

24 Deinde prætermitti non potest aliud, ad quod in terminis nullus hæcenus Scribentium animadvertit, videlicet ex *dict. l. 31. Tauri*, aliud dubium sublatum, quod de jure communi controversum erat, nec satis aperte decisum; utrùm, quemadmodum institutio hæredis non potest de jure communi in alterius voluntatem relinquere, sic nec in arbitrium alterius per verba arbitrii conferri possit? An verò contra dicendum sit, prout in legatis, & relictis particularibus distinguemus *infra*? Et Castrensis in *l. captatorias*, n. 2. C. de testamento militis, idem putavit in institutionibus, quod in legatis: & consequenter institutionem hæredis in arbitrium alterius validè conferri posse; & probarunt Alexander in *conf. 175 lib. 6. Cavalcanus in conf. 107. n. 1. Padilla in l. 1. ff. de legatis secundo*, num. 2. tenuit etiam Accursius in *l. is qui hæres, in verbo, arbitrium ff. de acquirenda hereditate*, & cum eo sentiunt communiter Scribentes *ibi*, ut ante alios eruditè advertit Petrus de Peralta referendus *infra*, & pro hac parte, (quam ego olim in una ex 260. assertionibus securè tuebar, sed non ita mature rem inspiciebam, nec ad *l. 31. Tauri* inferebam) non mediocriter urget, verè negari non posse, quin nulla lege expressum reperitur, quòd institutio hæredis in arbitrium alterius relinquere non possit, quamvis expressum fuerit, quòd in voluntatem alterius non conferatur, nam in *dicta l. illa institutio*, collatam fuisse institutionem in liberam voluntatem, aperte demonstrant illa verba: *Quos Titius voluerit*. Verba autem, quæ sequuntur: *Non ex alieno arbitrio pendere*, coacta ratione, de libera voluntate intelligi debent, aut de libero arbitrio ad arbitrium boni viri non regulato; dixit enim Jureconsultus: *illa institutio, Quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quoniam alieno permessa est arbitrio*. Tunc autem certum est, verbum *arbitrio*; pro arbitrio libero sumendum, cum in arbitrio libero quæstio propofita fuisset subdit post modum rationem: *Quoniam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura*, &c. Ubi etiam verbum *arbitrium* pariformiter sumendum est, ut ad interrogata respondisse, atque rationem eorum reddidisse Jureconsultum ipsum dicamus, juxta textum in *l. 10. §. qui interrogatus, ff. de interrogatoriis actionibus, l. 134. §. idem respondit plerumque; ff. de verbo. un obligat.* alia ratio illa diversa est à quæstione, que in principio propofita fuit, quod credendum non est; & sic cessat præcipuum fundamentum contrariæ partis.

27 Nec placet consideratio Decii in *conf. 494. Quod supra matris, ante finem, quem sequutus est Peralta in l. 1. ff. de legatis secundo*, n. 53. in *versiculo*, *Sed meminit Decius, dum dicit verba illa, Non ex alieno arbitrio pendere*, ideò adjecta ut arbitrium excluderent, nec dicere textum aliquid de voluntate, eo quòd illud erat expeditum: tollitur enim consideratio hæc concludenti ratione; nam si id ad eò expeditum esset, nec etiam necesse fuisset, ut diceret Jureconsultus in principio: *illa institutio, Quos Titius voluerit*, &c. Cum ergo vellet Jureconsultus dubium diffinire, quod circa institutionem in liberam alterius voluntatem collatam versabatur, meritò in initio legis expressit, ac postmodum dicti rationem adduxit.

Præterea, & pro sententia Castrensis urget, certum esse, institutionem sub conditione fieri posse, si Titius in capitolium ascenderit, *l. si quis Sempronius, cum multis aliis, ff. de hæredibus instituendis*: quo casu liberum est Titio in capitolium nolle ascendere, & facere, ut dispositio corrumpatur: ergo multò magis sub conditione fieri potest, si Titius *arbitratus fuerit*: quo casu non ita liberè relictum est in potestate Titii, ut efficere possit, quòd dispositio corrumpatur, per textum in *l. Thais, §. favore ff. de fideicommissariis libertatibus*, per quem tollitur dubitatio Sarmientus, *selectarum libro primo cap. 6. n. 4. ad finem*; is enim in propofita quæstione ideò dubitavit de sententia Castrensis, quod durum sibi videatur, ut ex alicujus arbitrio, totius testamenti vires, & institutio, quæ caput est testamenti, debeant pendere; nam sicut

