

institutus in re certa haberet residuum hereditatis: facile inclinarem in sententiam Bart. quia bonus Judex semper debet amplecti in iudicando illam opin. que magis convenit verisimili menti testatoris. Consulo tamen, quod de facili quis non recedat ab opinio. Dyn. que magis favet sustinendo testamento, & præterea (ut dixi) est magis communis; & ideo in præf. sequenda.

ADDITIONES.

(a) **N** Unquid testator possit, &c. Utilior, & fructuosior est illa questio an ex tacita, vel expressa testatoris mente prorogari possit ius accrescendi, ita ut possit aditam hereditatem, vel agnum fideicommissum locum habeat, quam in rem vide Aret. in l. si minor. ff. de acq. her. & in leg. re conjuncti. Jaf. nu. 185. Crot. n. 147. Ripa n. 172. GOVEAN.  
 Nuncquid testator possit in suo testamento prohibere jus accrescendi. Hic addendum, jus accrescendi principaliter provenire ex legis dispositione: secundario vero ex tacito testatoris iudicio, seu tacita, & conjeturata voluntate defuncti: & ideo introductum esse, ne testatorem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere contingat, contra l. jus nostrum, 7. ff. de reg. jur. Hinc est, quod jus accrescendi dicitur tacita quedam substitutio. Et ita communem ubique se habere sententiam testatur Alciat. lib. 4. paradox. c. 8. Emanuel Soarez in addit. ad Gomez. fo. 1. varior. resolut. c. 3. num. 24. hofque citans Michael Grassus lib. 1. recept. sent. §. jus accrescendi. q. 2. & segq. ubi istam materiam latissime persequitur: deque illa nonnullis atulimus ad §. si eadem res. 8. Insit. de legatis. HARR.

QUÆSTIO LXXV.

SUMMARIA.

EX CLARO.

1. **C**ontractus an possit in testamento celebrari. Ex Additionibus.
1. **C**ontractus an in testamento celebrari possit.
2. **N**ullus actus alienus testamento intermisceri debet.
3. **C**ontractus, & testamentum actus sunt diversi.
4. **D**ifferentia inter testamentum, & contractum.
5. **S**ententia l. cum antiquitas 28. C. de testam.
6. **E**xceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.
7. **C**ur actus extranei in testamento consiciendo prohibentur.
8. **I**ntellectus l. non est mirum. 20. ff. de pignor. act.
9. **I**ntellectus l. assignare. 7. ff. de assignand. libert.
10. **I**ntellectus l. cum pater. 77. §. filius. 23. ff. de leg. 2.
11. **I**ntellectus l. §. 1. ff. de verb. obligat.
12. **I**ntellectus l. que extrinsecus. 65. ff. de verb. oblig.
13. **I**ntellectus l. testamentum. 17. C. de testam.
14. **I**ntellectus l. etiam querela. 1. ff. de inoff. test.
15. **I**ntellectus l. cum quis decedens. 38. §. 5. ff. de leg. 3.
16. **I**ntellectus Novell. 107. c. 1.
17. **D**ivisio in quibus conveniat cum empione, & in quibus ab ea differat, remissio.

**Q**uæro, nunquid in testamento possit celebrari (a) contractus? Respond. Gloss. vulgaris, quæ semper ad hoc solet allegari in l. heredes palam. §. si in fin. ff. de testam. tenuit simpliciter, (b) quod sic. Et illam dicit esse communiter approbatam Patil. consil. 2. num. 19. lib. 3. & consil. 46. n. 36. lib. 4. & dicit Roman. consil. 171. num. 6. in fin. quod communis omnium sententia illam sequitur, quem reit. Decian. consil. 196. post nu. 1. vers. Ex quibus omnibus, & consilio 283. post numerum secundum vers. Verum supradictis, & Boer. de

est. 353. num. 4. Dida. in rub. de testam. in 3. par. post num. 37. Illam tamen intellige, ut procedat, quando conventiones, & contractus, qui celebrantur in actu testamenti, non sunt penitus extranei ab ipso testamento, sed si essent contractus penitus extranei, non possent in ipso testamento celebrari. Ita declarant DD. per me supra allegatū; & haec dicit esse communem sententiam Alexand. in l. 1. §. qui presens. m. 21. ff. de verb. oblig. Et ita tenet.

ADDITIONES.

(a) **C**ontractus. Et de converso, quod substitutio in contractibus fieri possit, commune dixi in collect. meo commun. opin. verbo substitutio. n. 80. Graecus. (b) **T**enuit simpliciter quod sic. Sed an revocato testamento illi contractus irriti reddantur, vide Dec. conf. 61. n. 31. vol. 1. Tirac. de jur. mar. verb. contractus. gloss. 3. GOVEAN.  
 Tenuit simpliciter, quod sic, &c. Hanc sententiam (quod scilicet in testamento contracto celebrari possit) tanquam communiter approbatam, præter Doctores, quos Clarus hoc loco allegat, amplectuntur Bartolus, Bald. Angel. Joannes ab Imola Paul. Castrenf. Franciscus Aretinus, Johannes Dauthius, & alii in l. heredes palam. 21. §. ultim. ff. qui testam. fac. poss. Cynus, Fulgofus, Salicet. Jason, Alberticus de Rosate, & Gilbertus ad l. cum antiquitas. 28. C. de testam. Loriot. in apert. jur. tit. de testam. ordinand. axiom. 25. Connan. lib. 9. Commentar. jur. civil. c. 2. n. 2. Joan. Dilecti. Durant. in tract. de are. testam. tit. 6. causul. 3. n. 2. Michael Grassus lib. 1. recept. sent. §. testamentum, quæst. 60. n. 2. Fernandus Veliquis de success. creat. & progress. lib. 3. §. 21. n. 4. Duaren. in Comment. ad tit. ff. qui testam. fac. poss. in var. de nuncupatio testam. vers. questio hic tractatur, &c. Resner. in tract. de testam. par. 3. cap. 28. nu. 7. cum segq. Tiraquel. ad leg. consilial. gloss. 5. nu. 101. ubi plures citat: Verum contrarie sententia adpulantur Vigilius in §. sed cum paulatim. 3. n. 5. Insit. de testam. ordinand. ibique Riccardus nu. 207. Pachinus lib. 5. controvers. jur. cap. 32. §. ego vero priorem. &c. Arumæus Exercitat. Justin. 7. thes. 16. & Matth. Strahani centuria secundum questione 60. Pro cujus sententia confirmationem primo facit d. l. heredes palam. 21. §. si in fin. qui testam. fac. poss. ubi aperte responderetur: nullum actum alienum, & a testamento diversum, testamento intermisceri posse. Contractum tamen, & testamentum esse actus separatos, ac diversos, evincitur ex l. verba contraxerunt. 24. ff. de verb. signific. Idque clarius inde perficitur: quod in testamento morte testatoris confirmatur, & ad ultimum usque vitæ spiritum revocari potest. l. 4. ff. de admind. vel transer. legat. l. 1. C. de SS. Eccl'es. contractus vero consensu perficitur, semelque initus revocari nequit. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commodati. l. si mandavero. 22. §. ultim. ff. mandat. l. sicut. 5. C. de obligat. & actionibus. Deinde tunc confert d. l. cum antiquitas. 28. C. de testam. ubi a regula, quod nulli actus extranei in testamento intervenire debeant, si actus extranei in testamento intervenire debeant, excipiuntur solum exempla, quæ causam necessitatis continent. Alii t exceptionem confirmare regulam casibus non exceptis notum est l. quæstionem. 12. §. denique Neratius. 43. ubi Bartol. ff. de inbract. §. instrumentum. legat. Novel. 2. cap. 2. Accedit præterea evidens ratio: quandoquidem id ideo notissimum actus extranei in testamento consiciendo prohibentur, ne testator ab officio testandi, & convenienter deliberatione, quam res illa exigit, avocetur. Hoc autem incommodi vitari neutiquam poterit, si contractus temere interponantur.  
 Hule (quam, & ego veritorem censo) assertioni primo non obstat l. non est mirum 26. ff. de pignore sit. ad. ubi traditur, pignus testamento constitui posse. Hoc enim sic accipiendum est: testatorum voluntatem suam de pignore alieni constituto, in testamento declarare, & heredi suo necessitatem pignoris constituenti imponere posse. Secundum quam interpretationem contractus pignoris testamento non celebratur: sed testatoris tantummodo voluntas ultima de pignore constituendo declaratur.

Secundo

Secundo non t obstat l. assignari. 7. ff. de assignand. libert. ubi responderetur, assignationem liberti per testamentum fieri posse. Hæc namque assignatio non est contractus: cum nihil negotii cum eo cui etiam abfenti libertus potest assignari, testator gerat: sed voluntatem duntaxat suam sine contractu exponat. Sicuti etenim patrum de suis bonis inter liberos disponere; ita etiam libertos uni adimere; & alteri assignare vel nutu potest. l. 1. §. assignare ff. eod. tit.  
 Tercio non t obstat l. cum pater. 77. §. filius. 23. ff. de legat. 2. ubi testator jurjurando heredem addicere potest, ut aliquid faciat. Quoniam juramentum non inter contractus refertur: sed religiosa affirmatio, seu declaratio voluntatis, invocatione divini nominis confirmata, censetur, ut latius explicuimus ad pr. tit. Insit. de pona timore litigant. numer. 9. & segq.  
 Quarto non t obstat l. §. 1. ff. de verbor. obligationibus, ubi media impertinencia non impedire stipulationem: ac proinde nec vitari debet testamentum, aliquo extraneo actum interveniente. Nam hic legis illius sensus est: quod si presens interrogaverit, mox distulerit, ipse paulo post reverso responsum sit, obligationem contrahi, nec intervallum medium eam vitare. Quod tamen in ea exaudiendum est: ut intervalla isto intermedio nullum negotium extraneum, & a stipulatione alienum fuerit susceptum, aut peractum. l. si ex duobus. 22. in fine principii ff. de duobus reis constituend.  
 Quinto non t obstat l. que extrinsecus. 65. ff. de verbor. obligationibus, ubi hæc verba (arma virumque caro) inter ipsam interrogationem, & responsum interposita, non intrant stipulationem, nec cum ejus negotio quicquam commune habent: cum tamen, & stipulationis actus continuus esse debeat, l. cum omnia 137. in princip. ff. dict. tituli. Etenim in d. l. 65. non intervenit aliquid extraneum inter interrogationem, & promissionem: sed interjecta sunt tantum verba quedam ad rem, ac negotium presens nihil pertinentia. Alias sane in stipulatione si promissor, præsquam responderet, ad alia negotia discesserit, licet illis præcisè responderit, nihil omnino actum intelligitur. dict. leg. ff. ex duobus. 12. ff. de duobus reis constituend.  
 Sexto non t obstat l. testamentum. 17. C. de testament. ex qua patet, quod actus superfluous, aut extraneus, in testamento interveniens, testamentum vitare non debeat: Quandoquidem Imp. Arcadius, & Honorius ubi non de actu aliquo extraneo, & a testamento alieno, sed de cautela superflua, ipsum testamenti negotium concernente, loquuntur.  
 Septimo non t obstat l. etiam querela. 11. ff. de inoff. testam. ex qua colligitur, mortis causa donationem testamento fieri posse, cum tamen hæc donatio consensus ejus, cui donatur, requirere, & adeoque aliena esse a testamento videatur: l. inter mortis. 38. ff. de mortis caus. donationibus. Quia responderetur: donationem illam respicere etiam ad id, quod quis post mortem suam fieri velit: ac proinde non plane a testamento alienam: hodieque legatis per omnia exceptam esse. l. illud generaliter. 37. ff. dict. tituli. l. ultim. C. de donat. caus. mort. Quemadmodum ergo legata in testamento relinquæ possunt, nec vitant testamentum, ita quoque donatio mortis causa testamentum fieri potest.  
 Octavo non t obstat l. cum quis decedens. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3. ubi depositi contractus proponitur in testamento celebratus. Nam in codicillis de quibus hæc illa loquitur, non est contractum depositum: sed de illo, quod iam antea contractum fuit, cavetur in codicillis, ut restituantur ei, cui ex depositi conventionne fuit restitutum. Tamen alii respondent: legem illam expressè loqui de codicillis; nos vero de testamentis: non autem eadem in codicillis observari solemniam, quæ in testamento desiderantur. §. uti. Insit. de codicillis.  
 Nono haud t obstat Novell. 107. cap. 1. ubi divisio in testamento patris inter liberos fieri potest. Atqui divisio emptiois vicem obtinet. leg. 1. Cod. communia, utriusque iudicii. &c. Responderetur enim: patrem dividendo res suas inter liberos non contrahere, sed potius voluntatem suam declarare: ut respicere indicat textus dictæ Novell. 107. cap. 1. Ceterum \* divisio in quibus ab ea differat, dilucide explicat Sichelardus in dict. l. 1. Codic. commun. utriusque iudicii. n. 5. & segq. Reliqua, & communis opinio argu-

