

36 *de testamentis.* Hanc difficultatem mouet in presenti Aretinus column. 3. & eam ipse resoluit, dicens, quod cum clausula codicillaris sit contra substantiam testamenti, ideo si non potest testamentum valere iure directo, transit dispositio in aliam dispositionem sibi recto, transit dispositio in aliam dispositionem sibi persimilem, argumento tex. in l. ubi ita donatur. ff. de donat. caus. mort. cum largo quodam modo testamentum codicilli dici possunt, gl. fin. in l. ff. de testamentis. Ex illis autem verbis, quæ testator ibi apposuit, dicendo: *Esse aliquid minus legitime, minusue perite fecero, pro iusto & legitimo haberi debet sani hominis voluntas;* satis videtur pertinuisse, ne testamentum suum iure directo non valeret, & ex verbis illis videtur preces ad legitimis heredes porrexisse, vt ex causa fideicommissi scriptis heredibus portiones suas hereditarias restituerent. ¶ Eandem codicillorum coniecturam capit lex, quoties testator iurat suam dispositionem, leg. cum pater. §. filius matrem. ff. de legat. 2. per quem textum ita tenet Bartol. ibi, & in leg. si quis pro eo, column. penultim. numero 13. ff. de fideiusor. & ibi f. ason numero 14. Gomezus in §. item si quis postulante, num. 13. de action. & est communis secundum Antonium Gomez, in leg. 3. Tauri, numero 74. Circa quem textum videndi sunt optime eum declarantes Guilielmus Benedict. in capit. Reynaldus, verbo, testamentum, numer. 21. de testamentis, & ibi melius omnibus Couarru. §. 1. num. 10. Segura in leg. filius, dum in ciuitate, num. 20. ff. de verb. obligat. Iason in leam quam, num. 17. C. de fideicommissi. Hippolytus singulara.

71. *Mattheus in notabil. 56. & ibi additio noua.* ¶ Et quomodo actus debeat valere meliori modo, quo possit, videndus est Alciat. in c. cum contingat. n. 95. & sequentibus de iureiurand.

241 Sed & sunt alij casus in iure, quibus præsumitur clausula codicillaris in testamento, inter quos præcipuus est ille, quando pater testatur inter liberos, nulla extranea admixta persona: gloss. communiter recepta in mille locis in l. coheredi, §. cum filia, verb. non uoluit. ff. de vulg. & pupil. super qua ipse habeo resolutionem latissimam, sed quia hic non multum conuenire videtur, ideo eam omitto, alibi, volente Deo, dicturus.

242 Sed fuit quæstio: An econuerso, si testator solemniter testetur, adhibitis septem testibus, an si velit suam dispositionem iure codicillorum tantum valere, sit audiendus Paulus de Casto hic num. 4. dicit, Dylum quæstionem hanc disputasse & tenuisse, non posse hoc casu facere testatorē, vt tanquam codicilli valeat dispositio sua: quam opinionem Ioann. Andream probasse fertur. Contrariam tamen opinionem veriore esse existimat ipse, quam etiam & Aret. hic probat colu. 3. Pro quo videtur quasi tex. in l. fin. C. de codicillis in illis verbis. *Si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit:* Ex quo tex. patet, quod testator qui eam solemnitate adhibuit, que etiam pro conficiendo testamento satis esset, potest disponere, vt sua dispositio valeat iure codicillorum: Quinimo subdit Aret. huius opinionis fuisse Dylum & Ioan. Andream, quare Paulum incuriæ insinulat ipse Aret. subiiciens, quod forte Dom. Paulus non viderat de recenti dicta illorum Patrum.

243 Si autem quis in codicillis diceret, velle se eam dispositionem valere iure cuiuslibet vltimæ voluntatis, etiam si esset adhibita ea solemnitas; quæ pro testamenti solemnitate satis esset, nunquam illa dispositio valeret iure testamenti, vt Bart. annotauit in l. 1. q. 17. n. 2. ff. de iure codicill.

