

fn. ff. Si quid in fraud. patro. (p) Sed melioratio Tertii dicitur Legitima respectu filiorum, cum extraneo relinqui non possit, ut in leg. 9. tit. de las Mandas. lib. 3. For. II. (q) Ergo illo tempore attendatur valor ejus. Istam rationem ponit Doctor Palac. Rub. in leg. 19. supra, eod. num. 5. licet idem Doctor Palac. Rub. relinquat istam quaestionem indecisam & cogitandam in sua repetit. cap. Per vestras. de Donat. inter virum & uxor. fol. 97. col. 1. versic. Et ista faciunt. Ex quo inferitur, quod si tempore mortis pater vel mater haberet plura bona, de omnibus debet ei solvi melioratio: si vero haberet pauciora quam tempore contractus & promissionis, de illis tantum debet fieri solutio. Et extendit conclusionem hujus textus, ut procedat & habeat locum tam in melioratione expressa, quam etiam in donatione simpliciter facta alicujus rei vel quantitatis, modò sit statim valida & firma, modò non, sed morte confirmetur: quia cum illa habeat vim meliorationis, ut in leg. 26. infr. eod. debet etiam in ea attendi & considerari tempus mortis: & ita tenet expressè Cifuentes in presenti final. quast. (r) Et adde pro maxima declaratione & extensione hujus legis, quod talis melioratio, etiam respectu bonorum futurorum non potest revocari, licet in eis non fuerit tradita possessio, si fuerit tradita de presentibus, ut dixi & fundavi in leg. 17. supra, eod. num. 1.

TEXT. XXIV.

Quando el Testamento se rompiere, ó annullare por causa de pretericion, ó exheredacion, en el qual oviere mejoría del Tertio, ó Quinto; no por esso se rompa, ni menos dexa de valer el dicho Tercio, y Quinto, como si el dicho Testamento no se rompiesse.

(p) Limita tamen in casu leg. 29. infra, quæ hodie est lex 3. tit. 8. lib. 5. Recopilation. scilicet, cum dos & donatio contrahuntur ad collationem & partitionem in hæreditatum divisione procedentium ab ipsis meliorationibus; tunc enim attendetur tempus factæ ac promissæ dotis, vel donationis propter nuptias, vel tempus defunctorum, secundum quod elegerit is, in cujus favorem dos vel donatio propter nuptias facta sit, ut tenet Angelus in leg. 7. glossa 2. num. 6. & in 6. glossa 1. num. 10. Azeved. in leg. 7. tit. 6. lib. 5. Recopil. ubi etiam id sublimitat.

(q) Et ut tenet Castill. in leg. 19. Taur. num. 6. & 7. Covarrub. in cap. Quamvis pactum 3. part. §. 1. num. 2. Azeved. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. num. 24. ad fin.

(r) Huc faciunt dicta per Tellum in leg. 15. num. 15. cum sequent. ubi, quamvis pater in vita assignasset filio congruam Legitimam, habito respectu ad bona quæ tunc habebat; si postea bona patris aucta sint, debetur ex illis bonis auctis Legitima: quam etiam quaestionem tangit Azeved. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil. num. 22. & idem Tellus hic.

(A) Vide Matienz. in leg. 8. tit. 6. lib. 5. Recopilat. glossa 1. num. 1. Tell. Fern. hic num. 1.

Id est:

Quando Testamentum rumpetur aut annullatur ob preteritionem aut exheredationem, in quo fuerit aliquod augmentum vel melioratio in Tertio, aut Quinto; ob id non rumpatur seu reddatur minus validum prædictum augmentum, vel melioratio, perinde ac si prædictum Testamentum non esset ruptum.

COMMENTARIUM

In Legem XXIV.

SUMMARIUM.

- 1 Quibus modis & casibus annulletur testamentum?
- 2 An & quando institutio directa contenta in tali testamento nullo & invalido obligetur & convertatur in fideicommissum?
- 3 Quando testamentum defuncti ratione preteritionis vel exheredationis deficit, an conserventur legata?
- 4 Melioratio Tertii & Quinti relicta in testamento, an conservetur, rupto vel annullato testamento?

