua Im- perator in d. Novel. d. cap. 2. ad finem, motus fuit, primo hæc redditur: quod lex creditur, heredem ad- turum inturpi pietatis. Secundo, quod non videatur sine lucro hæreditas, etiam quarta non detrahere. Tertio, quod testatoris voluntas nihilominus conservetur, ta- met si hæres propter Falcidiam sibi ademptam repudiet hereditatem: cum legatarii, & fideicommissarii hereditatem suscipere possint. Cum igitur hæ rationes in Tre- bellianica non minus, quam in Falcidia locum habe- ant: constitutio isthæc ad illam quocunque porrigi debet. Quarto Justinianus imp. in d. Novel. 1. c. 2. §. 2. cir- ca finem. ibi. eum quidem recedere, & ibi locum fieri fideicommissarii, expresse loquitur de eo hærede Falcidiam detrahere prohibito, qui hereditatem repu- dianti succedunt fideicommissarii, adeoque de eo, qui fideicommissio gravatus erat. Atqui hæres, cui repu- dianti fideicommissarii succedunt, habuit jus deducen- di Trebellianicam. Proinde Justinianus non solum de Falcidia, sed etiam de Trebellianica in Novella trac- tar. Nec movet, quod reperitur in Imperatore ibi non de universalis, sed de singulari duntaxat fideicommissio differere: & de hoc non Trebellianicam, sed Falcidiam deduci. Quod enim de universalis fideicommissio Justinianus exaudivit debet, inde plerumque manifestum evadit; quod si fideicommissa ibidem opponantur legatis. At legatis non opponuntur fideicommissa sin- gularia, quæ legatis per omnia, & in omnibus sunt ex- quata; sed fideicommissa solummodo universalis, l. 2. Cod. communita de leg. §. sed non usque 3. Infit. de leg.

ubi Justinianus concedit electionem illi hæredi, qui pro- hiberi potest quartam detrahere, utrum velit adire, aut vero repudiare hereditatem. Atque electio ista non con- ceditur hæredi, a quo fideicommissum relictum est: & qui ex senatusconsulto Trebellianico quartam detrahere potest: sed cogitur is etiam invitus hereditatem adire, eamque ex fideicommissio restituere, l. quia poterat. 4. ff. ad SC. Trebel. §. sed quia stipulationes 7. vers. sed etiam id, & ff. Infit. de fideicommiss. hæreditatib. Igitur d. Novel. 1. non potest de quarta Trebellianica accipi. Hoc, inquam, conclusionem superius firmata non suffragatur. Est enim senatusconsulto Trebelliano, seu potius Pelagiano cautum est: ut hæres fideicom- missio gravatus cogi possit adire hereditatem, eamque ex fideicommissio restituere: id tan in hodie nova Jus- tiniani constitutione aperte est erodendum, dum Im- peratori fideicommissario potestatem fecit hereditatis adeunda, repudiante, aut curatare hæresis efficitur, ut jura omnia in fideicommissarium transferantur ipso jure, & citra restitutionem: adeoque fidei- commissarius hæres fit, & additio, aut pro hærede petitionis jus habet, d. Novel. 1. cap. 1. §. vcharedator 4. vers. in omni. autem casti. & ff. Reliqua argumenta, nostræ conclusioni repugnancia, accurate rictur, & ab- olvit D. H. n. 1. var. resolut. jur. civ. tract. 8. q. 21. Eadem attingi ad §. eum quoque 11. Infit. de fideicom- miss. hæreditatib. ubi n. 4. multos interpretes, contrarium opinose descendentes, recensuit au. HARR.

(d) Conf. 68. n. 1. Adde, atque vide, quæ ibi ad- notavi in Addit. meis, GIACH.

(e) In dubium revocare.] Verum tu adverte, quia præc. Papien. in for. liber. pro leg. vi. in. c. 1. n. 5. dicit Trebellianicam quantum prohiberi non posse secundum communem opin. DD. quam etiam retuli in colle. mea commun. opin. in vers. Trebellianicæ, n. 10. & n. 10. ubi etiam hæud potest extenuari præcientem, ut ne fructus hereditatis impulerent secundum opi. equivo- cem; atque magis communem, & filius favorabilium, & Jas. vide GIACH.

(f) Sed quid in codicillis.] Quod quod in codicillis Tre- bellianica prohiberi non potest, communis opinio est, ut testatur Curt. conf. 73. in fi. Gualden. de arti. te. and. tit. de mutat. testam. caut. 8. Ant. Gabr. Rom. in suis commun. concl. lib. 4. tit. ad Trebell. concl. 1. n. 9. hof- que referens Mich. Grass. d. §. testamentum, q. 62. n. 4. sub fine. HARR.

(g) Ex ejus verbis colligi.] Unde adde Trebellianicæ detractionem censeri prohibitam per alienationis prohibitionem, commune dixi in mea colle. com. opin. in verb. Trebellianica, num. 4. & n. 5. dixi commune esse, hæredem concurrere non posse nunc usufructua- ria uxore testatoris inlinita ex dicto Cardin. Paris. in ejus conf. 94. sub n. 45. vol. 2. quod non deduxit Auctor hic GIACH.

(h) Nunquid dicendum est, posse testatorem etiam tacite hæc Trebellianicæ detractionem prohibere.] Ad- de quod de questione late differentes Franciscus Man- II tit. de consuetur. ult. volunt. lib. 7. tit. 12. Ant. Gabr. Rom. d. l. 4. concl. 2. & sequenti. tit. ad Trebell. Alcia- tum conf. 66. n. 13. vol. 9. Tiraquell. in repetitione l. si unquam 8. verb. totum, n. 1. C. de verborum. donati. 8. q. 2. & seqq. alioque lex totos ab his memoratis. HARR.

