

deri. & tenet Ange. de Aretin. *in dict. §. fin. Instit. de Leg. Falcid.* (b) Hodie verò per istam legem nihil est immutatum non relictis filiis vel descendentes; eis verò extantibus, impensa funeris deducitur tantum de Quinto, & non potest plus expendi, nec tangere Legitimam filiorum. Et adde, quòd funus vel impensa dicitur necessaria, quæ requiritur secundum qualitatem personæ, & loci consuetudinem, ita etiam probant jura superiora, & ibi communiter DD. Item adde, quòd eodem modo hæres putativus, à quo auferitur hæreditas, potest prædictos sumptus & impensam deducere: text. est *in leg. Hæreditas. ff. de Petit. hæred.* & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. Item etiam, qui non

est hæres verus nec putativus, sed simplex possessor potest prædictos sumptus & impensam deducere vel petere. Et quæ veniant appellatione impensæ funeris? vide omnino *in locis superioribus*. Et ultra illa nota & adde, quòd impensa funeris dicitur, vel saltem ei æquiparatur illud quod quis expendit pro alio in infirmitate & curatione defuncti: text. est *in leg. In restituenda. Cod. de Petit. hæred.* text. est *in leg. Legatum. Cod. de Relig. & sumpt. funer.* (c) Item etiam illud quod quis expendit pro insinuatione & traditione testamenti, argumento prædictorum jurium: & tenet expressè Jas. Corn. & alii Moderni. *in dict. §. In computatione (d).*

TEX-

(b) Contrariam tamen sententiam communem testatur Rip. scilicet, impensam funeris non præferri expressæ hypothecæ *in leg. Quasitum. numer. 8. & in leg. Privilegia. numer. 48. ff. de Privileg. creditor.* quam etiam, licet sub dubio, secutus fuit Gutier. *in leg. Nemo potest. numer. 95. de Legat. 1.* tamen nostram opinionem, & sic etiam expressæ hypothecæ præferri funeris impensam sequitur Dueñas *regul. 397. numer. 7.* ubi alios eam tenentes allegat Roland. à Valle, *consil. 14. numer. 23. volumin. 1.* & Rip. sibi contrarius *in tract. de Peste, cap. de Remed. præservativis contra pestem, numer. 33.* & Bartol. & alios eam tenentes, refert & sequitur Rebuff. *in 1. tom. Constitution. Franc. tit. de Sententiis provisionalibus. in Præfation. numer. 65.* Joan. Garc. *de Expens. & meliorat. capit. 8. numer. 23. & 24. Matienz. in leg. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil. glossa 3. numer. 2.* vide etiam Azeved. *in numer. 10. in dict. leg. 13.* Gregor. *ibidem, numer. 23. glossa 3.* Gregor. *in leg. 3. glossa fin. tit. 13. part. 5. & in leg. 12. tit. 13. part. 1.* Velazquez *hic. numer. 2.* Hodie verò hoc prælationis jus à nostra lege correctum est, licet Gregor. Lupus *in leg. 13. part. 1. verb. Deudas. & in leg. 30. tit. 13. part. 5. verb. Que orro deudo,* tacite videtur sentire, non corrigere jus prælationis: quod etiam clarius fatetur Angel. *de Meliorationibus. lib. 13. glossa 3. numer. 21.* Verum eorum sententia per nostram legem aperte convincitur; quia si funeris impensa ex quinto necessariò deducitur, ut in ea jubetur, & non ex acervo hæreditatis, necessariò fatendum est non vigere jus prælationis; cum antea debita sint deducenda ex omnibus bonis testatoris, quam quintum, à quo expensæ deducuntur, formatum sit; quod latius tradit Velazquez *in præfatione, numer. 4.* Matienz. *in dict. leg. 13. tit. 6. lib. 5. glossa 3. numer. 3.* Idem tenet Corn. *in leg. fin. §. In computatione, numer. 2. Cod. de Jure delib. Neguzanc. in tract. de Pignoribus. 2. membr. 6. part. numer. 28.* Joan. Baptist. Asinius *in leg. penult. de Religiosis. & sumptibus funer. Velazquez, hic numer. 2.* Azeved. *in leg. 13. tit. 6. lib. 5. Recopil. numer. 9.*

