

creditorum hereditatis valida sunt, nocentq; futuro heredi, prout est de mente communis opinionis adducta in principio huius consilii in fauorem ipsius heredis. Supra dicta tamen de aestimatione bonorum dotalium id eo retuli, quauis in proposito superuacua videri possint, vt quoties similis casus acciderit, absque tamen dicta sententia, qua nocuit in praesenti heredi, iam ius & iudicium supremorum vota innotescant in fauorem ipsius heredis. Quare nil mirum, si stylum inceptum consulenti, & quem prosequi intendendo, in decisionis formam hoc in consilio conuertirum, vt possit ex re vsuique esse iterum atque iterum, quod supra deduximus.

SUMMARIA.

1. Condicio nubendi potest apponi in institutione heredum atq; in legatis, sub poena priuationis.
2. Aetui poena non potest quis ad matrimonium contrahendum astringi.
3. Poena non est priuare hereditate non adimplentem, secus si hereditas fuisse iam pure acquisita.
4. Qui lucrum dat, pacto vel modo conditioneue adiectis, potest priuationem imponere.
5. Quando quis priuatur lucro, etiam iam acquisito per illum, qui lucrum dedit, non est poena.
6. Testator precipiens, vt consanguinei inter semetipsum contrahant, intelligendus est sensisse debere interuenire ad hoc Roman. Pontif. dispensationem.
7. Testator in dubio videtur velle se conformare cum iure communi.
8. Semper praesupponuntur termini habiles, & eo modo, quo testator poterat disponere.
9. Condicio nubendi apposta per testatorem inter consanguineos secundi gradus, adhuc valet & tenet.
10. Ea, qua pendet a voluntate Principis, reputantur impossibilia, praeterquam si facilliter soleat Princeps concedere.
11. Dispensatio proximioris gradus ad contrahendum matrimonium non est necessaria, sed vltioris cum declaratione non obstantis proximioris.
12. L. 1. tit. 4. part. 6. intellectus.
13. Legatarius cui aliquid relinquitur sub conditione matrimonium contrahendi cum aliqua persona, si paratus sit contrahere, & alter recuset, alii nubendo, habetur pro impleta, & qui paratus fuit implere, & per eum non fecit, habebit hereditatem vel relictum.
14. Condicio posita in institutione, censetur repetita in prelegato eidem facto, etiam si alia clausula intermedia inserantur, nu. 15. & etiam si dictio repetitiva in legato non apponatur, nu. 16. etiam si prelegatum sit factum in defectum institutionis, nu. 17. hac maxime procedunt, cum institutio praecedat prelegatum, n. 18. Item cum non a 2. gradu, sed a primo est legatum, n. 19.
20. Condicio in legato tunc intellecta, non censetur repetita in secundo legato eidem facto.
21. Prelegata non veniunt in institutione fideicommissi, nisi testator omnia bona vel maiorem partem in prelegatis consumat, & nu. 21. & 22. & 23. vbi de intellectu l. Titia, ff. ad l. Falcid.
24. Heres non potest repudiando hereditatem consequi legatum, quando testator inter heredes verbis legatorum bona sua vel maiorem partem diuisit.
25. Condicio non fauorabilis, cum apponitur in institutione, an censetur repetita in prelegato, & numer. sequent.
26. Condicio apposta in institutione, non censetur repetita in substitutione.
27. Diverstas personarum impedit repetitionem qualitatis, etiam si ad sit dictio aliqua repetitiva.
28. Condicio apposta in institutione dato coherede, an censetur repetita in prelegato? & nu. seqq.