244 Extra gloss. Bart. fin. presenti primo opponit contra nostrum textum, de difficillimo intellectu, in l. fin. C. de fideicom. Et antequam Bart. intellectum illius tex. proponam, animaduertendum est, tex. illum multipliciter solere à glossatoribus & Doctoribus nostris inter-

pretari: Nam ibi sine vlla testium solemnitate relictum à testatore fideicommissum heres præstare compellitur, quod est contra generalitatem nostri tex. & magis obstat tex. illi vulgari in leg. si veritas, vel solemnitas, & in l. ex testamento, C. de fideicommissi, & in hoc gl. 1. in d. l. fin. verb. subire, quod tex. illa corrigat. si veritas, qui intellectus prorsus falsus est, & communiter reprobat secundum Menchacam de successorum creatione, §. 23. num. 6. quia non debet vnquam legum correctio induci, quando lege expresse non inducitur, lex præcipit, C. de appell. l. sancimus, cum aliis, Codic. de testamentis.

Quare gl. illa taliter text. illum interpretatur ex f. 245 tentia Ioannis, dicens, quod ibi fuit relictum in minus solemnitate, & heres conuentus à legatario seu fideicommissario negauit relictum, conuictus tamen de mendacio, opponebat de minus solenni voluntate, & ex eo Bart. annotauit in l. etiam, §. licet n. 3. ff. solut. matr. quod ibi in pœna negantis lex non admittit excipientem de minus solenni voluntate. Hic quidem intellectus verus in se est, & ex quam pluribus iuris articulis potest confirmari, & vt Cyn. & Alber. affirmant, seruatur comuniter hic intellectus in iudiciis, & tenent eum etiam gl. in d. l. si veritas, & gl. mag. in fin. Instit. de fideicom. hered. quæ gl. in suis locis comuniter approbantur secundum Mench. vbi sup. d. §. 23. n. 5. & hunc intellectum testatur communem & in se verissimum Episcop. Cou. allegans dominus meus don Antonio in d. l. fin. n. 1. sed diuina ad illum text.

Quare gloss. tibi alium intellectum posuit, dicens, quod testator ibi noluit solemniter testari, sed posuit legatum illud in fidem heredis, & propter hanc confidentiam, quæ de suo herede habuit defunctus, cogitur eius heres præstare relictum etiam in minus solenni voluntate. Hunc intellectum pleriq; omnes sequuti sunt, & communem esse eum affirmat Ias. in proprio loco n. 12. & Menchac. plures referens vbi supra n. 7. & dominus meus in d. l. fin. n. 16. & hic intellectus magis videtur conuenire literæ illius tex. & eum magis significasse videtur tex. egregius in d. §. fin. Instit. de fideicommissi. hered. quem tex. sic induco. Dicit ibi Imperator, quod cum antiquitus fideicommissa à sola fide heredum penderent, Diuus Augustus ad iuris necessitatem illa traxit, vt scilicet, si legitime illa relinquuntur, iuris habeant necessitatem. At vero (inquit Iustinianus) velle seipsum Augustum fauentem testanti voluntatibus superare, & statim subiicit casum d. leg. final. quasi apertius diceret Imperator: *Antiquitus fideicommissa ex heredum sola fide & voluntate penderant, Diuus Augustus illa ad iuris traxit necessitatem.* Ego vero hoc amplius defectorum voluntatibus propitijs statuere decreui, vt si testator in fide heredis sui ponat fideicommissum, heres cogatur illud præstare, aut iurare, iuxta fidei à testatore non esse possum. Ecce qualiter text. in dicta lege final. debeat intelligi. Et hunc intellectum iuuant singula quæque text. ipsius verba, dum fauorem, qui postremis testatorum iudiciis debetur, toties inculcant. Constat igitur textus ille ex duobus potissime, ex fauore vltimarum voluntatum, & ex confidentia, quam testator habuit de herede, qui quidem tenetur ex illius tex. præclara decisione fidem defuncti precibus exhibere, vt hoc in loco lex ipsa graue esse iudicet fidem fallere leg. 1. in principio ff. de constitut. Princip. & in leg. conuentio num. ff. de pact.

