

clausura, sed de consilio tantum, vt eius voluntas minimè pandatur: Potest enim publice & palam fieri, vt in l. hac consultiſſima, C. de testam. ibi, Si nullum scire volumus ea, quae in eo continentur, tunc debet esse clausum, sigillatum, & inolutum, & voluit l. 2. tit. 1. part. 6. ibi: Si por auentura lo quisier fazer en puridad, que no sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en el, puede lo fazer desta manera: & inde sequitur & ponitur forma testamenti in scriptis atque ipsius clausura. Secundo hæc eadem opinio comprobati videtur: quia ¶ l. nostram, C. de testam. ¶ leg. 24. tit. 1. part. 6. cum ea concordans, disponentes, Que quebrantando a sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos de la carta en que antes ouiesse fecho su testamento en escrito, o taiando algunas de las cuerdas, o rayendo las senales que ouiesse fecho en la carta el escriuano publico, o rompiendolas, se defata el testamento por ellas: excepto si se prouiesse que alguna destas cosas auiesse en la carta del testamento por ocasion, e que no fuesse fecho a sabiendas: tunc obtinent, quando chordæ seu fila, quibus testium sigilla pendent, scinduntur, alias secus: Nullibi enim legitur, quod ex apertura testamentum esset sublatum, quatenus tangit apertionem, sed ex eo tamen, quia apertione scindebantur linea vel chordæ, quibus sigilla pendent. Et quod is sit sensus huius l. patet ex verbis dict. l. 24. ibi: O taiando algunas de las cuerdas: sed à iure septem chordulis claudebatur testamentum ex d. l. 2. tit. 1. part. 6. ibi, E poner en ellas siete cuerdas con que se cedere: sed ex d. l. 24. per abscissionem vnus chordæ reuocatur testamentum, & tamen per id non aperitur testamentum, cum sex remanebant integræ, quibus clausum erat: sed non loquitur de apertura testamenti, sed de abscissione vnus chordulæ vel plurium, quibus sigilla pendent: vnde cum hodie hæc in vfu non sint recepta, nec de eis in l. nostra Regia agatur, etiam si à testatore chordulæ seu fila præcendantur, quibus testamentum clauditur, non ex hoc censendum erit reuocatum: Clausura siquidem hæc hodie non est de substantia, sed de consilio & abundantia. Vnde ¶ superflua non viciant, sed necessaria prætermissa imminuunt contractus & testatoris efficiunt voluntati, non verò abundans cautela, l. testamentum non ideo, & ibi Gloss. verb. cautela, concordantia citat. C. de testam. l. 1. §. 1. C. de rei vxor. at. l. qui testamento, §. per contrariam ff. de testam. l. cum tabula ff. de bonorum possess. secund. tabulas §. serui verò, iuncta gloss. Institut. de libert. tradit Burg. de Paz in leg. 3. Taur. num. 1124.

4 His ¶ tamen omnibus non obstantibus, præd. sententia nunquam mihi placuit, nec placere potuit, sed proſus contraria, imo quod in præd. nostra specie testator consulto fila, quibus testamentum in scriptis erat clausum, incidens, eo ipso censetur & sit testamentum reuocatum rationibus, quæ sequuntur. Primo, quia etiam hodie testamentum in scriptis consueſcit claudi chordis seu filiis: cui rei non derogatur hac nostra lege, et si sigilla, quæ chordis appendebant ab ea, non exigantur, & ideo ab vfu recesserint: non enim prohibet l. nostra Tauri chordis seu filiis testamentum claudi, quinimo quod illis testamentum in scriptis consui possit, innuat ibi: Pero en el testamento cerrado, que en Latin se dice in scriptis, &c. quibus verbis præsupponitur testamentum debere esse clausum. Hinc igitur emanauit forſan communis vſus loquendi, vt in Hispania testamentum, quod Latine in scri-

ptis vocatur, se habe testamento cerrado: & nuncupatum, abierto: Ergo sequitur etiam hodie incisionem chordarum seu florum, quibus testamentum clausum est, operari reuocationem testamenti, sicut & ante hanc legem iure communi, & Partitum præd. in his regnis obseruando hac lege non mutato est sancitum: quorum iurium ratio & in nostra specie viget ac militat.

Secundo, ¶ quia etiam aliud videatur dicendum, cum testium signa (à nostra lege minimè requisita) à testatore fuerint abscissa, quia non sunt necessaria, sed superflua & ex abundantia posita: diuersum tamen est, si fila vel chordæ, quibus constitutum est testamentum in scriptis, dirumpantur: cum clausura hæc testamenti in scriptis de communi & generali consuetudine huius regni requiratur, & semper interueniat: quod lex nostra non corrigat, imo vt prædiximus præsupponit interuenire debere, vt constat ex verbis præcatis. Tertia ¶ defamitur ratio pro hac nostra sententia ex l. 1. §. si linum, ff. de honor. possess. secund. tabul. iuncta gloss. in verb. si linum, quam ibi sequuntur DD. maxime Alber. & Iaf. in dict. l. nostram, col. 1. loquitur namque text. in dict. §. si linum, iuncta gloss. de lino, quo testamentum ligatum est, & à quo testium non pendent sigilla & nihilominus probat, illo à testatore inciso, testamentum eueri: Itaque illic nihil differt inter chordas de lino, quibus testamentum clauditur, & illas quibus testium sigilla sunt appensa, vt notat Paul. Castr. in d. l. nostram, in princip. dicens, ¶ dictam l. nostram procedere, etiam si tantum linum vel chordæ (quibus testamentum est clausum) incisæ sint, & non chordæ, quibus testium sigilla suspenduntur: quod sequitur Bergos de Paz vbi supra, num. 125. & suadet, d. l. 24. ibi: O taiando alguna de las cuerdas: dum simpliciter & generaliter loquitur: & in vtroque casu eadem militat ratio: Ergo eadem iuris dispositio locum habere debet, iuxta illud, cum simil. ff. ad l. Aquil. Faciunt tradita ¶ in proposito per Anron. Gom. in d. l. 3. Taur. n. 90. & Gomezium de Leon responſ. §. num. 2. & per Mantiam de consuet. vltim. volum. lib. 12. tit. 1. num. 28. vbi quod si testator linum vel signacula incidit vel absciderit, utpote eius voluntate mutata, testamentum non valet: secus si alia quacunque ex causa, præter mentem testatoris hoc contigerit: & quod si sigillum post mortem testatoris inueniatur à testamento remotum, præsumitur ab ipso testatore fuisse sublatum, nisi ex coniecturis aliud appareat.

Quarta ¶ denique illa fuerit ratio præcipua, nempe voluntas & mens testatoris, quæ iure optimo colligi potest mutandi testamentum ex incisione florum, quibus constitum erat testamentum, alias enim id non faceret, si vellet ipsum durare aut adhuc stare, nisi forte coram legitimo numero testium tunc exprimere se velle decedere cum illo testamento, cuius linum vel sigilla conciderat, vt cum Didac. Couar. probauit, Mantie. vbi supra, n. 28. circa fin. ibi, & similiter.

Quibus profecto fundamentis hanc secundam partem semper probauit, & nunc quoque probo, & veriorum iudicio contra Tellum Fernandez: quam etiam postea reperi tenere & approbare D. Octor. Burg. de Paz in d. l. 3. Taur. n. 1125. de quo gausus sum valde. Nec obstant rationes supra proxime adductæ in contrarium, ipse enim iam sunt dilute ex posterioribus, & dict. lex 24. potius facit pro hac nostra sententia, quam pro contraria in sui generalitate & ratione, vt prædiximus, ibi

Taiando

Taiando alguna de las cuerdas: Ex hoc enim bene sequitur apertura testamenti: quia non dicit, Alguna, sed Algunas: & sic cessat noua ponderatio in contrarium facta à Tello Fernandez. Non etiam obest, quod testator possit explicare testibus, quod continetur in suo testamento in scriptis, vt in d. l. 2. tit. 1. part. 6. & ibi Gregorius Lopez: quia ex hoc non sequitur, quod testamentum debeat esse apertum, imò debet esse clausum aliis, vt lex nostra præsupponit, ibi: Pero en el testamento cerrado, que en Latin se dice in scriptis, &c. alias non diceretur in scriptis, vt in d. l. 2. cum simil. Ergo cum reperitur scisse chordæ testamenti clausi, manifestè colligitur, voluntatem testatoris eam esse, vt ruptum quoque censatur eius testamentum. Non etiam obest d. l. testamentum non ideo minus, cum simil. quia loquitur & procedit in solemnitatibus huiusmodi non requisitis à iure vel consuetudine, quales sunt signa & sigilla testium olim iure communi & Partitum desiderata, iure vero nostro Regio nouissimè derogata: At verò clausura testamenti in scriptis à nostra l. præsupponitur, & ab vniuersali consuetudine huius regni est approbata & obseruari consueta: Ergo, &c. Præterea eadem nostra sententia comprobatur à fortiori: si enim, vt inquit d. lex 24. quebrantando a sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos del testamento, o taiando algunas de las cuerdas, &c. se defata el testamento por ellas, à fortiori si idem testator fila, quibus testamentum erat clausum, incidit, testamentum reuocatum censetur: cum hoc magis liqueat ex mente testatoris per ruptionem florum, quibus clausum erat testamentum, & sic per totalem apertionem ipsius, quam per abscissionem vnus ex septem chordis, quibus clauditur ipsum testamentum, siquæ reuocatur ratio contraria Telli Fernandez, contra seipsum: Lex enim prædict. 24. ad dissolutionem testamenti in scriptis inducendam præcipuè considerauit voluntatem testatoris, quæ videtur esse id reuocandi: ex eo solim, quod vnus ex septem chordis, quibus clausum erat, absciderit: quæ per id ad principium aperture ipsius deueniat, & sic non sit omnino clausum. Abscisio igitur vnus chordæ id operatur in ratione & ordine ad corruptionem indiuiduæ clausuræ, in eodem testamento iure communi requisita, nempe cum septem chordulis: ergo à fortiori censetur reuocatum testamentum ipsum per apertionem totalem ipsius, quæ fit per ruptionem florum, quibus erat constitutum.

10 Modo ¶ præfata nostra sententia tenenda ampliat, vt procedat etiam quando testamentum in scriptis, quod clausum fuit, reperitur apertum incisis filiis, quibus constitum erat penes ipsum testatorem & non constat à quo id factum fuerit: nam in dubio præsumendum est à testatore consulto id factum fuisse, ac proinde reuocatum fuisse ab eodem, secundum Bartol. in l. si vnus, C. de testam. & ibi Iaf. column. 2. circa fin. num. 9. & Alex. num. 7. sequitur Roder. Suar. in l. quoniam in prioribus, ad finem legis, in 9. & vltima quæst. C. de inoffic. testam. & probat dict. l. 24. Partita, in vers. Pero si: dum ad hoc vt præd. testamentum non censetur reuocatum, requirere videtur, vt probetur, casu & non consulto fuisse ruptum testamentum: & hæc esse communem opinionem refert ex Corneo in d. leg. nostram, additio Roderici Suarez vbi supra, contra gloss. in d. l. nostram, aliud existimantem, sileum nempe tunc venite fauore legatorum, vt ea soluat, ad quod non tenen-

rentur venientes ab intestato. Verum communis opinio præcedens est verior & tenenda, quam alios citans sequitur & communem appellat Grafus de success. §. testamentum, q. 85, num. 3. & Mantie. vbi supra, num. 31. vbi bene distinguit & Burg. de Paz vbi supra, num. 1126. vbi num. sequenti limitat, si ¶ testamentum prædictum fuisset conditum ad alias causas: quia in tali specie non est iure præsumendum præd. incisionem chordarum seu florum consulto à testatore factam, vt probatur in l. proxime, in fin. ff. de his que in testam. delent. & ibi Imol. colum. fin. & alij quos refert & sequitur Burg. de Paz vbi supra, num. 1127. dicens ita fuisse obtentum in facti contingencia, & citat Mantie. vbi supra, num. 32. post alios quos citat, nempe Crauet. consil. 128. num. 1. vers. in dubio autem, & D. Couar. in Rubr. de testam. 3. part. num. 19. vers. hinc sententia suffragatur.

S V M M A R I V M.