29. Conditionis repetitio inducitur ex verosimili mente testatoris.
30. Conditionem repetitam censeri. Hic ponuntur 8. coniecturae, quibus intelligitur, conditionem positam in institutione censeri repetitam in prelegato. Prima coniectura est, quando alius coheres remaneret absq; bonis praeter legitimam. Secunda coniectura est, quando secundum relictum eidem persona potest aliquid operari absq; eo, quod inducatur correctio, n. 35. Tertia coniectura est, ex tacita testatoris mente, n. 36. Quarta coniectura est ex identitate rationis, nu. 37. Quinta coniectura est ratione conseruationis familiae, n. 38. & seq. Sexta coniectura est, quando si testator de hoc fuisset interrogatus, id expressisset, n. 40. Septima coniectura est, ratione aequalitatis seruanda, n. 44. Octaua coniectura est, quando ex verbis testatoris id colligitur.
31. Heres non potest repudiare hereditatem, & acceptare prelegatum, quando solum prelegato, nulla aut pauca bona remanent in hereditate.
32. Testator in dubio minus quam possibile est, censetur velle grauare heredem.
33. Legatorum quantitas magna relicta per patrem in testamento facit censeri, quod conditio, si sine liberis decesserit posita in principio testamenti, censetur in sequentibus repetita.
34. Conditionis repetitio fieri debet, etiam vbi alia non esset facienda, quoties omnia bona vel maior pars in prelegato constituerentur.
35. Voluntas coniecturata testatoris debet sumi ex aliquibus in testamento expressis, & arbitrio iudicis relinquitur qua sit sufficiens coniectura.
41. Minus a testatore dilectus non debet praeferrri magis dilecto; non enim debet esse melioris conditionis minus dilectus, quam magis dilectus, nu. 42.
42. Ex ordine institutionis & substitutionis cognoscitur affectio testatoris.
43. Condicio apposta in persona vnius filii, censetur in persona alterius repetita, ex praesumptione seruanda aequalitatis inter eos, idem in persona eiusdem in condicione apposta in vno capite, vt in alio censetur quoque repetita, nu. 46.
48. Dicitio, iam, est completiua & non redditum dubiam, & significat tria tempora, praesens, praeteritum & futurum. Item denotat perfectionem actus & continuationem, nu. 49.
50. Dicitio dichas, significat, ante dictas, & superscriptas. Praesertim iuncta dicitio, iam, quia tunc ad remota etiam refertur, si commode potest, n. 51. & dicitio dicta habet relationem ad praecedentia cum omnibus qualitativibus, nu. 55.
52. Verba secundum ordinem supra dictum faciunt repetitionem omnium, qua supra dicta sunt.
53. Qualitas masculinitatis in prima substitutione apposta, censetur in sequenti repetita, ex natura horum verborum, ya dichas.
54. Clausula in fine posita, refertur ad omnia praecedentia.
56. In scriptura referente dicitur contineri, quicquid continetur in scriptura vel clausula, ad quam sit relatio.
57. Relatiuum debet intelligi respectu substantiae actus, & omnium ipsius qualitatum.
58. Tanta est vis & obligatio in termino referente, quanta est in eo, ad quam sit relatio.
59. L. si te solum, ff. de hered. inst. intellectus.
60. Si pacta nonissima ex intervallo facta non sint contraria primis, valent ambo.
61. Mala fides praesumitur in illo, qui scit rem vendi indebitae atque misse. Item in eo, qui contrahit a mercator, vt in nu. 62.
63. In venditione bonorum defuncti vel minoris ad solvenda debita, incipiendum est prius a bonis mobilibus, & se mo-