Jul. Clar. Sentent. Præf. Civil. Tom. I.

menta, refutavimus in §. sed cum paulatim. 3. Insit. de testam. ordinand. n. 9. & segq. HARR.

QUÆSTIO LXXVI.

SUMMARIA.

EX CLARO:

1. **T**estatoris voluntas ante omnia attendi debet.
2. **E**t quid in fideicommissis.
3. **E**t quid in aliis substitutionibus.
4. **U**bi clare non apparet de mente testatoris, verbi est inherendum.
5. **U**na pars testamenti per aliam declaratur.
6. **V**erbum equivocum positum in una parte testamenti, debet interpretari prout reperitur clare positum in alia parte testamenti.
7. **E**t quid si in una substitutione vellemus fecerit de filijs masculis, in alia vero simpliciter tantum de filijs.
8. **E**t nunquid hæc regula locum habeat etiam de uno testamento ad aliud.
9. **T**estator in dubio censetur velle minus gravare heredem, quam fieri possit.
10. **D**ispositio testatoris facta in unum casum, non extenditur ad alium.
11. **I**n dubio mens testatoris, præsumitur conformis dispositioni juris communis.
12. **E**t ubi adsum statuta præsumitur conformis dispositioni statutorum.
13. **D**ispositio testatoris facta de personis, quæ sibi ab intestato succedere possent, intelligitur facta eo modo, & ordine, quo de jure ad successionem vocantur.
14. **T**estator substituens proximiores an censetur vocasse proximiores ultimi decedentis, an ipsius testatoris.

Ex Additionibus.

1. **Q**uatenus expressa testatoris voluntas spectanda.
2. **U**na pars testamenti declaratur per aliam.
3. **T**estator in dubio censetur velle minus gravare heredem, quam fieri possit.
4. **L**egatum in dubio ab herede relictum præsumitur.
5. **M**ens testatoris in dubio præsumitur fuisse conformem dispositioni juris communis.

**D**iximus de potestate testatoris: nunc de eius voluntate (a) videndum est. In hæc autem materia, cum precedentibus §§. præsertim, ubi de substitutionibus, & fideicommissis tractatum est, multa jam a nobis explicata sunt, hoc loco breviter (præmissis nonnullis conclusionibus) duas tantum quaestiones attingemus.

In ultimis voluntatibus, ubique de aliqua re controversi (b) contingat, semper, & ante omnia ipsius testatoris voluntas attendi debet. legat. non aliter ff. de legat. 3. cum similit. & est communis reg. ut attestatur Paris. consil. 41. n. 15. lib. 2. & consil. 52. n. 6. eod. volum. & consil. 78. n. 16. eod. volum. & consil. 60. n. 10. eod. volum. & consil. 23. n. 9. lib. 3. & consil. 25. n. 31. eod. volum. & consil. 53. n. 10. eod. volum. & hæc regulam dicit esse ab omnibus approbatam Socin. jun. consil. 110. n. 10. lib. 3. Adde, quod non solum attendenda est testatoris voluntas (c) expressa (hoc enim abique dubio procedit, ut dixi supra quæst. 6.) sed etiam illa, quæ ex conjeturis colligitur. l. cum proponetur, in fin. ff. delegat. 2. similibus. & est communis regul. ut dicit Decian. in leg. 1. post n. 4. C. de collatio.

K 2

Idque

1 Idque maxime in fideicommissis (d) locum habet. In illis enim licet voluntas testatoris ex verbis expressis colligi non possit, sed tantum ex (e) conjecturis, illa tamen attendenda est, adeo ut plerumque propter conjecturam mentem testatoris à vi, & proprietate verborum sit recedendum. *l. heredes mei. §. cum ita. cum ibi nota. ff. ad Trebellian. & est communis conclusio, ut dicit Paris. consil. 43. num. 24. lib. 2. & consil. 75. num. 50. eod. volum. & consil. 17. num. lib. 2. consil. 25. num. 35. eod. volum. restringuntur, extenduntur, declarantur, & limitantur per rationem, & causam, propter quam testator motus fuit ad fideicommissum ita faciendum, adeo ut talis ratio, & causa potius attendi debeat, quam verba expressa leg. cum pater. §. dilectissimis, ubi nota. ff. de leg. 2. & est communis conclusio, ut dicit Paris. consil. 6. num. 20. lib. 3. & consil. 18. num. 21. eod. volum. & consil. 25. num. 26. eod. volum. & conjecturata mens testatoris in fideicommissis adeo potens est, ut plerumque operetur, quod aliqui admittantur, qui alias non admitterentur, & aliqui excludantur, qui alias non excluderentur, & est communis regula, ut dicit Curt. jun. consil. 57. n. 6.*

2 In aliis tamen substitutionibus, si quæ in testamentis factæ sunt, hæc conclusio non ita absolute procedit: in eis enim ultra in illis contenta nihil est subaudiendum. Et hæc est communis regula, ut dicit Socin. jun. consil. 101. num. 3. lib. 1. maxime ubi de substitutione extendenda, aut declaranda, sed inducenda ageretur: tunc enim non ita de facili conjecturas tacite mentis admittimus; sed illud fideicommissum, sive substitutio, quæ in testamento expressa non reperitur, non debet dici facta, & dicens contrarium debet illud ostendere. Et hæc est communis regula, ut dicit Socin. jun. consil. 176. num. 8. lib. 2. & consil. 78. num. 4. lib. 3. In proposito hujus conclusionis videnda sunt, quæ dixi sup. §. substitutio.

3 Ubi clare non apparet, quæ sit mens testatoris, tunc inharendum est verbis ipsius, & hæc est communis conclusio, ut dicit Curt. jun. consil. 169. num. 1. Cæterum si etiam verba ipsa dubia essent, ita ut colligi non posset, quæ mens testatoris fuisset; tunc ante omnia spectanda est ipsius (f) testatoris consuetudo, deinde regionis, in qua verus est, præterea qualitas personarum, charitas, & necessitudo. Item, & ex præcedentibus, aut sequentibus verbis coniectandum est, quid testator senserit. Sunc verba Jurisconsulti, in *l. si servus plurimum. §. fin. ff. de legat. 1.* Qui ordo à Jurisconsulto traditus ad investigandam mentem testatoris, formaliter, & præcise est observandus, ita ut prima conjectura præferatur secundæ, & sic successive. Et hæc est communis opinio, ut dicit Jason. in *d. §. fin. num. 2.* quod nota.

4 Dixi, quod una pars (g) testamenti per aliam declaratur, & hoc receptissimum esse attestat Emil. Ferret. in *l. quia filius in princip. num. 4. ff. de legat. 1.* Regulariter enim mens testatoris præsumitur fuisse in una parte, quæ fuit in alia. Ita dicit Bartol. in *l. censurio. colum. 9. vers. vel quid si præcedentib. ff. de vulgata. quem sequuntur communiter Doctores, ut dicit Socin. jun. consil. 101. n. 7. lib. 1.*

5 Hinc inferitur, quod si reperitur aliquod verbum æquivocum, vel commune: puta, *Substitutio, in una parte testamenti, debet illud verbum (h) interpretari, prout reperitur clare positum in alia parte testamenti.* Ita dicit Bartol. in loco præallegato, quem sequuntur communiter Scribentes, ut dicit Paris. consil. 73. num. 48. libro 2. & consil. 86. n. 55. eod. volum. & consil. 72. n. 42. lib. 4.

Sed pone, quod testator in aliqua substitutione fecerit mentionem de filiis masculis, deinde in alia substitutione fecerit mentionem simpliciter de filiis, in quid in hac secunda substitutione debet etiam subintelligi de masculis? dixi sup. §. substitutio.

6 Sed nunquid sicut præsumitur de una parte testamenti ad aliam, ita etiam erit præsumendum de uno testamento ad aliud? Respondi (i) quod non, & ideo, si testator in primo testamento aliquid disposuit cum una qualitate, & postea faciat secundum testamentum, in quo repetat eandem dispositionem (cum illa qualitate) intelligitur talis qualitas potius neglecta, eum repetita in secundo testamento. Ita tenet Bart. in *l. Statius Florus. in princ. numer. 2. de iure fidei. qui in hoc per omnes approbatur, ut dicit Curt. jun. consil. 163. numero 14.*

7 Testator (k) in dubio censetur velle minus gravare hæredem, quam fieri possit. *l. unum ex familia. §. si rem. ff. de leg. 2.* & est communis regula, ut dicit Soc. jun. consil. 9. n. 4. lib. 1.