dixi, ex dubio fortunæ eventu potest pendere, appofita conditione casuli quacunque: cur etiam ex arbitrio boni viri pendere non poterit? prout pendet in casu prædicto, *l. si sic, ff. de legatis primo*, cum illud ab initio certum sit, ut statim dicemus, & ita tenendum existimo, quamvis contrariam sententiam post Baldum defendat Cumanus in *dict. l. illa institutio, ff. de hæredibus instituendis*, Decius in *dict. l. captatorias*, num. 7. & in *conf. 494. sub n. 5. Parisius in conf. 38. n. 69. lib. 3. Sarmientus dict. cap. 6. n. 4. per totum*, Marcus Antonius Peregrinus de *fideicommissis*, articulo 33. n. 70. fol. 304. latissime Peralta in *d. l. 1. ff. de legatis secundo*, n. 53. in *versiculo*. & non tantum ut est prædictum, usque ad n. 55. ubi dicit, hæc opinionem probabiliorē esse, & pro ea inducit *l. 11. tit. 3. partita 6. in vers. a quel sea mi heredo*, & in *versiculo, o estableciere*, & in *versiculo, esto es porque el establecimiento*, & *l. 29. tit. 9. partita 6.*

Ego verò, ut dixi, Castrensis sententiam, inspecto jure communi, probarem libentius, sed ex dictis legibus Partitæ, facile etiam mihi suaderem, contrariam opinionem magis probari, sic, ut ipse leges ideò forsan factæ sint, ut rem hæc jure communi non decisam deciderent, vel ut dubium, & altercationem Doctorum submoverent: quod tamen hodie cessavit omnino post decisionem *l. 31. Tauri*, quæ est *l. 5. tit. 4. lib. 5. nova Compilationis*; ex illis enim certa forma descripta est, ac nec in arbitrium quidem, nec etiam in liberam voluntatem ultima dispositio conferri potest, nisi personam hæredis nominatim expressa, ut *ibi* dicitur.

Denique ex eisdem legibus tollitur aliud dubium, & confirmatur aperte sententia dicentium, lege, vel statuto effici posse, ut extranea cujusque testatoris voluntas, alterius dispositioni committi possit etiam liberè; quod cum Angelo, Socino, Alexandro, & Ripa, rectè probavit Covarruv. in *cap. cum tibi, de testamentis*, n. 13. *versicul. in quo sequor*, tenent etiam Antonius Gomez in *l. 31. Tauri*, num. 5. Michael Grassus *receptarum sententiarum*, §. institutio, quæst. 18. n. 9. Menchaca, qui contrariæ partis fundamentis optimè satisfacit, de *successionum creatione*, lib. 1. §. 1. n. 19. & lib. 2. §. 13. n. 20. & 24. Matienzus in *l. 5. tit. 4. glossa prima*, n. 4. lib. 5. *nova collectionis Regiæ*, Ludovicus de Lana in *consilio de formula testamenti nuncupativi*, quod est junctum responso Ludovic. Zunt. *pro uxore*, num. 106. Et hæcenus de institutionibus, aut relictis universalibus, quæ in liberam alterius voluntatem conferuntur, vel in arbitrium.

Nunc verò & tertio loco agendum est de legatis, aut relictis particularibus, quæ voluntati, aut arbitrio alterius committuntur. Et pro absoluta, atque distincta applicatione constituere necessarium erit, quòd lagata hujusmodi, aut in voluntatem legatarii relinquuntur, aut in voluntatem gravati, aut alicujus tertii: & quidem primo casu nonnullos casus distinguit Bartol. in *l. 1. n. 2. ff. de legatis secundo*; In effectu tamen concludit, legatum relictum in arbitrium, vel in voluntatem ipsius legatarii, validum esse. Ratio evidens est, nam cum etiam absque tali conditione sit in ejus facultate libera, an illud velit acceptare, vel nolit, nec invito acquiratur, meritò sic disponi potest, ut in voluntatem ejus, cui relinquuntur, dispositio conferatur, *l. si ita legatum, §. illi si volet, ff. de legat. 1. l. si ita expressum, ff. de conditionibus & demonstrationibus*, & Bartolum sequuntur communiter omnes, ut constat ex Peralta in *dict. l. 1. n. 49. ad finem*. Antonio Gomezio in *l. 31. Tauri*, n. 3. *versiculo, in voluntatem verò*. Sarmiento *selectarum*, lib. 2. cap. 6. n. 3. in *fine*. Covarruv. in *dict. cap. cum tibi, de testamentis*, n. 6. Peregrino de *fideicommissis*, art. 35. n. 67. per totum, ubi declarat distinctonem Bartoli ubi *supra*, hoc est, in *dict. l. 1. ff. de legatis 2. d. num. 2.* Cum tamen legatum conferatur in voluntatem legatarii, adjecta conditione, si velit, aut si voluerit, conditionale est, necque ad hæredes transmittitur, nisi legatarius decla-