(i) Prohibere.] Nota hic, quod Gabr. Rom. in suis commun. conc. ponit octo conclus. ad Treb. & æquiparantur testatorem mandare bona capi auctoritate propria, vel prohibere Trebel. Anguis. in conf. 199. n. 26. GIACH.

(k) Verbis universalibus.] Et cuod possit prohibere etiam verbis generalibus communem dicit Martin. Anguisol. in conf. 218. n. 16. esse conclusionem quam in præc. dicendum esse amplectendam ex Alex. in conf. 55. n. 14. vol. 3. ubi de communi opin. quod per substitutio- nem generalem in tota hereditate censetur prohibita Trebellianica, vide etiam per eundem Anguisol. in conf. 66. col. 2. ubi n. 8. cum pluribus sequentiis. dicit, probatque, satis expressum dicit, quod verbis genera- lib. dicitur, & n. 14. dicit quod sufficit constare de in- tentione testatoris per urgentes, & necessarias conjec- turas, resultantibus ex verbis testatoris: Adde ut per eum, in conf. 217. n. 16. quod itud comprobatur, vide ibidem. GIACH.

(l) Alter sensisse.] Adde etiam, quod si hæres sine verbo, sive factio approbet testamentum, amittit Tre- bellianicam: vide per Anguis. eod. conf. col. fin. n. 21. ubi tamen retulit Curt. in contrarium. GIACH.

QUESTIO LXIII.

SUMMARIUM EX CLARO.

- 1 Testator an possit prohibere detractionem Trebellianicam in filii primi gradus.
- 2 Et quid si possint detrahere duas quartas.

Ex Additionibus.

- 1 Testator an possit prohibere detractionem Trebellianicam in filii primi gradus.
- 2 Jure Canonico filius, fideicommissio gravatus, & legitimam & Trebellianicam deducere potest.
- 3 Utrum jure civili filius, fideicommissio gravatus, duas quartas detrahere possit, varia opiniones.
- 4 Filium legato, aut fideicommissio gravatum, duas quartas detrahere non posse, aliquot argumentis ostenditur.
- 5 Detractio quarta est ex S. C. Trebell. & l. Falcidia cui competat.
- 6 Sententia l. Papinianus 8. ff. de inoff. testam.
- 7 Sententia l. jubemus 6. C. ad SC. Trebell.
- 8 Quis legitimam detrahere possit.
- 9 Natura absurdum est, ut dua quarta ex eadem hereditate detrahi possit dicantur.
- 10 Intellectus l. 2. in fin. & leg. 3. §. item Pomponius, ff. ad SC. Trebell.
- 11 Mens & consideratio l. quanquam 10. C. ad l. Falcid.
- 12 Quatenus procedat regula, qua dicitur, illos qui discreta jura habent, diversarum personarum locum esse, & diversis modis emolumenta consequi posse.
- 13 Quod duplici ex causa debetur, ex utraque in solidum obtineri nequit.

Sed hæc quidem omnia satis plano procedunt in liberis non primi, sed ulterioris gradus; illis n. potest proculdubio testator prohibere Trebellianicæ detractionem: & hæc est commu. opi. ut testator Guid. Pap. conf. 140. n. 5. de qua stantib. his que in præallegatis locis tradita sunt per Doct. non est aliquo modo dubitandum. Difficultas est, nunquid testator possit illam prohibere etiam in filii (a) primi gradus: & in hoc articulo tantus est opinionum conflictus, (b) ut multi adhuc dubitent, quæ sit magis communis sententia. Et in primis quidem, quod testator possit prohibere detractionem Trebellianicæ, etiam in filii primi gradus, dixit esse communem opi. Corser. de potestate regia in materia Trebellianicæ, in 1. dubio, per totum, quem refert Paris. conf. 17. n. 28. l. 2. & conf. 18. n. 98. eod. vol. & conf. 26. n. 26. eod. vol. in quib. tamen consilii ipse Paris. non aperit, quam putet esse magis communem: Galiaul. in repet. d. l. centurio, post n. 57. vers. Secundo, in quantum. Bertran. conf. 152. num. 12. lib. 1. in 2. parte, & conf. 130. n. 5. lib. 3. in 2. parte. Picus in repet. d. l. in quartam post n. 101. Alciat. in l. cum proponas. C. de pat. quem refert Cotta in verbo, Trebellianicæ licet. Rubens conf. 2. n. 24. & conf. 43. n. 12. ubi dicit, quod Dec. qui contrarium asseruit, non bene enumeravit Doct. & conf. 73. n. 11. Bello. conf. 80. n. 26. Contrarium vero (c) sententiam, quod scilicet non possit pater prohibere Trebellianicam in filii primi gradus, renuit Bar. in l. jubemus, n. 2. & n. 8. C. ad Trebell. quam decis. dicit esse communiter approbatam Jaf. in l. Marcellus in princ. n. 53. & seq. ff. ad Trebell. quem refert Gozad. conf. 97. nu. 14. & Paris. conf. 15. n. 59. lib. 2. & conf. 93. n. 46. 60 vol. Hanc etiam opin. dicit esse magis commu-

