

Jureconsultus in hoc modum scriptum reliquit: Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? Et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse. Subdit Glossa ibi, verbo, non posse: cum effectu; nam non potest ei auferre liberam testamenti factionem, argumento, &c. progreditur statim Ulpianus, & inquit: Verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restitueret, quicquid ex hereditate sua consecutus esset, ut ei restitueret, &c. Ac denique in vers. non tantum, sic scribit: Non tantum autem, si heredem, quem scripsero, potero rogare, ut heredem faciat aliquem: verum etiam si legatum illi, vel quid aliud reliquero; nam eatenus erit obligatus, quatenus quid ad eum pervenit.

67 Tertiò constituo, dubium esse, quid dicendum sit in casu, quo expressam præmortui voluntatem, aut clarem ejusdem dispositionem non habemus, quâ in casu revocationis superstitis sibi consuluerit; tamen ex aliis conjecturis, aut ex præfatione dispositionis apparet, non aliter sic dispositurum præmortuum, aut non aliter fructus relicturum, quàm si sibi certus esset, alterum etiam dispositionem suam, promissive observaturum: qua in specie videnda erunt omnino ea, quæ diximus supra, num. 22. & 23. ubi retulimus Pelæz à Mieres de majoratu, 1. part. quest. 23. num. 3. Petrum Pechium de testamentis conjugum, lib. 1. cap. 19. num. 4. & 5. Ex quibus in hoc casu dici posset, morte præmortui, dispositionem non confirmari, nec pro sua parte, ut servetur ad eum modum, ad quem uterque disposuit, nec etiam ut supervivens lucrari posset fructus, quando ex contentis in dispositione aperte deprehendi posset, non alias relicturum fructus præmortuum, aut non alias sic dispositurum, quàm si, ut dixi, servaretur in totum dispositio, vel in eodem statu permaneret, in quo tunc erat. Valafcus verò contradicit expressè dict. consultatione 7. num. 7. & 8. in vers. sunt qui limitant; qui tamen nec Mieres nec Pechij mentionem facit, sic nec etiam Mieres retulit illos: idcirco res erit, cum occasio se offeret, maturius consideranda; eò magis, quod admittitur resolutione in casu præcedenti tradita, admitti etiam debet, & hæc resolutio, cum satis expressum dicatur quod ex præfatione, aut verbis aliis dispositionis, sive ex probatis conjecturis deducitur, ut cum aliis multis plene adnotavit Molina de Hispanorum primogen. lib. 1. cap. 5. num. 2. & quatuor seqq. & num. 11. & seqq. & libro 3. cap. 4. num. 39. & 40. Mieres de majoratu, secunda parte, quest. 3. ex num. 20. cum seqq. Mantica de conjecturis ultim. volunt. lib. 6. tit. 1. num. 8. Camillus Gallinius de verborum significatione lib. 2. cap. 10. & non solum expressum dicitur, quod ex legitimis conjecturis colligitur; imò evidentem inducit voluntatem, ac si verbis expressum esset, leg. licet Imperator, ubi Glossa, Bartol. Castrensis, Alexander, & omnes Doctores communiter, ff. de legatis 1. Decius in cons. 584. num. 2. Parisius in cons. 71. num. 5. lib. 4. & cum multis, Mieres de majoratu, in initio secundæ partis, num. 3. & num. 6. cum seqq. Mantica lib. 3. tit. 3. num. 10. Antonius Thesaurus de cisione Pedemontana 188. num. 2. cum sequent. & decisione 248. num. 3. Simoia de Practis de interpretatione ultim. volunt. libr. 2. interpretatione 1. solutione 5. ex numero 13. cum seqq. fol. 153. Pedrocha in cons. 2. num. 196. & specialiter dictum, aut in specie provisum dicitur, quod ex mente, apparet per conjecturas legitimas. Signorolus in cons. 176. n. 7. Barbacia in cons. 89. n. 9. & 12. lib. 3. qui citant Bartol. in l. 1. in vers. item si apparet, ff. de bonorum raptorum.