- 1 Testamentum primum solemniter conditum coram septem testibus, in quo institutus est extraneus, iure communi reuocatur per 2. testamentum minus perfectum, cum quinque testibus in quo sunt instituti venientes ab intestato, qui succedent ab intestato, vt in num. 3. sed iure Regio ex testamento succedent, vt num. 3.
- 2 Testamentum primum probatum septem testibus, tollitur per 2. ad alias causas probatum duobus testibus.
- 4 Debent tamen institui omnes venientes ab intestato primi gradus, ad hoc vt prædicta num. 1. procedant.
- 5 Etiam si sint instituti ex disparibus partibus.
- 6 Non tamen procedunt, vbi in primo testamento essent instituti venientes ab intestato primi gradus, vel saltem vnus eorum.
- 7 Relictum extraneo in testamento condito 7. testibus, reuocatur per secundum testamentum conditum coram quinque testibus, in quo instituti sunt venientes ab intestato, accrescit ipsis legitimis vel pia causa in prædicto secundo testamento instituta.
- 8 An hodie, attento iure nostro, Regio, procedant prædicta num. 1. cum sequentibus? defenditur num. 9. cum sequentibus duobus in casibus ibidem factis procedere.
- 11 Testamentum nuncuparium coram septem testibus non vicinis, hodie iure Regio valet & tenet.

Q V Æ S T I O V I I I.

In eandem l. 2.

Testamentum minus solemniter conditum coram septem testibus, in quo institutus est extraneus, an reuocetur iure Regio per secundum testamentum minus perfectum, in quo sunt instituti venientes ab intestato.

Quæro: Iure communi ¶ primum testamentum solemniter conditum coram septem testibus in quo institutus sit extraneus, reuocatur per secundum minus perfectum, cum quinque testibus in quo sunt instituti venientes ab intestato, iuxta text. sing. & vic. in l. hac consultiſſima, §. si quis autem, C. de testam. & ibi communiter DD. l. 2. tit. 1. p. 6. in vers. E otro si dezimos, communis

communis, secund. Anton. Gom. in l. 3. Taur. n. 97. Mench. de success. creat. §. 2. in princ. Grassum de success. §. testam. quest. 34. n. 15. tradit Simon de Præcis de interpretatione vlt. volunt. lib. 4. in 3. interpretat. dubitat. 2. n. 107. Quinimo etiam primum testamentum probatum septem testibus, tollitur per secundum ad pias causas probatum per duos testes tantum, vt cum aliis tenet Tiraq. de priuileg. pia caus. priuileg. 2. in princ. & Malcard. de probat. in 3. tom. conclus. 1373. num. 36. Legitimi tamen in præd. specie non succedent ex testamento, sed ab intestato, vt tenent communiter DD. in d. §. si quis autem, vt testatur Anton. Gom. vbi supra, sequitur Greg. Lopi in d. l. 22. gloss. fin. in princ. est communis secund. Grassum vbi supra, qui idem sequitur. Pro quo est text. in d. §. si quis autem, ibi: Non quasi testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus. Iure tamen nostro Regio contrarium est tenendum per d. l. 22. circa fin. ibi: Et nonces el testamento postri- meo valdria, e no el primero, maguer fuesse secho noabadamente: Nam si testamentum vltimum valere debet, ex eo succederet, non verò ab intestato, vt in terminis aduertit & tenet Anton. Gom. vbi supra, quamuis Greg. eam l. intelligat iuxta ius commune, nempe vt secundum testamentum valeat, non vt testam. sed vt testati voluntas, vt in d. §. si quis autem. Vnusquisque autem cum iudicio rem considerans deprehender diuerso modo disponere, d. §. si quis autem, & d. l. 22. vt patet ex verbis supra citatis. Diuersum igitur statui debet huius rei, de qua agimus, respectu. Quo fit, vt quædam iure communi attentio, communis prædicta opinio recte procederet, vt pote expressè probata in dict. §. si quis autem, iure tamen Regio, vt prædiximus cum Anton. Gom. ex testamento succederet, & non ab intestato in prædict. specie.

4 Debet præterea (ad hoc vt superiora procedant) institui in secundo testamento minus solemniter omnes venientes ab intestato primi gradus: itaque non sufficit, quod vnus tantum sit vocatus & institutus. Cuman. in l. si filius, qui in potestate est, de lib. & posthum. & alij communiter DD. in d. §. si quis autem, est magis communis opinio, vt testatur Mench. vbi supra, ante n. 1. in vers. limita. 1. & Grassum vbi supra, n. 16. Contraria tamen in hoc opinio longè verior est secund. Mench. vbi supra, quam tenent Arer. & Taf. n. 34. in d. l. si filius, qui in potestate. Primum per text. in l. 2. ff. de iniuris rupt. irritique fact. test. que loquitur in numero singulari, sique non considerat concursum omnium legitimorum. Secundò per text. in d. §. si quis autem, quia agit de exclusione hæredis extranei qui fuit institutus in primo testamento, vt admittatur hæres legitimus in secundo testamento scriptis, quem impedire non debent reliqui legitimi in secundo testamento præteriti: quia eis nihil prodesset exclusio illius legitimi in secundo testamento instituti: si enim eorum præteritio illi noceret, extraneus in primo testamento institutus hæreditatem totam vendicaret, ex quo ipsi nullum fructum consequerentur: vnde idem fauor, eademque ratio est, quando vnus legitimus tantum instituitur in secundo testamento, que foret, si omnes legitimi instituerentur. Tandem hæc opinio verior hodie approbatur in d. l. 22. ibi: En que estableciere por su heredero algun su pariente, a tal que si el muriese su testamento heredaria lo suyo por derecho. nota verbum, Algu su pariente, singularis numeri, quod verificatur in vno eorum,

qui ab intestato alias successuri essent: Vnde hæc opinio mihi placet, & tenenda est meo iudicio aduersus commune, vt pote lege Regia probata: quod prius considerauit atque animaduertit Anton. Gom. in d. leg. 3. Tauri, n. 99. in fin. Et paulo ante ampliat d. §. si quis autem, cum simil. vt procedat, etiam si venientes ab intestato vocati in secundo testamento sint instituti ex disparibus partibus, secundum Fulgol. & Alexand. in d. §. si quis autem. Non tamen procedet eorum iurium dispositio, quando in primo testamento essent instituti venientes ab intestato primi gradus, vel saltem vnus eorum: tunc enim per secundum testamentum imperfectum, cum quinque testibus, in quo sunt instituti alij venientes ab intestato, non tollitur primum perfectum iuxta gloss. d. l. filius, qui in potestate, in glossa final. quam ibi sequuntur communiter Doctores: voluit gloss. etiam in §. ex eo autem solo, verb. perfecta iustit. quibus modis testam. infirm. est communis secundum Anton. Gom. d. n. 99. sequitur Greg. Lop. in d. l. 22. in gl. Esfraso, contra Paul. Calstr. quem refert. Sed t quando primum testamentum perfectum, per secundum minus solemnem, in quo venientes ab intestato instituti sunt hæredes, tollitur, quod extraneis in eodem testamento relinquatur, accretit ipsis legitimis, vel pater causæ in eodem testamento secundo minus solemniter instituitur: quia extranei sunt incapaces aliquid percipiendi ex illo testamento, argum. d. l. hac consuetissima, §. ex imperfecto, cum materia, C. de test. vt late aduertit Corn. cum aliis probat Mench. vbi supra, ante n. 1. in vers. illud, & in vers. denique, tamen Greg. Lop. in d. l. 22. gl. fin. statim post prim. opinionem Cornet cum Bald. in d. §. si quis autem, sequi videtur, dum dicit, quod debebantur legata in hoc secundo testamento relicta.

Nunc tamen intrat nostra questio principalis circa prædicta, an hodie dispositio d. §. si quis autem, approbata in d. l. 22. in d. vers. Et otro si diximos, procedat, stante hac lege nostra Regia, nempe l. 3. Taur. que hodie est d. l. 22. tit. 4. lib. 3. Nov. Collect. Reg. & l. 1. supra. eod. Et in hoc Anton. Gom. in d. l. Taur. n. 100. expressè decidit & tenet prædicta procedere de iure communi, & quod de iure nostro Regio tantum possunt intelligi, & habere locum in testamento in scriptis, in quo per nostram legem requiruntur septem testes, non verò in testamento nuncupatio: nam cum in eo de iure nostro Regio per legem præcedentem semper requirantur tres testes cum tabellione, vel quinque sine eo, secundum testamentum necessario debet istam solemnitatem continere, & per consequens erit testamentum perfectum, cum non possint pauciores quam quinque testes interuenire (intelligi sine tabellione) & semper reuocabit primum, sine sint instituti consanguinei, sine extranei. Præterea & secundo, quia iuxta prædict. l. 3. Taur. in codicillis requiritur eadem solemnitas, que in testamentis: similiter & in testamento inter liberos, que in testamento inter extraneos. Nihil igitur interest, quod in secundo sint instituti venientes ab intestato in primo loco, prout sunt filij ad diminuendam solemnitatem à nostra requisiti. Nec obstat si dicatur, posse & tunc verificari casum d. §. si quis autem, in secundo testamento nuncupatio condito coram tribus testibus sine tabellione, quando in eo sunt instituti venientes ab intestato, quasi in hac specie possint in secundo testamento tolli duo testes ex quinque sufficientibus sine tabellione ad valore testamenti prioris, in quo extraneus est hæres institutus: hoc

hoc enim fieri non potest, cum text. in dict. §. si quis autem, & d. l. 22. pro forma requirant, quod in hoc secundo testamento ad minus interueniant quinque testes: ergo tres non sufficiunt sine tabellione, neque cum eo de iure communi, sed tantum de iure Regio, ex l. præcedenti, quo attentio, non inuenitur decium, quod tres testes sine tabellione sufficiant ad reuocationem primi testamenti nuncupatiui solemniter præcedentis, vbi in secundo sunt instituti venientes ab intestato.

9 Nihil fecius t dispositio d. §. si quis autem, & d. l. 22. in praxi hodie deduci potest etiam in testamento nuncupatio, in duobus casibus. Primum est, quando in primo testamento solemniter nuncupatio, secundum solemnitatem legis præcedentis, vel nostra l. secunda esset institutus extraneus: in secundo autem venientes ab intestato coram quinque testibus, etiam non vicinis, & sine tabellione: quia in hoc casu præcedit testamentum solemnem & perfectum, in quo institutus est extraneus, vt subsequitur testamentum non solemnem, vt supra coram quinque testibus non vicinis fuit celebratum sine tabellione: quod hodie non sufficit, ad hoc vt sit perfectum, vt in d. l. 1. sed quia in eo sunt instituti venientes ab intestato, tollit primum perfectum, vt contingit in casu d. §. si quis autem, & d. l. 22.

10 Secundus t casus est, in quo potest hodie verificari dispositio dictorum iurium, quando primum testamentum nuncupatum esset factum coram septem testibus non vicinis. Hoc t enim testamentum hodie etiam teneret, non obstante d. l. ordinamenti, posita in l. 1. proxime præcedenti: quia ipsa non tollit solemnitatem septem testium iuris communis & Partiarum, testator noluit seruare dispositionem d. l. 1. quæ permittit testari coram tabellione cum tribus testibus, & sine eo coram quinque testibus vicinis: quinimo id etiam expressè permittit lex ordinamenti veteris præfata, dum in fine dicit, quod valeat testamentum cum bonis testimoniis, id est, cum septem testibus: Ita in terminis tenet Gregorius Lopez in dict. leg. 22. in gloss. Cingo testigos, ibi, cum & illud teneres etiam hodie: & Antonius Gomez in d. l. 3. Tauri, num. 47. in versio. Item quæro, quos sequitur Doctor Burgos de Paz in dict. l. Taur. in 1. part. concl. 3. n. 33. Sequitur etiam hanc sententiam Auend. respon. 14. num. 1. & Menchac. de success. creat. §. 2. num. 19. Quæ opinio, nempe quod hodie valeat testamentum nuncupatum cum septem testibus non vicinis, & sine tabellione, expressè approbatur nouiter in dict. l. 1. præcedenti, supra hoc titulo, ibi: Pero si el testamento fuere hecho ante fiere testigos, aunque no sean vezinos, ni paffe ante escriuano, remiendo las otras calidades, que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos, ni sean vezinos del lugar donde se hiziere el tal testamento: Itaque de hoc amplius non est hæstrandum.

