in consil. 27. numero 8. lib. 3. qui respondis, testamen-
46 tum † incipere à secundo gradu substitutionis, quando vocatus in primo gradu succedere non potest propter sui incapacitatem. Et in specie personæ infamis, & turpis, nempè spurij vocati in primo gradu quod cum ipse incapax sit, locus sit secundo vocato per vulgarem respondit Hieronymus Gabriel, in cõsilio 104. num. 3. libro primo post Crottum in repet. capituli Raynutius columna 39. de testa. Nec repugnat, quod obiicitur, argumentum non procedere,
47 quando testamentum ob † incapacitatem hæredis instituti rumpitur in totum; sicuti in specie responderunt Ruinus in consilio quinto libro tertio. Decius in consilio 530. numero decimo secundo, & Laurentius de Pinu in consilio 50.

Nam respondetur testamentum hoc dom. Eustachij nõ rumpi in totum ob id, quod instituerit do. Æmilium, vt dicemus infra.

Secundo sic argumẽtor à fortiori, ius substitutionis
48 † est potentior iure accrescendi, & ob id substitutus
49 † vulgariter præfertur cohæredi le. 1. §. pro secundo. C. de cadu. tollen. & tradunt gloss. & docto. in leg.
50 qui patri. ff. de acquiren. hæredi: Atqui † cohæres datus personæ infami, & honestæ, & consequenter in capaci, vt spurio, amittitur etiam ad partem ipsius spurij, exclusis venientibus ab intestato. Ita Bartolus in leg. hæreditas numero primo versic. reperij & versic. sed istud, & numero secundo in fine C. de ijs quibus vt indignis, & ibidem Salicetus, Angelus, & manifestius Alex. numero 3. & Hieronymus Gabriel in dicto consil. 104. in fine libr. 1. Ergo dom. Horatius substitutus dom. Æmilio incapaci debet in totum admitti, excluſa dom. Hortensia, quæ alioqui tanquam soror testatoris, ei succederet ab intestato.

Tertiò, comprobatur prædictum argumentum egregia traditione Imolæ in l. in numero quinto vers. sed posses dicere ff. de vulg. & Imp. subst. alias allegari solet in §. vlt. dictæ. leg. 1. Inquit Imola dispositio-
51 nem † auth. ex causa C. de liberis præter. conseruare substitutionem vulgarem tacitam comprehensam in substitutione expressa pupillari. Et propterea, quando frater præteritus habet alium fratrem pupillum institutum, cui facta est pupillaris substitutio, quæ continent tacitam vulgarem; illa tacita vulgaris sustinetur. Ergo multo fortius sustinetur expressa vulgaris. Ita Imola secutus, arguit & declarat Curtius Iunior in dicta auth. ex causa numero 53. & idem sensit Angelus ibidem numero quinto. Nec repugnat quod ab Imola dissentiant Alex. Corneus, & Aquen. relati, & probati à Cagnolo in dicta auth. ex causa numero 103. quia ratio, qua ij moti sunt, non sit satis solida, quod scilicèt sequeretur testatorẽ decedere pro parte testatum, pro parte intestatum. Nam respondetur, non esse absurdum quod ex post facto testator
52 decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, sicuti in specie probat le. circa. ff. de inoff. testa. & affirmant docto. in dicta leg. fratres, sic & Vasquius, & Maluasia, quos referam in sequenti argumento, & egregiè Castren. in l. cum duobus num. 2. C. de inoff. testa. ex illo textu.

Quartò, & vltimò confirmatur prædicta ex recepta magis traditione eorum qui magis in specie scriptum
53 reliquerunt, quod si † frater vna cum turpi, & inhonesta persona instituat honestam, testamentum rescinditur quidem respectu personæ turpis, non autem respectu personæ honestæ, quæ retinet portionem sibi relictam, ex quo per eius vocationem, nulla facta est iniuria fratri, vel sorori, præteritæ, vel exhæreditatę. Ita sanè nouem ij doctores, nempè.