(c) Quemadmodum igitur impensa funeris præferatur aliis creditoribus etiam hypothecam habentibus, ita etiam præferatur impensa facta in infirmitate defuncti, & medicinis, ut argumento *dict. leg. In restituenda,* tenuerunt Roland. à Valle *consil. 14. numer. 23. 27. & 29. col. ubi numer. 27.* hoc intelligit de impensis factis in infirmitate illa de qua defunctus decessit, non verò si in aliis: Cassan. *in Consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 9. numer. 6. 7. 8. & 9. versic. Ista impensa.* Fano *de Pignoribus. in 2. membr. 5. part. numer. 28. ad fin.* Ludovic. Gomet. *in Rubric. de Infirmitatibus resignantibus. privileg. 5.* Et circa funeris impensas, quomodo detrahi debeant, vide *Decision. Lusitanam 308.* ubi etiam, quando vestes lugubres dandæ sint famulis? & adde etiam quod Castill. *numer. 12.* tenet, impensam factam in infirmitate defuncti non dici impensam funeris, licet ei æquiparetur; Rebuff. *1. tom. Constit. Franc. tit. de Sentent. provisionalibus. in Præfation. numer. 66.* Azeved. *in leg. 13. tit. 6. lib. 5. Recopil. numer. 3.* alios referens, & vide bonum text. *in leg. Quod in uxorem. de Negot. gest.*

(d) Sed hic occurrit magnum dubium, & declaratione dignum: Nam si verum est, (ut supra dictum est), quòd impensa funeris deducitur de ipso patrimonio & corpore hæreditatis; & tale debitum est privilegiatum ut præferatur omnibus aliis debitis, & creditoribus hæreditariis? Qualiter intelligitur nostra lex, dicendo & de novo statuendo, quòd tantum solvatur de Quinto? Sed pro perfecta declaratione dico, quòd stantibus filiis, si nulla essent bona, vel ita parva & modi-

TEXT. XXXI.

Porque muchas veces acaesce, que algunos, porque no pueden, ò porque no quierent hacer sus testamentos, dan poder á otros que los hagan por ellos; y los tales comissarios hacen muchas fraudes, y engaños con los tales poderes, estendiendose á mas de la voluntad de aquellos que se lo dán: por ende por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que de aqui adelante el tal comissario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del Tercio ni del Quin-

to, desheredar á ninguno de los hijos ò descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar, ni pupilar, ni exemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de qualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ò descendientes del testador; salvo si el que le diò el poder para hacer testamento, especialmente le diò el poder para hacer alguna cosa de las susodichas; en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que dá el poder por su nombre á quien manda que el comissario haga heredero: y en quanto á las otras cosas señalando para que le dá el poder; y en tal caso el comissario pueda hacer lo que especialmente el que le diò el poder señaló y mandò, y no mas. Id