8 Dispositio testatoris facta in unum casum, non ita extenditur ad alium. *l. commodissime ff. de lib. & posthum. & est communis regula, ut dicit Paris. consil. 87. num. 50. lib. 2.* Hanc tamen conclusionem intellige, ut procedat, quando aliter de testatoris ipsius mente non apparet. Nam eo casu bene procedit regula, quod ceteris omnibus habetur promissio? sed si sit sit conjecturata mens testatoris, utique dispositio facta in unum casum extenditur ad alium. leg. *Tullius. §. Lucius. ff. de lib. & posthum. & est communis regula, ut dicit Decian. in l. si mater. post num. 2. vers. Sed iste. C. de instit. & substit. In proposito hujus regulæ videnda sunt, quæ dixi supra §. substitutio.*

9 In dubio (l) mens testatoris præsumitur fuisse conformis dispositioni juris communis. Ita allegatur dicere Bart. in *l. heredes mei, §. cum ita ff. ad Trebellian. quem in hoc dicit communiter approbati Curt. jun. consil. 57. post num. 8.* Hanc etiam conclusionem attestatur esse communem Galiaula in *reper. l. Gallus. §. quidam recte. post n. 21.*

10 Scias tamen, quod ubi adiunt statuta, præsumitur mens testatoris potius fuisse conformis dispositioni statutorum, quam juris communis: & ad hoc allegatur Bart. in *d. §. cum ita, num. 4. ff. ad Trebell. & est communis conclusio, ut attestatur Socin. consil. 51. numer. 33. lib. 4. Curt. jun. consil. 168. post numer. 63. lib. 2.* Hinc inferitur, quod stante statuto; quod extantibus masculis feminæ non succedat: si testator in testamento suo simpliciter instituat filios suos, non censetur instituisse feminas à statuto exclusas. Ita allegatur tenere Bald. in *leg. tres fratres. quem tamen ego ibi hodie dicentem non invenio ff. de pact. & est communis conclusio, ut dicit Curt. jun. de feud. in 1. par. tertie partis princip. in 12. limita.*

11 Secundo inferitur, quod dispositio testatoris facta de personis, quæ sibi ab intestato succedere possent, in alio dubio intelligitur eo modo, & ordine, quo de jure communi, vel municipali ad successionem ab intestato vocarentur. Ita colligitur ex nota. per Bart. in *dict. §. cum ita, nu. 4.* quem omnes sequuntur, ut dicit Socin. jun. consil. 104. n. 26. lib. 1. & ideo si plures vocati sunt ad fideicommissum sub nomine collectivæ, puta *Substitutio omnes de familia mea:* censentur vocati ordine successivo, ita ut gradatim proximiores admittantur, secundum quod succedunt ab intestato. Ita tenent gl. in *l. cum ita. §. in fideicommissio. in verbo. Num nati sunt ff. de leg. 2.* quæ in hoc est communiter approbata: ut dicit Paris. consil. 3. nu. 4. lib. 1. & consil. 38. nu. 1. 2. & consil. 51. n. 26. eod. vol. & consil. 57.

12. num. 16. eod. vol. & consil. 76. num. 6. eod. vol. & consil. 83. n. 14. eod. vol. & consil. 56. nu. 26. lib. 3. & consil. 50. n. 18. eod. vol. & consil. 65. n. 48. eod. vol. Hanc etiam conclusionem dicit esse communem Soc. consil. 43. n. 8. lib. 3. & consil. 86. nu. 8. eod. vol. Curt. jun. consil. 22. n. 12. Vide quæ dixi sup. q. 70. in prima conclusione. In proposito etiam illius gl. videnda sunt ea, quæ dixi sup. §. substitutio: ubi diffusius de ejus veritate tractavi.

13 Sed hic occurrit puicra quæstio, & quæ sæpe contingit in præctica. Pone, quod habens plures agnatos, vel cognatos, unum instituat, & eidem per fideicommissum substituat alios proximiores agnatos, & cognatos: Quæro, nunquid præsumantur ex tali substitutione vocati illi agnati, vel cognati, qui erant proximiores ipsius testatoris, an autem proximiores ipsius gravati, cui facta est substitutio? Respond. aliqui dicunt, quod censentur vocati proximiores ipsius testatoris, quos, in dubio præsumitur testator magis dilexisse, quam proximiores eorum, quos instituit. Et hanc opin. dixit (m) esse communem Joan. Dilect. de arte testam. tit. tertio. cau. 31. numero tertio. Hæc tamen opinio mihi nunquam placuit, & videtur directo contraria regulæ supra positæ. Si enim testator præsumitur voluisse in suis bonis succedere juxta ordinem à jure communi constitutum in successibus ab intestato: de necessitate judicio meo fatendum est, quod semper voluerit proximiores illius, de cujus hereditate agitur, illi succedere, non autem ejus remotiores, licet sint proximiores ipsius testatoris, quos ille de jure communi proculdubio excluderet. Nec dicatur, quod in fideicommissis succedatur fideicommissis, non autem gravato, ut dixi supra §. substitutio. Quia per hoc non tollitur, quod minus inter vocatos ab ipso testatore sit succedendum eo gradu, & ordine, secundum quem ipse testator disposuisse præsumitur, scilicet secundum quem inter ipsos procederet successio ab intestato. Et licet hæc sententia mihi verior videretur: tamen propter auctoritatem tenentium contrarium non audebam me firmare. Tandem reperi Socin. jun. consil. 126. lib. 1. qui per totum illud consilium tractat eleganter hanc quæst. & post multa conclusit secundum hanc opinionem, quod scilicet attendatur proximitas ultimo morientis, sive gravati, non autem testatoris: & post relatas multas auctoritates Doctorum, qui illam tenentur n. 56. attestatur eam esse magis communem, subdens quod nefas putaret ab ea recedere in judicando. Hanc etiam opin. dicit esse communem Gozad. consil. 4. post nu. 31. vers. Ad sextum. Cum ergo hæc opin. sit verior, & ex allegatis per Soc. jun. in *d. consil.* apparet, eam etiam esse magis communem, dicere consules, aut judicando nullo modo esse ab ea recedendum. Vide in hoc proposito, quæ dixi supra §. substitutio.

14 Quatenus testator dilexit instituyendo, censetur etiam dilexisse substituendo, est communis regula, ut dicit Curt. jun. consil. 91. numer. 8. Hinc inferitur, quod si testator in institutione excludit feminas propter masculos, censetur eas pariter voluisse excludere in substitutione. Ita dixit Bart. in *l. fin. numero 2. ff. ad Trebellian. & est communis conclusio, ut dicit Curt. jun. consil. 11. circa fin. Rub. consil. 62. in fin. Hoc tamen, limita, ut non procedat, quando ita intelligendo sequeretur mala grammatica: nam eo casu præsumendum est illam fuisse mentem testatoris, quæ secundum rationem recti sermonis procedere potest. Ita dicit Bartol. in *dict. l. h. post numer. 2.* qui in hoc communiter approbatur, ut ait Curt. jun. consil. 57. post numer. 6. quem refert, & sequitur Bel-Jul. Clar. Sement. Pract. Civil. Tom. 1.*

15. consil. 53. numer. 6. & lib. 4. supputa. cap. 20. num. 6.

ADDITIONES.

[a] Voluntas. Adde, ut voluntas testatoris attendatur, quid à proprietate verborum recedatur; Bartol. & alii in *l. in ambiguo, ff. de rebus div. & nota,* quod voluntas hominis consistit in verbis, sicut facies in speculo, per Cræm. in *consil. 35. col. 2. Giach.*

[b] Conventio. Hic nota, quod voluntas testatoris declaratur etiam ex testamento revocato, per Cræm. in *consil. 113. in fin.* Item ubi est dubia, debet interpretari ex eo, quod est verisimilius, per eundem *consil. 15. n. 25. Giach.*

[c] Voluntas. Die, quia voluntas testatoris totum facit, legat. ex factio, la grande. ff. de her. instir. Et dicit Imperator in *l. 3. C. de liber. præter. quod cum appareat de mente testatoris, verborum interpretatio nullam tantum valet, ut melior sensus existit. Et expressa facit cessare tacitam, per Ceph. consil. 148. n. 15. Giach.*

Non solum attendenda est testatoris voluntas expressa, sed etiam illa, quæ ex conjecturis colligitur. Quod pronuntiatum intelligendum est, ut procedat, nisi voluntas testatoris fuerit expressa per verba penitus inepta, & incongrua. Si tamen mens testatoris ex præcedenti dispositione testatoris appareat: illa spectanda est sicut per verba inepta potest fieri expressa. Ita post Socinum *sen. in l. in ambiguo. 3. n. 7. ff. de reb. div. & alios, tradunt Michael Grassus lib. 1. recept. sentent. §. testamentum. quæst. 76. num. 3. & Franciscus Mantica in tract. de consuetud. ultimæ volunt. lib. 3. rit. 3. num. 17.* Quo in titulo quoadmodum testatoris voluntas observari debeat, copiose, ac dilucide exponit. HARR.

(d) Fideicommissis. Ad idem etiam adde, ut per Joan. Caphal. in *consil. 134. n. 27. ubi dicit, quod voluntas potius quam verba inspicitur in fideicommissis, etiam colligatur ex conjecturis, n. seq. Giach.*

[e] Ex conjecturis. Adde, quod hodie adiunt amplissimi tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum, nec non de earum interpretatione: Mantica, inquam, & de Pretis, qui sunt duo solemnes Moderati, qui formant, examinantque quæstiones plene, & eleganter: illos videtur. GIACH.

[f] Iustus testatoris constitudo. Quin etiam ex verisimili vivendum opinione colligitur mens testatoris. *l. quoniam. C. de Da. lib. Crauet. consil. 96. 155. 145. ex privata scriptura testatoris. il. de avo testam. tit. 6. caut. 66. Jason. in legat. qui filius numer. 5. ff. de legat. 1. ex actu, vel a principio involutio, vel ex post facto invalido, legat. fin. de bon. eod. Decian. consil. 176. Paris. consil. 7. voluim. 3. Socin. jun. consil. 122. numer. 15. volum. 3. & consil. 49. numer. 14. volum. 4. ex consuetudine testamenti declaratione, Angel. & Imol. l. cum ex filio. ff. de vulg. & pupill. ex hereditate declaratione, Tiraquel. de tract. mun. §. 2. gloss. 2. num. 4. Burs. consil. 28. n. 11. ex unius testis minus legitime recepti dispositione. Soc. jun. consil. 56. n. 5. & 6. vol. 4. GOVERN.*

[g] Una pars testamenti per aliam declaratur. Ad de f. idem sententes Ludovicum Gozad. consil. 164. nu. 2. & consil. 89. num. 5. Mantica *d. lib. 3. rit. 9. n. 3.* & Grassus *dict. §. testamentum, q. 76. n. 21.* alioque ab his laudatos. HARR.

[h] Interpretari. Adde, quod sumitur declaratio etiam ex testamento revocato, ut dixi supra. GIACH.

[i] Respond. quod non. Cave; ne hæc ita generaliter exaudias, nam ex testamento nullo, vel imperfecto aliu interpretatur, quandoquam dubii juris sit, an ex revocato testamento idem fieri possit. leg. cum tacitam, ff. de probat. l. fin. de re. eod. Crævet. consil. 113. numer. 6. 7. 8. Ruin. consil. 93. numer. 13. & consil. 144. numer. 17. lib. 2. Menoch. consil. 85. num. 122. volum. 1. quin etiam ex revocato posterius recipit interpretationem. Rip. respon. 132. num. 13. Hæc autem conclusio duobus modis, & quidem contrariis intelligitur. Primo namque arguimus aliquam qualitatem, vel conditionem subintelligendam in ultimo testamento, quid eam testator in alio expresserit: Secundo arguimus e contrario, imo vero non esse subintelligendam in ultimo testamento, quia testator cum voluit eam in aliis expressit, vide Zanck. in *antea rep. §. cum ita, l. hereditas mei, ff. ad Trebell. part. 3. n. 56. Gov.*

[k] Testator in dubio censetur velle minus gravare hæ-

redem, quam fieri possit. Hanc regulam, utpote communem, inculcat Jacobus Menochius in tractat. de prae- sumptionibus. lib. 4. prae sumpt. 66. nu. 4. item prae sumpt. 106. num. 18. prae sumpt. 132. num. 2. prae sumpt. 155. nu. 4. & alibi. Quamquam alias legatum in dubio ab haerede derelictum esse praesumatur, leg. si servus legatus. 108. §. qui margaritam, 13. ubi Baldus & Imola. ff. de legat. 1. l. peto, 69. in princip. ff. de legat. 2. late Mantica d. tract. de conjecl. ultim. volum. lib. 8. titul. 2. n. 1. & seqq. Itemque attingimus in §. 1. insitit. de legat. n. 15. & seqq. HARR.