1 Accursius in leg. cum duobus C. de inoff. testa. & in l. circa ff. eo.

2 Bartolus in leg. fratres numero quarto Cod. eo. de inoff. testa.

3 Baldus in dicta l. fratres numero 3.

4 Salicetus ibidem numero 3.

5 Castren. in dicta l. cum duobus numero 4. & in leg. si fratris numero 3. C. eo. titu.

6 Iason ibidem numero 2.

7 Ferrandus Vasquius in Tract. de successionum creatione libro primo §. 10. numero 574. qui hanc esse communem doctorum opinionem testatur.

8 Beroius in consilio 54. numero duodecimo secundo libro secundo.

9 Et Galeacius Maluasia in consilio 24. numero 67. & 68. qui sequitur Bartolum Castrensem, & reliquos supra commemoratos. Si ergo cohæres persona honesta, quæ dicitur tacitè substituta leg. si Titio, & Mæuio §. Iulianus, de lega. secundo, & tradunt omnes in leg. qui patri ff. de vulg. & pup. subst. & egregiè Ruinus in leg. prima numero 128. ff. de vulg. & pup. subst. retinet portionem sibi relictam, excluso fratre querelante testamentum respectu personę turpis, & inhonestæ, sequitur dicendum, ita quoque à fortiori, personam honestam substitutam personæ turpi instituitæ, succedere debere ex sua persona, secundo in gradu uocata, sublato illo primo, nempè
54 institutione, cum expressa substitutio † sit potentior illa tacita proueniente à iure accrescendi ex persona cohęredis substituti, vt diximus supra, in secundo argumento. Immo in specie substitutionis idem respondit Beroius in dicto consilio 54. numero duodecimotertio libro secundo.

His intelligimus, veram hanc esse sententiam, quod scilicet valida est substitutio, qua vocatus est Dom. Horatius, & quod ob id admitti debet excluſa D. Hortensia, testatoris sorore.

Nunc super est, vt satisfaciam nonullis rationibus & argumentis quæ pro ipsa do. Hortensia docte, & acutè considerata, & adducta sunt.

55 Primo adducitur, quod quærela † inofficioſi testamenti reducit rem ad causam intestati. leg. posthumis. §. si quis ex his. ff. de inoff. testame. & scribunt Castren. in leg. cum duobus numero, primo, C. eod. titul. de inofficio. testamento. Cagnolus in rubr. ff. eo. numero, primo, & laurentius de Pinu in consilio 50. in fine.

Respondetur per quærelam inofficioſi testamenti conditi a fratre reduci rem ad causam intestati, re-
56 spectu † personæ inhonestæ, & turpi institutæ non autem quò ad cohæredem tacitè, vt dixi supra, substitutum sicuti probat dicta leg. Cum duobus, & in ibi gloss. & docto. præsertim Castrensis. numero, quarto supractatus, qui exemplis explicat. Non ergo à fortiori rumpitur testamentum inofficio. respectu personæ honestæ expressæ substitutæ, quæ fortius ius habet, vt dictum fuit, ipso cohærede, qui dicitur substitutus, tacitè tantùm.

Secundò obijcitur egregia doctrina Bartoli in auth. ex causa numero 16. C. de liberis præter. qui af-
57 firmant, per querelam † inofficio. testa. rumpi, & tolli omnes substitutiones directas vulgares. Et Bartolum secuti sunt ibidem Baldus numero 29. Iason numero 10. Ioannes Igneus numero 166. vers. Nunc restat videre, qui testatur neminem ex nostris de hoc dubitare, sic & Curtius iunior ibidem numero 63. qui testatur communem, & Cagnolus eodem in loco num. 102. idem affirmat.