nem Jaf. conf. 90. col. 6. vers. Et ista opin. lib. 4. & conf. 146. n. 5. eo vol. Dec. conf. 81. post n. 3. & conf. 269. n. 13. quem refert Goz. conf. 104. quod est consilium ult. n. 25. & Joan. Dilect. de arte testandi in d. eaut. 31. n. 4. Gozad. conf. 81. post n. 15. & conf. 94. post n. 19. Curt. jun. conf. 70. n. 16. & conf. 160. post n. 10. ver. Accedit. Ripa in d. l. centurio, n. 65. in fi. & in d. l. nemo potest, n. 2. Rubens sibi contrarius conf. 100. in fi. & conf. 104. n. 1. & conf. 543. n. 6. Soc. jun. conf. 131. n. 58. lib. 1. ubi enumerat auctoritates, & conf. 138. n. 7. eod. vol. ubi pariter recenset auctoritates, & dicit ita fuisse judicatum, & conf. 28. n. 2. lib. 1. & conf. 112. n. 3. lib. 3. ubi dicit, quod errant, qui dicunt communem opin. esse in contrarium. Paris. inter conf. Soc. jun. conf. 132. n. 1. lib. 1. Gratus conf. 160. n. 25. lib. 2. Insignis Doctor, & præceptor meus D. Jacob. Abba. conf. 7. n. 6. in fi. Et hanc opin. servari in curia Delphin. attestatur Guido Papa decis. 50. nu. 1. & in d. conf. 140. n. 5. Non potest negari, quin vere passus sit arduus, & auctoritates magne hinc inde, ita ut in tanta varietate Doctorum mirum non sit, si aliquando judices vacillant, & bene dixit Curt. jun. conf. 54. nu. 2. quod hæc difficultas indigeret decisione Imperatoria. Nihilominus diligenter enumerando auctoritates Doctorum, juxta supputationem hujus temporis, proculdubio opi. Bald. est magis communis, quod scilicet non possit per testatorem prohiberi detractio Trebellianicæ in filii primi gradus, que etiam tanquam æquior, & magis favens filii esse tenenda in practica: & ita, si casus contingeret, secundum illam considerarem, & judicarem, si hereditas esset restituta extraneo. Sed si hereditas restituta (d) descendenti: cessaret ratio æquitatis in favorem filii, & militaret favor conservandæ agnationis, & sustinendæ voluntatis defuncti, in favorem descendenti: quo casu non putarem errare Judicem, qui adhaereret contrarie opin. quod scilicet, etiam filio primi gradus, potuisset Trebellianicam prohiberi, secundum quam, ut scribit Cotta in d. verbo, Trebellianicæ licet, sæpe fuit judicatum per nonnullos Doctores venerandi Collegii Mediolanensis; & cogita super hæc distinctione, quia judicio meo sapit magnam æquitatem; & in dubiis semper tenenda est æquior sententia; & per quam opiniones contrarie ad concordiam reducantur. Bene verum est, quod ubi in aliqua civitate, vel provincia esset altera ex istis opinionibus uti recepta, non putarem esse in judicando à communi observantia recedendum.

Sed retenta indistincte opi. Bald. & communi, quod scilicet testator in filii primi gradus non possit prohibere detractionem Trebellianicæ, dicunt aliqui, quod illa intelligenda est, ut procedat, quando tales filii non possunt, nisi unam quartam ex fideicommissio detrahere, prout est, quando sunt gravati pure hereditatem restituerent. Secus autem, quando sunt gravati restituere hereditatem sub conditione, ut declaravi supra §. substitutio. Nam tunc, secundum eos, bene potest testator illis prohibere Trebellianicæ detractionem. Et ita communiter intelligi attestatur Bello. conf. 80. supra allegato. post n. 20. de Caslr. ad l. jubemus, C. ad Trebell. ut ipse ait in l. mulier. §. non proponeretur, post n. 4. ad Trebell. in l. mulier. §. non proponeretur, post n. 2. lib. 5. & quam secutus est Alex. conf. 29. post n. 2. lib. 5. & dicit servari in practica Picus in d. l. in quartam, prout illum refert Paris. conf. 16. n. 25. l. 2. & conf. 18. n. 180. eo vol. & conf. 26. n. 37. eo vol. & conf. 93. (f) n. 99. eod. vol. Ego, ut verum fatear, nunquam potui (g) intelligere, quid sibi velint isti Doctores. Nam si quando filius est gravatus pure, quo casu non potest detrahi nisi unam quartam, & sic legitimam; non

video quomodo trahi possit, an valeat prohibitio Trebellianicæ, facta per testatorem; cum præsupponamus, ejus detractionem eo casu jam esse prohibitam à lege, quæ non vult, quod possit nisi legitimam detrahere; & sic ista declaratio destrueret totam conclusionem. Neque in hoc credo, quod D. Bello, præceptor meus verum dicat, quod scilicet hæc intelligencia sit communis, quia in terminis l. jubemus, ego ostendi communem opi. esse in contrarium, supra, in d. §. substitutio. quod scilicet dispositio d. l. jubemus, locum habet, etiam quando detrahuntur due quartæ: neque ego reperio Picum in d. l. in quartam, dicentem, quod hæc declaratio servetur in practica: & si diceret; credo, quod non esset hoc ei credendum; ut ibi dixi. Propterea non attenda hæc intelligentia, & declaratione, utroque casu per se cum communi opinione, scilicet, quod indistincte pater non possit in filii primi gradus prohibere detractionem Trebellianicam, sive possunt detrahere unam quartam, sive duas. Et hæc omnia quia quotidie contingunt in practica.

ADDITIONES.