Ex quo dicebat eleganter Bart. in l. si ita scripsero ff. 247 de conditionibus & demonstrat. quod si testator mandet heredi, quod soluat omnia, quæ scripta reperta fuerint in priuata quadam scheda, quam ipse testator habet scriptam apud Custodē fratrum Minorum, quod heres

heres absque alia solemnitate tenebitur illa præstare: ibique pro hac decisione allegat Bart. in l. fin. C. de fideicom. cuius opinio testatur communem Ripam in presenti nu. 27. & Boerius decis. 240. col. 14. & alij relati per dominum meum in l. cum quidam, n. 2. ff. de legat. 2.

248 Et licet aliqui Doctores teneant, illam Bart. doctrinam non habere locum in instituti one heredis, quia testator debet ore proprio heredem nominare, per leg. iubemus, C. de testam. inter quos est Ias. in l. certum, col. 1. ff. si cert. per. & Guid. Pap. dec. 459. incip. heres vniversalis, vers. non obstat, & alij. D. relati per infra allegandos: tamen in contrarium est vera & communis opinio, vt pluribus huius opinionis auctoribus relatis testatur dominus Ant. de Padilla in d. leg. cum quidam, n. 13. & nouissime Petr. Peral. insignis Doctor, atque celebris Hispanus, in Rubr. ff. de heredib. instit. n. 76. & 77. & iterum n. 79. vbi allegat dec. Neapol. 144. ad ff. & dicit esse casum expressum contra Guid. in l. hoc artic. in princ. ff. de hered. instit. De qua re etiam videndus est Roder. Suar. in suo tractat. quem fecit de captur. voluntat. fol. 97.

Et hic intellectus ad d. l. si verus quidem videtur & conuenire literæ text. in d. l. si licet Mench. vbi supra, eum reprobet, dicens, esse contra hanc l. nemo potest, & familia iura. Sed in effectu, si recte considerentur supradicta, non est contra hæc iura.

Nicolaus tamen de Matharell. vt eum refert Alberic. in d. l. fin. longe aliter legem illam intelligebat, dicens, quod ibi non erat quæstio de relictis, sed de quantitate legatario maiorem quantitatem esse relictam, quam heres faretur, super quo inquit ipse, delatum ibi fuisse utamentum, & quod legatarius erat persona dilecta testatoris, & quod text. illius dispositio non haberet locum in homine ignoto & extraneo. Sed hic intellectus diuina prorsus, neque generalitati illius tex. neque rationi satis congruit, tamen si posset ex aliquibus iuris principijs sustineri, ex quo præcipue, quod gl. scriptum reliquit in l. in testamento, ff. de fideicommissi. libert. de qua nos alibi late diximus.

249 Christophor. Portius in d. §. fin. existimabat aliter text. illum esse intelligendum, dicens, quod in d. l. fin. testator fecerat duo testamenta, vnum solemnne, aliud non solemnne, & quod heres tenetur præstare legata relictis in testamento non solemnne. Hic intellectus, præter quod quod diuina, sustineri non potest: Nam illius tex. dispositio non fundatur in hac testamentorum inclusione, sed solum in fidei præstatione, vel Ioannis intellectum tenendo in heredis negatione.

250 Maxime, quod pluralitas testamentorum nunquam in iure præsumitur, l. omnium, iuncta gl. C. de testam. l. fin. C. de rebus cred. sicut neque pluralitas factorum, cap. in presentia, §. verum, el. segundo, de probat. gl. in l. eum, qui, §. in popularibus, §. magn. ff. de iureiur. l. as. nu. 7. Decius n. 4. in l. 2. C. de bon. poss. secundum tabul.

251 Alium intellectum nouum late assignat ille textus Mench. vbi supra, nu. 10. quem latissime probat, constituens differentiam inter legata & fideicommissa, & ideo eum hic non referam, potest enim quilibet ibi ad longum eum videre.