Respondetur Bartolum & alios relatos loqui de
58 querela inoff. testa. condit. a patre, qui filio præterito, vel iniustè exhæredata instituit extraneum, sicuti Bartolum manifeste intellexerunt inter alios Iason præcitatò in loco, & Cagnolus numero, 102. dum

loquitur

loquitur de successione debita, & dum subijciunt de pupillari substitutione, vt etiam facit Baldus supra allegatus, numero, 30. quæ non nisi a patre fit filio impuberi. Hos autem loquimur de quærela inofficioſi testamenti conditi a Patre turpi persona instituta excluſo fratre, vel sorore. Qui sanè casus sicuti diuersi sunt sic, & diuersam habent ratio-
55 nem. Quærela † inofficioſi testamenti, quæ datur, filio præterito, vel iniustè à patre ex hæreditato fundata est in fauore filij, cui patris hæreditas debetur, saltem legitima. leg. cum ratio. ff. de bonis damna. Hæc fit distinctio personarum in testamento institutorũ vel substitutorum, nec etiam graduum vocationis. Cum semper locus sit ipsi quærelę, ex quo semper militat ipsius filij fauor, & odium paternum, & ideo siue consideramus institutionem, siue substitutionem, quæ institutio est, si locus esse non potuit institutioni, vt dicebat Baldus in dicta auth. ex causa numero, 30. semper verum erit, filium esse prętertum, vel exhæredatum, atque ita a patre iniuria affectum.

60 Diuersum est in quærela † inofficioſi testamenti confecti a fratre, instituta turpi persona, fratre vel sorore præterita vel iniustè exhæredata. Hæc enim fundata est in solo odio testatoris, & certæ personæ, nempè hominis turpis & inhonesti, qui si hæres instituatur, vel substituatur, & ipsius substitutionis casus eueniat, facit esse locum ipsi quærelæ, ex quo militat ratio odij testatoris, & ipsius instituti, vel substituti, sed si ipsa persona turpis est instituta, & ei substitutus homo honestus, probusque, institutis quidem quærelam tollitur, & nulla red-
61 ditur, non tamen substitutio, † cum in ea cesset iniuria, quæ fit fratri, quando eo præterito vocatur persona turpis, sicuti doctores commemorati supra in vltimo considerant. Cohęredi honesto non nocere querelam contra cohæredem suum turpem, & in honestum, ex quo cessat ratio, & causa odij & iniuriæ & si rectè consideramus & perpendamus hanc differentiam & rationem in specie faciunt Dynus Bartolus, & Alexandr. in leg. si patroni. §. vltim. ff. ad Trebell. Decius in consi. 561. num. 2. versi. quia respondetur.

Tertiò arguitur ex auctoritate multorum qui af-
62 firmant testamentum inofficioſum † conditum a fratre turpi persona instituta, præterito, vel ex hæredato fratre rumpi in totum. Ita responderunt Iason in consilio. 71. numero tertio, libr. primo Decius in consilio, 561. numero quinto Galeacius Maluasia in consilio duodecimoquarto, numero sexagesimoseptimo, & Hondedrus in consilio, quadragesimoseptimo numero, 33. libr. secundo. Idem decidit Afflictus in decisione, 125. si ergo in toto rumpitur testamentum, censetur etiam sublata, & nulla reddita substitutio facta de Domino Horatio, qui ob id non debet admitti.

Respondetur ex his, quæ scripsi supra in respon-
63 sione ad primum argumentum, quærelam † hanc rumpere testamentum in totum respectu personæ turpis, & inhonestæ, non autem quò ad alios substitutos, & cohæredes, sicuti probaui auctoritate gloss. & Castren. quos illo in loco retuli, & ideo Iason in dicto consilio septuagesimoprimo, numero, tertio, libr. 1. ex sententia Saliceti in le. fratres. C. de inoff. testam. restrictiue loquitur de fratre ipso prætorito, quod scilicet possit quo ad se inftingi facere institutionem in totum, nõ autem quod debeat agere ad legitimam vel eius supplemẽtum. Ita etiam intelligendus est Decius in dicto consilio, 561. numero quinto, sicuti ipsemet de eodem facti prius respondit, & declarauit in consilio, 530. numero decimotertio sic & Maluasia in di-

cto consilio, 24. numero. 83.

