

duabus partibus totius hereditatis; & tertiam partem reliquit extraneo, vel pro anima, vel tandem distribuit quomodo voluit, juxta dispositionem textus in leg. 6. *Taur.* Si in illa tertia parte retinebit pater usumfructum qui antea sibi competebat, taliter quod dispositio filii quam fecit de ea re, intelligatur tantum respectu proprietatis; vel, si tertia pars alteri relicta pertinebit ei pleno jure, tam in proprietate, quam in usufructu? Et certe videtur dicendum, quod pater in ea debet retinere usumfructum per tempus vite sue, & alteri tantum pertinebit proprietatem, nec de ea potuit filius pleno jure disponere. Primum, per jura expressissima superiora, quibus probatur, quod per mortem filii non amittit pater usumfructum quem habet in bonis filii; & quando concurrunt mater vel alius cum eo in successione, semper praefertur pater in usufructu. Secundum & in specie, quia quando per legem vel statutum conceditur filio licentia testandi, debet intelligi, salvo semper usufructu, vel jure, quod pater habet in bonis filii: Ita expressé determinat Bald. in leg. *Si quaramus. ff. de Testament. in finalib. verb.* argumento text. in leg. *Cum maritus. §. fin. de Pactis dotal. & in leg. Ex facto. in princip. ff. de Vulg. & pupill.* tenet etiam Joan. de Imol. in cap. 2. *Extra. de Testament. 7. column. num. 28.* tenet etiam & commendat Angel. de Gambellion. in *Tract. de Testament. 1. column. numer. 12.* Confirmatur etiam ex sententia Bartol. in leg. 1. *Cod. de Sacrosanct. Eccles. 4. quest. 1. questionis principalis:* ubi tenet, quod licet damnatus ad mortem possit facere testamentum ex privilegio, vel aliis; tamen non possit testari in praedictum illorum quibus applicantur bona per *Authentic. Bona damnatorum. Cod. de Bonis proscript.* quia non debet intelligi in praedictum eorum: idem tenet etiam Abb. in *Rubr. de Testament. in fin.* Tertio pro ista sententia & conclusione considero Glossam notabilem in leg. *final. Cod. de Sent. passis.* in verb. *Patre.* in *fin.* ibi: *Salvo tamen usufructu patris.* ubi dicit, quod si pater deportatus est, & per hoc filius ejus exemptus est a potestate sua, & fecerit testamentum ante restitutionem patris; valebit circa propria bona ipsius filii, scilicet Castrensia, vel quasi, & adventitia respectu proprietatis, non vero circa usumfructum quem pater habebat in eis. Quarto finaliter facit tale fundamentum: Certum est, quod licet a jure quis habeat liberam & plenam facultatem testandi, tamen debet intelligi sine praedictum tertii; & in dubio, talis facultas debet intelligi & restringi ad jus quod habet in rebus suis: textus est in leg. *final. Cod. de Hered. instit. text. in leg. Cum maritus. §. final. ff. de Pactis dotalib. text. in leg. Si domus. §. final. ff. de Legat. 1. text. in leg. Servi electione. §. final. eod. tit. text.*

in leg. *Uxor patris. Cod. de Legat. text. in leg. Fideicommissa. §. Quamquam. ff. de Legat. 3. bonus text. in leg. 1. ff. de Milit. testament.* per quem dicebat ibi Bald. quod licet aliquis actus committatur in meram voluntatem alicujus, non videtur ei concessum ut fiat cum praedictum juris alterius.