Nota ex ista lege, quod rupto vel annullato testamento ex causa preteritionis vel exheredationis, confirmatur & validatur melioratio Tertii & Quinti in eo contenta. Pro cujus perfecta declaratione magistratiter & resolutivè dico, quod testamentum primo modo potest annullari propter defectum Testantis, quia minor, vel in potestate alterius, vel furiosus, mente captus, (A) & sic carens intellectu, vel prodigus, vel condemnatus crimine capitali, vel ex aliqua alia causa prohibitus testari: Et tali casu legata & fideicom-

commissa in eo relicta non valent nec tenent, quia prohibitus testari videtur etiam prohibitus codicillari: text. est formalis & expressus in leg. 2. ff. de Legat. 1. cujus verba sunt: Sciendum est eos demum Fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent: & ibi Glossa ordinaria, Bartol. Alberic. Bald. Panormit. Imol. Angel. Aret. Socin. Cuman. Alexand. Jas. & communiter DD. text. in leg. Divi. §. Codicillos. el. 2. ff. de Jure codicill. text. in leg. Consciuntur. §. Codicilli. eod. tit. text. in leg. 1. tit. 12. part. 6. Ex quo notabiliter inferitur, quod si lex nova vel statutum disponat, quod minor viginti quinque annorum, vel senex post certam ætatem, vel advena & forensis, vel similis persona non possit testari; non poterit etiam codicillari: quia licet non debeat extendi, ut in leg. Si verò. §. De viro. ff. Solutio matrimonii. junctâ communi opinionem, ex eo quod est correctoria; tamen ex eo quod sunt casus æquiparati per legem antiquam, dispositum in uno censetur etiam dispositum in reliquo: argumento text. in leg. Si quis servo. Cod. de Furtis. & ibi notat & commendat Glossa final. Bart. & communiter DD. text. in leg. 1. §. 2. ff. Ad leg. Falcid. text. in leg. 1. §. 1. ff. de Munerib. & honorib. cum simil. & in expresso ita tenet & infert Bartol. in dict. leg. 2. ff. de Legat. 1. col. 1. 1. quast. & ibi Panorm. Aret. Alexand. & Modern. & istam dicit communem opinionem Socin. Junior in reper. illius leg. pen. fol. num. 134. tenet etiam Paul. de Castr. & alii DD. in leg. Non est novum. ff. de Legibus.

Secundò & principaliter testamentum potest annullari ratione voluntatis imperfectæ & non consummatæ, quia antequam impleteretur testamentum testator mortuus est: Et tali etiam casu legata & fideicommissa in eo relicta non valent: text. est in leg. Si is qui testamentum. ff. de Testament. text. in leg. Ex ea scriptura. eod. tit. text. in leg. Fideicommissa. §. Quotiens. ff. de Legat. 3. & utrobique Glossa ordinaria, & communiter DD.

Tertiò & principaliter testamentum potest annullari propter defectum solemnitatis, quia testator instituit hæredem, sed non fuit adhibitus legitimus numerus testium. Et hoc casu dico, quod legata & fideicommissa in eo relicta non valent nec tenent, quia cum institutio sit nulla, omnia in eo contenta debent annullari: Item quia ex eo hæreditas non potest adiri: item quia testamentum est actus individuus, &

Anton. Gomez, ad Leges Taur.

non potest valere pro parte: Imò nec valebit ut codicillus, licet habeat solemnitatem in codicillis requisitam, quia constat quod voluit testari, & non codicillari: text. est formalis & expressus in leg. Non codicillum. Cod. de Testament. cujus verba sunt: Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, & exheredatio facta probant evidenter; & ibi Glossa ordinaria & communiter DD. text. in leg. Illud. §. Tractari. ff. de Jure codic. text. in leg. fin. Cod. de Codicil. Ex quo singulariter inferas, quod præsumptio voluntatis defuncti colligitur & consideratur secundum formam & solemnitatem quam adhibuit in actu: & ad hoc summè notat & commendat Fulgos. Alexand. & alii DD. in dict. leg. Non codicillum.