ret se velle, quamvis aliàs conditio illa tacite insit in quolibet legato, nec transmissionem in pediat: quod expressim probatur in *d. l. si ita expressum, ff. de condit. & demonstrat.* & notavit Bartolus in *d. l. 1. n. 2. ibi: Aut dixi, si voluerit; & valet, si declaret se velle*. Idem Bartolus in *l. 3. num. 3. ff. de legatis 1.* ubi reddit rationem, quam improbarunt ibi Ripa n. 33. & Marianus Socinus n. 42. nec concludit Glossa in *dict. l. si ita expressum*. verb. *pertinere*, nec etiam Gomezius in *d. l. 31. Tauri*, n. 3. idcirco vera ratio desumi debet ex verbis ejusdem legis, ubi Cajus Jureconsultus dixit, legatum relictum Titio, si voluerit, non aliter ad hæredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere; & reddit rationem: *Quia conditio persona adjuncta videtur*. Quasi diceret, expressa conditione, si voluerit, conditionem personæ adjunctam videri: & ideò facultatem agnoscendi legatum, & declarandi an velit, personam legatarii non egredi, neque ad hæredes legatarii transire, argumento textus in *l. in compromissis, ff. de receptis arbitris*; secus tamen esse, quando conditio illa non exprimitur, sed tacite tantum insit: tunc enim non restringitur ad personam legatarii, sed in hæredem etiam transmittitur facultas acceptandi legatum, si legatarius non agnoverit, juxta textum in *l. si post, ff. quando dies legati cedat*, quia personæ legatarii juncta non erat.

Secundo verò casu principali nonnullis modis distinguit Bartolus in *d. l. 1. ff. de legatis 2. num. 3. per totum*, ex quo certa deducitur resolutio, legatum, vel fideicommissum in meram hæredis voluntatem relinquere non posse, nec relictum valere; esset enim illusoria isthæc dispositio, quia saltem juris præsumptione probabilis, conditio usquam non existitura, cum ipse hæres nunquam vellet legata solvere, *l. senatus, §. legatum ff. de legatis 1. l. fideicommissa, §. quaquam, ff. de legatis 3.* in arbitrium tamen, vel arbitrio hæredis legatum relictum validum est: ut putat, si dictum fuerit: *Si hæres existimaverit, si putaverit, si arbitratus fuerit*; vel, *si hæredi videbitur*, ut in *d. l. fideicommissa, §. quaquam, l. si sic, in princ. ff. de legatis 1.* Per quæ jura sic observant communiter omnes, ut testantur Menchaca de *successionum creatione*, lib. 2. §. 17. num. 79. Antonius Gomez in *l. 31. Tauri*, n. 3. Afflictus *decis. 371. n. 5. & 6. Sarmientus selectarum lib. 1. cap. 6. num. 4. Covarruv. in cap. cum tibi, de testamentis*, n. 6. & 7. Peregrinus de *fideicommissis*, art. 33. n. 68. & 69. fol. 303. Decianus in *conf. 68. n. 15. & 18. & 30. vol. 4. & in conf. 88. n. 3. vol. 5. late Hippolyt. Riminald. in conf. 598. maxime 41 n. 32. lib. 5.* Et ita tenendum est, quicquid Ludovicus Lusitanus, & alii contra existimaverint, credentes, legatum posse conferri in voluntatem liberam alterius, quam hæredis, tamen institutio hæredis non possit in alterius voluntatem ita liberam conferri; quos referunt, & latius disputant Costa *selectarum lib. 1. cap. 21. n. 7. vers. tertia est species, & n. 8. & 9. segg. Sarmientus selectarum lib. 2. cap. 6. n. 8. vers. sed contra istam opinionem*, qui duo nec communi sententiæ accedunt, nec etiam superiore opinionem probant omnino; in ea potius sententia sunt, ut existiment, Modestinum Jureconsultum in *l. nonnunquam, ff. de conditionibus, & demonstrationibus*, & Ulpianum in *l. 1. ff. de legatis 2.* contrarios existere in hoc, an legatum in aliena voluntate poni possit; nec posse eorum opiniones in concordiam reduci, eo quòd sint omnino contrariæ; dissentiant tamen in alio, quòd Emmanuel Costa Ulpiani sententiam probavit: Sarmientus verò opinioni Modestini magis adheret.