- se moventibus, ex eisq; minus damnois, his autem, deficientibus, immobilibus minus vtilia vendi possunt, & nu. 64. Item requiritur, quod creditores insistent cum effectu, nu. 65.
66. Decretum iudicis ad vendendum interpositum ex falsa causa, est nullum, etiam si falsa causa in decreto non inferatur, vt nu. 67. & procedit, ne dum si causa sit in totum falsa, verum etiam si partim sit vera, vt nu. 69. & tex. in c. 1. de re iud. requirens expressionem causae in sententia, vt nulla dicitur possit, limitatur in decreto interposito ex falsa causa, etiam non expressa, n. 68.
70. Quod ex cursu temporis praesumantur omnia recte & solemniter facta, non procedit in cursu parui temporis, nec quando constat vel probatur contrarium.
71. Res alienata absq; iuris solemnitate, est restituenda cum fructibus.
72. Testator non videtur legare in dubio in re communi, nisi partem suam vel ius, quod habet in re, non vero alterius, nec aestimationem, alius si legaret scienter rem, qua in totum esset aliena, deberetur saltem aestimatio ipsius, vt in nu. 73. Et praesertim dictum ampliat, etiam si ius illud esset tempore vel morte periturum, vt in nu. 74. & etiam si legatum fiat coniuncta persona n. 75. Item, siue testator fuerit sciens, siue ignorans, & siue utatur pronome meum, siue non, nu. 76.
77. Censu annuus censetur quaedam seruitus.
78. Tanto minus est in bonis, quantum census valet.
79. Bona vincularia absq; licentia Regia non possunt cum ea alienari, secus si facultate Regia fuerit vinculum constitutum.
80. Quin in dispositione sua vult unum quid, censetur velle & omne illud, sine quo istud unum esse non potest.
81. Licentia Regia requiritur, imo debet praecedere, adhibita causa cognitione Regis mandatio ad vendenda bona maior aut, qua licentia concedi non debet ad vendendum & destruendum maior aut, sed, vt prouideatur, vt conseruetur & vt id tantum liceat vendi, quo opus sit, ad redimendum censum, & id quidem quod minoris valoris esset, vt n. 82.
83. Prius debent vendi bona libera, quam vincularia.
84. Prelegatarius non potest repudiare hereditatem conditionalem, & acceptare prelegatum, in quo eadem condicio censetur repetita, quod fallit in hereditate pura, nu. 85.

CONSILIVM XVIII.

Superiori proximo consilio actum est de hereditate d. Didac. testatoris, quomodo ea vniuersa pertineat ad d. Gundisal. Nunc vero discuti oportet, vt in condicio supra dicta apposta in institutione heredum (scilicet, vt heredes institui inter se matrimonium inuicem contraherent, alias inobediens amittat suam partem, & accuset obedientem, per quem non steterit, & c. censetur repetita a testatore in prelegato honoru sub vinculo postea facto eodem testamento eidem Marie, ac per consequens, cum per ipsam steterit matrimonium contrahi cum d. Gundisal. Quia noluit adire praed. hereditatem, quinimo alteri viro nupsit, irrequisito Gundisal. ipsa non solum hereditatem amisit, vt in dicto consilio est fundatum, sed etiam praed. prelegatum, quia non implerit dict. conditionem, imo ei contrauerit, & utrum tam hereditas vniuersa, quam prelegatum pertineant ad d. Gundisal. nec ne?

Et pro intellectu & introductione huius materiae, qua profecto vtilis est, oportet praemitti conditionem praefatam nubendi apponi posse in institutione heredum atque in legatis, ita vt si non impleatur, heres vel legatarius praed. commodo priuetur. Nam quia quauis regula iuris sit, quod metu poene non possit quis ad matrimonium contrahendum astringi, l. Titia, ff. solut. mat. c. gemma de spons. cum similibus, spe tamen praemii opti-

mo iure potest ad matrimonium allici & inuitari, vt in l. Titio centum, s. Titio centum, et primo, ff. de condition. & demonstr. per quem text. Bartol. & communiter scribentes id notant, & Oldrad. consil. 16. q. 1. Felin. Guiler. Bened. Palat. Rubens Suarez Couarr. & alii, eosq; referens D. Molin. de Hispan. primogenit. lib. 2. cap. 13. numer. 1. & sequentibus. Vbi ampliat procedere nedum in praepcepto contrahendi cum certa persona, sed etiam quod per viam modi adiectum est, dummodo conditio siue inodus honeste impleri possit, l. 1. §. 1. p. 6. l. 22. §. 9. p. 6. in vers. esto serua. n. 2. Neq; enim est poena priuare hereditate non adimplentem, quoniam nondum est ius radicatum neq; firmatum. Tunc vero est poena, quando aliquis priuatur hereditate iam pure adquireta, iuxta gl. in l. §. si quis propter, vers. per in integrum, ff. de iur. ad iur. priuat. dicitur communem Iason & alii relati per D. Couarr. in 4. de sponsal. 2. part. cap. 3. §. 3. Secus vero in nostro casu, quia ille, qui lucrum dat pacto vel modo conditioneue adiectis, potest priuationem imponere iuxta gloss. recte intellectam in l. si dno, ff. de acquirend. hered. quam singularem appellat Couarr. & alii plures relati ab eo auctores, vbi supra nu. 8. & suprad. opinio. Oldrad. sequitur plures referens & testatus quod tanquam verior & communior est tenenda Licentiatu Pelaez Aduocatus Granaten. in tractat. maior. 1. par. q. 50. num. 1. fol. 181. Imo et quando quis priuatur lucro etiam acquisito per illum, qui lucrum dedit, non est poena iuxta gloss. d. l. si duo, quam plures alias & Doctores referens sequitur Pelaez in dict. tract. 2. par. q. 1. n. 7. fol. 160.