Bart. vero in presentia aliter d. l. si interpretatur, dicens, quod ideo ibi præstatur illud relictum, quoniam testator posuit illud in fide heredis, ita quod ipse heres hoc promissit defuncto, & sic capit illa dispositio naturam contractus, & ita heres, qui hoc promissit, ad hoc conuenitur, allegat Bart. text. in l. quidam cum filium ff. de heredibus instit. quem inducere oportet in vers. si tamen, vbi si quis alicui promittat, se restitutum hereditatem, in qua fuit institutus, tene-

tur ex sua promissione illam hereditatem restituere, allegat præterea Bart. text. in l. spadonem, §. incip. qui patri ff. de excusat. tut. vbi ex eo, quod quis patri minoris se fore tutorem liberorum promissit, excusari à tutela non potest, etsi aliter jus excusationis sibi compereret, & hic intellectus Bart. ad d. l. si est communis, secundum Mench. vbi supra, d. §. 23. n. 1. qui plures Doctores refert, & secundum dominum Ant. de Padilla in d. l. si n. 17. vbi remissive allegat defendentem hunc intellectum ab impugnationibus aliorum, & est in se verissimus intellectus hic: Verum iudicio meo diuinatorius, cum ex nulla legis illius particula hanc fidei præstationem colligere liceat. Præterea rationes omnes, ex quibus constat hæc dispositio d. l. fin. intellectui Bart. non conueniunt, cum totum ibi fauori, qui supremis vltimis testatorum arbitrijs debetur, attribuat Imperator: Nam si ex hac heredis promissione constaret illa dispositio, non id totum tribueret Imperator fauori vltimarum voluntatum.

254 Ex hac tamen Bartoli doctrina colliguntur duo, quæ sunt notatu digna. Prius est, quod potest in testamento celebrari contractus, & quod illa dispositio facta in vltima voluntate, iure valebit. Ea enim est natura testamenti, vt in se contractum gerat partur: Quod quidem probant iura ordinaria in l. 1. §. assignare, iuncta l. assignare, ff. de assignand. libor. Quæ duo iura ita iuncta in hanc sententiam expedita in leg. non. consil. 214. num. 2. idem probant iura optima in leg. non. est mirum, ff. de pignoratitia actione, Leandem, in principio, ff. de duobus reis, l. si seruus, §. qui quinque, ibi. Et legatum & stipulatio valebit, ff. de legat. 1. leg. sicut, §. venditionis, ff. quibus modis pignus vel hypothec. solu. & hoc in specie notauit gloss. vt singularis, ita omnibus nota in leg. heredes palam, §. fin. ff. de testament. verbo, alienum, idem tenet Bartolus num. 1. allegans Dylum, & Albericus assertens se ibi vidisse communiter seruari, idem sequuntur ita Baldus, Angelus, Paulus & Aretin. asserit communem ibi Alexand. in his quæ ad Bartol. adiecit, communem opinionem asserit esse Roman. consilio 171. & satis constat esse communem ex Tiraquell. post leg. conubiales, gloss. 3. num. 94. & de constituto possessor. l. part. numer. 23. & ex Tello Fernandez in leg. 3. Tauri in 2. part. num. 27. qui hoc bene declarat, & hanc opinionem dicit communem plures referens Mencha. dict. §. 23. numer. 3. & 4.

Et d. nu. 3. infert ad elegantem illam quæstionem, 255 si quis in testamento dicat alicui presentem, *Dono tibi rem meam, an sit donatio inter viuos, vel legatum:* cum legatum sit etiam donatio, vt sunt iura vulgaria. Et ibi resoluit, quod sit contractus inter viuos, cum Angelo contra Ioannem Fabrum, & assignat concordiam, quod si quidem persona donatarij sit præsens, procedat opinio supradicta Angeli, quæ statim potest valere in vim donationis: si autem sit absens, procedat opinio Fabri, qui in vim donationis valere non potest.

Quæ concordia t videtur hodie cessare, imo quod 256 in vtroque casu valeat in vim donationis attendat l. 1. tit. 8. lib. 3. Ordinamenti, quæ hodie ponitur in l. 2. tit. 6. lib. 5. noua Recopilationis, quæ disponit, ac qui absentis obligationem, ac si præsens esset, & in specie donationis factæ absenti, quod statim valeat, & teneat, atq; tenta illa lege Regia, tenet Antonius Gomez, 2. tomo, C. de donat. nu. 3. in fin. & Didacus Perez in dict. leg. 3. col. 103. vbi refert idem tenentem Couar. in duobus locis, licet contrarium velle tenere Gregorius Lopez in leg. 4. tit. 4. part. 5. Sed in hoc vltimo dicto de lege Regia supradict. tenendum est, quod latius dixi in mea repetitione capit. quamuis pactum, de pact. in 6. DDD



super verbum quamvis pactum patri factum, num. 33 & sequentibus.