68 Quartò constituo, in casu dubio morte præmortui, testamentum, dispositionemve adeò confirmari, ut quavis supervivens pro parte sua immutaverit, adhuc alterari non debeat dispositio pro sua parte, nec etiam fructuum, alteriusve commodi restitutioni obnoxius sit supervivens; & in hoc casu libenter ad hæreo resolutioni Valafci d. consultatione 7. n. 7. cuius rationes & veræ sunt, & concludunt, & coadjuvantur omnino ex dictis

supra, ex num. 26. usque ad num. 32. ubi plene adnotavimus, ex revocatione hujusmodi non resultare deceptionem defuncti, sibi que imputare debere, qui tutorem viam non elegit, atque remediis opportunis sibi met consulere non studuit, nec naturam ultimatum voluntatum revocabilem esse scivit, ex dictis etiam per Tiraquellum in l. si unquam C. de revocandis donationibus, verbo, revertatur ex num. 224. usque ad num. 236. in hoc etiam casu libenter probarem sententiam Alciati in leg. licet, num. 6. C. de pactis, ubi dicit, quod si alter conjugum revocet institutionem, altera revocata non censetur, cum verisimile sit propter affectionem, eam institutionem esse factam, non propter præmium mutue nuncupationis, quia non potest quis ad instituendum adstringi spe præmij, l. ille autem, ff. de heredibus instituendis, & doctrinam Alexandri in l. cum donationis, C. de transactionibus, qui num. 12. in idem iudicem, quamvis antea in contrarium arguerit, rectissime advertit, quod cum pure relinquitur, aut pure institutio fit à conjugibus, capienda potius est præsumptio, ex affectione institutionem processisse, quam ut conditio aliqua impleatur, per text. in leg. nec adjecit, ff. pro socio. Procedit namque præsumptio hæc Alexandri, Alciati, & doctrinam Alexandri in l. cum donationis, C. de transactionibus, qui num. 12. in idem iudicem, quamvis antea in contrarium arguerit, rectissime advertit, quod cum pure relinquitur, aut pure institutio fit à conjugibus, capienda potius est præsumptio, ex affectione institutionem processisse, quam ut conditio aliqua impleatur, per text. in leg. nec adjecit, ff. pro socio. Procedit namque præsumptio hæc Alexandri, Alciati, & doctrinam Alexandri in l. cum donationis, C. de transactionibus, qui num. 12. in idem iudicem, quamvis antea in contrarium arguerit, rectissime advertit, quod cum pure relinquitur, aut pure institutio fit à conjugibus, capienda potius est præsumptio, ex affectione institutionem processisse, quam ut conditio aliqua impleatur, per text. in leg. nec adjecit, ff. pro socio. Procedit namque præsumptio hæc Alexandri, Alciati, & doctrinam Alexandri in l. cum donationis, C. de transactionibus, qui num. 12. in idem iudicem, quamvis antea in contrarium arguerit, rectissime advertit, quod cum pure relinquitur, aut pure institutio fit à conjugibus, capienda potius est præsumptio, ex affectione institutionem processisse, quam ut conditio aliqua impleatur, per text. in leg. nec adjecit, ff. pro socio.

Verum casus hic limitari, aut explicari debet dupliciter: primò, ut notavimus supra, num. 25. Secundò, ut ibidem notavimus n. 37.

Quintò & ultimò constituo advertendum esse ad ea, quæ diximus supra, num. 24. ut scilicet, cum testamentum, aut aliam dispositionem quamcunque faciunt duo in favorem alicujus: vel ut Majoratus, aut Patronatus instituantur, aut opus aliquod pium peragatur, si verba talia sint, quod modum, aut conditionem præ se ferre videantur causamve finalem dispositionis ostendant: tunc equidem, quamvis superstes liberè revocare possit pro sua parte; tamen ex defectu conditionis, vel modi, aut causæ finalis, videtur necessariò dicendum, quod impediti debeat, aut saltem resolvi effectus dispositionis defuncti, ac etiam quod ex eodem defectu, supervivens teneatur ad fructuum quorumcumque, alteriusve commodi ex ea dispositione provenientis restitutionem, si fructus etiam, aliudve commodum sic relictum appareat, aut ea verba prolata, quæ conditionem inducant, aut modum, vel causam finalem.