(a) **I**n filii primi gradus. In ista q. vide communem, atque magis communem utrumque in collect. mea commun. opin. in verb. Trebellianicæ, n. 14. & in verb. testator, n. 7. ubi tamen suffus dixi, ideo eam factio, GIACH.

(b) **O**pinionum conflictus. Adde quod aliqui arbitrati sunt esse hoc casu mediam viam eligendam: & sic Trebellianicam inter hæredes filiorum, & fideicommissarios dividendam. Ut voluit Curt. jun. in conf. 154. col. 2. juxta conf. Anch. 310. & not. per Alexan. & alios ab eo citatos in l. Titius, ff. ad SC. Trebell. quod solum faciendum esse dicit Gabr. Eugub. in conf. 99. n. 2. vel consentientibus partibus, vel quando pro neutra parte rationes præponderant, nec Judex magis in alterutrum inclina: vide per eund. ibi. GIACH.

(c) **C**ontrarium vero sententiam, quod scilicet non possit pater prohibere Trebellianicam in filii primi gradus (d). Quod testator non possit prohibere detractionem Trebellianicam in filii primi gradus, cum horum causa videatur favorabilior, quam aliorum hæredum, tenent, ultra eos; quos Clarus hoc loco citat, Andr. Gallius lib. 2. observat. 118. n. 16. Franciscus Turzanus in opinionibus commun. opin. 51. Villalobus in tract. comm. opin. lib. 3. n. 8. Covar. in c. Raynatus 16. §. 11. n. 7. vers. quibus non possunt, & Ant. Gabriel. Rom. li. 4. comm. concl. tit. ad Trebellian. concl. 1. n. 4. Forster. Jun. lib. 2. disput. 14. th. 8. Fachin. lib. 5. controvers. jur. c. 9. Andr. Gerhar. deced. 10. q. 10. in fin. Grassius lib. 1. recept. sent. §. testamentum, q. 62. n. 5. aliique per hos allegati. HARR.

(d) **E**st restituta descendenti. Adde, quod rejicit ista dist. Clari per Gab. Eugub. d. conf. 93. col. 2. vide per eundem. GIACH.

(e) **D**uas quartas. Et hæc distinctionem alii probabiliores esse dicit Gabr. Eugub. d. conf. 93. sub n. 4. qui n. 7. 2. eam alii rationibus comprobant, vide per eund. ibid. GIACH.

(f) **Q**uando possunt detrahere duas quartas. Jure t. canonico expresse cautum videtur: quod filius, hereditatem restituere à patre rogatus, simul & legitimam, & Trebellianicam detrahere possit, d. cap. Raynatus 16. §. 1. Raynaldus 18. de testam. Ant. de Padilla in aush. res que C. commun. de leg. n. 33. cum seq. Hierony. de Cavallos in speculo avar. opin. commun. contra communes par. 1. q. 74. Pet. Heig. parte 1. q. 32. n. 10. & seq. alique plurimi, ab illis relati. Ceterum t. utrum filius (g) jure civili præter hereditatem restituere legitimam quoque, adeoque duas quartas detrahere possit, intricatissima est questio. Quia enim duplicis quartæ detractionem admittunt. Andr. Fachin. d. li. 5. controvers. jur. c. 2. Corasus in l. filium, 24. C. famil. erelit. Ant. Cont. li. 1. disputat. jur. civ. c. 3. Vaconius à Vacuna lib. 4. de clarat. 69. n. 6. & Donel. in l. quanquam 10. ad leg. Falcid. & Heigius d. q. 12. Quidam contra duplicis quartæ detractionem simpliciter prohibent. Franc. il-

Jul. Clar. Sentent. Pract. Crasil. Tom. I.

lustr. quæst. 43. Cujac. lib. 8. observ. c. 3. Ant. Faber. de cad. 21. de erroribus pragmaticorum. error. 7. Arameus Exercitat. Justin. 9. nu. 28. Vadius lib. 2. q. 32. Ang. Matheac. lib. 2. de via & ratione jur. arripit. cap. 25. n. 10. & in tract. de legat. & fideicom. lib. 4. cap. ult. Henon. disp. 11. ad Insti. controvers. 13. Robert. assump. 12. coronid. 1. Hilliger. in Donel. enucleat. lib. 7. c. 32. ad lit. J. Ant. Govean. ad l. 1. n. 39. ff. de vulg. & pupill. substit. & novissime H. lib. 2. variat. resolat. jur. civ. tract. 8. quæst. 20. Alii denique media incidentes via distinguunt: ut pure gravatus filius unam quartam deducat: in diem vero, vel sub conditione justis fideicommissum, vel legatum restituere, duas detrahat quartas. Azo. in summa Novell. 1. Gloss. in d. l. quanquam, 10. C. ad l. Falcid. & alibi Gail. d. l. 2. obs. 21. Eamque distinctionem refert hic Clarus noster: quam, tanquam communem; pluribus auctoritatibus confirmat, Mich. Grassi. lib. 1. recept. sent. §. Trebellianicæ, quæst. 1. num. 1.