[1] In dubio mens testatoris praesumitur fuisse conformis dispositi iuris communis. Quod si testator in dubio voluerit suam dispositionem esse conformem, atque consentaneam juri communi, tenet quoque Menochius d. lib. 4. prae sumpt. 73. num. 3. prae sumpt. 75. num. 9. prae sumpt. 79. numer. 9. prae sumpt. 86. num. 15. prae sumpt. 94. numer. 16. & prae sumpt. 95. numer. 15. item Grassius dicit. quae sitio. 76. num. 15. & Mantica d. tract. lib. 6. tit. 6. & 7. ubi hanc conclusionem abunde explicat. HARR.

[2] Dixit esse communem. Alexand. consil. 15. vol. 4. Socin. consil. 249. vol. 2. & consil. 35. volum. 4. Socin. jun. consil. 168. n. 70. 71. 72. vol. 2. GOVEAN.

Q U E S T I O LXXVII.

S U M M A R I A.

E X C L A R O.

1 Filii, vel descendentes positi in conditione an censentur vocati.

2 Et quid si adsint aliqua conjectura.

E x Additionibus.

1 Effectus quis questionis illius: an liberi in conditione (si sine liberis decesserit) positi, sint in dispositione testatoris, remissive.

2 Referuntur Doctores, qui existimant, quod filii in conditione positi non intelligantur per fideicommissum substituunt, seu vocati ex testamento: sed solum ab intestato succedant.

3 Recensentur Doctores contrarium statuentes.

4 Prior negativa sententia confirmatur.

5 Natura conditionis qua sit.

6 Declaratur l. Lucius. 85. ff. de haeredibus instituend. & num. 17.

7 Institutio ex conjectura non inducitur, sed verbis fieri debet.

8 Consideratio l. 1. C. de pact.

9 Res, restitutioni fideicommissariae subiecta, alienari non possunt.

10 Sententia l. ex facto. 17. §. ex facto. 5. ad SC. Treb.

11 Liberi positi in conditione fructu paterno non debent defraudari.

12 Inducta ad usum effectum ejus contrarium operari non debent.

13 Favore alienigenae inductum non est retorquendum in ejus odium.

14 Sola testatoris voluntas in fideicommissis spectanda.

15 Sentis l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jur. codicillor.

16 Exploratio d. l. Lucius. 85. in fin. ff. de haeredibus instituend.

Non est hoc loco, in quo de mente testatoris concientienda principaliter agitur, omittenda trita illa, & vulgaris (a) quaestio, nunquid filii, vel descendentes positi in conditione censentur vocati. In qua quidem, ne in auctoritatibus citandis (quod semper abhorri) nimis esse viderer, mihi modum potius, quam copiam quaerendam esse animadverti. Citavi itaque tantum locos; magis insignes, ceteris, in quibus obiter hujus quaestio- nis sit mentio, de industria praetermissis. Pone ergo, quod testator in suo testamento ita caverit: Institutio Titium mihi haereditem, vologue, ut si ipse

Titius sine filiis decesserit, restituat haereditatem Maevio; Quaro, nunquid isti filii Titii, qui non sunt expresse a testatore instituti, vel substituti, sed tantum positi in conditione, censentur vocati? Utilitas (b) autem hujus quaestio- nis est maxima, quia si censentur vocati, non poterit Titius tanquam per fideicommissum gravatus, ut illis restituat haereditatem, in eorum praedictum aliquid de ipsa haereditate dispo- nere. Si vero non censentur vocati, sed solummodo intelligitur eis reservatum jus legitime successio- nis ab intestato, ipsi quidem, si Titius intestatus decesserit, proculdubio erunt Maevio substituti praeferen- di, ex quo per eorum existentiam deficit conditio, sub qua Maevius erat vocatus: sed si Titius factio testamento alium haereditem reliquerit, ipsi remanent exclusi a suc- cessione testatoris. Et in hoc articulo semper allegatur vulgarissima illa Glossella in l. Lucius, la. 2. in gl. ff. de haered. institu. que voluit, quod testa- tor ipsos liberos censatur praestitulis substituit ab intestato tantum & sic, quod isti (c) filii, & des- cendentes non censentur a testatore vocati, sed solummodo sit illis reservatum jus legitime suc- cessionis ab intestato. Hanc autem opin. gloss. at- testantur esse communiter receptam, ac canoniza- tam tam in judiciis, quam in scholis, atque ab ea non esse consulendo, aut judicando recedendum, hi qui sequuntur. Imo, in l. si filiusfamil. §. cum quis, ver. Et haec faciunt. ff. de legat. 1. & in d. l. Lu- cius, post n. 2. vers. in gl. ff. haered. inst. quem refer- ret Alex. consil. 149. num. 6. lib. 2. Paul. de Castr. in l. cum acutissimi post n. 4. C. de fideicommiss. Raph. Comen. in d. l. filius. §. cum quis, quem refert Alexan. consil. 38. post num. 6. vers. & per predicta, lib. 6. Rom. in l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Trebellian. quem refert Guid. Papae consil. 25. num. 1. & consil. 27. nu. 2. Joan. de Ana. consil. 68. circa fi. Alexan. consil. 91. n. 6. lib. 1. & consil. 108. num. 3. eod. volum. & consil. 66. num. 5. lib. 2. & consil. 109. nu. 4. eod. vol. & consil. 185. num. 15. eod. volum. & consil. 33. num. 3. lib. 3. & consil. 13. post num. 10. lib. 4. & consil. 55. n. 14. eod. volum. & consil. 139. n. 7. lib. 9. & consil. 201. n. 2. lib. 7. & consil. 133. n. 2. eod. volum. & in d. l. ex facto. post num. 3. in gl. in verbo Defectisset. ff. ad Trebellian. quem refert Soc. jun. consil. 26. n. 14. lib. 1. & Boer. decis. 147. post n. 15. versic. sed ad praedicta. Aret. consil. 27. in fi. Cornel. consil. 21. in lit. C. lib. 1. & consil. 118. in littera G, lib. 2. & consil. 119. in litem P. eod. volum. & consil. 146. in littera A. eod. volum. & consil. 186. in littera C. eod. volum. & consil. 207. in littera B. eod. volum. & consil. 1. col. 10. in littera V. lib. 3. & consil. 168. in princip. eod. volum. & consil. 243. in littera S. eod. volum. & consil. 89. in litem E, lib. 4. & consil. 101. in littera A. eodem volum. & consil. 180. in littera A. eod. volum. & consil. 226. in littera B. eod. volum. & in l. 1. n. 9. C. de cond. inser. Socin. in l. cum acus. post n. 11. ff. de cond. & demonstr. & consil. 140. n. 2. lib. 1. & consil. 42. n. 1. lib. 3. & consil. 116. n. 1. eod. vol. & consil. 33. nu. 1. lib. 4. & consil. 33. nu. 30. eod. volum. & consil. 74. nu. 2. eod. volum. quem refert Soc. jun. consil. 176. nu. 16. lib. 2. & consil. 177. nu. 8. & seq. eod. vol. Guido Papae consil. 140. paulo ante n. 1. & consil. 216. n. 9. & consil. 218. n. 2. laton. in l. pe- cuniam, n. 1. in fi. ff. si cert. per. & in l. generaliter, in princip. nu. 2. C. de instit. & substit. & consil. 143. post n. 6. lib. 2. & consil. 206. num. 3. eod. volum. & consil. 22. vol. 3. vers. Pro eadem. eod. volum. & consil. 41. circa fi. lib. 3. & consil. 108. eodem. §. vers. Non quoque obsta- lib. 4. Curt. sen. consil. 24. num. 14. & consil. 45. n. 12. quod conf. fuit compilatum per ipsum Curt. & D. Christoph. Burigellam nomine venerandi Collegii Papiensis, & consil. 65. n. 3. & 4. & in repert. dicit. l. 1. nu. 6. C. de pact. Decian. in dicit. l. 1. n. 15. C. de pact. & consil. 91. post num. 4. vers. Sed responderi. &

consil. 270. post num. 1. & consil. 291. in fi. & consil. 422. num. 2. Claud. in l. Centurio n. 44. ff. de vulga. & in dicit. l. ex facto. num. 2. ff. ad Trebellian. Ruin. consil. 40. num. 3. in fi. lib. 1. & consil. 108. num. 11. lib. 2. & consil. 111. num. 3. eod. vol. & consil. 113. num. 3. eod. vol. & consil. 179. nu. 1. eod. volum. Pet. Girard. song. 61. Habes Bertran. consil. 18. post num. 21. lib. 1. in 2. parte, & consil. 82. n. 5. & 6. eod. volum. & consil. 31. num. 4. lib. 2. in 2. parte, & consil. 96. nu. 6. eod. volum. & consil. 103. post nu. 7. vers. Præterea præmit- to. eod. volum. & consil. 170. n. 1. eod. volum. & consil. 183. nu. 21. lib. 3. in 2. parte, & consil. 182. n. 2. eod. vol. & consil. 236. n. 1. eod. vol. & consil. 250. n. 4. eod. vol. & consil. 286. n. 4. eod. vol. Gozadi. consil. 104. quod est conf. ult. num. 7. Ripa in l. Centurio, n. 159. ff. de vulg. & in d. l. ex facto. §. ex facto. n. 10. ff. ad Treb. & in d. l. 1. n. 5. C. de pact. Conset. in repert. Abbas in ver. Substitutio. Apollin. ad Guido Papa consil. 22. sub n. 5. Rubens consil. 144. post n. 1. Paris. consil. 18. n. 10. lib. 2. & consil. 1. num. 3. eod. vol. & consil. 37. n. 19. eod. volum. & consil. 63. num. 9. eod. vol. & consil. 74. nu. 3. eod. volum. & consil. 75. num. 44. eod. volum. & consil. 78. n. 6. eod. volum. & consil. 86. n. 6. eod. vol. & consil. 87. nu. 7. eod. vol. & consil. 14. n. 5. lib. 3. & consil. 16. n. 27. eod. vol. & consil. 42. n. 2. eod. vol. & consil. 53. num. 9. eod. vol. Cotta in verbo Filii in conditione. Bello. consil. 81. n. 4. Purpurat. in d. l. 1. n. 112. C. de pact. Soc. jun. consil. 60. nu. 65. lib. 1. & consil. 111. n. 25. & n. 30. eod. vol. & consil. 118. n. 19. eod. vol. & consil. 119. nu. 9. eod. vol. & consil. 126. n. 29. eod. vol. & consil. 168. n. 6. lib. 2. & consil. 141. n. 3. eod. vol. & consil. 151. n. 10. eod. vol. & consil. 154. n. 4. eod. vol. Cravetta consil. 109. n. 2. & consil. 155. n. 2. & consil. 288. post n. 3. vers. Tertio considero. Emil. Ferret. in d. l. 1. n. 6. C. de pact. Zuecard. in repert. d. l. 1. n. 47. & seq. Gratus consil. 106. num. 43. lib. 2. Joan. Dilect. de arte testandi, titul. 5. cau. 19. num. 1. & cau. 24. numer. 2. & cau. 36. numer. 1. Et dicit Guido Papae decis. 39. post num. 1. quod hanc opi- nionem servat Curia Parliamenti Delphinalis in judi- cando.