257 Illud tamen in proposito oportet nunquam obliuisci, quod etiam si fiat legatum in testamento, si tamen ex post facto res legata traditur legatario per testatorem, non facta commemoratione legari, sed simpliciter, tunc transit tale legatum in donationem inier viuos, & non potest reuocari: secus vero est, si traditio fiat ex causa precedente legati, quia tunc non mutatur naturam legati, sed remanet legatum reuocabile ad voluntatem testatoris: Ita tenet gl. Bart. & communiter Doctores in l. legatum. ff. de legatis. 1. tradit late & bene Matthaeus de Affl. & decis. Neapolitana 265. per tot. praecipue n. 5. & est communis opinio secundum Ant. Gom. l. 17. Tauri, nu. 24. & in 1. tom. variat. cap. fin. de legat. num. 4.

258 Vbi addit bonum verbum, quod eo casu, quo traditio fit sub commemoratione legati, interim quod non reuocatur, legatarius lucratur fructus rei sibi traditae. Hoc tamen verum non existimat Angel. in l. 1. gl. 12. n. 17. tit. 6. lib. 5. noua collect. Regiae: eandem etiam supradictam sententiam testatur communem, plures Doctores pro vtraque parte referens & bene examinans Tellus Fernand. in d. l. 17. Tauri, nu. 83. & sequentibus.

259 Inferens ex eo ad intellectum d. l. 17. & ad eius ampliationem, ut idem sit & procedat, quando melioratio est facta in testamento, si tradita est possessio simpliciter, de quo latius dico in meo tractatu de iuramento confirmat. 1. part. cap. 12. n. 3. 13. & sequentibus. & non sume per And. Angel. in l. 1. gl. 8. n. 28. tit. 6. lib. 5. noua collect. Reg.

260 Addendum est supradictis, quod etiam quasi contractus potest in testamento celebrari, l. si auia, C. de iur. delib. l. Pantoni, §. pro herede. ff. de acquir. hered. §. Delictum etiam potest committi in testamento: quod probat text. in l. si pepererit, in princ. ff. de lib. & posth. vbi id notat Ias. in 5. notab.

261 Item t adde, quod contractus facti in testamento duranti, tamen si testamentum fiat irritum. Bald. in l. si argum. text. ibidem, ff. de reb. eorum, & c. quem & alios referens sequitur Mench. vbi supra, nu. 3. in fin. & iam ego de hoc ex facto consultus ita respondi: sequitur etiam Paul. de Caltr. in l. 3. §. final. n. 5. de liber. & posth. vbi vide quod notabiliter infert ex hoc. An autem vitietur testamentum, videndus est Mench. vbi supra, nu. 4. & quod contractus factus in testamento, sit irrevocabilis, tradit & bene probat plures allegans contra alios plures, imo contra communem, ut ipse refert idem Mench. lib. 3. controu. vsufreg. c. 51. n. 1. & plures referens nouissime Pelaez de maioratib. 1. part. qu. 31. nu. 2. & 7.

262 Secundo colligendum est ex doctrina Bartol. hic, quod sicut testator per pactum potest querere suo heredi, l. si pactum, ff. de probat. contra regulam text. in §. alteri, cum similib. de iur. l. stip. p. n. tit. ita etiam & legatario, quia is quodammodo quasi heres est, ut in l. id tempus, §. in re legata, ff. de vsucap. l. quaedam sunt persona, §. 1. vers. is autem, ff. de eden. facit optime, quod posuit Bart. in l. huiusmodi, §. si Sempron. vers. quero quid si legatarius, ff. de legat. 1. & quod notat Bald. g. 10. Salyc. n. 4. in l. per diuersas, C. mandac.