Siguitur in primo testamento nuncupatio, ita solemniter condito coram septem testibus non vicinis: sine tabellione institueretur extraneus: & in secundo celebrato coram quinque testibus, etiam non vicinis, & sine tabellione licet ipse haberi posset, institueretur venientes ab intestato, tenebit hoc secundum, & per id tolleret primum, ex dispositione dict. §. si quis autem, & d. l. 22. quæ etiam hodie in his speciebus poterit esse magne utilitatis. Primum, quia d. l. ordinam. & Taur. hoc est l. 1. præcedens, & nostra secunda debent restringi, & limitari, secundum dispositionem iuris

communis, argum. in l. serui vestri, cum simil. C. de noxal. Secundò, quia nostra lex & præcedens, cum sint generales, intelliguntur comprehendere casus specialiter ab alia l. præuisos (qualis est iste) iuxta gloss. l. 3. C. de silent. lib. 1. 1. communiter vbiq; approbata: Et ita merito vt hæc secunda opinio verior sit, & tenenda in praxi in prædictis duobus casibus, quo ita non expenditur, nec perpendit Antonius Gomez vbi supra, dum tenuit contrarium indistinctè & generaliter: & in terminis ante nos ita rectè considerauit, & in praxi deduxit doctissimus Gregorius Lopez in dict. l. 22. gloss. præcitata cingo testigos: & voluit Menchac. dict. §. 22. ante num. 1. in versicul. magis autem, & mihi placet. Non obstat ponderatio dict. l. 3. in contrarium supra facta: quia procedit in prima dispositione, quæ ad hoc vt valeat, siue sit codicillus, siue testamentum inter liberos, requirit eandem solemnitatem, quam testamentum inter extraneos: At verò nos agimus in secunda dispositione eiusdem testatoris in casu specialis, vbi in prima solemniter fuit institutus extraneus: In secunda autem minus solemniter, sed coram quinque testibus, venientes ab intestato, & ideo merito vt nostra & l. præcedens, cum sint generales, comprehendant casum nostrum specialem ab alia lege prouisum, vt prædiximus.

S V M M A R I V M.

- 1 Testamentarius non seruans formam sibi à testatore traditam: vel alias nullum condens testamentum, an aliud validum possit postea condere? & num. seqq. sed n. 8. cum seqq. eliguntur opinio affirmatiua.
- 2 Arbitrari de pluribus controuersis electum, si de vna tantum iudicet, super aliis non existimat compromissum.
- 3 Exequutor formam sibi traditam in testamento non seruans, iterum posse eligere.
- 4 Facultas commissionis non consumitur, vbi commissarius secundum formam sibi assignatam, iuxta l. 31. & 33. Tauri non disposuit.
- 6 Iudex delegatus nulliter iudicans, non potest iterum iudicare, nisi primo iudicauerit contra formam mandati, vt in num. 17.
- 7 Facultas testandi concessa pralato, non existimat primo actu testamenti ab eo facti.
- 9 Eligens nulliter possunt aliam electionem facere.
- 10 Omissio forme licet reddat actum nullum, potest tamen idem actus iterum fieri.
- 11 Regula l. bone, §. hoc sermone, ff. de verb. signif. debet intelligi de primo actu valido & recte facto.
- 12 Dispositio hominis consumitur in primo actu valido, non etiam in invalido.
- 13 Actus nullus non impedit fieri illius reiterationem.
- 14 Eligens nulliter potestatem, possunt postea eligere.
- 15 Idem si electio non fuit sortita effectum.
- 16 L. 35. Tauri intellectum.
- 18 Regula l. bone, §. hoc sermone, non procedit quoties per primum actum non est satisfactum menti disponentis.
- 19 Commissarius nullum condens testamentum ex defectu solemnitatis vel alia ex causa, potest iterum validum testamentum condere, cum Tello & Pelæz contra Marienc. vt in n. 22.
- 20 Regula l. bone, §. hoc sermone, limitatur in dispositionibus testamentorum.
- 21 Idem dicendum est in casu omissio, quod in expresso.

- presso, quando testator de illo interrogatus idem responderet.
- 23 Filius ex electione data sibi à patre, nulliter eligens res, in quibus debeat habere sortium & quintum, in quo est melioratus ab eodem, potest iterum valide eligere.
- 24 Idem potest dici in electione, data à l. 52. Taur. mulieris intra 20. dies, postquam fuerit requisita ab heredibus mariti, eligendi arrhas vel donationem localium, ut si nulliter primo eligat, possit postea intra eundem terminum iterum eligere.
- 25 Sed prædicta sunt intelligenda, ubi eligentibus nulla potest imputari culpa: secus alius.
- 26 Delegatus in extrajudicialibus potest variare, ut hic.
- 27 Notarius non potest errorem suum corrigere.

QVÆSTIO IX.

In l. 35. Tauri, hodie l. 9. tit. 4. lib. 5. Noua Collect. Reg.

An testamentarius non seruans formam sibi à testatore traditam, vel alias nullum condens testamentum, aliud validum possit postea conficere.

1 QVæro ¶ circa hanc l. 9. Quid si testamarius in condendo testamento non seruauit formam sibi specialiter traditam circa institutionem, meliorationem, exheredationem, substitutionem, vel aliam fecit testamentum nullum, propter defectum solemnitatis aliarum causarum, an poterit tunc aliud testamentum facere legitime, in quo seruet formam sibi à testatore præfixam, necne? Et in specie primi casus dicitur q. Cifuentes in l. 36. Taur. tenet, quod si commissarius non fecit testamentum, iuxta formam sibi à testatore traditam, poterit huiusmodi di testamentum reuocare & aliud facere, ut in 2. l. quid tamen, in princip. ff. de arbitrar. ubi arbiter ¶ de pluribus controuersis electus, ut de omnibus simul dicat sententiam, si de vna tantum dixerit sententiam, non expirat compromissum, & illam sententiam, quam de vna controuersia dixit, mutare potest, & dicere sententiam de omnibus controuersis: quia nondum dixit sententiam: secus, si vt separatim sententiam proferat: quia tunc quantum ad illam controuersiam pertinet, arbiter esse definit. Secundo hæc eadem pars comprobatur ex doctrina Bartol. in 3. l. 2. data. num. 4. ff. de optio. leg. ubi tenet, ¶ quod quodcumque exequatur formam sibi eligendi in facultate commissæ traditam non seruauit, etsi sciens hoc fecerit, iterum poterit eligere; quia quando est peccatum in forma electionis, perinde est, ac si electio non esset facta: & allegat ad hoc d. l. quid tamen, ff. de arbit. sed & est bonus text. in proposito in d. l. 2. §. data, ubi inquit textus: Data igitur optio (scilicet serui) si quis oprauerit alienum seruum, vel hominem liberum, videndum est, an non consumperit optionem, & puto non consumi. Quam doctrinam sequitur plures citans Tell. Fernandez in d. l. 35. Taur. num. 2. vers. verum, ubi ex doctrina Bart. & inferius in vers. unde, concludit, quod ¶ est vera & communis opinio, quod si commissarius, cui forma commissionis fuit assignata, secundum quod in l. 31. & in l. 33. Taur. definitur, non dispouerit, facultas disponendi non

consumitur, sed iterum potest disponere, dammodo infra tempus sibi præfixum à testatore, vel d. l. 33. disponat, & ita per totum illum numerum probat, sequitur ac veram profiteri opinionem prædict. Cifuen. ex præd. & aliis, licet non ex d. l. quid tamen, addens circa fin. d. num. 2. in vers. sed attende: quod in cæteris, quæ dispositiuit circa formam & commissionem specialem, non poterit reuocare nec alterare, iuxta formam & præceptum huius l. Nam cum ipsa non loquatur nec disponat, quando aliter specialiter fuit commissum, sed simpliciter factio testamenti, quod semel fecerit commissarius iuste vel iniuste, reuocare non poterit: quæstio enim nostra principalis se habet, quando defunctus commissario dedit facultatem testandi pro se, certa forma eidem tradita atque præscripta: quo casu loquitur d. l. 33. Taur. & præd. formam commissarius non seruauit, sed eam prætergressus est, & ita nostra quæst. magis adaptatur ad casum d. l. 33. quam ad nostræ l. 35. Taur. Quo fit, vt in casu illius, l. 33. commissarius, qui non seruauit in testando nomine alieno formam sibi à committente specialiter præfixam, possit iterum testari eam seruando: secus si forma sibi specialiter tradita non sit, sed simpliciter, vel in genere commissæ factio testamenti, vt in casu nostræ l. 35. tunc enim siue bene siue male id fecerit, reuocare non poterit, nec amplius variare, iuxta nostram l. 35. Quas leges ita intelligit, declarat atque interpretatur Tellus Fernand. ubi supr.

Nihilominus ¶ tamen contra hanc opinionem 5 obest nostra l. in sua generalitate, dum simpliciter prohibet commissarium reuocare testamentum, semel à se virtute commissionis factum nomine alterius: nec codicillos postea facere potest, licet facultatem in se prius reseruauerit prædicta faciendi. Secundo contra eandem opinionem facit: quia hic commissarius nomine alieno, & tanquam minister defuncti testamentum facit: licet ergo inutiliter actum fecerit, quia contra formam mandati aut commissionis, non poterit tamen alium actum facere, vt in iudice delegato statuitur, qui licet inutiliter iudicauerit, non ¶ potest iterum 6 dicere, prout facere potest ordinarius: qui iure proprio iudicat, vt communiter tradunt DD. in l. iudex posteaquam ff. de re iudic. & in l. si vt proponis, per text. ibi, C. quomodo & quando iud. cum pluribus concordantis à Tiraq. traditis in l. bones, §. hoc sermone, limit. 1. num. 70. ff. de verb. signif. diximus latè lib. 2. canon. q. c. 2. per tot. Licet ¶ enim facultas 7 standi concessa prælato non expirat primo actu testamenti ab eo facti, quia durat vsque ad mortem, etiam si plura testamenta faceret: nullum enim nisi morte constitatur, c. cum Maribus, de celebrat. Miss. l. 4. ff. de adimend. legat. atque ideo nullum dicitur fecisse testamentum, nisi quod morte constitatur, vt aduersus Dec. consil. §. 12. & Soc. iun. consil. 89. n. 24. & Tiraq. ubi supr. in reg. num. 126. redè concludit Tellus Fernand. in l. 4. Taur. num. 2. & 6. & iterum in d. l. 35. num. 1. vers. ego verò, & Molin. lib. 2. de Hispan. primog. cap. 11. n. 45. Marienq. in hac l. 9. gloss. 1. n. 3. aduersus Cou. etiam in c. cum in officio n. 7. vers. hinc potest deduci, de testam. idem Marienq. in l. 3. gloss. 3. n. 5. tit. 4. supr. hoc lib. 5. Nau. in sua apolog. de rebus, Ecclesiast. q. 3. monit. 9. per tot. ubi pluribus modis respondet ad regul. d. l. bones, §. hoc sermone. Hoc tamen ideo procedit, quia prælatus huiusmodi facultate sibi concessa ad testandum, iure proprio testatur: At commissarius habens mandatum ab alio ad testandum, alieno iure, &