Contrariam tamen sententiam & conclusionem ego teneo pro verissima, imò, quod illa tertia pars pertineat, tam in usufructu quam in proprietate, ei cui relicta est. Primum, quia *nostra lex 6. Tauri*, simpliciter & indistincte dicit & permittit, quod filius possit disponere de tertia parte bonorum suorum: ergo non minus intelligatur in usufructu quam in proprietate. Secundum etiam considero & pondero istam nostram legem sextam, in quantum dicit, quod filius possit disponere de praedicta tertia parte pro anima sua, vel pro alia qualibet causa: Sed non est verisimile, quod talis dispositio pro anima debeat suspendi usque ad mortem patris; cum antea non expiret usufructus: Ergo &c. Nec obstat si dicatur, quod posset vendi & alienari proprietatem illius tertiae partis: Quia respondeo, quod licet, proprietarius extraneus possit vendere proprietatem, invito fructuario, ut in leg. *Locum. §. Proprietarius. ff. de Usufruct. & in leg. 2. Cod. eod. tit. & in leg. Fundi Aebutiani. ff. de Usufruct. legat. & in leg. Justo. §. Non mutat. ff. de Usucap. & in leg. 3. §. Si haeres. ff. de Usufructuar. quemadmodum caveat.* tamen filius proprietarius nullo modo potest vendere, vel alio titulo alienare proprietatem suam, invito patre fructuario, propter reverentiam patris, & ut pater non habeat extraneum & inquietum proprietarium: textus est formalis & expressus in leg. *final. §. Ipsum. vers. Filiis autem. Cod. de Bonis quae liber. Tertio & subtiliter facit: quia cum de jure communi Legitima patris sit Quarta, & de jure Authenticorum sit Tertia; quia cum fuit aucta in filiis, ita in ascendentes, ut determinat Glossa, juncto textu, in *Authentic. Novissima. Cod. de Inoffic. testament.* & ibi communis opinio: tamen hodie de jure nostri Regni per *istam nostram leg. 6.* Legitima parentum sunt duae partes omnium bonorum; & de tertia tantum potest filius disponere: ergo cum pater nimis sit honoratus per *nostram leg.* nihil mirum, si per eandem possit in alia tertia sibi auferri usufructus. Quarto facit optimus textus bene ponderatus in *Authentic. de Heredib. ab intestat. venien. cap. Si igitur. el. 1. versic. Si vero cum ascendentes.* *Collat. 9.* ubi disponitur, quod eo casu quo succedunt parentes alicui filio cum aliis filiis fratribus defuncti, non habent parentes usumfructum in illa parte & portione in qua succedunt ipsi fratres, ex eo quod in recompensam parentes succedunt in sua parte tam in proprietate quam in usufructu: ad idem est textus*

in *Authentic. Item hereditas. Cod. de Bonis quae liber. Ergo* in nostro casu & quaestione, cum ista nostra *lex 6. Tauri* dederit patri amplam legitimam, merito potuit in illa tertia parte ei auferre usumfructum, ut pleno jure possit filius in quem vellet de eo disponere. Quinto etiam facit *lex 5. supr. proxima*, quae dicit, quod filius-familias possit testari & disponere ac si non esset in potestate. Sexto etiam probo per *istam nostram leg. 6.* quae dicit, quod filius-familias possit testari & disponere de tertia parte bonorum suorum cujusque qualitatis sint: ergo bene sequitur, quod poterit disponere de praedicta tertia parte, tam in usufructu, quam in proprietate. (n)

Ex qua sententia & conclusione infero, quod si filius haberet patrem & matrem, & illam tertiam praelegaret matri, quod pertinebit matri pleno jure, tam in usufructu, quam in proprietate. Item etiam infero, quod si filius simpliciter influit patrem & matrem simul & conjunctim, quod licet in omnibus bonis pater debeat retinere usumfructum per tempus vite suae, ut supra conclusum est; tamen in dimidia parte illius tertiae partis bonorum, quae ad matrem pertinet, non habebit pater usumfructum; cum respectu ejus, filius liberé potuit testari & disponere.

14 Postremo & finaliter notandum est ex *nostra leg. in fin.* quod licet ascendentes succedant descendentes, ut supra dictum est; tamen si aliquo loco sit constitutum, vel consuetudo, quod bona habita ex linea paterna reserventur solis parentibus ex illa linea, & bona habita ex linea materna reserventur solis parentibus ex illa, valet & tenet, & est servanda: (o) & ita disponit *nostra lex*: Circa quam quaero, an habeat locum tantum ab intestato, aut etiam contra testamentum, quando cuilibet parenti non relinquatur quod est a sua linea proventum? Et videtur, quod utroque casu habet locum ista lex: quod probat *nostra lex*, in quantum vult quod ascendentes sint legitimi successores descendentes ex testamento, & postea dicit: *Salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, do, segun el Fuero de la tierra, se acos-*

tumbran tornar sus bienes al tronco: Ergo ad utrumque casum refertur. Sed his non obstantibus, ego teneo contrarium, imò, quod nostra *lex* & ejus dispositio in hoc tantum habeat locum ab intestato, & non contra testamentum: Primum, quia aliis esset auferre libertatem testandi: Secundum, quia ab intestato defertur hereditas ex legis dispositione; unde, illo casu nostra *lex* videtur loqui: factum vero testamento testator sibi providet, relicta legitima necessaria; & *lex* se non intromittit hoc casu: & ista est veritas.

TEXT. VII.