modici valoris & æstimationis, ut non sufficerent ad sumptus & impensas funeris, prius vel ante omnia debet deduci & extrahi talis impensa tanquam magis privilegiata, & præferatur Legitimæ filiorum, & meliorationi, & prælegato, & cæteris debitis, & creditoribus: Si verò in tali patrimonio & hæreditate reperiantur aliqua bona de quibus commodè posset solvi talis impensa funeris, & insuper Legitima, & melioratio, & similiter legata in totum, vel in partem; tunc talis impensa non est privilegiata, sed prius & ante omnia debet deduci de Quinto bonorum, ut non diminuatur in aliquo Legitima filiorum, & melioratio Tertii alicui eorum facta, quæ habetur pro Legitima respectu eorum. Et iste est verissimus sensus & intellectus hujus legis. Ex quibus omnibus singulariter infero ad notabilem quæstionem: an debitore mortuo nullis relictis bonis, vel ita parvis, ut ex his non possit satisfieri creditoribus, ad instantiam eorum possit Judex ejus cadaver detinere, & sepulturam impedire. Et videtur quòd sic, saltem quando talis debitor esset obligatus per sententiam, vel instrumentum guarentigium; quia tunc sicut in vita fieri poterat executio in bonis ejus, ita post mortem potest fieri in ejus corpore, & sepultura impediri donec debitum solvatur; argumento text. *in Authentic. Ut defuncti seu funeris eorum non iniuriuntur per creditores. §. 1. collat. 5.* per quem ita tenet ibi Angel. de Perus. & illud dictum tanquam unicum & peregrinum refert & sequitur Doct. de Segur. *in repetition. leg. Si ex legati causa. ff. de Verbor. fol. 6. 4. col.* Sed salva eorum pace, illud est falsissimum & iniquum, & nulla lege probatur; & sic teneo contrarium, imò quòd indistinctè pro nullo debito de mundo possit talis executio fieri, & sepultura impediri: Primò ex superioribus fundamentis, quibus probatur quòd impensa funeris præferatur omnibus aliis creditoribus, etiam privilegiatis: ergo præferatur, modo talis debitor defunctus fuerit debitor per sententiam, vel instrumentum guarentigium, vel alio quovis modo. Secundò principaliter & in terminis pro hac sententia & conclusione est text. expressus *in leg. fin. cum duabus Authentic. ibi positis. Cod. de Sepulchro violat.* Tertio facit, quia ex contractu non potest quis ita se obligare, ut fiat personæ præjudicium, & afficiatur aliqua pœna corporali; argumento text. *in leg. Liber. bonor. ff. Ad leg. Aquiliam, & in leg. Ob as alienum. Cod. de Action. & obligat. & in leg. Tertio centum. §. 2. de Condict. & demonstrat. text. in leg. Qui filios. Cod. Quæ res pignori obligari possunt.* Quarto & quidem notabiliter, quia nullus creditor potest majus jus & potentiam habere in persona debitoris, quam dominus in servi persona; sed tali servo non impeditur sepultura; ergo &c. Quintò, quia etiam talis debitor liberaretur cedendo bonis, & corpus non posset detineri in carcere; ergo à fortiori post mortem non potest ei sepultura impediri. Sextò & finaliter facit viva & concludens ratio, quæ pro lege habetur; quia si tale corpus debitoris post mortem detineretur, & sepultura impediretur, probabiliter & naturaliter posset causari horrendus odor & pestis totius Reipublicæ; & tale damnum commune debet evitari. Et pro hac sententia & conclusione est hodie lex 12. & 13. tit. 9. part. 7. & in leg. fin. tit. 13. part. 1. & tenet Roderic. Suar. *in repetition. leg. post rem judicatam. fol. 127.* & ita practicatur, & ita tenet Felin. *in cap. Sicut Judei. col. 1. Judæis.* Suar. *in repetition. leg. Post rem judicatam. 5. ampliatione ad leg. Regni. Covarrub. Variar. l. 2. cap. 1. numer. 10. Grammatic. decis. 32.* Castill. *in leg. 30. Taur. verb. Gastos. Bæz. de Inope debitor, fol. 7. à numer. 21. qui late tradit.*

Id est:
 Quoniam sæpè accidit, ut aliqui, aut quia non possunt, aut quia nolunt sua ipsi testamenta condere, substituunt alios qui pro ipsis condant: & ejusmodi substituti commissaria sibi facultate fraudulenter ac dolose multipliciter abutantur, ad plura se extendentes quam fuit illorum voluntas qui eos substituerunt: Quamobrem ad vitanda hujusmodi damna: Ordinamus ac precipimus, ne posthac hujusmodi commissarius possit virtute talis facultatis heredem in bonis testatoris constituere, nec augmentum ex Tertio aut Quinto, nec quemquam ex liberis aut descendantibus testatoris exheredare, nec illis possit substituere vulgariter, aut pupillariter, aut exemplariter, nec facere eis aliquam substitutionem cujuscumque qualitatibus, nec tutorem constituere aliis ex liberis aut descendantibus testatoris: nisi qui ei dedit eam testandi facultatem, dederit ei specialem facultatem ad res prædictas in hanc formam: videlicet facultatem ad heredem constituendum, ut qui dat facultatem nominet proprio nomine illum quem jubet, ut commissarius constituat heredem: & sic in reliquis rebus, declarando in speciali ad quam rem dat illi facultatem, & in ejusmodi casu commissarius possit exequi quod ei specialiter fuit ab illo injunctum ac de mandatum qui facultatem ei dedit, & non amplius.