Ego verò, ut dixi, libentius affirmo, à communi sententia recedendum non esse, quæ facilius defendi potest, quam hæc, quæ Ludovico noviter placuit, ut cum judicio firmavit Covar. in *dict. cap. cum tibi, de testamentis*, n. 8. & quam altera superiorum Authorum, quæ nec vera est, nec probari potest ex verbis Ulpiani in *dict. l. 1. ff. de legatis 2.* rejectis enim eorumdem Authorum, hoc est, Costæ, & Sarmientus interpretationibus, & aliis nonnullis, quas adducunt communiter Scribentes *ibidem*, & Peralta n. 48. Connanus *commentariorum juris civilis*, lib. 10. cap. 6. n. 3. Cujacius *lib. 2. observationum, cap. 2.* Robertus *sententiarum*, lib. 2. cap. 11. securè, & constanter crediderim, Ulpiani

ut in ejus potestate positum sit rem dare, vel non dare legatario: quod secus erat de jure communi, quia in initio legatum nullius momenti fuerat, ut eleganter, atque eruditè advertit Emmanuel Costa *selectarum lib. 1. cap. 22. n. 8. fol. mibi 246.* Peralta enim in *l. 1. ff. de legatis 2. n. 77.* His addo, dispositionem *dict. l. partit. confirmatam* videri hodie ex *l. 31. Tauri*, quæ est *l. 5. tit. 4. lib. 5. nova collectionis Regiæ*; per quas leges non obscure videtur disponentibus permitti, in aliorum voluntatem legata, & dispositiones particulares relinquere, ut ex illis observat & ipse Peralta in *d. l. 1. n. 53. vers. quia prædicta lex fori videtur hodie*, & num. 51. in *princ. & n. 78.* & præsentit Menchaca de *successionum progressu*, lib. 2. §. 13. num. 20. & 24. unde & in hære his voluntatem legatum validum esse debet ex dictis legibus: quod verum puto, nec ab alio hæcenus sic est animadvertum.

Tertio tandem, & ultimo casu vera resolutio sit, legatum, & fideicommissum in liberam, & absolutam cujusque tertii voluntatem conferri non posse; ut, *Lego Titio centum, si Sempronius voluerit*; in arbitrium tamen conferri posse, quod tunc ad arbitrium boni viri reducitur, *l. 1. ff. de legatis 2.* ubi glossa ordinaria, Bartolus num. 4. & communiter omnes secundum Peraltam, n. 49. *vers. Secundus casus*, Padillam, num. 48. & 49. textus optimus in *l. si sic, ff. de legatis 1.* ubi in hunc modum scribitur: *Si sic legatum relictum sit, si existimaverit hæres, si comprobaverit, si justum putaverit; & legatum, & fideicommissum debetur, quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram voluntatem hæredis collatum. l. fideicommissa, §. quaquam, ff. de legatis 3.* & ubique Glossa ordinaria, ac cum ea Communis ut testantur Jason in *l. captatorias*, n. 10. C. de testamento militis, Guil. Bened. in *cap. Raimuntius, de testamentis*, verbo, *condit. el primero*, num. 3. Menchaca de *successionum creatione* lib. 2. §. 17. num. 79. Antonius Gomez in *l. 31. Tauri*, n. 3. Afflictus *decis. 371. n. 5. & 6. Sarmientus selectarum lib. 1. cap. 6. num. 4. Covarruv. in cap. cum tibi, de testamentis*, n. 6. & 7. Peregrinus de *fideicommissis*, art. 33. n. 68. & 69. fol. 303. Decianus in *conf. 68. n. 15. & 18. & 30. vol. 4. & in conf. 88. n. 3. vol. 5. late Hippolyt. Riminald. in conf. 598. maxime 41 n. 32. lib. 5.* Et ita tenendum est, quicquid Ludovicus Lusitanus, & alii contra existimaverint, credentes, legatum posse conferri in voluntatem liberam alterius, quam hæredis, tamen institutio hæredis non possit in alterius voluntatem ita liberam conferri; quos referunt, & latius disputant Costa *selectarum lib. 1. cap. 21. n. 7. vers. tertia est species, & n. 8. & 9. segg. Sarmientus selectarum lib. 2. cap. 6. n. 8. vers. sed contra istam opinionem*, qui duo nec communi sententiæ accedunt, nec etiam superiore opinionem probant omnino; in ea potius sententia sunt, ut existiment, Modestinum Jureconsultum in *l. nonnunquam, ff. de conditionibus, & demonstrationibus*, & Ulpianum in *l. 1. ff. de legatis 2.* contrarios existere in hoc, an legatum in aliena voluntate poni possit; nec posse eorum opiniones in concordiam reduci, eo quòd sint omnino contrariæ; dissentiant tamen in alio, quòd Emmanuel Costa Ulpiani sententiam probavit: Sarmientus verò opinioni Modestini magis adheret.