„ EL hermano para heredar ab intestato a su „ hermano, no pueda concurrir con los „ padres, o ascendentes del difunto.

Id est:

Frater non admittatur ut heres sit fratris ab intestato decedentis, una cum parentibus aut ascendentes defuncti.

COMMENTARIUM

In Legem VII.

SUMMARIUM.

1 Fratres vel sorores descendentes, an admittantur una cum ascendentes.

Nota dispositionem hujus legis: Pro cujus perfecta intelligentia praesuppono, quod de jure communi fratres vel sorores filii, nepotis, vel alterius descendentes ab intestato defuncti, admittebantur ad successionem ejus una cum patre, vel matre, vel aliis ascendentes, pro virilibus portionibus: text. est in *Authentic. de Hered. ab intestat. venien. cap. Si igitur defunctus. el. 1. versic. Si vero collat. 9.* cujus verba sunt: *Si vero cum ascendentes inveniuntur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis*

gra-

(n) Hanc domini mei sententiam sequuntur, Menchac. *de Success. progressu. lib. 1. §. 1. num. 31.* Azeved. in leg. 4. tit. lib. 5. *Recopilat.* qui in praxi servandam asserit: Verum contrariam sententiam causam diligentius examinata, videtur tenere Dominus meus in leg. 48. *infr. His legibus. num. 7.* Gregor. in leg. 13. tit. 1. part. 6. verb. *Que esta en poder.* Pinell. in leg. 1. *Cod. de Bonis matern. 2. part. num. 44.* Perez in leg. 1. tit. 2. lib. 5. *Ordinament. gloss. 1. column. 3.* verb. *Intellige tamen.* Tell. *hic. num. 3.* & 4. *Peralt. in Rub. de Hered. instit. num. 180.* Rojas *de Success. ab intestat. cap. 28. num. 232.* Mier. *de Majoratib. 1. part. quest. 1. num. 64.* Molin. lib. 2. cap. 9. num. 22. usque ad 24. *Maticenz. in leg. 4. tit. lib. 5. gloss. 3. num. 3. & gloss. 4. num. 1.* Velazq. *hic. num. 14.*

(o) Idem tenet Castill. *hic. verb. El Fuero de la tierra. Rub. num. 35.* Gomez Arias num. 280. *Maticenz. in dict. leg. 1. tit. 8. lib. 5. gloss. 9. num. 2. & 3.* Velazq. *hic. glos. 11. num. 1. cum sequent.*

gradu ascendentes vocabuntur. & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. text. in *Authentic. Defuncto.* versic. 1. *Cod. Ad Terryll.* & ibi etiam communiter DD. text. in *leg. 4. tit. 13. 6. partit.* Hodié tamen ista dispositio juris communis corrigitur per nostram legem, quia fratres vel sorores nullo modo succedunt cum ascendentes: & certé nostra lex nullam aliam materiam continet.

TEXT. VIII.

„MAndamos, que sucedan los sobrinos con los tios ab intestato á sus tios in stirpem, y no in capita.

Id est:

Præcipimus ut nepotes ex fratribus (Hispan. Sobrini) uná cum avunculis succedant avunculis ab intestato in stirpem, non in capita.

COMMENTARIUM

Ad Legem VIII.

SUMMARIUM.

- 1 Quomodo succedant collaterales.
- 2 Quomodo cognoscatur quod quis sit proximior in gradu.
- 3 An sit sublata differentia agnationis & cognationis?
- 4 An cum bona conscientia possit testator instituire extraneum, & excludere consanguineos collaterales?
- 5 Agnati & cognati usque ad quem gradum succedant.
- 6 Hereditas indivisibilis an pertineat ad collateralem in remotissimo gradu.
- 7 Licet proximiores in gradu quando sunt in pari gradu æqualiter admittantur; si in aliquo reperiat major qualitas, an ipse præferatur?
- 8 An ista major qualitas attendatur ultra fratrem & filios fratrum?
- 9 Si testator instituit fratres suos simpliciter, an admittantur utrinque conjuncti tantum, vel etiam admittantur fratres ex uno latere?
- 10 An habeat locum representatio inter collaterales?
- 11 & 12 Si decedat quis, relictis filiis ex pluribus fratribus jam defunctis, an succe-

(A) Vide Matienz. alios congerentem, in *leg. 5. tit. 8. lib. 5. Recopilat. glos. 1. num. 1.*