COMMENTARIUM

In Legem XXXI.

SUMMARIUM.

- 1 Captatoria voluntas qua dicatur, & quare sit à jure reprobata?
- 2 Casus & illationes quibus propriè dicitur captatoria voluntas.
- 3 In legatis an & quando valeat captatoria voluntas?
- 4 Commissio vel electio incerta persona de certis, an & quando valeat & teneat?
- 5 An per legem possit disponi quòd valeat captatoria voluntas?
- 6 Femina an possit esse commissaria vel executrix testamenti in casibus permissis?

NOta bene dispositionem hujus legis: Pro cujus perfecta declaratione, in primis fundamentaliter dico, quòd captatoria voluntas

dicitur *Quedam deceptoria, & captiosa dispositio, per quam potest decipi testator, suam voluntatem & ultimam dispositionem alteri committendo, virtute cujus posset commissarius præter vel contra mentem & intentionem testatoris disponere (A).* Et talis dispositio non valet, sed à jure reprobatur: text. est capitalis & expressus in leg. Captatorias. ff. de Hæred. institut. text. in leg. Illa Institutio. eod. tit. text. in leg. Illa. autem institutio. eod. tit. text. in leg. Si quis Sempronium. versic. At quin. eod. tit. text. in leg. Captatorias. Cod. de testament. milit. text. in leg. Captatoria. ff. de Legat. 1. & idem disponit lex 11. tit. 3. part. 6. & idem probat & confirmat nostra Lex Tauri: Cujus ratio vera juridica est; quia cum de jure divino, & positivo sit permissum cuilibet testari, ille actus censetur personalissimus, qui tantum dependet ex mera & absoluta voluntate & libero arbitrio ejus, ut in leg. 1. Cod. de Sacrosancta Eccles. cum similib. & merito non potest alteri committi, nec per alium explicari; & in hoc consistit vera ratio & intelligentia prædictorum jurium: ex quibus particulariter & in specie infero sequentes conclusiones.

Prima conclusio; quòd si testator committit alicui, ut instituat quem velit heredem in bonis suis; talis voluntas & dispositio non valet, quia tota substantia dispositionis confertur in meram & absolutam voluntatem ejus (b). Secunda conclusio; quòd si testator instituit Titium heredem, *Si Sextus voluerit*, similiter non valet. Tertia conclusio; si testator committit alicui commissario, ut faciat testamentum pro eo, & instituat certam & determinatam personam; adhuc similiter non valebat talis dispositio de jure communi; sed hodiè bene valet & tenet jure Regio per nostram legem Tauri. Nec obstat si dicas, quòd videtur commissum in voluntatem suam & sic commissarii, cum possit facere, vel non facere testamentum, vel facere validum & solemne de jure, vel non: Quia respondeo, quòd non dependet in totum & expressè de voluntate alterius, sed tacitè, eo casu quo nullum faceret testamentum, vel fecerit & non solemne; quod non vitiat dispositionem, quia expressè & absolutè non ponitur in ejus voluntate, sed solum in illo factò & actu ab eo explicando; argumento text. in leg. Nonnunquam. ff. de Condit. & demonstr. ubi habetur, quòd potest quis alium instituere sub conditione *Si alter tertius*

(A) Idem Covarrub. in cap. Cum tibi. num. 11. de Testam. Palaez de Majoratib. 1. part. quest. 48. num. 5. fol. 167. Azeved. in leg. 5. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 15. Matienz. ibidem glossa 2. à num. 1.

(b) De his captatorie modis tractat latè Matienz. in leg. 5. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 1. per totam. Suar. in tract. de Cap. volunt.

quis ascendat in capitulum, licet ascendere vel non ascendere pendeat ex voluntate ejus.