Ad quod dicendum moveor in primis ex dictis supra, dict. num. 24. maxime ex l. 7. tit. 4. part. 6. in vers. pero aquel que fuere, quæ in casu non faciendi loquitur; & sic in simili casu nostro, qui in facto alterandi, vel non alterandi dispositionem consistit, in hunc modum dicit: Pero aquel que fuere establecido so tal condicion, que non fiziesse alguna cosa sen aladamente este à tal mesfester, que de à tal recaudo, que sean seguros, que non faga aquello que la defension el testador, è si esto non quisiere fazer non deve haver la herencia, en que era establecido por heredero.

Secundò quia in hoc casu nullo modo obstat debent leges prohibentes, ne adstringatur quis ad heredem certum instituendum, neve alicui libera testandi facultas adimatur; neque enim illi admittitur, ipse namque liberè testari potest, si velit: tamen conditionem, voluntatemve testatoris non observans, æquum non est, ut commodum ex ejus testamento percipere velit, atque ut fructus perceptos, & omne id, quod ex hereditate præmortui, sive ex dispositione illius est consecutus, restituere sit adstrictus, tum ex ratione leg. ex facto, 17. ff. ad Trebellianum, quam adduxi supra, numero 66. ad fixum; tum quoniam ratio superior non impedit in conditione id poni, quod in dispositione positum, minimè ar-

etaret,

etaret, ut illeget textus indicat, & text. in l. uxorem, §. hæres, ff. de legatis 3. & non malè coadjuvatur Cini, Burtrigarij, Petri à Bella-Pert. Baldi, Saic. & aliorum sententia, quos in unum recenset Covarruvias, in cap. cum tibi, de testamentis, num. 13. in vers. ne illud hac in re, liberationem à Titio Sempronio concessam, hac conditione, si Sempronius Titium heredem fecerit, validam esse, nec urgere in contrarium jura, quæ captatoriam dispositionem prohibent, quibus ipse Covarruvias satisfacit ibidem.

Tertiò ex his, quæ scribit Tiraquellus in dict. l. si unquam, C. de revocandis donationibus, in verbo, revertatur, ex num. 225. usque ad num. 232. quæ micè urgent, ac inter alia Signoroli consilium 227. in questione nullitatis, columna penultima, in versiculo, præterea eventus, quod defectus conditionis semper habet oculos retrò, videlicet ad tempus dispositionis, ut actus annullari, aut rescindi debeat cum fructibus; Romanus etiam in singulari §40. per text. in l. necessario, §. de periculo, & comodò rei venditæ, l. omnia, §. 1. ff. quod si pendente, ff. de legatis 2. Et hæctenus de his.

CAPUT XIX.

De inofficioso Fratris testamento.

Frater in quibus casibus querelare possit testamentum fratris, in quo turpem aut inhonestam personam instituit? turpi persona instituta, an in totum, vel usque ad Legitimam tantum rescindi testamentum debeat: text. in authent. ex causa, Cod. de liberis præteritis, utrum obtineat in hoc casu: turpis, aut infamis persona, quæ in proposito dici debeat? vulgata equidem, & mille in locis agitata dubia, sed hæctenus nec absolute, nec distinctè satis explicata, ut arbitratur Author, qui hoc cap. ut videbis Lector, diligenti, & accurata manu superiora omnia pertractavit, Alvari Valafci consultationem 17. novè, & verè improbavit, & Tiber. Decian. Anton. Galeat. Malvas. & Joann. Vincentij Honded. consiliiis tribus commendatis, nonnulla in hac materia annotavit, ad quæ cæteri Recentiores hucusque scribentes non sic animadvertebant.

SUMMARIUM.

- 1 Fratres testantes, cum plerumque alios potius relinquunt hæredes, quam proprios fratres, quos sepissime graviter ferunt.
- 2 Fratrum quoque gratia cum rara sit, ut inquit Poëta.
- 3 Frequenter dubitari contingit, utrum frater præteritus, vel exheredatus in testamento fratris, possit illud inofficioso testamento querela, vel alio remedio impugnare.
- 4 Et communiter in eam itum est sententiam, ut licet ab intestato frater succedat fratri; tamen contra testamentum ejus succedere non possit, quia frater liberè extraneum instituit, & fratrem exheredare, vel præterire potest sine causa.
- 5 Dummodò frater, præterito, aut exheredato fratre suo, instituat personam honestam, & integræ opinionis, & famæ, qui alias frater contra testamentum fratris, turpi personâ instituta, querelam movere potest.
- 6 Quod latissime explicarunt quamplures Authores, qui hoc num. & seqq. usque ad num. 10. recensentur in unum.