Quartò ita sumitur argumentum, quando testator relinquit hæreditatem personæ incapaci, institutio
64 † habetur pro non scripta, & ob id defertur uenientibus ab intestato. Ita Bartolus in le. tertia, ff. de ijs qui pro non scriptis habentur, Baldus in authe. ingressi numero, decimoquinto, C. de Sacrosanct. Eccles. Riminaldus, Senior in consilio 232. numerò, nono, libr. 2. Cagnolus in le. Papinianus. §. meminisse versiculo restringe tertio. ff. de inofficio testam. & Gieronymus Gigas in Tract. de crimine lęsæ maiestatis. lib. 2. titu. de pœnis commitentium crimen læsæ maiestatis quæstio. 14. qui alio refert. At qui hęreditas fuit relicta personæ incapaci, nempe D. Æmilio filio hæretici. Ergo institutio hæc pro non scripta habetur. Illa minor propositio argumenti probatur traditione Cyni in le. quisquis. C. ad leg. Iuliam Maiesta. Zachini in Tract. de hæreticis capit. 28. numero. 2. & Deciani in Tract. criminali libr. 5. cap. 45. col. 1. qui scribunt, filium hæretici, & filium damnati de crimine læsæ Maiesta. humanæ priuati omni successione tam paterna quam agnatorum, & etiam extraneorum.

Respondetur primò, negando minorem illam argumenti propositionem cum verior sit & recepta ma-
65 gis doctorum sententia, filium hæretici † priuari, quidem successione paterna, sed non illa agnatorum, sicuti scribunt Zabarella, Abbas, Imola, Geminia. Francus, Simancas, Palaez, & alij nonnulli, quos retuli, & probaui in consi. 805. nu. 23. & consi. 808. nu. 24. lib. 9. & ibidem numero 24. ex sente ntia Simancæ, in Catholicis iustitutionibus titu. 29. numero, 19. scripsi filium hæretici non priuari (quod fortius est) successione aui paterni. Et huius opinionis refert & sequitur Antonius Gomezius in tomo tertio variarum resolutionum, cap. 2. numero 13 uersiculo tamen filij. Idẽ tamen probarunt Bartolus in leg. Gallus. §. quod si is. numero. 2. ff. de liberis, & posthu. & in consilio, 118. incipit Oducius Corneti numero. 4. lib. 1. Alex. in cõsil. 74. num. 1. versic. sic & filius hæretici libr. 3. Corneus in consil. 1. num. 24 in fine lib. 3. dum allegat. l. cognouimus & auth. de Nestorianis. C. de hæret. & Palaeotus in Tract. de nothis spurijsque filijs capitul. 53. numero. 3.

Respondetur secundo, negando maiorẽ illam argu-
66 menti propositionem, quod scilicet hæreditas † hæc, cuius incapax asseritur dom. Æmilius, pertineat ad venientes ab intestato. Cum verius sit pertinere ad substitutum sicque ad dominum Horatium. Ita tradunt Oldradus, Bartolus Angelus Corneus. Alex. Iason, & Parisius, quos refert, & sequitur Socinus, Iunior in consilio, 3. numero. 12. libr. tertio, qui dixit, hoc multo magis locum habere, quando institutus est incapax non propria culpa, sed alterius, sicuti est spurius, qui ex delicto patris priuatus dicitur facultate succedẽdi. Et de eadem facti specie cum prædicto Socino interogatus idem respondit Alciatus in respon. 479. numero, 49. secundum impressionem antiquam lugdunensem.

Quintò pro D. Hortensia urgere videtur, quod substitutio facta ad fauorem dom. Horatij fuit concepta in casum mortis dom. Æmilij. Nam fuit ipse Dom. Æmilius institutus, durante eius vita naturali, & post eius mortem fuit substitutus Dom. Horatius. At qui substitutio concepta in unum casum, non extenditur ad alterum. leg. vltim. vbi Bartolus C. de institutione subst. Ergo substitutio hæc non potest habere locum in personam Domini Horatij, ex quo dom. Æmilius adhuc uiuit.

Respondetur, substitutionem, qua vocatus est do-
67 Horatius, esse compendiosam cũ facta sit in casum mortis D. Æmilij, vt diximus supra, & ob id contingę

substitutionem vulgarem, cuius natura, & ius est, vt comprehendat duos casus, nempe si institutus, vel primus substitutus hæres esse noluerit, vel esse non potuerit, l. prima, ff. de vulg. & pup. substit. vbi scribunt omnes, & in cleris terminis substitutionis compendio
68 sæ, † quod comprehendatur etiam casus, si institutus hæres esse non potuerit propter sui incapacitatem responderunt de eadem facti specie interrogati Socinus Iunior, in dicto consilio, 3. numero, 9. & 10. libr. 3. & Alciatus in dicto resp. 479. numero, 49. & in dicto respon. 499. nu. 1. & nu. 3. qui eiusdem opinionis alios recensent.