Quarta conclusio; quòd similiter Legatum vel fideicommissum particulare non valet nec tenet, quando committitur in voluntatem alterius Tertii, vel hæredis, ut si testatur dicat: *Lego talem quantitatem, vel talem rem ei quem Titius vel hæres voluerit. Vel lego vel relinquo talem quantitatem, vel rem tali persona, si Titius vel hæres voluerit.* Quod tamen intellige, quando relinquitur in meram & absolutam voluntatem Tertii, vel hæredis: secus autem est, si relinquatur & conferatur in arbitrium ejus; quia tunc valet & tenet illo arbitrate: imò etiam eo non arbitrate, vel iniquè & injustè declarante, debetur relictum: text. in leg. 1. ff. de Legat. 2. & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. text. in leg. Si sic. ff. de Legat. 1. Cujus verba sunt: *Si sic legatum relictum sit, si aestimaverit hæres, si comprobaverit, si justum putaverit; & legatum & fideicommissum debebitur; quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram voluntatem.* & ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. text. in leg. Fideicommissa. §. Quamquam. ff. de Legat. 3. & utrobique Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD. In voluntatem verò ipsius legatarii bene potest conferri: text. est in leg. Si ita legatum. §. Illi si volet. ff. de Legat. 1. & ad hoc notat & commendat Glossa ordinaria & communiter DD. & reputat singularem & unicum Alber. ibi, post Din. & Antiquos. Sed ultra eos similis text. est in leg. Senatus. §. Legatum. eod. tit. & in leg. Si ita expressum erit. ff. de Condit. & demonstr. Et licet ista conditio tacitè insit in quolibet legato, & non impediat transmissionem; tamen quoniam exprimitur per ipsum testatorem, inducit veram & propriam conditionem, & impedit transmissionem, nisi expressè vel tacitè declararet se velle, secundum DD. ibi. Et adde, quòd idem est in quolibet contractu lucrativo; quia potest conferri in voluntatem acquirere debentis, licet non impediat transmissionem, sicut nec impedit quæli-

bet alia conditio: Secus tamen est in onerosos quia modò ponatur per verba merè absolutæ voluntatis, modò arbitrii non potest valere text. est in leg. Vendentis: Cod. de Cont. empr. text. in leg. Sua hac. ff. de Actio. & oblig. text. in leg. Centesimus. §. fin. ff. de Verbor. oblig. & utrobique communiter DD., & tenet & declarat Bart. Bald. Paul. & communiter DD. Antiqui & Moderni. in dict. §. Illi si volet. In voluntatem verò vel arbitrium tertii bene potest committi contractus, quia in eo non videtur prohibita captatoria voluntas, secundum Bart. & communiter DD. in dict. leg. 1. ff. de Legat. 2. & secundum Paul. & omnes in dict. leg. Centesimus. §. fin. de Verb. oblig. & in leg. Stipulat. non valet. eod. tit. & secundum Imol., & alios in leg. Captatorias. ff. de Hæred. institut. & ser. Bald. Paul. & Moderni. in dict. leg. In vendentis. Cod. de Contrah. empr. & secundum Jas. & Moderni. in leg. Si quis arbitrato. ff. de Verb. oblig.

Unum tamen est: quòd electio incertæ personæ de certis bene potest alteri committi, & non dicitur captatoria voluntas, ut si testator dicat, *Lego vel relinquo uni ex filiis vel consanguineis meis, quem Titius elegerit:* quia tunc substantia legati vel dispositionis non confertur in ejus voluntatem, sed tantum qualitas, vel quoddam accessorium, hoc est, illa electio personæ; text. est capitalis & expressus in leg. Unum ex familia, per totam legem. ff. de Legat. text. in leg. Cum quidam. la. 2. eod. tit. text. in leg. Utrum. §. 1. ff. de Rebus dubiis. cum similib. & utrobique communiter DD. de quo articulo dixi plenè & magistraliter in materia juris communis in cap. 12. de Legat. num. 48. cum sequent. Ubi omnino videas (c). Ex quibus infero verum intellectum & declarationem ad nostram legem Tauri, quæ cavetur, quòd possit pater electionem alteri committere meliorandi, & eligendi unum ex filiis vel descendantibus, quem velit, ut ista lex sit recta & juridica, quia committitur tantum electio incertæ personæ de certis, quæ valet & tenet de jure, & non dicitur captatoria voluntas (d). Et similiter ex hoc videtur inferendum, quòd si tes-