& pro illo testatur, non verò pro se, & ideo non potest variare nec mutare testamentum iam defuncti, vt in d. l. 33. pro eius ratione consideratauit Tellus, num. 1. vers. Ego verò, & Marienq. in præfatis, d. l. gloss. 1. num. 2. Quo fit, vt quamuis dubius in terminis nostræ principalis quæstionis huius vltimæ contrariæ sententiæ prociouerit sit Mattingus, in præfatis gloss. 1. num. 5. contra Tellum, nempe vt commissarius, qui non seruauit formam sibi à testatore præscriptam circa institutionem, meliorationem, exheredationem, substitutionem, aut tutoris dationem, non possit iterum circa ea testari: nedum circa alia, quæ vtiliter fecerat. Quid dicendum? Ego ¶ priorem sententiam Cifuentis & Telli Fernand. in terminis, de quibus supra, veriosem & tenendam esse preculdubio iudico ac censio aduersum Ioan. Marienq. ex supra adductis pro ea præcipuè ex d. l. Quia tamen, quæ optimè vrget in proposito, & ex d. l. 2. §. data, ff. de optio. legat. & doctrina Bart. ibi, num. 4. communiter approbata: nec non & tertio ex d. l. 33. Tauri, quæ est l. 7. supr. eodem ibi, Pero lo que el testador le mando señalada y determinada, señalando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que aya de haber, el tal commissario sea obligado a lo hacer: y si pasado el dicho termino no lo hicierre, que sea auido como si el tal commissario lo hicierre, o declarasse. Si enim formam traditam, & specialiter sibi præfixam commissarius tenetur obseruare, poterit illam adimplere, tamen prius contra fecerit, quia cum aliter sic factum non sortitur de iure effectum, non præstat vllum impedimentum, quin quod tenebatur possit & debeat facere in termino iuris, vel à defuncto præfixo, iuxta iuris regulam vulgarem; non præstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum. Præterea si præd. l. Regia habet illud pro facto, ac si commissarius omittens id fecisset, poterit in termino debito facere commissarius, licet contra formam sibi datam aliud prius fecerit: cum de iure in termino admittatur variatio in electione, quodcumque ex facultate commissæ eligere debens non seruauit formam, vt prædictum. Quarto ¶ eadem sententia probatur ex text. in l. qui per salutem, ff. de iur. iur. & ibi notant DD. præcipuè Salic. quod qui nullam & inutilem electionem fecerunt, possunt aliam validam facere: & Mexia in l. Regia Tolet. in conclus. vltima par. num. 2. ubi numeris sequens, plura ex more congerit. Similiter & Bald. ibi ex eo text. quoque notat, quod licet omisso formæ reddat ¶ actum nullum, idem tamen actus poterit iterum fieri cum debita formæ obseruatione. Reg. enim l. bones, §. hoc sermone, ff. de verb. sign. intelligi ¶ debet de primo actu valido & rite facto: ad idem citatis solet l. hoc conditio filia, in principio, ff. de condit. & demonstrat. ubi casus pulcer. 11 Probatur ¶ enim ibi, quod si legatum sit relictum filie si nupserit, si ea nondum ætatis nubilis nupserit, vel etiam nupserit ei, cuius nuptia interdixit sunt, non censetur paruisse conditioni, & potest postea alteri vtiliter nubere: & per illum text. dicit ibi Paul. de Castri, quod dispositio hominis consumitur in primo actu valido, non etiam in inualido, & ibi Socin. num. 4. Et ¶ inquit Rom. in l. si quis heres, num. 4. ff. de acquir. hered. quod actus nullus non impedit fieri illius reiterationem: sequitur prædictos referens Mieres de maiorat. in prima part. quæst. §. 2. num. 7. Sequitur alios citans & plurima congerens Tiraq. in vtroque re-

tract. tit. 1. §. 8. gloss. 7. num. 6. cum preced. & seq. & Mexia ubi supr. prædicta sequitur. Et ultra ¶ eos, quod illi, quibus est commissæ electio potestatis, qui primo fecerunt provisionem inualidam, possunt postea eligere, notant ex d. l. qui per salutem, Guillelm. de Cug. & Bart. ibidem, num. 3. quos sequitur Paul. de Castri bene declarat ibi, num. 5. & laf. in l. serui electione, num. 3. & 4. & ibi latè Alex. ff. de legat. 1. Tellus Fernand. in d. l. 35. num. 3. Idem ¶ si prima electio non fuit sortita effectum, vt probat D. Molin. de Hispan. primog. lib. 2. cap. 4. num. 38.

Et ¶ hac opinione retenta, non obstant modo adducta pro contraria, & sic pro opinione Marienq. & primo nihil nocet nostra l. 35. Taur. in sua generalitate: Nam respondemus primo, vt supra, loqui in simplici generali commissione facta alicui ad testandum, nulla præscripta forma, & ideo in hac specie merito vt commissarius semel testando, siue malè, siue bene, amplius non possit id testamentum reuocare, aut aliud aliud facere vel declarare, quia fundus est officio suo, vt in nostra l. 8. & diximus cum Tello supra, in prima opinione. Secundo respondemus, quod nostra quæstio loquitur & locum habet, quando primum testamentum est nullum ex controuersione formæ specialiter præfixæ à testatore in commissione: At verò lex nostra 35. Tauri loquitur in testamento valido, vt patet ex eius tenore & vera mente, quando quidem decidit, nec commissarius possit ipsum reuocare vel codicillum, aut aliam declarationem facere: hæc enim valorem prioris testamenti aperte inuunt atque præsupponunt, quia prius testatum præsupponit habitum, l. decem, cum similib. ff. de verb. oblig. Nam quod nullum est, reuocari non potest, l. nam est sub conditione, §. nuncpendo, ff. de iniur. iur. irritaque fact. testament. Nota obstat & secunda ratio de iudice delegato, qui licet inutiliter iudicauerit, non potest iterum iudicare. Procedit enim hoc in judicialibus, non verò in extrajudicialibus, vt infra dicemus. Secundo & melius & concludentius respondeo, quod licet regulariter iudex delegatus pronuntians sententiam nullam, non possit illam postea pro tali declarare, ac iterum in causa pronuntiare, vt in d. l. si vt proponis, C. quomodo & quando iud. Secus est in ordinatio, vt latè resoluimus d. l. lib. 2. can. quæst. cap. 2. in princip. Attamen ¶ si iudex delegatus iudicet contra formam mandati, non consumit suam potestatem, sed poterit iterum pronuntiare, vt resoluimus d. l. lib. 2. canon. quæst. cap. 2. in secunda limitatione, num. 2. cum sequent. quam in arbitrio optimè probat d. l. l. quid tamen, ff. de arbit. vt vidimus. Eadem igitur ratio militat in commissario, cui à defuncto fuit facta commissio ad testandum, cum præfixione certæ formæ necessario obseruandæ & adimplendæ, vt si eam præterierit atque non seruauerit, nihil fecerit, vt vidimus. Eadem potestatem non consumperit, sed possit iterum eam seruando testari, per præd. Quamuis enim alieno nomine testetur, nihil impedit, cum prius testamentum effectum sortitum non fuerit, nec commissio & forma sibi data sit adimpleta. Poterit igitur, imò tenetur eam adimplere atque ad vniuersum obseruare, iterum iuxta eam testando, cum prius testamentum, vt potè, contra formam factum, ac proinde quod nullum sortitum fuerit iuris effectum, nullum similiter impedimentum præsterit, secundum testamentum iudicatum

conscientia. Ex quibus veritas prioris sententia facis dilucida manet.

18 Præterea ¶ regula d. l. boues, §. hoc sermone, non procedit, quando per primum actum non esset satisfactum menti disponentis, secundum Felin. qui alios allegat in c. 2. n. 6. vers. fallit. sup. de vrega & pac. & late Tiraq. in dicit §. hoc sermone. limitat. 61. & ibi Rebuff. in secunda limitatione. Nauar. de re. dit. Eccl. q. 3. num. 22. & in apolo. q. 3. mo. nio. 9. n. 3. diximus sup. hoc libr. q. 11. super l. 2. tit. 3. lib. 2. huius Nou. Collect. Reg. & probat late Mexia ubi sup. num. 42. & 45. cum segg. Deueniamus nunc ad 2. secundum casum principalem nostræ quæstionis, nempe quando commissarius fecit testamentum nullum propter defectum solemnitatis, vel alia ex causa: & tunc quidem idem quod in priori specie probat ac tenet Tellus Fernand. in l. 35. Taur. nempe ut iterum commissarius valide testari possit, quasi per actum nullum eius commissio extincta minime fuerit, vt ipse late probat, & confirmatur ex precedentibus supra adductis pro prima opinione veriori & tenenda in primo membro & casu nostræ quæstionis.

20 Et præterea ¶ quia regula d. l. boues, §. hoc sermone limitatur in dispositionibus testamentariis, in quibus sit latissima interpretatio, vt ibi probat Tiraq. limitatione 15. & quoties eadem ratio militat in secundo actu, quæ in primo, Tiraq. ibi limitatione 10. Vel quando per primum actum non est satisfactum dispositioni loquentis, vt modo dicebamus. Denique ¶ facit gloss. trita & communiter vbiq. approbata in l. tale pactum, §. fin. ff. de pact. quæ habet, idem dicendum esse in casu omisso, quod in expresse, quando creditur verisimiliter testatorem idem responsum, si interrogatus de hoc fuisset. Quæ omnia militat in 2. nostra specie: & hoc amplius, quod est materia fauorabilis & quæ benignam recipit interpretationem, vt voluntas defuncti adimpleatur, quæ fuit, vt testatus decederet ad exonerationem suæ conscientia: qua in specie non est locus regulae d. §. hoc sermone, vt in l. placet. e. m. segg. ff. de lib. & posthum. Tiraq. in d. §. hoc sermone. limit. 3. vbi plures citat.

Nihilominus tamen hæc sententia non omnino applaudit Marienç. in presenti gloss. prima num. 7. dicenti, tutius esse seruare dispositionem nostræ legis nulla facta distinctione, nempe vt commissarius, semel facto testamento vtili siue inutili, non possit aliud facere: quia non iure proprio sed alieno facit, & functus est officio suo, vt supra probauerat num. 5. in primo casu nostræ quæstionis. Sed re vera eius fundamenta non concludunt contra priorem partem, quinimo eis fatisit ex supra adductis. Quare verior & tenenda mihi videtur sententia Telli Fernandez, etiam in hoc secundo casu contra opinionem Marienç. & ita merito Tellus sequitur Pelaez de maiorat. 1. part. q. 47. numero quadragesimo quinto, vbi eam late probat: & iterum q. 2. numero. 8. inferens ex his num. 9. & 10. quod si pater concessit filio facultatem eligendi tertium & quintum in bonis suis, & filius nulliter eligat res, in quibus debeat habere prælegatum aut meliorem, potest iterum eligere: & ¶ quod idem potest dici in casu l. 52. Taur. vbi conceditur mulieri facultas eligendi arthas vel donationem localem intra 20. dies, postquam ab hæredibus mariti fuerit requisita, quia si nulliter eligat mulier, non prohibetur iterum intra dictum terminum eligere, & permittitur variatio. Tandem ¶ inquit num. 10. hæc maxime pro-

cedere, vbi quisque eligentibus in prædictis casibus nulla potest imputari culpa in nulliter eligendo: secus alius, vt resoluit Bald. consil. 227. per Sanctissimum lib. 4. argum. l. quæstionem. ff. quæst. acti. de pecul. est. annal. tradit Tiraq. de retrat. d. lib. 1. §. 8. gloss. 7. num. 19.

Non obstat modo huius tenentis sententia nostra l. 35. Taur. Ea enim, vt prædiximus loquitur in testamento, & sic præsupponit esse perfectum ac validum: nos vero agimus in eo, quod non est testamentum. quia caret solemnitate debita & iure requisita.

Non etiam obest differentia communis supra assignata inter iudicem ordinarium & delegatum. Ille enim si nulliter pronouit, potest iterum vtiliter sententiam profere: hic vero secus, quia hæc differentia procedit in iudicialibus, non vero in extraiudicialibus (proue est casus, de quo agimus.) In his namque poterit delegatus ¶ variare, & actum primum inualidum rescire ex doctrina Innocentij in cap. in literis, num. de offic. deleg. in versic. in autem delegatus, committitur approbata teste Felin. ibi num. 2. vers. ostana limitata, etque communis secundum Tell. Fernand. in dicta l. 35. Taur. num. 3. col. fin. vbi plures allegat, & Marienç. vbi sup. dicit. num. 7. vbi inquit, non ex hoc tolli suam objectionem, quandoquidem, etsi actus expeditur sine iurisdictione, dicitur quis functus officio suo, licet actum inualem & minus solemnem fecerit, quoties qui actum facit extraiudicalem, prohibitus est variare: vt ¶ in 27 notario, qui non potest errorem suum corrigere, secundum Bald. in l. ultim. num. decimo nono, C. de edend. quem sequitur Felin. vbi sup. At in specie nostra commissarius non potest variare, vt hic dicitur: ergo etsi inutile testamentum faciat, cum nomine alterius id faciat, non poterit vitare, sicut neque notarius qui etiam nomine alieno facit instrumentum.