Ego verò, ut dixi, libentius affirmo, à communi sententia recedendum non esse, quæ facilius defendi potest, quam hæc, quæ Ludovico noviter placuit, ut cum judicio firmavit Covar. in *dict. cap. cum tibi, de testamentis*, n. 8. & quam altera superiorum Authorum, quæ nec vera est, nec probari potest ex verbis Ulpiani in *dict. l. 1. ff. de legatis 2.* rejectis enim eorumdem Authorum, hoc est, Costæ, & Sarmientus interpretationibus, & aliis nonnullis, quas adducunt communiter Scribentes *ibidem*, & Peralta n. 48. Connanus *commentariorum juris civilis*, lib. 10. cap. 6. n. 3. Cujacius *lib. 2. observationum, cap. 2.* Robertus *sententiarum*, lib. 2. cap. 11. securè, & constanter crediderim, Ulpiani



mentem in ea lege ejusmodi fuisse, ut conditiones has, si Titius voluerit, aut si Titius in capitulum ascenderit, dumtaxat equiparare voluerit quoad significandi modum: quasi diceret, legatum regulariter in alterius voluntatem conferri non posse, quandoque tamen accedere, ut conferatur, ut cum alicui legatut sub conditione, si Titius in capitulum ascenderit: quo casu, quamvis non expressim in voluntate Titii positum est, an ascendere velit, necne, & consequenter an debeatur, vel non debeatur legatum, sicut in alio casu, cum expresse caveatur, si Titius voluerit; & sic quoad voluntatem testatoris nihil interest, si Titius in capitulum ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, quoniam utroque casu voluntatem, aut factum Titii expectari vult testator; interest tamen quoad validitatem, & effectum legati, cuius respectu equiparatio non fit per Ulpianum; constat enim, diversissimas esse conditiones, ut dicit textus in dict. l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstrat. atque elegantissime explicavit Cumanus in dict. l. 1. ff. de legatis 2. & in his qui heres, ff. de acquirenda hereditate; & probavit Socinus in l. si quis arbitratus, n. 20. ff. de verb. obligat. Lusitani verò sententiam relatum supra n. 41. improbat etiam Fachineus contrav. jur. lib. 5. cap. 58.

44 Deinde Neotericorum sententia nec etiam probatur per textum in l. senatus, §. legatum, ff. de legatis 1. quippe, cum ea lex juxta communem, & veram sententiam intellecta, probet dumtaxat, legatum in alienam voluntatem, scilicet legatarii, poni posse, quæ aliena dicitur respectu hæredis, ut observant Glossa ordinaria, & communiter Doctores ibi Covarruv. in dict. cap. cum tibi, de testament. n. 8. ad finem, Antonius Gomez in l. 31. Tauri, n. 3. Petrus de Peralta in dict. l. 1. ff. de legatis 2. n. 50. qui n. 59. à princ. singularem reddit, ac veram quidem discriminis rationem, quare legatum in liberam cujusque alterius voluntatem conferri non possit, sicut nec de jure communi conferri poterat; enim verò ex lege illa dumtaxat validatur legatum in hæredis voluntatem relictum, ut dixi supra n. 38. legatum verò in cujusque alterius voluntatem collatum juris communis dispositioni relinquunt, quod est notandum. Hodie tamen post decisionem

45 possit, & in arbitrium possit, ut ibi videri poterit. Pro nunc, dixisse sufficit, prædictam differentiam procedere etiam post legem Partitæ, 29. tit. 9. partita. 6. ut sic de jure illo Paritarum, legatum in liberam alterius voluntatem conferri non possit, sicut nec de jure communi conferri poterat; enim verò ex lege illa dumtaxat validatur legatum in hæredis voluntatem relictum, ut dixi supra n. 38. legatum verò in cujusque alterius voluntatem collatum juris communis dispositioni relinquunt, quod est notandum. Hodie tamen post decisionem

46 l. 31. Tauri, quæ est l. 5. tit. 4. lib. 5. novæ collectionis Regiæ, validum erit legatum ejusmodi; quippe, cum illæ leges testatoribus permittere videantur, in aliorum voluntate legata, & particulares quascunque dispositiones relinquere, ut dicebam supra n. 39. ubi retuli Peraltam sic expresse dicentem in dict. l. 1. ff. de legatis 2. n. 51. in princ. & n. 53. versiculo, quia prædicta lex fori, & n. 78. & Menchacam de successione progressu, lib. 2. §. 13. num. 20. & 24. & consequenter ex dictis legibus immutatum erit tam jus commune, quam Partitarum jus, ut in alterius voluntatem relicta particularia conferri possint, ex eisdem Authoribus, atque etiam probasse videntur Matienzus in l. 5. tit. 4. glossa 1. n. 4. lib. 5. novæ collectionis Regiæ, Padilla in dict. l. 1. ff. de legatis 2. num. 53. aliter tamen intelligit, & contrarium directe tenet Antonius Gomezius (ad quem nullus advertit) in dict. l. 31. Tauri, n. 4. in versiculo, Ex quibus infero. Sed verum non credo; tum quia, nimis restringit earum legum decisiones, tum etiam, quia juxta declarationem Gomezii, nihil novum continerent illæ leges, quod non est credibile, & menti, atque verbis earum multum repugnat, ut dicitur statim.