Contrariam (d) vero sententiam, quod scilicet filii positi in conditione censentur a testatore vocati, saltem tacite, tenet Oltira. consil. 21. in fi. cu- jus opinionis multos etiam habuit sequaces, quos recenset Bald. consil. 55. volum. 5. & seq. lib. 2. subdens, quod licet Joan. de Imol. in d. l. Lu- cius, dixerit opinio glo. esse magis communem, tamen salva pace sua, ista est verior, & commu- nior, quem refert Boer. decis. 155. post nu. 33. & Socin. jun. consil. 168. num. 75. lib. 2. Dicit etiam Socin. consil. 77. post n. 4. lib. 1. quod multi DD. tenent contra illam gloss. & quod vidit consul- tum per multos solennes Doctores, qui dicebant hanc esse communem opin. modern. quam refert Gratus consil. 32. num. 1. lib. 2. & consil. 101. num. 13. eod. volum. Dicit etiam Curt. sen. consil. 51. post num. 22. quod cum hanc opin. tenuerint plu- rimi Doct. supremæ auctoritatis, & cum sit æqua opinio, ut omnes fateantur, certe illa in judican- do sequenda est: quia multoties errant homines discedentes ab æquitate, ubi locum habere po- test, sequendo subtilitates, referens verba Angel. in l. sequatur. in princ. ff. de verbor. oblig. momentis, ut caveant Advocati, Doctores, & Judices, quan- do sequi possunt æquorem sententiam, ne rigoro- sam amplectantur, quia perniciose errarent: & tandem subdit, quod hæc opinio non potest dici; nisi communis, & sequenda quem refert Pa- ris. consil. 50. num. 37. lib. 3. Dicit etiam Socin. jun. consil. 158. num. 71. lib. 1. & consil. 174. num. 21. eod. volum. quod ab hac opin. tanquam ve- riori: & forte hodie communiori non esset judi- cando recedendum; & in utroque consilio late

recenset auctoritates, dicens, quod non est da- bium commune opin. posse mutari temporis cur- su. Ex quo sæpe contingit, quod aliqua opi- nio, quæ a quinquaginta, vel sexaginta annis supra communitur tenebatur, desinat esse commu- nis, si plerimi ex sequentibus contrarium teneant: & quod ita fortasse contingit in ista difficultate. Idem etiam dicit idem Socin. jun. consil. 120. num. 20. lib. 3. & consil. 145. num. 36. eod. vo- lum. Et dicit Gratus consil. 48. num. 22. libro pri- mo, quod licet olim opin. illius gloss. esset com- munis: hodie tamen est dubium, an sit contru- nis, & revera negari non potest, quin magnæ sint auctoritates hinc inde. Tamen ut potes ex predictis colligere, non videtur dubitandum, quin etiam hodie opinio illius gloss. sit magis communis: & credo, quod sint plures Docto- res, qui attestantur illum esse communem, quam illi, qui tenent opin. contra gloss. nihilominus, quia contraria opin. ut omnes fateantur, est æquior, & forte etiam est verior in puncto juris, non est ita absolute adhaerendum opinioni illius gloss. sed pro concordia, etiam ex communi mente Doctorum, putarem ista posse distingu. Aut ille, qui fuit institutus in testamento, erat extraneus ipsi testatori: & intelligo extraneos omnes illos, qui non sunt descendentes ipsius testatoris, licet sint ei sanguine conjuncti, & tunc procedat opin. gloss. in d. l. Lucius, ut scilicet ejus filii in conditione positi non censentur vocati: & hic casus procedit absque dubio, ut dicit Curt. sen. in d. consil. 45. num. 2. quod consilium, ut dixi, fuit editum sub nomine Venerandi Collegii Pa- piensis. Et dicit Socin. consil. 37. post nu. 30. lib. 4. quod opin. gloss. in transverfaliibus est multo communis, & indubitata in consulendo, & judicando. Non enim potest ulla affectio testato- ris erga tales filios verifimiliter considerari, ut eorum favore dicatur voluisse imponere instituto onus fideicommissi. Aut isti filii positi in condi- tione erant descendentes ipsius testatoris: & tunc aut nulla subest conjectura, quod testator eos vocare voluerit, præterquam, quod simpliciter eos posuit in conditione: & hoc casu etiam procedat opin. gl. & magis communis, scilicet quod solummodo censentur testator voluisse esse refer- vare jus legitime successio- nis ab intestato, non autem voluisse gravare haereditem institutum, ut haereditatem illis restituat. Nam conditio ipsa ni- hil ponit in esse: & regulariter non inducitur ta- citum fideicommissum, nisi ubi ex conjecturis col- ligitur mentem testatoris illam fuisse, ut fidei- commissum induceretur. Et ab hac opin. ubi nulla subest conjectura, temerarium esset, ju- dicio meo, consulendo, aut judicando recedere. Aut vero aliqua subest conjectura mentis testa- toris, quod voluerit istos filios in conditione po- sitos vocare, & tunc intrepide tenenda est opin. Oltir. & sequacium, quod censentur tacite vo- cati. Et ita dicunt communiter Doct. nostri, etiam qui regulariter negant eos vocatos esse, ut dicit Soc. jun. consil. 128. n. 73. lib. 2. Dicit etiam Cravet. consil. 62. n. 6. quod licet Doct. magis communiter videantur sequi gloss. in d. l. Lucius, tamen cum tot, & tante sint auctoritates in contrarium, de fa- cili ex aliquibus conjecturis recedatur ab illa com- muni opin. Idem etiam dicit Soc. jun. in d. consil. 110. post nu. 20. vers. verum si quis, libro 3. Et hanc conclusionem, quod ubi adest aliqua con- jectura, filii, seu descendentes positi in condi- tione censentur vocati, non solum ad exclusionem ultimo loco substituti, sed etiam ad hoc, ut pas- sint locari, dicit esse communem Soc. consil. 63. lib. 3. prout illum refert, & sequitur Paris. consil. 78. num.

num. 7. libro secundo. Et licet ego non reperiam Socin. in allegato consilio id attestantem; hæc tamen conclusio proculdubio tanquam communis, tenenda est in practica, neque ab ea est elict confulendo, aut judicando recedendum.

ADDITIONES.

- (a) Questio. Adde, ac diffusius vide de ista. q. colle. n. 3. cum odo sequent. Item quod filii possit. in conditione haud censentur possit in dispositione, dixi d. colle. mea communium opin. in verbo filius, numero 34. GIACH.
(b) Utilitas autem hujus questionis, &c. De effecti. five utilitate hujus questionis, an liberi in conditione (si sine liberis decesserit) possit, sint in dispositione testatoris, post Clarum nostrum, vide Andream Gall. lib. 2. observat. 136. na. 19. cum seq. Valentinum Forsterum libro 4. de successibus ca. 1. n. 19. & Michaellem Grassium lib. 1. recepr. sent. §. fideicommissum. quass. 12. n. 1. HARP.
(c) Quod isti filii, & descendentes non censentur a testatore vocati. Quod filii in conditione possit, non praesumantur per fideicommissum substituti, seu vocati ex testamento, sed solum parentibus suis succedant in testamento, excluso substituto, ultra Doctores hic a Claro congestos, docent Anton. Gomehus tom. 1. variar. resolut. cap. 3. nu. 24. & cap. 5. n. 42. vers. sed his non obstantibus, & ibidem in addit. Emanuel Soarez sub nu. 24. Gall. d. lib. 2. obs. 136. n. 19. Duaren. ad tit. ff. de conditionibus institut. cap. 5. circa medium, Cujac. in l. Lucius, §. ff. de herediibus institut. & in l. Gallus, 29. §. ff. de herediibus institut. primisquam adierit, decessit, ut ad finem istius legis disterte affirmator. Ill. Huc ¶ confert textum in l. 1. c. de pact. ubi si liberi tacite his verbis (si sine liberis decesserit) fussent ad hereditatem vocati: non tenerentur servare pactum parentis sui, de illa ipsa hereditate, in cuius conditione possit erant. Res ¶ liquidem, que subiectæ sunt y restitutioni fideicommissariae, alienari non possunt l. fin. §. penultimo. & Authen. res. que. C. commun. de legat. IV. Accedit textus ¶ in l. ex facto 17. §. ex facto 10 §. ff. ad Sunarus consuet. Trebellian. ubi dicitur, quod hæredis, qui gravatus est restitutor hereditatem sub conditione (si sine liberis decesserit) bona sisco adjudicentur, post ipsius deportationem, etiam si liberis habeat ante eam natos. Quod utique non feret. si liberi jam a testatore vocati essent. V. Admilitur ¶ huic decisioni l. generaliter 6. vers. cui exim ferendum. C. de institut. ubi habetur, quod liberi possit in conditione, fructu paterno non debeant defraudari. Quibus verbis textus ille praesupponit: quod liberi in conditione possit magis succedant in bonis ipsius patris, quam avi. Jam si per fideicommissum essent tacite substituti: certa ex voluntate ipsius succederent. VI. Quia hæc conditio (si sine liberis decesserit) a testatore adhibetur ad liberandum heredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum. Ideoque si gravatus hæres decessat, liberis restitit; illa conditio non debet inducere aliud fideicommissum in favorem liberorum: cum ¶ induta ad unum effectum, eius contrarium operari non debeat, argument. l. legata instituit 19. ff. de legat. 1. VII. Quia ¶ quod favore alicujus introductum est, non retorquendum est in ipsius odium, sive in commodum. l. nulla 25. ff. de legibus & l. quod favore C. eod. Atqui fideicommissum istud favore hæredis introductum, in eius odium torqueretur. Etenim si statuat liberis esse in dispositione: nam sequitur, bona, ut pote restitutioni obnoxia, alternari non posse, d. aucten. res. que. C. commun. de legat. Ad hoc contra favorem, & commodum hæredis esse, nemo insinuat.
Huic sententiam non obstat, quod ¶ sola testatoris voluntas in fideicommissis attendi, & servari debeat, quocumque modo significata fuerit. l. in conditionibus 19. & l. pater Severinum 101. ff. de conditionibus, & demonstrat. Nemo autem sit, qui non eam defuncti testatoris mentem fuisse intelligat, ut instituit liberis vocare ex testamento volerit. Hoc, inquam, non obstat. Quia non recte colligitur: Testator instituit liberis voluit præferri substituto, eosque admitti ad hereditatem. Ergo voluit eos succedere ex testamento. Quid igitur voluit testator? Voluit nimirum jus legitimarium successuum ab inretrato inter eos confervari, argum. l. vel si singulari 37. ff. de vuls. & postill. substit. ubi testator substituit ex liberis suis ei, qui novissimus morietur; & inquit Florentinus IC. jus legitimarium hereditarium integrum inter eos custodiri vult; si unus liberis morietur, vult alios ei ab intestato succedere. Sed argumentum est, quod ¶ dicitur in l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jur. edictorum. etiam legitimos hæredes ab intestato succedere quodammodo voluisse testatorem: & tamen non ideo ex testamento succedere dicuntur. Idem habetur in l. 3. in princip. ff. eod. tit. ubi is, qui codicillos facit, nullos hæredes instituit; & fideicommissa quodam relinquit, videtur velle eos sibi succedere; non quod quilibet ex testamento quodam veniant ad hereditatem, propter istam voluntatem, sed ab intestato. Atque ita invalida consequentia est: testator voluit eos admitti ad hereditatem; proindeque voluit eos succedere ex testamento, ut bene advertit Duaren. ad d. tit. ff. de condit. institut. c. §. vers. quantum argumentum, &c. Sic quoque ¶ non advertebat d. l. Lucius 85. in fin. ff. de herediibus institut. ubi testator non tantum fratres, sed & ejus liberis voluit præferre substituto. Voluit equidem eos præferre: verum incertum adhuc reliquit: an voluerit eosdem ex testamento ad hereditatem vocari, an vero ab intestato. Cum itaque hoc incertum sit, in dubio dicendum est, hanc fuisse testatoris voluntatem, ut jus legitimarium hereditatum inter eos conservaretur. Quare in ista l. Lucius non queritur, num liberi fratris sint in dispositione, sed an substitutum excludant? Et indicat Scævola IC. eos excludere substitutum, eique præferri non ex testamento, tanquam vocatos a testatore, sed ab intestato. Nec recte regetur, Liberi instituti præferuntur substituto. At substitutum venit ex testamento. Ergo magis liberi. Nam breviter respondetur: liberis non præferri substituto quoad successorem, sed tantum quoad exclusionem. Ita explicat Armeus d. Execr. Justin. 9. sub th. 19. circa finem, ubi & aliis objectionibus occurrat. HARP.