Sextò dom. Hortensiæ suffragari videtur, quod per empto primo gradu institutionis, seu primæ substitutionis, in quo fuit vocatus dom. Æmilius, testamen-
69 tum † non incipit a secundò gradu, nisi verificetur conditio ipsius primi gradus, sicuti post Decium in consilio 273. colum. 2. versiculo. Nec obstat respondit Alba in consilio 166. numero, 15. libr. secundo. At qui primus gradus institutionis, seu primæ substitutionis, in quo fuit vocatus Dominus, Æmilius non fuit purificatus; sicque non euenit, cum fuerit in casu mortis, & sic in diem incertum & per consequens sub conditione. Ergo non potest esse locus substitutioni ad fauorem Dom. Horatij, uiuo ad huc Dom. Æmilio.

Respondetur ex dictis in præcedenti argumento, quod scilicet in prædicta substitutione compendiosa continetur ipsa vulgaris comprehendens etiam casum impotentiæ, & incapacitatis succedendi, quem euenisse asseritur, atque ita uerificata est conditio ipsius primæ substitutionis factæ ad commodum Domini Æmilij.

Septimò adfertur argumentum, quod cum prima substitutio facta ad fauorem dom. Æmilij expirauerit stante eius incapacitate resultante ex delicto a patre
70 perpetrato, omnes aliæ substitutiones † post primam factæ locum habere non possunt, vt scribunt Iason in leg. si mater in fine. ff. de vulg. & pup. subst. Parisius in consilio. 44. numero, 4. libr. secundo Cephalus in consilio 269. numero. 32. libr. 2. Hieronymus Gabriel in consilio, 117. numero, 3. libr. 1. Surdus in consilio, 241. numero, 7. lib. 2. & Rota Romanas, in decision. 230. lib. 2. in nouissimis. Quæ sanè conclusio sine controuersia videtur procedere, quando vna sub-
71 stitutio † dependet ab altera, secus quando vna quoque stat principaliter de per se. Nam tunc licet vna substitutio corruat, attamen aliæ remanent, in suo robore, & efficacia, ut scribunt Parisius in consi. 18. num. 44. lib. secundo Cephalus in consilio, 283. num. 30. lib. 2 & Rota Romana in decisio. 568. num. 3. lib. 1. in nouissimis. Quod autem substitutio facta ad fauorem Dom. Horatij, vel ex eo apparet, quod statim, vbi testator uocauit dom. Emilium, eadem oratione, & unico verborum contextu substituit dom. Horatium. Quo casu cum vna quæque substitutio regatur a communi verbo, substituit ex hoc ipso satis dicitur constare: quod vna substitutio ab allera depen-
72 det. Et quando vna quæque substitutio † habet perfectam, & separatam orationem a prima, dicitur stare principaliter de per se, non autem vnam ab altera dependere. Ita Gabriel in consilio. 110. numero 9. & 10. libr. primo. Oddo in consilio, 95. numero. 52. libr. 1. Pediocha in consilio, 12. numero, 14. & numero, 15 & Rota Roma. in decision. 326. numer. 3. & in decision. 568. numero. 3. & nu. 4. lib. 1. in nouissimis.

Respondetur distinguendo duas substitutiones directam vnam nempè vulgarem, alteram obliquam,
73 seu fideicommissariam. In vulgari † quæ his concipi solet verbis, instituo Caium, & si Caius hæres esse noluerit, vel non potuerit, substituo Seium, dicimus quod si Caius adiuit hæreditatem, expirauit sicque defecit substitutio, qua uocatus fuerat Sæius. le. post aditam. C. de impuberum, & alijs subst. vbi post alios Decius. numero, secundo. Et hoc in casu loquuntur non nulli ex allegatis in argumento, vt Iason, & si satis obscurè in dicta l. si mater. §. 1. numero, secundo. ff. de uulga. & pup. subst. allegando. Bartolum in l. 1. in prin. quæstion. quinta, est numero, 44. ff. de vulga. & pup. subst. qui de substitutione hac vulgari disserit. Ita etiam loquitur ex allegatis in argumento, Cephalus in cons. 269. num. 18. lib. 2.