- dant in stirpes, vel in capita?
- 13 & 14 Intellectus hujus legis 8.
 - 15 & 16 Si quis instituat fratrem & filios alterius fratris defuncti, an videantur institui in capita?
 - 17 Si testator dicit simpliciter: Instituo fratres meos hæredes: an videatur instituisse etiam filios fratris mortui?
 - 18 Si plures sint in eodem gradu, an succedant in stirpes, vel in capita?
 - 19 An filius ex filio majori mortuo præferatur filio secundo ultimi possessoris.
 - 20 Deficiente linea collateralium, an succedant vir & uxor?
 - 21 Quando dicitur quod uxor succedat, an admittatur sponsa de præsentibus?
 - 22 & 23 Ad hoc ut vir & uxor succedant, an requiratur quod duret matrimonium & non fiat divorcium?
 - 24 Pupillus si decessit sine agnatis, vel cognatis, an succedat tutor testamentarius vel dativus?
 - 25 Si quis decedat ab intestato in Hospitali, an succedat Hospitale?
 - 26 Si quis decedat ab intestato, non relictis consanguineis ex aliqua linea, an succedat Fiscus?

Nota dispositionem hujus legis; nam postquam supra in *leg. 6.* visum est de successione inter ascendentes, nunc in ista lege necessarium est videre de successione ab intestato inter collaterales. Pro cujus perfecta intelligentia & declaratione, dico & præsuppono, quod collaterales succedunt ab intestato collateralium suo defuncto, secundum sui gradus prærogativam & proximitatem: Unde, ille qui tempore mortis reperitur proximior, præferatur in successione: (A) text. est in *leg. 2. §. Hac hereditas.* ff. de Suis & legit. heredib. cujus verba sunt: Hac hereditas proximo agnato, id est, ei quem nemo antecedit, defertur. text. in *leg. Jurisconsultus.* & quasi per tot. ff. de Gradib. text. in *leg. 1. §. Proximus.* ff. Unde cognat. text. in *leg. Lege duodecim Tabularum.* versic. Hujusmodi. *Cod. de Legit. hered.* text. in §. 1. *Instit. de Legit. agnat. success.* text. in §. Proximus. & in §. Si plures. eod. tit. text. in §. final. vers. Totiens. *Instit. de Servil. cognat.* text. in *leg. Quotiens utriusque.* ff. de Regul. jur. text. in *Regul. Qui prior.* de Regul. juris in 6.

Et ad cognoscendum quis sit proximior in gradu, semper debet fieri computatio incipiendo ab illo collateralium qui vult succedere, & faciendo ascensum ad patrem, vel alium ascendentem communem, à quo descendunt, & postea facere descensum ad defunctum collateralium, de cujus suc-

successione tractatur; & in hoc gradu censentur esse: Unde, in linea collateralium non potest dari primus gradus, sed computatio incipit à secundo gradu; & sic fratres sunt inter se in secundo gradu, & deinceps alia persona adjecta facit alium gradum: text. est in *leg. 1. §. 1. ff. de Gradib.* ibi: Ex transverso sive à latere nullus est primus gradus, id est incipit à secundo. text. in *leg. Jurisconsultus.* §. Sunt & ex laterib. & in §. Sequent. vers. Idem faciendum ff. de Gradib. text. in §. Secundo gradu. *Instit. eod. tit. (b)* Si verò plures collaterales sint in eodem gradu, tunc omnes pariter admittuntur: Et licet de jure antiquo fiebat differentia, an essent agnati descendentes per lineam masculinam, vel cognati descendentes per lineam foemeninam; qui agnati tantum succedebant, exclusis cognatis, licet proximiores essent; (c) item etiam, cognati non admittebantur de jure civili, sed tantum de jure prætorio: ut in *leg. 1. & per totum.* ff. Unde legitimi. & in *leg. 1. & per totum.* ff. Unde cognati, & in *leg. 1. & per totum.* *Cod. Unde legitimi, & unde cognat.* & in §. 1. & per totum. *Instit. de Legit. agnat. success.* & in §. 1. & per totum. *Instit. de Success. cognat.* Tamen hodié de jure novo Authenticorum indifferenter succedunt agnati & cognati, secundum gradus prioritatem, sine aliqua differentia agnationis vel cognationis: text. est in *Authentic. de Hered. ab intestat. venien. cap. Nullam.* *Collat. 9.* ibi: Sive per masculi sive per femina personam defuncto jungebantur: sed in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus. & ibi communiter DD. (d)