Tandem hoc candidi lectoris iudicio censendum committitur. Verum hæc replica præfati auctoris facile eliditur, si consideremus, quod lex nostra, dum prohibet commissarium, quiemel facultate sibi concessa ad testandum vsus sit, posse reuocare id testamentum, &c. loquitur in testamento valido, vt ex ipsa pater considerata vt supra, non vero in testamento nulliter condito, de quo hic agimus. Hic enim casus omisus est ab eadem lege, ac proinde decidendus venit iuxta ius commune, argum. l. commodissime. cum similib. ff. de liber. & posthum. quod, vt vidimus, habet, vt ex actu nullo non consumatur potestas & commissio aliquid faciendi, quominus iterum valide & vtiliter fieri possit, cum nondum sit voluntati disponentis satisfactum, & militat tunc eadem ratio, quæ committentem mouit, ac de eo interrogatus idem disponenter, præcipue cum firmus in materia fauorabilis. Neque exemplum de notario nobis aliquid impedimenti facit, ibi si quidem agi potest de præiudicio tertij, in nostro vero casu minime: quinimo de eius fauore, & testatus decedat, vt voluntas defuncti adimpleatur: non enim venientes ab intellectu ex hoc iuste conueniri poterunt, cum defunctus testatus decedere voluerit, facultatemque testandi pro eo eidem commissario dederit, vt potuit, quia in re propria, &c. Sed quod fecit commissarius, non est testamentum ex defectu solemnitatis requisita: ergo facultas testandi non fuit consumpta.

Fit ergo ex supra dictis, opinionem Telli Fernand. in

utroque casu & membro nostræ quæstionis verior esse & tenendam in iudicando & consulendo, saluo iudicio rectius sentientium.

S V M M A R I V M.

- 1 Exheredatione vel præteritione ignoranter facta, an vitetur vel susciatur melioratio tertij & quinti facta, & n. sequent. sed n. 4. eligitur opinio, quod susciatur.
- 2 Donatio inter viuos facta reuocatur susceptis liberis, de quibus donator in dubio non censetur cogitasse.
- 3 Legata facta in testamento, quod postea rumpitur vel annullatur ex causa præteritionis vel exheredationis, quando voluitur & quando non, & n. 7. & 8.
- 5 Per præteritionem ignoranter factam non reuocatur legata relicta in testamento, vbi alij filij erant hæredes scripti ex coniectura mente defuncti.
- 6 Hoc procedit etiam in melioratione vnico filio facta, vt conseruetur aliis filiis natis, qui sunt præteriti.

Q V Æ S T I O X.

In l. 24. Taur. hodie l. 8. tit. 6. lib. 5. Nou. Collect. Reg.

An exheredatione vel præteritione ignoranter facta, vitetur vel susciatur melioratio tertij & quinti in testamento facta?

QVARO: Hac leg. cauetur, quod quando est testamento se rompiere, o annulare por causa de præteritione, o exheredacion, la mejora de tercio, o quinto que en el se hiziere, o naga, quid si ¶ exheredatio vel præteritio fuerit ignoranter facta, quia pater ignorauit talem habere filium natum vel posthumum, an tunc procedat nostra lex, & sic non solum cum præteritio vel exheredatio scienter facta est, sed etiam si ignoranter, vel tantum quando scienter facta fuit? Et prima quidem facie videtur, quod in hac specie nostra lex locum non habeat: sed demtaxat quando præteritio vel exheredatio scienter facta est, non vero cum ignoranter sit: præsumitur enim, quod si cogitaret hoc vel sciret, non relinqueret, arg. text. in l. si cum vel in viuo, Cod. de testam. mili. vbi præteritio facta de milite de filio, quem scio habere, non reddit testamentum nullum, sed habet vim exheredationis: præteritio tamen de filio facta, quem ignorat habere, reddit testamentum nullum, & omnia in eo contenta irritantur. Et ¶ quod donatio inter viuos facta reuocatur, susceptis liberis, de quibus donator in dubio non censetur cogitasse, est textus in l. si vnquam, C. de reuocandis donat. & in l. 8. tit. 4. p. 1. iuncta communi opinione, quam tradit Tiraq. in d. l. si vnquam, in presat. n. 67. & ¶ in terminis authent. ex causa, C. de lib. pras. vel exhered. conuenire videtur nostra lex Regia, hoc tenet distinguens prædicto modo inter exheredationem & præteritionem scienter vel ignoranter factam, Bartol. in dicit. authent. ex causa, num. 4. & ibi communiter Doctor, est communis secundum Tiraq. in d. l. si vnquam, verb. donatione largitus, num. 263. vbi plurimos auctores huius distinctionis refert, & num. 265. alios pluri-

mos cum communi, quod procedat, etiam si sit apposita clausula codicillaris. Eandem etiam distinctionem testatur magis communem Andreas Angul. in presenti gloss. 3. num. 1. & testatur eam communem & in proxi seruandam, Iulius Clarus lib. 3. recept. sentent. quæst. 52. & cum aliisque plures referens testatur communem eam secutus Doctor Anton. de Padill. in l. eam quam, num. 39. C. de fidei. commissi. & in terminis nostræ legis hanc sententiam expresse tenet & probat Anton. Gomez, vbi supra, in versic. sed his non obstantibus, ibi, ex quibus infero, dicens hanc esse maximam & singularem declarationem ad nostram leg. 24. & in dicit. n. 3. versic. non obstat, respondet l. si vnquam, de hered. institui. quæ videbatur contrarium probare. Eandem sententiam in terminis nostræ legis Antonium Gomez. secutus sine difficultate tenet ac probat Martienc. in presenti gloss. 1. n. 5.

Sed ¶ nihilominus secus contrarium in terminis nostræ legis verius & tenendum censet in iudicando & consulendo ex litera nostræ legis, quæ indistincte loquitur & procedit, vt vidimus. Cum igitur lex nostra non distinguat, nec nos distinguere debemus, l. non distinguemus, cum similib. ff. de arbit. l. de pretio, ff. de publico, in rem action. vnde generaliter cum loquatur, generaliter intelligenda est, vt in l. 1. §. generaliter, cum similib. ff. de legat. praef.

Secunda, quia eadem ratio militat in utroque casu, vt patet, quia quæstio hæc non à iure, sed à voluntate testatoris dependet, vt omnes agnoscunt: sed voluntas testatoris in hoc euident est: quia cum in hac melioratione filium meliorem, aliis non ignoratis præterit, eadem & maior ratione censendus est voluisse præferre filio ignorato, arg. l. si vnquam, C. de bon. matern. ergo idem ius statuendum est in utraque specie. Quod coadiuuatur, quia ¶ per præteritionem ignoranter factam non reuocatur legata relicta in testamento, vbi alij filij erant hæredes scripti ex coniecturata mente defuncti, vt tenet Bald. in l. Titius, in principio, ibi, Aut testator habebat liberos, & c. ff. de liber. & posthum. & in l. si filio præterito, num. 2. versic. Ego distinguendo. ff. de iniuri. sup. irritaque fact. testam. quem sequitur Corneus in dicit. authent. ex causa, n. 49. Et cum hæc opinio in specie nostræ quæstionis mihi vt verior, placuisset, ex prædictis, præcipue ex indistinctioe nostræ leg. gaudeo eam postea inuenisse tenere in eisdem terminis Andream Angul. in presenti gl. 3. n. 2. 3. & 4. vbi idem ¶ probat etiam in melioratione vnico filio relicta, vt conseruetur natis aliis postea, qui sunt præteriti.

Non obstat, quod in casu authent. ex causa, C. de lib. pras. vel exhered. contrarium tenent Bart. & communiter Doctores, vt retulimus. Contrarium namque in posthumo, nempe vt per ipsius naturam conseruetur ¶ facta, est etiam communis sententia, vt affirmat alios citans Tiraquell. in d. l. si vnquam, verb. donatione largitus, n. 262. Et quod etiam posthumus vel iam natus sit ignoranter præteritus, conseruetur legata in specie dicit authent. ex causa, probauit gloss. in l. si uxorem pregnantem, iuncto text. in verb. ignoranter, ff. de man. testam. & alij auctores, quos nuncupatim citauit Tiraquell. vbi supra, num. 267. vbi inquit, se non videre, quo pacto ea antynomia tolli possit, & quod soluat Apollo. Sed ¶ quod hæc secunda opinio procedat, maxime apposita clausula codicillari, est communis sententia, vt plurimos auctores eius citans affirmat Tiraquell. vbi supra, num. 279. Hanc secundam opinionem sequitur, vt veritorem & communem

communem ex testimonio Ripae proferitur Angul. in presenti. n. 1. vers. ceterum contrarium. Quicquid igitur sit iure communi in hoc, iure tamen Regio per nostram legem, vt eam supra expendimus, nostra secunda predicta sententia verior & probabilior est, atque proinde tenenda.

S V M M A R I V M.

- 1. Rupto testamento ex causa prateritionis, quomodo succedant inter se filij, quorum vnus fuit institutus, alter prateritus vel exheredatus, alius vero institutus in tertio, & quinto honorum, & numeris sequentibus, num. 2. cum sequentibus, ponitur opinio auctoris cum sui declarationibus, de quibus in n. 13. 14. & 15.
- 3. Clausula codicillaris semper censetur apposta in testamento inter liberos, & quid tunc operetur, & n. 5. quomodo hoc intelligatur.
- 7. Clausula codicillaris apposta in testamento, quod postea sumptur vel annullatur ex causa prateritionis vel exheredationis, operatur repetitionem fideicommissi, a venientibus ab intestato.
- 8. Idem intelligendum est de heredibus scriptis in testamento primo, si secundum est nullum, & habet clausulam codicillarem, vt in n. 8.
- 9. Clausula codicillaris quando testamentum est nullum, operatur vt pure intelligatur esse relictum fideicommissum: quo casu legitima tantum, nec etiam Trebellianica deduci potest.
- 10. Clausula codicillaris subintellecta veluti in testamento inter liberos, predictum effectum non operatur.
- 11. Rupto testamento ex causa prateritionis vel exheredationis, non conseruatur institutio etiam quoad quintum.
- 16. Melioratio tertij & quinti in testamento relicta, etiam per viam institutionis, eo non rupto nec annullato, sustinetur procul dubio.
- 17. Rupto testamento vel annullato ex causa prateritionis vel exheredationis, in quo facta fuit melioratio tertij & quinti, curam de ipsa melioratione detrahenda sit legitima ab intestato, necne?

Q V A E S T I O X I.

In eandem l. 8. tit. 6. lib. 5. Nou. Collect. Reg.

Rupto testamento ex causa prateritionis, quomodo succedant inter se filij instituti & exheredati.

Quaero vterius circa eandem leg. quid si vnus filius fuit institutus heres, aut plures, alter prateritus vel exheredatus fuit: alius vero institutus in tertio & quinto, si prateritus rumpat testamentum, an omnes equaliter succedant: An vero institutus in tertio & quinto consequatur tertium & quintum pro melioratione ultra suam legitimam? Et in hoc Pala. Rub. in l. 24. Taur. n. 5. 8. & 9. voluit quod in totum annulletur & irritetur testamentum predictum: & sic quod omnes aequaliter succedant ab intestato: Quia cum predicta melioratio tertij & quinti sit relicta per viam institutionis, necessario sequitur quod debet rumpi & annullari in totum, per textum cum mater. in athen. ex causa, C. de lib. praterit. vel exhered.

Sed et Antonius Gomez, in dist. l. 24. Tauri, n. 3.

vers. 3. principaliter, ibi, Sed salua pace, contrarium constanter tenet, imo quod in specie predicta ille filius institutus in tertio & quinto succedat ab intestato in sua legitima, & insuper per viam praelegati & fideicommissi sibi restituitio residui vsque ad valorem tertij & quinti: non quod habeat integram legitimam & insuper tertium & quintum, quia repugnaret voluntas defuncti: sed quod in effectu habeat tertium & quintum, succedendo ab intestato, quia dispositio patris vel matris inuolida debet ab intestato seruari. Praterita & secundo, quia semper in testamento condito inter liberos censetur apposta clausula codicillaris quae facit valere actum omni meliori modo, & quo possit, sique operator, vt maior pars & portio quam legitima filio relicta vel assignata in testamento, restituitur sibi ab intestato per cohæredes per viam praelegati & fideicommissi, arg. l. fin. C. famil. ercisc. iuxta glossam communiter receptam, in l. coheredi, s. cum filia, verb. non valet, ff. de vulg. & pupil. sub test. secundum lason, ibi, num. 18. & in l. si frater, C. de fideicommissi. Anton. Gomez, in l. 24. Taur. num. 1. & prius, in l. 1. num. 62. Menchac, de success. creat. §. 2.1. num. 64. Doctor Antonius de Padilla, in dicta l. si frater, n. 13. & 14. Simon de Præcis, lib. 2. de interpretat. in interpret. 1. dubium, l. solut. 10. n. 38. & 39. pag. 165. & interpret. 2. dub. l. solut. 4. num. 10. pag. 211. Vbi hoc intelligitur, dummodo per huiusmodi tacitam clausulam non inducatur fideicommissum contra posthumum ignoranter prateritum, secundum Aymon. consil. 34. Eandem communem sequitur alios citans Mantica, de consuet. vltim. volum. lib. 1. tit. 9. num. 5. & Angul. in d. l. 8. gloss. 2. num. 5. tamen alia communis sit in contrarium, vt constat ex Anton. Gabr. consil. 5. n. 6. de testam. lib. 3.