Et quod de prima substitutione diximus, idem dicendum est de alijs, si aliæ factæ sunt, vt si testator ita dixit, Instituo Caium, & si Caius hæres non erit, vel esse non potuerit substituo Sæium, & si Sæius hæres nō erit, vel esse non potuerit substituo Mæuium, & sic deinceps si cogitat Caium adire hæreditatem, sicuti expirauit prima substitutio facta de Sæio, ita dicitur expirasse secunda facta de Mæuio, ac aliæ si plures factæ sunt, cum una pendeat ab altera. Hic casus ad rem nostram non pertinet, sicuti ex subsequenti intelligemus.

Alter est sicque secundus casus, in hac substitutione vulgari, quando scilicèt Caius ille hæres institutus, vel noluit, vel non potuit, propter sui incapacitatem adire hæreditatem, hoc casu dicitur euenisse casus, & conditio substitutionis factæ de Sæio ut scilicet ipse Sæius admittatur, & testamentum dicitur incipere ab eius persona, sublata illa institutione facta de Caio, quę pro non scripta habetur. Et idem quando Sæius substitutus, vel noluit, vel non potuit succedere admittitur Mæuius, & sic deinceps. Et hoc illud est, quod uno ore dicunt doctores, quod ubi testamen-
74 tum † non potest incipere a primo uocationis gradu nempè ab institutione incipit a substitutione, si vulgaris est. Ita sane tradunt multi, quos congessi in consilio. 106. numer. 374. ubi numero, 375. idem dixi esse in substitutione vulgari comprehensa sub compendiosa. Hic casus conuenit huic nostro, in quo (presuppositā D. Æmilij hęredis instituti incapacitate, sicque succedendi impotentia) si ipse Dom. Æmilius primus substitutus non potest succedere, testamentum incipiet a persona D. Horatij secundi substituti. In
75 † obliqua verò seu fideicommissaria, quæ sic concipi solet, Instituo Caium, & si Caius hæres erit, & sine filijs decesserit, ei substituo Sæium, & si Sæius erit, & sine filijs decesserit, ei substituo Mæuiū, & deinceps. Hoc in casu si contingat Caium adire hæreditatem, & deinde decedere relictis filijs expirant, sicque deficiūt substitutiones factæ de personis Sæi, & Mæuij ac aliorum si plures factæ sunt, cum non euenerit conditio, sub qua uocati, & substituti sunt, ex quo Caius filios reliquit. Ita ea allegaris in argumento loquuntur Parisius in consilio, 44. numero, 2. lib. 2. Cæphalus in consilio, 269. numero, 32. iuncto num. 25 versiculo quintus est lib. 2. & dum allegat inter alios Alex. in consilio 139. colum. 2. libr. 6. qui proprie loquitur de hac fideicommissaria sic & Hieronymus Gabriel in dicto consilio 117. numero. 3. lib. 1. & apertius Surdus in allegato consilio. 241. numero 7. & Rota in dicta decisione 230. libr. 2. qui omnes secuti sunt huius opinionis primum auctorem Oldradum in consil. 21. quem & alij quam plurimi a me relati in commentarijs de prę sumptionibus lib. 4. præsumpt. 69. numer. 1. probarunt & hoc illud est, quod ut dicitur in argu-
76 mento vna † substitutionum ab altera dependeat, vt si non euenit casus primæ expirare dicuntur & aliæ, Et deinceps, iuxta responsa Oddi, & Pedrochæ, ac decisiones Rotæ, in argumento allegatæ. Hic casus nostro non adaptatur, vt ex sequenti intelligemus. Alter est casus,

casus, qui consideratur in hac substitutione fideicommissaria, quando scilicet Caius, vel adire noluit, vel nō potuit, propter eius incapacitatem, Hoc sanè casu non est expirata, & extincta substitutio, qua vocatus fuit Sæius, nec illa qua fuit substitutus Mæuius, nec aliæ deinceps, sed testamentum incipit à Sæio, sicque secundo gradu, & eo non existente incipit à Mæuio atque ita à tertio gradu. Ita auctoritate quam plurium scripsi in consi. 106. nu. 391. lib. 2. vbi num. 390. idem esse dixi quando substitutio fideicommissaria cōtinetur sub compendiosa.