Dubium tamen est, an cum bona conscientia in testamento possit defunctus alium extraneum instituire, & consanguineos suos collaterales om-

nino præterire? Et similiter, an ipse hæres institutus, licet & cum bona conscientia possit bona retinere? Et breviter dicendum est, quod si consanguinei sunt divites, potest licet instituire quemlibet extraneum; si verò sunt pauperes, non potest cum bona conscientia instituire extraneum divitem; si verò æquali paupertate sunt constituti, tunc sint præferendi consanguinei, ut eos teneatur testator instituire: argument. text. in *cap. Si quis dereliquerit.* 30. *distinct.* & in terminis ita tenet Ancharran. in *cap. Mala fidei possessor. de Regul. jur. in 6. 1. quest. principali.* Joan. Fab. in §. 1. *Instit. de Hereditat. quæ ab intestat. defer.* & facit illud Augustini: Si quis habet consanguineum pauperem, & extraneum instituit heredem, alium querat pro consilio quàm Augustinum.

Item adde, quod licet in successione ab intestato descendentes succedant in infinitum ascendentibus suis; item etiam ascendentes succedant in infinitum descendentibus suis, quando vita eorum produci & extendi possit natura, vel Dei miraculo: ut in *Authentic. de Heredib. ab intestat. venien. cap. 1. Collat. 9.* ibi: Cuiuslibet natura, aus gradus. & in *cap. Si igitur defunctus.* & ibi Glos. & communis opinio: text. in §. *Intestatorum.* *Instit. de Hereditat. quæ ab intestat. defer.* & ibi etiam Glossa & communis opinio: & tenet & commendat Bald. in *leg. final. Cod. Unde legitimi.* 5. *column. num. 17.* & ibi alii DD. Tamen in collateralibus, gradus successioneis coarctatur: quia agnati succedebant usque ad decimum gradum, cognati verò usque ad sextum; ut in §. *final. Instit. de Success. cognat.* quem ad hoc notant & commendant ibi DD. & dicit meliorem de jure Angel. & illum textum ad hoc reputat singularem Matthæ. in

Trac-

(b) Hanc computationem sic fore faciendam, testatur Gregor. Lop. in *leg. 3. tit. 6. partit. 4. Matienz. in dict. leg. 5. tit. 8. lib. 5. gloss. 1. num. 4.*

(c) Sed dubitari solet, utrum proximitas hæc attendenda sit respectu ultimi possessoris, vel respectu primi fundatoris? Et attendenda esse respectu ultimi possessoris, tenet Socin. in *leg. Si cognatis.* num. 40. ff. de Rebus dubiis. & in *leg. Heredes mei.* §. Cum ita. num. 21. ff. Ad Trebellian. & *Consil. 73. num. 14. lib. 4. & Consil. 43. lib. 5. & Consil. 86. num. 11. lib. 3. Corn. Consil. 22. lib. 2. & Consil. 86. lib. 1. Curt. Junior Consil. 125. num. 4. Anton. Rub. Consil. 36. cum duobus sequentibus.* laté Marian. Socin. *Consil. 126. lib. 1. num. 36. Gozadin. Consil. 3. num. 17. & 31. Tiraquell. de Retractat. lib. 1. §. Videamus. glos. 1. in fin. Clar. lib. 3. §. Testamentum. quest. 76. num. 14. ubi hanc appellat communem, & nullo modo ab ea recedendum in judicando & consulendo: Alciat. *Consil. 480. num. 12. & Consil. 610. num. 4. Berol. in cap. In præsentia. num. 417. de Probationib. Menchac. lib. 3. §. 26. num. 11. Alvar. Velasc. de Jure emphiteutic. quest. 50. num. 34. Molin. lib. 3. de Primogeniis cap. 9. per tot. & lib. 1. cap. 9. num. 47. & lib. 3. cap. 4. num. 14. Gregor. Lop. in *leg. 2. tit. 15. partit. 2. in verb. El mas propinquo parente. ad fin. in verb. Nota item.* Vall. *Consil. 100. num. 10. & 18. Pelæz. in Tractat. Majoratum. 2. part. quest. 8. Paris. Consil. 2. num. 4. volum. 2. Burg. de Paz Consil. 29. & 8. 41. & 51. Matienz. in *leg. tit. 11. lib. 5. Recopilat. glos. 2. num. 1. fol. 354. verb. Talguno de aquel abolengo. & in leg. 8. tit. 11. lib. 5. glos. 3. fol. 375. verb. Otro pariente propinco. Menchac. lib. 3. §. 27. num. 4.****

(d) Idem docet Matienz. in *dict. leg. 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 4. 5. Covarrub. in Epitome successione. num. 11.*