Ego t. in hac veritate illorum probo sententiam, qui 4 indistincte negant, filium hæredem institutum, & fideicommissum, aut legatum gravatum, duplicem quartam detrahere posse. Quæ sententia his potissimum argumentis confirmari solet. I. Detractio t. quartæ est demum ex 5 senatusconsulto Trebelliano, & lege Falcidia competite, qui supra dotantem legatus, aut fideicommissus gravatus est, §. sed qui hæredes, §. Instituti de fideicommiss. hæred. Atqui is, qui tricenitum per legitimam detrahit, dici non potest supra dotantem gravatus; cum etiam plus quam quadrantem retineat. Sequitur igitur ipsum quartam Trebellianicam, seu Falcidianam detrahere non posse. II. Confert t. hoc textus in l. Papinianus 8. §. quarta 9. Ubi filius, qui Falcidianam ex legitime adeptus est, ab inofficioso querela repellitur, & §. unde si quis 11. ubi filius Pegavianam ex fructibus consecutus, similiter ab inofficioso actione excluditur, & §. si quis impubes 14. ubi is, qui habet quartam ex constitutione Divi Pii, ab eadem querela removetur, ff. de inoff. testam. III. Accedit t. textus in l. jubemus 6. C. ad SC. Trebell. ubi filius rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ fratris sui, & nominatim constituitur, eum, retenta quartæ ex senatusconsulto auctoritate dotantem alius portionis paternæ restituere cogendum. Atqui non restituere dotantem, si amplius aliam quartam retineret IV. Fieri t. plano non potest, ut cui Trebellianica quarta debetur; eidem quoque simul completa detractio legitime, siquidem legitimam non detrahit, nisi in testamento præteritus, aut exheredatus, & cui aliam querela inofficiosi competere. Atqui filius, cui detractio quartæ Falcidianæ, aut Trebellianicæ competit, ut sit institutus, necesse est. Proinde illi detractio legitime competere non potest. Ac consequenter inepre, & frustra queritur: utrum filius hæres institutus, fideicommissioque gravatus, simul legitimam, & Trebellianicam deducere possit. V. Huc t. facit, quod natura absurdum sit, ut 9 due quartæ dicantur ex eadem hereditate detrahi posse: & nihilominus his detractis, dicatur dotans restitui. Sed & communi sensui repugnat: triente pro legitima de hereditate detracta, quadrantem adhuc totius hereditatis ex lege Falcidia, aut SC. Trebelliano deduci plures pro hac sententia rationes videre est apud Fabrum locis supra designatis.

Cui t. non resistunt l. 2. in fine, & l. 2. §. item Pomponius ff. ad SC. Trebellian. ubi datum quartarum detractio perspicue conceditur. Nam in his legibus duplex quidem detractio est, de legitimis scilicet, & fideicommissio: sed si aliam hereditarium consideremus, unius quadrantis duntaxat. Etenim cum quadringenta tantum in hereditate essent: qui septuaginta quinque de trecentis legatis, viginquique rursus de centum fideicommissariis detrahit: non amplius, quam centum (qui assis quadrans est) detrahit.

Similiter t. nihil obstat d. l. quanquam 10. C. ad l. I. Falc. ubi iterum due quartæ una ex hereditate deduci videntur. Quia si cause constitutio ibi penitus intranspiciatur: apparet, unam summomodo quartam detrahi: Pater Diogenis (ad quem scripsit Imp. Gordianus) habebat duos filios, & filiam: filios instituit hæredes, & Primum rogavit, ut si sine liberis decederet, suam partem fratri restitueret. Primum moritur: succedunt ei ab intestato frater Diogenis, & Soror. Hæredes coguntur fideicommissum solvere: unde merito soror suam quartam detrahit: reliqua fratri consequitur.

12 Prætera \dagger non refilit l. tutorem 22. de his, quib. ut indignus. l. si consul. 2. ff. de adoptionib. l. qui non militas. 78. ff. de heredit. instit. l. 1. §. ult. ff. si a parent. quis emancipatus sit. l. quoties. 91. ff. de reg. jur. Ex quibus. & similibus locis refilicet: quod illi, qui discretura habent, diversarum personarum sunt loco, & diversis modis emolumenta consequi possunt. Atqui vero filius diverso jure duas petit quartas; unam, ut filius (legitimam liquidem accipit quasi naturæ jure sibi debitam, l. scimus 36. §. illud. 2. C. de inst. testa. & l. 1. C. de imponenda lucrat. descript.) alteram, ut quilibet extraneus. Ergo etiam duplici jure utetur. Non, inquam, hoc refilit: quoniam regula ista locus est, ubi qualitas diversarum personarum inter se non repugnat, arg. l. Titia, si nuptis 100. ff. de conditionib. & demons. Repugnat autem; aliquid esse filium, sed tanquam extraneum. Deinde ut maxime concedatur duas quartas diverso, & dissimili jure filio deferri: non tamen protinus consequens est, utramque ipsum consecutum. Itaque optionem habet, utro jure alterutram quartam consequi velit, l. cum filius, 76. §. variis 2. de leg. 2. l. 1. §. qui autem 4. ff. quod legator.

13 Huc facit, quod \dagger illud quod duplici ex causa debetur, in solidum ex utraque peti, & obtineri nequeat, arg. leg. si servus 108. §. Strichum, 4. ff. de legat. 1. Plura alia, quæ nostræ adversari sententia videntur, Anton. Faber, Arameus, & ceteri locis supra notatis abunde refutant. Eandem quoque questionem explanatus tractavimus ad §. 1. Instit. de lege Falcid. n. 12. & seqq. Hæc.

(f) Confil. 93. Ubi restitit hanc esse peregrinam & notab. limitationem ad d. l. jubemus, quod etiam notavi in d. collect. mea comm. opin. ubi supra. GIACH.