Octauò, & vltimò, obijcitur, quod alia ratione non est admittendus D. Horatius nempè, quia impugnauit testamentum prædicti D. Eustachij testatoris, asseren do institutionem factam in personam D. Aemilij incapacis, & propterea in substitutione, de qua in eo, se fundare non potest, cum certa sit iuris conclusio, quod
77 ex actu †, quem quis impugnat, commodum nō percipit, vt tradunt Bart. in l. post legatum. ff. de ijs quibus vt indig. Antonius Gabriel in lib. 6. Cōclusionum tit. de regulis iuris, conclus. prima numero 54. & Alba. in consil. 17. nu. 1. Et his accedunt in claris his terminis, Bart. in auth. ex causa num. 19. C. de liberis præter. & Gozadinus in consi. 49. nu. 19.

Respondetur primò, quod licet D. Horatius impugnauerit substitutionem factam ad commodum, & fauorem D. Aemilij, attamen non prohibetur succedere ex substitutione, qua ipse vocatus est. Nam regula
78 illa, quod is qui †actum aliquem impugnat, non potest ex eo consequi aliquam vtilitatem, intelligitur, quando vult sentire commodum ex ipsomet actu, secus verò si ex alio. Ita in specie ferè nostra scribunt Alexan. Decius, & alij nonnulli congesti à Crauetta in consi. 255. num. 1. Cum a fortiori dixit, quod institutus impugnans testamentum respectu institutionis potest se fundare in eo respectu substitutionis, Alexandrū quoque Decium, & alios à Crauetta relatos secutus est Antonius Gabriel in dicta conclus. prima numero. 35.

Respondetur secundo Do. Horatium impugnasse
59 substitutionem illam factam ad commodum Dom. Aemilij, quæ sanè impugnario non impedit, quominus ipse do. Horatius possit se ad sui vtilitatem fundare in dicto testamento respectu suæ personæ. Ita in specie post Butrium, & Imolam, in cap. Capitulum de rescriptis, declarat Ruinus, in cons. 12. nu. 4. lib. 3. Imolā quoque & Butrium secutus est Antonius Gabriel in dicta conclus. prima nu. 48.

Respondetur tertiò, hanc exceptionem, quod scilicet D. Horatius, non possit se fundare in dicto testamento à se impugnato respectu substitutionis factę ad fauorem D. Aemilij allegare non potest pro se Dom.
80 Hortensia, cum sit allegare & opponere de iure † tertij, nempe do. Aemilij, quod non conceditur. l. 2. ff. de except. rei iud. vbi Bar. & Socin. nu. 11. & 12. qui scribunt, non admitti exceptionem de iure tertij, quando non est exclusiuum ipso iure, sicuti non esse in casu nostro satis constat.

Tertia est dubitatio, admisso citra veri prætiudiciū, quod testamentum hoc conditum à do. Eustachio anno 1596. & de quo hactenus disseruimus, sit inualidum, ob id quod instituit turpem personam, exclusa sorore, an præcedens testamentum ab ipso do. Eustachio confectum anno 1587. firmum maneat, adeò qd hæreditas sit applicanda hæredibus in dicto primo testamento institutis vel non? Huic dubitationi vt satisfaciam, distinguo atque constituo tres casus.