novissimus morietur; & inquit Florentinus IC. jus legitimarium hereditarium integrum inter eos custodiri vult; si unus liberis morietur, vult alios ei ab intestato succedere. Sed argumentum est, quod ¶ dicitur in l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jur. edictorum. etiam legitimos hæredes ab intestato succedere quodammodo voluisse testatorem: & tamen non ideo ex testamento succedere dicuntur. Idem habetur in l. 3. in princip. ff. eod. tit. ubi is, qui codicillos facit, nullos hæredes instituit; & fideicommissa quodam relinquit, videtur velle eos sibi succedere; non quod quilibet ex testamento quodam veniant ad hereditatem, propter istam voluntatem, sed ab intestato. Atque ita invalida consequentia est: testator voluit eos admitti ad hereditatem; proindeque voluit eos succedere ex testamento, ut bene advertit Duaren. ad d. tit. ff. de condit. institut. c. §. vers. quantum argumentum, &c. Sic quoque ¶ non advertebat d. l. Lucius 85. in fin. ff. de herediibus institut. ubi testator non tantum fratres, sed & ejus liberis voluit præferre substituto. Voluit equidem eos præferre: verum incertum adhuc reliquit: an voluerit eosdem ex testamento ad hereditatem vocari, an vero ab intestato. Cum itaque hoc incertum sit, in dubio dicendum est, hanc fuisse testatoris voluntatem, ut jus legitimarium hereditatum inter eos conservaretur. Quare in ista l. Lucius non queritur, num liberi fratris sint in dispositione, sed an substitutum excludant? Et indicat Scævola IC. eos excludere substitutum, eique præferri non ex testamento, tanquam vocatos a testatore, sed ab intestato. Nec recte regetur, Liberi instituti præferuntur substituto. At substitutum venit ex testamento. Ergo magis liberi. Nam breviter respondetur: liberis non præferri substituto quoad successorem, sed tantum quoad exclusionem. Ita explicat Armeus d. Execr. Justin. 9. sub th. 19. circa finem, ubi & aliis objectionibus occurrat. HARP.

QUÆSTIO LXXVIII.

SUMMARIÆ

EX CLARO.

1 Prosequitur eundem articulum, tractatque quid si testator hujusmodi filios in conditione postus gravaverit.

EX ADDITIONIBUS.

1 An & quatenus ex eo, quod filii possit in conditione per testatorem sunt gravati, censentur vocati, remittit.

S Ed videndum est, que (a) sint hujusmodi conjecturae, propter quas sit præsumendum, quod testator volerit tales filios in conditione postos vocare? & in hoc diligenter adverte, quia non sufficit dicere testatorem ita verisimiliter voluisse, nisi conjecturae sint sufficientes, & ex ipso testamento colligi possint. Et ita communiter concluditur, ut dicit Paris. conf. 77. numer. 18. lib. 2. In primis autem Bartol. in dicit. l. Centurio numer. 37. tenuit, quod si testator ipsos filios (b) gravasset, censetur etiam in necessariam consequentiam eos vocasse: alias enim non valeret gravamen, tanquam relictum ab eo, qui non fuisset honoratus: & ideo si testator jussit hereditatem suam restituere Titio, si filius ipsius testatoris sine liberis decesserit, & etiam si filii ipsius filii, quorum instituit, priter sine liberis decesserint, secundum hanc opinio. Bart. videtur tacite vocati etiam filii ipsius filii: qui fuit institutus, licet tantum possit in conditione, ex quo testator eos pariter gravavit, iubendo, eis decenteribus sine filius, hereditatem suam Titio restitui, quos tamen gravare non potuisset (ut dixi) nisi præsupponamus, quod eos prius ho-

norasset, & sic vocasset. Et hanc dixit esse communem theoreticam Doctorem Corn. consil. 1. colum. 9. in littera R. lib. 3. Socin. consil. 259. n. 5. lib. 3. Dicit etiam Corn. consil. 22. colum. 3. in littera R. lib. 2. & consil. 256. in littera R. lib. 3. se vidisse quosdam consulentes, qui allegabant Paul. de Castro. in l. ab eod. C. de fideicommissis. dicentem, quod hæc opin. Bart. sit communis; & credo, quod Corn. in consiliis supra allegatis sentiat de Alexand. qui ita allegat consil. 64. numer. 2. lib. 5. licet revera Paul. de Castro in lecturis, quæ committeri habentur sibi, hoc non dicat. Dicit etiam Cur. sen. consil. 51. post numer. 20. vers. Si ita est, quem refert Bertran. consil. 137. post numero 24. lib. 6. quod videtur magis communis ista sententia Part. quocumque cum gravamine concernit aliqua conjectura mentis testatoris. Hanc etiam opin. dicit esse hodie magis communem Socin. jun. in d. consil. 110. numer. 21. Fernin. Loaz in Apollid. ad repet. Galiaul. super d. l. Centurio. sub numero. 548. Et hanc opin. Bartol. dicit servari in actu practico judicando, & consulendo, Angel. Aret. in §. fin. in fin. Instit. de pupill. substit. quem refert Decian. in l. 1. post num. 15. C. de pacti. Et secundum hanc opin. Bart. in facti contingentia judicare solet curia Parliamenti Delphin. ut dicit Guido Papa in decis. 39. & refert etiam fe audivisse Crauetta consil. 155. nu. 5. illam etiam dicit teneri judicando, & consulendo Mantua consil. 92. nu. 10. lib. 1. & secundum illam fuisse iudicatum attestatur Rip. in d. l. 1. n. 11. C. de pacti. prout etiam intellexi proximis diebus iudicatum fuisse in Vener. Collegio hujus civitatis. Sed quidquid dicant prælegati Doctores (salvæ eorum reverentia) opin. contra Bart. est magis communis, quod scilicet ex eo, quod filii possit in conditione sint gravati, non tamen propter hoc censentur vocati; sed quod quantum ad ipsos tale gravamen profors rejiciatur, tanquam injunctum personis a testatore non honoratis, & censentur injunctum sub dupli conditione, scilicet si ipse sine liberis decesserit, vel si ejus filii pariter sine liberis decesserint. Et hanc opin. contra Bart. esse magis communem attestatur Alexand. consil. 219. numer. 2. lib. 2. ubi dicit, quod opin. Bartol. est damnata & consil. 13. col. fin. lib. 4. prout illum refert Socin. consil. 69. post num. 7. vers. Praterea & secundo. lib. 3. & consil. 104. post numer. 8. vers. secundo respondeo, lib. 3. Ego tamen non reperio Alexand. in d. consil. 13. attestantem de communi in hoc articulo, licet multos alleget qui tenent contra Bartol. eandem opin. contra Bartol. attestatur esse magis communem Socin. consil. 62. post num. 12. C. de pactis. ubi dicit, quod Bartol. libet committeri in hoc reprehendi per Scribentes, de consil. 35. colum. 2. vers. sic sed præmissis, & colum. fin. lib. 3. Curt. sen. consil. 42. n. 7. & consil. 45. saepe allegato, n. 16. & consil. 63. n. 6. quem refert & sequitur Rvin. consil. 139. numer. 16. libro tertio, Decian. consil. 276. post numer. 1. vers. nec obstat, & consil. 201. in fin. & consil. 384. post num. 6. vers. Secundo non obstat, & consil. 422. n. 2. Curt. jun. consil. 11 n. 2. Rvin. consil. 114. n. 4. lib. 2. & consil. 114. n. 4. eod. volum. Emil. Terret. in d. l. 1. n. 8. C. de pactis, & consil. 59. post numer. 5. Bertran. 129. numer. 1. lib. 2. in 2. par. & consil. 182. n. 3. lib. 3. in 2. par. & consil. 136. post numer. 1. eod. volum. & consil. 251. numer. 3. eod. volum. Ripa in d. l. Centurio. numer. 166. & seq. & in d. l. 1. numer. 11. de pacti. Bellon. consil. 81. post n. 5. Paris. consil. 31. nu. 1. lib. 2. & consil. 44. nu. 7. eod. volum. & consil. 87. n. 13. eod. volum. Socin. jun. libi

contrarius consil. 112. mem. 4. lib. 1. & consil. 118.