Et hanc secundam opinionem principalem in nostra quaestione, nempse eam, quae fuit Anton. Gomez, sequitur & probat expressè Matienç. hic gloss. 1. n. 7.

Nihilominus tamen et Andreas Angul. in praesenti gloss. 2. num. 7. 8. & 9. hanc opinionem Antonij Gom. falsam esse censet, ac contra eam tenet, & sic in effectu probat opinionem primam, quae fuit Palatij Rubi, imo quod omnes filij predicti ex æquis portionibus admittantur ab intestato: quoniam et si verum & magis communiter receptum sit, vt annullato vel relicto testamento ex causa prateritionis vel exheredationis, iuxta terminos dict. athen. ex causa, tunc clausula codicillaris expressè posita in testamento operetur repetitionem fideicommissi a venientibus ab intestato, vt plures referens ibi resoluat dicta gloss. 2. n. 6. & 8. & prius Mantica, de consuet. vltim. vol. lib. 6. tit. 5. n. 16. Vbi et quod idem intelligendum est de heredibus scriptis in priore testamento, si secundum est nullum & habet clausulam codicillarem, quam etiam sequitur de Præcis, vbi supra, lib. 2. solut. 11. n. 17. pag. 172.

Quinimodum et per clausulam codicillarem, si testamentum est nullum, pure intelligitur esse relictum fideicommissum, quo casu legitima tantum, non etiam Trebellianica deduci potest, secundum magis communem sententiam, quam plerumque citat refert idem Mantica, de consuet. vltim. volum. lib. 7. tit. 12. num. 31. & Simon de Præcis de interpretat. vltim. vol. lib. 3. interpret. 1. dub. 6. solut. 4. n. 8. per totum, vbi quod est tenenda in iudicando & consulendo.

Hæc et tamen minimè procedunt in clausula codicillari

codicillari non expressa, sed a iure subintellecta, & sic tacita, vt in testamento inter liberos, quia ea hunc effectum minimè operatur, nempse vt rupto testamento inter liberos condito, ex causa prateritionis vel exheredationis, filij ab intestato succedant secundum portiones assignatas in testamento per viam fideicommissi: sed verius est, vt in hac specie omnes filij ex æquis portionibus ad successionem patris admittantur: Nam cum institutiones hæredum in totum annullentur ex causa prateritionis vel exheredationis, ipsis recisis vel annullatis, consequitur, vt omnes liberi, admisso praterito vel exheredato, ex æquis portionibus ab intestato admittantur, vt in dict. athen. ex causa, & in corpore vnde sumitur nempse athen. vt cum de appellat. cognosc. §. siue igitur, ibi, Quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire. Ergo in hac specie vel clausula codicillaris non subintelligitur, vel subintellecta non operatur eo casu repetitionem ab intestato: Non enim generalis illa decisio restringi debet ad casum, quando ipsi filij essent æqualiter hæredes instituti, quia esset manifesta diuiniatio & indubitabilis decisio. Procedit ergo textus ille indistinctè, vt ex eo patet, & præcipue ex illis verbis, quantum ad institutionem heredum pertinet testamento euacuato, &c. Non enim vlla vis fit, nec ratio patitur, vt fiat in æqualitate partium institutionis: sed in preteritione vel exheredatione filij, ob quam iure testamentum euacuatur, quantum ad institutionem heredum. Siue igitur æqualiter alij filij sint instituti, siue inæqualiter, prateritio vel exheredatio alterius filij enervat vires testamenti quantum ad institutionem heredum, & omnes liberi tanquam ab intestato ad parentum hereditatem ex æqua parte perueniunt, vt decidit textus.

Quo fit, vt et in pulcro dubio responderit Greg. Lopez in leg. fin. tit. 8. p. 6. in gloss. Lo quebrantasse, ibi, sed est pulchrum dubium, quod si pater fecit testamentum, in quo aliquem vel aliquos ex filiis hæredes instituit, & filium prateritum vel exheredauit, non conseruetur institutio, etiam quoad quintum, de quo liber potest disponere, quia in nullo conseruatur testamentum quoad institutionem, quando exheredatio non fuit rectè facta, vel filius fuit prateritus, qui erat in potestate, vel si erat emancipatus, fuit prateritus sine causa, & hæreditas æquis portionibus peruenit ad liberos & successores ab intestato, quod ipse Gregorius ampliat, etiam si filius sit exheredatus vel prateritus causa inserta (quia erat emancipatus) quæ quidem non fuit probata: quia etiam in hac specie causa non probata, testamentum nullum redditur quoad institutionem, & hæreditas æquis portionibus deuenit ad liberos, vt in dicto §. siue igitur, & Gregorium Lopez, sequitur Angelus in presenti, glossa 2. n. 7. tamen aliud voluerit Antonius Gomez, in l. 3. Taur. n. 64. & 78. & Menchac. de success. progress. §. 30. num. 46. Quid tenendum in articulo principali, in quo Doctores nostri Cohispani ita variant?

Mihi (saluo saniori iudicio) ita et videtur resoluendum, quod si institutio predicta in tertio & quinto facta, fiat simpliciter, nulla mentione meliorationis facta, tunc quidem si clausula codicillaris expressè apposta non fuerit, in nullo conseruetur testamentum, quoad predictam institutionem tertij nec quinti, sed quod tanquam ab inte-

stato omnes liberi ad parentum successorem præ æquis partibus admittantur, ex textu in hoc expresso in dicta §. siue igitur. Et sic teneo in hac specie cum opinione Palatij Rubi, Gregorij Lop. & Anguli iam relata. Nec enim in ea clausula codicillaris, quæ inter liberos censetur apposta, iuxta magis communem opinionem predictam, operabitur tunc repetitionem ab intestato per viam fideicommissi, sicut id operatur expressè quia esset contra textum expressum in dict. §. siue igitur, qui in testamento inter liberos loquitur & omnino, & in totum annullat institutionem heredum, & præcipit, vt ex æquis portionibus filij omnes æqualiter succedant: tum etiam, quia si aliud diceremus, concurrerent duæ specialitates circa idem contra iuris prohibitionem, de qua in leg. 11 & ibi communiter Doctores, C. de deus promiss.

Prima, quod inter liberos censetur apposta clausula codicillaris, etiam si verbis non exprimat.

Secunda, quod virtute eius sustineretur in aliqua parte institutio, irritum testamento siue euacuato ex causa prateritionis vel exheredationis, contra dispositionem expressam dict. §. siue igitur, & dict. athen. ex causa.

Limitatur et hoc primum membrum huius resolutionis eo casu, quo in huiusmodi testamento esset expressè apposta clausula codicillaris: ipsa enim expressè operabitur repetitionem ab intestato, vt ex eisdem partibus succedant ab intestato per viam fideicommissi, quibus succederet, si testamentum valeret, sique filius prateritus reneberit per viam fideicommissi, praelegati vel meliorationis, fratribus institutis illas partes, in quibus directè fuerunt instituti, detracta sua legitima restituere, arg. sext. cum materia, in l. Scoula, ff. ad Trebellian. iuxta magis communem sententiam supra relata: & tenet in terminis Antonius Gomez in dicta leg. 3. Tauri, n. 64. & alij communiter Doctores. Idem et erit in quinto respectu extranei, qui fuit in predicto testamento institutus, adiecta expressè clausula codicillari.

Si verò et institutio predicta de tertio & quinto fuerit facta expressè per viam meliorationis in tertio & quinto, vel in quolibet eorum, præmaximè si adiceretur clausula, meliori via & modo, quibus testator possit & locum habeat, crederem in hac specie sustineri predictam meliorationem expressam, licet per viam institutionis factam per nostram l. 8. de qua agimus in illis verbis: bis tenet eliquere meliora de tertio & quinto. In his namque lex potius attendit ad effectum & substantiam meliorationis expressè factæ, quam ad alia verba, quibus ea fit. Nihil igitur refert, quod fiat per viam institutionis vel praelegati aut fideicommissi: quocumque igitur modo fiat, melioratio est: si de melioratione mentio fiat, quia de melioratione eiusque valore simpliciter & generaliter sine distinctione loquitur nostra lex: Ergo simpliciter & indistinctè intelligi debet. Quod igitur inquit lex in principio, Quando est testamento se rompiere, o auolare, por causa de pratericion, o exheredacion, procedit quantum ad institutionem, non verò quoad meliorationem expressè factam: hæc namque sustinetur per nostram legem. Quamuis igitur titulo institutionis relinquatur, melioratio est, si ita exprimitur: sed melioratio predicta conseruatur, vt postea statim decidit lex in verbis sequentibus, ad quod principaliter venit, vt ex ea patet: Ergo melioratio tertij & quinti expressè facta, quocum-

que titulo ea fiat, valida & sustinenda erit, etiamsi testamentum rumpatur vel annulletur quoad legitimas ex causa prateritionis vel exheredationis. Pondero etiam verba finalia nostre legis, ibi, *como si el testamento no se rompiesse*. Itaque iuxta hoc quoad meliorationis valorem, idem est, ac si testamentum non rumpatur, vel non annullaretur ex prædictis causis. Ergo etiamsi annulletur & rumpatur quoad institutionem, sustinetur omnino melioratio expressè facta quocunque titulo. Si enim testamentum non rumpatur aut annullaretur, melioratio in eo relicta tertij vel quinti etiã per viam institutionis, veluti si pater diceret: *Instituto filium meum Petrum in sua legitima, & in tertio & quinto meorum bonorum, in quibus cum meliore, rectè valeret, nec de hoc aliquis dubitare posset*. Ergo ita & eodem modo dicendum est, ut quocunque valeat, licet testamentum huiusmodi rumpatur vel annulletur ex prædictis causis per nostram leg. in finalibus verbis modo relatis & expensis. Et ita teneo, etque de mente Anton. Gom. in d. l. 24. *Taur. n. 3. vers. 3. principaliter*, licet expressè non decidat, nec ita declarat.

- 16 Fallitur tamen ipse Antonius Gom. *ibid. n. 4.* dum dicit: quod quando filio meliorato relinquitur tertium & quintum, non per viam institutionis, sed per viam legati vel fideicommissi, dicendo: *Melioro talem filium meum in tertio & quinto bonorum, vel lego filio meo tertium & quintum bonorum meorum, rupto testamento vel annullato ex causa prateritionis vel exheredationis, ex ipso tertio & quinto detrahat legitimam, & quod superest, habeat in vim prælegati & meliorationis: itaque solum consequetur in tertio & quinto legitimam ab intestato, & in super residuum usque ad complementum prædicti tertij & quinti per viam prælegati & fideicommissi à venientibus ab intestato sibi restituendo. Hoc namque est contra literam nostre legis, ibi, *No por esso dexa de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiesse*. Cum ergo melioratio tertij & quinti debeat valere ultra eam, iure directo ab intestato consequetur etiam filius hic suam legitimam. Habebit igitur rupto testamento suam legitimam & meliorationem tertij & quinti, sibi factam in prædicto testamento iam rupto, quæ nihilominus valida est, ac si testamentum ruptum non fuisset, ut expressè cauetur in nostra lege, per quam contrarium eius, quod Antonius Gomez in præfata specie, de qua agimus, tenuit prius Palat. Rub. *hic n. 14.* & Castell. *gloss. 1. in fin. vers. pro solutione*. Quorum sententia adversus Anton. Gom. probabilior est placetque magis Mantienç. in *presenti gloss. 1. num. 8.**

Ratio autem differentie inter primum & secundum membrum præcedentis distinctionis est: quia in primo tertium & quintum relinquitur filio instituto per viam institutionis, nulla facta mentione meliorationis nec institutionis in legitima, nec quoad eam, sed simpliciter sit institutio in tertio & quinto. Vnde nimirum, quod tunc ex causa prateritionis vel exheredationis alterius filij rumpatur hæc institutio, & sic hoc testamentum quoad hanc institutionem tertij & quinti, quæ non melioratio est sed institutio, ex dicto §. *sue igitur*. At vero in secundo membro prædicto licet quibusdam verbis institutio fiat in dicto tertio & quinto; aliis vero verbis intentio & voluntas testatoris satis explicatur, declaratur atque aperto ore exprimitur, ut prædictum tertium & quintum consequatur

filium per viam meliorationis & sic ultra legitimam. Valebit igitur hæc melioratio per viam legati & fideicommissi, venientibus ab intestato relicti, si que eam consequetur huiusmodi filius in vim fideicommissi ultra suam legitimam, quam rupto sic testamento ex causa prateritionis vel exheredationis, etiam consequetur ab intestato, sed hanc iure directo.