47 Deinde & quarto loco constituendum est, silentio prætermitti non posse unum, quod est necessarium, & in praxi contingens, nec aliqua lege hujus Regni expresse decisum, communitamen Doctorum interpretatione receptum legatum, inquam, certæ quantitatis, aut certæ speciei relictum alicui, si Titius arbitratus fuerit, non esse

purum, sed conditionale, ac per consequens Titio non arbitrante, vel arbitrari nolente, aut in mora arbitranti existente, legatum corruiere, sicut defectu conditionis cujuslibet: quod in specie notarunt Bartolus n. 9. Alexander sub n. 10. Paulus n. 6. & Alciatus num. 9. in dicta l. 1. ff. de legatis 2. idem Bartolus in l. si quis arbitratus, n. 3. ff. de verborum obligationibus, ubi communem sententiam proficitur Jason num. 18. Cest. selectarum, lib. 1. cap. 21. n. 1. & cap. 22. num. 4. Marcus Antonius Peregrinus de fideicommissis, art. 33. n. 69. fol. 304. latius Peralta in dicta l. 1. ff. de legat. 2. ex n. 5. in vers. Prima est, usque ad n. 11.

48 Sed contrariam sententiam; imò tale legatum non esse conditionale in specie proposita, sed potius purum, & consequenter Titio non arbitrante, aut arbitrari nolente, non corruiere legatum, sed ad arbitrium boni viri recurrendum esse: post Accur. in l. is qui heres, in verbo, arbitrium, ff. de acquirenda hereditate, defendunt Cumanus ibi, & in dict. l. 1. ff. de legat. 2. n. 7. Socinus in dict. l. si quis arbitratus, n. 20. & n. 22. de verborum obligat. Franc. de Zaba in dicto cap. cum tibi, de testamentis, vers. quæro an legatum, & ita fuisse judicatum dicit Afflictis de cessione 371. n. 5. vers. Secundo casu, sentit Menchaca de successione creat. lib. 2. §. 17. n. 79. expressim firmat Antonius Gomezius in dict. leg. 31. Tauri, n. 3. in principio, ibi: Imò etiam non arbitrante, &c.

49 Ego verò, ut meam sententiam interponam, sequentia constituere necessarium duxi. In primis, legatum arbitrio, vel ad arbitrium alicujus relictum, aut sic conceptum, si arbitratus fuerit, conditionale non esse, ut Cumanus, & Socinus rectè docherunt, sed potius purum; idque per textum in dicta l. 1. ff. de legatis 2. in 2. part. dum dicit, in legato boni viri arbitrio collato, non inesse conditionem, & legatum, quod in arbitrium alterius confertur, ad arbitrium boni viri reducendum regulariter ex sua natura, & probat aperte textus singularis in d. l. si quis, ff. de legatis 1. ibi: Quoniam quasi viro bono potius ei commissum est. Et ita intelligit expresse Menchaca dict. §. 17. n. 79. ergo conditionale non est: quod patet apertius; nam arbitrium boni viri ab initio certum est, quia ab initio constare potest, an legatarius dignus sit, aut benemeritus, vel non: conditionalis verò dispositio ex futuro pendet eventum, nec aliquid certum ab initio continet; ergo certitudo talis, quæ ab initio consideratur, efficere debet dispositionem puram, quamvis adhuc non appareat, l. respiciendum, ff. si certum petatur. Deinde constituo, legatum arbitrio, vel ad arbitrium hæredis relictum, illo non arbitrante, vel arbitrari nolente, non corruiere, quia quasi boni viri arbitrio relictum censetur, ac per consequens ipso hærede non arbitrante, vel arbitrari nolente, ad arbitrium boni viri recurrendum esse; quod in hærede admisit Bartolus in dicta l. 1. ff. de legatis 2. n. 9. quamvis in alio tertio contra tenuerit, ut advertit Costa selectarum lib. 1. c. 22. n. 4. Marcus Antonius Peregrinus, de fideicommissis, art. 33. n. 69. & dixi supra, n. 36. Ex lege autem Partitæ 29. tit. 9. partita 6. in tali casu hæres contradicere non potest, sed arbitrari tenetur, nisi contradicendi justam causam habeat; quod dumtaxat dixit lex illa: debet tamen ex dispositione juris communis suppleri, ut si hæres non habeat justam contradicendi causam, & arbitrari noluerit, vel injustè arbitretur, ad arbitrium boni viri recurrendum sit, quod est notandum. Præterea constituo, idem quod in hærede, in commissario observandum, ut scilicet legatum certæ quantitatis, vel certæ speciei ad arbitrium commissarii à testatore nominati relictum, validum esse debeat, etiam commissario non arbitrante, aut arbitrari nolente, sive transacto termino testamentariis præfixo ex l. 33. Tauri quæ est lex 7. tit. 4. lib. 5. novæ collectionis Regiæ, intelligendum in hunc modum, quod, vel transacto termino, perinde habebitur, ac si commissarius arbitratus fuisset, ad effectum ut legatario præstetur legatum ex dictis legibus, vel saltem ad arbitrium boni viri recurrendum erit, ut de-

claret,

claret, an legatarius sit dignus, & benemeritus, vel non; ne alioquin commissarii negligentia noccat legatario, ac testatoris voluntas maneat defraudata, quæ modis omnibus adimpleri debet, ex vulgatis juris principiis, & multis congestis per Manticam de conjecturis ultimar. volunt. lib. 12. tit. 4. n. 8. lib. 3. tit. 3. n. 5.