mem. 22. eod. volum. & novissime idem attestatur Illustr. vir & summæ eruditionis D. Didacus in cap. Raynuius, §. 3. num. 3. cuius scripta in titulum de testamentis nuper edita ad manus meas pervenerunt, postquam hic §. jam fere pro majori parte erat impressus, ubi dicit apud se dubium non esse, hanc sententiam contra Bartol. frequentiori calculo receptam fuisse. Et sic (ut vides) non est dubitandum, quin hæc opinio contra Bartol. sit magis communis. Quia tamen multi, & magnæ auctoritatis Doctores tenebant cum Bartol. cuius sententiæ merito deferre debent omnes juris Professores; bonum esset etiam ex communi mente Scribentium opiniones concordare, distinguendo tres casus. Primus casus est, quando expresse gravamen inunctum est ipsi filio instituto, sub duplici tamen conditione, puta Instituto filium meum, & si filius meus sine filiis decesserit vel ejus liberi sine filiis decesserint, volo, ut prædictus filius meus restituat hereditatem meam Titio. Et hoc casu, ex quo filius est expresse gravatus, non autem ejus filii, non videtur tractandum, an tales filii censentur vocati; vel gravati, cum illis nihil sit gravamen inunctum. Et ita etiam videtur fuisse de mente Bartol. quem omnes sequuntur, ita ut nemo discrepet, ut ait Bello. in d. consil. 81. num. 6. qui refert ita attestari Socin. consil. 218. colum. 3. lib. 2. & Curt. jun. consil. 239. num. 20. qui dicit, quod in hoc omnes transeunt cum Bartol. Secundus est casus, quando expresse gravamen est inunctum ipsi filiis in conditione positus; puta, quia testator dixit; Instituto filium meum, & si filius meus sine filiis decesserit, volo, ut restituat hereditatem meam Titio: & si filii nati; vel nascituri ex ipso filio meo instituto pariter sine filiis decesserint, volo, ut restituant hereditatem meam eidem Titio. Quo casu, ut verum fateamur, opinio Bart. videtur magis conformis menti testatoris, & etiam æquior. Dico ergo, quod aut isti filii sunt ex descendentes ipsius testatoris, & tunc teneo opin. Bartol. quod censentur vocati, ex quo in illis consideratur ordinata affectio testatoris, ut sui descendentes illi succedant. Aut sunt extranei, scilicet, qui non sunt descendentes testatoris, & tunc absolute teneo opinionem contra Bart. quod non censentur vocati, sed quod quantum ad ipsos gravamen rejiciatur. Tertius autem est casus, quando gravamen non est expresse inunctum ipsi filio instituto, neque etiam ejus filiis in conditione positus, sed simpliciter testator dixit, si filius meus sine filiis decesserit, vel etiam ejus filii sine liberis decesserint, volo, ut hereditas mea perveniat ad Titium: & hoc casu pariter est tenenda opin. contra Bart. (ut dixi) proculdubio est magis communis, ut scilicet tales filii in conditione positi non censentur vocati, nec gravati, sed censentur inunctum gravamen filio instituto sub duplici conditione, ut supra dixi. Bene verum est, quod si tales filii essent ex descendentes testatoris, & ultra gravamen adesset aliqua alia etiam levis conjectura mentis testatoris, de facili inclinarem in sententiam Bart. & secundum hanc distinctionem, si casus contingeret, intrepide consulere, & judicarem.

ADDITIONES.

(a) **Q**ue sint hujusmodi conjecturae. Ad istam, & sequentem questionem vide Gabr. de fideic. q. 4. Menoch. 100. consil. 135. vol. 2. & uberius Hier. Zanch. in rep. §. cum ista l. heredes mei. ff. ad Trebel. par. 6. GONFAN.

(b) **F**ilios gravasset. Adde, quod istam opin. ut filii positi in conditione atque gravati censentur vocati, dixit novissime Joan. Cephal. in consil. 93. quem vide per tot. quia & ipse concordantes retulit, frequentiores, humaniores, ac veniores, sententiam dicens quam procedere maxime dicit, ubi voluntati testatoris alia conjectura concurrunt; & vide in d. collect. mea commun. opin. ubi supra. GIACH.

Quod si testator ipso filio gravasset, censetur etiam in necessariam consequentiam eos vocasse. An tamen & quatenus ex eo quod filii positi in conditione sint gravati, a testatore, intelligantur vocati, post Clarum nostrum, & per cum citatos, laudissime & diligentissime dissentiant Franciscus Mantica in tractat. de conjectur. ut. volum. lib. 11. tit. 3. n. 2. Anton. Gomez tom. 1. var. resolutur. jur. civ. c. 5. n. 43. & Michael Grassus lib. 1. recept. sentent. §. fideicommissum. q. 14. n. 2. HARP.

QUESTIO LXXIX.

SUMMARI A.

EX CLARO.

- 1 Successive tractatur quid si testator in tali substitutione non apposuerit verbum, masculis.
2 Et quid si sint ex descendentes ipsiusmet testatoris.
3 Et quid si testator digressus sit ad plures gradus substitutionum.
4 Et quid si testator a jecerit, quia vult bona sua in familia conservari.

EX ADDITIONIBUS.

- 1 Liberi masculi positi in conditione an videantur substitui, remissive.
2 Et quid, si sint ex descendentes ipsiusmet testatoris.
3 Et quid, si testator digressus sit ad plures substitutionum gradus.
4 Et quid, si testator voluerit expresse bona in familia conservari.

P rosequendo alias conjecturas, ex quibus colligi possit mentem testatoris fuisse, ut filii in conditione positi censentur vocati, reperio, quod Guido Papæ decis. 148. dicit sibi videri optimam conjecturam, si testator (a) in conditione ipsa apposuerit verbum, masculis, puta, quia dicit, si filius meus sine liberis, & descendentes masculis decesserit, substituo Caium. Nam hoc casu, secundum eum, illa qualitas masculinitatis adjecta operabitur, ut censentur vocati. Sed tu tene contrarium. Eadem enim ratio utroque casu militat, & propterea ista conjectura communiter non (b) recipitur, ut attestatur Ripa in d. l. Centurio. m. 162. & in d. l. 1. n. 8. C. de pact. quem refert excellens Doctor, & multe eruditionis D. Hieron. Manfred. lib. 1. attentatorum in 6. part. n. 2. ubi, & ipse fateri videtur contra Guid. Papæ esse communem Doct. opin. Hanc etiam opin. contra Guid. Papæ, dicit esse magis communem Paris. consil. 31. n. 22. lib. 2. & consil. 42. n. 1. eod. vol. Soc. jun. consil. 118. n. 15. lib. 1. & consil. 177. n. 10. & seq. lib. 2. & ita contra istam conjecturam in facti contingentia judicavit curia Parlamenti Delphin. ut ipsemet Guid. Papæ refert in d. decis. 184. & decis. 600. Et licet Dec. consil. 546. circa princ. dicat, quod illud dictum Papæ non est contra communem opin.

opin. & quod imo non habet contradicentem: Tu tamen ipse per te videre potes in locis præallegatis, an Dec. verum dicat. Et ideo consulendo, aut judicando nullo modo ad hæc dictæ opin. Guid. Papæ, quia caret substantia veritatis.

Tertia conjectura allegatur, quando (c) isti filii positi in conditione sunt ex descendentes ipsius testatoris: & secundum hanc conjecturam conclusio gloss. in d. l. Lucius esset limitanda, ut non procederet in descendentes. Et hæc fuit opinio Salyc. in l. 1. n. 5. C. de condit. inseritis, pro qua facere videtur ea, quæ dixi supra §. substitutio. Sed tamen hæc sententia communiter damnatur, ut dicit Ripa in d. l. Centurio. post num. 159. vesp. Tertio verba: & dicit Socin. consil. 116. post num. 8. vol. 1. ver. Ex quibus patet, quod commun. opin. est in contrarium. Et ita inter Auctores supra allegatos in qu. 77. potes videre multos in specie loquentes de descendentes & attestantes etiam in istis, opin. gloss. esse magis communem. Et de hoc non est dubitandum.

Quarta allegatur conjectura, quando testator (d) digressus est ad plures gradus substitutionum, semper sub illa conditione, si sine filiis, &c. quo casu, cum testator toties posterit illos filios, sive descendentes in conditione, videtur eos maxime dilexisse, & consequenter sumendum esse conjecturam, quod eos vocare voluerit. Et hæc fuit opin. Pet. de Anch. consil. 74. n. 7. in fin. ubi subdit, quod hæc modificatio ad d. gloss. sibi videtur iustissima, & æqua. Hæc tamen conjectura ita simpliciter deducta communiter reprobanda, ut dicit Ripa in d. l. Centurio, num. 165. & revera multi ex Doct. seqq. opin. gloss. & attestantibus illam esse communem, loquuntur in casu, in quo testator fuerat digressus ad plures gradus substitutionum: & tamen eo non obstante, transeunt cum opin. ipsius gl. Ideo propter hanc solam conjecturam non esset in practica commun. opin. recedendum.

Quinta est conjectura, quando testator expressit rationem; quia s. volebat (e) bona sua in masculis, & familia conservari. Nam eo casu utique censetur voluisse inter ipsos descendentes inducere fideicommissum, & consequenter etiam, si tantummodo sunt in conditione positi, tamen censentur vocati. Et hæc est communis, & firma conclusio, ut attestatur Paris. consil. 6. nu. 6. lib. 3. Sed in hoc proposito videnda sunt ea, quæ dixi sup. §. substitutio. In his tamen omnibus conjecturis maxime versabitur religio judicare debentis; qui secundum suam conscientiam diligenter æstimabit, an testator verisimiliter ipsos filios, sive descendentes in conditione positos, vocare voluerit. Et licet singulari forte non prodesse, secundum communes sententias superius relatas: si tamen due, vel plures concurrant, & conscientia ita frudeat, poterit intrepide judicare contra opin. illius gl. præsupposito, tamen semper, quod isti in conditione positi, sint ex descendentes ipsius testatoris: alias non esset a commun. opinione aliquo modo recedendum, ut supra scriptum dixi.

ADDITIONES.

[a] **S**i testator in conditione ipsa apposuerit verbum, masculis, &c. De hac conjectura, post Clarum nostrum, & ex eo causatos, consule Cravet. consil. 230. num. 2. & consil. 62. num. 15. Cephal. consil. 118. num. 23. consil. 251. num. 77. & consil. 232. nu. 17. Roland. à Valle consil. 51. num. 5. Fernandus Vasa. de succell. progress. §. 4. num. 4. Ant. Gabr. commun. consil. lib. 4. tit. de fideicommissis. concl. 4. Franciscus Mantica. de conjectur. ut. volum. lib. 11. tit. 3. num. 3. & Grassum lib. 1. recept. sentent. §. fideicommissum. quæst. 14. n. 1. HARP.

[b] Non recipitur. Adde etiam, quod communiter ista limitatio de masculinitate damnatur, attestatur Roland. in consil. 51. col. 6. vol. 3. in vers. secundo non obstat. GIACH.

[c] Quando isti filii positi in conditione sunt ex descendentes ipsius testatoris. An tamen & quatenus liberi, qui sunt ex descendentes testatoris, positi in conditione, intelligantur substituti, sive vocati, post Clarum nostrum & alios, tradit Franc. Mant. d. lib. 11. tit. 3. n. 13. HARP.

[d] Quando testator digressus est ad plures gradus substitutionum. Liberi tamen positi in conditione, & quatenus censentur substituti, quando facti sunt plures gradus substitutionum, præter Clarum nostrum, diversimode explicant. Anton. Gabr. commun. consil. lib. 4. concl. 4. de fideicommissis. Joan. Cephal. consil. 252. nu. 17. Jac. Mand. Alba consil. 27. n. 12. Roland. à Valle consil. 51. n. 9. vol. 3. Franc. Burlat consil. 1. nu. 9. vol. 1. & consil. 51. nu. 31. Chaffan. consil. 14. nu. 1. Marc. Mantua. consil. 12. col. 1. Tibur. Dec. consil. 3. num. 52. vol. 1. & consil. 103. nu. 17. vol. 2. Hieronym. Gabr. consil. 93. num. 42. cum seq. & consil. 95. nu. 23. lib. 2. Francisc. Mant. d. lib. 11. tit. 3. nu. 13. & Grassi d. §. fideicommissum q. 14. n. 3. HARP.