S V M M A R I V M.

- 1 Pater an possit filio suo famul. impuberi, quem melioravit in tertio bonorum suorum, sustinere pupillariter extraneum in prædicto tertio, aliis descendentes vel consanguineis stantibus, & numeris sequentibus, sed n. 4. eligitur pars negatua, & n. 6. cum sequentibus, an procedat in melioratione irrevocabili.
- 2 Pater potest filio suo famul. pupillo substituere pupillariter in legitima quem velit.
- 3 Substitutio compendiosa filio impuberi meliorato facta valet, & quam substitutionem contineat.
- 5 L. 27. *Taur. hodie l. 11. tit. 6. lib. 5. Non. Collect.* Reg. procedit non solum in pupillari substitutione sed etiam in exemplari & n. 14. in fin.
- 7 Filius melioratus in tertio irrevocabiliter, videtur, quod gravari postea seorsum non possit: sed contran. 8.
- 9 Filius legitime ætatis potest consentire in gravamina apposita in melioratione tertij sibi prius irrevocabiliter facta, vel ea ipse apponere.
- 10 Filio meliorato in tertio simpliciter etiam absque primogenio, substitui non potest extraneus, stantibus consanguineis, limitatur n. 11.
- 12 Pater in melioratione quinti servare non tenetur ordinem d. l. 27. *Tauri*.
- 13 Dist. l. 27. *Taur.* absque dubio procedit in substitutione vulgari & fideicommissaria.
- 14 Pater potest substituere filio vulgari in legitima in casu impotentie vel voluntatis.
- 15 Pater meliorans filium in tertio bonorum, si non servaverit in gravaminibus ordinem & formam leg. 27. *Taur.* tantum corruet quod in contrarium factum fuerit, itaque melioratio peruenit ad hæres meliorati, non vero ad hæres meliorantis, præterquam si meliorans: processerit annullando si contra suum ordinem attentetur, ut in n. 16.
- 17 Melioratio tertij potest fieri pure & libere absque ullo gravamine & conditione aut substitutione.

Q V Æ S T I O XII.

In l. 27. *Taur. hodie l. 11. tit. 6. lib. 5. Non. Collect. Reg.*

Pater an possit substituere pupillariter filio suo pupillo, quem sub potestate habet, extraneum, extantibus ascendentes vel aliis consanguineis, non obstante leg. 11. tit. 6. lib. 5. *Novæ Collect. Reg.*

Quæro circa hanc leg. an tamen pater, qui melioravit filium suum impuberem in tertio bonorum suorum, qui erat in potestate patris constitutus, possit eidem in prædicto tertio pupillariter substituere extraneum, etiamsi descendentes extant vel alij consanguineis, non

non obstante decisione eiusdem l. 27. *Taur. atque nostra l. 11.* Et sanè in hac elegantia questione pars affirmativa tenenda indubie videtur: quia pater cum pro filio impubere testatur, non solum sed testamentum filij facere videtur, ut in §. 1. *Instit. de pupill. substit.* Vnde sicut ipsemet filius posset de prædicto tertio disponere, postquam sibi est acquisitum, ita eius pater virtute substitutionis directæ pupillaris, quæ censetur testamentum filij, & tamen in legitima patri hoc idem permittitur, ut possit filio huiusmodi, quem velit, pupillariter substituere, iuxta gloss. & ibi communiter DD. in l. *quoniam in priorib. C. de inoffic. testam. Doctores in Lex trib. C. eodem tit. late Menchac. de success. creat. §. 10. num. 409.* Ergo idem à fortiori in tertie partis melioratione fieri poterit, præcipue cum tertium inter descendentes legitimis respectu extraneorum sit etiam legitima, ut resoluunt Doctores nostri, & in terminis hanc opinionem in articulo principali tenet Cifuent. in d. l. 27. *Taur. n. 3.* cum Segura, quem refert & sequitur Anton. Gom. in l. *rom. var. resol. 3. n. 22. ad fin. & D. Emanuel Acosta Lusitanus in repet. cap. si pater, 2. part. in gloss. debita, n. 5. pag. 301.* ubi tamen ampliat, quod consequenter valebit substitutio compendiosa filio impuberi meliorato facta, quæ tamen solum pupillarem vultur continere, si filius in ætate pupillari decedat, non tamen vulgarem neque fideicommissariam, si tempore mortis aliquis ex his, de quibus supra, supersit. Eandem principalem sententiam Cifuent. & sequacium cum prædicta ampliatione probat & sequitur Mantienç. in hac l. 11. *gloss. 9. n. 4.*

Hic nihil tamen fecius non obstantibus, contraria sententia in proposita specie verissima est atque tenenda in iudicando & consulendo, imo quod pater filio impuberi in potestate constituto, quem in tertio bonorum suorum melioravit, non possit pupillariter, quem voluerit extraneum substituere contra formam nostre legis, extantibus aliis descendentes vel consanguineis, sed quod teneatur omnino tunc temporis servare formam & ordinem nostre legis, & hoc ex eadem nostra lege, quæ in hoc expressè videtur, dum generaliter & indistinctè præcipit, quod in favore descendendum & ceterorum consanguineorum substitutio fiat, ut patet ex prima parte nostre legis, ibi: *Que le puedan poner el gravamen que quisieren, assi de restitucion, como de fideicomiso, y hazer en el dicho tercio los vinculos y submisiones, y substitutiones que quisieren*: iuncta secunda parte l. *Itam sequenti*, ibi, *Con tanto que lo haya entre sus descendientes legitimos, y a falta dello, que lo puedan hazer entre sus ascendientes: y a falta de los ascendientes hazer las dichas submisiones entre sus parientes: y a falta de parientes entre los extranjeros: y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno ni condicion en el dicho tercio.* Et in terminis hanc secundam sententiam ut veritorem tenent, probant atque expressè contra priorem sequuntur Andreas Angul. in *presenti gloss. 6. num. 3.* & Velazquez in *dict. l. 27. Taur. gloss. 2. num. 13.* & bene Ayora de de part. 2. part. quæst. 42. per totam: & voluit in transitu Pelaez de maiorat. l. p. q. 71. n. 5. ibi, *Vnum ex pluribus filijs modo in eadem lege contento, & nominatim D. Azeved. in hac l. 11. n. 35.*

Non obstat primum fundamentum partis contrarie, nempe quod pupillaris substitutio sit testamentum pupilli, quia ei succeditur & non patri:

Hoc enim nihil præstat, quandoquidem per legem nostram necessitas imponitur parenti melioranti in tertio filium servandi hic ordinem postquam, quem prædictus in omni substitutione. At negari non potest sub ea generalitate comprehendipupillarem substitutionem.

Secundum etiam non obest, scilicet quod pater possit huiusmodi filio substituere pupillariter, quem velit in legitima: Hoc namque ideo procedit, quia est fauor pupilli, ut pater pro eo testetur quod ipse pupillus minime facere potest propter defectum ætatis. Et hoc fit sine iniuria & gravamine aliorum filiorum, qui receperunt legitimam suam secundum omnes scribentes, & ideo valet prædicta substitutio pupillaris in omnibus bonis pupilli quæ sunt libera, hoc est non subiecta restitutioni alterius, *l. unum ex familia, §. si de Falcidia, ff. de legat. 2.* Sed hoc tertium est legitima filiorum respectu extranei, & ideo fiet eis iniuria, si eis omittis pater posset extraneum meliorare vel substituere pupillariter in prædicto tertio in præiudicium ceterorum descendendum atque consanguineorum: Lex igitur quæ permittit filium meliorare in tertio, præcipit similiter ut in substitutionibus in eo factis servetur ordo d. l. 27. *Taur.* Ergo ita servandum est. Quæ non solum tamen procedit in substitutione pupillari, sed etiam in exemplari eisdem rationibus, ut in terminis probavit Pelaez ubi supra, n. 11. qui est videndus per totam illam questionem.

Modo tamen hæc secunda sententia verior & tenenda procedere videtur, nedum quando melioratio est facta pupillo revocabiliter, & postmodum sit facta substitutio pupillaris, sed etiam si prædicta melioratio irrevocabiliter præcesserit, quia nihilominus hæc via pupillaris substitutionis relicta est, per quam ex lege melioratio prædicta possit substitutionem admittere, in qua debet servari ordo huius legis. Ita subiliter posse defendi concedit Angul. *dict. gloss. 6. n. 4.*

Nihilominus tamen verius ac firmiter mihi videtur contrarium, utpote lex nostra loquitur (ut ex ipsius mente ac verbis patet) in melioratione revocabili, quandoquidem agit de appositione gravaminis & substitutionis meliorationis factæ in testamento vel in contractu, nec addit, ut etiam procedat, cum tradita est possessio meliorationis vel instrumenti ipsius, vel cum melioratio facta est ex causa onerosa cum tertio, in quibus modis ipsa melioratio irrevocabilis fit, ut in l. 17. *Taur.* Sed loquitur, decidit & procedit, cum patens in testamento vel in contractu inter vivos meliorat filium in tertio bonorum, ut patet in princip. *quando el padre, o la madre meliorare alguno de sus hijos, & sic tempore meliorationis: tunc enim si melioratio irrevocabiliter fiat, cum tamen non sit perfecta nec consummata, quocunque dispositio ipsa, in qua sit, consummetur & perficiatur, consequitur, quod in eadem ipsa melioratione possint parentes melioratorum gravare, servata forma & ordine nostre legis. Qualitas enim adiecta verbo, regulatur secundum tempus verbi, ut in l. delictis, §. si extraneus, cum simili. ff. de noxalib. action.*

At tamen si melioratio pura ab illo gravamine & substitutione facta fuerit tertij in favore filij irrevocabiliter vno ex tribus modis prædictis, videtur,

videtur, quod postea in alia dispositione seorsum grauari idem filius minime possit, quia perfecta donatio conditionem nec grauamen recipit, *l. perfecta donatio. C. de donat. que sub mod. & in terminis ita tenet Cifuent. in d. l. 27. Taur. & Anton. Gomez in d. l. 17. Taur. num. 22. & Angul. hic gloss. 1. per totam.*

8 Nihilominus tamen in specie nostra, cum hæc bona tertij iam sint effecta propria pupilli irrevocabiliter, sicque simus extra casum nostræ legis, poterit in eis patens, sicut in cæteris propriis bonis pupilli, similiter sibi irrevocabiliter acquisitis & debitis, veluti in legitima & in alijs ipsius bonis aliunde acquisitis, eidem pupillariter substituere, etiam extraneum ex facultate & licentia alias generaliter sibi à iure concessa, in favorem ipsius pupilli, ne intestatus decedat: nec tenebitur tunc observare formam & modum atque ordinem nostræ legis. Quandoquidem in hac specie ea non loquatur, sed in ea, quam prædiximus, sicque tanquam casus omisus remaneat sub dispositione iuris communis. Ita mihi videtur tenendum, salvo saniori iudicio, cui in re dubia deferendum erit. Poterit tamen filius legitimæ ætatis, cui huiusmodi melioratio irrevocabilis facta sit, consentire in eadem apponi graamina, vel ea ipse apponere, ut probat Angul. hic gloss. 15. n. 3. & ante eum Tell. Fernand. in dict. l. 27. Taur. n. 15. vers. sine.