(g) Nunquam potui intelligere. Adverte hic, quoniam Gabr. Eragub. in suo allegato conf. 93. sub n. 5. redarguit Auctorem nostrum de imprudentia, atque succellive docet de utilitate evidenti, n. 6. 7. & deinde prosequitur disputando subtiliter, & tandem colum. fin. recenset DD. ad partes, & tenet negativam, à qua putat haud esse recedendum, nisi stylus loco judicii addit. GIACH.

QUÆSTIO LXIV.

SUMMARIA

EX CLARO.

- 1 Testator an possit remittere usufructuario cautionem de uendo fructu arbitrio boni viri.
- 2 Et quid respectu bonorum mobilium.
- 3 Et Additionibus.
- 4 Cautionem fructuarium regulariter omnis usufructuarius heredi præstare tenetur.
- 5 Regula istius ampliatio prima.
- 6 Ampliatio secunda.
- 7 Ampliatio tertia.
- 8 Qui vult antecedens, is vult etiam necessarium consequens.
- 9 Sententia l. exheredation 49. & l. seq. ff. de re judic. item l. divus Pius, 28. ff. de reg. jur.
- 10 Liberalitas sua nemini damosa esse debet.
- 11 Volenti, & scienti non fit damnum, aut injuria.
- 12 An testator cautionem fructuarium usufructuario remittere possit.
- 13 Remissio cautionis fructuarie bonis moribus repugnat, & ad delinquendum invitatur.
- 14 Nemo potest efficere, ut leges publicæ non habeant locum.
- 15 Sensus l. scire, 7. C. ut id possit legator. &c. & l. 7. ff. usufructuar. quemad. caveat.
- 16 Intellectus, & consideratio l. 1. C. de usufruct.
- 17 In pecunia quasi usufructus constituitur.
- 18 Quatenus testatoris dispositio, & voluntas pro lege observari debeat.
- 19 Dispositio privata jus publicum mutare nequit.
- 20 Quatenus quilibet rerum suarum sit moderator & arbiter.
- 21 Cui licet quod plus est, ei non denegandum, quod est minus.

- 19 Argumentum à majori ad minus, & contra, quando procedat.
- 20 Conventio, turpem continens causam, nullius momenti.
- 21 Equid cautio fructuarium, heredi præstanda per testatorem, qui usufructum improprium reliquit, remitti possit.
- 22 Consideratio leg. si pecuniæ, 6. ff. ut in possessio. legator. &c.
- 23 Deficiente conditione, actus quoque deficit.
- 24 Testator accidens sine subiecto constituere nequit.
- 25 Quatenus de suo quisque jure pacisci valeat.
- 26 Nunguid testator possit gravare heredem, à quo usufructum legator, ut fidejussorem minus idoneum cautionis loco ab usufructuario accipiat.
- 27 Examinatio l. tribus 8. ff. de usufruct. car. rerum, &c.
- 28 Paria sunt non cavere, vel minus idoneè cavere.
- 29 Hæres gravari potest, ut per legatario apud cohæredem fidem suam interponat.
- 30 An hæres cautionem fructuarium usufructuario remittere possit.

TU scis (a) quod usufructuarius tenetur præstare l. heredi cautionem de utendo fruendo arbitrio boni viri, & de restituendis rebus finito usufructu, & de præstanda æstimatione earum rerum, quæ usu contumuntur, de quo dixi supra hoc eod. lib. §. legatum. Quæro, (b) nunquid testator possit in suo testamento remittere usufructuario; qui minus tenetur dictam cautionem præstare? Resp. quod (c) non; Tex. est expressus in l. 1. C. de usufruct. & hæc est etiam communis opin. ut dicit Soc. conf. 131. num. 14. lib. 1. quem refert & sequitur Bello. conf. 54. n. 3. & Jo. Dilect. de arte testandi. tit. 8. cap. 1. numer. 1. Hanc etiam conclusionem dicit esse communiter approbatam Jo. Annib. in repet. l. nemo potest nu. 164. nam ex tali remissione præstaretur usufructuario occasio male utendi & consequenter delinquendi.

Et hæc quidem conclusio de plano procedit in bonis immobilibus, in quibus proprie cadit usufructus, & militat ratio allegata, ne l. usufructuarius invitetur ad delinquendum. Sed quid in bonis mobilibus, quæ usu consumuntur. Resp. Petr. in d. l. 1. tenet; quod hoc casu cautio à testatore remitti possit, ex quo non subest timor delinquendi, cum usufructuarius non teneatur res ipsas restituere, sed earum æstimationem juxta tempus traditionis. Contrarium (d) tenet Bar. in d. l. 1. nu. 10. & hæc est comm. opin. ut dicit Alex. conf. 58. n. 14. lib. 3. Dec. conf. 565. nu. 5. tum quia illa lex generaliter loquitur, ideo est etiam generaliter intelligenda, ut utroque casu locum habeat tum etiam quia id à lege introductum fuit in favorem hæredis, qui ita militat in uo casu, sicut in alio, cui quidem favori heredis testator non potest remittere. Ita dixit gl. in l. scire debetis, in gl. fi. C. ut in legato. possit. eatur: quam dicit esse approbatam per Doct. Guid. Pap. conf. 63. n. 4. Sed hæc secunda ratio non satisfacit, quia imò potest testator de bonis hæredis, sicut de propriis disponere secundum communem opi. ut dixi infra q. 71. & consequenter etiam illius favori, sicut proprio (e) renuntiare, & est commun. opi. ut dicit Crav. conf. 174. nu. 10. ubi dicit, quod Guid. Pap. in allegato conf. inadvertenter locutus est; dicendo, quod illa glo. est per Doct. approbata; quia imò est communiter reprobata, ut ibi per eum, qui in hoc proprio elegantem loquitur. An autem (f) hæres possit hanc cautionem usufructuario remittere, dixi supra §. legatum.