Nec obstat si dicatur praefatam conditionem minime valuisse atq; impossibilem reputari, cum praepceptum testator, consanguineos intra quartum gradum matrimonium inter se contrahere, quod est a iure prohibitum, vt in c. non debet, de consanguin. & affinitat. Quia respondetur, et testatorem intelligendum esse sensisse, interuenire debere ad hoc Romani Pontificis dispensationem, neq; absq; illa matrimonium esse contrahendum, cum hoc a iure infit. Quia ad validitatem matrimonii necessario requiritur inter consanguineos intra quartum gradum praed. dispensatio. Et et testator in dubio videtur se velle conformare cum iure communi, vt notant Dd. per text. ibi in l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. & velle rite & recte disponere. Et verba quantumcumq; generalia de habilitate restringenda sunt, l. vt gradus, §. ff. de mun. & honor. gl. in l. text. in l. 1. c. de sac. eccl.

Semperq; praesupponuntur termini habiles & eo modo, quo dispones poterat disponere secun. Soci. l. i. c. 31. n. 68. & 69. vol. 2. id in terminis nostris asserent, & de tendit optime Molin. d. lib. 2. de Hispan. prim. c. 13. n. 1. c. 1. §. 9. Et iterum et in addit. ad fin. opus positum in addit. ad dicta p. eund. l. 2. c. 13. n. 7. ibidemq; sup. n. 11. probat, quod etiam inter consanguineos secun. gradus apponeretur haec conditio nubendi, adhuc tamen valeret; quia quauis Concilii Trident. reiciat regulariter dispensationes in secundo gradu, solent tamen aliqui Pontifices eam concedere; ideoq; non est reicienda conditio, sed procuranda dispensatio si contrahere volunt consanguinei, id quod in casu nostro verissimum est: Tum quia testamentum fuit conditum ante promulgationem Sancti Concilii Tridentini, quo tempore Summi Pontifices facilius quam nunc secundo gradu & infra inclusiue dispensabant. Et et quauis ea, qua pendet a voluntate Principis, ito reputetur impossibilia, l. Apbrie §. constat, ff. de leg. 1. cum similibus, hoc tamen intelligitur praeterquam si facilliter soleat Princeps concedere secun. Aret. in d. §. constat, per text. in l. 1. §. permittitur, ff. de aqu. quoti. & afflu. Quem ibi super margine singulariter reddit Belogn. & D. Cou. plures referens in 4. 2. p. 6. 361. pr. n. 18. testatur eodem Ias in d. §. constat,