Quartò & principaliter testamentum potest annullari propter defectum institutionis, quia bene est adhibitus legitimus numerus testium, sed deficit institutio hæredis: Quo casu legata & fideicommissa in eo relicta non valent, quia militant rationes superiores: text. est in leg. fin. §. Illud. Cod. de Codicil. cujus verba sunt: Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator quæ decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille amplexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere. & ibi notat & commendat Glossa ordinaria, & communis opinio DD. text. in leg. 1. ff. de Jure codicill. & ibi Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD. text. in leg. Cohæredi. §. Cum filia. ff. de Vulgar. & pupill. Hodie tamen in hoc corrigitur jus commune, quia legata & fideicommissa in tali testamento relicta valent & tenent, licet in eo nullus hæres sit institutus; vel si fuerit institutus, repudiavit hæreditatem: (b) ita disponit lex 1. tit. De los testamentos, lib. 5. Ordin. cujus ratio est, ne omissione tam levi solemnitatis desinat servari voluntas defuncti, & legatarius & fideicommissarius amittat commodum sibi relictum.

Quintò & principaliter testamentum potest annullari propter incapacitatem hæredis, ut quia naturaliter vel civiliter erat mortuus, vel alio quovis modo vel causa erat inhabilis: Quia hoc etiam casu legata & fideicommissa non valent: text. est in leg. 3. & per tot. ff. de His qua pro non scriptis habentur. text. in leg. 1. Cod. de Hæred. instit. text. in leg. Unic. §. Et cum triplici. & in §. In primo. & in §. Pro secundo. Cod. de

Caduc.

(b) Ita tenet Matienz. in leg. 8. tit. 6. lib. 5. Recopil. glossa 2. num. 3. & in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. glossa 14. in princ. num. 81. & sequent. & glossa 15.

Caduc. tollend. & utrobique communiter DD. text. in leg. 4. tit. 3. 6. partit.

Pulchrum tamen dubium est, an hoc casu hodiè de jure Regio corrigatur ista conclusio? Et videtur quòd non, quia lex correctoria non debet extendi ex paritate vel majoritate rationis, ut in leg. Si verò. §. De viro. ff. Solutio matrim. cum similib. Sed firmiter teneo contrarium, imò quòd corrigatur: Cujus ratio est, quia quando duo casus æquiparantur à jure, dispositum in uno censetur etiam dispositum in alio, etiam in materia odiosa, & correctoria: ita probat text. in leg. Si quis servo. Cod. de Furtis. & ibi communiter DD. Sed in jure nostro caput impotentis & caput noluntatis æquiparantur, & tacitè ex juris dispositione unum comprehendit aliud, ut in leg. Gallus. §. Et quid si tantum. ff. de Liber. & posthum. cum similib. & ibi Bart. & communiter DD. Ergo in nostro casu prædicta lex Regia procedat & habeat locum.

Sextò & principaliter testamentum potest annullari propter præteritionem filii: Quo casu institutio hæredis, & legata & fideicommissa in eo contenta annullantur, & non conservantur: text. est capitalis & expressus in leg. Filio præterito. ff. de Injusto rupto. cum similib. Cujus verba sunt: Filio præterito, qui fuit in patris potestate, nec libertates competunt, nec legata præstantur. & ibi Glossa ordinaria, Bartol. & communiter DD. Quod est verum & procedit, quando filius in potestate præteritus agit contra testamentum per jus dicendi nullum: secus tamen est, quando filius emancipatus sit præteritus, & rumpit testamentum per bonorum possessionem contra tabulas; quia tunc, cum admittatur tantum de jure prætorio, & ejus æquitate, voluit quòd legata & fideicommissa præstentur liberis, & parentibus, & quibusdam aliis personis, de quibus in leg. 1. & per tot. ff. de Legat. præstand. & in leg. 1. Cod. de Bon. poss. contra tab. & ibi communiter DD.

Unum tamen est, quòd si filius in potestate præteritus intentet prædictam bonorum possessionem contra tabulas, quæ sibi etiam competit de jure prætorio, non tenetur legata & fideicommissa præstare etiam illis personis privilegiatis: quia aliàs, licet non uteretur isto remedio, posset dicere testamentum nullum de jure civili, vel tamquam si non esset factum succedere ab intestato; & per consequens nulla fit alicui injuria, licet intentet bonorum possessionem contra tabulas: undè non tenetur prædicta legata nec fideicommissa solvere: text. est notabilis & sub-

tilis in leg. tis qui in potestate. ff. de Legatis præstand. & ibi Bartol. & communiter DD. antiqui.