ADDI.

ADDITIONES.

- (a) TU scis, quod usufructuarius tenetur præstare heredi cautionem de uendo, & fruendo, &c. Adde quod \dagger cautionem istam omnis regulariter usufructuarius præstare tenetur. l. 1. usufructuarius quemad. caveat. l. si quis 13. §. si usufructus 1. ff. de usufruct. l. usufructus 4. C. eod. c. ult. extr. de pignori. &c. Eaque regula ampliatum primo, \dagger ut procedat, etiam usufructus personæ dilectissimæ, ut marito, uxori, velleberis dicitur. Nam & hæc personæ cavere debent, se boni viri arbitrari utarum, fructuras, & finito usufructu rem fructuarium restituatur, per textum expressum in l. 1. C. de usufruct. ubi maritus, cui ab uxore usufructus omnium bonorum testamentum constitutus est, tenetur cautionem hanc præstare: nec à cavendi obligatione illum excusat summa conjunctio, quæ et cum uxore testatice intercesserat. Et ita, post Doct. in d. l. 1. C. eod. & Dec. conf. 5. sentit Arius Pinellus in d. l. 1. C. eod. & Decium conf. 5. sentit Arius Pinellus in d. l. 1. part. 2. C. de bon. matern. n. 75. ampliat. 4. & Jo. del Castill. in tract. de usufruct. n. 10. & 14. Ampliatum secundum, etiam \dagger usufructuarius simul habitet cum proprietario, quoniam nihilominus cautionis præstanda necessitas ei incumbit, argum. l. pen. ff. de usufruct. quemad. caveat. ubi Papinianus, usu domus, inquit, relicto, viri boni arbitrari cautionem interponi oportet: nec mutat, si pater hæres filios simul habitare cum uxore legatario voluit. Ita tenet Paulus de Monte Pico in l. Titia, cum testamento 34. §. Titia, cum nuberet. 7. ff. de leg. 2. n. 14. Bart. in l. si ut certo 5. §. si de men. 3. ff. de commodat. & hoc refert Pinellus d. n. 75. ampliat. 8. Ampliatum tertio, ut etiam \dagger , qui retento usufructu bona sua alteri donavit, cautionem, tanquam usufructuarius præbere debeat, per d. l. 1. §. 2. in fin. ff. usufruct. quemad. cau. ubi cum Vlpianus verbis universatim positis, & amplifimis scribit, cautionem ab usufructuario præstandam esse, ex quacunque causa constitutus fuerit usufructus; utique eum quoque casum comprehendere voluit, quando quis retento sibi usufructu, bona sua alteri donavit. Eodem facti d. l. usufructus C. de usufruct. ubi generaliter ab Alexandro Imp. refertur: usufructum, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu constitutum, exigere satisfactionem: Prætera huic sententia ratio juris suffragatur. Etenim, qui vult \dagger antecedens is vult etiam necessarium consequens: & concessio antecedentis vult etiam necessarium consequens includit, arg. l. 2. ff. de jur. d. l. 3. §. seto. 2. ff. de minor. l. ad rem mobile. 56. ff. de procurator. l. indebit. 47. ff. de condit. indeb. & illud. 7. ubique Bartol. ff. de acquir. vel omit. hered. Jam vero usufructus est antecedens: cuius necessarium consequens est, cautionem præstare de feudo boni viri arbitrio. d. l. 1. ff. usufruct. quemad. caveat. Quare, qui omnia bona sua donavit, retento sibi usufructu, dum voluit usufructuarius esse, censetur etiam voluisse, & in hoc consensisse, ut præstet cautionem: quod est necessarium consequens usufructus.
- Non obstat \dagger huic opinioni textus in l. & exheredatione 49. cum l. seq. ff. de re jud. & l. divus Pius 28. ff. de reg. jur. ubi traditur, eum, qui omnia bona sua alteri donavit, non amplius esse conveniendum, nec in plus teneri, quam facere possit, deductis alimentis, & aliis rebus ad vitæ sustentationem donatori necessariis. In proposito namque casu non convenitur usufructuarius ulterius, quam facere possit. Siquidem convenitur tantum ad cautionem præstandam, quam præstare commode potest: nec ob ejus præstationem ad cam detrahitur egestatem, ut alimentis necessariis destituatur. Habet quippe bonorum usufructum, ex quo sustentare vitam probe poterit.
- Neque \dagger adversari etiam, quod obijcit: neminem ex liberalitate sua datum pati, vel liberalitatem suam nemini damnosam esse debere, l. adves donatas, 62. ff. de ad. edict. l. ne liberalitate 50. ff. de re judic. l. 2. C. de evictio. Nam breviter respondetur: non esse damnum, \dagger quod fit volenti: non esse injuriam, quæ scienti & consentienti inferatur: l. quod quis 203. ff. de reg. jur. l. 1. §. usque adeo, ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. Itaque nihil contra juris regulas committitur, nihilque contra equitatem inducitur, si ab usufructuario fructuarium cautionem præstare tenetur. Atque ita illa sententia satis speciose defendi posse videtur: quamvis contrariam receptorem esse, & in praxi observatam, & plerique contendant, Soc. in l. 1. n. 16. ff. qui fa-

risdat. eogan. Dec. & Cagn. in d. l. D. Pius 28. ff. de reg. jur. Corn. conf. 267. lib. 4. Rubens conf. 54. n. 7. & Cozad. conf. 91. n. 5. quos refert, & tandem sequitur Pinellus ad d. l. 1. par. 2. n. 80. C. de bonis materni. Hæc.