263 Ecce igitur quam optime constat iam intellectus d. l. si. C. de fideicommissis, sed adhuc carebit omni scrupulo, si consideres, quod ibi non testator, sed lex ipsa remittit ipsam solemnitatem, quam etiam sine testibus confectam suo lex ministerio in tuto conseruat, & non mirum id videri debet, cum solemnitas haec testamentorum à iure ciuili introducta sit, ut supra late conclusum est. Ergo per eandem legem ciuilem

poterit tolli, praecipue in casu aliquo particulari per ipsam legem designato, ut in casu d. leg. fin. quae quidem non obstat huic nostrae l. nemo potest, quia hic restator prohibetur legum formam, substantiamque tollere, & eis derogare, non vero lex aufert facultatem sibi ipsi aliud statuen. & ita est intelligenda materia haec. Et sic cum his est finita & expedita prima oppositio Bart. hic extra gl.

Secundo principaliter extra gl. Bart. opponit contra text. hunc text. in l. 1. ff. de milit. testam. vbi licet militibus testari quomodo velint, neque eorum testamentis obstant, si legum solemnitas in eis non fuerit seruata. Et pro clariori intelligentia huius oppositionis Bart. oportet praemittere, quod si milites domi agant, iure communi testari debent, l. ne quidam, C. de testam. milit. si vero in militia sint cum testantur, & in tentorio velint sua testamenta componere, duobus testibus testamentum constare debet ad hoc ipsum vocatis, l. Diuus, ff. de testam. milit. si vero sint in expeditione ipsa, quando iam, vel praesidium imminet, vel est commissum, nullam seruant solemnitatem, sed duos tantum testes esse oportebit, qui probent illam fuisse militis voluntatem, l. Lucius, ff. de milit. testam. Quod priuilegium & ad eos pertinet, quia nomina sua militie non fuerunt professi, sed ibi casu reperiuntur, leg. vnic. ff. de bonor. possess. ex testam. milit. & c. Ecce igitur, quod milites in suo testamento facere possunt, ne leges in suo testamento locum habeant. Bart. responderet, quod per legem potest remitti solemnitas iuris ciuilis, non per testatorem, ut hic, & sic videtis (inquit Bart.) quod principium huius legis loquitur in priuato, per statutum enim bene potest fieri, ne leges locum habeant in testamento. Haec sunt verba Bart. in quo meritissime est ab omnibus approbatus.

Vnum tamen est, quod Bart. in hac solutione praesupponit, de cuius veritate apud multos sepe dubitatum est: posse ex statuti constitutione introduci, ut homo priuatus testetur cum minori testium numero, quam lege communi requisitus sit, ut si dicat statutum, constare ex duobus, vel tribus testibus, & contra hanc doctrinam Bart. adest text. praestantissimus in l. si. C. de testam. in illis verbis:

Nulla modo concedimus. Per quae verba videtur adempta inferioribus à Principe facultas contrarium disponendi, ex sententia gl. singul. in Clement. et hi qui diuini, in parte, concedatur, de atat. & qual. quam ibi sequitur Paulus de Leazar. col. 6. & ceteri antiquiores, idem repetit gl. in ead. Clementina, verb. illi vero, in illis verbis: Nullo modo: vbi eam expendunt & sequuntur Cardinal. n. 1. Dominicus 8. notabil. Angel. & Imol. in l. si quaramus, ff. de testam. Ias. in l. 1. §. sublata, 2. lectura, n. 13. ff. ad Trebell. quae sententia communis videtur ex his, quae in vnum congestit Tiraq. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, nu. 94. C. de reuocand. donat. Videtur igitur ex illa leg. final. prohiberi ciuitatibus, ne statutum possint componere, ex quo possit testamentum constare absque iusto septem testium numero. Secundo inducitur ille textus contra sententiam Bart. in vers. in illis vero locis, vbi iustissimam approbat consuetudinem rusticorum, ut possint quidem illi testari cum minori numero septem testium. Videtur igitur in praecedenti casu, cum de non rusticis loqueretur, illam consuetudinem reprobare. §. Quod t constare videtur ex dictione illa, si vero, quae aduersaria est, quare & in iure & in facto aduersari videtur, haec est enim ipsius peculiariis natura, l. sed & si lege, in princ. ff. de petitione hered.