(c) Et de hoc latè tractant Paris. consil. 38. num. 32. lib. 3. Suar. in tract. de Captator. col. 2. & 3. Covarrub. in cap. Cum tibi. num. 11. de Testam. Costa in cap. Si pauper. num. 6. de Testam. in 6. Mieres in tract. de Majorat. 1. part. quest. 48. num. 1. & aliis: Matienz. in leg. 5. tit. 4. lib. 4. Recopil. glossa 2. per tot. Velazq. de Avendañ. hic, glossa unic. num. 3.

(d) Quod si aliquis melioravit filium, quem uxor nominaverit cum consilio Titii, & mortuus est Titius antequam fiat nominatio, eo casu eam solam posse nominare arbitror, argumento ejus quod notat Bald. in leg. 1. §. Si plures. num. 9. de Exercitatoria actione. ubi scripsit, quòd si testator mandat aliquid fieri cum consilio alicujus; si is nolit, vel non possit consilium præstare, cum sit mortuus; potest actus fieri sine ejus consilio: sequitur Jas. in leg. Si quis arbitrato. in fin. de Verbor. signif. Ruin. consil. 126. volumin. per tot. facit text. in leg. fin. §. Sed & si quis. Communia de Legat.

tator dixit & commisit amico de quo nimis confidebat, quod bona sua dividat inter pauperes, quos ipse elegerit, valet & tenet talis dispositio, cum sit electio incertae personae de certis; & nolum habet locum & procedit de jure Canonico, per text. juncta communi sententia, in cap. Cum tibi. de Testament. sed etiam de jure civili, per jura superiora: Et in terminis ita tenet Cin. Jacob. Butr. Bart. Bald. Angel. Paul. Sa. lycet. Alexand. Jas. Corn. & Philipp. Dec. & communiter alii DD. Antiqui & Moderni. in leg. Captatorias. Cod. de Testam. milit. & in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. & in leg. Nulli. Cod. de Episcop. & Cleric. Nec obstat si dicas, quod electio incerta de certis est nimis generica, & sic videatur captatoria voluntas: Quia respondeo, quod non est generica, sed particularis, cum debeat fieri tantum inter pauperes, & non universaliter inter omnes personas de mundo: Imo etiam non inter omnes pauperes, sed tantum illius loci vel domicilii testatoris, ut infra in sequent. leg. dico, fin. col. num. 4. & in leg. 40. num. 49. infra his legib. Taur. ubi omnino vide.

Juxta praedicta tamen subtiliter quaero: si pater vel ascendens commisit filio, vel descendenti, & sic ei qui possit meliorari, facultatem & licentiam meliorandi; & forte morte praeventus, vel ex aliqua causa impeditus non melioravit; an videatur se ipsum eligere & meliorare? Et videtur quod sic, & sic ipso jure censeatur melioratus, argumento text. in leg. 4. Cod. de Contrahend. & committ. stip. ubi disponitur, quod si mulier stipulatur dotem post mortem sibi reddi, vel ei quem elegerit vel nominaverit, vel rem sibi debitam; ea non eligente vel nominante, censeatur ipsa, vel haeres ejus electus & nominatus; & ad hoc summè notat & commendat ibi Glossa ordinaria, & communiter DD. & reputat singularem & unicum Bald. ibi notat & commendat Bald. in leg. 1. in fin. ff. de Pact. Alexand. & Jas. in leg. Stipulatio ista. §. Si quis ita ff. de Verbor. oblig. Dec. in leg. fin. §. fin. ff. Si cert. pet. col. penult. num. 13. Sed firmiter teneo contrarium, imò, quod ipse, nec haeres ejus censeatur melioratus & electus. Nec obs-

tat text. in dict. leg. 4. Quia loquitur & procedit, quando pactum vel stipulatio interponitur super re mea, quae debet durare mea, vel mihi debita; argumento text. in leg. Stipulatio ista. §. Si stipuler. & in §. Si quis insulam. ff. de Verbor. obligat. & in leg. Debitori. Cod. de Pact. in l. Cum res. Cod. de Donat. & in §. Sed & si quis. Instit. de Injur. stipulat. & dixi in materia contractuum. cap. 11. de qualitatibus contractuum, num. 18.