Denique idem observandum esse respectu alterius cujusque tertii, in specie proposita, ut scilicet ad arbitrium etiam boni viri recurrendum sit, nec legatum corruiere debeat eo arbitrari nolente, aut iniquè arbitrante, prout verè asseverarunt nonnulli Authores relati supra, n. 48. Quorum sententia probatur primò ex his, quæ in proposito adducit Petrus de Peralta in dicta l. 1. ff. de legat. 2. n. 34. 35. & 36. Secundo, per textum in l. ultima, §. sed & si quis. C. communia de legatis, supponendo, quod in casu illius textus, substantia legati commissa fuit alterius arbitrio, ut advertit Bartolus in l. si quis arbitratus, num. 5. ff. de verborum obligat. quem sequuntur communiter omnes secundum Socinum ibi, num. 19. vers. in glossa, quicquid aliter intelligat Jason ibidem, n. 16. Tertio, nam, ut dixi, legatum sic relictum, ad arbitrium boni viri relatum censetur, per textum in dicta l. si quis, ff. de legat. 1. in l. Thais, §. sorore, ff. de fideicommissis liberatibus, l. fideicommissa, §. quantum, ff. de legatis 3. nec personæ tertii tantum injungitur; & sic illo non arbitrante recurrendum erit ad arbitrium boni viri, argumento textus, à contrario sensu in dicta l. si quis arbitratus, & in l. in compromissis, ff. de receptis arbitris, & in l. finali, C. de contrahenda emptione. Et hæc de his, quæ, ut videbis Lector, nullus antè ita distinctè explicavit, nec absque maximo labore sic recenseri potuissent.

51 Nunc verò, & quinto loco constituendum est, omnia, quæ hucusque diximus, eo casu intelligenda procedere, quo substantia dispositionis in alterius voluntatem confertur, (quæ de jure conferri non potest) verum, quando qualitas, vel accessorium, hoc est, personarum electio, vel declaratio tantum; id namque in alterius voluntatum conferri jure ipso permissum est, l. cum quidam, l. unum ex familia, ff. de legat. 2. l. utrum, §. cum quidam, ff. de rebus dubiis. Ex quibus sic adnotarunt sæpissime Doctores in mille locis, & post eos, Parisius in cons. 38. ferè per totum, lib. 3. Rota in Novis, decis. 542. n. 8. lib. 1. Antonius Gomez. tom. 1. variarum, cap. 12. n. 48. & in l. 31. Tauri, n. 4. Molina de Hisp. primogen. lib. 2. cap. 4. n. 3. Mieres de majoratu, part. 2. quæst. 48. n. 3. Simon de Præxis de interpret. ultimar. voluntat. lib. 1. solut. 5. n. 5. fol. 27. Marcus Antonius Peregrinus de fideicommissis, art. 33. n. 57. Matienzus in l. 5. tit. 4. gloss. 2. n. 3. lib. 5. novæ collectionis Regiæ. Alios infinitos sciens, consultoque prætermitto, referam tamen Roderici Suarez ad explicationem prædictorum singularia quædam, ac in proposito notanda quidem verba; is enim in tract. de captatoria voluntate, ex n. 14. in fine, vers. conclusivè, sic scribit: Conclusivè autem, ex prædictis habes, quod in voluntate dispositoria non potest committi in tertium, sed per modum electionis, seu declarationis, sic; sed ne deciparis credens, quod simpliciter per viam declarationis, seu electionis possit committi institutio in voluntatem tertii, sed debet sic intelligere, ubi sola electio, seu declaratio personarum committitur tertio, ita quod principalis dispositio, & ejus substantia à testatore facta est: ita quod commissario non eligente, nec declarante, nihilominus dispositio, & institutio, remaneat firma, ut in casu l. cum quidam, l. si quis Titio, ff. de legatis secundo, & dict. l. unum ex familia; quia utrum sit dandum, vel ne, non committitur in voluntatem alterius, sed quid dandum, vel distribuendum sit inter certos de incertis: & sic intelliguntur jura antè allegata; nam si dispositio substantialis committitur in voluntatem alterius, scilicet utrum sit dandum, vel ne, etiam si per modum electionis, seu declarationis, captatoria est, & reprobat, quia in effectu, eodem modo confertur in voluntatem tertii, per hæc verba: Instituo hæredes eos quos volueris, seu quos elegeris, &c.