11. Tum etiam, quia dato absq; veri iudicio, quod heredes instituti essent coniuncti in secundo gradu, etiam in tertio consanguinitatis non erat necessaria dispensatio in 2. gradu, sed tantum in 3. declarando non obstar secundum gradum, ut probatur in constit. Clemen. Pap. VI. non dum typis excusa, relata tamen & iure probata per D. Covar. d. 2. part. 6. §. 10. num. 12. Et cauetur hodie in quodam motu proprio S. D. N. Pii V. inter motus proprios eiusdem Pontificis impressos. Vbi innouat constitutionem Gregorii & Clementis prædecessorum suorum. Et probatur existit in processu, potuisse hos coheredes obtinere dispensationem in prædicto tertio gradu, idque facilliter etiam hodie attentio sacro Concilio Tridentino concessi per Roman. Pontificem, eamque concessam fuisse d. Gundifal. ad contrahendum cum uxore, quam habet, quæ cum eo in tertio gradu coniuncta existebat, præsertim existente causa hac, sc. quod essent instituti heredes simul a prædicto testatore sub conditione contrahendi inter se matrimonium. Quam reputari iustam atq; ad dispensandum sufficientem credendum est. Nec obstat d. l. 1. tit. 4. par. 6. in fine, ibi, *Fuerus ende, si aquel con quien le mandaua, que casasse fuese pariente della: o tal home con quien no podia ni deua casar.* Quia lex illa debet intelligi & limitari, nisi dispensatio facilliter impetrari possit, secundum Pelaez ubi supra, num. 2.

12. Secundo et supponitur, quod si is, cui aliquid relinquatur sub prædicta conditione matrimonium contrahendi cum aliqua persona, paratus sit contrahere, & illa teneat alii nubendo, habetur conditio pro impleta, & ille, qui fuit paratus adimplere, per quem non stetit, habebit hereditatem ex text. expresso in l. 1. c. de institut. & substitut. sub conditione facti. & ibi communiter doct. expressa l. 1. tit. 4. par. 6. Quod expresse disposuit testator in nostro casu, & ita non eget iuris probatione. Cum igitur per dictam Mariam steterit, imo ipsa fecerit deficere conditionem, alteri non consanguineo nubendo, dicto Gundifaluo irrequisito, atque præterea in instrumento publico professus fuerit, se nunquam voluisse nec velle prædictam hereditatem adire, ut probatum existit in processu, consequens est, quod d. Gundifal. tota hereditas adiudicanda sit, ut de iure satis demonstratum existit in præcedenti consilio super hereditate d. testatoris facta.

13. Quibus sic præhabitis in articulo principali, super quo hæc lis vertitur, dicendum est, quod supra dicta conditio nubendi in institutione posita censetur de iure & voluntate ipsius testatoris repetita in prædicto prælegato & in vinculo bonorum postea facta dictæ Mariæ: ac proinde defectum conditionis ex parte ipsius operari de uolutionem prælegati & vinculi simul cum tota hereditate in fauorem dictæ Gundifal. Et ita declarandum fore per Dominationem Vestram sententia diffinitiva super eo ferenda, iuxta prædictam conditionem in institutione appositam omnino existimo. Et hoc de iure per text. expressum capitalem in materia in l. auia ff. de condit. & demonstrat. vbi Bart. & alii notant, quod conditio posita in institutione censetur repetita in prælegato eidem facta: & ibi Paul. Castren. id intelligit procedere in quacunque alia conditione, vltra illam emancipationis, de qua loquitur d. Lauia, ex text. optimo in l. fin. §. fin. ff. de dol. mal. & metus exception.

14. Item et in tantum hoc est verum, quod etiam si aliquid clausula intermedia inseratur, ad huc d. repetitio censetur facta, ex text. in d. l. fin. §. fin. qui text. expresse loquitur in institutione & prælegato. Et sic est differentia in legatis, in quibus conditio posita in vno legato non censetur in alio legato eidem personæ facta & repetita, si clausula sint intermedia inter vnum & alterum legatum, in institutione autem & prælegato censetur, ut in d. §. si