Quare contrariam t opinionem, imo, quod statutum super hoc fieri non possit, tenet Oldrad. conf. 247. incip.

incipienti. Praesupposita consuetudine, col. 2. vers. ad secundam quaestionem, vbi in consuetudine loquitur: eandem etiam opinionem contra Bart. tenet Iacobus de Aretin. in l. 3. ff. de testam. vbi Ioannes de Imola idem sequutus nu. 3. affirmat, quod haec opinio contra Bartolum videtur verior: & hanc opinionem tenent Antonius & Abbas, n. 9. in cap. scilicet, de probat. horum quidem contra Bartolum fundatur sententia ratione quadam non vulgari. Nam cum testes in testamento septem adhibeantur, ut falsitatis suspicio abfit, l. final. C. de fideicommissis in vers. Lex etenim, l. iubemus, C. de testam. statutum vel consuetudo illum numerum minuens, tanquam inducens materiam falsitatis, valere non debet argumento text. in cap. ex parte de consuetudin. & in authent. et nulli iudic. in principio, collatione g.

270 Quae omnia etsi vigentia esse videantur argumenta, non me mouent, quin sententiam Bart. in praesenti & sequar & verior esse existimem, quem nullus ex his: qui in hac lege commentaria ediderunt, reprobant, (quod scierim viderimque.) Itaque omnes approbasse videtur ex sententia gl. vulgari in l. inter omnes, gl. 1. ff. quis satis, cogant. communiter approbatae: id ita testantur Tiraq. de retract. conuent. §. 2. gl. 5. nu. 2. & in tract. Le mort, part. 2. n. 17. Imo vero sententia Bart. tribus iuris rationibus firmata est non vulgariibus.

271 Prima est, nam t ad hoc, ut testamentum in scriptis factum iure sortiatur effectum, requiritur eius publicatio, l. publicatio, l. testamenta omnia, C. de testam. sed illa solemnitas potest per consuetudinem vel statutum minui vel mutari, l. 2. ibi, ut secundum leges, moreque locorum insinuetur, C. quemadmodum, testamenta aperiantur: Ergo ita, ut saltem duobus, vel tribus testibus constet testamentum.

272 Secunda ratio est, nam pater naturalis potest inter liberos duobus tantum testibus praesentibus testamentum componere, l. hac consulti sumus, §. ex imperfecto, C. de testam. l. fin. C. fam. heredit. Poterit ergo & patria idem circa subditos disponere, cum potestas illius in liberos potestati aequiparetur, leg. vlt. ff. de iustitia & iur. l. postliminium, vers. filius, ff. de captiu. & postlimin. reuers.

273 Tertia ratio determinationis Bart. ea est, quoniam non inuenitur prohibitum tale statutum: Ergo videtur permissum, l. omnes populi, ff. de iustit. & iur. iuncta l. necnon, §. quod eius, ff. ex quib. caus. mai. Quare sententia Bart. est tenenda, quam esse communem testatur in praesenti Crot. n. 21. Annibal. 145. eandem sententiam tenet idem Bart. in l. 1. 22. C. de summa Trinit. & fide catholica, vbi idem sequuntur Bald. Salyc. & Fulg. & communem ibi testatur Aret. n. 14. Ias. 37. & in 2. lectura, n. 80. hanc esse praeterea communem testatur Io. de Imol. in l. licet, n. 3. ff. de testam. communem testatur Aret. ibi col. 2. in princ. & idem Aret. in c. 2. de probat. vbi Felin. n. 10. dicit hanc opinionem reputari veriorerem, & esse communem, & ab ea nunquam licere recedere, asserit Dec. ibi, n. 12. in si. subdens, articulum esse disputabilem, & hanc opinionem plures referens, sed non hoc, dicit communem Mench. §. 2. n. 20. contra nonnullos, quos refert, & eam probat, tandem in fine reliquit cogitandum, eandem etiam opinionem tenet idem Bart. in reprob. l. de quib. n. 28. ff. de legib. vbi Ioan. Orosc. n. 128. dicit opinionem Bart. esse receptam, & in iudicijs, & in scholis eam sequutos.

Nec huic Bart. receptissimae sententiae obierit eius in d. l. si. C. de testamentis, ut superius illam induximus. Nam text. ille loquitur per verba non quidem prohibitiua, quo casu censeretur adempta facultas disponendi his, qui inferiores sunt principalibus, sed loquitur per verba non permissiua, dicit enim Impera-

tor: Minus autem nullo modo concedimus. Et sic non quidem id prohibet, sed potius non permittit, quare alij non videntur prohibiti id permittere.