(b) Quæro; nunquid testator possit in suo testamento remittere usufructuario, qui minus tenetur dictam cautionem præstare. quod \dagger cautio fructuarium à testatore est, cui usufructum legavit, remitti non possit, ultra Clarum nostrum, & ab eo allegatos doctores communiter testatur, Paulus de Monte Pico in d. l. Titia, cum testamento, 34. §. Titia, cum nuberet. 7. de legat. 2. q. 50. n. 158. Ant. Gab. communium conclusio. lib. 5. tit. de usufr. concl. 1. n. 3. Petr. Peckius de test. conjug. lib. 5. c. 9. n. 3. Simon de Præcis de interp. ultim. volunt. lib. 4. interpret. 1. solut. 5. dubitat. 10. n. 74. Jo. Gutierrez in repetit. l. nemo potest 55. n. 276. ff. de legat. 1. Paul. Paril. conf. 95. & 96. vol. 2. Joseph. Lud. decif. Perullu. 61. n. 13. Jo. del Castill. d. tract. de jur. c. 15. Gail. li. 2. obs. 145. Donell. lib. 10. comment. de usufr. c. 14. Ant. Fab. in Jurisprud. Papin. li. 1. tit. 12. prin. 7. illat. 7. Mich. Grassi. lib. 1. resp. sent. §. testamentum, q. 68. n. 1. Vasqu. de successio. creat. §. 7. n. 22. & Pinal. ad d. l. 1. par. 2. n. 75. C. de bon. materni. Hujusmodi \dagger communis opinionis multiplex affert folet ratio. Tum quia remissio cautionis fructuarie est contra bonos mores, ac talis, ut per illam, amoto huic cautionis metu, inviter fructuarium ad delinquendum, ad male utendum re fructuarium, eamque dissipandam. Et hanc rationem Clarus quoque nosse hic attingit. Tum quia nemo potest facere, & cavere, ut leges publicæ non habeant locum, l. nemo 55. ff. de legat. 1. \dagger Igitur nec testator poterit in suo testamento efficere, & cavere, ne leges, cautionem fructuarium desiderantes, locum obtineant. Tum \dagger quia hæc consent expressus text. in l. scire debetis. 7. C. ut in possessio. legat. &c. ubi Alex. Imper. discrete refertur, satisfactionem fructuarium testamento remitti minime posse. Tum etiam quia Ulpianus ex Proculi mente respondit: adeo usufructuario, cautione illa non præstita, non valere: ut si satisfactio omiffa fuerit, possit hæres rem usufructus nomine traditam vindicare; ita ut si is, cui usufructus fuit relictus, exceptione se defendere nescit fuerit, eam hæres explicatione elidere possit, l. & si usufructus 7. ff. usufructus quemad. caveat. Ad confirmationem ejusdem sententiæ Clarus hoc loco noher, & ceteri Doct. adducunt quoque \dagger textum in l. 1. C. de usufruct. ubi Severus & Antoninus: Si usufructus, inquit, omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est; quamvis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus. solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione. Verum hæc lex, periculatius considerata, ad propositum non pertinere videtur: eum non de cautione veri sive proprii, sed quasi seu improprii usufructus loquitur. Primo n. expresse loquitur de pecunia in usufructum data, ibi, & debitoribus solutam pecuniam, &c. In \dagger pecunia autem non verum, sed quasi usufructum constituitur, patet ex §. constitutum 2. Instit. de usufruct. Deinde loquitur de cautione, secundum formam senatusconsulti præstanda. Atqui hæc esse quasi usufructus cautionem, clucescit ex eodem §. 2. Veri quippe usufructus cautio ex edicto prætoris præstanda est l. 1. ff. usufruct. quemad. cau. Idque non male animadvertit post alios, quos citat Hiltiger. in Donel. enuci. lib. 10. c. 14. ad lit. C.

Porro \dagger conclusioni nostræ non refragatur, quod in iure generaliter traditum est, testatoris dispositionem & voluntatem pro lege observari debere, l. verbis 120. ff. de verb. sign. Novel. 22. c. 3. Nam \dagger hoc verum est, dispositio testatoris moribus, & legibus publicis, quas dispositio singularis, & privata tollere, aut mutare nequit, non contrarietur sive repugnet. l. jus publicum 38. ff. de pact. d. l. nemo 55. & l. si quis inquilinus 112. penult. ff. de leg. 1. Jam vero ex prædictis constat, dispositionem testatoris in proposito casu non solum bonis moribus repugnare, cum ad peccandum, & delinquendum invitatur: sed etiam legibus scriptis, quib. ad usufructum constituendum necessarium requiritur cautio, & contrariam esse.

Similiter \dagger non adversari, quod quisque rerum suarum sit moderator, & arbiter, etiam abutendo, l. in re mandata, C. mandati 1. sed nisi 25. §. constituit 11. ff. de hered. petit. Ideoque in presenti quoque casu testator fuisset per se, pro arbitrio, dispositionem, & cautionem fructuarium legatario remittere possit. Sic enim quilibet rerum suarum moderator est, atque arbiter, ut tamen arbitrium moderamen ejus legibus adstrictum. Id namque liberum putatur, quod sub certa lege est liberum: 13