per quem ita tenet constituens hanc differentiam Paulus de Cast. in d. l. auia, num. 3. Amplians, et etiam si dictio repetitiua in prælegato non apponatur, ex l. duos, ff. de condit. & demonstrat. Idem Paulus in consilio infra allegando, quamuis in nostro casu sit posita dictio repetitiua in prælegato conditio apposita in institutione, ut procedat, nō dum quando prælegatum non est factum in defectum institutionis, sed etiam quando est factum in defectum prælegati, ut probat text. in l. cum seruus, ff. de condit. instit. Cuius text. dispositionem in hoc extraneam vocat Paulus de Cast. in d. l. auia, num. 3. cum prælegatum coheredi Mariæ factum non fuerit in defectum institutionis. Clarius procedit nostrum intentum & clarissime, cum institutio præcedat prælegatum, non vero prælegatum institutionem. Nam hoc casu secus esset dicendum secundum Paulum ubi supra, & Roman. singul. 672. Ad quem est aduertendum, ut sic intelligatur, prout loquitur, ne alias decipiat forte aliquem. Et hoc nulla alia ratione, nisi, quia maioris efficacitatis est præcedens clausula ad determinanda sequentia, quam sequens ad præcedentia, secundum Roman. ibi & Mathefi. singul. 130. in cap. nota singulari, & ibi eius additio alia allegat. Item et in institutione nostra, conditio expresse appositae est, non vero tacite intelligitur. Sicque cessat illud, quod ibi inquit Roman. scilicet, quod di conditio primo in legato tacite intelligitur, non censetur repetita in secundo legato eidem facto, præterquam, quod ipse loquitur in duobus legatis, nos vero in institutione & prælegato, quæ longe differunt ut supra est dictum. Item, quia etiam in duobus legatis text. quem ibi allegat Roman. non reperitur nec probat intentum. Vnde Roman. ibi, quem pars aduersa pro se allegat, non solum ipsi non patrociniatur, imo pro nobis potest allegari & facit, & ita est maxime aduertendum ad allegationes iuris aduersæ partis, & propriis oculis videndæ sunt, ne forte decipiant.

Et regulam supra dictam, quod conditio appositae in institutione censetur repetita in prælegato ex dictis iuribus, constituunt l. auia, §. filius, num. 7. ff. de liber & posthum. & Paulus Castren. melius quam alius in d. l. auia, & in consil. 275. in fin. volum. 1. & Traquel. d. l. retrahat. in arg. §. 1. gloss. 14. numer. 26. folio mibi 98. & Carol. Ruinus consil. 76. num. 9. & 13. libr. 2. idem l. auia in l. si is, qui pro uiore, numer. 40. ff. de usucapion. Parisius consil. 18. volum. 3. Cuman. consil. 46. qui in conditione nubendi id asserit. Sicque hæc videtur communis opinio tenenda in iudicando & consulendo, præsertim cum hic non sit secundo gradu, & sic a substituto coheredis fuerit legatum relictum, sed a primo, quo casu intentum nostrum clarius procedit ex dictis per doct. ubi supra, præcipue Paulum, cum quo sic declarando tenuit Roman. consil. 403. num. 3.

Nec supra dictis et obstat text. in l. Titia, ff. ad l. Falcid. quo forsitan partes aduersæ nitentur, dum probat, quod prælegata non veniunt in restitutione fideicommissi, quasi idem sit in conditione appositae in institutione, ut ad prælegatum non potrigatur. Quia text. illic, si aliquantum accuratius attendatur, non solum nobis non contradicit, sed pro Gundifal. facit; quippe quia primo modo potest ille text. intelligi in fideicommissaria substitutione, in qua quidem loquitur. Nos vero non in ea, nec quando per viam substitutionis repetitio faciendae est, sermonem facimus: sed tantum agimus; An conditio posita in institutione, censetur repetita in prælegato? quæ diuersa multum materia est ab illa, de qua agit d. l. Titia, & l. cum virum, c. de fideicommiss. ut patet in pluribus. Et cum hæc dissimilia sint, & in vnaquaque materia iura sigillatim disponentia inueniamus. In regula quæque iura in suo casu intelligenda sunt, & ad alium, in quo spe-

specialis dispositio aliis inuenitur, extrahenda minime erunt.