10 Secundò eadem tamen nostra sententia contra priorè ampliatur, ut procedat nedum quando de tertio fit primogenitus, sed etiam si fiat melioratio simplex tertij: adhuc namque eisdem rationibus pupillaris substitutio in tertio fieri non poterit in extraneum, sed demum servata forma & ordine nostræ legis, ut constat ex eadem in princip. iuncto vers. *T. hazer en el dicho tercio los vinculos y sumisiones, y substitutiones que quisieren con tanto, &c.* In utroque enim casu loquitur, quia non requiritur lex necessaria, quod melioratio tertij fiat per viam maioratus, in super & quod adiciantur substitutiones copulatiue, sed quodcumque horum fiat, nempe melioratio simplex tertij, sine primogenio vel cum eo (hoc est) sine vinculis vel cum eis, poterit tunc substitutiones facere. Et ita censeo tenendum, quicquid contrarium voluerit Velazquez in d. l. 27. Taur. d. n. 13. dicens in hac specie saluari posse opinionem Gomez & Acolta, de qua supra, quia cum tunc pupillo succedatur, nempe quando ex tertio fit simpliciter melioratio, & postquam tertium filius acquisiuit, potuisset de eo ad libitum disponere, nec vlla perpetua substitutio fiat, nimicum si datur substitutus extraneus, sicut ante ipsam legem dabatur, etiam ad exclusionem ascendendum, ex *l. Papinianus. §. sed neque impuberis. ff. de inoff. testam.* Hæc enim opinio. Velazquez periculosa est atque parum solida, utpote contra literam nostræ legis ut supra, expensam: & præterea, quia quod tunc pupillo succedatur, nihil præstat, cum nihil commune habeat, patri vel filio succedere, cum necessitate seruandi ordinem nostræ legis, ut idem auctor paulò ante prædixerat. Denique quia cum tertium sit legitima inter descendentes, extra eos relinqui non potest per viam meliorationis, vinculi vel substitutionis directæ aut obliquæ. Tandem quia supponitur, filium non esse absolute melioratum in tertio irrevocabiliter, sed imò cum substitutione pupillari adiecta in eadem dispositione, in qua melioratio fit. Non igitur libere filius acquisiuit prædictam meliorationem, nec

absolute, sed cum prædicta substitutione pupillari: ergo substitutus extraneus admitti non debet, ut in nostra l. sicque cessant rationes contrariæ. Possit tamen hæc nostra l. ad ampliatio limitari, 11 quando melioratio tertij prius in alia dispositione seorsum fuisset facta irrevocabiliter. In alia namque dispositione substitui possit pupillariter impuberi melioratio extraneus, rationibus, de quibus supra in præcedenti asserta ampliatio eiusque improbatione. De melioratione autem quinti, quæ extraneo nedum filius fieri potest, iuxta leges huius regni, & ita de ea non loquitur nostræ Regia, nos etiam non agimus. Quia tamen in melioratione 12 quinti pater non tenetur seruare ordinem huius nostræ leg. sed potest extraneum in ea substituere directe vel oblique, prout voluerit, ut verissimum est, omnesque interpretes nostrates fatentur & probant.

Tertio tamen nostra prædicta principalis sententia 13 ampliatur, ut procedat absque dubio in substitutione vulgari aut fideicommissaria. Quamuis tamen enim attento iure communi filio in legitima 14 substitui per patrem vulgari possit in casum impotentia vel noluntatis, quia in his casibus præiudicium nec grauamen filio fit, ut in *l. posthumus. §. quod vulgo. ff. de liber. & posthum.* & ibi, in id notant text. illum Bald. Paul. Arctin. & Iason. *l. iam hoc iure. §. l. 2. §. sed si ita scriperis. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Paul. & Iason. *limit. 3. & Roder. Soar. limit. 3. & 4. in dict. l. quoniam in prioribus.* & ibi, eius Addit. Acolta. *ubi supra. n. 3. & 4.* cum communi resoluens, quod directæ vulgaris substitutio facta liberis institutis rata sit, si onus non inferat, hoc est, si facta sit liberis, qui non sint sui hæredes: secus si facta sit suis, ut non amittant suavitatem: & communem profiteretur Menchac. *de success. creat. §. 10. num. 421. in 10. limitat. d. l. quoniam in prioribus.* & alios allegans Matienç, in *presenti gloss. 9. n. 2.* Attamen hodie in melioratione tertij fieri prædicta substitutio vulgaris nec fideicommissaria potest de extraneo, extantibus descendentes vel ascendentes vel alijs consanguineis, de quibus in nostra lege, nisi demum eius forma seruata, ut patet ex ipsa: & in terminis ita tenent Anton. Gomez. *d. o. 3. n. 22. in prime.* & Acolta *ubi supra. n. 5.* hoc extendens, etiam si aliquis ex ascendentes esset filio meliorato vulgari substitutus, extantibus descendentes; aut etiam si consanguineus alter fuisset substitutus, stantibus ascendentes, quia militat eadem ratio, & vtrumque sequitur Matienç, in *presenti gloss. 9. n. 3.* & Angul. *gloss. 6. n. 5.* dicens esse negotium sine dubio, & Velazq. in *d. l. 27. Taur. n. 12.* & ita est tenendum, tamen Segur. & cum referens Cifuent. in *d. l. 27. Taur. num. 4.* teneant contrarium; quorum opinio vera quidem minime est. Et quod seruata forma nostræ legis substitutio vulgaris in utroque casu noluntatis & impotentia in melioratione tertij bonorum cum communi probauit nouissimè Azeued. in *presenti. n. 35. ibi. Nihilominus contra eum.*

Quartò nostra *l. 27. Taur.* procedit in substitutione exemplari, ut prædiximus.

Vltimò tamen pro complemento nostræ legis Reg. 15 *Ayora de partit. 2. p. 9. 43. per totam.* resoluit in practico, quod si pater meliorans in tertio bonorum suorum aliquem ex filiis suis, ordinem & formam nostræ legis non seruauerit, sed in grauaminibus, vinculis, submissionibus & substitutionibus se factis præterulerit extraneum suis descendentes, ascendentes vel alijs consanguineis, de quibus hic,

hic, non valebit, quod in contrarium factum fuerit, sed tantum, quod legitime factum fuerit vsque ad eam personam exclusiue, quæ inuoluitur & contra legem substituta fuerit, Itaque melioratio perueniet ad hæredes necessarios (hoc est) proximiores meliorati, quamuis non sint descendentes meliorantis: non vero ad descendentes ipsius vel ipsius consanguineos, ut in pulcro casu ibi per eum ficto: cuius in hoc opinio probari videtur in hac nostra lege Regia, ibi: *T. que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.* Annollatur igitur aliter factum non vero irritatur quod legitime sit, hoc est melioratio ipsa, & sic remanebit libera & diuisibilis inter hæredes vltimi possessoris, ad quem vsque potuit fieri substitutio & apponi grauamen: idem sequitur Angul. in *presenti gloss. 15. num. 1. cum segg.* ubi limitat, nisi 16 tamen meliorans processerit annullando & contra suum ordinem attenteur; tunc enim dispositio reddetur inutilis, cum neque testator acquiescat legi nec lex testatori.

Sed contra hanc sententiam fortiter urget, quod l. nostra infringit aliter factum in fraudem descendendum, ascendendum & aliorum consanguineorum, de quibus in ea ut patet ibi, *Con tanto que los hagan entre sus descendientes legitimis, &c.* Ergo ipsi applicari debet, non vero alijs hæredibus, quantumuis necessarijs vltimi descendentes, in quo consistit & valida fuit prædicta melioratio: Nihilominus tamen mihi placet præcedens sententia, tum ex prædicta ratione: tum etiam quia cæteri descendentes vocandi, non sunt vocati, nec vocantur per nostram legem in prædicta specie: sed dicitur in ea, *quod si fieri debeant vincula, &c.* sicut inter eos. Igitur si non vocentur ipsi sed extranei, his sublatis remanet melioratio firma in vltimo descendente expressè vocato & meliorato pura ac simplex prout ipsa fieri potuit ab initio absque aliquo vinculo restitutionis, grauamine, substitutione vel submissione, ut patet ex nostra lege, quæ non requirit pro forma, ut melioratio fiat cum vinculis vel submissionibus aut grauaminibus, sed permittit disponere, nempe quod graamina & cætera adici valeant, si parens voluerit ea apponere tempore, quo ipsa melioratio tertij fit in testamento vel in contractu. Igitur ad necessitatem non redigitur: id quod est notissimum ex alijs Regijs legibus nempe tamen meliorationem tertij fieri posse pure & libere in aliquo ex descendentes legitimis absque vllò grauamine & conditione aut substitutione, ut patet ex *l. 9. tit. 5. lib. 3. For.* quam refert & approbat *l. 18. Taur. hodie l. 2. supra hoc tit.* Cum igitur alia personæ, quæ debebant vocari, vocatæ non reperiantur, quantumvis quoad extraneos, vincula, graamina & substitutiones factæ contra ordinem nostræ leg. sint nulla, utpote contra prohibitionem legis. Attamen validum est legitime factum & per consequens vincula prædicta finiuntur in vltimo descendente vocato, ac si vltimus non esset processum contra formam legis, quandoquidem pro infecto iudicium habetur. Nihilominus res hæc difficultatem habet: quia licet non reperiantur vocati prædicti descendentes, ascendentes & consanguinei, vocari tamen debeant, ut disponit nostra l. ibi, *con tanto que lo hagan, &c.* Hoc igitur non factum, perinde haberi debet, ac si factum fuisset, cum ad id teneretur meliorans, si vocaciones & substitutiones, &c. facere vellet, prout fecit, arg. *l. 22. Taur.* Potest tamen responderi huic difficul-

tati, quod meliorans non tenebatur præcisè vocare alios ascendentes vel descendentes in prædicta melioratione, cum posset eam libere & absolute facere sine aliqua substitutione ac vinculis in persona vnus ex suis descendentes, ut prædiximus sed lex nostra vult, quod non vocentur extranei illis prætermisiss, sed quod comparatione extraneorum ad consanguineos, fiat ac fieri debeat potius vocatio consanguineorum quam extraneorum. Si igitur ita non fiat, sed contrarium, annullatur tantum illegitime factum & validum remanet absolute, quod legitime factum fuit, attendita primæua origine & libera facultate nostrarum legum parentibus concessa meliorandi simpliciter & absolute vnus ex suis descendentes quem voluerint: non enim parens simpliciter & absolute arctatur ad vocandos ad prædictam meliorationem tertij omnes suos consanguineos, sed hoc remanet in sua voluntate, ut probauimus. At in casu *d. l. 22.* pater præcisè ad id tenebatur, quia promissit: ergo nimirum si adimplere arctatus sit, adeo ut eo omitte facere, ab illa lege habeatur pro facto.

S V M M A R I V M.

- 1 Ordo *l. 27. Taur.* an seruandus sit non solum in substitutionibus descendendum legitimorum, sed etiam in cæteris substitutionibus descendendum illegitimorum, ascendendum & transuersalium? Affirmatiue resoluitur. n. 5.
- 2 Omnes vocaciones *d. l. 27. Taur.* sunt ad similitudinem earum, quæ in substitutione exemplari formantur.
- 3 In substitutione exemplari, vltra descendentes legitimis, non inducitur à lege necessitas substituendi alios.
- 4 Filius naturalis vel spurus necessario vocandus est respectu matris in casu dicti *l. 27. Taur.* respectu vero patris voluntarie: sed contrarium vide *n. 5. & 7.*
- 5 Ordo & forma *l. 27. Taur.* omnino & præcisè seruandus est in omni substitutione, tam descendendum legitimorum & illegitimorum, quam ascendendum & transuersalium.
- 6 Verbum, potest, quoties affirmatiue profertur à lege & in personam agentis eligitur, respicit potentiam deductam ad actum, & causatue inducit necessitatem.
- 8 Filij naturalis non succedunt matri in maioratus.

Q V Æ S T I O XIII.

In eadem *l. 1. tit. 6. lib. 5.*

Ordo legis *11. tit. 6. lib. 5. Nou. Collect. Reg.* an seruandus sit non solum in substitutionibus descendendum legitimorum, sed etiam illegitimorum?

Quæro vltimus, an tamen nostra legis in vinculis, submissionibus, grauaminibus & substitutionibus faciendis in melioratione tertij sit omnino seruandus, non solum in substitutionibus descendendum, de quo nemo dubitat, nempe ut prælegatorio tertij descendentes, si existant, sint substituendi: sed etiam cæteris substitutionibus descendendum illegitimorum, ascendendum & transuersalium, ut similiter præcisè deficientibus descendentes legitimis, substituendi sint descendentes.