Septimò & principaliter testamentum potest annullari propter exhæredationem filii: Quo etiam casu institutio hæredis, & legata & fideicommissa annullantur, & non conservantur: text. est capitalis & expressus in leg. Papinian. §. Si ex causa ff. de Inoffic. testament. cum similib. & ibi communiter DD. cujus verba sunt: Si ex causa de inofficioso cognoverit Judex, & pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est, & suus hæres erit, secundum quem judicatum est. & bonorum possessor, si hoc esse contendit: & libertates ipso jure non valent, nec legata debentur.

Octavò & principaliter testamentum potest annullari propter arrogationem & legitimatorem sui hæredis: Et hoc etiam casu legata & fideicommissa annullantur, & non conservantur: text. est in leg. 1. ff. de Injusto rupto. text. in leg. Verum. §. eod. tit. cum similib. & ibi Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD.

Nonò & principaliter testamentum potest annullari propter non aditam hæreditatem: Et hoc etiam casu legata & fideicommissa annullantur & irritantur: text. est in leg. Si nemo. la 1. ff. de testament. tutel. cujus verba sunt: Si nemo hæreditatem adierit, nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt: text. in leg. Proximè. ff. de His quæ in testament. delent. text. in leg. 1. §. 1. ff. de Legat. 3. text. in leg. Eam quam. Cod. de Fideicommissis. text. in leg. Ex testament. eod. tit. text. in leg. 2. §. Adeo. ff. de Vulgar. & pupil. text. in leg. Si nemo. ff. de Regul. jur. & utrobique communiter DD. Quod extendit etiam si legata vel fideicommissa sint relicta ad alias causas: ista est communis opinio in dict. leg. Eam quam. secundum Jas. ibi 10. col. num. 19. (c)

Decimo & finaliter testamentum potest annullari propter errorem testatoris, quia erravit in persona instituta in conjunctione naturali vel civili, quia instituit aliquem tamquam filium proprium, vel tamquam adoptivum, vel tamquam legitimatum, vel tamquam sibi conjunctum & consanguineum, cum in veritate non esset: quia tunc talis institutio non valet nec tenet, quia deficit consensus ipsius testatoris, ex eo quòd est erratum in causa efficienti & finali: text. est in leg. Si pater. Cod. de Hæred. instit. text. in leg. Nec apud. eod. tit. text. in leg. Quotiens. eod. tit. text. in leg. Neque professio. Cod. de Testam. & utrobique & communiter DD. sed isto casu legata & fideicommissa in eo relicta bene valent & tenent, quia nullus error in eis censetur

(c) Cujacius tamen hoc casu conservari legata jure communi asserit, in cap. Relat. extra de Testament. & ipse in pulchra specie consuluit consultatione 32.

vetur adhibitus, & testator qui ea relinquebat à filio vel conjuncto, à fortiori præsumitur reliquisse à venientibus ab intestato: (d) text. est singularis & unicus in leg. Eam quam. Cod. de Fideicommissis. secundum intellectum Azonis verum & communem, & secundum DD. antiquos, & modernos ibi. Confirmatur etiam per textum singularem & unicum in leg. fin. ff. de Hæred. instit. ubi habetur, quòd si testator instituit Titium hæredem, & postea rumore & fama interveniente credebatur eum mortuum, & ex hoc errore fecit secundum testamentum, in quo legata & fideicommissa reliquit; institutio in hoc secundo testamento facta annullatur & irritatur, tamen legata & fideicommissa in eo contenta valent & tenent: Et ad hoc reputat singularem & unicum Bart. & communiter DD. ibi. Quod extendit, modò error testatoris esset expressus, modò non, secundum eos.