Hoc præmissis, intra nunc debium, utrum meliorandi alicquem ex filiis, vel nepotibus facultas possit à parentibus in voluntatem alterius committi? Et quidem cum pater dici: Melioro unum ex filiis meis, quem uxori, vel commissarius elegerit: certum est tam jure communi quam Regio dispositionem validam esse, quoniam tunc, substantia dispositionis non confertur in voluntatem uxoris, vel commissarii, sed tantum qualitas quædam, hoc est, electio personæ de certis: quod fieri potest, ut supra dixi, & in terminis cum Antonio Gomezio, Palacios Rubios; Covar. & Tello Ferdinandez, sic resolvit Joannes Gutierrez practicarum lib. 2. quæst. 42. n. 2. & ultra eum, idem tenuit Mieres de majoratu, part. 2. quæst. 48. num. 3. & pro certo supponit Molina de Hispanorum primogeniis, lib. 2. cap. 4. n. 3. & seqq. & in pulchro casu notavit Peralta (ad quem nullus Scribentium omnium animadvertit) in l. 1. ff. de legatis 2. n. 11. fol. 13. ubi dicit, quod si testator melioravit unum ex filiis, non designata melioratione, neque qualitative, neque quantitative, sed eo dumtaxat dicto, quod meliorabat unum ex filiis, arbitrio, vel ad arbitrium Seii, vel in eo, quod Sejus fuisset arbitratus, valebit melioratio, quia tali casu non suspenditur dispositionis substantia, sed solum declaratio, & executio ipsius: tamen prius debet fieri executio, & declaratio quantitatis, quam melioratio per melioratum peti valeat, ut idem Author latius probavit ibi, & n. præced. Erit tamen differentia inter hos duos casus in eo quod in primo casu, si is, cui electio commissa est, eligere, aut nominare noluerit, omnes filii ad meliorationem æqualiter admittentur, l. unum ex familia, §. rogo, ubi eleganter Peralta n. 14. & seq. ff. de legat. 2. l. cum quidam, eodem titulo Molina de Hispanorum primogeniis, lib. 2. cap. 4. n. 41. Mieres de Majoratu, 2. part. quæst. 48. n. 13. ubi meritò dubitavit de sententia Gregorii Lopez, quem ibi refert. In secundo verò casu, Seio non arbitrante, aut arbitrari nolente, ad arbitrium boni viri recurrendum erit, ut is arbitretur, quis, qualisve filius meliorationem magis mereatur, digniusve magis sit, ex his, quæ nunc præced. adnotavimus, vel saltem nullo arbitrari volente, aut omnibus filiis æqualiter dignis existentibus, æqualis successio inter eos dabitur, ut in primo casu diximus: quæ est singularis, & nova consideratio, & aperte probatur ex dictis supra n. 49. & 50. Et hæc sit in proposito dubio meliorationis prima conclusio, si-ve casus primus decisus.

56 Secundus casus sit, quando pater non dixit se meliorare unum ex filiis, quem uxor, vel alius elegerit, sed in hunc modum dixerit: Concedo facultatem; vel, de potestatem uxori mee, vel alicui alteri, meliorandi unum, vel duos ex filiis, vel nepotibus meis. Et dubium facit, quoniam in tali specie substantia dispositionis commissa videtur in voluntatem alterius; unde valere non debet dispositio, ex his, quæ diximus supra num. 51. quod in terminis etiam post decisionem l. 31. Tauri, verum credit, & constanter defendit Tellus Ferdinandez in eadem l. 31. num. 2. per totum, maxime ad finem, in vers. sin autem esset data facultas, ubi in hoc casu loquitur, & n. 7. per totum, movetur ex eo dumtaxat, aut principaliter prædictus Author, quod in casu proposito negari non possit, quin substantia dispositionis fuerit commissa, & non executio, & inde interpretatur verba dict. l. 31. sed violenter quidem, & divinatorie, ut recentiores statim referendi animadvertunt.

59 Idcirco contrariam sententiam in hæc quæstione videtur tenuisse idem Tellus in l. 32. Tauri, n. 4. & expressim probarunt Costa in cap. si pater, de testamentis, in 6. in 1. part. in verbo; pauperes, n. 7. Matienzus in l. 5. tit. 4. gloss. 5. per totam, & ibidem Azevedius n. 12. & 13. lib. 5. novæ collectionis Regiæ. Veliquez de Avenaño in dict. l. 31. Tauri, gloss. unica, n. 5. per totum. Joannez Gutierrez, qui latius, & cæteris expeditius loquitur, practicarum lib. 2. q. 42. per totam, movetur in primis, quia idem est dicere: Melioro; vel, concedo facultatem