22. Vel et secundo dici potest, ideo in d. l. Titia, prælegata non venire in restitutione fideicommissi, quoniam sic voluit testator, dum iussit, quod fideicommissarius detraheret quartam, & ut in eam prædicta prælegata imparet, ut patet ex text. ibi, *ut hereditatem relictam quartam parte secunda & procula restituerent, & ibi, respondit Titium (qui erat fideicommissarius grauatus restituere) legata integre restituere debere, sed in partem quartam impurare oportere duodecimam partem prædiorum, & c.* Ecce ergo, quomodo ex voluntate testatoris, prælegata capit ibi fideicommissarius grauatus restituere. Ergo nihil contra nostrum intentum, sed potius pro eo, considerando, quod si deficeret voluntas hæc testatoris, restitueret utique fideicommissarius prælegata cum portione hereditatis, sicut & in nostris iuribus conditio appositae in institutione censetur repetita in prælegato. Nec obstat si quis dixerit, quod partem quam ibi capit Titius ille iure hereditario, non computat in quartam, & nihilominus non restituit. Ergo, & c. Quia respondeo, id ideo esse, quoniam in d. l. Titia, ex voluntate testatoris capit quartam heres ipse, quo casu id, quod capitur iure hereditario, non computatur totum in quartam, sicut computaretur, quotiescunq; cetera voluntatem defuncti eam capit, ut ex d. l. Titia, probatur clarissime, hoc ipsum ibi adnotantibus Bar. Paul. & communiter doct. & gl. a coherede in l. Nescimus, ff. ad l. Falcid. gloss. magist. vers. ceterum, in l. filius, quem, c. famul. heres secund. & ibi Bartol. & in l. in quartam, sexta oppositio prima partii, & ibi Resp. n. 45. cum duobus sequentibus, ff. ad l. Falcid. Et id, quod plus remanet, soluta quarta ex prædictis prælegatis non restituit grauatus. Quoniam quoties aliquid datur & legatur a testatore in locum quartæ, etiam si id plus sit quam quarta, non tenetur illud restituere, sed capit sibi ex textu expresso in d. l. filius, quem, eo, quod censetur testatorem velle, ut totum habeat, quando quidem ibi prælegatum constituit, secundum Paul. Castren. optime in l. Marcellus, §. 1. num. 1. ff. ad Trebell. sic loquendo in terminis d. l. Titia.

Tertio d. l. Titia, non obest, etiam si in nostro casu loqueretur (quod nego) quoniam licet verum esset, quod quando fideicommissum præcedit, & postea sunt prælegata, ipsa non veniunt in restitutione fideicommissi, ex gl. communiter approbata in l. cum virum, c. de fideicommiss. & in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebell. per 23. ibi, *¶ Tam et quando testator omnia bona maiorem partem in prælegatis consumsit, veniunt indistincte prælegata in restitutione fideicommissi, quoniam absorbent maiorem partem hereditatis, & in effectu succedunt in locum portionis hereditatis. Quo casu qualiacunq; sint verba fideicommissi, prælegata in fideicommissio continentur, licet alias non veniant, secundum Bart. & doctores in d. l. §. quidam liberis, præcipue Alexand. num. 2. & Bar. in l. quid ergo, la secunda, ff. de legat. 1. Hanc limitationem cum aliis, quos refert, sequitur etiam l. auia, consil. fin. quod est 175. volum. 2. volum. 4. & communem testatur Decius consil. 254. num. 1. vbi hoc eleganter extendit, etiam si prælegata facta sint, ut de eis ad voluntatem suam prælegatarius faciat: communem etiam testatur Gregor. Lop. in l. fin. in glossa herencia, tit. 5. part. 6. & Roland. a Valle consil. 34. num. 21. & 22. libr. 4. sequitur Aymon. Craueti. in repet. Rubrica, de legat. 1. numer. 29. Cum igitur in nostro casu partes aduersæ fateantur de hereditate nihil superesse, prælegatum prædictorum bonorum venit in restitutione, & sic d. l. Titia, pro nobis facit. Præterea in terminis, et quod quando testator inter heredes, quos instituit, per verba legatorum bona sua vel maiorem partem diuiderit, non possit heres repudiando hereditatem consequi legatum, probat text.*

in d. l. quid ergo, iuncta gloss. verb. bona, ff. de legat. 1. vbi Paul. de Cast. dicit bene notabile. Idem Paul. in l. cum responso, c. de legat. Et est ratio secund. l. auia, in d. l. filius pater, nu. 26. Quia hoc casu ista prælegata succedunt in locum portionis hereditariæ, & ideo assumunt naturam hereditatis, cuius loco succedunt, ut in l. Imperator, §. si ff. de leg. 2. & per alia iura, quæ ibi allegat l. auia.