Joan. del Castillo Quotid. Controv. Juris, Tom. II.

7 Antonium Gomezium, Ferdinandum Menchacian, & Michaëlem Grassium, breviter, & distinctè, atque absolute etiam explicasse materiam istam.

8 Tiberii Deciani, Antonij Galeacij Malvasie, & Joannis Vincentij Honded. consilia tria in hac materia singularia esse, & notanda, ut hoc num. adnotatur.

9 Substitutus pupillaris, etiam turpis, fratrem consanguineum, aut etiam matrem ipsam excludit, tam in pupillari, quàm in exemplari substitutione, remissive.

10 Substitutus vulgaris, instituta turpi personâ, an debeat excludi per fratrem, qui inofficioso testamento querelam instituit, ut quamvis institutus obtinere non possit hereditatem, locus non sit substituto, remissive.

11 Author movet dubium circa promissionem quorundam jurium allegationem, quam simul faciunt Doctores omnes communiter, & novam, veramque ejusdem declarationem tradit, & num. seqq.

12 Fratribus, etiam Digejorum jure, sive seculo Jureconsultorum, nunquam licuisse de inofficioso fratris testamento agere, nisi turpi persona fuisset hæres instituta, ut hoc num. latius declaratur, & ibidem explicatur textus in leg. fratres, C. de inofficioso testamento, & num. seqq.

13 Fratres utrum tantum non habent querelam inofficiosi testamenti, etiam turpi personâ instituta: & ibidem hujus rei vera ratio redditur.

14 Fratribus, etiam turpi personâ instituta, in aliquibus casibus inofficiosi testamenti querelam non dant, remissive.

15 Frater à fratre præteritus, vel exheredatus, cum testamentum impugnat, quia in eo fuit instituta turpis persona, utrum in totum rescindi debeat testamentum, an autem usque ad Legitimam tantum?

Et quid si frater aliquid in testamento reliquisset fratri? Quid etiam, si totam integram Legitimam ei reliquisset? Dubium quidem maximum, & licet ab infinitis in mille locis tractatum, nondum tamen, ut Author arbitratur, absolute, aut distinctè satis explicatum.

16 Fratrem in casibus superioribus querelare posse testamentum fratris, & in totum subvertere illud, etiam si frater instituat fratrem in Legitima, ex sententia Guil. de Cun. & aliorum, de qua per totum num. & num. seqq.

17 Guil. de Cun. & sequacium sententiam qui tueri velit adversus Communitatem, prælegere debet omnino Anton. Galeat. Malvas. in cons. 24. ex num. 63. cum sequent. quo loco fundamentis Communitatis, sic eleganter, & ut prima facie videtur, concludenter adeò satisfaciunt, ut nihil ultra desiderari possit, nec alicui irveniri locus, quo sic possit Guil. sententia defendi.

18 Pro sententia Guil. ponderata l. 12. tit. 7. part. 6. quæ vere in uno dumtaxat casu urget, ut notatur infra, n. 25.

19 Fratrem querelare non posse testamentum fratris, sed dumtaxat ad supplementum agere, cum instituta turpi personâ aliquid sibi relictum est; aut nullo modo agere, si integra Legitima sibi relicta fuerit, ex sententia Angeli, & quamplurimorum.

20 Que duobus præcipue fundamentis subsistit, ut hoc numero adnotatur.

21 Frater in casibus propositis supra, ex num. 15. an possit querelare testamentum fratris, nec ne? trium casuum distinctione explicandum esse, ex sententia Julij Clari, de qua hoc num. mentio fit ab Authore.

22 Julij Clari sententia an probetur ab aliis, vel non? Hieronymum de Cevallos, novissime omnium questionum superiorem tractantem, circa distinctionem Julij Clari non insistere, nec etiam mentionem facere quamplurimorum Authorum, qui hoc capite recensentur.

24 Frater in casibus propositis supra, ex num. 15. ut dignosci valeat distinctè, an querelare possit testamentum