Et si quæras: Cum testamentum secundum non valeat propter errorem, & defectum consensus testatoris in ipsa principali dispositione, hoc est in institutione quare etiam non irritatur in legatis & fideicommissis, cum sit eadem & adhuc major ratio? Respondeo, quòd error tantum fuit limitatus & adhibitus circa solam institutionem; idè illa sola vitatur: non verò vitantur legata & fideicommissa, nec alia contenta in ipso secundo testamento; sed valent, tenent, & conservantur, non tanquam à secundo testamento, tanquam nullo; nec ab intestato, cum primum testamentum remaneat validum circa institutionem: sed conservantur tanquam codicillus, qui sumit vires ab ipso primo testamento: & ita tenet & declarat Bart. & communiter alii DD. in dict. leg. final. idem Bart. & communiter DD. in leg. Si jure. ff. de Legat. 3. & probat text., & ibi Bart. & communis opinio in leg. Posthumus. §. Si paganus. ff. de Injusto rupto. Sed attende subtiliter ultra DD. quòd certè major difficultas est apud me quare sit ratio, per quam legata & fideicommissa relicta in primo testamento non valeant nec teneant? cum sit credendum, & plusquam verisimile, quòd cum ea reliquit & voluit præstari à primo hærede instituto in primo testamento, quem magis diligebat, à fortiori voluit præstari à secundo hærede ex errore instituto? Et certè noviter & subtiliter potest dici, quòd prædicta lex finalis hoc non negat; imò præsupponit & vult, quòd prædicta legata & fideicommissa relicta in primo testamento valeant & teneant: Sed tantum erat dubium, an contenta in secundo testamento debeant valere, & tenere? & respon-

Ant. Gomez., ad Legem Taur.

det & determinat, quòd sic. Ideo dicendum tenendum est, quòd omnia prædicta legata & fideicommissa valeant, tam relicta in primo testamento, quam in secundo: & in expresso ita disponit & determinat lex Regia 21. tit. 16. 6. part.

Prædicta tamen omnia, & casus superiores, præter duos primos, limita & intellige, præter quàm si testator voluit codicillari, & in codicillis fecit legata & fideicommissa: quia illa valent & tenent: text. est in leg. 2. & per tot. ff. de Jure codicillorum. text. in leg. 1. & per tot. & maximè in leg. fin. Cod. de Codicillis. text. in §. 1. & per tot. Institur. de Codicillis. text. in leg. 1. & per tot. tit. 12. 6. part. Imò, quod magis est, institutio directa contenta in codicillis obliquatur, & inducit repetitionem à venientibus ab intestato, quia videntur gravati restituere hæreditatem per fideicommissum hæredi instituto: text. est in leg. 2. §. fin. ff. de Jure codicil. text. in leg. 3. eod. tit. text. in leg. 2. Cod. de Codicil. text. in §. penult. Institur. eod. tit. & utrobique communiter DD.

Advertendum tamen, quòd prædicta jura bene dicunt, quòd in codicillis possunt hæredes ab intestato gravari de restituenda hæreditate cui testator velit; non tamen dicunt, quòd institutio directa simpliciter facta & in eis contenta obliquetur. Sed licet prædicta jura hoc expressè non disponant, bene tamen probatur & colligitur ex eis, quòd illa institutio & dispositio quæ non potuit valere jure directo, valeat eo modo quo melius valere possit: & in terminis ita probat text. in leg. Scavola. ff. Ad Trebellian. ubi habetur, quòd substitutio directa pupillaris facta in codicillis obliquatur, & valet jure fideicommissi: ergo idem sit in ipsa directa institutione: Et ad hoc notat & commendat ibi Din. Bartol. Alberic. Angel. Paul. Imol. & communiter DD. & per illum text. ita tenet Paul. de Castr. in leg. 1. Cod. de Codicil. & dicit ita tenere Din. in quadam sua dispositione. Joan. de Imol. in leg. 1. in fin. ff. de Injust. rupt.

Ex quo singulariter inferitur, quòd si præcessit primum testamentum solemne, & postea fiat codicillus, in quo alter instituitur hæres, censetur hæres institutus in primo solemniter testamento rogatus restituere hæreditatem secundo hæredi instituto in codicillis: ita tenet & declarat Imol. in dict. leg. 1. in fin. ff. de Injust. rupt. & ibi communiter DD. Et idem est, si in tali testamento, quòd deficit & annullatur ex aliquo prædicto defectu, ponatur clausula

S 2

co-

(d) Idem tenent Matienz. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil. glossa 1. num. 3.