Non obstat et secundo contra hanc nostram partem iuridicam & communem conclusionem dictam Paul. de Castren. in l. Latinus Largus, numer. 2. ff. de legat. secundo, intelligens supra dictam doctrinam, quam probauimus ex d. l. auia, procedere, quando talis conditio est fauorabilis ei, cui apponitur & relinquatur prælegatum, prout est illa conditio, si erit sui iuris, quoniam per eam efficitur, ut acquiratur sibi, ut ibi, & in d. l. auia. Hæc enim restrictio Paul. præterquam, quod contradicit generalitati iurium supra adductorum, refellitur expresse per d. l. §. si ff. de dol. mal. & met. excepti. vbi heres institutus sub conditione volebat omittere hereditatem, ut saluam tutelæ actionem haberet, & agnosceret legatum sibi etiam relictum dubitatum fuit; An possit Respondet textus contra voluntatem petere, & ideo exceptionem doli oblituram. In quo quidem text. responso duo potissimum considerari possunt, ut Paul. Castren. responsum destruant. Primo, quod conditio posita ibi in institutione non erat fauorabilis heredi instituto, sed cõtraria, auferebat enim ei exactiorem tutelæ pro portione testatoris, alterius prædefuncti heredis, ut constat ex eodem text. Et nihilominus probat text. ille, conditionem censeri repetitam in prælegato postea eidem heredi facta, quando quidem inquit text. illum contra voluntatem petere si omitteret hereditatem & agnoscat legatum, ut saluam tutelæ actionem haberet. Est igitur ibi textus expressus hoc modo consideratus contra Pauli restrictionem. Secundo contra Paulum arguo sic. Testator apposuit conditionem heredi in institutione, etiam non fauorabilem ei; eadem igitur videtur mens testatoris in prælegato, eidem heredi facta, etiam si conditio non sit fauorabilis: quoniam eadem voluntas repetendi conditionem præsumitur durare in prælegato, quæ fuit in institutione. Imo maiori ratione id videtur procedere; cum honorabilis sit titulus institutionis, quam legati, text. & ibi glo. in l. filium, §. sed & si prætor, ff. de legat. præstan. legitur si in eo, quod plus est, atque honorabilis apposuit testator conditionem, a fortiori in prælegato, cum sit minus honorabilis titulus prælegati, idem dicendum est. Tertio Pauli restrictio conuincitur, quia ipse eo fundamento eam probat, quod d. l. auia, & similes, loquantur in conditione, si erit sui iuris: & tamen idem Paulus in d. l. auia, inquit, in quacunque conditione idem esse. Præterea Paulus in d. l. Latinus, allegat pro sua noua restrictione l. sed et si sub conditione, ff. de her. inst. quam non reperit nisi voluit allegare l. sub conditione ff. eodem titulo. Desumitque Paulus ex illa lege argumentum, conditionem non fauorabilem instituto non censeri repetitam, nisi expresse reperatur. Quæ quidem lex non obstat nobis, Tum, quia ipsa non distinguit de non fauorabili, vel fauorabili conditione: tum etiam, quia d. l. sub conditione, loquitur in conditione posita in institutione, an censetur repetita in substitutione, quod est diuersum a nostro proposito, quia loquimur in conditione posita in institutione, ut censetur repetita in prælegato. Quæ quidem multum differunt, ut patet ex ratione assignata ad d. l. sub conditione, per l. si licet Imperator, nu. 45. ff. de leg. 1. Et quoniam et regulare id est, ut conditio appositae in institutione non censetur repetita in substitutione, ut patet ex dictis per Doct. in d. l. sub conditione & per Antonium Gomez 1. tom. cap. 12. numer. 37. & 80.