Pulchrum tamen dubium est in materia, an per legem genericè & absolute possit disponi, quod valeat & teneat captatoria voluntas? Et videtur quod non; quia facultas testandi est jus personalissimum dependens à sola voluntate ipsius testatoris, ut in leg. 3. Cod. de Sacrosanct. Eccles. & quando actus pendet à mera & propria voluntate alicujus, talis voluntas adeo ei cohaeret, quod non sit transmissibilis ad alium; argumento text. in leg. Centesimis. §. fin. ff. de Verbor. obligat. text. in leg. 4. ff. Locati l. Scribit si frumentum. ff. de Rei vind. & utrobique communiter DD. Sed firmiter & absque dubio teneo quod possit, cum sit condita à Rege non recognoscente superiorem, qui habet potestatem à summo Deo & Domino nostro jura condere pro gubernanda Republica, & non sit nutritiva peccati, nec contra aliquod Praeceptum Divinum, ut in cap. Quo jure. 8. distinct. & Proverb. 8. & non deficiat aliquod requisitum pro validitate legis de his, quae posui in leg. 1. supra his legib. Taur. Et in terminis probat text. in cap. Cum tibi. extra, de Testam. secundum communem intellectum, ubi probatur, quod valet, & tenet captatoria voluntas ad pias causas, probat etiam text. in leg. Fideicommissaria libertas. la. 3. ff. de Fideicommissaria liber. ubi disponitur, quod favore libertatis valet & tenet captatoria voluntas; & ibi tenet Glossa ordinaria, Rainer. Bart. Alber. & communiter DD. Tenet etiam Glossa ordinaria, Salyc. & communiter Moderni. in leg. Captatorias. Cod. de Testam. milit. & probat aperte nostra lex, cum leg. sequent. (e)

Item etiam prosequendo materiam, pro declaratione

(e) Sic ex moribus & consuetudine induci poterit, cum ea quae lege induci possunt, possunt consuetudine induci, ut in leg. De quibus. ff. de Legib. Facit etiam, quia institutio quae fit in pupillari pendet ex alieno arbitrio, hoc est patris, quae licet reprobata sit leg. Illa Institutio. de Hered. instit. moribus tamen inducta sit, leg. 2. de Vulg. hancque sententiam defendit Angel. in leg. Captatorias. num. 2. de Testam. milit. ubi Jas. num. 4. & in dict. leg. 2. num. 1. in princip. & istam nostram sententiam tenuerunt Alexand. Socin. & Jas. Rip. Alciat. in leg. 2. in princip. ff. de Vulgar. Tiraquel de Legib. conub. glossa 5. num. 97. Padill. in leg. 1. num. 52. & sequent. de Legat. 2. Palac. Rub. in leg. 31. Taur. num. 26. Menchac. de Success. creation. §. 27. num. 88. & 89. ubi hanc communem opinionem defendit ab impugnationibus Aretin. & Jas. in dict. leg. 2. de Vulgar. & Covarrub. in cap. Cum tibi. num. 13. de Testam. asserentium, non posse per

claratione hujus legis quaero, an femina possit esse commissaria ad expedienda ea quae continentur in ista lege? Et videtur quod non, quia non potest esse procuratrix, ut in leg. Femina. ff. de Procuratorib. & in leg. Alienam. Cod. eod. tit. Item non potest esse tutrix, ut in leg. Tutela. & in leg. fin. ff. de Tutel. & in leg. 1. & 2. Cod. Quando mulier tutela officio fungi possit. ergo nec potest esse commissaria, quia ista officia aequiparantur, ut tenet Glossa notabilis communiter approbata in dict. leg. Tutela. Sed teneo contrarium, imò quod possit esse commissaria, ut probat text. juncta Glossa ordinaria in leg. Unic. §. Pro secundo. Cod. de Caduc. tollend. text. in dict. leg. A filio. ff. de Aliment. & cibari. legat. ubi habetur, quod potest esse executrix testamenti: Probat etiam text. in leg. Sed & si quis. §. 1. de Institutoria. ubi habetur, quod femina potest esse institor, & negotiorum gestor, sicut masculus: ex quo notat ibi Bald. quod potest esse executrix in testamento: Et in expresso ita tenet Bart. in dict. leg. Femina. ff. de Regul. jur. Bald. in leg. Id quod pauperib. Cod. de Episcop. & Cler. 2. col. (f)