Secunda consideratio d. l. si. in dictione aduersaria, si vero, non obstat, quia ibi illa aduersaria stat improprae, ne sequatur hoc exorbitans iure communi, ne possint populi statuere contra d. l. omne populi.

Vel secundo respondeo, id primum libenter concedens, reprobari ibi illam consuetudinem, ex quo tamen est tacita reprobatio à contrario legis sensu collecta, non est extendenda ad reprobationem futurae consuetudinis, vel statuti, argumento text. optimi in l. si. in princ. ff. de legat. 2. Ita huic difficultati responderet Bart. in d. l. 1. n. 11. & idem in ropet. d. l. de quibus, n. 28. & Ioannes Oroscius ibi, n. 130.

274 Ex quibus satis superque iusta determinatio Bart. potest constare, quae tamen ita intelligenda est, ut si dicat statutum, sufficere in testamento quinque testes, non ex hoc pro codicillis sufficientes tres testes, cum nulla lege cautum reperiamus, quod semper in codicillis requirantur duo testes minus, quam in testamento. Huius doctrinae habemus auctorem Bart. in l. 3. n. 5. vers. sed quid statutum, ff. de legat. 1. vbi idem seq. Paul. n. 3. & Alex. §. l. 34. qui asserit, quod cum Bart. tenent ceteri: communem esse profiteretur plures referens Ant. Gom. in l. Taur. n. 67. secundum quos, si statutum cum duobus, vel tribus testibus permittat confici testamentum, totidem pro codicillis satis erunt.

275 Tertio principaliter t opponit Bart. text. in l. 1. C. de vsufu. & in l. pen. C. ut in possess. legat. vbi non licet testatori prohibere cautionem, quae ab vsufuuario heredi per praetorem praestanda est. Haec Bart. oppositio non tam tendit aduersus text. nostrum, quam aduersus resolutionem paulo superius à Bart. pernotatam, vbi dixerat, quod in testamento solemnitate testator non poterat, vel vnum iota ex his, quae iure praecipua sunt, immutare: secus in his, quae tenore testamenti respiciunt. Sed in iuris. sup. allegatis cautio heredi ab vsufuuario praestanda de vrendo & fruendo boni viri arbitrio, non est de testamenti solemnitatibus, sed potius respicit extrinsecum ipsius testamenti tenorem: Quid igitur in causa est, quo minus possit testator cautionem illam remittere: vt probant iura allegata per Bart. & praeterea text. in l. si pecunia, in princ. ff. ut in possess. legat. Et licet Bald. in authent. cui relicta, n. 22. C. de iudic. videtur, tolli. satis nobis insinuet, existimare se posse hodie à testatore cautionem hanc de vrendo & fruendo remitti, tamen si relinquar cogitandum, & sic innuit apertissime Bald. correctam esse hodie dispositionem text. in d. l. 1. C. de vsufu. tamen contra Bald. asserit communem opin. esse Qual. denf. de arte testandi, tit. 8. cautel. 1. col. 2. dicit verum & communem. Mench. de success. creat. §. 7. n. 31. col. 2. ad finem.

276 Vbi etiam t inquit, quod neq; per viam conditionis, vel pena potest prohiberi haec cautio per testatorem. Eandem etiam opin. testatur communem, plura consilia doctorum referens Rol. à Valle conf. 92. n. 1. vol. 2. vbi pluribus modis eam ampliat in nu. seqq. ampliat etiam eam & limitat Arias Pinel. in l. 2. part. nu. 76. C. de bon. materi. Nunc autem ad solutionem contrarij rediens Bart. ex sententia gl. in d. l. 1. & in l. pen. primo respondet, quod cautio illa est inducta in fauorem heredis, quare videtur, quod testator non possit illam remittere. §. Verum t haec solutio confunditur ex eo, quod liberum sit testatori de re heredis sicuti de propria disponere, l. vnum ex familia, §. si rem, ff. de leg. 2.

277 Quare Bart. ex sententia gl. in d. l. pen. huic solutioni alteram ipse jungit, dicens, quod cautio illa non solum est in fauorem heredis, sed ideo est inducta, ne quis inuideretur ad delinquendum, vnde per te-