Primus est, quando testator inter extraneos, confecit primum testamentum validum, secundū vero nul
81 lum. Hoc casu per secundum † non censetur reuocatum primum. l. si iure vbi Bart. de leg. 3. Alexan. in l. si quis autem num. 8. ff. de acquirend. hæred. Parisius in consi. 46. num. 27. lib. 3. Didacus in rub. extrà de testamentis, in secunda parte nu. 21. Rolandus in cons. 33. num. 4. lib. 1. quos refert, & sequitur Io. Petrus Surdus in consi. 202. nu. 27. lib. 2. & accedunt Iason in l. si filius, qui in potest. te nu. 21. ff. de liberis & pohum. & Boerius in q. 28. num. 19. Ea est huius casus ratio, quia
82 testator † non præsumitur recedere à primo testamento, & dispositione soleniter facta, nisi secunda valeat. l. si iure de leg. 3. Hic casus nostro non conuenit.

Secundus est casus, quando testator in primo testamento valido instituit extraneos. In secūdo verò testamento nullo ob aliquem solennitatis defectum instituit venientes ab intestato. Hoc casu illud primum te-
83 stamentum † censetur reuocatum, fauore ipsorum ab intestato succedentium institutorum. Ita Bart. in l. militis codicillis. §. veteranus num. 1. ff. de testa. milit. Fulgosius in consi. 41. col 3. versi. cum aliud solemne, Alex. in consi. 104. nu. 3. lib. 2. & si imperfectè Bartolum refert, Berbat. in consi. 60. col. 10. nu. 12. lib. 2. & in consi. 43. col. 6. versi. quinto facit lib. 3. Afflictus in cap. 1. §. & si clientulus. num. 17. versi. item regulariter si primum testamentum, de aliena. feudi, Soc. Iun. in consi. 145. nume. 11. lib. 2. & Petrus Peralta in l. si quis in principio testamenti nu. 33. versi. decimo producitur de leg. 2. qui post Alex in l. hac consultissima. §. si quis autem. C. de testa. dixit hos venientes ab intestato non succedere ex ipso testamento, sed ab intestato, & idem responderunt Decius in consi. 530. nume. 13. & clarius Laurentius de Pinu in consi. 50. in fine. Hic quoque casus nostro proprie non conuenit. Cum in hoc secundo testamento, post do. Aemilium quem do. Hortensia præsupponit incapacem, fuerint vocati do. Horatius deinde filij do. Aemilij, & his deficientibus filij dicti D. Horatij, qui omnes non sunt ex venientibus ab intestato, ex quo eos saltem præcedit D. Hortensia ipsius testatoris soror.

Tertius est casus, quando testator in primo testamento valido instituit extraneos. In secundo vero testamento nullo instituit, primum extraneos, deinde substituit venientes ab intestato, Hic casus adaptari potest huic nostro, in quo vt attigi supra, testator in hoc secundo testamento post extraneos nempè Dominum Aemilium, & Dom. Horatium, & eorum filios vocauit, sicque substituit filios D. Hortēsiæ sororis, qui alioqui erant ab intestato successiui ipsi testatori. Hoc casu de quo non licuit mihi hactenus aliquid apud doctores, quos volui, & reuolui, legere dicendum mihi videtur; primum illud testamentum cēseri reuocatum, quia etsi propter extraneos illos vocatos non posset dici reuocatum dictum primum testamentum, iuxta primum casum supra relatum, attamē dici potest reuocatū propter personas alioqui venientium ab intestato vocatos, quibus si aliter diceremus, non prodesset hoc testamentum, quod secundum iuris dispositionem prodesse debet. Et hoc casu declarari, & intelligi fortè potest, quod egregiè, & ad rem satis docuit Benedictus de Plumbino in l. 3. §. 1. in fine. ff. de fideicomm. libert. qui declarando traditionem obscuram Bartol. in l. 1. in fine. ff. de iniusto, rupto, irritoque
84 testam. Cum dixit, quod si testator fecit primum † testamentum validum, deinde fecit secundum, in quo instituit hæredem spurium, vel deportatum qui incapaces sunt, & si spē ij habere possunt quod vel sequatur legitimatio, vel restitutio à Principe, attamen testamentum hoc secundum, tanquam nullum, & innalidum non rumpit primum. Bartolum & Plumbinum secutus est Petrus Peralta Hispanus in l. si quis in principio testamenti, sium. 23. de leg. 3. Hæc sanè traditio forte potest declarari, vt non habeat locum, quādo in secundo testamento præter spurium, & deportatum

sicque