Item quaero utrum talis commissarius possit talem facultatem & licentiam, quam habet à testatore, alteri committere, & suo loco substituere? Et videtur quod sic, quia videtur procurator ad negotia, qui potest alium suo loco substituere, ut in leg. Si procuratorem. §. 1. ff. Mandat. licet procurator ad Judicia non possit ante litem contestatam, ut in leg. Quod quis. Cod. de Procur. & ibi Glossa ordinaria & communiter DD. Sed contrarium dico & teneo (g): Imò, quod non possit alium suo loco substituere, argumento text. notabilis in cap. fin. §. 1. de Officio delegat. ubi habetur, quod quando alicui committitur actus nudi ministerii, non potest delegare, nec alium suo loco substituere: Nec obstat in dict. leg. Si procuratorem. §. 1. Mandati. Quia procedit & habet locum in procuratore ge-

nerali ad negotia, propter amplam facultatem quam habet à constituyente; secus verò in procuratore particulari alicujus actus vel negotii, secundum DD. communiter ibi, & in dict. leg. Quod quis. Cod. de Procurat.

TEXT. XXXII.

Quando el testador no fizo heredero, ni menos diò poder al comissario que lo ficiesse por el, ni le diò poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley proxima, sino solamente le diò poder para que por el pueda hacer testamento: el tal comissario mandamos, que pueda descargarse los cargos de conciencia del testador que le diò el poder, pagando sus deudas, y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el anima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se parte entre los parientes que vinieren à heredar aquellos bienes ab intestato: y si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comissario, dexandole à la muger del que le diò el poder, lo que segun leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer, sea obligado à disponer de todos los bienes del testador por causas pias, y provechosas à la anima del que le diò el poder, y no en otra cosa alguna.

Id est:

Quum testator non constituit heredem, nec dedit commissario potestatem, ut pro eo constitueret, nec ad quicumque ex contentis in lege proxime procedenti, sed tantum (in genere) dedit ei potestatem, ut pro eo testetur: Praecipimus ut ejusmodi commissarius possit exonerare onera conscientia testatoris, qui potestatem ei dedit, solvendo debita, & servitia, & cetera similia, & jubere ut quinta pars bonorum testatoris qua supererunt

per legem vel statutum captatoriam voluntatem sustineri; cujus contrarium videmus permissum per nostram legem, ut rectè advertunt supra citati DD. & sentit Gregor. in leg. 11. glossa magna ad med. tit. 3. part. 6. quorum opinio vera est, quidquid in contrarium asserverit Tell. in leg. 31. Taur. num. 7. ut tradit Matienz. in dict. leg. 5. tit. 4. lib. 5. Recopil. glossa 1. ad finem.

(f) Palac. Rub. hic, num. 36. Cifuent. num. 3. Fernand. in fin. Azeved. in leg. 5. tit. 8. lib. 6. Recopil. num. 24. & ibi Matienz. glossa 8. num. 5. amittit tamen hanc commissionem, si luxuriose vivat, secundum Avilès in cap. Pratorum. in Proemio. num. 44. fol. 7. Cifuent. hic, num. 4. ad quem se remittit Tell. hic, in finalibus verbis, Azeved. ubi supra, num. 25. quod tamen, si secundo nubat, non procedit; nam licet tutelam amittat, non amittit hanc commissionem, secundum Covarrub. in cap. Tua. num. 5. de Testam. & Matienz. alios plures referentem, ubi supra ad finem.

(g) Prout tenet Cifuent. in leg. Hac Taur. num. 5. Gomez Arias num. 6. Tell. Fern. numer. 4. Matienz. hic, in dict. leg. tit. 4. lib. 5. Recopil. glossa 8. num. 2.