[e] Quia scilicet volebat bona sua in masculis, & familia conservari. De hac conjectura, quando tamen videlicet testator expresse voluit bona in familia conservari, videndi quoque sunt Cephalus consil. 251. num. 21. cum seq. Decian. consil. 41. n. 121. lib. 1. Grassi d. q. 14. n. 5. & Mant. d. tit. 3. n. 15. HARP.

QUESTIO LXXX.

SUMMARI A.

EX CLARO.

- 1 Quando plures simul sint institui, vel substitui, an censentur vocati simul, & semel, an autem ordine successivo.
2 Et quid si vocati sint copulative.
3 Et quid si in eo casu cadai inter ipsos, non solum ordo charitatis, sed etiam necessitas instituendi.
4 Et an censentur vocati per fideicommissum, an vulgariter substitui.
5 Et quid si sint vocati per alternationem.
6 Et quid si per dictionem, Cum.
7 Et quid si sub nomine collectivo.

EX ADDITIONIBUS.

- 1 Si frater & ejus filii sint heredes institui, an simul admittantur.
2 Propter solum ordinem charitatis à sermonis proprietate non est recedendum.
3 Quæ sit natura copula.
4 Si plures copulative instituuntur, inter quos non solum cadit ordo affectionis, sed etiam necessitas instituendi, ordine successivo admittuntur.
5 Et quid, si plures sint institui per dictionem cum, simul, una.

Lia nunc est quæst. absolvenda circa testatoris mentem interpretandam valde utilis, & quotidiana. Quando plures simul sint institui, vel substitui, an censentur vocati simul, & semel, an autem ordine (a) successivo? Et quia materia est satis confusa, procedemus, per conclusiones, ita ut, quantum fieri possit, clarior reddatur. Sciendum tamen in primis, quod inter personas à testatore vocatas, duplex ordo potest considerari, charitatis, seu affectionis, & necessitatis. Ordo charitatis, seu affectionis est, quando persone vocatæ sunt posite in diversis gradibus ab intestato: puta, Instituto frater meum, & ejus filios, vel hujusmodi. Certum est enim, quod frater meus est mihi in gradu proximior, quam ejus filii, neque erga istas personas, à testatore institutas, potest congrua illas personas, à testatore institutas, potest considerari aliqua necessitas eas instituendi, sed

tantummodo voluntas, & sic charitas, vel affectio. Ordo autem necessitatis est, quando persona...

2. Hoc praemisso, Prima sit conclusio, quod quando plures vocantur per copulam, inter quos solum...

3. Quando (d) inter eos, qui vocantur per copulam, cadit (e) non solum ordo charitatis, sed etiam...

4. Sed quero, an hoc casu censentur isti filii, & nepotes vocati ordine successivo per fideicommissum...

fideicommissum: non posset filius de ipsa hereditate libere disponere, & testari; sed teneretur illam...

Quando plures personae, inter quas cadit ordo charitatis, vocantur per alternativam, puta, institutio Titium, vel ejus filios: tunc videntur vocati...

Quando plures personae, inter quas cadit ordo charitatis, vocantur per dictionem Cum (g) puta, institutio Titium cum Maximo ejus filio: hoc casu Titius, & Maximus admittuntur simul & semel, non autem...

Quando plures personae, vocantur sub nomine colectivo cum aliis sub duplici denominatione: puta, institutio Titium, & nepotes Maximi: isti plures dicuntur quod ad Titium haberi pro uno tantum, & ideo faciendi sunt duae partes, nulla...

ADDITIONES.

(a) Ordine successivo. De q. ista videlicet de matre herede instituta, & filius ejus masculus legitimis, & naturalibus gravatim & successivo vocatis...

(b) Institutio Titium fratrem meum & ejus filios, &c. Si frater & ejus filii sint heredes instituti: non secundum ordinem successorum, sed simul & conjunctim in primo gradu instituti intelliguntur. Ita tenent post Clarum nostrum, & alios, quos laudat Hieronym. Gabriel conf. 101. n. 1. cum seqq. lib. 2. & Franc. Mant. in tractat. de consuetud. ultim. volunt. lib. 4. titu. 9. n. 19. Hujusque praecipuum opinionis fundamentum illud est: quod, cessante necessitate...

(c) Et Canonica. Vide per Olfac. d. decif. 82. volum. 4. GIACH.

(d) Quando. Adde & vide etiam per Olfac. plenius d. decif. 81. post num. 12. qui citat auctorem nostrum hic: & dixi etiam in collect. mea commun. opin. in verb. instituent, & opinionem huius secundae conclusionis comprobatur, sequiturque Olfac. ubi supra. GIACH.

(e) Clar.

(f) Cadit non solum ordo charitatis, sed concurrunt etiam necessitates instituenti. Quando plures conjunctim, seu copulative instituantur, inter quos non modo cadit ordo affectionis, & successio, sed etiam necessitates instituenti: ordine successivo, secundum gradus prerogativam, admittuntur: ut si filius testatoris, & nepos ex eo, simul copulative instituantur: quia filius est institutus in primo gradu: ideoque exigit necessitates, ut successorius ordo servetur. Atque ita, post Clarum nostrum, & ab eo hic recitatus, docent Fortun. Garcia, Lancelot. Gallud. Dynus, Andr. de Pisis, Odofred. Raphael. Cuman. Alciat. Gribald. & alii in l. Gallud. 29. §. quidam vult, i. ff. de lib. & posthum. heredit. institut. Gomez. tom. 1. var. resol. jur. circa. 2. nu. 4. versis. quinto limita, &c. Fern. Vasqu. de success. creat. §. 26. num. 118. Grass. lib. 1. recept. sentent. §. institutio. q. 20. nu. 6. cum seq. & Mant. d. lib. 4. tit. 9. nu. 1. & seqq. ubi hujus sententia non solum rationes recenset: sed & illa, quae ab aliis obijciuntur, diligenter submovet. HARR.

(g) Cum, & nepos. Hoc ne putaveris esse verum, quando filius, & nepos ex altero filio praemortuo instituitur, ut recte monet Rolan. a Val. conf. 68. n. 34. vol. 1. GOVEAN.

(h) Cum. Adde atque vide per Olfac. d. decif. 81. volum. 4. GIACH. Vocantur per dictionem, cum. Si plures, inter quos cadit ordo charitatis, fuerint instituti per dictionem, cum, simul, una, conjunctim admittuntur: non autem ordine successivo: ut praeter Clarum nostrum, tradunt Bart. Guald. & alii in d. l. Gallud. 29. §. quidam vult. i. ff. de lib. & posthum. heredit. institut. Covar. in c. Raynuius. 16. §. 2. nu. 1. de testam. Valsqu. de success. creat. d. §. 20. nu. 121. Mant. d. tit. 9. num. 29. & Grass. d. §. institutio, q. 20. n. 9. HARR.

QUESTIO LXXXI.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 Præteritione filii an testamentum annullentur.

EX ADDITIONIBUS.

1 An & quatenus præteritione filii, parentum vel collateralium, nem exheredatione filii parentum testamentum annullentur sive rumpatur, remissive.

1 Explicatis questionibus quae ad testatoris voluntatem interpretandam pertinent, videndum est, quibus modis testamentum infirmetur: & in primis quæro, an præteritione filii (a) testamentum ipso jure annullentur? dixi late sup. q. 24. & seq.

ADDITIONES.

(a) An præteritione filii. Et quod filiorum nato-rum præteritione reddatur testamentum ipso jure nullum est tex. in d. l. inter cetera ff. de lib. & posth. Etiam illico decedat, Inst. de exher. liber. in prin. Item dicit de præteritione filiarum: quia omnia disposita in testamento paterno conservantur, secundum communem, præter heredis institutionem: ut attestatur Rol. conf. 71. nu. 56. & dixi in collect. mea commun. opin. in verb. præteritio, nu. 1. Et quid in præteritione posthumi ignoranter facta, an conservetur legata in magna quantitate facta? utramque commune vide in d. collect. mea ubi sup. num. 3. 4. 5. GIACH.

Præteritione filii. De hisce tribus questionibus præsentibus videlicet, & sequentibus duabus, an scilicet, & quatenus præteritione filii, parentum, vel collateralium item exheredatione filiorum, aut parentum testamentum annullentur, vel rumpatur, satis abundeque tractavimus sup. q. 40. 41. 42. & 43. & seq.

QUESTIO LXXXII.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 Præteritione filiorum, vel collateralium, an testamenta annullentur.

1 Quæro etiam, an propter præteritionem parentum, vel collateralium, testamenta annullentur? dixi supra quaest. 48. & seq.

QUESTIO LXXXIII.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 Exheredatione filiorum, vel parentum, an testamentum rumpatur.

1 Quæro, an propter exheredationem (a) filii testamentum rumpatur? dixi supra quaest. 49. & 41. dixi ex quibus causis filius a patre exheredari possit.

ADDITIONES.

(a) An propter exheredationem filii testamentum rumpatur. Nota hic, quod præteritio, & exheredatio facta in commodum, & in provisionem filiorum, ne juvenili calore impulsu amittant bona contrahendo, vel delinquendo, haud vitiat testamentum, vide per Nat. in conf. 272. sub n. 3. GIACH.

QUESTIO LXXXIV.

SUMMARI A.

EX CLARO.

1 Legitimatione filii naturalis, vel spurii, an testamentum rumpatur.

EX ADDITIONIBUS.

1 Equid filii naturalis legitimatione rumpatur testamentum.

1 Quæro, an legitimatione filii naturalis, vel spurii testamentum rumpatur? Respon. quod sic (a), perinde ac si ipse post testamentum legitimus natus fuisset, & ideo si pater post conditum testamentum filium naturalem legitimerit, vel etiam jam legitimum præterierit, vel sine causa exheredaverit, rumpitur testamentum, poteritque talis filius legitimatus, si fuerit præteritus, dicere testamentum nullum (b), vel contratabulare: & si sit exheredatus, habet querelam. Est et communis conclusio, ut attestatur Alexand. in Rubr. ff. de liber. & posthum. post nu. 3. & confil. 139. nu. 1. lib. 2. quem refert Dec. in l. posthumo, in additio. ad primam lecturam, nu. 17. in fin. Socin. conf. 126. nu. 5. lib. 2. prout illum refert, & sequitur Paris. conf. 7. nu. 2. lib. 2. & conf. 55. nu. 2. lib. 3. Jas. in d. rubr. ff. de liber. & posthum. nu. 5. & seq. & confil. 202. col. 2. vers. Scias ergo, lib. 2. Dec. confil. 52. nu. 1. & conf. 343. post nu. 2. vers. Nec obstat si dicatur, & conf. 365. post nu. 7. versis. Quarto conclusum: & conf. 336. nu. 5. Regulariter enim legitimatus æquiparatur legitimo, ut dixi supra lib. 2. §. filius, & ideo omnia jura loquentia de filiis legitimis habent etiam locum in legitimatis. Est hæc et communis conclusio, ut dicit Socin. in allegato conf. 226. post nu. 5.